

Contract risk management: an ounce of prevention is worth a pound of cure

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar het contract risk managementsysteem van de projecttak binnen Bosch Rexroth



Sjors Wahlbrinck
Dongen, 29 mei 2017

Contract risk management: an ounce of prevention is worth a pound of cure

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar het contract risk managementsysteem van de projecttak binnen Bosch Rexroth

Student: S.A.C.R. (Sjors) Wahlbrinck
Studentnummer: 2081436

Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
Eerste afstudeerdocent: mw. mr. M. Boer
Tweede afstudeerdocent: dhr. mr. B.C.M. Hooijdonk

Opdrachtgever: Bosch Rexroth te Boxtel
Afstudeermentor: dhr. mr. drs. I.M. Dontje

Afstudeerperiode: februari 2017 – juni 2017

Plaats en datum: Dongen, 29 mei 2017

Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie welke ik heb geschreven ter afronding van mijn Bachelor Rechten die ik heb gevolgd aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. In opdracht van Bosch Rexroth zal er in dit onderzoek worden gekeken naar het contract risk managementsysteem dat binnen de projecttak in Boxtel wordt gebruikt.

Mijn interesse in het recht heeft zich van meet af aan bevonden binnen het civiele recht. Contracten en overeenkomsten zijn op zichzelf niet erg spannend. Echter, het zijn bij uitstek instrumenten om zaken tussen partijen te regelen en juist dáár, zaken goed regelen, word ik blij van. Ik was om die reden ook verheugd om mijn scriptie te schrijven over contract risk management. Daarentegen was voor aanvang van het afstudeertraject contract risk management een vrij onbekend begrip voor mij. Het duurde om die reden een tijdje voordat helemaal helder was wat er verstaan wordt onder contract risk management en wat ik überhaupt ging onderzoeken. Nu, vier maanden later, ben ik tot het inzicht gekomen dat contract risk management een erg onderbelicht thema is, terwijl het voor nagenoeg elke onderneming uiterst relevant is.

Hierbij wil ik ook graag van de gelegenheid gebruik maken om een aantal mensen te bedanken. Te beginnen met mijn afstudeermentor Ivo Dontje voor zijn feedback die ik gedurende het onderzoek kreeg en het feit dat hij altijd direct klaar stond om antwoorden te geven op mijn vragen of om onduidelijkheden weg te halen. Daarnaast wil ik ook Marieke Boer bedanken voor de feedback die ik van haar heb gekregen en dat zij iedere keer op erg korte termijn tijd vrij heeft gemaakt om met mij te sparren over het onderwerp, waarbij Bart Hooijdonk ook een bijdrage aan heeft geleverd.

Rest mij niets anders dan u veel leesplezier toe te wensen.

Sjors Wahlbrinck

Dongen, mei 2017

Inhoudsopgave

Samenvatting	7
Lijst met afkortingen	8
1. Inleiding	9
1.1 Probleemstelling	9
1.2 Centrale vraag	11
1.3 Doelstelling	11
1.4 Deelvragen	11
1.5 Onderzoeksstrategieën, bronnen en methoden & verantwoording	12
1.6 Leeswijzer	14
2. Wat is contract risk management?	15
2.1 Hoe ziet het risicobeadelingsproces van de ISO 31000 eruit?	16
2.1.1 Risico identificatie	18
2.1.2 Risicoanalyse	18
2.1.3 Risico evaluatie	19
2.1.4. Risicobehandeling	19
2.2 Welke risicobeheersmaatregelen bestaan er?	20
2.2.1 Niet-juridische beheersmaatregelen	20
2.2.2. Wat is er in het Nederlandse recht geregeld over de belangrijkste juridische beheersmaatregelen?	22
2.2.2.1. Niet-tijdige nakoming	22
2.2.2.2. Garantiebepalingen	24
2.2.2.3. Ontbinding en opschorting	25
2.2.2.4. Overmacht	26
2.2.2.5. Gevolgschade	27
2.2.2.6. (Limitering van) aansprakelijkheid	28
3. Wat is het huidige contract risk managementsysteem in de pre-award fase van de projecttak bij Bosch Rexroth?	32
3.1 Hoe vindt de risicobeadelings plaats?	32
3.2 Hoe zien de juridische beheersmaatregelen eruit in standaard branchegebruikelijke contracten?	35
3.2.1. Boete voor vertraging (liquidated damages)	36
3.2.2. Gevolgschade	37
3.2.3. Limitering van aansprakelijkheid	37
3.2.4. Opschorting	38

3.2.5. Ontbinding	39
3.2.6. Garantie	39
3.2.7. Overmacht	40
4. In welke mate wijkt het huidige contract risk managementsysteem van Rexroth af van de ISO 31000?	41
4.1 Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de theorie en de praktijk bij het contract risk managementsysteem?	41
4.2 Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de theorie en de praktijk bij de juridische beheersmaatregelen?	41
4.2.1. Niet-tijdige nakoming	42
4.2.2. Garantiebepalingen	42
4.2.3. Ontbinding en opschorting	42
4.2.4. Overmacht	43
4.2.5. Gevolgschade	43
4.2.6. Limitering van aansprakelijkheid	43
5. Conclusies en aanbevelingen	45
Conclusies	45
Aanbevelingen	45
Evaluatie	49
Literatuurlijst	50
Jurisprudentieregister	51
Bijlagen	52

Samenvatting

Bosch Rexroth is een bedrijf dat innovatieve aandrijf- en bestuursoplossingen ontwikkelt, produceert, verkoopt, installeert en onderhoudt. Rexroth zit op dit moment in een transformatie en de projecttak wilt zich meer gaan richten op 'XXL Projects', oftewel projecten met een waarde van 20 miljoen euro of meer. Grotere projecten betekent automatisch ook grotere en meer risico's. Om niet te veel risico te lopen is een goed contract risk managementsysteem belangrijk. Nu het bedrijf midden in de transformatie zit, is dit een goed moment om onderzoek te doen naar mogelijke verbeteringen in het contract risk managementsysteem van Rexroth. Dit onderzoeksrapport is het resultaat van het beantwoorden van de volgende centrale vraag: Welke aanbevelingen kunnen aan de projecttak binnen Bosch Rexroth worden gedaan na een analyse van relevante wet- en regelgeving en de gebruiken en voorwaarden in de branche om het contract risk managementsysteem in de pre-award fase van een contract verantwoord vorm te geven?

In het eerste inhoudelijke hoofdstuk is de theorie omtrent contract risk management behandeld. Hieruit blijkt dat een zelfgevormde definitie van contract risk management het managen van verwachtingen van partijen, het preventief voorkomen van risico's en het alloceren van die risico's door hierover contractueel afspraken te maken is. Daarnaast dient het risicobeoordelingsproces, het belangrijkste gedeelte van het contract risk managementsysteem, te bestaan uit vier stappen, namelijk de identificatie, evaluatie, analyse en beheersing van risico's. Verder blijkt uit het eerste hoofdstuk dat contracten zelf ook als beheersmaatregel kunnen dienen wanneer ze gebruikt worden als draaiboek voor de samenwerking tussen partijen. Als laatste is er gekeken naar wat het uitgangspunt onder Nederlands recht is als er geen voorzieningen voor zeven juridische beheersmaatregelen in contracten zijn opgenomen. Deze zeven juridische beheersmaatregelen betreffen de volgende onderwerpen: boetes bij niet-tijdige levering, gevolgschade, limitering van aansprakelijkheid, opschorting, ontbinding, garanties en overmacht. Deze onderwerpen blijken de heetste hangijzers te zijn bij contractsonderhandelingen.

In het hoofdstuk dat daarop volgt is gekeken naar de praktijk van het contract risk managementsysteem binnen Rexroth. Hiervoor is het systeem onder de loep genomen en zijn vijf branchegebruikelijke standaardvoorwaarden (de FIDIC-, IMCA-, LOGIC-, NEC- en UAV-voorwaarden) geanalyseerd op de zeven juridische beheersmaatregelen uit het eerste inhoudelijke hoofdstuk. Het volgende inhoudelijke hoofdstuk vergelijkt de theorie met de praktijk. Hieruit blijkt dat het risk contract managementsysteem van Rexroth in vergelijking met de ISO 31000-norm te weinig gefocust is op het denkproces achter de vier stappen van het risicobeoordelingsproces. Daarnaast is de belangrijkste beheersmaatregel het opnemen van een financiële voorziening in de offerte en schrijven de Guidelines van Rexroth voor om het risiconiveau van een contract bepaalt per individuele bepaling vast te stellen.

Het laatste hoofdstuk bevatten de conclusies en aanbevelingen. De conclusies zijn dat het denkproces bij het risk managementsysteem te weinig aanwezig is, contracten niet voldoende als draaiboek voor de samenwerking fungeren en dat de IMCA- en FIDIC-voorwaarden als beste uit de bus komen om als uitgangspunt bij contractsonderhandelingen te gebruiken. De concrete aanbevelingen die daaruit voortvloeien zijn om contracten an sich meer als risicobeheersmaatregel te gebruiken door er meer praktische zaken in op te nemen. Daarnaast is het van belang om een contract integraal te beoordelen in plaats van per individuele bepaling, wat nu gebeurt door de Guidelines die gevolgd moeten worden. De laatste aanbeveling is om de juiste mensen op het juiste moment bij de totstandkoming van het contract te betrekken.

Lijst van afkortingen

art.	artikel
BR	Bosch Rexroth
BW	Burgerlijk Wetboek
COSO	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
ECLI	European Case Law Identifier
FIDIC	Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IMCA	International marine Contractors Association
ISO	International Standardization Organisation
ISO 31000	International Standard Risk management – Principles and guidelines
ISO 31010	International Standard Risk management – Risk assessment techniques
jo.	Juncto
LOGIC	Leading Oil and Gas Industry Competitiveness
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NEC	New Engineering Contract
nr.	nummer
p.	pagina
UAV	Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012

1. Inleiding

1.1 Probleembeschrijving

Bosch Rexroth is een bedrijf dat innovatieve aandrijf- en besturingsoplossingen voor toepassingen in verschillende (internationale) sectoren (Mobile Applications, Machinery Application & Engineering en Factory Automation) ontwikkelt, produceert, verkoopt, installeert en onderhoudt. Rexroth is onderdeel van Robert Bosch GmbH en valt onder de business unit Industrial Technology.

In een brief d.d. 20 juli 2016 geeft de CEO van Rexroth Rolf Najork aan dat uit een klantonderzoek naar voren is gekomen dat klanten van Rexroth de waarde van het productportfolio, de kwaliteit en de vakkundigheid waarderen. Als verbeterpunten noemen ze naast de lage snelheid en hoge prijs ook de bedrijfscultuur. Hij geeft verder in de brief aan dat de cultuur moet veranderen om Rexroth weer succesvol te maken. De slogan voor de transformatie die Najork in wilt zetten naar een nieuwe strategie en bedrijfscultuur is #MoveNow!. Onderdeel van deze transformatie is om het bedrijf minder bureaucratisch en hiërarchisch te maken en om het bedrijf op een flexibele manier op te stellen voor de toekomst. Ook vraagt Najork zich in een van zijn intern gepubliceerde brieven openlijk af of het concern wel op een juiste manier is gestructureerd.

Voor Bosch Rexroth in Boxtel geldt de vraag of het bedrijf op een juiste manier is gestructureerd des te meer. Robert Bosch GmbH is voor het grootste deel een productiebedrijf en daar zijn haar processen, richtlijnen en tools dan ook op ingericht. In Boxtel wordt echter voornamelijk projectmatig gewerkt. Er gelden daar dezelfde processen, richtlijnen en tools als bij productiematig werk, terwijl de werkwijze tussen projectmatig en productiematig werken enorm verschillen. Bij productiematig worden processen zo ontwikkeld dat een product zo efficiënt mogelijk, zo vaak mogelijk geproduceerd kan worden. Bij projectmatig is juist van het tegenovergestelde sprake. Er wordt eenmalig iets specifiek ontworpen, ontwikkeld, geproduceerd, etc. voor slechts dat project. Als het bedrijf daar niet op is ingericht, kan dit resulteren in vermindering van de efficiëntie en effectiviteit binnen de projecttak, ondanks dat dit juist wél efficiënt kan zijn bij het productiegedeelte van het bedrijf.

Ook op het gebied van risk management heeft Robert Bosch richtlijnen en processen waar iedereen in het concern zich aan dient te houden. De projecttak van Rexroth wilt zich meer richten op 'XXL Projects'. Dit zijn projecten met een projectwaarde van 25 miljoen euro of meer. Grotere projecten betekent meer en grotere risico's. Dit vergt een goed risk managementsysteem. Een van de onderdelen van risk management is contract risk management. Contract risk management is het bewustzijn van risico's en de kans dat risico's zich openbaren door middel van contractuele bepalingen te verkleinen. Risico's kunnen volledig worden uitgesloten of compleet worden geaccepteerd, maar dit zijn de twee uiterste van een spectrum en er zit ontzettend veel tussenin. Het gaat om het vinden van een optimale risicobalans tussen de risico's die Rexroth loopt en de risico's van de klant. De klant heeft er voordeel bij dat Rexroth risico neemt omdat de klant dan niet het risico loopt, maar Rexroth. Zo wordt de klant deels ontzorgd op het gebied van risk management, omdat Rexroth dit voor zijn rekening neemt. Dit geeft Rexroth ten opzichte van concurrenten een competitief voordeel wanneer Rexroth meer risico draagt voor de klant dan de concurrenten.

De International Organization for Standardization (ISO), is een internationale organisatie van 164 nationale standaardisatieorganisaties.¹ ISO stelt internationale marktrelevante standaarden op en heeft

¹ <https://www.iso.org/about-us.html>

ook een standaard voor risk management, de ISO 31000: Risk management – Principles and guidelines.² Hierin worden twee dingen beschreven: het management framework, waarin wordt aangegeven dat het succes van risk management afhangt van de effectiviteit van het framework dat door het management is opgesteld en het tweede gedeelte heeft betrekking op het risk managementproces, dat stapsgewijs het risk managementproces weergeeft. Onderdeel van het risk managementproces is een risicobeoordeling. Dit specifieke gedeelte is voor Rexroth van belang om potentiële risico's in kaart te brengen en deze, mochten de risico's onaanvaardbaar zijn, te beheersen. Het risicobeoordelingsproces wordt stapsgewijs uiteengezet in ISO 31000-norm en het feit dat ISO wereldwijd erkend wordt als een gezaghebbend instituut op het gebied van standaardisatie, vormt dat de ISO 31000-norm als toetsingskader wordt gebruikt voor het contract risk managementsysteem van Rexroth.

Projecten zijn bij Rexroth opgedeeld in zeven fases. Voordat de volgende fase van start mag gaan, moet er aan een zogenaamde 'Quality Gate' zijn voldaan. Aan het eind van elke fase wordt in een Quality Gate gekeken of de fase goed is doorlopen. Risk management is bij deze QG's een belangrijk onderdeel. Vooral in de beginfase van een project, de pre-award fase, speelt contract risk management een grote rol: dan wordt de offerte/tender uitgebracht, de onderhandelingen gevoerd en de contracten opgesteld. Tijdens de pre-award fase kunnen wel overeenkomsten worden gesloten zoals een geheimhoudingsovereenkomst, maar de pre-award fase gaat over de periode voorafgaand aan de toekenning en de daadwerkelijke ondertekening van het contract. Na ondertekening van het contract zijn partijen gebonden aan de overeenkomst zoals deze is opgesteld. Er is op het gebied van contract risk management, enkele uitzonderingen zoals amendementen daargelaten, weinig contractueel meer te regelen na ondertekening; dit dient vóór ondertekening te gebeuren. Contract risk management speelt daarom voornamelijk in de pre-award fase een belangrijke rol.

De afdeling Contracting, de afdeling die zich bezig houdt met contract risk management, maakt bij het opstellen van contracten veel gebruik van branche gebruikelijke standaard contracten. In Bostel zit onder andere het wereldwijde competentiecentrum voor Marine & Offshore toepassingen en gebruikt daarom vaak als uitgangspunt bij het opstellen van contracten de standaardcontracten van IMCA (International Marine Contractors Association), LOGIC (Leading Oil and Gas Industry Competitiveness), NEC (New Engineering Contract), FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) en bij projecten voor de Nederlandse overheid de UAV (Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012). In deze contracten is ook aan risico's gedacht. Er staan namelijk onder andere boetbedingen, overmachtsclausules en bedingen die betrekking hebben op beëindiging van het contract in. Deze bepalingen zijn per standaardcontract verschillend en dus verschilt de hoogte van het risico per individuele bepaling per contract. Bij het ene contract zal er meer risico worden gelegd bij de koper en bij de andere bij de verkoper.

Naast deze juridische bepalingen, kunnen er in het contract ook niet-juridische bepalingen worden opgenomen. Er kan namelijk worden afgesproken dat de verkoper een verzekering af moet sluiten, dat koper een bankgarantie af moet geven, dat het product aan bepaalde kwaliteitseisen dient te voldoen, enzovoorts. Met deze bepalingen wordt getracht te voorkomen dat een risico zich openbaart. Bij de bankgarantie wordt namelijk het risico weggenomen dat de koper niet betaald.

Robert Bosch is van oudsher erg risicomijdend. De mindset is om risico's te allen tijden te vermijden en om zelf zo min mogelijk risico te nemen. Echter, door op een doordachte wijze met risico's om te gaan kunnen risico's juist in je voordeel werken. Met een goed contract risk managementsysteem worden

² ISO 31000:2009(E)

risico's in kaart gebracht, onderzocht en de waarschijnlijkheid en ernst ingeschat. Zo kan een individuele bepaling voor een groot risico zorgen. Een boetebeding van €50.000,- per week bij een te late levering bijvoorbeeld. Echter, als de levertijd tien jaar is en de gemiddelde doorlooptijd van een vergelijkbaar project is vijf jaar, is de kans dat er te laat wordt geleverd erg klein en het risico dat de boete betaald moet worden erg laag. Door het contract risk managementsysteem van Rexroth onder de loep te nemen kunnen er wellicht aanbevelingen worden gedaan over het verbeteren van het huidige contract risk managementsysteem teneinde er op een verantwoorde en onderbouwde wijze mogelijk meer risico's genomen kunnen worden.

1.2 Centrale vraag

Op basis van voorgaande probleembeschrijving is de volgende centrale vraag geformuleerd:

“Welke aanbevelingen kunnen aan de projecttak binnen Bosch Rexroth worden gedaan na een analyse van relevante wet- en regelgeving en de gebruiken en voorwaarden in de branche om het contract risk managementsysteem in de pre-award fase van een contract verantwoord vorm te geven?”

1.3 Deelvragen

Om tot een antwoord op de centrale vraag te komen is dit onderzoek in drie deelvragen opgesplitst. De antwoorden op deze drie deelvragen resulteren samen in het antwoord op de centrale vraag. De deelvragen zijn:

1. Wat is contract risk management en hoe beschrijft ISO 31000 haar risicobeoordelingsproces?
 - a. Wat is contract risk management?
 - b. Hoe ziet het risicobeoordelingsproces van de ISO 31000 eruit?
 - c. Welke risicobeheersmaatregelen bestaan er?
 - i. Welke niet-juridische beheersmaatregelen bestaan er?
 - ii. Wat is er in het Nederlands recht geregeld over de belangrijkste juridische beheersmaatregelen?
 - Niet-tijdige levering
 - Overmacht
 - Garantie
 - Gevolgschade
 - Ontbinding & opschorting
 - Limitering van aansprakelijkheid
2. Wat is het huidige contract risk managementsysteem in de pre-award fase van de projecttak bij Bosch Rexroth?
 - a. Hoe vindt de risicobeoordeling plaats?
 - b. Hoe zien de juridische beheersmaatregelen eruit in standaard branchegebruikelijke contracten?
3. In welke mate wijkt het huidige contract risk managementsysteem van Rexroth af van de ISO 31000?

1.4 Doelstelling

De doelstelling is dat er op maandag 29 mei 2017 een onderzoeksrapport wordt opgeleverd dat aanbevelingen aandraagt die ervoor zorgen dat het contract risk managementsysteem van Bosch Rexroth in de pre-award fase van een project op een verantwoorde wijze wordt vorm gegeven.

1.5 Onderzoeksstrategieën, bronnen en methoden & verantwoording

Dit onderzoek zal beginnen met een onderzoek naar de literatuur over (contract) risk management, alvorens naar de praktijk zal worden gekeken. Hierdoor ontstaat een theoretisch en praktisch kader waarbinnen het onderzoek zal plaatsvinden. Door eerst het theoretisch kader neer te zetten kan er de opgedane kennis over contract risk management de praktijk binnen Rexroth gedegen en efficiënt worden onderzocht. Zonder vooraf kennis te vergaren over het onderwerp kan er geen efficiënt praktijkonderzoek plaatsvinden.

Voor het praktijkonderzoek wordt er gekozen voor een documentenonderzoek en een onderzoeksinterview. Bij het documentenonderzoek worden de standaardcontracten van de brancheorganisaties geanalyseerd. Daarnaast wordt er gekeken naar de diverse richtlijnen, procedures en tools die binnen Bosch Rexroth betrekking hebben op contract risk management. Door echter slechts naar de deze richtlijnen, procedures en tools te kijken kan er geen goed beeld worden gevormd van hoe er binnen Rexroth met risico's wordt omgegaan. Er zal boven water moeten komen hoe de mensen omgaan met contract risk management. Dit gebeurt door een interview met de manager van afdeling Kwaliteit, degene die het meest met risk management in zijn algemeenheid te maken krijgt, en met de groupleader Contract Management, die krijgt het meeste met contract risk management te maken. Door eerst de persoon te interviewen die zich bezig houdt met risk management en daarna de persoon die zich bezig houdt met contract risk management, wordt er eerst een algemeen beeld van risk management gevormd en wordt er daarna ingezoomd op contract risk management.

Deelvraag 1: Wat is contract risk management en hoe beschrijft ISO 31000 haar risicobeoordelingsproces?

Het antwoord op deze vraag wordt gegeven door middel van het bestuderen van literatuur over (contract) risk management en door een grondige analyse van het risicobeoordelingssysteem van ISO 31000. Hierbij wordt deze ISO-norm aangemerkt als relevante regelgeving. Deze deelvraag is bedoeld om een algemene inleiding te geven over risk management. Risk management bestaat namelijk uit verschillende facetten, waarvan contract risk management er een is. Het tweede deel van deze deelvraag zet uiteen waaraan volgens ISO 31000 een risicobeoordelingsproces aan moet voldoen. Voor contract risk management is namelijk slechts dat deel van belang, namelijk het identificeren van risico's en deze op een gestructureerde wijze beheersen. Het gedeelte van ISO 31000 over het managementframework is hierdoor voor dit onderzoek minder relevant. Er is in dit onderzoek gekozen om het contract risk managementsysteem van Rexroth te toetsen aan de eisen van een goed risk managementsysteem van ISO 31000. ISO is in maart 2017 actief in 162 landen, bestaat reeds sinds 1947 en is een autoriteit op het gebied van wereldwijde standaardisatie. Daarom is er gekozen de ISO 31000 als uitgangspunt van een goed risk managementsysteem te nemen.

1a. Wat is contract risk management?

Zoals zojuist hierboven genoemd is deze subdeelvraag bedoeld een introductie te geven over het begrip contract risk management. Deze subdeelvraag is van belang omdat hierdoor een beeld wordt gevormd van wat er in dit onderzoek onder contract risk management wordt verstaan en waarom een goed contract risk managementsysteem van belang is.

1b. Hoe ziet het risicobeoordelingsproces van de ISO 31000 eruit?

In de probleembeschrijving is reeds vermeld dat de ISO 31000 uit twee hoofdonderdelen bestaat: het framework en de risicobeoordeling. Het framework is gericht op een goede implementatie en draagvlak door het management. Dit is voor dit onderzoek minder relevant, omdat dit gedeelte geen betrekking heeft op het beheersen van risico's, maar op het opzetten van een risk managementsysteem. Het tweede gedeelte van de ISO 31000 is daarentegen voor dit onderzoek wel van belang. Hier gaat het over het proces van risk management en de risicobeoordeling. De risicobeoordeling bestaat uit vier stappen,

namelijk: identificatie, analyse, evaluatie en behandeling. In deze subdeelvraag zal worden beschreven waaraan een goede risicobeoordeling volgens de ISO 31000-norm aan dient te voldoen. Het antwoord op deze subdeelvraag hetgeen waaraan het contract risk managementsysteem van Rexroth zal worden getoetst.

1c. Welke risicobeheersmaatregelen bestaan er?

Beheersmaatregelen trachten het risico te voorkomen of, wanneer het risico reeds is geopenbaard, de impact van het risico te minimaliseren. Er bestaan talloze beheersmaatregelen. Alles waardoor een risico wordt voorkomen is feitelijk een beheersmaatregel. Er wordt daarom in dit onderzoek onderscheid gemaakt tussen niet-juridische en juridische beheersmaatregelen. Onder juridische beheersmaatregelen worden juridische contractuele bepalingen, zoals boetebedingen, overmachtsclausules, schadevergoedingsartikelen, beëindigingsbepalingen en eigendomsvoorbehoudbepalingen verstaan. Niet-juridische beheersmaatregelen zijn bijvoorbeeld het verplichten tot het afsluiten van een verzekering, extra kwaliteitscontroles en extra personeel inzetten bij een project. Dit kan contractueel worden afgesproken, maar vallen in dit onderzoek buiten de definitie van juridische bepalingen. De nadruk zal in dit praktijkgericht juridisch onderzoek komen te liggen op de juridische beheersmaatregelen.

Welke juridische maatregelen onderzocht zullen worden, wordt bepaald aan de hand van de zogenaamde 'Principle Terms' van Bosch Rexroth, met aanvulling van de overmachtsclausule. Deze Principle Terms zijn door Rexroth opgesteld en bevatten basale bepalingen waaraan een contract of algemene voorwaarden van een andere contractspartij minimaal dient te voldoen indien er niet gecontracteerd wordt onder de voorwaarden van Rexroth. Uit gesprekken met de groupleader Contract Management is naar voren gekomen dat er zes belangrijke bepalingen in elk contract terugkomen, namelijk bepalingen over:

- Te laat leveren;
- Garantie;
- Ontbinding & opschorting;
- Limitering van aansprakelijkheid;
- Overmacht; en
- Gevolgschade.

In deze subdeelvraag zal worden uitgezocht wat Nederlands recht zegt over voorgenoemde bepalingen als hier niets over in het contract is geregeld. Het gaat bij Rexroth altijd om business to business-overeenkomst en daardoor is er sprake van veel regelend recht en staan partijen erg vrij in wat zij regelen in overeenkomsten. Door te kijken wat Nederlands recht over voorgenoemde bepalingen zegt wordt het uitgangspunt van de rechtspositie van Rexroth bepaald. Aan de hand daarvan kan worden bepaald wat er in de overeenkomsten die Rexroth sluit geregeld moet worden over voorgaande bepalingen om de contracten positie te versterken.

Deelvraag 2: Wat is het huidige contract risk managementsysteem in de pre-award fase van de projecttak bij Bosch Rexroth?

Bij deze deelvraag zal het contract risk managementsysteem van Rexroth in kaart worden gebracht en getoetst aan hetgeen in de eerste subdeelvraag over de ISO 31000-norm is geschreven.

Er zal worden gekeken hoe de risicobeoordeling bij Rexroth plaatsvindt door middel van de vier stappen uit te werken, te weten: risico identificatie, analyse en evaluatie. Daarna zal er gekeken worden welk beheersmaatregelen Rexroth heeft en gebruikt om risico's te voorkomen dan wel de impact ervan te minimaliseren.

2a. Hoe vindt de risicobeoordeling plaats?

Dit is het eerste deel van het praktijkgedeelte. Het antwoord op deze vraag zal worden vergeleken met de deelvraag over de risicobeoordeling uit de ISO 31000-norm. Hoe Rexroth de risico's beoordeelt zal onder andere in kaart worden gebracht door een interview met Stephen van As, kwaliteitsmanager, en door de Guidelines over dit onderwerp te bestuderen. De nadruk ligt op de pre-award fase, de fase voorafgaand aan ondertekening, omdat er na ondertekening contractueel, dus ook op het gebied van risico's, vrijwel niets meer geregeld kan worden. Een contract is een contract en dat dient nagekomen te worden. In het kader van dit onderzoek zal daarom de nadruk liggen op de pre-award fase.

2c. Hoe zien de juridische beheersmaatregelen eruit in standaard branchegebruikelijke contracten?

In deze subdeelvraag zal worden gekeken naar de manier waarop de zes juridische bepalingen uit de eerste deelvraag in vier internationale branche gebruikelijke standaardcontracten (IMCA, LOGIC, NEC en FIDIC) en één standaardcontract die bij overheidsaanbestedingen verplicht is gesteld (UAV) terugkomen. De afdeling Contracting neemt bij het opstellen van contracten vaak een van deze standaardcontracten als uitgangspunt. Deze worden niet één op één gebruikt, maar vormen het uitgangspunt voor onderhandelingen. Door deze contracten te analyseren kan er gekeken worden hoe er in deze vijf contracten met risico's worden omgegaan en hoe de risicoverdeling ligt.

Deelvraag 3: In welke mate wijkt het huidige contract risk managementsysteem van Rexroth af van de ISO 31000?

Bij deze deelvraag worden de twee antwoorden uit de vorige deelvraag naast elkaar gelegd en gekeken wat de verschillen zijn. Dit wordt gedaan op de vier stappen die in beide deelvragen zijn behandeld. Dit vormt de basis voor de conclusie van dit onderzoek en de aanbevelingen die gedaan kunnen worden om tot een beter contract risk managementsysteem te komen.

1.6 Leeswijzer

Om tot een antwoord op de centrale vraag te komen is dit onderzoek in drie deelvragen opgesplitst. De antwoorden op deze drie deelvragen resulteren samen in het antwoord op de centrale vraag. Deze drie deelvragen zijn tevens de drie inhoudelijke hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk beantwoordt de vraag wat contract risk management is en hoe ISO 31000 haar risicobeoordelingsproces beschrijft. Dit hoofdstuk is onderverdeeld in twee delen, namelijk het eerste gedeelte waarin aan wordt gegeven wat contract risk management is en het tweede gedeelte dat het risicobeoordelingsproces van de ISO 31000 beschrijft. Het tweede hoofdstuk gaat over de praktijk bij Rexroth. In dat hoofdstuk wordt de vraag beantwoord wat het huidige contract risk managementsysteem in de pre-award fase van de projecttak binnen Bosch Rexroth is. Dit hoofdstuk bestaat uit drie onderdelen, namelijk hoe de risicobeoordeling plaatsvindt, welke niet-juridische beheersmaatregelen Rexroth gebruikt en als laatste hoe de juridische beheersmaatregelen in standaard branchegebruikelijke contracten eruit zien. In het laatste hoofdstuk zal de theorie uit het eerste hoofdstuk met de praktijk uit het tweede hoofdstuk vergeleken worden om te bekijken wat de afwijkingen hiertussen zijn. Na deze drie inhoudelijke hoofdstukken zullen conclusies worden getrokken en aanbevelingen worden gedaan in het hoofdstuk Conclusies en aanbevelingen.

2. Wat is contract risk management?

In dit hoofdstuk zal een introductie worden gegeven over risk management en zal het risicobeoordelingsproces van de ISO 31000-norm uiteen worden gezet. Als dat kader is gevormd, zal in kaart worden gebracht wat het Nederlands recht regelt over zes juridische bepalingen waarover in contracten over het algemeen het langste wordt onderhandeld. Maar nu eerst zal kort van de ontwikkeling van risk management tot prioriteit vandaag de dag en een introductie van risk management worden gegeven.

Ondernemers zijn altijd, bewust of onbewust, bezig met risk management: ze maken betalingsafspraken, spreiden het eigen aanbod van goederen of diensten en besteden werk uit waar zij te weinig kennis en kunde van hebben om het zelf uit te voeren. Vanaf de jaren negentig groeide het besef dat ondernemingen meer maatregelen moesten nemen om risico's te voorkomen, dan wel de impact van risico's te reduceren. Deze ontwikkeling werd versneld door het rapport *Internal Control – Integrated Framework* dat in september 1992 werd gepubliceerd door de Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (afgekort als 'COSO'). Dit rapport werd opgesteld naar aanleiding van enkele boekhoudschandalen en formuleerde een algemene definitie van interne controle. Ook gaf het rapport een kader waaraan interne controlesystemen konden worden getoetst. Risico management werd nog belangrijker nadat enkele omvangrijke fraudeschandalen, zoals ENRON en WorldCom, in het begin van deze eeuw aan het licht zijn gekomen. Vandaag de dag, in de aantrekkende economie na de financiële crisis, staat dit onderwerp bovenaan de prioriteitenlijst van bedrijfsjuristen.³

In de doctrine is geen eenduidige definitie van risk management te vinden. Een van de definities die van risk management bestaat is: 'het proces waarbij de waarschijnlijkheid dat er risico's optreden of de impact van deze risico's op een project worden verminderd'.⁴ Een andere definitie is: 'gecoördineerde activiteiten binnen een onderneming om risico's te sturen en te controleren'.⁵ Een definitie voor risico is onder andere te vinden in de ISO 31000-norm: 'risico is het effect van onzekerheid op doelstellingen'.⁶ Van Dale definieert risico als 'gevaar van schade of verlies'. Een uitgebreidere, meer omvattende definitie is te vinden in de Business Dictionary: 'A probability or threat of damage, injury, liability, loss or any other negative occurrence that is caused by external or internal vulnerabilities, and that may be avoided through preemptive action'.⁷

Risk management zou op mensen over kunnen komen als iets negatiefs; het slaat op risico's en negatieve effecten die daaruit voort kunnen komen. Het tegenovergestelde is echter waar. Risicomanagement is echter van essentieel belang voor waarde-creatie binnen elke onderneming. Het draait bij risk management namelijk niet zo zeer om overal beren op de weg te zien, maar om ervoor te zorgen dat de onderneming zijn ambities op een succesvolle en gecontroleerde wijze bereikt. Risk management draait naast het vermijden van risico's net zo zeer om het voorkomen van verrassingen. Hiermee wordt bereikt dat de risico's die gelopen worden bekend zijn, maar ook dat een ondernemer weet waar zijn kansen liggen en daar op in kan spelen. Een goed risk managementsysteem kijkt daarom niet slechts naar wat er niet kan, maar juist ook naar waar de kansen liggen.

³ Tervoort e.a. 2015, p. V

⁴ IMCA 2006, p. 4

⁵ ISO 31000:2009(E), p. 2

⁶ ISO 31000:2009(E), p. 1

⁷ <http://www.businessdictionary.com/definition/risk.html>, geraadpleegd op 17 maart 2017

Risk management is onder te verdelen in acht hoofdcategorieën, te weten: marktrisico's, kredietrisico's, liquiditeitsrisico's, operationele risico's, businessrisico's, strategische risico's, reputatierisico's en legal risico's.⁸ In dit onderzoek zal voornamelijk in worden gegaan op legal risico's. Legal risk management kan worden beschreven als het proces om juridische risico's van een onderneming te analyseren en vervolgens het besluit van de onderneming hoe om te gaan met deze risico's.⁹ Deze juridische risico's kunnen verschillend van aard zijn. Het kan gaan om een proeftijd in een arbeidsovereenkomst die niet geldig is, wetswijzigingen, gerechtelijke procedures, mededingingsrechtelijke aspecten en ga zo maar door. Ook contractuele risico's vallen onder legal risk management. Verder dienen in contracten niet slechts juridische zaken geregeld te worden; contracten worden primair gesloten om zaken te doen. Contracten zijn daarom ook tools voor waarde creatie, communicatie, coördinatie, controle, maar ook om verwachtingen te managen (wat krijgt welke partij voor welke prijs?). Door een goede beschrijving van de gewenste wijze van communicatie en de verwachtingen van partijen vast te leggen, worden misverstanden voorkomen en wordt een goede uitvoering van het contract vereenvoudigd.¹⁰

Contract risk management speelt voornamelijk een rol in de pre-award fase van het contract. In deze fase wordt de offerte of tender uitgebracht, worden de onderhandelingen gevoerd en de contracten opgesteld. Nadat het contract is ondertekend dient dit te worden nagekomen op grond van art. 6:262 lid 1 BW. De mogelijke risico's dienen daarom vóór ondertekening van het contract in beeld worden gebracht zodat er bepalingen ter voorkoming van deze risico's kunnen worden opgenomen. Na ondertekening is dit, enkele uitzonderingen zoals amendementen daargelaten, niet meer mogelijk. Er zal in dit onderzoek om die reden gekeken worden naar de pre-award fase van contracten.

Als er gekeken wordt naar voorgaande omschrijvingen van zowel risk management als legal risk management, kan een definitie van contract risk management als volgt worden geformuleerd: contract risk management is het managen van verwachtingen van partijen, het preventief voorkomen van risico's en het alloceren van die risico's door hierover contractueel afspraken te maken.

In deze paragraaf is kort de ontwikkeling van risk management van het onbewust omgaan met risico's van voor de jaren negentig, tot aan het bereiken van de top van prioriteitenlijsten van bedrijfsjuristen vandaag de dag weergegeven. Daarna is een omschrijving van risk management en contract risk management gegeven. In de volgende paragraaf zal gekeken worden naar welke elementen volgens de literatuur, in dit geval de ISO 31000-norm, een goed contract risk managementsysteem dient te bevatten.

2.1 Hoe ziet het risicoboordelingsproces van de ISO 31000 eruit?

De International Standard Risk management – Principles and guidelines (hierna: "ISO 31000") is een document dat is opgesteld door de International Organization for Standardization (hierna: "ISO"). ISO is een internationale organisatie bestaande uit 164 nationale standaardisatieorganisaties.¹¹ ISO ontwikkelt normen die wereldwijd worden gebruikt en heeft meer dan 21000 internationale standaarden ontwikkeld op vrijwel elk gebied, van gefabriceerde producten tot technologie en van

⁸ Crouhy, Galai & Mark, 2013, p. 24

⁹ Tervoort e.a. 2015, p. 1

¹⁰ Haapio/Siedel 2013, p. 19.

¹¹ <https://www.iso.org/about-us.html>, geraadpleegd op 17 maart 2017.

gezondheidszorg tot landbouw.¹² ISO-standaarden worden wereldwijd gebruikt en zijn duidelijk geformuleerd. De ISO-norm omtrent risk management zal daarom, waar deze norm mede voor bedoeld is¹³, als toetsingskader fungeren voor het contract risk managementsysteem van Rexroth.

In de introductie van ISO 31000 wordt aangegeven dat deze norm het risk management proces, (bestaande uit het identificeren van risico's, het analyseren van risico's en daarna het evalueren van risico's om te bepalen of het risico gematigd dient te worden door risicobehandeling) systematisch en logisch in detail beschrijft.¹⁴ Verder wordt aangegeven dat wanneer het risk managementsysteem in overeenstemming is met ISO 31000, dat ondernemingen onder andere de kans vergroten om hun doelstellingen te halen, de identificatie van kansen en risico's wordt verbeterd, operationele efficiëntie en effectiviteit wordt verbeterd en effectieve risicobehandelmiddelen kunnen worden toegewezen en gebruikt. De reikwijdte van ISO 31000 is erg breed. Elk risk managementsysteem, ongeacht het gebied waar het betrekking op heeft of welke functie het risk managementsysteem heeft, kan getoetst worden aan ISO 31000, dus ook een contract risk managementsysteem. De norm is namelijk bedoeld voor elk type organisatie en voor elk type risico, waardoor ook het contract risk managementsysteem van Rexroth hieraan kan worden getoetst.

ISO 31000 is opgebouwd uit drie delen. Het begint met een inleiding en principes die noodzakelijk zijn voor een effectief risk managementsysteem. Daarna volgt een framework voor risk management alvorens het risicobeoordelingsproces aan bod komt. Vooral het derde gedeelte, het risicobeoordelingsproces, is voor dit onderzoek interessant, omdat aan de hand daarvan beoordeeld kan worden hoe een contract risk managementsysteem functioneert. Of het management framework, het fundament voor een risk managementsysteem, effectief is of niet, is in dit onderzoek niet van belang. Het draait in dit onderzoek namelijk om het voorkomen van risico's dan wel de impact daarvan te mitigeren en daar ziet het risicobeoordelingsproces op. Er zal daarom slechts kort in worden gegaan op het framework en zal het risicobeoordelingsproces uitgebreider aan bod komen.

Het gedeelte over het framework dient, kortgezegd, ervoor te zorgen dat informatie afkomstig uit het risicobeoordelingsproces op een adequate wijze gerapporteerd wordt en gebruikt wordt als basis voor de besluitvorming en verantwoording binnen alle betrokken organisatieniveaus.¹⁵ Het framework bestaat uit vijf stappen. Bij de eerste stap dient het management te zorgen voor commitment binnen de hele organisatie door enkele acties te nemen. Deze acties bestaan onder andere het definiëren van een risk management beleid, het communiceren van de voordelen van risk management naar alle betrokkene en het toewijzen van verantwoordelijken op de verschillende niveaus binnen de onderneming. De tweede stap is het ontwerpen van het framework. Dit gebeurt door achtereenvolgens een risk managementbeleid op te stellen, de verantwoordelijkheid en bevoegdheid te regelen, het framework te integreren in de organisatorische processen en passende middelen beschikbaar te stellen zoals trainingen, procedures en interne en externe communicatie- en rapportagesystemen vaststellen. Stap drie is het implementeren van het framework in de organisatie. Stap vier is het monitoren en beoordelen van het framework. Als laatste is stap vijf bedoeld voor continue verbetering van het framework. Deze vijf stappen staan schematisch weergegeven in Bijlage A.

¹² <https://www.iso.org/store.html>, geraadpleegd op 17 maart 2017.

¹³ ISO 31000:2009(E), p. VI

¹⁴ ISO 31000:2009(E), p. V

¹⁵ ISO 31000:2009(E), p. 8

Als het framework staat, kan het risicobeoordelingsproces in gang worden gezet. Hiervoor dient allereerst de context te worden vastgesteld. Onder context worden de doelstelling van het risk managementsysteem en in- en externe parameters verstaan. Er wordt bepaald naar welke risico's wel en naar welke risico's niet worden gekeken en van welke risicobeoordelingsmethode(n) gebruik zal worden gemaakt. Belangrijker voor de daadwerkelijke risicobeoordeling is het bepalen van de risicocriteria. Dit zijn de functieomschrijvingen aan de hand waarvan de waarde van een risico wordt geëvalueerd. De risicocriteria zijn in principe de benchmarks voor de risico evaluatie en bepalen de 'risk appetite', de hoeveelheid risico dat een onderneming bereid is te nemen. De risicocriteria worden bepaald aan de hand van enkele factoren. Een niet-limitatieve lijst van deze factoren is opgenomen in ISO 31000 en bestaan uit de volgende:

- De aard en soort van de oorzaken en gevolgen die kunnen optreden en hoe deze worden bepaald;
- Hoe de waarschijnlijkheid van het risico wordt bepaald;
- Hoe het risiconiveau wordt bepaald;
- Wanneer een risico op een acceptabel of toelaatbaar niveau is; en
- Of er rekening gehouden moet worden met combinaties van risico's, en zo ja, welke combinaties daarvoor in aanmerking komen.¹⁶

Deze factoren, mogelijk aangevuld met factoren die de onderneming relevant acht, vormen het toetsingskader voor de geanalyseerde risico's bij de risico evaluatie. De risico's die voldoen aan de risicocriteria of een hoger risico vormen dan deze criteria, dienen behandeld te worden volgens onderstaande risicobeoordeling.

Als de risicocriteria zijn vastgesteld, kan het risicobeoordelingsproces worden vormgegeven. Dit proces kent, zoals eerder genoemd, drie stappen: risico identificatie, risicoanalyse en risico evaluatie. In deze volgorde zullen de stappen worden beschreven.

2.1.1. Risico identificatie

Het doel van risico identificatie is om een uitgebreide lijst van risico's op te stellen gebaseerd op gebeurtenissen die mogelijk het bereiken van doelstellingen zullen creëren, verbeteren, voorkomen, verminderen, vertragen of versnellen.¹⁷ Het is van cruciaal belang dat alle risico's in deze fase worden geïdentificeerd, omdat risico's die in deze fase niet boven water komen, niet bij de risicoanalyse worden betrokken. Ook de risico's die buiten de macht van de organisatie liggen of waarvan de bron of oorzaak niet helemaal helder is dienen geïdentificeerd te worden. De risico's die mogelijk een domino-effect hebben moeten ook worden onderzocht. Als laatste is het noodzakelijk om, naast de identificatie van wat er zou kunnen gebeuren, ook te bedenken wat mogelijke gevolgen zijn als bepaalde oorzaken en/of scenario's optreden. Al met al dienen significante oorzaken en gevolgen van risico's overwogen en in kaart gebracht te worden.

Risico's kunnen slechts goed in kaart worden gebracht wanneer de onderneming beschikt over relevante informatie die up-to-date is. Ondernemingen dienen risico identificatietechnieken te gebruiken die geschikt zijn om de risico's waarmee de onderneming geconfronteerd wordt te identificeren. Ondernemingen die worden blootgesteld aan grotere risico's dienen nauwkeurigere technieken te gebruiken dan ondernemingen die aan minder grote risico's worden blootgesteld. ISO heeft ook een norm opgesteld met 'risk assessment techniques', de ISO 31010-norm.¹⁸ In deze norm zijn 31 technieken genoemd waarmee risico's beoordeeld, en dus ook geïdentificeerd, kunnen

¹⁶ ISO 31000:2009(E), p. 17

¹⁷ ISO 31000:2009(E), p. 17

¹⁸ ISO 31010:2009 – Risk management – Risk assessment techniques(E)

worden. Enkele technieken die genoemd worden zijn brainstormen, een checklist, Structured What If Technique (SWIFT), Preliminary Hazard Analysis (PHA) en cause-and-effect analyse.

2.1.2. Risicoanalyse

Bij de risicoanalyse gaat het om het ontwikkelen van een begrip van het risico. Er dient in deze fase te worden nagedacht over de oorzaken en bronnen van risico's, de positieve en negatieve gevolgen en de waarschijnlijkheid dat deze gevolgen zich openbaren. Risico's worden geanalyseerd door de gevolgen en de waarschijnlijkheid van openbaring te bepalen. De mate van vertrouwen in de analyse dient hierbij vermeld te worden, evenals de verschillen tussen meningen van experts, onzekerheid, beschikbaarheid, kwaliteit en kwantiteit en beperkingen van het gebruikte model. Bij de risicoanalyse dient ook gekeken te worden naar de samenhang van de risico's en de bronnen daarvan. De gevolgen en de waarschijnlijkheid van openbaring kunnen onder andere worden bepaald door uitkomsten van een gebeurtenissen in een model in te voeren, door middel van extrapolatie van experimentele onderzoeken of door gebruik te maken van beschikbare data. De uitkomst hiervan is het risiconiveau van het geanalyseerde risico.¹⁹

2.1.3. Risico evaluatie

De bedoeling van risico evaluatie is om te ondersteunen bij het maken van beslissing, mede gebaseerd op de uitkomsten van de risicoanalyse, over welke risico's gemitigeerd dienen te worden en welke daarbij de prioriteit heeft. Bij de risicoanalyse werden de risiconiveaus vastgesteld en bij de risico evaluatie worden deze vergeleken met de risicocriteria die door de organisatie zijn bepaald. Op basis van deze vergelijking kan er een risicobehandeling worden gekozen.²⁰

2.1.4. Risicobehandeling

Mocht uit de risico evaluatie blijken dat risico's behandeld dienen te worden om de gevolgen te mitigeren, dient er een passende behandeling te worden gekozen. Risicobehandeling is het proces van het vaststellen van een risicobehandeling en het bepalen of het resterende risiconiveau toelaatbaar. Wanneer dit niet toelaatbaar is, dient een nieuwe risicobehandeling gestart te worden. Daarna begint het proces opnieuw. Risicobehandeling kan onder andere bestaan uit de volgende methoden:

- Het risico vermijden door niet te starten of door te gaan met de risicovolle activiteit;
- Het risico nemen of vergroten om daardoor een kans te pakken;
- Het wijzigen van de gevolgen en/of de waarschijnlijkheid;
- De bron van het risico te verwijderen; en
- Het risico delen met (een) andere partij(en) door risicofinanciering en contracten.²¹

Bij het kiezen van een risicobehandelingsmethode is het van belang om de kosten en moeite af te wegen tegen de voordelen die de behandeling opleveren met betrekking tot wettelijke, regelgevende en andere verplichtingen zoals social responsibility en milieu. Wanneer een risicobehandelingsmethode wordt gekozen dient er rekening gehouden te worden of de methode impact heeft op een andere plek of afdeling binnen de organisatie. Daarnaast kan risicobehandeling zelf ook voor risico's zorgen, zoals het falen of de ineffectiviteit van de risicobehandelingsmethode. Daarom dient er continu gemonitord te worden of de methoden effectief blijft.

¹⁹ ISO 31000:2009(E), p. 18

²⁰ ISO 31000:2009(E), p. 18

²¹ ISO 31000:2009(E), p. 19

Wanneer de risicobehandelmethode is gekozen dient er een risicobehandelingsplan te worden opgesteld. Dit is ervoor bedoeld om vast te leggen op welke wijze de gekozen behandeling geïmplementeerd zal worden en dient deel uit te maken van de managementprocessen van de organisatie. In het plan moet in ieder geval het volgende worden opgenomen:

- De reden waarom er voor deze behandeling is gekozen, inclusief welke voordelen dit verwacht wordt op te leveren;
- Degene die verantwoordelijk zijn voor de goedkeuring van het plan en degene die verantwoordelijk zijn voor de implementatie;
- Voorgestelde acties;
- De benodigde middelen, inclusief een schatting van onvoorziene kosten;
- Prestatiemetingen en –beperkingen;
- Rapportage- en monitorvereisten; en
- De planning.
- Als het plan in werking is gesteld, dient de voortgang en beoordeling regelmatig, ad hoc of periodiek, gecontroleerd te worden.

In het bovenstaande gedeelte is het risicobedoelingsproces uit de ISO 31000-norm beschreven. Het is een cyclisch proces dat de verantwoordelijke goed dient te monitoren en vastleggen. Het is van belang om in de beginfase alle risico te identificeren, omdat slechts deze in het risicobedoelingsproces worden meegenomen. Bij de analyse wordt een begrip van het risico ontwikkeld om het risiconiveau vast te stellen. Uiteindelijk wordt er een risicobehandeling gekozen wanneer het vastgestelde risiconiveau te hoog is. Met de ingezette behandeling wordt getracht het risico te voorkomen of de impact te mitigeren. Welke risicomaatregelen er bestaan, zal in de volgende paragraaf duidelijk worden.

2.2. Welke risicobeheersmaatregelen bestaan er?

Voor dit onderzoek zijn de beheersmaatregelen opgedeeld in 2 categorieën, te weten niet-juridisch en juridisch. Onder juridische beheersmaatregelen worden contractsbepalingen verstaan die betrekking hebben op juridische onderwerpen. Een contract is in zijn geheel een juridisch document, maar de individuele bepalingen hoeven dit niet te zijn. Zo staat er, ter illustratie, niet in de wet dat de verkoper van een product verplicht is om een transportverzekering af te sluiten of om de bouw van een product uit te besteden. Er bestaan wél wetsartikelen die betrekking hebben op schade(vergoeding), overmacht of wanprestatie. Niet-juridische bepalingen worden in dit onderzoek gekwalificeerd als bepalingen die niet onder de eerste categorie, juridische beheersmaatregelen, vallen, oftewel de restcategorie. In de vorige paragraaf viel te lezen dat er verschillende soorten risicobehandelmethode zijn. Vooral de laatste twee punten zijn uitermate geschikt om contractueel te regelen. In deze paragraaf zal er allereerst kort naar niet-juridische beheersmaatregelen worden gekeken alvorens geanalyseerd gaat worden wat het Nederlands recht regelt over zes juridische bepalingen wanneer hierover contractueel niets over is vastgelegd.

2.2.1. Niet-juridische beheersmaatregelen

In principe zijn alle acties waardoor de kans dat een risico zich openbaart wordt verkleind of dat de impact van een risico wordt gemitigeerd een beheersmaatregel. Er zijn daarom talloze risicobeheersmaatregelen. Er zal in dit onderzoek, aangezien het een praktijkgericht *juridisch* onderzoek is, dieper op de juridische beheersmaatregelen worden ingegaan dan op de niet-juridische beheersmaatregelen. Er zal wel een stuk theorie aan bod komen over niet-juridische bepalingen, omdat, zoals eerder benoemd, een contract niet uitsluitend bestaat uit juridische bepalingen.

Voor risicobeheersmaatregelen kan er in verschillende categorieën worden gedacht. Zo kunnen er operationele, financiële, technische, organisatorische en politiek bestuurlijke beheersmaatregelen worden genomen. Bij operationele beheersmaatregelen kan er bijvoorbeeld gedacht worden aan een extra inspectie invoeren, verzekering afsluiten of de planning extra bewaken/aanscherpen. Financiële beheersmaatregelen zijn o.a. bankgaranties vragen, extra budget vrijmaken en factoring. Technische beheersmaatregelen kunnen bestaan uit het ontwikkelen van een sterker materiaal, betere testmethode toepassen en strengere procedures en richtlijnen aanhouden. Organisatorische beheersmaatregelen zijn onder andere externe specialisten inschakelen, outsourcen en extra personeel op een project zetten. Als politiek bestuurlijke beheersmaatregelen kan er gedacht worden aan het navragen of een activiteit vergunningsplichtig is en exportcontrole.

Echter, bovenstaande voorbeelden zijn niet allemaal geschikt om op te nemen in contracten. Andere daarentegen zijn juist uitermate geschikt om contractueel vast te leggen. Zo kan er afgesproken worden dat de verkoop aan een buitenlandse klant slechts doorgaat wanneer er een vergunning is gekregen om het product te exporteren. Ook het contractueel verplicht stellen om een verzekering af te sluiten voor het transport voor kosten van de verkoper kan een goede contractsbepaling zijn.

Hieruit blijkt dat er naast harde juridische bepalingen, zogenaamde 'boilerplate clauses'²², contractueel ook veel afgesproken kan worden waar een jurist primair niet bij stil staat. Een contract wordt in beginsel niet gesloten om juridische bepalingen te regelen, maar om zaken met elkaar te doen. Door contracten als 'business tool' te zien en niet als juridische instrumenten om de aansprakelijkheid goed te regelen, zijn niet-juridische bepalingen van groter belang dan boilerplate clauses. Als er vanuit dat oogpunt naar contracten wordt gekeken, wordt de kans en impact van negatieve gebeurtenissen kleiner, de kans en impact van positieve gebeurtenissen groter en kan er verantwoord en onderbouwd risico worden genomen.²³ In plaats van contracten te gebruiken om risico's te verdelen, kunnen risico's gemanaged worden. Dit is ook een van de vijf onderdelen waar volgens Haapio contracten voor bedoeld zijn. De andere vier zijn het managen van zaken en projecten, het creëren, toewijzen en beschermen van waarde, het communiceren, coördineren, motiveren en controleren van activiteiten en de laatste is het juridische aspect, namelijk het voorkomen van problemen en bepalingen met betrekking tot voorkoming en beslechting van geschillen wanneer deze toch ontstaan. Goede contracten dienen als draaiboek voor de samenwerking tussen partijen te fungeren.²⁴ Dit kan, wellicht ten overvloede, niet wanneer er in een contract enkel juridische bepalingen zijn opgenomen. Het is daarom van belang om veel praktische zaken in contracten te regelen zoals een heldere en haalbare planning, een volledige omschrijving van hetgeen geleverd of gekocht gaat worden en een duidelijke uiteenzetting van hetgeen partijen van elkaar verlangen door met elkaar in zee te gaan. Ook het stimuleren van een goede communicatie tussen partijen door hierover afspraken te maken in het contract is een vorm van risicobeheersing zonder juridische bepalingen te gebruiken.

Door contracten als business tools te zien weten beide partijen waar ze aan toe zijn binnen de overeenkomst en wat ze van elkaar mogen verwachten. Als de zaken zijn vast gelegd die betrekking hebben op de prestatie die geleverd dient te worden, kan er over worden gegaan naar de volgende stap en dat is het verdelen van risico's die bij de uitvoering van de prestatie komen kijken. Pas daarna komen de bepaling die gaan over het voorkomen en oplossen van geschillen. Al met al

²² Ruygvoorn 2013, p. 7

²³ Haapio/Siedel 2013, p. 9.

²⁴ Haapio/Siedel 2013, p. 20.

dient een contract te worden gesloten voor de te leveren prestatie, niet primair om jezelf juridisch in te dekken.

Nu duidelijk is waarom niet-juridische beheersmaatregelen, ook al lijken sommige bepalingen niet direct betrekking te hebben op risico's, van groot belang zijn in contracten, kan er worden gekeken naar de belangrijke juridische bepalingen in contracten. In de volgende paragraaf zal uiteen worden gezet wat het uitgangspunt van zes juridische bepalingen onder Nederlands recht is wanneer hier niets over in het contract is afgesproken.

2.2.2. Wat is er in het Nederlands recht geregeld over de belangrijkste juridische beheersmaatregelen?

Deze subdeelvraag is bedoeld om het uitgangspunt van zes juridische bepalingen (te laat leveren, garantie, ontbinding en opschorting, overmacht, gevolgschade en (imitering van) aansprakelijkheid) in kaart te brengen wanneer hierover in business to business-contracten niets is afgesproken. Er geldt bij professionele partijen het beginsel van contractsvrijheid. Dat houdt in dat het partijen vrij staat om overeenkomsten te sluiten, met wie deze worden gesloten en wat de inhoud ervan is. Er bestaan slechts enkele uitzonderingen op dit beginsel.²⁵ Er mag niet worden afgeweken van regels van de dwingend recht, de overeenkomsten moeten bepaalbaar zijn en niet in strijd met de goede zeden of openbare orde en overeenkomsten die in strijd zijn met de wet door ze te sluiten, doordat de prestatie verboden is of dat er slechts gepresteerd kan worden door de wet te overtreden zijn ook verboden. Daarnaast is benadeling van schuldeisers, zogenaamde actio Pauliana, is verboden. Een laatste soort overeenkomst die vernietigbaar is, is een 'op niets voortbouwende' overeenkomst. Partijen staan, op voorgenoemde uitzonderingen na, vrij in wat zij afspreken en waarover zij afspraken maken. Dit geldt ook voor de zojuist genoemde zes bepalingen. De wet geeft hier een kader voor, maar het staat partijen vrij om hier van af te wijken. Wat het uitgangspunt is en in hoeverre van dat kader af mag worden geweken, zal in deze paragraaf per bepaling uitgewerkt worden.

2.2.2.1. Niet-tijdige nakoming

Als een van de partijen haar prestatie niet levert voor het uiterst overeengekomen tijdstip, is er sprake van een tekortkoming in de nakoming. Er wordt namelijk niet aan de contractuele verplichting voldaan om voor de overeengekomen datum te presteren. Een tekortkoming in de nakoming levert, mits toerekenbaar, wanprestatie op. Het is toerekenbaar wanneer er geen sprake is van een overmachtssituatie. Een tekortkoming is niet gedefinieerd in de wet, maar is kort gezegd alle situaties waarin een partij onder een contract niet doet wat is afgesproken. Hier valt ook te laat leveren onderen.²⁶ Het begrip tekortkoming is niet in de wet gedefinieerd en partijen bepalen wat een tekortkoming is en wat niet. Echter, in dit geval gaat het om het overschrijden van een deadline uit een overeenkomst, wat te kwalificeren is als wanprestatie.

Wanneer wanprestatie is vastgesteld kunnen er drie consequenties aan verbonden worden. Er kan nakoming of een schadevergoeding ter vervanging van de prestatie worden gevorderd en het contract kan beëindigd worden. De hoofdregel is dat er altijd nakoming kan worden gevorderd tenzij nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is.²⁷ De tweede beperking aan de hoofdregel vloeit voort uit de jurisprudentie. Hierin is namelijk bepaald dat onder bijzondere omstandigheden de situatie zich

²⁵ Brahn/Reehuis 2015, p. 248 - 258.

²⁶ Ruygvoorn 2013, p. 227.

²⁷ Ruygvoorn 2013, p. 231.

kan voordoen waarin het belang dat de ene partij heft bij nakoming in een zodanige wanverhouding staat de bezwaarlijkheid voor de schuldenaar om na te komen, dat de schuldeiser dit van de schuldenaar niet kan verlangen.²⁸ De eisen van redelijkheid en billijkheid bepaalt in een dergelijke situatie dat de nakomingsvordering wordt omgezet in een vordering tot schadevergoeding. Dit is bepaalt in het arrest Multi Vastgoed/Nethou.²⁹

Een schuldenaar dient in verzuim te zijn voordat er kan worden ontbonden. Een schuldenaar is in verzuim nadat hij in gebreke is gesteld of wanneer een ingebrekestelling niet nodig is op grond van art. 6:81 jo. 6:83 BW. Bij te late levering is een voor de voldoening bepaalde termijn verstreken en is de schuldenaar direct in verzuim. Er hoeft daarom geen ingebrekestelling te worden gestuurd op grond van art. 6:83 sub a BW. Als nakoming wordt gevorderd, moet de partij die dat vordert daar uiteraard belang bij hebben. Als nakoming na de gestelde termijn niet meer nodig is, zoals een trouwtaart die de dag na de huwelijksdag wordt geleverd, kan er voor worden gekozen om de nakoming om te zetten in een vervangende schadevergoeding of om de overeenkomst te ontbinden. Het omzetten van nakoming naar een vervangende schadevergoeding gebeurt door een omzettingsverklaring, dat niet meer inhoudt dan een mededeling aan de schuldenaar waarin de schuldeiser in plaats van nakoming aanspraak maakt op vervangende schadevergoeding.³⁰ Welke kosten hiervoor in aanmerking komen en op welke wijze deze worden bepaald, is te vinden in afdeling 10 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

Wanneer er wordt gekozen voor beëindiging in plaats van schadevergoeding, zijn er twee mogelijkheden namelijk opzegging en ontbinding.³¹ Opzegging is voor een particuliere opdrachtgever in de wet geregeld, maar niet voor zakelijke opdrachtgevers. De mogelijkheid tot opzegging dient daarom in het contract te worden afgesproken. Er zijn echter twee uitzonderingen wanneer een contract zonder opzeggingsmogelijkheid wel opgezegd kan worden. De eerste uitzondering heeft betrekking op gesloten duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Deze zijn opzegbaar, met dien verstande dat de redelijkheid en billijkheid ertoe kunnen leiden dat de partij die opzegt voor deze opzegging een geldende termijn in acht dient te nemen of een schadevergoeding aan dient te bieden. De andere uitzondering wordt door rechters vrij sporadisch aanvaard en houdt in dat de omstandigheden onder het contract (welke voor bepaalde tijd is gesloten en tussentijdse beëindiging mogelijk is) zodanig zijn dat ongewijzigde instandhouding van het contract van één van beide partijen in redelijkheid niet kan worden verlangd. Een dergelijk beroep wordt echter zelden toegekend omdat dit het eerder genoemde beginsel van contractsvrijheid aantast, alsmede de rechtszekerheid die partijen van contracten mogen verwachten.

Ontbinding is geregeld in art. 6:265 BW. Lid 1 van dat artikel geeft aan dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van het contract het recht geeft te ontbinden. In het eerste lid staat 'tenzij'. Dit slaat op het feit dat er slechts ontbonden mag worden wanneer de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de gevolgen van ontbinding rechtvaardigt. Een voorbeeld waarvan de ontbinding niet gerechtvaardigd is, is wanneer een partij door een typefout € 14.680 overmaakt in plaats van € 14.690.³² De gevolgen van ontbinding zijn dat de partijen, volgens art. 6:271 BW, bevrijdt zijn van de door ontbinding getroffen verbintenissen. De verbintenissen komen op een abnormale wijze tot een eind en omdat nakoming niet meer mogelijk is bestaat er geen verplichting tot nakoming meer en kan dit niet meer worden gevorderd.³³ Wanneer er door een van de partijen reeds (gedeeltelijk) is gepresteerd, ontstaan er voor deze prestaties

²⁸ Ruygvoorn 2013, p. 234

²⁹ HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, (Multi Vastgoed/Nethou).

³⁰ Ruygvoorn 2013, p. 233

³¹ Ruygvoorn 2013, p. 235.

³² Brahn/Reehuis 2015, p. 335.

³³ Brahn/Reehuis 2015, p. 338.

ongedaanmakingsverlichtingen. Ontbinding heeft geen terugwerkende kracht o.g.v. art. 6:269 BW. De partijen dienen echter in dezelfde situatie te raken als deze vóór het sluiten van het contract was. Om die reden ontstaan er op grond van art. 6:271 BW voor beide partijen ongedaanmakingsverplichtingen.

Om te voorkomen dat de wederpartij niet tijdig gaat nakomen, kan er een boeteclausule overeen worden gekomen. De andere reden om een boeteclausule in een contract op te nemen is om op voorhand de verschuldigde schadevergoeding te fixeren.³⁴ Indien niet anders overeen is gekomen, komt een boete van rechtswege in plaats van een schadevergoeding. Het is daarom van belang om expliciet te vermelden dat de boete niet in plaats van een schadevergoeding komt. Een boetebeding kan bestaan uit een eenmalig vastgesteld bedrag of een percentage van de contractswaarde zijn bij te laat leveren. Een andere mogelijkheid is om de boete op te leggen per week of maand dat te laat geleverd wordt.

Zoals hierboven uiteen is gezet blijkt dat wanneer een partij te laat levert, dit wanprestatie oplevert. De wanpresterende is direct in verzuim, omdat er een voor de voldoening bepaalde termijn is verstreken. Er kunnen drie consequenties verbonden worden aan het wanpresteren, te weten nakoming of een vervangende schadevergoeding vorderen en beëindiging van het contract. De eerste twee mogelijkheden kunnen (vrijwel) altijd gevorderd worden. Bij beëindiging ligt dit anders. Beëindigen kan door opzeggen en ontbinden. Opzeggen kan slechts wanneer dit contractueel is geregeld en sporadisch kent de rechter deze bevoegdheid toe wanneer dit contractueel niet is overeengekomen. Het contract ontbinden kan slechts wanneer de tekortkoming dit rechtvaardigt, de te late levering dient om die reden geen geringe impact te hebben op de uitvoering van het contract. Om dit alles te voorkomen, is het bedingen van een boeteclausule een goede extra prikkel om tijdige nakoming te stimuleren. Nu de wettelijke regels omtrent te laat leveren in kaart zijn gebracht, zal als volgt worden ingegaan op garantiebepalingen.

2.2.2.2. Garantiebepalingen

Garantiebepalingen draaien om vast te leggen wat de ontvangende partij allemaal van de presterende partij kan verlangen voor wat betreft de toegezegde prestatie. In het bijzonder draait het om twee punten, namelijk: wat wordt er precies gegarandeerd en voor hoelang?³⁵ Er is een grove driedeling te maken tussen garanties. Garanties die betrekking hebben op diensten, werkzaamheden en producten.³⁶ In het kader van dit onderzoek zal er worden ingegaan op garanties met betrekking tot producten en werkzaamheden, aangezien Rexroth geen diensten levert.

De wet bepaalt in art. 7:17 lid 1 BW dat het gekochte in overeenstemming moet zijn met hetgeen is afgesproken in het contract. Lid 2 stelt dat het product niet aan de overeenkomst voldoet wanneer het, gelet op de aard van de zaak en de mededelingen van de verkoper, niet de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten. Of de koper iets mocht verwachten, is te bepalen door af te vragen of de verkoper een mededelings- of onderzoeksplicht heeft geschonden of dat de koper een onderzoeksplicht heeft verzaakt.³⁷ Ook is er sprake van non-conformiteit wanneer het product niet de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvoor nodig zijn en waarvan de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen. Een voorbeeld hiervan is dat na vijf jaar de stuurstang

³⁴ Ruygvoorn 2013, p. 109.

³⁵ Ruygvoorn 2013, p. 55.

³⁶ Ruygvoorn 2013, p. 56.

³⁷ Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2015, T&C 7:17

van een taxi afbreekt, terwijl er van een stuurstang verwacht mag worden dat deze een heel autoleven meegaat.³⁸

Bij business to business-contracten mag er worden afgeweken van de conformiteitseis. Zo kan er worden afgesproken dat de stuurstang correct werkt gedurende een periode van vier jaar na ingebruikneming. Dat is een wezenlijke beperking ten opzichte van de gehele levensduur van de auto. Dit is vanzelfsprekend in het nadeel van de koper, omdat de garantie wordt beperkt. Aan de andere kant is het wel een voordeel dat de koper weet waar hij aan toe is.

Als de koper een product ontvangt dat niet beantwoordt aan het contract, kan de koper drie dingen eisen op grond van art. 7:21 lid 1 BW, namelijk: aflevering van het ontbrekende, herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen en vervanging van de afgeleverde zaak, tenzij het dusdanig gering is om vervanging te rechtvaardigen of als de schuldenaar niet als zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan heeft gezorgd.

Bij werkzaamheden werken garantiebepalingen anders dan bij producten. Bij werkzaamheden is er sprake van een overeenkomst van opdracht waarbij volgens art. 7:400 BW een werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht. De wet voorziet, zoals zojuist is geconstateerd, in een regeling die partijen helpt vast te stellen wanneer een product voldoet aan de overeenkomst. Voor wat betreft het uitvoeren van werkzaamheden door de opdrachtgever bestaat er geen regeling van wat opdrachtnemer precies mag verwachten. De wet bepaalt wel dat de aannemer verplicht is om gebreken die bestaan in het resultaat dat hij heeft toegezegd te herstellen voor zover hij voor die gebreken aansprakelijk is. Wat echter precies een gebrek is in het kader van verrichtten werkzaamheden, is niet nader geregeld.³⁹ Partijen kunnen bij werkzaamheden een garantiebepaling op twee manieren insteken. Er kan worden bedongen dat de werkzaamheid op een juiste manier worden uitgevoerd of dat de werkzaamheid tot het juiste resultaat leidt. Dit is een wezenlijk verschil. Ter illustratie volgt een voorbeeld van de twee wijzen van formuleren bij een garagebedrijf. Het garagebedrijf kan bij het repareren van de stuurstang van een taxi afspreken dat de reparatie volgens de 'regelen der kunst' zal worden uitgevoerd. Mocht de stuurstang de volgende dag weer kapot gaan, dan hoeft de taxihouder niet bij de garage aan te kloppen omdat deze het volgens 'best practices' heeft gerepareerd. Dit is anders wanneer een resultaat wordt gegarandeerd, zoals maximaal 25.000 kilometer of ten minste drie jaar, en de stuurstang gaat binnen deze termijn kapot.⁴⁰

Voor koop van producten is het een en ander op het gebied van garanties wettelijk geregeld. Het conformiteitsvereiste dient er voor te zorgen dat partijen van elkaar krijgen wat ze verwachten. Met zakelijke contracten mag van deze wettelijke regeling worden afgeweken. Voor werkzaamheden is er geen dergelijke regeling. Willen opdrachtgever en opdrachtnemer dit geregeld hebben, dan dienen hier afspraken over gemaakt te worden in het contract. Het volgende onderwerp dat behandelt zal worden is ontbinding en opschorting.

2.2.2.3. Ontbinding en opschorting

Ontbinding is reeds aan bod gekomen bij te late levering. Daar is vastgesteld dat ontbinden slechts mogelijk is wanneer de andere contractspartij in verzuim is, al dan niet voorafgaand door een ingebrekestelling. De ontbinding moet haar gevolgen rechtvaardigen, anders is ontbinding niet mogelijk. Er zal in deze paragraaf daarom voornamelijk ingegaan worden op opschorting.

³⁸ Ruygvoorn 2013, p. 57.

³⁹ Ruygvoorn 2013, p. 62.

⁴⁰ Ruygvoorn 2013, p. 64.

Het algemene opschortingsrecht is te vinden in afdeling 6.1.7 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Voor wederkerige overeenkomsten staat er een specifieke bepaling in art. 6:262 BW. Komt bij wederkerige overeenkomsten één van de partijen haar opeisbare verbintenis niet of niet deugdelijk na, dan is de wederpartij bevoegd de nakoming van haar daartegenover staande verplichtingen op te schorten.⁴¹ Dit regelt dus de opschorting binnen hetzelfde contract. Het eerder genoemde taxibedrijf schort bijvoorbeeld de betaling van de reparatie van de stuurstang op totdat deze is gerepareerd.

Bij het algemene opschortingsrecht is het niet van belang of het een wederkerige overeenkomst is of niet. Twee partijen kunnen net zo goed over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn uit verschillende rechtsfeiten. Krachtens art. 6:52 BW mag de schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser de nakoming van zijn verbintenis opschorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, zolang er tussen beide vorderingen voldoende samenhang bestaat om de opschorting te rechtvaardigen.⁴² Bij wederkerige overeenkomsten is deze voldoende samenhang gegeven in art. 6:262 BW en art. 6:263 BW. Bij overige overeenkomsten zegt art. 6:52 lid 2 BW dat er een samenhang bestaat als de verbintenissen voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of wanneer partijen regelmatig zaken met elkaar hebben gedaan.

Het staat niet per definitie vast welke van partijen, diegene die de kenmerkende prestatie levert of de ontvangende partij, voordeel heeft bij het al dan niet uitsluiten of uitbreiden van een opschortingsbeding. Dit hangt namelijk af van de omstandigheden van het geval. Als een aannemer bijvoorbeeld niet betaald krijgt en opschorten is uitgesloten, kan hij zijn meest effectieve wapen, het opschorten van de werkzaamheden op de bouwplaats, niet gebruiken. Andersom geldt hetzelfde wanneer de aannemer slecht werk aflevert, moet de opdrachtgever toch betalen. Als er over opschorting contractueel niets wordt geregeld, bestaat het recht op opschorting indien er aan de voorwaarden uit de wet is voldaan. Het is echter regelend recht, dus partijen kunnen hier contractueel van afwijken.⁴³ Het opschortingsrecht kan beperkt, uitgesloten maar ook uitgebreid worden. Of dit ook bij overmacht geldt, zal uit het volgende stuk blijken.

2.2.2.4. Overmacht

Volgens artikel 6:74 lid 1 BW geeft iedere tekortkoming in de nakoming, zoals eerder gezien, recht op schadevergoeding, mits deze niet kan worden toegerekend. Een tekortkoming kan niet worden toegerekend wanneer er sprake is van overmacht. Wanneer er sprake is van overmacht en wat voor rechtsgevolgen dat heeft is in principe wettelijke geregeld vanaf art. 6:75 BW. Er is volgens dat artikel sprake van overmacht wanneer een partij niet door zijn schuld, noch krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen tekortkomt in de nakoming. Het tekortkomen van de partij is dan niet toerekenbaar. Het toerekenbare is een vereiste voor wanprestatie uit art. 6:74 lid 1 BW.

Er is in de wet een definitie van overmacht gegeven en wat de rechtsgevolgen daarvan zijn, namelijk dat je geen nakoming kan verlangen en dat er geen schadevergoeding verplicht is omdat de toerekenbaarheid in overmachtssituaties ontbreekt. In principe hoeft er daarom contractueel niets afgesproken te worden met betrekking tot overmacht. Toch wordt dit in de praktijk veel gedaan. De partij die de kenmerkende prestatie levert zal namelijk een ruimere overmachtsclausule willen bedingen, terwijl de ontvangende partij liever een beperktere overmachtsclausule ziet. Vooral het gedeelte 'in het verkeer geldende opvattingen' kan zorgen dat een bepaalde situatie wel of niet toerekenbaar is. Wanneer een bepaalde situatie wel of niet toerekenbaar is, is in de jurisprudentie goed uitgekristalliseerd. Zo komt een tekortkoming die bestaat uit een gebrek van het verkochte

⁴¹ Brahn/Reehuis 2015, p. 332.

⁴² Brahn/Reehuis 2015, p. 334.

⁴³ Ruygvoorn 2013, p. 152.

product dat geheel buiten het toedoen van de verkoper is ontstaan en dat hij kende noch beheerde te kennen, in beginsel voor rekening van de verkoper.⁴⁴ Diefstal van een voor korte tijd verhuurde auto is in beginsel voor risico van de professionele verhuurder.⁴⁵ Een voorbeeld dat in de doctrine wordt genoemd is dat een baksteenfabrikant zijn fabriek heeft gebouwd aan de uiterwaarden van een grote rivier om zo transportkosten te besparen; de rivierklei kan dan namelijk voor de deur worden gewonnen. Als een partij bakstenen niet geleverd kan worden doordat deze uiterwaarden overstroomd, is er veel voor te zeggen dat dit risico ligt bij de baksteenfabrikant. Uiterwaarden zijn immers aangelegd om te overstroomd en het is daarom goed verdedigbaar dat het overstroomd niet mag worden gekwalificeerd als overmacht, waardoor de fabrikant aansprakelijk is voor de schade die de koper van de bakstenen leidt als gevolg van niet-tijdige levering.⁴⁶ Uit dit voorbeeld blijkt dat een tekortkoming toerekenbaar kan zijn ondanks dat de tekortkomende partij daar weinig invloed op heeft.

De rechtsgevolgen van een overmachtssituatie zijn dat er geen nakoming kan worden geëist van de partij die in overmacht verkeert, omdat dit door de overmacht tijdelijk of blijvend onmogelijk is en dat de partij die in overmacht verkeert geen schadevergoedingsverplichting heeft ten opzichte van de wederpartij. Echter, omdat er sprake is van een tekortkoming in de nakoming heeft de wederpartij, indien er contractueel niets over overmacht is geregeld, het recht op ontbinding. Dit is voor de partij die de kenmerkende prestatie levert erg nadelig. Er kan daarom naast het beperken of uitbreiden van de overmachtsclausule ook worden bedongen dat er slechts kan worden ontbonden wanneer de overmachtssituatie een bepaalde tijdsperiode voortduurt.⁴⁷

Uit voorgaande blijkt dat de wet een goede regeling met betrekking tot overmacht geeft: het geeft een definitie en de rechtsgevolgen. Of een bepaalde situatie wel of niet in verkeersopvattingen toerekenbaar is, is veelal te herleiden uit de vele jurisprudentie die hierover beschikbaar is. Partijen kunnen contractueel het begrip overmacht beperken of uitbreiden, alsmede de rechtsgevolgen van een overmachtssituatie contractueel regelen. De volgende bepaling die geanalyseerd zal worden, is het al dan niet uitsluiten van gevolgschade.

2.2.2.5. Gevolgschade

De schade die in aanmerking komt voor een vergoeding bij wanprestatie is volgens art. 6:95 jo. 6:96 BW gederfde winst, geleden verlies en ander nadeel, mits de wet hierop recht geeft. Deze laatste categorie slaat op immateriële schade. Contractueel wordt ook veelvuldig indirecte of gevolgschade uitgesloten.⁴⁸ Wanneer gevolgschade vergoed dient te worden, kan dit erg in de papieren lopen. Als voorbeeld kan er gedacht worden aan een producent van een relatief klein onderdeel van een olieboorplatform, maar juist dat onderdeel zorgt ervoor dat er 100.000 vaten olie in zee weglopen en dat het boorplatform 6 weken niet operationeel is. Als deze producent deze schade moet vergoeden, overstijgt dit ruim de opdrachtwaarde en kan dit mogelijk zelfs het faillissement van deze producent betekenen.

Er bestaat geen wettelijke definitie van het begrip 'indirecte schade' of 'gevolgschade'. Gevolgschade wordt in de doctrine omschreven als schade toegebracht aan het overige vermogen van de crediteur (beschadiging van andere zaken van de koper) of toegebracht aan personen (dood, letsel).⁴⁹ De reikwijdte van gevolgschade is dan ook onzeker. In principe is alle schade namelijk het

⁴⁴ HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, (Oerlemans/Driessen).

⁴⁵ HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2469, (Spruijt/Tigchelaar).

⁴⁶ Ruygvoorn 2013, p. 115.

⁴⁷ Ruygvoorn 2013, p. 117.

⁴⁸ Ruygvoorn 2013, p. 78

⁴⁹ Asser 7-I* Koop en ruil, 475 Schadesoorten.

gevolg van een bepaalde gebeurtenis, maar het gaat er in wezen om dat bepaalde schade wordt beschouwd als in verder verwijderd verband staand met de schade brengende gebeurtenis.⁵⁰ In Engels recht is deze reikwijdte minder onzeker, omdat in een landmarkarrest⁵¹ duidelijkheid is geschept over welke schade door de tekortkomende partij vergoed dient te worden. Dit zijn alle verliezen die partijen hadden moeten voorzien ten tijden van het sluiten van het contract, maar niet de schade die de tekortkomende partij niet had kunnen voorzien aan de hand van de tot zijn beschikbaar staande informatie. Of gevolgschade in aanmerking komt om onder Nederlands recht vergoed te worden, is volgens de doctrine een causaliteitsvraag. Het causale verband tussen het schade voortbrengende feit en de gevolgschade mag minder snel worden aangenomen dan het geval is van schadesoorten waar de schade direct uit voortvloeit, zoals vermogensschade en zaakschade.⁵² Wanneer er sprake is van een causaal verband tussen de gebeurtenis en gevolgschade, is zowel in Nederland als internationaal gezien niet in één richting te duiden.⁵³

Wederom bestaan er geen dwingendrechtelijke regels met betrekking tot gevolgschade en staan partijen vrij om hierover af te spreken wat zij willen. Een van de redenen om afspraken te maken over gevolgschade is dat er op die manier een contractuele invulling aan gevolgschade wordt gegeven. Voorbeelden van gevolgschade die veel worden gebruikt zijn gederfde winst, bedrijfsstilstand en daarmee samenhangende schade. Echter, wordt gevolgschade slechts uitgesloten zonder een nadere definitie te geven wat er precies onder valt, kan dit worden opgevat als niets meer dan een verwijzing naar de eerder besproken toerekenbaarheid uit art. 6:98 BW. Het is daarom van belang om te vermelden wat er in ieder geval onder gevolgschade wordt verstaan om misstanden te voorkomen. Mocht er dan ooit een beroep worden gedaan op gevolgschade, kan de rechter aan de hand van deze vermelden situaties het Haviltex-criterium toetsen aan de gebeurtenis die de gevolgschade heeft veroorzaakt naar bedoeling van partijen al dan niet onder het overeengekomen beding valt.⁵⁴

Gevolgschade is, blijkt uit bovenstaande, geen wettelijk gedefinieerd begrip en het staat contractspartijen daarom vrij dit begrip zelf vorm te geven. Het is echter wel van belang om duidelijk te beschrijven wat er (niet-limitatief) onder gevolgschade valt, zodat de bedoeling en de scope van gevolgschade duidelijk is wanneer er een beroep op het gevolgschadebeding wordt gedaan. Het volgende en tevens laatste beding dat besproken gaat worden is dat over de beperking van aansprakelijkheid.

2.2.2.6. (Limitering van) aansprakelijkheid

Bij onderhandelingen is een van de heetste hangijzers de (beperking van) aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid is het verantwoordelijk zijn van de financiële gevolgen van wanprestatie.⁵⁵ Deze schade kan onder bepaalde omstandigheden zeer aanzienlijk zijn. In deze subdeelvraag zal allereerst in worden gegaan op wat er wettelijk is geregeld met betrekking tot aansprakelijkheid, daarna zal worden gekeken op welke gebieden aansprakelijkheid contractueel kan worden beperkt of uitgesloten. Als laatste wordt er geanalyseerd tot hoe ver aansprakelijkheid beperkt mag worden.

De wet stelt dat, indien er niets afwijkends is opgenomen in een contract, er voor aansprakelijkheid een tekortkoming moet zijn, die de tekortschietende partij toe te rekenen is en de tekortschietende

⁵⁰ Tjong Tjin Tai, MvV 2007, p. 228.

⁵¹ Hadley v Baxendale [1854] EWHC J70.

⁵² Duyvensz 2003, p. 95.

⁵³ Tjong Tjin Tai, MvV 2007, p. 230.

⁵⁴ Tjong Tjin Tai, MvV 2007, p. 231

⁵⁵ Ruygvoorn 2013, p. 71.

partij moet in verzuim zijn op grond van art. 6:74 jo. 6:81 BW. Is daaraan voldaan, staat aansprakelijkheid in principe vast en dient de tekortschietende partij deze schade te vergoeden. Er zit geen limiet aan het te vergoeden bedrag. Er is slechts één beperking die voortvloeit uit de wet met betrekking tot de hoogte van de vergoeding is te vinden in art. 6:98 BW. Dit artikel stelt dat schade die voor vergoeding in aanmerking komt de schade is die redelijkerwijs het voorzienbare gevolg is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Dit is het causale verband dat dient te bestaan tussen de geleden schade en de schade voortbrengende gebeurtenis.

Er bestaan verschillende mogelijkheden om de aansprakelijkheid contractueel te beperken. Dit kan door de prestatie zo limitatief mogelijk te omschrijven, want hoe minder er onder de prestatie valt, hoe kleiner de kans op wanprestatie wordt. Verder kan aansprakelijkheid beperkt worden door het begrip tekortkoming te beperken, het begrip overmacht op te rekken, het causale verband en het schadebegrip te beperken en tijd en geld te limiteren.⁵⁶

Het begrip 'tekortkoming' is niet in de wet gedefinieerd. In beginsel valt onder tekortkoming elk presteren dat niet in overeenstemming met het contract. Door dit in het contract te beperken door een bepaling op te nemen die zegt dat ook al beantwoord het product niet aan de overeenkomst, als het toch geschikt is voor het beoogde gebruik dit geen tekortkoming oplevert. Door in de overeenkomst te bepalen dat er in sommige gevallen juridisch geen sprake is van een tekortkoming, ontnemt de koper het recht van de verkoper op vervanging, maar ook op schadevergoeding.⁵⁷

Overmacht is eerder in dit onderzoek aan bod gekomen en er is daar gebleken dat het overmachtsbegrip kan worden beperkt of uitgebreid. Door het overmachtsbegrip uit te breiden, kan er minder snel iets worden toegerekend. Als de toerekenbaarheid ontbreekt, kan de tekortkomende partij niet aansprakelijk worden gesteld. Het uitbreiden van het overmachtsbegrip resulteert daarom in het verminderen van situaties waarin er toerekenbaar tekort wordt geschoten, waardoor er minder snel sprake is van wanprestatie en dus aansprakelijkheid.

Naast het beperken van het schadebegrip zoals zojuist gezien, kan het causale verband, dat noodzakelijk is voor het toekennen van een schadevergoeding, ook worden beperkt. Het artikel dat betrekking heeft op het causaal verband is art. 6:98 BW en dat is gebaseerd op het Waterwingebied-arrest.⁵⁸ Dit artikel bepaalt dat slechts de schade die redelijkerwijs voorzienbaar was door de wanprestatie in aanmerking komt voor schadevergoeding. Niet alle schade komt daarom in aanmerking voor schadevergoeding, slechts de schade die redelijkerwijs voorzienbaar was. Door dit verder te beperken naar bijvoorbeeld schade die het rechtstreekse gevolg is van de wanprestatie, wordt de scope van de mogelijke aansprakelijkheid kleiner.⁵⁹

Naast het beperken van de juridische componenten van aansprakelijkheid, zijn er ook hele feitelijke oplossingen denkbaar. Het limiteren van tijd en geld zijn twee van deze mogelijkheden. De wettelijke verjaringstermijnen zijn van regelend recht, waardoor daar van af kan worden geweken. Er kan gekozen worden voor het verkorte van de verjaringstermijn of het opnemen van een vervaltermijn. Wanneer een vervaltermijn is verstreken, vervalt de rechtsvordering. Beide mogelijkheden resulteren in hetzelfde, namelijk dat een vorderingsrecht niet meer geldend kan worden gemaakt.⁶⁰ Ook het inbouwen van een financieel plafond voor de aansprakelijkheid is een mogelijkheid. Dit kan in absolute zin, door de aansprakelijkheid te beperken tot een bepaald bedrag, of in relatieve zin, door op het maximaal te claimen bedrag een cap te plaatsen ter hoogte van een percentage van de omvang van de opdracht. De voorkeur gaat uit naar het laatste, want wanneer er

⁵⁶ Ruygvoorn 2013, p. 76

⁵⁷ Ruygvoorn 2013, p. 77.

⁵⁸ HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, (Waterwingebied).

⁵⁹ Ruygvoorn 2013, p. 81.

⁶⁰ Ruygvoorn 2013, p. 82.

beoordeeld moet worden of de beperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is kan een procentuele beperking in het voordeel zijn.⁶¹ De invloed van redelijkheid en billijkheid op aansprakelijkheidsbepalingen zal nu nader uitgewerkt worden, in het onderdeel over de grenzen van aansprakelijkheidsbeperking.

Naast de bepalingen die in het contract zijn afgesproken, wordt het contract aangevuld door de wet, gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid blijkt uit art. 6:248 lid 1 BW. Lid 2 van dat artikel zegt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid naast de aanvullende werking uit lid 1 ook een derogerende werking hebben. Vooral deze derogerende werking is van belang als het gaat om aansprakelijkheidsclausules. In het artikel staat dat een regel in een contract, wil deze buiten toepassing gelaten worden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' moet zijn. Dat het redelijker of billijker is om een contractsbepaling niet toe te passen, is daarom onvoldoende.⁶² Dit volgt ook uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.⁶³ Rechters zijn terughoudend in het breken van contractuele afspraken, omdat dit indruist tegen de beginselen van rechtszekerheid en contractsvrijheid. Slechts in bijzondere omstandigheden zal een rechter een beroep op dit artikel honoreren.⁶⁴ De Hoge Raad heeft in het arrest *Saladin/HBU*⁶⁵ vijf niet-limitatieve omstandigheden bepaald waaraan beoordeeld moet worden of een beroep op een exonatiebeding succesvol is of niet. Er dient volgens dat arrest gekeken te worden naar de zwaarte van de schuld (met daarbij in acht genomen de aard en ernst van de bij de gedraging betrokken belangen), de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijk positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij van de strekking van het beding op de hoogte was. In een ander arrest⁶⁶ is bepaald dat een beroep op een contractuele exonatiebepaling slechts ontoelaatbaar zou zijn als de opdrachtnemer zich welbewust op zodanig onzorgvuldige wijze jegens de opdrachtgever zou hebben gedragen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als zij zich op die bepalingen zou mogen beroepen. In principe mag, is af te leiden uit het arrest *Omgevallen havenkraan*⁶⁷ en een arrest van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁶⁸, alle aansprakelijkheid worden geëxonerend, met uitzondering van aansprakelijkheid die te wijten is aan opzet of grove schuld. Een goed illustrerend arrest over hoe ver aansprakelijkheid beperkt mag worden is gewezen in 2004, waarbij door een fout van opdrachtnemer 764 van de 900 varkens zijn overleden, maar de aansprakelijkheid was 'gecap't' op de hoogte van de factuur die in dit geval f 30 bedroeg.⁶⁹

Mocht de rechter een beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid toewijzen, dan leidt dit ertoe dat een beroep op, in dat geval, een exonatieclausule buiten toepassing blijft.⁷⁰

Uit bovenstaande blijkt dat wanneer er contractueel niets is afgesproken over aansprakelijkheid, dat de tekortschietende partij die niet in verzuim is, in beginsel ongelimiteerd aansprakelijk is voor de

⁶¹ Ruygvoorn 2013, p. 82.

⁶² Brahn/Reehuis 2015, p. 268.

⁶³ HR 19 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0895; HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, (Apeldoorn/Duisterhof); HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4504, (Bouwkamp/Van Dijke); HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7381; HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, (FNV/Maas).

⁶⁴ Ruygvoorn 2013, p. 85.

⁶⁵ HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, (Saladin/HBU).

⁶⁶ HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, (Telfort/Scaramea).

⁶⁷ HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, (Omgevallen havenkraan).

⁶⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHAR:2013:BY8106.

⁶⁹ HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, (Kuunders/Swinkels).

⁷⁰ Ruygvoorn 2013, p. 89.

geleden schade, mits er een causaal verband is tussen het schade voortbrengende feit en de geleden schade. Omdat dit regelend recht is, kan er van worden afgeweken en kan de aansprakelijkheid worden beperkt. Dit kan door de prestatie zo limitatief mogelijk te omschrijven, het begrip tekortkoming te beperken, het begrip overmacht op te rekken, het causale verband en schadebegrip te beperken en door een cap te zetten op tijd en geld. Verder is het effect van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid op exoneratieclausules dat het exoneren van opzet of grove schuld niet mogelijk is. Dit komt omdat het vereiste waaraan getoetst dient te worden of een aansprakelijkheidsbeperking buiten toepassing blijft is of de bepaling in ongewijzigde vorm in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. Uit jurisprudentie blijkt dat slechts het exoneren van opzet of grove schuld onaanvaardbaar is en dat er verder geen beperkingen zitten aan hetgeen geëxonerend kan worden.

In dit hoofdstuk is gezien dat risk management is uitgegroeid van iets waar ondernemers en bedrijfsjuristen onbewust mee bezig waren tot top prioriteit. Ook is een algemene introductie van risk management gegeven. Daarna is het risicobeoordelingsproces van de ISO 31000-norm in kaart gebracht. Deze bestaat uit vier fases, waarvan de laatste het kiezen van beheersmaatregelen is. Op deze fase is nader ingezoomd door in kaart te brengen wat het Nederlands recht regelt over zes veelvuldig gebruikte juridische bepalingen. Ook zijn niet-juridische beheersmaatregelen kort aan bod gekomen. De risicobeoordeling volgens ISO 31000 en de zes juridische bepalingen zijn geanalyseerd zodat een kader wordt opgericht waaraan de huidige praktijk binnen Bosch Rexroth met betrekking tot deze twee onderdelen getoetst kan worden. Dat gebeurt in het volgende hoofdstuk.

3. Wat is het huidige contract risk managementsysteem in de pre-award fase van de projecttak bij Bosch Rexroth?

In het vorige hoofdstuk is de risicobeoordeling van de ISO 31000-norm uiteengezet en is er van zes juridische onderwerpen gekeken wat het uitgangspunt daarvan is wanneer er contractueel niets over is afgesproken. Deze twee uitwerkingen vormen het kader waaraan in dit hoofdstuk de gang van zaken met betrekking tot contract risk management binnen Rexroth wordt getoetst. Er zal allereerst worden gekeken naar het contract risk managementsysteem dat Rexroth hanteert alvorens de zes in het vorige hoofdstuk besproken juridische bepalingen worden bekeken in vijf branchegebruikelijke standaardcontracten. Er zal nu eerst worden ingegaan op het contract risk managementsysteem van Rexroth.

3.1 Hoe vindt de risicobeoordeling plaats?

Binnen Bosch bestaan voor vrijwel alle werkzaamheden richtlijnen en procedures die te vinden zijn op het intranet. Zo ook voor risk management, meer specifiek voor project risk management. De 'DCGP 18344-005 Project Risk Management – Good-practice for custom driven project business' (hierna: "GP Project Risk") is een document waarin de Best Practice voor managen van risico's in projecten binnen Rexroth wordt gegeven. Dit is het hoofddocument met betrekking tot project risk management en is in de bijlage gevoegd.⁷¹ In dit document worden de onderwerpen die aan bod komen bij de risicobeoordeling in ISO 31000 behandeld en kan dus ook worden toegepast op contract risk management. In deze paragraaf zal daarom dit document geanalyseerd worden, mede met behulp van informatie dat is verkregen door een gesprek met kwaliteitsmanager Stephen van As.

Volgens de GP Project Risk dient allereerst de scope van de project risk en de context te worden vastgesteld voor een efficiënt project risk management. Dit bestaat uit een definitie van de scope, een tijdschema en de kwaliteitsvereisten. Het vaststellen van de scope gebeurt door het selecteren van de teamleden voor het project en door het selecteren van de projectmanagement methoden. Ook het invullen van de template DCFR 18344-002 Project Release Tool (hierna: "REL-tool") dient in dit stadium te gebeuren. Dit is een checklist die vooraf ingevuld dient te worden om te bepalen hoe 'sterk' of 'zwak' de offerteaanvraag is. Verder dient er in de FR 18344-005 Project Risk-Tool (hierna: "Project Risk-Tool") de scope van het projectrisico te worden vastgelegd. De Project Risk-Tool komt gedurende de gehele risicobeoordeling terug, want daar worden alle bevindingen in gedocumenteerd.

Wanneer dat is gedaan worden de mogelijke risico's geïdentificeerd. De bedoeling hiervan is om risico's die een positieve dan wel negatieve invloed op het project kunnen hebben in kaart te brengen. Hierbij moeten naar risicobronnen, beïnvloedbare gebieden, gebeurtenissen en de oorzaken en potentiële gevolgen daarvan worden gekeken. Een uitgebreide lijst is essentieel, omdat risico's die nu niet in kaart zijn gebracht mogelijk niet meer worden beschouwt.

De aanpak van identificatie bestaat uit drie actiepunten, namelijk informatie verzamelen van eerdere projecten en een brainstormsessie houden. De lijst die hieruit voortkomt moet dan worden besproken met andere experts of, indien nodig, met een 'review board'. De Project Risk-Tool biedt een lijst met mogelijke risico's die als startpunt voor de brainstormsessie kan worden gebruikt.

⁷¹ Bijlage B

Na de identificatie volgt de risicoanalyse. Deze fase draait om het ontwikkelen van een inzicht van elk geïdentificeerd risico, de oorzaken en gevolgen daarvan, hoe en waarom deze mogelijk ontstaan. Factoren die invloed kunnen hebben op de gevolgen en de waarschijnlijkheid moeten worden geïdentificeerd. Ook de onderlinge samenhang van risico's dient bekeken te worden.

De aanpak voor de analyse per geïdentificeerd risico bestaat uit vijf stappen. Allereerst dient het risico kwalitatief beschreven te worden. Dit houdt in dat er gekeken moet worden naar de oorzaken of omstandigheden die kunnen optreden bij openbaring van het risico, de gevolgen die impact hebben op projectdoelstellingen (tijd, geld en kwaliteit), onzekerheden zoals veronderstellingen, gebrek aan informatie en verschil in mening en de onderlinge afhankelijkheid van andere geïdentificeerde risico's. Daarna dienen de ernst en de waarschijnlijkheid van het openbaren te worden geschat. Het vierde punt is het financieel kwalificeren van de impact, met daarbij het zo goed als redelijkerwijs mogelijk is het vertalen van het risico naar geldwaarde gelet op tijd en kwaliteit. De som van deze financiële impact vermenigvuldigd met de waarschijnlijkheid van openbaring is het 'Project Risk Budget'. Dit budget wordt in acht genomen bij het berekenen van de prijs van het project en bij de kostenbeheersing. De laatste stap is het documenteren van de resultaten van de analyse in de Project Risk-Tool.

Nadat de analyse heeft plaatsgevonden, dienen de risico's geëvalueerd te worden. De bedoeling hiervan is om te ondersteunen bij het maken van beslissingen, gebaseerd op de uitkomst van de risicoanalyse, over welke risico's behandelt dienen te worden en de rangorde van behandeling. Of een risico aanvaardbaar is of niet hangt af van de perceptie van de betrokken stakeholders. Sommige risico's hebben een aanzienlijke impact op projectdoelstellingen en vereisen daarom directe mitigerende maatregelen. Andere risico's kunnen geaccepteerd worden zonder speciale behandeling en volstaan de normale procedures. De risico's die een dermate kleine impact hebben dienen niet gedocumenteerd te worden zodat de focus daar niet op verloren gaat.

De aanpak van de risico evaluatie bestaat wederom uit vijf stappen. De eerste is het classificeren van de ernst van het risico. In de Project Risk-Tool kan er gekozen worden uit vier levels, namelijk: Negligible (verwaarloosbaar), Marginal (gering), Critical (kritiek) en Catastrophic (rampzalig). Het level is te bepalen aan de hand van een schema dat als bijlage bij de GP Project Risk is opgenomen. Afhankelijk van het type van de gevolgen (Health, Safety and Environmental, Financial en Time Schedule), kan het schema worden gebruikt als oriëntering. Zo is bijvoorbeeld een risico kritiek wanneer het een financiële schade tussen de 0,5 en 5% van de opdrachtwaarde is. Een risico is rampzalig wanneer er iemand sterft of een oog of arm verliest en kritiek bij het verliezen van een vinger. Als laatste voorbeeld is een risico verwaarloosbaar als het een vertraging oplevert van minder dan 0,1% van de projectduur.

De tweede stap is het classificeren van de waarschijnlijkheid. Ook dit kan aan de hand van een in de bijlage opgenomen schema. Er zijn vijf levels, namelijk Improbable (onwaarschijnlijk), Low (laag), Moderate (gemiddeld), High (hoog) en Very High (erg hoog). Wanneer dit noodzakelijk is bij voornamelijk complexe projecten, kunnen er specifiekere parameters worden ingezet. Als voorbeeld wordt bij het schema genoemd dat er een project op het gebied van civiele techniek uitgevoerd moet worden in een gebied waar regelmatig overstromingen zijn. De waarschijnlijkheid van het risico zou op het eerste gezicht geclassificeerd kunnen worden als 'High'. Wanneer er daarna een gedetailleerdere analyse plaatsvindt blijkt dat als er overstromingen zijn dit gedurende drie maanden is en meestal eens in de 2, 3 jaar voorkomen. Ook is er een goede mogelijkheid om de schade te beperken door weersvoorspellingen in de gaten te houden. Daarom zou hetzelfde risico met meer informatie geclassificeerd kunnen worden als 'Low'.

Stap drie en vier zijn respectievelijk om door het projectteam te bepalen welke risico's behandelt dienen te worden door gebruik te maken van de indicatieve 'risk index' en welke risico's daarbij de hoogste prioriteit hebben. Het schema, waarbij 1 als erg kritiek wordt aangemerkt en 20 als

niet-relevant, is te vinden in de bijlage van de GP Project Risk. Stap vijf is het documenteren van de resultaten in de Project Risk-Tool.

Nadat de risico evaluatie heeft plaatsgevonden, worden de niet-acceptabele risico's behandeld. De risicobehandeling is ervoor bedoeld om de meest geschikte maatregelen te selecteren om een risico onder controle te krijgen. Risicobehandeling is een cyclisch proces dat bestaat uit het uitvoeren van de aanvankelijke handelingsactie, het risico wederom beoordelen om te kijken of het risico tot een acceptabel niveau is gebracht en wanneer dat niet is gebeurd een nieuwe beheersmaatregelen kiezen en inzetten. Er zijn in principe drie strategieën om risico's te behandelen. Deze zijn in volgorde van wenselijkheid:

1. Voorkomen of elimineren van het risico door de bron van het risico te verwijderen. Dit kan bijvoorbeeld door het stoppen van een activiteit of het wijzigen van het design;
2. Mitigeren of verminderen van de waarschijnlijkheid van openbaring of de impact. Dit kan door bijvoorbeeld het verwijderen van een overtollig systeem; en
3. Het delen van het risico met anderen door bijvoorbeeld risico's in contracten en financiering op te nemen.

De beheersmaatregelen bij kansen zijn in volgorde van wenselijkheid:

1. Het uitbuiten van de kans: maak zeker gebruik van de kans;
2. Het verbeteren van de kans: zoek naar mogelijkheden om de kans te versterken; of
3. Accepteren: accepteer een klein risico of een risico met hoge voorkomingskosten.

Het projectteam dient te overwegen of ieder individueel risico op gepaste wijze en met redelijke inspanning kan worden behandeld. Onder sommige omstandigheden kan de risicobehandeling leiden tot een nadere risicoanalyse. Verder dient er bij het kiezen van een risicobehandeling altijd afgevraagd te worden of de verschillende stakeholders het eens zijn met de gekozen maatregel. Als laatste dient in het achterhoofd gehouden te worden dat het implementeren van de risicobehandeling an sich ook risico's kan opleveren.

De aanpak voor de individueel te behandelen risico's bestaat uit zes stappen. De eerste stap is om met het projectteam te brainstormen over mogelijke maatregelen die genomen kunnen worden om het risico onder controle te krijgen. Daarna dient de meest geschikte risicobehandeling te worden gekozen, bestaande uit een of meerdere beheersmaatregelen. Hierbij dient ook de perceptie van stakeholders of van de Review Committee in acht te worden genomen. In de bijlage van de GP Project Risk is een schema gevoegd dat suggesties geeft voor de keuze van risicobeheersmaatregelen afhankelijk van het risiconiveau dat is bepaald bij de risico evaluatie. Bij een 'Very High' risico kan een mitigerende maatregel zijn het zo veel mogelijk reorganiseren van de projectovereenkomst en bij een 'Low' risico een aantekening opnemen in de interne projectdocumentatie. De volgende stap is het implementeren van de risicobehandeling. Hierbij dient duidelijk te worden wie er verantwoordelijk is voor de implementatie van elke beheersmaatregel en welke deadlines daarvoor staan. Als volgt dient de risicoanalyse en –evaluatie plaats te vinden om te kijken of de beheersmaatregel effectief was of niet en of het restrisico tot een aanvaardbaar niveau is teruggebracht. De laatste stap is het documenteren van de resultaten in de Project Risk-Tool.

Het voorgaand beschreven proces is geschreven voor project risk management en niet (direct) voor contract risk management. Er bestaat binnen Rexroth geen specifieke richtlijn of procedure die betrekking heeft op contract risk management. Echter, uit een gesprek met Ivo Dontje, groupsleader Contracts, is de gang van zaken met betrekking tot contracten in projecten duidelijker geworden. In het gesprek is naar voren gekomen dat bij het opstellen van een offerte er tussen de verschillende afdelingen (sales, contracting, engineering, inkoop, projectmanagement, etc.) wordt samengewerkt om tot de beste offerte te komen waarbij elke afdeling met input vanuit hun expertise komt. Als na de

offerte de onderhandelingen starten, zitten hier van alle afdelingen die mede de offerte hebben opgesteld enkel Sales en Contracting. Zij dienen ook te onderhandelen over onder andere de planning, terwijl projectmanagement zich aan de planning moet gaan houden. Contracting moet gedurende de onderhandeling inschatten wat voor impact het wijzigen van de planning is, terwijl projectmanagement hierin gespecialiseerd is en moet zorgen dat de planning uiteindelijk tijdens de uitvoeringsfase gevolgd wordt. Om tijdens de onderhandelingen een goede inschatting te kunnen maken over wat de impact van de wijziging van de planning is, moet Contracting aan Projectmanagement vragen wat de impact is om dat uiteindelijk mee te nemen in de onderhandelingen. Als de onderhandelingen zijn afgelopen, krijgt Projectmanagement het ondertekende contract plus het budget dat daarvoor vrij is gemaakt en dan moeten zij het contract uitvoeren. Eventuele wijzigingen ten opzichte van het contract worden dan pas bekend en is het contract reeds ondertekend waardoor er niets meer te wijzigen valt. Daarnaast blijkt uit een gesprek met de medewerkers van de afdeling Contracting dat zij alle zaken die gerelateerd zijn aan contracten, ook erg praktische zaken, direct doorgeschoven krijgen van medewerkers van andere afdelingen.

Voor het juridische gedeelte van het contract is Contracting gebonden aan enkele richtlijnen die bepaalde zaken in contracten verplicht stellen. Deze zijn vertaald in de algemene voorwaarden van Rexroth en in de Principal Terms staan de voorwaarden waaraan, mocht de andere contractspartij echt alleen maar haar eigen voorwaarden van toepassing verklaren, bepalingen uit voorwaarden van andere partijen minimaal aan dienen te voldoen. Wil Contracting hiervan afwijken door bijvoorbeeld enkele bepaling aan te passen of te schrappen, zou dit in principe altijd formeel goed gekeurd moeten worden door het management.

3.2 Hoe zien de juridische beheersmaatregelen eruit in standaard branchegebruikelijke contracten?

De hiervoor genoemde Principal Terms worden gebruikt als uitgangspunt voor de analyse met de standaard voorwaarden die door verschillende brancheorganisaties zijn opgesteld. Deze Principal Terms voldoen aan de Guideline 'DCCD-08511 Commercial Guidelines for Project Business', een van de Guidelines waaraan Contracting zich dient te houden. De bepalingen die geanalyseerd zullen worden zijn dezelfde als die in het eerste hoofdstuk aan bod zijn gekomen, namelijk niet-tijdige levering, gevolgschade, garantie, ontbinding en opschorting, limitering van aansprakelijkheid en overmacht. De uitkomst van de analyse van de branchegebruikelijke standaard voorwaarden⁷² is opgenomen in een schema en als bijlage bij dit onderzoek gevoegd. Daarnaast zijn de geanalyseerde bepalingen uit de standaardvoorwaarden ook opgenomen in de bijlage.

Hieronder zullen bovengenoemde bepalingen uit de Principal Terms geanalyseerd worden met de analyse van de branchegebruikelijke standaard voorwaarden uit het schema waarbij de LOGIC- en IMCA-voorwaarden vaak samen zullen worden behandeld omdat de IMCA-voorwaarden gebaseerd zijn op de LOGIC-voorwaarden.⁷³ Daarnaast is er geen bepaling met betrekking tot overmacht opgenomen in de Principal Terms, desalniettemin worden de overmachtsclausules uit de standaard voorwaarden wel geanalyseerd. Dit omdat uit een gesprek met de Groupsleader Contracting blijkt dat er ook overmachtsclausules in contractonderhandelingen vaak een punt van discussie is. In het volgende, en tevens laatste hoofdstuk, zullen de verschillen tussen de theorie uit hoofdstuk 1 met de analyse die hieronder gedaan zal worden met elkaar vergeleken.

⁷² Bijlage C

⁷³ <https://www.imca-int.com/>, zoek op: IMCA Marine Construction Contract

Om te beginnen heeft de tweede bepaling uit de Principal Terms betrekking op niet-tijdige levering. De bepaling luidt als volgt:

3.2.1. Boete voor vertraging (liquidated damages)

“BR’s enige aansprakelijkheid voor te late levering is een boete (0.5% per week met een max. van 5% van de waarde van de vertraagde levering). Geen boete kan geheven worden in het geval de vertraging is veroorzaakt door redenen die niet zijn toe te schrijven aan BR.”

De eerste zin geeft duidelijk de boete aan voor te late levering. Deze is procentueel vastgesteld, maar er wordt niet aangegeven dat deze niet in plaats van een schadevergoeding treedt. De UAV wijkt niet af van het in het vorige hoofdstuk geschetste wettelijke kaders, maar mist net als de Principal Terms het expliciet noemen dat de boete niet in plaats van een schadevergoeding treedt. Hetzelfde geldt voor de FIDIC- en NEC-voorwaarden. De LOGIC en IMCA-voorwaarden daarentegen vermelden wel dat de boete niet bedoeld is als ‘penalty’. IMCA vermeldt daarnaast ook dat te laat leveren door slecht weer geen reden is om een boete op te leggen.

De tweede zin kan tevens geclassificeerd worden als een stukje overmacht, omdat de toerekenbaarheid wordt weggenomen. De rest van de bepalingen in de Principal Terms bevat geen overmachtsclausule of een gedeelte dat betrekking heeft op overmacht. De UAV heeft geen bepaling die betrekking heeft op overmacht. Ook de NEC-voorwaarden heeft geen expliciete overmachtsclausule, maar uit de Guidance Notes blijkt dat bepaling 1.19 in feite een overmachtsclausule is. Er kan ontbonden worden gedurende een overmachtssituatie wanneer dit overmacht gemeld is overeenkomstig bepaling 16 en er voldaan is uit de voorwaarden voor overmacht uit bepaling 1.19 en deze dertien weken voortduurt of lijkt voort te duren. Bepaling 1.19 is erg ruim geformuleerd en er zijn derhalve geen specifieke situaties geformuleerd wanneer er sprake zou zijn van overmacht. FIDIC bevat wel een (niet-limitatieve) lijst met overmachtssituaties. Ook bevat FIDIC een inspanningsverplichting voor beide partijen om de vertraging te minimaliseren. De kosten van de overmacht worden voor de opdrachtnemer door de opdrachtgever vergoed en opdrachtnemer krijgt een verlening van tijd. Als de overmachtssituatie langer dan 84 dagen voortduurt, kan er ontbonden worden (of verschillende periodes die bij elkaar opgeteld 140 dagen zijn). LOGIC en IMCA geven beide vier voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat er sprake is van overmacht onder het contract. Deze voorwaarden zijn: de overmacht gemeld moet worden aan de andere partij, het moet buiten de controle van partijen liggen, de partij moet niet fout of nalatig zijn en de laatste voorwaarde is dat de partij niet in staat is om zich te tegen de gevolgen van de overmachtssituatie te weren. Verder bevatten beide voorwaarden een limitatieve lijst met overmachtssituaties. Beide voorwaarden bepalen verder dat partijen zo spoedig mogelijk samen dienen te zitten om tot een gezamenlijk acceptabele werkwijze te komen. De bepaling uit de IMCA-voorwaarden is iets uitgebreider, daarin wordt namelijk bepaald dat opdrachtnemer onder sommige omstandigheden ‘stand-by’ moet blijven staan en wordt de limitatieve lijst met overmachtssituaties uitgebreid met ‘extraordinary risks’. Voorbeelden daarvan staan in de bepaling genoemd.

De volgende bepaling die geanalyseerd zal worden heeft betrekking op gevolgschade. De bepaling uit de Principal Terms die daarop betrekking heeft is de volgende:

3.2.2. Gevolgschade

“Alle gevolgschade die mogelijk voortvloeit uit de nakoming of niet nakoming van het contract is uitgesloten. Onder gevolgschade wordt verstaan: indirecte of gevolgschade zoals alle verlies van: omzet, winst, verwachte winst of resultaat, gebruik, productie, productiviteit, contracten, kansen, (productie) faciliteit downtime, ongeacht de oorzaak en ongeacht of zulke schade of verlies is ontstaan als gevolg van een onrechtmatige daad, of voortvloeit uit het contract of de wet en ongeacht of dergelijke schade voorzienbaar was ten tijde van het tekenen van het contract.”

Elke voorwaarden, met uitzondering van de UAV, regelt iets over gevolgschade. Bij FIDIC is deze beperkt tot knock-for-knock. Dat wil zeggen dat iedere partij haar eigen gevolgschade draagt. Bij NEC is de gevolgschade die opdrachtgever lijdt absoluut beperkt tot een bedrag dat vermeld staat in het contract en is er niets bepaald over gevolgschade bij opdrachtnemer. De LOGIC-voorwaarden verstaat onder gevolgschade wat gevolgschade onder Engels recht is. Ook verlies van productie, producten, etc. dat niet voorzien was bij de ingangsdatum van het contract valt onder gevolgschade. Ook bij de LOGIC-voorwaarden geldt het knock-for-knock principe. Het enige verschil tussen LOGIC en IMCA is dat bij IMCA gevolgschade onder het toepasselijke recht wordt verstaan.

Na gevolgschade komt in de Principal Terms limitering van aansprakelijkheid aan bod. De bepaling die daarover gaat luidt als volgt:

3.2.3. Limitering van aansprakelijkheid

“BR's aansprakelijkheid onder het contract is beperkt tot maximaal 5% van de Contract Prijs. Deze beperking van aansprakelijkheid geldt ongeacht hetgeen in enig ander document is bepaald en is van toepassing op alle claims gebaseerd op het contract en / of de wet.”

De UAV bepaalt dat de opdrachtnemer na oplevering niet meer aansprakelijk is, tenzij de gebreken te wijten zijn aan schuld of voor rekening komen van de opdrachtnemer krachtens de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen en opdrachtgever voorafgaand aan de oplevering de gebreken niet heeft opgemerkt en deze redelijkerwijs niet had moeten ontdekken. De te vergoeden schade is relatief beperkt tot 10% van de overeengekomen prijs. Echter, indien het berekende schadebedrag lager is dan 1,5 miljoen euro, dan bedraagt het bedrag ten hoogste 1,5 miljoen euro. De rechtsvordering op deze schadevergoeding is niet ontvankelijk na verloop van vijf jaar of tien jaar wanneer het Werk dreigt in te storten of het ongeschikt dreigt te raken waarvoor het bedoeld is en om dat te voorkomen er buitengewone en zeer kostbare voorzieningen getroffen dienen te worden. FIDIC bepaalt dat er sprake is van knock-for-knock bij schade aan het Werk en schade door het Contract. De totale aansprakelijkheid onder of in verband met het contract is absoluut beperkt tot een bedrag dat vermeld is in het contract. Dit geldt bij fraude, opzettelijk wanpresteren of roekeloos handelen. De NEC-voorwaarden beperkt de aansprakelijkheid ook absoluut tot een bedrag dat vermeld staat in het contract, maar sluit grove opzet en schuld niet uit. Dit geldt ook voor mankementen in het design. De totale aansprakelijkheid, waaronder ook onrechtmatige daad en 'delict' vallen, is beperkt tot een overeengekomen bedrag. De opdrachtgever dient de schade wel binnen de daarvoor bestemde termijn te vermelden. LOGIC bepaalt dat de aansprakelijkheid op twee punten wordt gelimiteerd, namelijk voor oplevering en na oplevering. Beide worden absoluut beperkt tot een bedrag dat genoemd wordt in het contract. Er gelden hier drie uitzonderingen voor die in 36.1 onder (i) t/m (iii) staan. IMCA bepaalt echter dat onderhevig aan slechts bepalingen 22, 23 en 25 zal de opdrachtnemer zijn totale cumulatieve aansprakelijkheid relatief beperkt tot een percentage van de originele contractswaarde. Zowel IMCA als LOGIC bepalen dat de aansprakelijkheid eindigt na een in het contract vastgestelde termijn en dat de

limitering ook geldt voor onrechtmatige daad en anderszins rechterlijke aansprakelijkheid (waarbij IMCA ook gerechtelijke procedures noemt).

Nu zullen opschorting en ontbinding aan bod komen. In het schema zijn beide bepalingen in één kolom uitgewerkt, omdat in bepaalde voorwaarden deze in een bepaling worden uitgewerkt. Daarnaast is er veelal na een bepaalde vooraf vastgestelde duur van opschorting ontbinding mogelijk. Allereerst zal opschorting aan bod komen. De bepaling hierover in de Principal Terms is de volgende:

3.2.3. Opschorting

“Beide partijen doen afstand van hun recht om werkzaamheden op te schorten voor welke reden dan ook, behalve in geval van betalingsachterstand.”

UAV bepaalt dat slechts de opdrachtgever bevoegd is om op te schorten. Opdrachtnemer dient gedurende de opschorting na te laten wat schade aan het Werk zou veroorzaken en passende maatregelen te nemen om schade te voorkomen. Als opdrachtnemer niet toerekenbaar te kort is geschoten en voorzieningen moet treffen, heeft hij recht op een kostenvergoeding en/of termijnsverlenging. Heeft hij wel toerekenbaar te kort geschoten, heeft hij dat recht niet. Duurt de schorsing langer dan één maand, dan kan opdrachtnemer betaling van de verrichte werkzaamheden vorderen en na zes maanden ontbinding. Bij FIDIC mogen zowel opdrachtgever als opdrachtnemer opschorten. De reden voor opdrachtnemer is wanneer er niet binnen 21 dagen is voldaan aan de betalingsvoorwaarden. Als opdrachtgever de reden van opschorting vermeld mogen verschillende bepalingen buiten toepassing gelaten worden. Wanneer de opschorting langer dan 84 dagen duurt mag opdrachtnemer toestemming vragen om de werkzaamheden te hervatten. Wanneer deze toestemming niet wordt gegeven binnen 28 dagen, mag opdrachtnemer de overeenkomst ontbinden. Is de toestemming wél gegeven, dan dienen partijen samen te onderzoeken wat de effecten van de opschorting zijn geweest op de Works, Plant en Materials. Opdrachtnemer zal elke verslechtering daaraan herstellen. Bij de NEC-voorwaarden is opschorting niet geregeld. Hier wordt verwezen naar een Engelse wet die in Nederland niet van kracht is. Wederom zijn de IMCA- en LOGIC-voorwaarden vrijwel overeenkomstig. Slechts opdrachtgever is bevoegd tot opschorting wanneer er is voldaan aan een van de genoemde redenen en er eerst een ingebrekestelling is verstuurd. Opdrachtnemer zal bij een opschorting de werkzaamheden staken en het Werk beschermen. Als de opschorting niet door een gebrek van opdrachtnemer komt, worden de Key Dates en prijs aangepast bij IMCA worden ook de redelijke kosten vergoed. Is er wel sprake van een gebrek, dan kan opdrachtgever eventuele bijkomende kosten verhalen op opdrachtnemer. Opdrachtgever mag opdrachtnemer instrueren de werkzaamheden te hervatten. Wanneer de opschorting niet door een gebrek komt en de opschorting duurt langer dan de periode die in het contract is vermeld, kan opdrachtnemer vragen om de werkzaamheden te mogen hervatten. Wanneer er binnen veertien dagen geen toestemming wordt gegeven, mag dit gezien worden als een wijziging als bedoeld in bepaling 14 wanneer het gaat om een gedeelte van het Werk, en als ontbinding als de opschorting draait om het gehele Werk. IMCA voegt daaraan toe dat opdrachtnemer zijn materiaal weg mag halen van de plaats waar de werkzaamheden worden verricht wanneer de opschorting langer duurt dan de maximale tijd van opschorting. Bij hervatting zal opdrachtnemer een herziene planning maken om de impact van de opschorting te minimaliseren.

Met betrekking tot ontbinding is in de Principal Terms de volgende bepaling opgenomen:

3.2.4. Ontbinding

“Ontbinding van het contract is slechts mogelijk in geval van tekortkoming in de nakoming onder het contract. De onschuldige partij heeft, na voorafgaande schriftelijke ingebrekestelling, het recht om het contract te ontbinden in het geval de andere partij substantieel tekortkomt in de nakoming van enige verplichting uit het contract.”

In de UAV-voorwaarden is opdrachtgever te allen tijde bevoegd tot opzegging. Opdrachtnemer heeft dan uitsluitend recht op het gedeelte van de overeengekomen prijs naar gelang de werkzaamheden zijn verricht, 5% van het resterende deel van de vergoeding wanneer het gehele Werk opgeleverd zou zijn en vergoeding van alle gemaakte en nog te maken kosten die voortkomen uit verplichtingen die de opdrachtnemer op het tijdstip van ontbinding is aangegaan met het oog op de uitvoering van de opdracht. Opdrachtgever mag volgens FIDIC altijd ontbinden, alleen is de ontbindingstermijn 14 dagen bij de gronden uit 15.2 en is er sprake van een andere grond is de ontbindingstermijn 28 dagen. In 16.2 staan de redenen waarbij opdrachtnemer mag ontbinden nadat er een ingebrekestelling met een termijn van veertien dagen is verstuurd. Deze termijn geldt niet bij insolventie en verlengde opschorting. Opdrachtgever dient volgens bepaling 19.6 te betalen en dient schade, winstderving en ander verlies te vergoeden dat is geleden door de ontbinding. Bij de NEC-voorwaarden mag opdrachtnemer slechts ontbinden op de gronden die in de voorwaarden staan en opdrachtgever mag voor elke reden ontbinden. De procedures die wanneer gevolgd dienen te worden staan in de Termination Tabel, bepaling 90.2. binnen dertien weken na ontbinding vaardigt de opdrachtgever een laatste betaling uit naar of voor opdrachtnemer, berekend aan de hand van de verrichte werkzaamheden en de eerdere betalingen. De redenen voor ontbinding staan in 91, de procedures in 92 en de betalingen in bepaling 93. LOGIC en IMCA bepalen beide dat opdrachtgever mag ontbinden wanneer het hem schikt, wanneer opdrachtnemer (dreigt) in staat van faillissement te verkeren en, na ingebrekestelling, bij gebreke van opdrachtnemer. Als er geen termijn voor ontbinding wordt gegeven, wordt er direct ontbonden. IMCA vult dit aan door de opdrachtnemer ook het recht van ontbinding te geven wanneer er sprake is van ‘material breach’, overmacht of een opschorting die het aantal gemaximeerde dagen overschrijd.

De laatste bepaling uit die Principal Terms die als uitgangspunt van de vergelijking gebruikt zal worden is diegene die betrekking heeft op garantie en is de volgende:

3.2.5. Garantie

“BR staat, gedurende een periode van twaalf (12) maanden na levering, in voor de deugdelijkheid van de door haar geleverde goederen en gedurende een periode van zes (6) maanden na uitvoering van de diensten, in voor de deugdelijkheid van de door haar geleverde goederen en / of diensten en zal, naar eigen inzicht, het defecte deel van het geleverde goed repareren of vervangen of de geleverde dienst opnieuw uitvoeren, mits het gebrek het directe gevolg is van gebreken in vakmanschap of gebruik van ondeugdelijke materialen.

Iedere verdere verplichting is uitgesloten zoals kosten van transport, demontage en montage.”

De UAV bevat geen expliciete garantiebepaling. Bepaling 13 heeft echter wel de functie van een garantie aangezien deze de bewijslast omkeert, maar bevat geen herstelverplichting. Wel kan in gevolge van art. 7:759 BW, behoudens de uitzonderingen uit gesteld inlid 2, herstel worden afgedwongen. Bepaling 1.1.1.10 van FIDIC geeft de definitie van ‘Schedule of Guarantees’, en dat is een schema dat bij het contract zit opgenomen waarin de afgesproken garanties staan. Dit is niet verplicht en dienen partijen samen overeen te komen. Bij de NEC-voorwaarden is er geen bepaling die betrekking heeft op garanties. IMCA heeft de bepaling met betrekking tot garantie van LOGIC overgenomen maar op vrijwel elk punt aangevuld. Beide bepalen dat opdrachtnemer garandeert dat het Werk in overeenstemming met het

contract en vrij van gebreken is, waarbij IMCA aanvult dat slechts deze garantiebepaling van toepassing is en eerder overeengekomen bepalingen vervallen. Mocht er voorafgaand aan het afgeven van het Completion Certificate gebreken zijn, dient opdrachtnemer deze te herstellen. Na het herstellen begint de garantieperiode opnieuw. IMCA vult daarbij aan dat de kosten voor rekening van opdrachtnemer komen en dat de periode niet de cumulatieve Defects Correction Period wordt overschreden. Opdrachtgever kan bepalen om de gebreken zelf te herstellen op kosten van de opdrachtnemer, maar, vult IMCA aan, dat kan slechts wanneer opdrachtnemer onwillig of niet in staat is om de gebreken te herstellen. De garantie geldt niet voor routineonderhoud en de vier redenen onder (b) en volgens IMCA ook niet voor werk dat is gedaan door derden en de kosten van herinstallatie van materiaal.

3.2.6. Overmacht

Ondanks dat er geen overmachtsclausule in de Principal Terms zijn opgenomen, omdat dit de summierste eisen bevatten waaraan de voorwaarden van de andere contractspartij dienen te voldoen, is een dergelijke clausule wel degelijk van belang.

Net als dat de UAV geen garantiebepaling bevat, bevat het ook geen overmachtsclausule. De NEC-voorwaarden bevatten ook geen garanties, maar bevatten in tegenstelling tot UAV wel een overmachtsbepaling. Deze is echter niet expliciet opgenomen, maar uit de Guidance Notes blijkt dat bepaling 1.19 in feite een overmachtsbepaling is. Het gaat in die bepaling namelijk over een situatie waar beide partijen geen invloed op hebben, maar waardoor de werkzaamheden stil komen te liggen. Er kan in deze situatie, na het verstrijken van 13 weken en als er is voldaan aan de voorwaarden uit bepaling 1.19, worden ontbonden. De FIDIC-, LOGIC- en IMCA-voorwaarden bevatten wel uitgebreide overmachtsclausules. FIDIC geeft een niet-limitatieve lijst van overmachtssituaties, waar LOGIC en IMCA een limitatieve lijst voorschrijven. Alle drie de voorwaarden verlengen de levertijd en als de IMCA-voorwaarden van toepassing zijn kan de contractsprijs worden aangepast en de FIDIC-voorwaarden vergoed te kosten die de opdrachtnemer gedurende overmacht maakt. Van de vier voorwaarden voorziet slechts LOGIC niet in het beëindigen van het contract na langdurige overmacht. De overmachtsclausules zijn over het algemeen uitgebreide en lange bepalingen. Een van de redenen hiervoor is dat deze voorwaarden niet alleen onder Nederlands recht worden gebruikt. Force Majeure is onder Engels recht namelijk niet van rechtswege van toepassing. Hierdoor dienen partijen die overmacht overeen willen komen, de voorwaarden en gevolgen hiervan contractueel vastleggen.

Uit bovenstaande analyse blijkt dat, buiten LOGIC en IMCA, de geanalyseerde voorwaarden erg van elkaar verschillen. Zowel op de indeling van bepaling (ontbinding en opschorting in een bepaling of apart), inhoud (uitgebreide overmachtsclausule of geen overmachtsclausule) en logische opbouw (de NEC-voorwaarden zijn relatief lastig te lezen, terwijl LOGIC en IMCA een duidelijke structuur en relatief weinig verwijzingen hebben).

4. In welke mate wijkt het huidige contract risk managementsysteem van Rexroth af van de ISO 31000?

In de voorgaande twee hoofdstukken zijn respectievelijk de theorie van contract risk management en de praktijk binnen Rexroth uitgewerkt. In dit hoofdstuk zullen de verschillen en overeenkomsten hiertussen objectief worden aangestipt. Pas na dit hoofdstuk, bij de conclusies en aanbevelingen, zal een waardeoordeel aan deze verschillen worden gegeven. Allereerst zullen de verschillen op het gebied van contract risk managementsysteem worden gegeven en daarna de verschillen van de juridische beheersmaatregelen, oftewel de geanalyseerde standaard voorwaarden en de Principal Terms met het juridisch kader.

4.1 Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de theorie en de praktijk bij het contract risk managementsysteem?

Het eerste wat opvalt is dat de GP Project Risk dezelfde stappen heeft als de ISO 31000-norm, namelijk de identificatie, analyse, evaluatie en behandeling van risico's. Ook binnen deze stappen zijn er overeenkomsten te zien. Bij de risico identificatie wordt bij zowel ISO 31000 als bij GP Project Risk brainstormen en 'lessons learned' gebruikt als identificatiemiddel.

Er zijn echter ook verschillen tussen beide documenten, waarvan de drie grootste vermeld zullen worden. Het eerste verschil is dat GP Project Risk geen risicocriteria vermeld. Risicocriteria kunnen, zoals hoofdstuk 1 beschreven is, gezien worden als maatstaf en ondergrens waaraan een risico dient te voldoen om behandeld te worden. Ontbreekt deze, dan is er geen maatstaf voor risico's dat boven de projecten staat. Bij de risicoanalyse draait het zowel bij ISO 31000 als GP Project Risk om het bepalen van de waarschijnlijkheid en de gevolgen van het risico. Bij GP Project Risk dient deze impact echter zo goed mogelijk financieel te worden gekwalificeerd. Het risiconiveau wordt daardoor uitgedrukt in een geldbedrag, terwijl sommige risico's zich mogelijk beter lenen om uitgedrukt te worden in een andere eenheid zoals reputatieschade of milieuschade. Het laatste grote verschil is te vinden bij de risicobehandeling. Bij de ISO 31000-norm is het van belang om een risicobehandelingsplan op te stellen. In de gehele ISO 31000 staan steeds slechts suggesties gegeven hoe het betreffende onderwerp mogelijk geïmplementeerd zou kunnen worden, behalve bij het risicobehandelingsplan. Daar staan zeven punten die in ieder geval in het risicobehandelingsplan opgenomen dienen te worden. Dit is niet voor niets. Zo wordt de verantwoordelijke van de implementatie gedwongen om na te denken over de effectiviteit en efficiëntie van de risicobehandeling. Bij het opstellen van het plan kan er dan achter gekomen worden dat de gekozen behandeling mogelijk niet de beste is voor het desbetreffende te behandelen risico.

4.2 Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de theorie en de praktijk bij de juridische beheersmaatregelen?

In deze paragraaf zal, net als in de voorgaande, gekeken worden naar de verschillen en overeenkomsten tussen het juridisch kader, dat uiteen is gezet in het eerste hoofdstuk, en de analyse van de standaardvoorwaarden uit Hoofdstuk 2. De vergelijking zal per bepaling plaats vinden. Daarna zal er een overall beoordeling worden gegeven over de gehele voorwaarden. De eerste bepaling die vergeleken gaat worden is niet-tijdige nakoming.

4.2.1. Niet-tijdige nakoming

Uit het juridisch kader blijkt dat wanneer een partij te laat levert, dit wanprestatie is en een ingebrekestelling niet nodig is omdat er termijn is verstreken. Er kan, wanneer er niet tijdig wordt geleverd, gekozen worden uit drie remedies. Deze drie zijn het vorderen van nakoming, het vorderen van een vervangende schadevergoeding of het ontbinden van het contract. Er is ook een vierde optie, het opzeggen van de overeenkomst, maar dit kan slechts indien dit als mogelijkheid in het contract is opgenomen. Om te zorgen dat de wederpartij tijdig nakomt, kan er als extra stimulans een boetebeding worden opgenomen bij te laat leveren. Dit gebeurt in de praktijk ook veelvuldig blijkt uit een analyse van de standaardvoorwaarden. Alle vijf de voorwaarden bevatten een boeteclausule bij te laat leveren. Echter, er wordt slechts bij LOGIC en IMCA opgenomen dat de boete niet als schadevergoeding bedoeld is. Hieruit valt op te merken dat er naast de boete ook nog een schadevergoeding geclaimd kan worden.

4.2.2. Garantie bepalingen

Bij het juridisch kader dat betrekking heeft op garantie bepalingen is het conformiteitsvereiste het belangrijkste. Bij business-to-business contracten mag van dit vereiste worden afgeweken. In drie van de vijf contracten is geen garantie bepaling opgenomen. Bij de FIDIC-voorwaarden kan er wel een 'Schedule of Guarantees' worden opgenomen, maar er bestaat geen garantieperiode of iets van diezelfde aard. LOGIC en IMCA hebben beide wel een garantie bepaling in haar voorwaarden staan, namelijk bepaling 29 'Defects correction'. Er wordt in deze bepaling gegarandeerd dat het Werk in overeenstemming met het contract en vrij van gebreken is, anders gezegd, conform het contract is. De garantieperiode is in de standaardbepaling niet vastgesteld; deze wordt in het contract geregeld. Wel worden enkele zaken expliciet uitgesloten van garantie, waaronder routinewerk.

4.2.3. Ontbinding en opschorting

In het eerste hoofdstuk is gezien dat bij iedere tekortkoming in de nakoming de overeenkomst kan worden ontbonden, mits de tekortkoming het gebrek rechtvaardigt. Ontbinding is in projectmatig werken veelal niet wenselijk. Om ervoor te zorgen dat een project door een gebrek direct ontbonden kan worden zijn de bepalingen omtrent ontbinding veelal omvangrijk. Zo ook de vijf geanalyseerde standaard voorwaarden. Als de UAV-voorwaarden worden gehanteerd is slechts opdrachtgever bevoegd tot opzegging, waarbij opdrachtnemer wel recht heeft op een (kleine) vergoeding en vergoeding van de gemaakte en nog te maken kosten. Opdrachtnemer heeft bij de NEC-voorwaarden daarentegen wel het recht om te ontbinden. De redenen voor ontbinding en de gevolgen daarvan, voor zowel opdrachtgever als opdrachtnemer, staan overzichtelijk in een tabel weergegeven. LOGIC en IMCA geven beide opdrachtgever het recht om te ontbinden wanneer het hem schikt, maar ook bij faillissement en bij gebreke na het in gebreke stellen van opdrachtnemer. Het verschil tussen LOGIC en IMCA is dat bij IMCA opdrachtnemer het recht heeft te ontbinden wanneer er sprake is van 'material breach' en LOGIC geeft opdrachtnemer niet het recht het contract te ontbinden.

Dan volgt nu opschorting. Uit hoofdstuk 1 blijkt dat het opschortingsrecht kan worden beperkt, uitgebreid of uitgesloten. Ook was te lezen dat dit een erg effectief wapen is. Bij de UAV-voorwaarden is slechts opdrachtgever bevoegd tot opschorting. Opdrachtnemer dient gedurende deze opschorting 'passende maatregelen' te nemen om schade aan het Werk te voorkomen. Duurt de schorsing langer dan zes maanden kan opdrachtnemer het contract ontbinden. FIDIC heeft in zijn voorwaarden, waarbij de opdrachtgever zijn verplichtingen opschort, verschil gemaakt tussen twee soorten opschorting. De eerste is wanneer de reden van opschorting wel wordt vermeld en de tweede reden is wanneer de reden voor opschorting niet wordt vermeld. Wordt de reden wel vermeld, dan worden drie bepalingen buiten toepassing gelaten die wel van toepassing zijn als de reden van opschorting niet wordt vermeld. Ook heeft FIDIC geregeld wanneer er ontbonden mag worden bij opschorting en wat er dient te

gebeuren bij hervatting van de werkzaamheden. Opdrachtnemer mag slechts opschorten in het geval dat er niet binnen 21 dagen na mededeling aan opdrachtgever is voldaan aan de betalingsvoorwaarden voor de duur dat opdrachtgever wel aan deze verplichtingen heeft voldaan. De NEC-voorwaarden voorzien niet in een opschortingsbepaling die onder Nederlands recht geldig is. Er wordt wel verwezen naar een Engelse wet. De LOGIC en IMCA-voorwaarden voorzien beide in een opschortingsbepaling voor opdrachtgever. Deze mag het contract opschorten als er sprake is van een van gevallen uit bepaling 16.1 van de IMCA- en LOGIC- voorwaarden. Als de opschorting niet door een gebrek komt van opdrachtnemer, heeft deze recht op extra tijd en een verlening van tijd. IMCA vult de bepaling omtrent opschorting ten opzichte van LOGIC aan door te zeggen dat opdrachtnemer zijn materiaal gedurende de opschorting weg mag halen van de plek waar de werkzaamheden verricht dienen te worden.

4.2.4. Overmacht

Overmacht, zo viel te lezen in hoofdstuk 1, neemt de toerekenbaarheid van een tekortkoming weg. Of een bepaalde gebeurtenis wel of niet toerekenbaar is, is veelal af te leiden uit de jurisprudentie. Om hier duidelijkheid over te scheppen, kan er in een overmachtsbepaling, omdat het regelend recht is, limitatief vast worden gelegd wanneer er sprake is van overmacht. Ook het geven van een niet-limitatieve lijst zorgt voor een minder vrije interpretatie van het beding. FIDIC, LOGIC en IMCA hebben een erg uitgebreide overmachtsclausule in de voorwaarden staan. FIDIC geeft een niet-limitatieve lijst van overmachtssituaties, alsmede de verplichtingen die partijen hebben ten tijde van een dergelijke situatie en wanneer er ontbonden mag worden gedurende de overmachtssituatie. LOGIC en IMCA geven vier voorwaarden waaraan voldaan dient te zijn wil er sprake zijn van een overmachtssituatie en geeft een limitatieve lijst met overmachtssituaties. Van laatstgenoemde regelt alleen IMCA ontbinding bij een overmachtssituatie. De NEC-voorwaarden voorzien indirect in een overmachtsbepaling, welke erg breed is geformuleerd. UAV voorziet niet in een overmachtsclausule.

4.2.5. Gevolgschade

Zoals uit de theorie blijkt is gevolgschade geen wettelijk gedefinieerd begrip en uit de jurisprudentie is ook geen definitie of reikwijdte vast te stellen. Partijen dienen dit, willen ze een bepaling over gevolgschade opnemen, om deze reden goed te omschrijven. Slechts de LOGIC- en IMCA-voorwaarden beschrijven dit door te stellen dat er onder andere verlies van productie, producten, omzet, winst, etc. onder valt en dat dit niet voorzienbaar was ten tijde van het sluiten van het contract. Echter, LOGIC bepaalt dat het gevolgschade onder Engels recht valt, terwijl IMCA gevolgschade definieert als hetgeen onder het toepasselijk recht onder gevolgschade wordt verstaan. UAV bepaalt niets over gevolgschade en FIDIC beperkt het tot knock-for-knock, dat wil zeggen dat elke partij haar eigen schade draagt. De NEC-voorwaarden bepalen dat slechts de opdrachtgever recht heeft op vergoeding van de gevolgschade. De hoogte van de vergoeding dient gelimiteerd te worden tot een bedrag dat opgenomen wordt in het contract.

4.2.6. Limitering van aansprakelijkheid

Uit hoofdstuk 1 blijkt dat wanneer er niets wordt afgesproken over de limitering van aansprakelijkheid, de tekortschietende partij in beginsel ongelimiteerd aansprakelijk is. Omdat het regelend recht is, kan er wanneer er, wel afspraken over worden gemaakt, het tegenovergestelde worden afgesproken. De aansprakelijkheid kan namelijk volledig worden uitgesloten, op grove schuld en opzet na. Daarnaast is er uit de theorie van limitering van aansprakelijkheid op te merken dat de aansprakelijkheid op diverse manier 'gecapt' kon worden. Zo bepaalt UAV dat opdrachtnemer na oplevering niet meer aansprakelijk is voor gebreken, tenzij het door schuld of grove opzet komt of dat opdrachtgever de gebreken voor oplevering niet had opgemerkt en ook niet had hoeven op te merken. Is opdrachtnemer dan

aansprakelijk, is de schade beperkt tot 10% van de contractueel overeengekomen prijs. Indien dat bedrag lager is dan 1,5 miljoen euro geldt niet de 10%, maar is het bedrag gelimiteerd tot 1,5 miljoen euro. De aansprakelijkheid van opdrachtnemer is in de FIDIC-voorwaarden gelimiteerd tot een bedrag dat staat vermeld in het contract. Dit is daarentegen niet van toepassing wanneer er schade is geleden door fraude, opzettelijk wanpresteren of roekeloos handelen. De NEC-voorwaarden limiteren de aansprakelijkheid voor elke schade brengende gebeurtenis, mankementen in het design en andere schade onder of verband houdend met het contract tot een bepaald bedrag, maar sluit grove schuld en opzet niet uit. Opdrachtnemer is niet aansprakelijk wanneer opdrachtgever hem niet tijdig in kennis heeft gesteld van het gebrek. De enige bepaling waar LOGIC en IMCA veel van elkaar afwijken is degene die betrekking heeft op de limitering van aansprakelijkheid. LOGIC onderscheidt twee soorten aansprakelijk, namelijk aansprakelijkheid voor en na oplevering. Beide worden gecapd op een gefixeerd bedrag (enkele bepalingen die uitgesloten zijn daargelaten). Er is daarnaast een termijn vastgesteld waarnaar de aansprakelijkheid onder het contract eindigt. De limitering geldt ook voor de onrechtmatige daad of anderszins rechterlijke aansprakelijkheid. IMCA bepaalt dat, buiten vrijwaringen, verzekeringen en gevolgschade de totale cumulatieve aansprakelijkheid van opdrachtnemer gelimiteerd is tot een percentage van de originele contractswaarde. De aansprakelijkheid die eindigt na het verstrijken van een in het contract vastgestelde termijn. De limitering geldt, net als bij de LOGIC-voorwaarden, ook voor onrechtmatige daad of anderszins rechterlijke aansprakelijkheid. IMCA vult daarbij aan dat de limitering ook geldt voor gerechtelijke procedures.

5. Conclusies en aanbevelingen

In dit laatste hoofdstuk zullen de conclusies van het onderzoek worden gegeven en een uiteindelijk antwoord worden gegeven op de centrale vraag: Welke aanbevelingen kunnen aan de projecttak binnen Bosch Rexroth worden gedaan na een analyse van relevante wet- en regelgeving en de gebruiken en voorwaarden in de branche om het contract risk managementsysteem in de pre-award fase van een contract verantwoord vorm te geven? Nadat de conclusies zijn getrokken zullen er een aantal concrete aanbevelingen worden gedaan om het contract risk managementsysteem van Rexroth meer verantwoord vorm te geven.

Conclusies

Contract risk managementsysteem

Ten eerste, de ISO 31000-norm geeft een kader waaraan (contract) risk managementsystemen getoetst kunnen worden. De vier stappen van het risicobeoordelingsproces dienen ervoor te zorgen dat er min of meer gedwongen wordt om na te denken over het risico, zodat er op een weloverwogen en verantwoorde wijze met het desbetreffende risico om kan worden gegaan. Dit denkproces is op dit moment te weinig aanwezig binnen de projecttak van Rexroth, aangezien voor risico's in beginsel een extra voorziening wordt opgenomen. Daarnaast bestaan er voor het opstellen van contracten Guidelines en richtlijnen waaraan Contracting dient te voldoen, welke resulteren in de juridische beheersmaatregelen uit de Principal Terms. Voor elke afwijking van de Principal Terms dient in theorie goedkeuring verleent te worden door het management.

Gebruik contracten

Ten tweede, volgens Haapio dienen contracten te fungeren als draaiboek voor de samenwerking tussen partijen. Om die reden moeten er voornamelijk zaken in contracten geregeld worden **die zien op de** te leveren prestatie, waarbij de juridische bepalingen daarna pas volgen. Het logische gevolg daarvan is dat medewerkers die het contract uit gaan voeren, betrokken dienen te zijn bij het gehele proces van de totstandkoming van het contract. Op dit moment blijven deze medewerkers slechts betrokken bij dit proces tot aan het versturen van de offerte en niet bij de verdere onderhandelingen en mogelijke wijzigingen die daaruit voortvloeien.

Branchegebruikelijke standaardvoorwaarden

Ten slotte, omdat Rexroth slechts business-to-business contracten sluit kunnen zij in beginsel afspreken wat zij willen. Er bestaan bij de geanalyseerde bepalingen, met uitzondering van de limitering van aansprakelijkheid, geen dwingendrechtelijke bepalingen. De geanalyseerde voorwaarden verschillen om deze contractsvrijheid onderling dan ook aanzienlijk, zowel op gebruikersvriendelijkheid als op inhoud van de bepalingen. Als er naar deze twee punten wordt gekeken, komen de IMCA- en FIDIC-voorwaarden als beste uit de bus om als uitgangspunt bij de onderhandelingen te gebruiken.

Aanbevelingen

Nu de conclusies uit het onderzoek helder zijn, worden er nu enkele concrete aanbevelingen gedaan ten einde het contract risk managementsysteem van Bosch Rexroth op een verantwoorde wijze vorm te geven.

De eerste aanbeveling is om contracten meer als risicobeheersmaatregel te gebruiken door er meer praktische zaken in op te nemen dan nu meestal wordt gedaan. De nadruk dient gelegd te worden op bepalingen die zien op de te leveren prestatie in plaats van bepalingen die problemen en de nadelige gevolgen daarvan trachten te minimaliseren. Om te bepalen of een contract als draaiboek voor de samenwerking fungeert of meer als dekking tegen claims, kan door de volgende vragen te stellen in kaart worden gebracht:

1. Is het duidelijk wat de opdrachtgever van ons kan verwachten?
2. Is het duidelijk wat Rexroth van de opdrachtgever kan verwachten?
3. Is het duidelijk wanneer er wat opgeleverd dient te worden?
4. Is het duidelijk op welke wijze er gecommuniceerd dient te worden en met wie?
5. Is het duidelijk wie waar verantwoordelijk voor is?
6. Is het duidelijk wat voor welke prijs gedaan wordt?

De eerste twee vragen zijn bedoeld om de verwachtingen van beide partijen te managen. Vraag 3. is als check bedoeld om te bepalen of er een planning is opgenomen in het contract of niet. Als dit in het contract wordt opgenomen, dient deze vanzelfsprekend wel haalbaar te zijn. Om een haalbare planning te maken dient deze intern met alle betrokken afdelingen afgestemd te worden. De vraag die daarop volgt, vraag 4., heeft als bedoeling om de onderlinge communicatie tussen partijen te optimaliseren. Dit kan door onder andere vastgelegde rapportagemomenten op te nemen of om een jour fixe contractueel op te nemen. Vraag 5. zorgt ervoor dat de verantwoordelijkheden en verplichtingen helder in het contract zijn opgenomen. Een voorbeeld is dat de opdrachtgever de afmetingen van het schip aan Rexroth dient te verstrekken welke Rexroth nodig heeft voor de engineering. De laatste vraag is bedoeld om misverstanden te voorkomen of bepaalde aspecten wel of niet in de contractprijs zijn inbegrepen. Het kan hier gaan om de service na oplevering, transportkosten en mogelijke verzekeringskosten. Als dit allemaal duidelijk is, worden de verwachtingen van beide partijen gemanaged en weten beide partijen waar ze aan toe zijn.

De volgende aanbeveling heeft betrekking op de geanalyseerde voorwaarden en de juridische bepalingen in contracten. Op dit moment zien de Guidelines op individuele bepalingen in contracten. De tweede aanbeveling is om contracten *integraal* te beoordelen. In bepaalde gevallen kan er namelijk zonder een groot risico te lopen van deze Guidelines worden afgeweken als er naar het contract in zijn geheel gekeken wordt.

Een mogelijkheid om een contract integraal te beoordelen is aan de hand van een dashboard. Een mogelijk voorbeeld van een dashboard is in Bijlage I opgenomen. De knoppen representeren de bepalingen in het contract en de balk aan de rechterzijde is de risicometer. Als de bepalingen zijn ingevoerd in het daartoe bestemde veld geeft de risicometer het risiconiveau van het gehele contract aan. Is deze te hoog, kan er aan de knoppen gedraaid worden tot het risiconiveau is teruggebracht tot een acceptabel level. Zo wordt direct het risiconiveau van het gehele contract zichtbaar.

Een andere mogelijkheid waarvoor het dashboard gebruikt kan worden is om de impact van voorgestelde wijzigingen op het risiconiveau van de andere contractspartij direct inzichtelijk te krijgen. Ook intern kan het dashboard gebruikt worden, namelijk als onderbouwing om intern voorgestelde wijzigingen wel of niet door te voeren.

Aan de hand van de geanalyseerde bepalingen uit de voorwaarden kan onderstaande input voor het dashboard worden aanbevolen:

- Als er een late levertijd is, dan kan een hogere boete worden geaccepteerd

- Als er veel garanties zijn overeengekomen, dan kan er een hogere contractprijs worden gevraagd
- Als er een ruime overmachtsclausule is opgenomen, dan kan er een lagere limitering van aansprakelijkheid worden geaccepteerd
- Als er veel onder gevolgschade valt, dan kan er een hogere limitering van aansprakelijkheid worden gevraagd
- Als opschorting mogelijk is, dan kan er bijvoorbeeld een lagere aanbesteding worden gevraagd of een eenvoudigere ontbindingsmogelijkheden
- Als ontbinding aan de zijde van opdrachtgever eenvoudig is, dan kan er een hogere contractprijs worden gevraagd of een hogere aanbesteding

De kanttekening die bij deze aanbeveling gemaakt dient te worden is dat de projecttak van Rexroth voornamelijk grote, internationale projecten verwezenlijkt. Zoals in de probleembeschrijving viel te lezen, richt Rexroth zich op projecten vanaf een waarde van 20 miljoen euro of meer. Bij de contracten van dergelijke projecten heeft een enorm aantal aspecten invloed op het risico. Denk hierbij onder andere aan het aantal (internationale) leveranciers, de kredietwaardigheid van de opdrachtgever en de moeilijkheid van de engineering. Een dashboard kan om deze reden nooit helemaal precies het risiconiveau bepalen. Echter, het kan wel een goede indicatie geven van het risico van de juridische bepalingen. De Guidelines die resulteren in de bepalingen in de Principal Terms kunnen echter door gebruik van een dergelijk dashboard wel worden versoepeld omdat door deze integrale beoordeling het doel van deze Guidelines wordt behaald: niet te veel risico lopen. Door gebruik van het dashboard gebeurt dit echter bekeken op het hele contract in plaats van per bepaling. Voor het afwijken van big ticket items of in grote mate afwijken van de richtlijnen en Guidelines, blijft het echter wel aan te bevelen om hiervoor wel goedkeuring te vragen aan het management.

De laatste aanbeveling is om medewerkers van afdelingen die direct betrokken zullen zijn bij de uitvoering van het contract, ook na de offertefase bij de totstandkoming van het contract te blijven betrekken. Dit is om meerdere redenen van belang. De eerste reden is dat er door deze early involvement het interne proces wordt versneld. De betrokken afdelingen kunnen namelijk direct reageren op wijzigingen die op hun betrekking hebben. Daarnaast weten de afdelingen die daadwerkelijk met het contract gaan werken niet wat de wijzigingen zijn ten opzichte van de offerte totdat ze het reeds ondertekende contract te zien krijgen. Als er dan moeilijkheden in staan, is het te laat om deze te wijzigen. Door alle betrokken afdelingen tot aan ondertekening te betrekken bij de totstandkoming van het contract, komen zij niet voor verrassingen te staan en worden er geen mogelijk onhaalbaar of moeilijk haalbare zaken overeengekomen.

Het ging de scope van dit onderzoek te buiten om het hele proces te analyseren, maar een aanbeveling is om met alle afdelingen kritisch te kijken naar hoe het proces nu verloopt en wat daar mogelijk aan te verbeteren valt. Een van de belangrijkste vragen die daarbij gesteld kan worden is, of de juiste mensen op het juiste moment ingeschakeld worden.

Er kan daarentegen wel een concrete aanbeveling worden gegeven over hoe de early involvement in de praktijk kan worden geïmplementeerd. Dit kan door een computerprogramma te ontwikkelen waarin de offerte wordt ingevoerd. Dit programma wordt beheerd door Contracting, maar van alle afdelingen krijgt degene die het project hoogstwaarschijnlijk uit gaat voeren, ook toegang tot de desbetreffende offerte. Mochten er bij de onderhandelingen wijzigingen worden voorgesteld, kunnen deze naast de originele bepaling uit de offerte worden ingevoerd. Contracting kan dan degene die expert is op de desbetreffende bepaling, verzoeken om te reageren op de voorgestelde wijziging, dat wil zeggen om te beoordelen of de wijziging haalbaar is en zo niet, wat als tegenvoorstel gedaan kan worden. Bijvoorbeeld: in de offerte is opgenomen dat het eerste gedeelte opgeleverd gaat worden binnen 18

maanden. De opdrachtgever wil echter dat dit binnen 15 maanden gebeurt. Contracting kan dan aan de projectmanager die hoogstwaarschijnlijk het project gaat uitvoeren voor de afdeling Projectmanagement vragen of dit haalbaar is of niet. Deze projectmanager krijgt dan via de mail een verzoek om te reageren op de voorgestelde wijziging. Dit kan vrij kort; Contracting zorgt namelijk voor de verwoording, dat is immers hun expertise.

Op deze manier zijn de afdelingen naast Contracting en Sales niet op de voorgrond betrokken bij de onderhandelingen, maar spelen zij achter de schermen toch een actieve rol bij de totstandkoming van het contract en komen zij niet voor mogelijke verrassingen te staan bij de uitvoering van het contract.

Evaluatie

Het voorgestelde dashboard is op dit moment gebaseerd op de zeven geanalyseerde bepalingen. Voor een complete integrale beoordeling van een contract dienen álle bepalingen die een contract bevat, zowel juridisch als niet- juridisch, betrokken worden bij de beoordeling. Dit is om meerdere redenen erg lastig. De eerste is dat het om projectmatig werk gaat waarbij geen een project hetzelfde is en dus ook geen een contract hetzelfde is. De looptijd, waarde, omvang en (nationaliteit van) partijen verschillen per contract; alleen al daardoor verschilt het risiconiveau per contract. De risicowaarde van de bepalingen verschilt om deze reden ook per contract. Bijvoorbeeld is bij de ene leverancier het zekerder dat de gewenste kwaliteit van het product op tijd wordt geleverd dan bij een andere leverancier. Een ander voorbeeld is het land waar geleverd dient te worden. Is dit binnen Europa of daarbuiten? Dit alles is van invloed op de beoordeling en opstelling van contractsbepalingen en is erg lastig om te kwalificeren. Een compleet waterdicht dashboard is daarom erg moeilijk voor projectmatig werk te ontwikkelen. Desalniettemin kan er wel een goede inschatting worden gegeven van het juridische risico dat wordt gelopen wanneer alle de juridische bepalingen in een dashboard worden ingevoerd. Hiervoor is een aanvullend onderzoek nodig omdat, zoals eerder genoemd, in dit onderzoek zeven juridische bepalingen aan bod zijn gekomen.

Een tweede zwakker punt van dit onderzoek is dat een groot gedeelte van het onderzoek gewijd is aan de juridische bepalingen en in mindere mate op het proces van de totstandkoming van een contract. Om deze reden is de laatste aanbeveling minder specifiek uitgewerkt en is de aanbeveling om de mensen die het hele proces wél kennen, kritisch te laten kijken naar welke afdelingen op welke momenten betrokken dienen te zijn. De beschreven wijze waarop deze early involvement plaats kan vinden, kan daarentegen wel gebruikt worden wanneer het proces in kaart is gebracht.

Literatuurlijst

Lijst van geraadpleegde literatuur:

Brahn/Reehuis 2015

W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Crouhy, Galai & Mark 2013

M. Crouhy, D. Galai & R. Mark, *The Essentials of Risk Management. Second edition*, New York: McGraw-Hill Education 2013.

Duyvensz 2003

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg UvT), Den Haag: BJU 2003.

Haapio/Siedel 2013

H. Haapio & G.J. Siedel, *A Short Guide to Contract Risk*, Farnham: Gower Publishing 2013.

IMCA 2006

IMCA Discussion Document, *Identifying and Assessing Risk in Construction Contracts*, Londen: IMCA 2006.

ISO 31000:2009(E)

International Standardization Organisation, *Risk management – Principles and guidelines*, Genève: ISO 2009.

Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2015

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst en commentaar Burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 2015.

Ruygvoorn 2013

M. Ruygvoorn, *Contracten in de praktijk. Handleiding opstellen en beoordelen van commerciële contracten*, Deventer: Kluwer 2013.

Tervoort e.a. 2015

A. Tervoort e.a. (red.), *Be (a)ware. Legal Risk Management & Compliance*, Den Haag: SDU 2015.

Tjong Tjin Tai, MvV 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Directe schade in het contractenrecht', MvV 2007, afl. 11, p. 226-231.

Jurisprudentieregister

Hoge Raad der Nederlanden

HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, (Saladin/HBU).
HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, (Waterwingebied).
HR 19 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0895.
HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2469, (Spruijt/Tigchelaar).
HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524, (Omgevallen havenkraan).
HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2540, (Apeldoorn/Duisterhof).
HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4942, (FNV/Maas).
HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9309, (Telfort/Scaramea).
HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, (Multi Vastgoed/Nethou).
HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, (Oerlemans/Driessen).
HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4504, (Bouwkamp/Van Dijke).
HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7381.
HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913, (Kuunders/Swinkels).

Gerechtshoven

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHAR:2013:BY8106.

Bijlagen

Bijlage A: Schematische weergave framework ISO

Bijlage B: 18344-005 Project Risk Management – Good-practice for custom driven project business

Bijlage C: Schema uitgewerkte contractsbepalingen

Bijlage D: geanalyseerde bepalingen uit de NEC-voorwaarden

Bijlage E: geanalyseerde bepalingen uit de UAV-voorwaarden

Bijlage F: geanalyseerde bepalingen uit de FIDIC-voorwaarden

Bijlage G: geanalyseerde bepalingen uit de LOGIC-voorwaarden

Bijlage H: geanalyseerde bepalingen uit de IMCA-voorwaarden

Bijlage I: Dashboard integrale beoordeling