

# Het bonus/malus-principe

*Naar een overzicht van de toepassingsmogelijkheden in een D&C-contract*

Afstudeerscriptie

E. Schol  
Universiteit Twente  
Public Administration (Management, Economics & Law)  
Enschede, oktober 2008

## Colofon

Titel	:	<b>Het bonus/malus-principe</b> <i>Naar een overzicht van de toepassingmogelijkheden in een D&amp;C-contract</i>
Auteur	:	E. Schol
Universiteit	:	Universiteit Twente
Faculteit	:	Management en Bestuur
Opleiding	:	Public Administration
Track	:	Management, Economics & Law
Afstudeercommissie	:	Mr. dr. M.A. Heldeweg Mr. drs. M. Harmsen
Status	:	Definitief
Aantal pagina's	:	64 (exclusief bijlagen)
Plaats	:	Enschede
Datum	:	1 oktober 2008

## Voorwoord

De bouwwereld is momenteel volop in beweging. Publieke opdrachtgevers krijgen te maken met nieuwe aanbestedings- en contractvormen en dienen meer werkzaamheden over te laten aan de markt. Binnen deze dynamiek heb ik de vrijheid gekregen om één interessant onderwerp nader te onderzoeken. Gekozen is voor nader onderzoek naar de contractuele beveiliging van het D&C-contract door middel van het bonus/malus-principe. Het onderzoek is hierbij geplaatst in de momenteel groeiende ontwikkeling van het gebruik van D&C-contracten door decentrale overheden.

De scriptie belicht een belangrijk probleem dat in praktijk ontstaat bij de toepassing van D&C: de opdrachtgever ervaart onzekerheid ten aanzien van het gedrag van de opdrachtnemer. Er is een theoretisch kader geschetst om dit praktische probleem in te vatten en op zoek te kunnen gaan naar oplossingen. Een mogelijke oplossing die naar voren komt is het bonus/malus-principe. Vanuit deze (theoretische) achtergrond zijn vervolgens de toepassingsmogelijkheden in kaart gebracht die dit principe in praktijk biedt in het kader van een D&C-contract.

Bij het uitvoeren van deze afstudeeropdracht is gebruik gemaakt van zowel literatuur, positief recht als interviews met ervaringsdeskundigen. De opdracht had dan ook niet voltooid kunnen worden zonder de hulp van de (externe) respondenten uit de verschillende interviews. Bij deze nogmaals mijn dank daarvoor. Uiteraard bedank ik hier ook mijn afstudeerdocenten. Michiel Heldeweg voor zijn begeleiding bij de start en de afronding van het afstudeerproces en Marc Harmsen voor zijn altijd volledige schriftelijke commentaren tijdens zijn begeleiding van het gehele proces.

Tot slot gaat mijn dank uit naar mijn familie en vriendin, van wie ik tijdens mijn afstuderen veel steun heb gehad. Jullie zijn echt heel belangrijk voor mij.

Was getekend,

Edwin Schol

Enschede, 6 oktober 2008

## Management summary

In the world of construction currently there is an increase in the use of the so-called Design&Construct-contract (D&C-contract) by the government, local government, government-agencies and (other) public organizations. The implementation of D&C-contracts, however, meets with several problems. Perhaps one of the most important and certainly one of the most interesting problems is that the principal (the owner) is uncertain about the contractor's behavior after the contract has been signed. This paper focuses on this problem. In case of a D&C-contract the public principal remains responsible for directing the behavior of the contractor so as to insure the best price/quality-ratio. In practice the principal uses (an assortment of) bonuses and/or maluses (a malus being a negative bonus) to direct the contractor's behavior. The ways in which the so-called bonus/malus-principle can and cannot be applied to (help) direct and perhaps control the contractor's behavior is deserving of further attention. This paper therefore focuses more specifically on the following question:

*To what degree and in what way can the bonus/malus-principle contribute to the solution of the problem of the principal's uncertainty regarding the behavior of the contractor in D&C-projects?*

In this paper the bonus/malus-principle is taken to be a mechanism used by the principal in order to direct (and possibly to control) the contractor's behavior. To apply the bonus/malus-principle is to (try to) link desirable behavior, i.e. desirable from the principal's point of view, to bonuses (financial (extra) rewards) to be earned by the contractor, and/or to link undesirable behavior to maluses (fines and penalties). The possibilities of using bonuses and maluses in a D&C-contract have been explored by studying the literature published on the subject, by studying (statute) law which has a bearing on these issues, as well as by making use of information gathered by the author in a series of interviews with sixteen experts in the use of (bonuses and maluses in) D&C-contracts.

This research shows that the actual problem of the principal consists of the fact that the clear *separation* of responsibilities – which is characteristic for D&C, in which the contractor holds most responsibilities – gives rise to uncertainty about possible future negative opportunistic behavior of the contractor. However, actual interference by the principal with the contractor's performance blurs the clear separation of responsibilities, and with this causes a loss of surplus value, and causes increasing monitoring costs. But then again: the principal is himself forced to monitor the contractor by law. The principal therefore finds himself trapped between two evils: one is a loss of surplus value caused by blurring separation of responsibilities and increasing monitoring costs, the other is uncertainty about the behavior of the contractor (and possibly being held accountable for not having monitored the contractor as required).

Combining two organizational theories it is shown that the main cause of the principal's problem is that the contractor is set to optimize (the benefits to) his own organization. The (partial) presence of conflicting interests and information-asymmetry causes the risk of negative opportunistic behavior. This behavior is reinforced by the better position of the contractor in negotiations after the contract has been signed. According to both theories the bonus/malus-principle provides a possible solution. Incentives introduced by the principal, i.e. applying the bonus/malus-principle, may make for a reduction of the principal's (active and passive) monitoring costs. However, due to the very rationale of the D&C-contract, but also because of limited rationality and increasing contract and monitoring costs (by raising the number of benchmarks), the D&C-contract can only hold a limited number of incentives.

A bonus in the contract challenges the contractor to set his goals on or (mostly) beyond the principal's demand(s). It is in fact a formalized wish. Two categories of bonuses can be distinguished, of which one can be separated into two subcategories. The two categories are (1) the bonus that is linked to a specific requirement and (2) the bonus that is not linked to a specific requirement. This first category can again be divided into (1a) a bonus set beyond the specific requirement and (1b) a bonus set on the specific requirement. The different types of bonuses can be linked to process indicators as well as to

product indicators. There are no legal characteristics worth mentioning that can influence the directing of the process and/or product. The bonus has also shown to originally have a positive effect on the relation of trust. However, (passive) monitoring remains necessary.

A malus in the contract withholds the contractor from failing to meet the principal's demand. The malus encourages the contractor to achieve the goal set and meet the contractual requirement, but nothing more. Based on legal differences two categories of maluses have been distinguished: (1) the malus as a fine, and (2) the malus as a (legal) penalty. In the full text it has been found useful to distinguish four subcategories of (1) and two subcategories of (2). The subcategories of (1) exist of: (1a) the fine on undesirable behavior, (1b) the fine with room of choice for the contractor, (1c) the fine as excess value settlement and (1d) the fine as warranty. The subcategories of (2) exist of: (2a) the penalty to fixate damage and (2b) the penalty to encourage and oblige the contractor.

The different types of maluses can be linked to process indicators as well as product indicators. However, the (legal) characteristics of the categories influence the way they can be linked to process- and/or product requirements. The principal has to take into account the possible (legal) consequences of the (legal) characteristics of the categories of maluses when making use of the different types of maluses in the D&C-contract. It is also shown that the malus in general does not have a positive effect on the relationship of trust between principal and contractor. Thus, the contractor may in effect be stimulated to behave in a negative opportunistic way. Effective (passive) monitoring remains necessary. The principal can stimulate fulfillment by using the malus as a threat. However, the principal has to be careful when considering to do so: unintended (side-) effects can occur.

The research explores, categorizes and qualifies the possible uses of the bonus/malus-principle to direct the behavior of the contractor. The principal can make use of this overview, these categories and qualifications, in order to help direct the behavior of the contractor in the most responsible manner. However, this research does not cover each and every aspect of this faceted phenomenon and all the intricacies one may come across in actual practice. For those interested in possible application of the bonus/malus-principle further research may perhaps be suggested into the factors that can influence the theoretical functioning of the bonus/malus-principle in practice, more specifically into (a) economic aspects (such as the budget of the principal and market developments, but also the possibility of the contractor to take up insurance against maluses), (b) social/psychological aspects, and (c) the effects on the applicability of the bonus/malus-principle of (special) characteristics of processes and/or products.

## Samenvatting

De bouwwereld is momenteel volop in ontwikkeling. Innovatieve aanbestedings- en contractvormen doen hun intrede en worden vanuit politiek-bestuurlijke hoek gestimuleerd. Wanneer men kijkt naar projecten in de Grond, Weg en Waterbouw (GWW) op het niveau van de decentrale overheid dan is daarbinnen een toename in het gebruik van het zogeheten Design&Construct-contract (D&C-contract) zichtbaar. Toch zijn de decentrale overheden nog terughoudend met de toepassing van het D&C-contract. De invoering van deze innovatieve contractvorm gaat ook gepaard met verschillende problemen. Dit onderzoek gaat in op één van deze problemen: de opdrachtgever ervaart onzekerheid over het gedrag van de opdrachtnemer na ondertekening van het contract. De decentrale publieke opdrachtgever heeft de (publieke) verantwoordelijkheid om het gedrag van de opdrachtnemer op effectieve en efficiënte wijze te sturen zodat de beste prijs/kwaliteit-verhouding wordt gerealiseerd.

Uit ander onderzoek is gebleken dat de decentrale publieke opdrachtgever in praktijk bij een traditionele uitbesteding veelal gewoon is om een intensieve controle uit te voeren om zo meer zekerheid te verkrijgen over de prestaties van de opdrachtnemer. Hiermee haalt de opdrachtgever echter meer verantwoordelijkheid naar zich toe en de controlekosten lopen op. Intensieve controle leidt tot verlies van de meerwaarde van het uitbesteden. Een dergelijk probleem kan zich ook voordoen bij D&C en daarom is hier een ander sturingsmechanisme nader onderzocht, namelijk: het bonus/malus-principe. In praktijk maakt de opdrachtgever bij D&C ook al wel gebruik van het principe, maar bij de toepassing ervan kan de opdrachtgever zich dikwijls alleen beroepen op beperkte ervaring. Aanvulling van kennis is wenselijk.

Dit onderzoek draagt bij aan kennisontwikkeling op het gebied van de sturingsmogelijkheden van het bonus/malus-principe in een D&C-contract. De centrale onderzoeksvraag luidt als volgt:

*In hoeverre en op welke wijze kan het bonus/malus-principe bijdragen aan de oplossing van het probleem van onzekerheid van de opdrachtgever over het gedrag van de opdrachtnemer bij D&C-projecten?*

Het onderzoek is diagnostisch van aard. Zowel de oorzaken van het onderhavige probleem van onzekerheid als later ook de mogelijke oplossing in de vorm van het bonus/malus-principe zijn nader bezien. Gekozen is daarbij voor een overwegend economische en juridische invalshoek. Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden is niet alleen theorie bestudeerd, maar is ook onderzoek gedaan in de praktijk. Hiervoor zijn een zestiental interviews gehouden met ervaringsdeskundigen. Een combinatie van de resultaten van het theoretische onderzoek en de interviews in de praktijk heeft geleid tot de ontwikkeling van een model dat de oorzaken van het probleem van onzekerheid en het instrumentarium van het bonus/malus-principe weergeeft. Het onderzoek is daarom tevens theorievormend van aard.

Uit het onderzoek volgt dat het probleem van de opdrachtgever wordt gevormd door het feit dat de voor D&C kenmerkende heldere scheiding van verantwoordelijkheden, waarbij veel verantwoordelijkheid bij de opdrachtnemer wordt gelegd, onzekerheid met zich mee brengt over mogelijk negatief opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer. Bemoeienis van de opdrachtgever leidt echter tot een vertroebeling van de heldere scheiding van verantwoordelijkheden, en daarmee tot verlies aan meerwaarde, en oplopende controlekosten. Het feit dat het leeuwendeel van het contract een resultaatsverbintenis betreft biedt hierbij geen soelaas. De opdrachtgever wordt via artikel 7: 758 lid 3 BW zelfs tot controle gedwongen, doordat de opdrachtnemer niet aansprakelijk is voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

In de interviews is bevestigd dat in praktijk onzekerheid bestaat over het (negatief opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer bij D&C. Deze onzekerheid wordt versterkt door de dikwijls traditionele insteek van opdrachtnemers, de maatschappelijke eindverantwoordelijkheid van de opdrachtgever en de onwenselijkheid van (imago)schade en juridische procedures. Ook blijkt de opdrachtgever, gevoed door zijn traditionele rolpatroon, dikwijls een intensieve controle uit te voeren. De opdrachtgever

bevindt zich in praktijk dus tussen twee vuren: verlies aan meerwaarde door vertroebeling van de heldere scheiding van verantwoordelijkheden en oplopende controlekosten enerzijds en onzekerheid over het gedrag van de opdrachtnemer anderzijds.

Uit een tweetal economische organisatie-theorieën (de principaal-agenttheorie en de transactiekostentheorie) volgt dat de belangrijkste oorzaak van het probleem van de opdrachtgever is dat de opdrachtnemer is gericht op de optimalisatie van de eigen onderneming. Doordat er (deels) sprake is van belangentegenstelling en de inspanning van de opdrachtnemer door informatie-asymmetrie niet altijd zichtbaar is voor de opdrachtgever, ontstaat het gevaar van negatief opportunistisch gedrag. Ook kan de opdrachtnemer misbruik maken van zijn betere onderhandelingspositie na ondertekening van het contract. Het bonus/malus-principe komt uit beide theorieën als mogelijke oplossing naar voren. Het principe wordt geacht het gedrag van de opdrachtnemer in wenselijke richting te kunnen sturen doordat het in het vooruitzicht stellen van een beloning c.q. straf er voor zorgt dat het belang van de opdrachtgever het belang van de opdrachtnemer wordt. Door toepassing van het bonus/malus-principe kan de opdrachtgever ook zijn controle minderen, doordat het principe de zelfwerkzaamheid van de opdrachtnemer stimuleert en hem ook prikkels geeft voor diens eigen controle.

Het bonus/malus-principe blijkt in praktijk een middel om van de onwenselijke situatie (met negatief opportunistisch gedrag) naar de wenselijke situatie (zonder opportunistisch gedrag) te geraken. De opdrachtgever kan in het D&C-contract door middel van bindende afspraken aangeven wat wenselijk is. De opdrachtgever kan de minimale kwaliteit aangeven door proces- en producteisen op te nemen en het behalen van deze (of meer) kwaliteit wordt door de prestatieprikkels die uitgaan van het bonus/malus-principe gestimuleerd. Gezien de ratio van het D&C-contract, maar ook gelet op beperkte rationaliteit en oplopende contract- en controlekosten, kan er in praktijk echter maar een beperkt aantal prestatieprikkels in het D&C-contract worden opgenomen. Deze prestatieprikkels vormen als het ware de grenzen van het D&C-contract. De prestatieprikkels dienen in het contract te worden opgenomen als meetbare, verifieerbare en realiseerbare indicatoren. Deze indicatoren kunnen zowel zien op sturing ten aanzien van het proces als van het product. Bij de sturing door middel van de bonus en/of de malus dient de opdrachtgever rekening te houden met de gevolgen voor de (vertrouwens)relatie met de opdrachtnemer.

Bij het opnemen van een bonus in het contract wordt de opdrachtnemer gestimuleerd om zijn doel op de door de opdrachtgever gestelde eis(en) te stellen of (meestal) zelfs hier voorbij. Het is in feite een geformaliseerde wens, waarbij de opdrachtnemer door de (extra) beloning gestimuleerd wordt om zijn doel in wenselijke richting te verschuiven. Er zijn twee soorten bonussen te onderscheiden. De eerste soort bonus is een bonus gekoppeld aan een indicator met eis. Deze soort kan worden opgedeeld in twee subsoorten: de bonus gesteld voorbij de eis en de bonus gesteld op de eis. De tweede soort bonus betreft een bonus gekoppeld aan een indicator zonder eis. De verschillende soorten bonussen kunnen zowel aan proces- als productindicatoren worden gekoppeld. Er zijn geen noemenswaardige juridische kenmerken die van invloed zijn op de sturing ten aanzien van het proces en/of product. Geconstateerd is ook dat de bonus in beginsel positief is voor de relatie. Wel blijft de mogelijkheid bestaan dat de opdrachtnemer zich negatief opportunistisch gedraagt. Een effectieve (passieve) controle blijft noodzakelijk.

Door een malus in het contract wordt terugval onder de door de opdrachtgever gestelde eis onaantrekkelijk gemaakt en de malus zorgt er daarmee voor dat de opdrachtnemer zich richt op de gestelde eis, maar niet méér dan dat. Bij een juist opgenomen malus zal de opdrachtnemer zich slechts inspannen om deze kostenpost te voorkomen. Nog meer inspanning kost hem echter alleen maar geld en levert niets op. Er zijn twee soorten malussen te onderscheiden. De eerste soort is een malus, die niet valt onder de boeteregeling van artikel 6:91 BW, ofwel de malus als malus. Deze malus is onder te verdelen in een viertal subsoorten: de malus die gesteld is op onwenselijk gedrag, de malus met speling voor de opdrachtnemer, de malus als overwaarderegeling en de malus als borg. De tweede soort is een malus die wel valt onder de boeteregeling van artikel 6:91 BW, ofwel de malus als boete. Verschil met de malus als malus is verder dat de malus als boete kan worden gematigd. Ook komt de

boete in plaats van de vereiste prestatie en in beginsel ook in plaats van zowel aanvullende als vervangende schadevergoeding. De malus als boete is nog onder te verdelen in een tweetal subsoorten: de malus als boete ter vergoeding van de schade en de malus als boete ter aansporing.

De soorten malussen kunnen zowel aan proces- als aan productindicatoren worden gekoppeld. De (juridische) kenmerken van de verschillende soorten hebben echter invloed op de wijze waarop zij aan proces- en of producteisen kunnen worden gekoppeld. Gezien de kenmerken van de malus als boete kan deze gekoppeld worden aan een indicator die betrekking heeft op een doorlopend proces, op een zich herhalend proces, of op het product. De opdrachtgever dient bij het opnemen van de soorten malussen in het D&C-contract rekening te houden met de mogelijke (juridische) gevolgen die voortkomen uit de (juridische) kenmerken van de soorten malussen. Geconstateerd is verder dat de malus in het algemeen in beginsel niet positief is voor de relatie. De opdrachtnemer kan daardoor gestimuleerd worden in zijn negatieve opportunistische gedrag. Effectieve (passieve) controle blijft belangrijk. Het handhaven van de malus is daarbij een bevoegdheid en geen verplichting. De opdrachtgever kan ook via dreiging met de malus nakoming stimuleren. Dit is echter een vrijheid waarmee de opdrachtgever zeer voorzichtig dient om te springen.

Het onderzoek heeft de (on)mogelijkheden van het bonus/malus-principe om het gedrag van de opdrachtnemer te sturen in kaart gebracht. De opdrachtgever kan het overzicht van de toepassingmogelijkheden gebruiken om het gedrag van de opdrachtnemer op een zo verantwoord mogelijke manier te sturen. Het overzicht biedt zo een gereedschapskist om het D&C-contract mee te beveiligen.

Dit onderzoek geeft echter nog maar deels ordening aan de complexe praktijk. Aanbevolen wordt o.a. om nader onderzoek te doen naar:

- de voor- en nadelen van de mogelijkheid van schadevergoeding bij toepassing van de malus;
- factoren die in praktijk de theoretische werking van het bonus/malus-principe kunnen beïnvloeden, zoals:
  - economische aspecten (onder meer budget van de opdrachtgever en conjunctuur, maar ook de mogelijkheid van de opdrachtnemer om zich tegen malussen te verzekeren);
  - sociaal/psychologische aspecten;
  - kenmerken van processen en/of producten.
- eventuele nieuwe ontwikkelingen in het positief recht, indien het gebruik van D&C-contracten en van het bonus/malus-principe in praktijk voortduurt;
- andere sturingsmechanismen in het kader van een D&C-contract.



## Inhoud

<b>Colofon .....</b>	<b>2</b>
<b>Voorwoord.....</b>	<b>2</b>
<b>Management summary .....</b>	<b>2</b>
<b>Samenvatting.....</b>	<b>2</b>
<b>1 Inleiding.....</b>	<b>2</b>
1.1 Achtergrond en aanleiding.....	2
1.2 Probleemstelling, Doelstelling en Deelvragen.....	2
1.3 Onderzoeksmethode .....	2
1.4 Leeswijzer.....	2
<b>2 Probleem opdrachtgever .....</b>	<b>2</b>
2.1 Inleiding.....	2
2.2 Kenmerken D&C-contract.....	2
2.3 Meerwaarde D&C .....	2
2.4 Verschuiving naar D&C .....	2
2.5 Onzekerheid opdrachtgever in theorie.....	2
2.6 Onzekerheid opdrachtgever in praktijk .....	2
2.7 Bonus/malus-principe als oplossing? .....	2
2.8 Resumé .....	2
<b>3 Theoretische oorzaken en oplossingen.....</b>	<b>2</b>
3.1 Inleiding.....	2
3.2 Oorzaken.....	2
3.2.1 Moral Hazard .....	2
3.2.2 Fundamentele transformatie .....	2
3.3 Oplossingen .....	2
3.3.1 Incentive Alignment .....	2
3.3.2 Safeguards .....	2
3.4 Resumé .....	2
<b>4 Toepassingsmogelijkheden bonus/malus-principe in het D&amp;C-contract.....</b>	<b>2</b>
4.1 Inleiding.....	2
4.2 Verschillende invalshoeken .....	2
4.3 Het bonus/malus-principe in het D&C-contract.....	2
4.3.1 Wenselijk gedrag.....	2
4.3.2 Sturing op grenzen .....	2
4.3.3 Indicatoren: waarneembaar, meetbaar, verifieerbaar en realiseerbaar .....	2
4.3.4 Sturen op eisen en wensen? .....	2
4.3.5 Sturen op proces, product en relatie.....	2
4.4 Soorten bonussen .....	2
4.4.1 Werking .....	2
4.4.2 Bonus gekoppeld aan indicator met eis .....	2
4.4.3 Bonus gekoppeld aan indicator zonder eis .....	2
4.4.4 Proces en/of product.....	2
4.4.5 Relatie.....	2

4.5	Soorten malussen .....	2
4.5.1	Werking .....	2
4.5.2	Malus, boete en korting .....	2
4.5.3	Malus als malus.....	2
4.5.4	Malus als boete en/ of schadevergoeding .....	2
4.5.5	Proces en/of product.....	2
4.5.6	Relatie.....	2
4.6	Werking in de praktijk.....	2
<b>5</b>	<b>Conclusies en aanbevelingen .....</b>	<b>2</b>
5.1	Korte samenvatting.....	2
5.2	Conclusies .....	2
5.3	Aanbevelingen .....	2
	<b>Literatuur.....</b>	<b>2</b>
	<b>Bijlagen.....</b>	<b>2</b>
	Bijlage I: Soorten onzekerheid .....	2
	Bijlage II: Een simpel contract schema .....	2
	Bijlage III: Beperkingen aan het D&C-contract .....	2
	Bijlage IV: D&C in de praktijk.....	2
	Bijlage V: Nieuwe werkwijze.....	2
	Bijlage VI: Contractenonderzoek.....	2
	Bijlage VII: Respondenten interviews .....	2
	Bijlage VIII: Vragenlijsten interviews .....	2

## 1 Inleiding

### 1.1 Achtergrond en aanleiding

Wanneer men kijkt naar overheidsprojecten in de Grond-, Weg- en Waterbouw (GWW) dan is binnen deze sector een toename zichtbaar in het gebruik van geïntegreerde contractvormen.<sup>1</sup> Het zogeheten Design&Construct-contract (D&C-contract), waarbij zowel het ontwerp als de uitvoering in één contract wordt uitbesteed, wordt binnen de overheid steeds vaker toegepast.

De ontwikkeling op het gebied van contractvorming binnen de landelijk opererende publieke opdrachtgevers gaat zelfs zo ver, dat gezegd kan worden dat zij de geïntegreerde benadering reeds als norm hebben gesteld (Dorée & Boes, 2006, p. 8). Rijkswaterstaat werkt daarbij volgens het zogeheten ‘markt tenzij’-principe (RWS, 2006, p. 59). Opdrachten worden in beginsel zo veel mogelijk overgelaten aan de markt, tenzij het meer voordeel oplevert om (delen van) de opdracht zelf uit te voeren. Uit onderzoek van Dorée en Boes (2006, p. 8) is gebleken dat de decentrale overheden (Provincies, Gemeenten en Waterschappen) daarentegen nog erg terughoudend zijn met de toepassing van geïntegreerde contractvormen als D&C. Men kiest eerder voor traditioneel uitbesteden met scheiding tussen ontwerp en uitvoering en men voert vaak nog zelf (een deel van) het ontwerp uit. Het gebruik van D&C staat hier nog in de kinderschoenen.<sup>2</sup>

Een breed scala aan organisaties (denk hierbij aan de RegieRaad Bouw, PSIBouw, Universiteiten, Ingenieursbureaus en ook opdrachtnemende organisaties) is momenteel bezig om ook voor de decentrale overheden de weg te openen naar de geïntegreerde benadering. Deze weg kent nog de nodige problemen. Dit onderzoek gaat in op één van de problemen die voor de decentrale publieke opdrachtgever ontstaan na ondertekening van het D&C-contract, namelijk: onzekerheid ten aanzien van het gedrag van de opdrachtnemer.<sup>3</sup> Deze onzekerheid is in beginsel groter dan in de traditionele situatie (waar dit ook voorkomt) aangezien het eindresultaat van het project bij D&C in grotere mate door het gedrag van de opdrachtnemer wordt bepaald.<sup>4</sup> Naast de uitvoering wordt immers ook het ontwerp overgelaten aan de opdrachtnemer.

Hetzelfde probleem doet zich overigens voor bij de landelijke opererende overheden. Maar gekozen is voor een toespitsing op de decentrale overheden. Hier is voor gekozen omdat de D&C-projecten bij deze opdrachtgevers eerder onder de grens van Europese aanbesteding blijven en daardoor alleen het nationale recht bezien hoeft te worden. Tevens hebben de decentrale overheden, doordat vanuit politiek-bestuurlijke hoek ook het ‘in de openbaarheid’ aanbesteden wordt gestimuleerd in plaats van het traditionele onderhandse aanbesteden, steeds meer te maken met onbekende opdrachtnemers en

---

<sup>1</sup> De bouwnijverheid is op basis van bestaande verschillen in te delen in twee sectoren, te weten: de Burgerlijke- en Utiliteitsbouw (B&U) en de Grond-, Weg- en Waterbouw (GWW). Voor dit onderzoek is gekozen om een toespitsing te maken op D&C projecten in de GWW-sector. De decentrale publieke opdrachtgevers “zijn veruit de belangrijkste opdrachtgevers in deze sector van de bouw.” (Boes & Dorée, 2007, p. 2) Het gaat hier dan om de aanbesteding van discrete (eenmalige en bescheiden) projecten die betrekking hebben op zogeheten (quasi-)collectieve goederen, zoals (tol-)wegen, dijken of bruggen (Heldeweg, 2006, p. 384).

<sup>2</sup> In interviews met een viertal ervaringsdeskundigen met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant is door alle respondenten bevestigd dat er in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van D&C door decentrale overheden. Deze ontwikkeling bevindt zich echter nog wel in een pionierfase (zie bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII, Vragenlijst 1, Algemene vragen 2).

<sup>3</sup> Dorée (1996, p. 170) geeft aan dat onzekerheid betreffende het gedrag van de opdrachtnemer een van de onzekerheden is bij het uitbesteden van een opdracht (zie ook bijlage I).

<sup>4</sup> Uit interviews met een viertal ervaringsdeskundigen met ervaring aan zowel de opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant aan wie gevraagd is of er bij D&C inderdaad een dergelijke vergrote onzekerheid ontstaat, kon worden opgemaakt dat deze onzekerheid in beide gevallen bestaat en dat D&C in beginsel meer reden tot onzekerheid kan geven. Maar, ook werd opgemerkt dat deze onzekerheid in praktijk niet per definitie groter hoeft te zijn dan in de traditionele situatie, aangezien de mate van onzekerheid ook sterk afhangt van de geselecteerde opdrachtnemende partij (zie bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII, Vragenlijst 1, Vragen over probleemstelling 2).

daardoor met een grotere onzekerheid ten aanzien van het gedrag van deze opdrachtnemers. De landelijke overheid heeft, ongeacht de aanbestedingsvorm, minder te maken met dit probleem daar er vaak sprake is van grote opdrachten die slechts door een beperkt aantal bekende opdrachtnemers kunnen worden uitgevoerd.

De decentrale publieke opdrachtgever heeft de (publieke) verantwoordelijkheid om het gedrag van de opdrachtnemer op effectieve en efficiënte wijze te sturen. “In het geval van de overheid als inkoper namens de samenleving staat voorop dat verantwoording kan worden afgelegd dat de beste prijs/kwaliteitsverhouding wordt gerealiseerd (best value for taxpayers money).” (EZ, 2003, p. 8)

Uit het onderzoek van Dorée en Boes (2006, p. 7) komt onder anderen naar voren dat decentrale publieke opdrachtgevers bij de traditionele wijze van uitbesteden aan ingenieursbureaus, dikwijls gewoon zijn een intensieve begeleiding en controle uit te oefenen.<sup>5</sup> Door het (intensief) uitoefenen van controle haalt de opdrachtgever verantwoordelijkheid naar zich toe, waarbij ook de kosten voor controle voor zijn rekening komen. Het probleem dat hierbij ontstaat, wordt geïllustreerd aan de hand van onderstaande beschrijving van een van de uitkomsten van het onderzoek van Dorée en Boes:

“Opdrachtnemers blijken te kunnen volstaan met c.q. kiezen voor beperkte inzet en kunnen sterk leunen op opdrachtgevers voor de uitvoering van een opdracht. Ofschoon het contract de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van een product bij de opdrachtnemer zou moeten leggen, zijn de ervaringen anders. De scheiding van verantwoordelijkheden vanuit de transactie verdwijnt [deels] in de praktijk. Het is de vraag of de kosten gemoeid met het begeleiden en controleren van externe ingenieursbureaus wel opwegen tegen de meerwaarde van uitbesteden. Op grond van de (kwalitatieve) uitkomsten is onderzoek naar efficiëntere controle- en sturingsmogelijkheden gewenst.”<sup>6</sup>  
(Dorée & Boes, 2006, p. 15)

Indien de decentrale publieke opdrachtgever kiest voor het toepassen van D&C kan het gevaar ontstaan dat hij hierbij, om zekerheid over de prestaties van de opdrachtnemer te verkrijgen, te veel controle uitoefent op het project. Dit gedrag van de opdrachtgever doet daardoor afbreuk aan de meerwaarde van het geïntegreerd uitbesteden.

Eén van de mogelijkheden tot het sturen van het gedrag van de opdrachtnemer, op andere wijze dan via een (intensieve) controle, is het toepassen van het zogeheten *bonus/malus-principe*. Hierbij wordt wenselijk gedrag beloond en onwenselijk gedrag bestraft. Daar de opdrachtnemende organisaties zich kenmerken door een streven naar winst, kan gesteld worden dat het bonus/malus-principe, dat geldbedragen koppelt aan (toekomstig) gedrag, in beginsel een sturingsmogelijkheid voor de opdrachtgever inhoudt.

Het bonus/malus-principe wordt hiertoe in de praktijk al wel door opdrachtgevers toegepast. De verschillende mogelijkheden die het principe biedt, zijn echter nog niet in kaart gebracht. Uit onderzoek van een tiental verschillende D&C-contracten en interviews bij een zestiental ervaringsdeskundigen, is gebleken dat opdrachtgevers het principe op onderling verschillende en weinig systematische wijze toepassen. Men werkt hierbij voornamelijk op basis van hun (in dit geval beperkte) ervaring.<sup>7</sup> Aanvulling van kennis op dit gebied werd door de ervaringsdeskundigen (zeer) wenselijk geacht.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> De decentrale publieke opdrachtgever wordt in het vervolg aangeduid als ‘opdrachtgever’.

<sup>6</sup> “Sturing verwijst naar de mate waarin de opdrachtgever doelgericht het bouwproces kan beïnvloeden.” (Dorée, 1996, p. 116)

<sup>7</sup> Zie bijlagen VII en VIII voor respectievelijk de verschillende respondenten en de vragenlijsten van de interviews.

<sup>8</sup> Opgemerkt dient te worden dat een tweetal van de ervaringsdeskundigen überhaupt niets zag in het toepassen van het bonus/malus-principe of dit slechts in zeer uitzonderlijke gevallen bruikbaar vond. Doch, ook zij waren wel geïnteresseerd in een totaaloverzicht van de mogelijkheden van het principe.

## 1.2 Probleemstelling, Doelstelling en Deelvragen

De probleemstelling voor dit onderzoek, de centrale vraag, luidt als volgt:

*In hoeverre en op welke wijze kan het bonus/malus-principe bijdragen aan de oplossing van het probleem van onzekerheid van de opdrachtgever over het gedrag van de opdrachtnemer bij D&C-projecten?*

Het onderzoek geeft met betrekking tot het bonus/malus-principe:

- inzicht in de systematische sturing op de korte termijn van het actuele project;
- een beeld van de huidige werking in de praktijk;
- mogelijke nieuwe ontwikkelings-/onderzoeksrichtingen aan;
- discussiestof over de vragen of er bij D&C in toenemende mate via dit principe moet worden gestuurd en of en zo ja wanneer D&C tot meerwaarde kan leiden;
- mogelijkheden voor de beveiliging van andersoortige contracten;
- een advies ten aanzien van het beveiligen van het contract door middel van dit principe;
- een uitnodiging tot nader onderzoek naar beveiliging van contracten in het algemeen.

In theorie en praktijk gaat het uiteindelijk om het vinden van een zo optimaal mogelijke oplossing voor de opdrachtgever om zijn onzekerheid te reduceren. Dit met een minimale controle en zonder hierbij te veel verantwoordelijkheden over te nemen van de opdrachtnemer. Om deze oplossing, die in praktijk steeds een andere vorm aan zal nemen, in praktijk te kunnen benaderen, is inzicht nodig in de dieper liggende oorzaken van het probleem van de opdrachtgever en de wijze waarop de verschillende oplossingen in theorie en praktijk met elkaar samenhangen. Dit onderzoek levert een bijdrage aan dit inzicht.

Om de probleemstelling te kunnen beantwoorden zijn de volgende deelvragen gesteld:

1. Wat zijn de oorzaken voor het probleem van onzekerheid van de opdrachtgever bij een D&C-contract?
2. Welke sturingsmogelijkheden biedt het bonus/malus-principe voor het D&C-contract?
3. Welke soorten bonussen en malussen zijn te onderscheiden?

## 1.3 Onderzoeksmethode

Het onderzoek is diagnostisch van aard (Verschuren & Doorewaard, 2000, p. 53). Diagnostisch onderzoek houdt in dat een bepaald disfunctioneren, in dit geval het (gevaar van het) disfunctioneren van het sturen van de opdrachtnemer bij D&C, wordt onderzocht. Zowel de oorzaken van het probleem als later ook de oplossing hiervan worden bij een dergelijk onderzoek nader bezien. Hierbij kan vaak voor verschillende invalshoeken worden gekozen. In deze is gekozen is voor een diagnostisch onderzoek met zowel een economische als juridische invalshoek. Voor de uitwerking van de economische invalshoek is gebruik gemaakt van een tweetal (organisatie)theorieën, te weten: de principaal-agenttheorie en de transactiekostentheorie. Voor de uitwerking van de juridische invalshoek is gebruik gemaakt van relevant positief recht. Om de onderzoeksvragen te beantwoorden is niet alleen theoretisch, maar ook praktisch onderzoek gedaan. Via een combinatie van de resultaten van beiden is toegewerkt naar een systematische weergave van de werkelijkheid. Het onderzoek ziet op de ontwikkeling van een model dat, in dit geval, de oorzaken van de onzekerheid en uiteindelijk het instrumentarium van het bonus/malus-principe weergeeft. Het onderzoek is daarom tevens theorievormend van aard (Verschuren & Doorewaard, 2000, p. 53). De verschillende instrumenten die het principe biedt voor de toepassing in het D&C-contract zijn tezamen met hun praktische en juridische kenmerken in kaart gebracht.

Het beantwoorden van de onderzoeksvragen is als volgt aangepakt (zie ook Figuur 1):

Voor de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag is het onderzoek aangevangen met een bureauonderzoek naar de problematiek van de opdrachtgever. Hiervoor is zowel literatuur als positief recht onderzocht. Via dit onderzoek is in kaart gebracht welke oorzaken ten grondslag liggen aan het probleem van onzekerheid van de opdrachtgever. Ook is vooruitlopend op de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag onderzocht of het bonus/malus-principe in de (organisatie)theorie als oplossingsmogelijkheid voor het probleem van onzekerheid naar voren komt.

Het theoretische onderzoek is vervolgens aangevuld met kwalitatief onderzoek door middel van een zestal interviews. In deze interviews is de theorie ten aanzien van het probleem van de opdrachtgever getoetst en, waar nodig, aangevuld. De interviews zijn gehouden met ervaringsdeskundigen die zowel kennis en ervaring hadden vanuit de situatie aan de kant van de opdrachtgever als aan de kant van de opdrachtnemer. Zowel ervaringsdeskundigen met een meer praktische achtergrond alsook met een meer juridische achtergrond zijn geïnterviewd (zie bijlage VII voor de (selectie van) de ervaringsdeskundigen). Hiervoor is gekozen om een zo objectief mogelijk beeld te krijgen van het probleem van de opdrachtgever. In de interviews werd het (veronderstelde) probleem bevestigd en is inzicht verkregen in de relevante aspecten van het probleem, bezien vanuit verschillende achtergronden. De interviews waren, naast een aanvulling op het gedane theoretische onderzoek, ook deels een voorbereiding op, en ter invulling van, het vervolg van het gehele onderzoek. Gekozen is voor interviews omdat door de open wijze van vraagstelling de verschillende ervaringen het best in beeld konden worden gebracht.

De eerste onderzoeksvraag is beantwoord via de uitwerking van de interviews in combinatie met het eerste theoretisch deel van het onderzoek. De uitwerking is te vinden in hoofdstuk 2 van de scriptie.

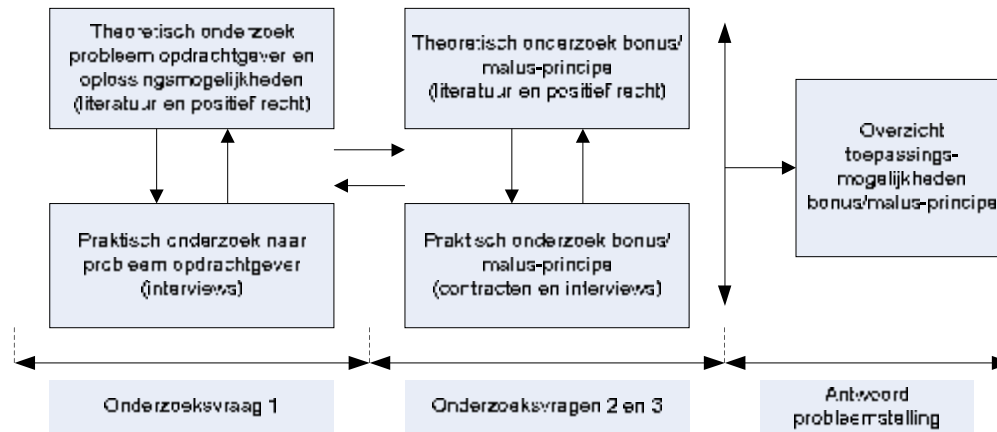
Voor het beantwoorden van de tweede en derde onderzoeksvraag is gestart met een bureauonderzoek naar de verschillende contractuele sturingsmogelijkheden van het bonus/malus-principe. Ook hiervoor is zowel literatuur als positief recht onderzocht, aangezien de sturingsmogelijkheden tevens juridisch mogelijk dienen te zijn. Dit theoretisch onderzoek is aangevuld met kwalitatief onderzoek naar de wijzen waarop het bonus/malus-principe momenteel in praktijk wordt toegepast. Hierbij zijn zowel een tiental contracten onderzocht alsook een tiental interviews uitgevoerd. Onderzocht zijn een selectie van recente D&C-contracten van decentrale overheden, maar ook contracten van opdrachtgevend organisaties die al meer ervaring hebben met D&C (zie bijlage VI voor het contractenonderzoek). Aangezien respondenten steeds geselecteerd zijn op basis van ervaring en hetzelfde probleem zich ook (en reeds langere tijd) op het niveau van de landelijke overheid voordoet, zijn interviews gehouden met landelijke opdrachtgevers.<sup>9</sup> Aangezien ook deze opdrachtgevers (en opdrachtnemers) zich dikwijls bij laten staan door adviseurs en wet- en regelgeving van belang blijft, zijn naast personen met een praktische achtergrond aan de kant van de opdrachtgever of opdrachtnemer ook personen benaderd met een adviserende en/of juridische achtergrond (zie bijlage VII voor de (selectie van) de ervaringsdeskundigen).

De tweede en derde onderzoeksvraag zijn beantwoord via de uitwerking van de interviews in combinatie met het tweede theoretisch deel van het onderzoek. Deze uitwerking heeft tevens deels tot nieuwe informatie ten aanzien van de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag geleid. De uitwerking van de tweede en derde onderzoeksvraag zijn respectievelijk te vinden in hoofdstuk 3 en 4 van de scriptie.

De antwoorden op de onderzoeksvragen leverden het beoogde overzicht van de contractuele toepassingsmogelijkheden die het bonus/malus-principe biedt.

---

<sup>9</sup> Hierbij is een aparte vragenlijst gemaakt voor respondenten bij Prorail daar deze zich als enige ('semi-')overheidsorganisatie reeds langere tijd in praktijk bezig houdt met (het nader onderzoeken van) het prikkelen van de opdrachtnemer via het contract.



Figuur 1: Onderzoeksmodel.

## 1.4 Leeswijzer

Dit hoofdstuk bevat een korte omschrijving van de achtergrond en de aanleiding van dit onderzoek. Ook worden in dit hoofdstuk de probleemstelling, de doelstelling, de deelvragen van het onderzoek en de gebruikte onderzoeksmethode beschreven en volgt tot slot deze leeswijzer. Het hierop volgende, tweede hoofdstuk met als titel “Probleem opdrachtgever” gaat in op de oorzaken van het onderhavige probleem. Waar het D&C-contract in theorie moet leiden tot een heldere scheiding van verantwoordelijkheden en een opdrachtgever die meer afstand houdt tot het project, blijkt dit in praktijk tot problemen te leiden. Een mogelijke oplossing lijkt te kunnen worden geboden door het bonus/malus-principe. In het derde hoofdstuk, genaamd: “Theoretische oorzaken en oplossingen”, worden de praktische oorzaken van het probleem van de opdrachtgever gevat in theorie en komt het bonus/malus-principe inderdaad als oplossing naar voren. Vervolgens worden in hoofdstuk 4 “Toepassingsmogelijkheden bonus/malus-principe in het D&C-contract” de mogelijkheden die dit principe biedt besproken voor toepassing in het D&C-contract. Hierin volgt ook een nadere bespreking van de verschillende invalshoeken van het onderzoek en worden bovendien de verschillende soorten bonussen en malussen beschreven die door de opdrachtgever in het D&C-contract kunnen worden opgenomen. Tot slot wordt de scriptie afgesloten met hoofdstuk vijf: “Conclusies en aanbevelingen”.

## 2 Probleem opdrachtgever

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt beschreven wat de (theoretische) kenmerken zijn van een D&C-contract. Vervolgens komen de beoogde voordelen van het D&C-contract aan bod die leiden tot meerwaarde voor het project en die reden zijn voor een verschuiving van de toepassing van het traditionele contract naar het D&C-contract. Hierop volgend is aandacht voor de nadelen van het D&C-contract, waarbij het probleem van onzekerheid van de opdrachtgever over het gedrag van de opdrachtnemer centraal staat. Er wordt daarbij dieper ingegaan op de (theoretische en praktische) oorzaken van het probleem van onzekerheid van de opdrachtgever. Tot slot wordt kort bezien of het bonus/malus-principe een oplossing zou kunnen bieden voor het probleem.

### 2.2 Kenmerken D&C-contract

Het D&C-contract houdt in dat een groot deel van de taken en verantwoordelijkheden (ofwel risico's en kansen) wordt overgedragen aan de opdrachtnemer.<sup>10</sup> De opdrachtnemer wordt verantwoordelijk voor zowel de verzorging van het ontwerp als de uitvoering en hij ontvangt hiervoor een lumpsum beloning van de opdrachtgever. De opdrachtnemer heeft op basis van het D&C-contract, juridisch gezien, een resultaatsverplichting ten aanzien van het ontwerp en de uitvoering van de opdracht.<sup>11</sup> Dit betekent dat de contractuele prestatieplicht gezien wordt als een verplichting voor de opdrachtnemer om ten aanzien van de combinatie van ontwerp en uitvoering tot een deugdelijk resultaat te komen.<sup>12</sup> Dit wil overigens niet zeggen dat op alle onderdelen van het contract een resultaatsverplichting rust. Bepaalde onderdelen kunnen als inspanningsverplichting in het contract worden opgenomen (Van den Berg e.a., 2007, p. 364). Te denken valt aan het tijdig verkrijgen van bepaalde vergunningen en het reduceren van nadelige gevolgen voor het project bij een archeologische vondst.<sup>13</sup>

Het D&C-contract schrijft niet tot in detail het te maken product voor, zoals bij een traditioneel contract (Bestek & Tekeningen) het geval is. Het contract bestaat uit (functionele) eisen en wensen die zowel op het proces als het product betrekking kunnen hebben. Zo kan geëist worden dat de

---

<sup>10</sup> De verdeling van de risico's is een belangrijk onderdeel van het contracteren. Een risico is te definiëren als: kans van optreden \* gevolg. Via juridische aansprakelijkheid (al dan niet via de rechtshandeling van het aangaan van een contract) worden risico's gekoppeld aan een van beide rechtspersonen. Hiernaast kunnen ook kansen worden onderscheiden. Een kans houdt een mogelijk positief gevolg in. Bij een D&C-contract wordt uitgegaan van een situatie waarin het efficiënter wordt geacht om veel risico's over te dragen aan de marktpartijen. Echter, dit dient niet verward te worden met het overdragen van *alle* risico's aan marktpartijen. Jansen (2001, p. 286) wijst op het feit dat dit zou "betekenen dat hij [de opdrachtnemer] ook moet instaan voor omstandigheden die hij eenvoudigweg niet kan beheersen." Deze omstandigheden zal de opdrachtnemer daarom vooraf meerekenen in zijn prijs. Het gevolg is dat de opdrachtgever vooraf altijd een hogere prijs zal betalen, terwijl het "nog maar de vraag is of de voor de aannemer [lees: opdrachtnemer] onbeheersbare omstandigheden zich ook daadwerkelijk zullen voordoen. Met het toedelen van de gevolgen van die onbeheersbare omstandigheden aan de D&C-aannemer [lees: opdrachtnemer], bereikt men dan [ook] niet dat deze meer geprikkeld zal worden tot contractconform presteren." Meer over de werkwijze met betrekking tot de verdeling van risico's en kansen in bijlage V.

<sup>11</sup> Volgt o.a. uit Van den Berg en Jansen (1996, p. 65 e.v. en p. 170 e.v.) en Van den Berg e.a. (2007, p. 363-364) en is in de interviews bevestigd door beide respondenten met juridische achtergrond in antwoord op vraag 2 van Vragenlijst 2 (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 5 en 6 bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>12</sup> Hierin zit een duidelijk verschil met de zogeheten inspanningsverplichting, waarbij de opdrachtnemer alleen geacht zou worden zich in voldoende mate in te spannen om resultaat te bereiken. De zogeheten 'knip van Goudsmit' waarbij gesteld wordt dat op de ontwerpfase een inspanningsverplichting en op de uitvoeringsfase een resultaatsverplichting rust, is dan ook niet meer van deze tijd. Efficiëntie kan ook beter worden bereikt indien het geheel als resultaatsverplichting wordt gezien. Hierin zit immers de meerwaarde van het geïntegreerd aanbesteden.

<sup>13</sup> Voorbeelden zijn afkomstig van één van de twee respondenten uit de interviews met een juridische achtergrond in antwoord op vraag 2 van Vragenlijst 2 (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 5 en 6 en bijlage VIII voor een lijst van de respondenten en de vragenlijst).



opdrachtnemer bij het aanleggen van een nieuwe tunnel in het weekend maximaal één wegdeel afsluit van een reeds bestaande weg c.q. gewenst worden dat de uiteindelijke tunnel zo veel mogelijk daglichtinval zal hebben. Het contract biedt ruimte voor de opdrachtnemer om invulling te geven aan de eisen en wensen van de opdrachtgever. Deze ‘vrije ruimte’ in het contract dient de opdrachtgever (vanuit theoretisch oogpunt) in te vullen via een proces van kwaliteitsstrategieën (zie paragraaf 2.3).

In plaats van een D&C-contract spreekt men ook wel van een geïntegreerde contract- c.q. organisatievorm. In theorie zijn er twee soorten geïntegreerde contractvormen te onderscheiden, te weten: het D&C-contract en het Turnkey-contract. In het geval van Turnkey wordt er puur op basis van een Programma Van Eisen (PvE) aanbesteed. Het PvE bestaat uit functionele eisen en wensen. Bij Turnkey treffen opdrachtgever en opdrachtnemer elkaar pas weer bij de oplevering van het project. Dit is anders bij D&C. Hier worden naast het PvE ook afspraken gemaakt over de invulling van het (controle)proces en daarmee over tussentijdse contactmomenten.

#### *D&C-contract*

In het D&C-contract zijn functionele eisen en wensen (PvE) en afspraken over tussentijdse controle c.q. contactmomenten opgenomen.

Dit onderzoek richt zich op het D&C-contract. Er wordt dus uitgegaan van de situatie waarin er wel sprake is van (minimaal) contact met de opdrachtnemer. Het contact vindt daarbij dan plaats in één of meer van te voren overeengekomen fasen, afhankelijk van de grootte en complexiteit van het project (en de kwaliteiten van de markt). Dit contact sluit ad hoc controles niet uit, maar fungeert als mijlpaal of zogeheten ‘bijwoonpunt’ (dit zijn handelingen die de opdrachtnemer niet zonder bijzijn van de opdrachtgever mag uitvoeren). In praktijk wordt wel gesproken van het feit dat de opdrachtgever directievoering houdt.

Voor zover de opdrachtgever zelf controleert kan dit zowel in passieve vorm of in actieve vorm. Bij de passieve controle neemt de opdrachtgever het gedrag van de opdrachtnemer waar en voert daarvoor waar nodig inspecties uit. Bij de actieve controle stuurt de opdrachtgever het gedrag van de opdrachtnemer aan door het geven van aanwijzingen. Tevens kan de opdrachtgever ervoor kiezen om de opdrachtnemer zichzelf te laten controleren. Diverse kwaliteitsborgingsystemen zijn hiervoor ontwikkeld. De opdrachtnemer controleert zelf zijn werkzaamheden en toont op basis van documenten aan dat hij aan de gestelde eisen in het contract voldoet (Overtoom, 2005, p. 22). De opdrachtgever heeft hierbij een toetsende en/of accepterende rol en kan het gedrag van de opdrachtnemer beïnvloeden via het al dan niet verlenen van zijn goedkeuring.

- Onder *passieve controle* wordt in deze scriptie verstaan: het uitvoeren van toetsingen c.q. inspecties.
- Onder *actieve controle* wordt in deze scriptie verstaan: het werken met goedkeuring c.q. het bijsturen van de opdrachtnemer.

### **2.3 Meerwaarde D&C**

Het toepassen van D&C wordt geacht tot meerwaarde te kunnen leiden voor het project. Als aangegeven is D&C een geïntegreerde organisatievorm die is vastgelegd in één contract. Kenmerkend voor deze organisatievorm is dat er sprake is van ‘single point responsibility’ voor zowel ontwerp als uitvoering (Dorée, 1996, p. 113). Deze single point responsibility is één van de belangrijkste redenen om voor D&C te kiezen. Dit kenmerk leidt immers tot “een heldere scheiding tussen de verantwoordelijkheden van de opdrachtgever enerzijds en de opdrachtnemer anderzijds.” (Dorée, 1996, p. 113). De opdrachtgever heeft niet met een aparte ontwerpende en uitvoerende partij te maken die verantwoordelijkheid op elkaar kunnen afschuiven. Andere voordelen van D&C die worden genoemd zijn o.a. synergie (verbeterde maakbaarheid en kostenbesparing door afstemming ontwerp en uitvoering), hogere gebruikswaarde, een op lifecyclekosten gerichte benadering en innovaties ten aanzien van product en proces. Ook biedt deze vorm een oplossing voor een van de hoofdproblemen

in de bouw: de fragmentatie (Dorée, 1996, p. 73-77 en p. 107-108). Het D&C-contract brengt de ontwerp- en de uitvoeringsactiviteiten binnen één organisatie. Er is derhalve sprake van een “bundeling van taken, verantwoordelijkheden, bevoegdheden en risico’s onder één contract, binnen één rechtspersoon (welke dientengevolge aanspreekbaar is voor het geheel van ontwerp, uitvoering en de integratie daarvan).” (Dorée, 1996, p. 110)

## 2.4 Verschuiving naar D&C

Gezien de beoogde voordelen wordt het D&C-contract binnen de huidige ontwikkelingen als nieuwe/innovatieve contractvorm aangedragen.<sup>14</sup> De verantwoordelijkheid wordt zoveel mogelijk bij de marktpartijen gelegd.<sup>15</sup> De opdrachtgever heeft veel minder contactmomenten met de opdrachtnemer dan in de traditionele situatie waarin de opdrachtgever dikwijls de regie voert.<sup>16</sup> Tevens is een deel van de verantwoordelijkheid voor de controle van het proces en het product naar de markt verschoven. Denk aan de besproken kwaliteitsborgingsystemen. De opdrachtnemer wordt hierbij geacht zichzelf te controleren en van de opdrachtgever wordt verwacht dat hij zijn controlerende rol mindert.<sup>17</sup>

Een ander verschil met de traditionele situatie bestaat uit het feit dat de opdrachtnemer niet langer voor zijn inspanningen wordt beloond op basis van hoeveelheden werk, waarbij de uiteindelijke prijs voor het project kan variëren door minder- en/of meerwerk, maar dat hij voor zijn werkzaamheden een vooraf gestelde lumpsum beloning krijgt. Dit ook met de gedachte dat men hiermee in praktijk af zou zijn van de vele meerwerkclaims.

De contractvorm waarbij de opdrachtgever na D&C het meest uit handen geeft, is, als aangegeven, de Turnkey-vorm. Deze contractvorm wordt ook wel het *Bahama-model* genoemd (Van den Berg & Jansen, 1996, p. 62). De opdrachtnemer gaat aan het werk met de opdracht en meldt zich (in het gunstige geval) pas weer op het moment dat de opdracht af is. De opdrachtgever kan in deze periode bij wijze van spreke met vakantie naar de Bahama’s. Dit is ten opzichte van de traditionele vorm, waarbij de opdrachtgever dikwijls de regie in handen heeft, een grote verandering. Figuur 2 laat deze verschuiving zien.

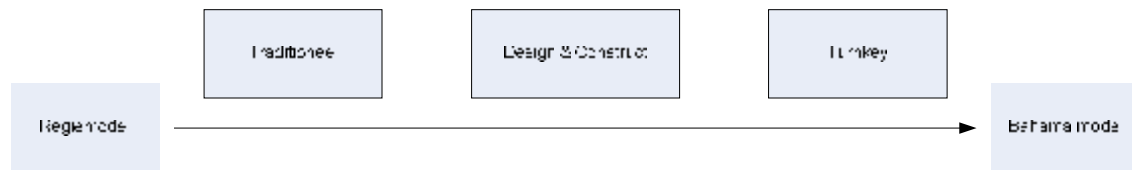
---

<sup>14</sup> Interessant is op te merken dat Dorée (1996, p. 111) een studie van Hughes (1992) aanhaalt, waarin aangegeven wordt dat D&C zelfs voorafgegaan is aan de traditionele vorm. Ook Sijperma en Buur (2005, p. 8) wijzen op dit feit: “In de Middeleeuwen werkte men bijvoorbeeld met bouwmeesters, die verantwoordelijk waren voor zowel ontwerp als uitvoering.”

<sup>15</sup> Deze ontwikkelingen zijn onderdeel van hetgeen wel de ‘hervorming’ van de bouwwereld wordt genoemd. Deze hervorming vindt haar oorsprong in de bouwfraudeaffaire die in november 2001 aan het licht kwam en de daaropvolgende conclusies en aanbevelingen van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid (PEB), die eind 2002 haar bevindingen presenteerde. Om de hervorming op gang te brengen is in februari 2004 door de ministers van EZ, VROM en V&W de Regieraad Bouw als aanjagende organisatie in het leven geroepen met als belangrijkste pijlers: innovatie, transparantie en de kwaliteit/prijs-verhouding binnen de sector (RegieRaad Bouw, 2007). Het stimuleren van het gebruik van innovatieve contractvormen, zoals D&C, behoort onder andere tot diens taken. Hoewel uiteraard meer organisaties bij deze ontwikkeling betrokken zijn, is de Regieraad Bouw op dit gebied initiatiefnemer (Bouwend Nederland, 2006, p. 1).

<sup>16</sup> De traditionele situatie wordt hier gezien als het bouwproces waarbij de opdrachtnemer op basis van Bestek & Tekeningen wordt betrokken (Dorée, 1996, p. 152).

<sup>17</sup> “De terugtrekkende overheid is een specifiek verschijnsel voor de civiele bouw in Nederland. De Nederlandse overheid dient in deze gedachte niet de taken te vervullen die private instanties efficiënter en mogelijk goedkoper kunnen vervullen. Privatisering van overheidsbedrijven en het uitbesteden van overheidswerkzaamheden was het logische gevolg van deze aanname. Nota *toekomstbeeld kwaliteit.org* voegde daarbij toe dat een gedeelte van de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit diende te worden gelegd bij de private organisaties.” (Overtoom, 2005, p. 9)



Figuur 2: Verschuiving van regiemodel naar Bahama-model.<sup>18</sup>

Opgemerkt dient te worden dat de contractvormen uit Figuur 2 in praktijk zowel qua naam als inhoud (gedeeltelijk) door elkaar lopen.<sup>19</sup> Zo kan een traditioneel contract in praktijk ook als Bahama-model worden uitbesteed, doordat de opdrachtgever besluit om geen regie te voeren en ook niet te controleren.<sup>20</sup> Indien de opdrachtgever hiertoe besluit kan het traditionele contract nu zelfs ook benoemd worden als Turnkey-contract, aangezien de definities hiervan niet vastliggen. Om deze reden is het regiemodel in de figuur gescheiden van het traditionele contract en het Bahama-model gescheiden van het Turnkey-contract.

Dit onderzoek richt zich op het D&C-contract en is daarmee gesitueerd aan de frontlinie van de ontwikkelingen, maar het begeeft zich niet op het terrein van het Bahama-model. De opdrachtgever houdt zich in deze naast het stellen van mijlpalen en bepalen van bijwopenpunten (dit zijn handelingen die de opdrachtnemer niet zonder bijzijn van de opdrachtgever mag uitvoeren) derhalve ook het recht voor “door toetsing, goedkeuringen en inspecties het verloop van zowel het ontwerp- als het bouwproces te controleren en desgewenst door middel van aanwijzingen het proces bij te sturen.” (Van den Berg, e.a., 2007, p. 370) In de mate waarin de opdrachtgever van deze passieve en actieve controlemogelijkheden gebruik maakt, zit echter, als zal blijken, meteen ook het grote gevaar van vertroebeling van de heldere scheiding van verantwoordelijkheden.

## 2.5 Onzekerheid opdrachtgever in theorie

Het uitbesteden van een opdracht kent niet alleen voordelen, maar ook nadelen. Zo ziet de opdrachtgever zich geconfronteerd met verschillende onzekerheden.<sup>21</sup> Eén hiervan is onzekerheid over het gedrag van de opdrachtnemer. Deze onzekerheid is bij D&C zeer relevant. Het gedrag van de opdrachtnemer is, ten opzichte van de traditionele situatie, immers in grotere mate bepalend voor het eindresultaat. Hierbij is het de vraag of de opdrachtnemer zijn winst daadwerkelijk haalt uit proces- en productoptimalisatie en –innovatie. Zo kan het voor de opdrachtnemer zeer wel winstgevend zijn om terug te vallen in kwaliteit. Dergelijk opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer wordt als negatief ervaren door de opdrachtgever.

### *Opportunistisch gedrag*

Opportunisme betekent: “het handelen zonder bepaald beginsel waarbij men ernaar streeft elke omstandigheid ten gunste van zich of zijn partij aan te wenden”. Van Dale (2007)

Er ontstaat hierdoor bij de opdrachtgever de behoefte om meer zekerheid te creëren. In het geval van een D&C-contract past het echter niet om de onzekerheid ten aan zien van het (mogelijke) negatieve opportunistische gedrag van de opdrachtnemer te reduceren door het intensiveren van de controle. Het

<sup>18</sup> Figuur is gebaseerd op een figuur uit Vollaard & Witteveen (1999, p. 26) die is afgeleid van het ‘Bahama-model’ van Van den Berg en de zogeheten ‘glijdende schaal’ van Jansen (zie o.a. Van de Berg & Jansen, 1996, p. 12 en p. 60 e.v.).

<sup>19</sup> Zie ook bijlage IV: “D&C in de praktijk”.

<sup>20</sup> In dit onderzoek wordt niet ingegaan op de vraag of het in dezen niet verstandiger is dat de opdrachtgever dan zelf ook de regie voert en of het ontwerp niet beter had kunnen worden uitbesteed aan een marktpartij. Dit valt buiten het kader van het onderzoek, net als de traditionele vorm zelf. Hetgeen overigens niet wil zeggen dat dit onderzoek niet bruikbaar is voor traditionele of andersoortige contractvormen die ook buiten het kader van het onderzoek zijn gesteld.

<sup>21</sup> Zie bijlage I.

probleem dat hierdoor ontstaat, is dat de opdrachtgever met zijn handelen afbreuk doet aan de meerwaarde van D&C doordat de controlekosten oplopen en bovendien de heldere scheiding tussen verantwoordelijkheden vertroebelt.<sup>22</sup> Van den Berg en Jansen (1996) benadrukken dat bemoeienis van de opdrachtgever zich altijd vertaalt in juridische verantwoordelijkheid. De opdrachtgever begeeft zich hier immers op de glijdende schaal richting het traditionele model. In de traditionele situatie is de opdrachtnemer niet zondermeer gehouden een goed en deugdelijk werk op te leveren. Voor verkeerde aanwijzingen door de opdrachtgever is de opdrachtnemer niet verantwoordelijk.<sup>23</sup> (Van den Berg e.a., 2007, p. 364) Hiernaast wordt de opdrachtgever bij diens controle geacht om, afhankelijk van zijn deskundigheid, bepaalde tekortkomingen te kunnen ontdekken. Zowel gebreken die de opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering niet heeft opgemerkt alsook gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van aanvaarding van het werk redelijkerwijs had moeten ontdekken, komen voor zijn rekening.<sup>24</sup> (Van den Berg e.a., 2007, p. 416)

De bemoeienis van de opdrachtgever kan dus zeer wel negatief uitpakken. Aan de andere kant bestaat het gevaar dat de opdrachtnemer door te leunen op de opdrachtgever bij het maken van beslissingen juridische verantwoordelijkheid kan laten afvloeien, terwijl zijn beloning gelijk blijft. Dit is nog een vorm van negatief opportunistisch gedrag.<sup>25</sup> Dergelijk gedrag, van zowel opdrachtgever als opdrachtnemer, is contrair aan de ratio van het D&C-contract en doet afbreuk aan de resultaatsverplichting van de opdrachtnemer.

Doch, ook het feit dat voor het leeuwendeel van het contract toch een resultaatsverbintenis geldt, doet niet veel af aan de onzekerheid van de opdrachtgever. Ook al wordt de verantwoordelijkheid voor het resultaat op het eerste gezicht bij de opdrachtnemer gelegd, via artikel 7:758 lid 3 BW wordt de opdrachtgever weer met een deel van de verantwoordelijkheid opgezaald. Dit artikel bepaalt dat de opdrachtnemer “is ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.”<sup>26</sup> Daar dit in eerste instantie misschien reden lijkt voor de opdrachtgever om het eerste vliegtuig naar de Bahama’s te pakken en bij de oplevering

---

<sup>22</sup> Dit handelen is ook tegenstrijdig met de keuze voor het geïntegreerd uitbesteden. De opdrachtgever is de relatie immers aangegaan omdat de opdrachtnemer geacht wordt over speciale vaardigheden en kennis te beschikken die ervoor zorgt dat deze de taak efficiënter kan uitvoeren dan de opdrachtgever (Collins, 1999, p. 236). Zie ook paragraaf 3.2.1.

<sup>23</sup> Hetzelfde geldt overigens voor fouten in het ontwerp. Ook hier begeeft de opdrachtgever zich immers op de glijdende schaal richting het traditionele model, naarmate hij een groter deel van het ontwerp voor zijn rekening neemt. De gehoudenheid tot een resultaat is in beginsel veel beperkter dan bij de D&C-vorm. Het is dan ook verwarrend om deze (traditionele) verbintenis te bestempelen als een resultaatsverbintenis (Van den Berg e.a., 2007, p. 364). Wel dient nog te worden opgemerkt dat de opdrachtnemer een waarschuwingsplicht heeft “voor redelijkerwijs door hem te onderkennen ontwerpfouten of verkeerde aanwijzingen.” (Van den Berg e.a., 2007, p. 364) Indien de opdrachtnemer in dit opzicht geen verwijt is te maken, “is er geen sprake van tekortkoming in zijn prestatieplicht, indien het uiteindelijke bouwwerk ten gevolge van een ontwerpfout of verkeerde aanwijzing [...] gebreken vertoont.” (Van den Berg e.a., 2007, p. 364)

<sup>24</sup> Dit eerste “verdisconteert het bepaalde in par. 20 lid 4 en par. 22 lid 3 van de UAV-GC 2005: indien de opdrachtgever op enig moment voorafgaande aan de oplevering een gebrek heeft geconstateerd maar de opdrachtnemer niet informeerde, kan hij dat gebrek niet meer tegenwerpen aan de opdrachtnemer na de oplevering.” (Van den Berg e.a., 2007, p. 416). Dit laatste wordt bepaald door artikel 7:758 lid 3 BW dat hierna aan bod komt. Hierbij geldt dat “hoe deskundiger de opdrachtgever, des te beperkter de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer.” (Van den Berg en Overtoom, 2006, p. 418)

<sup>25</sup> Vaak wordt in plaats van negatief opportunistisch gedrag de term ‘opportunistisch gedrag’ gebruikt. Dit is echter onjuist, daar dit alleen ziet op het feit dat de opdrachtnemer gericht is op zijn eigen belang. Dit gedrag kan tevens in het belang van de opdrachtnemer zijn, ofwel positief opportunistisch.

<sup>26</sup> Van den Berg en Overtoom (2006, p. 417) merken hier over op dat: “Waar het in andere sectoren van industrie volstrekt normaal wordt gevonden dat een producent moet instaan voor hetgeen hij in het handelsverkeer heeft gebracht en dat hij daarvoor zelfs gedurende een zekere tijd garant moet staan, lijkt de Nederlandse bouwsector uit te gaan van eigen feilbaarheid.”

niet al te veel deskundigheid aan de dag te leggen, is dit in praktijk een ander verhaal.<sup>27</sup> Bij de oplevering gaan, aldus artikel 7: 758 lid 2, alle risico's, behalve verborgen gebreken, over naar de opdrachtgever.<sup>28</sup> Gezien lid 3 van ditzelfde artikel, wordt de opdrachtgever in feite gedwongen om controle uit te oefenen bij de oplevering.<sup>29</sup> Immers, indien hij het gebrek redelijkerwijs had moeten ontdekken, is er geen sprake van een verborgen gebrek.

Vaak wordt door de opdrachtgever dan ook gewerkt met toetsing en acceptatie via een kwaliteitsborgingsysteem. De opdrachtnemer kan het eventuele (niet) accepteren door de opdrachtgever echter gebruiken om zijn verantwoordelijkheden te verminderen en bovendien biedt deze papieren controle geen garantie dat de opdrachtnemer in praktijk geen negatief opportunistisch gedrag toont.<sup>30</sup> Ook bij de controle door de opdrachtnemer zelf is het de vraag "of de aannemer [lees: opdrachtnemer] daadwerkelijk rapporteert wat hij levert." (Overtoom, 2005, p. 42)

## 2.6 Onzekerheid opdrachtgever in praktijk

Uit interviews met een viertal ervaringsdeskundigen bleek dat de onzekerheid over het gedrag van de opdrachtnemer bij D&C in praktijk inderdaad ontstaat.<sup>31</sup> Tevens is in de interviews van dit onderzoek bevestigd dat de opdrachtgever zich in praktijk vaak niet houdt aan de verantwoordelijkheidsverdeling van het D&C contract. De opdrachtgever voert dikwijls een intensieve controle uit.<sup>32</sup> Hierin wordt de opdrachtgever ook deels gevoed door zijn traditionele rolpatroon.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> In de interviews werd overigens door één van de vier respondenten met ervaring met aan zowel de opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant, in antwoord op vraag 15 van de vragen over het bonus/malus-principe, opgemerkt dat de controleur in praktijk sowieso nooit het hele contract uit zijn hoofd zal kennen en ook niet over alle disciplines zal beschikken die nodig zijn om de opdrachtnemer te controleren (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>28</sup> "De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor verborgen gebreken eindigt na vijf jaar (lichte gebreken) en na tien jaar (zware gebreken)." Ook is "[d]e aansprakelijkheid [...] beperkt tot 10 % van de aanneemsom, met een uitzondering voor schades met een omvang van minder dan 1,5 miljoen: die moeten in hun geheel worden vergoed." (CROW, 2004, p. 68)

<sup>29</sup> Dat de opdrachtgever moet controleren bij de oplevering is expliciet genoemd door één van de twee respondenten met juridische achtergrond in antwoord op vraag 2 van de vragen over controle van Vragenlijst 7 (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 15 en 16 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>30</sup> In de interviews werd door één van de vier respondenten met ervaring met zowel de opdrachtgevende als opdrachtnemende rol in antwoord op vraag 1 van de Vragen over het Bonus/malus-principe een voorbeeld genoemd van een opdrachtnemer die na iedere acceptatie een rekening voor hoeveelheden presenteerde en die bij niet-betaling het werk stillegde (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>31</sup> Uit interviews met een viertal ervaringsdeskundigen met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant aan wie gevraagd is of er bij D&C inderdaad een relatief grote onzekerheid ontstaat, kon worden opgemaakt dat deze onzekerheid in praktijk bestaat en dat D&C in beginsel meer reden tot onzekerheid kan geven. Maar, ook werd opgemerkt dat deze onzekerheid in praktijk niet per definitie groter hoefde te zijn dan in de traditionele situatie, aangezien de mate van onzekerheid ook sterk afhangt van de geselecteerde opdrachtnemende partij (zie bijlage VII, respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII, Vragenlijst 1, Vragen over probleemstelling 2).

<sup>32</sup> Alle vier de respondenten met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant antwoordden op vraag 1 van Vragen over de probleemstelling van Vragenlijst I dat de opdrachtgever in theorie wel meer afstand tot het project zou moeten houden bij D&C, maar gaven ook allen aan dat dit in praktijk dikwijls niet het geval is (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII voor de vragenlijst). Ook ten aanzien van de controle door de opdrachtnemer zelf geldt dat de opdrachtgever in praktijk "zijn (toetsende/accepterende) rol uitbreidt om meer zekerheid te verkrijgen". (Overtoom, 2005, p. 42) Hiernaast voert de opdrachtgever vaak ook nog een relatief groot deel van het ontwerp zelf uit, hetgeen ook afbreuk doet aan de meerwaarde van D&C (zie bijlage IV).

<sup>33</sup> In de interviews is gezegd dat de intensieve controle in praktijk zeer logisch is, aangezien dezelfde personen die eerder de regievoering deden nu ingezet worden als toetsers. Deze nieuwe rol vereist een cultuurverandering. De vroegere regievoerder dient dan ook (om)geschoold te worden in zijn nieuwe rol. Momenteel wordt hier echter nog te weinig actief op ingespeeld en de insteek van de opdrachtgever is daardoor nog erg traditioneel. Eén van de vier respondenten met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant antwoordde dit

Uit de interviews zijn verschillende oorzaken voor de onzekerheid over het gedrag van de opdrachtnemer naar voren gekomen. Zo is genoemd dat opdrachtnemers vaak nog niet over de gewenste competenties beschikken.<sup>34</sup> Zij hebben nog steeds een erg traditionele insteek. Opdrachtnemers halen hun winst (nog) niet uit het optimaliseren en innoveren van proces en product, maar uit het verlagen van de kosten voor mensen en middelen. Vanuit zijn traditionele rol is de opdrachtnemer immers ook niet gewoon om zijn winst op beoogde wijze te vergroten, maar is hij veeleer gericht op directe kostenbesparingen en betaling naar hoeveelheid product. Hiernaast werd aangegeven dat de opdrachtnemer misbruik kan maken van zogeheten 'gaten in het contract'.<sup>35</sup> De vrijheid in het contract wordt dan gezien als mogelijkheid om onder verantwoordelijkheid uit te komen. In de interviews werd tevens opgemerkt dat bij D&C nog steeds meerwerkclaims volgen, terwijl dit eigenlijk niet van toepassing is bij D&C.<sup>36</sup>

De onzekerheid van de opdrachtgever wordt nog eens versterkt door het feit dat een keuze van de opdrachtnemer voor een goedkoper c.q. sneller proces meer overlast kan veroorzaken voor de omgeving. Dit is onwenselijk voor de opdrachtgever. Bij (een toename van) geluidsoverlast of verminderde bereikbaarheid, zal de burger immers bij de overheid gaan klagen en niet bij de opdrachtnemer. Gesproken wordt wel van het feit dat de opdrachtgever in zo'n geval 'imagoschade' leidt.<sup>37</sup> Bovendien kost het afhandelen van deze klachten ook geld. Tevens is een goedkoper product niet altijd wenselijk voor de opdrachtgever, zeker niet indien dit ten koste gaat van de kwaliteit. Denk hierbij aan het aanbrenge van minder wapeningsstaal in een betonnen deel van een constructie of het aanbrenge van een te dunne laag asfalt op een weg. Niet alleen betaalt de opdrachtgever hier een relatief hoge prijs voor de verkregen kwaliteit, maar ook zal hij er door de burger op worden aangekeken indien het product niet goed functioneert. Dergelijk gedrag van de opdrachtnemer is ook niet meer altijd goed achteraf (bij de oplevering of hierna) te controleren.

In de interviews werd aangegeven, dat het in praktijk tevens zeer moeilijk blijkt om bij verborgen gebreken de (volledige) schade op de opdrachtnemer te verhalen. De schadeomvang is meer dan eens

---

op vraag 3 van Vragen over de probleemstelling van Vragenlijst I (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>34</sup> Drie van de vier respondent van met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant noemden in hun antwoord op vraag 1 van de Vragen over de probleemstelling van Vragenlijst I dat de opdrachtnemer in veel gevallen ook nog niet klaar is voor de nieuwe werkwijze van D&C en het dragen van meer verantwoordelijkheid (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII voor de vragenlijst). Dit verklaart ook deels de onzekerheid van de opdrachtgever. In aansluiting hierop geeft Bouwend Nederland (2006, p. 1) aan dat de nieuwe verhoudingen c.q. rollen van opdrachtgever en opdrachtnemer nog nader vorm dienen te krijgen en dat de vernieuwingsslag daarom gepaard gaat met de nodige onzekerheid.

<sup>35</sup> Uit de antwoorden twee van de vier respondenten met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant op vraag 2 van de Vragen over de probleemstelling van Vragenlijst I, van één van de drie respondenten met opdrachtgevende/adviserende rol in antwoord op vraag 2 van de Algemene vragen van Vragenlijst 3 en van één van de twee respondenten met opdrachtnemende rol in antwoord op vraag 2 van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 6 kon worden opgemaakt dat opdrachtnemers in praktijk misbruik kunnen maken van gaten in het contract (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4, 7 t/m 9 en 12 en 13 en respectievelijk bijlage VIII voor de vragenlijsten).

<sup>36</sup> Dit is door drie van de vier respondenten met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant aangegeven in hun antwoord op de vragen 1 en 2 van de Vragen over de probleemstelling in vragenlijst I en vraag 15 van de Vragen over het Bonus/malus-principe (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en Bijlage VIII voor de vragenlijst). Het beroep op meerwerk volgt tevens uit de traditionele gedachtegang. In beginsel kan er volgens de theorie bij D&C geen sprake zijn van meerwerk en wordt er van uitgegaan dat de opdrachtnemer zelf het werk doet en problemen oplost.

<sup>37</sup> Eén van de vier respondenten van met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant noemde in zijn antwoorden op vraag 1 en 3 van de Vragen over de probleemstelling van Vragenlijst I dat omgevingsmanagement erg belangrijk is en dat de opdrachtnemer hier nog niet goed mee omgaat. Het belang van omgevingsmanagement kwam hierbij ook naar voren uit de antwoorden van twee van deze vier respondenten in hun antwoord op vraag 14 van de Vragen over het bonus/malus-principe (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

voor discussie vatbaar.<sup>38</sup> Het is in praktijk daardoor de vraag of de opdrachtgever zijn gehele schade vergoed ziet. Bovendien is de opdrachtgever in beginsel niet gebaat bij juridische procedures (en eventuele imago-schade) en wel bij de oplevering van een deugdelijk product.

## 2.7 Bonus/malus-principe als oplossing?

Gezien de bovenstaande probleembeschrijving kan worden geconcludeerd dat de opdrachtgever dient te optimaliseren tussen de twee vuren: verlies aan meerwaarde door vertroebeling van de heldere scheiding van verantwoordelijkheden en oplopende controlekosten enerzijds en onzekerheid over het gedrag van de opdrachtnemer anderzijds. De opdrachtgever heeft als gezegd de publieke verantwoordelijkheid om de transactie naar behoren veilig te stellen, zodat het verwachte voordeel van het uitbesteden (het verkrijgen van de beste kwaliteit/prijs-verhouding) ook daadwerkelijk tot uiting komt (EZ, 2003, p. 8). De opdrachtgever kent een relatief grote onzekerheid en zou deze zo beperkt mogelijk moeten houden. Momenteel gebeurt dit in praktijk dikwijls door het zelf uitvoeren van een intensieve controle, waardoor afbreuk wordt gedaan aan de meerwaarde van D&C. Daarom is onderzoek naar efficiëntere controle- en sturingsmechanismen van belang.

Het bonus/malus-principe, dat een geldelijke bonus aan wenselijk (toekomstig) gedrag verbindt en/of een geldelijke malus aan onwenselijk (toekomstig) gedrag, lijkt hier in eerste instantie een goede oplossing te bieden. Het gaat hierbij immers om een (contractuele) sturing op afstand tegen relatief lage kosten. De opdrachtgever kan deze sturing vóór ondertekening van het contract vormgeven, zodat de opdrachtnemer ná ondertekening van het contract gestimuleerd wordt het wenselijke gedrag te tonen. De 'noodzaak' van intensieve controle neemt af, omdat de onzekerheid over het gedrag van de opdrachtnemer wordt gereduceerd.

Om de mogelijkheden die het bonus/malus-principe kan bieden zo volledig mogelijk in kaart te kunnen brengen, is het probleem van onzekerheid eerst vanuit de theorie bestudeerd. Vanuit deze theorie is naar oplossingen gezocht voor het probleem van de opdrachtgever. Hierbij is de nadruk gelegd op de vraag of en zo ja in hoeverre en op welke wijze het bonus/malus-principe een rol speelt. Vervolgens is onderzocht op welke wijze het principe in het D&C-contract kan worden opgenomen en uit welke soorten bonussen en malussen de opdrachtgever bij zijn sturing zou kunnen kiezen, daar dit overzicht in praktijk nog ontbreekt. Op die manier is toegewerkt naar een systematische weergave van de mogelijkheden voor de opdrachtgever om dit principe op te nemen in het D&C-contract.

## 2.8 Resumé

In theorie leidt het D&C-contract tot een heldere verdeling van verantwoordelijkheden en de opdrachtgever dient formeel gezien meer afstand te houden tot het project dan in de traditionele situatie. D&C heeft echter ook nadelen. Het uitbesteden van een opdracht brengt onzekerheid met zich mee over (mogelijk) negatief opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer en bij D&C wordt het eindresultaat van het project in relatief grote mate bepaald door het gedrag van de opdrachtnemer. Ook het feit dat de opdrachtnemer op basis van het contract een resultaatsverplichting heeft, doet niet veel af aan deze onzekerheid en juridisch gezien wordt de opdrachtgever zelfs tot controle gedwongen. Een intensivering van de controle doet echter afbreuk aan de meerwaarde van D&C doordat controlekosten oplopen en de heldere verdeling van verantwoordelijkheden vertroebelt. In praktijk blijkt dat de opdrachtgever de onzekerheid inderdaad ervaart en moeite heeft met het houden van meer afstand. Dikwijls voert hij, gevoed door zijn traditionele rolpatroon, een intensieve controle uit. De onzekerheid wordt veroorzaakt door het feit dat het D&C-contract altijd vrijheid zal bevatten voor de opdrachtnemer, waarbij het de vraag is op welke wijze de vaak nog traditioneel ingestelde opdrachtnemer deze vrijheid invult. Daarnaast wordt de onzekerheid versterkt doordat de opdrachtgever de maatschappelijke eindverantwoordelijkheid draagt. Het de vraag is of eventuele (imago)schade volledig kan worden gecompenseerd; en de opdrachtgever niet gebaat is bij juridische procedures, maar juist bij de oplevering van een deugdelijk product. De opdrachtgever zal enerzijds de

---

<sup>38</sup> Dit blijkt uit antwoorden van beide respondenten met juridische achtergrond op vraag 6 van de Vragen over malus/boete uit vragenlijst 7 (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

onzekerheid en anderzijds het verlies aan meerwaarde van het D&C-contract moeten minimaliseren. Hij heeft daarbij behoefte aan sturing op afstand, zonder het overnemen van verantwoordelijkheden en met minimale controle. Contractuele sturing via het bonus/malus-principe lijkt hier uitkomst te bieden.



### 3 Theoretische oorzaken en oplossingen

#### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het beschreven praktische (sturings)probleem gevat in theorie. Getracht wordt om de oorzaken van het probleem van de opdrachtgever te verklaren aan de hand van een tweetal economische organisatietheorieën, te weten: de principaal-agenttheorie en de transactiekostentheorie.<sup>39</sup> Vervolgens wordt binnen de in beide theorieën aangedragen oplossingen voor het probleem gezocht naar de rol van het bonus/malus-principe.

#### 3.2 Oorzaken

Vanuit beide organisatietheorieën komen oorzaken naar voren voor het probleem dat zich in praktijk voordoet. Onderzocht is op welke wijze de theorie dit praktische probleem kan beschrijven.

##### 3.2.1 Moral Hazard

In het algemeen kan gesteld worden dat bij een samenwerking tussen partijen de informatie eerlijk moet worden gedeeld en dat er gehandeld moet worden naar de gemaakte afspraken (Homburg, 1999, p. 87). De principaal-agenttheorie (ook wel agency theorie genoemd) richt zich op situaties waarin bovenstaande voorwaarden worden geschonden.<sup>40</sup> Donahue (1998, p. 38) schrijft hierover: “The agency approach is one formulation of the fundamental problem of mutual responsibility in human society: Individual interests are overlapping but not identical; we must constantly rely on others whom we can influence to a degree but cannot fully control.”

In de meest eenvoudige principaal-agent-relatie schakelt de principaal (opdrachtgever) een agent (opdrachtnemer) in om op basis van een contract een bepaalde opdracht uit te voeren. Hierbij worden ook in bepaalde mate beslissingsbevoegdheden overgedragen. “Deze delegatie van taken en verantwoordelijkheden van de principaal aan de agent gaat in het algemeen niet zonder problemen gepaard.” (Hendrikse, 1998, p. 96) Na ondertekening van het contract, kan zich het zogeheten Moral Hazard-probleem voordoen.<sup>41</sup> Het probleem houdt in dat de agent zich na ondertekening van het contract opportunistisch kan gaan gedragen. Met dit gedrag veroorzaakt de agent een zogeheten *residual loss* (ofwel welvaartsvermindering) voor de principaal (o.a. Homburg, 1999, p. 87).<sup>42</sup> De oorzaak van dit probleem is tweeledig.

Ten eerste is er sprake *informatieasymmetrie*. De agent weet meer over de totstandkoming en hoedanigheid van het resultaat dan de principaal. “De principaal neemt slechts het resultaat van de beslissing van de agent waar, doch niet de werkelijke inspanning van de agent.” (Hendrikse, 1998, p. 100) Daarbij komt dat de principaal in praktijk ook niet altijd in staat is om het resultaat van de agent waar te nemen (zie ook Overtoom, 2005, p. 17). De opdrachtgever is niet altijd aanwezig op het project en beschikt niet altijd over voldoende deskundigheid c.q. kennis van het contract om het

---

<sup>39</sup> De principaal-agenttheorie en de transactiekostentheorie worden tezamen ook wel ‘organisatietheorieën’ genoemd (o.a. Douwma (1987, p. 420), Bouwma (1992-2, p. 169) en Hendrikse, 1998).

<sup>40</sup> Bij afwezigheid van dergelijk vertrouwen heeft het ook geen zin om contracten aan te gaan, wegens te grote onzekerheid over de nakoming. Walsh (1995, p. 50): “Without trust there can be no confidence that future obligations and commitments will be met, unless contracts are complete and self-enforcing, which will rarely be the case if there is uncertainty, opportunism or bounded rationality.” In feite wordt er in deze theorie dus vanuit gegaan dat het vertrouwen deels wordt geschonden.

<sup>41</sup> Een ander probleem dat in de principaal-agent benadering wordt onderkend is het probleem van Adverse Selection. Dit probleem openbaart zich echter voor ondertekening van het contract en valt daardoor buiten het kader van het onderzoek.

<sup>42</sup> Het *residual loss* wordt ook wel aangehaald als *restrisico* (Overtoom, 2005, p. 56). De overdacht van risico’s zorgt ervoor dat de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het resultaat. Hierbij kan hij niet zodanig terugvallen in kwaliteit dat afspraken (over)duidelijk niet zijn nagekomen. Dit leidt immers tot wanprestatie, hetgeen schadevergoeding en/of een boete tot gevolg kan hebben. Het is de taak van de opdrachtgever om dat deel waar wel terugval kan plaatsvinden (het *restrisico*) te minimaliseren. Het *restrisico* is dus gelijk aan het (mogelijke) *residual loss*.

gedrag van de opdrachtnemer te kunnen beoordelen. “De agent kan van deze informatie gebruik/misbruik maken bij de bepaling van zijn investeringsbeslissing.” (Hendrikse, 1998, p. 101) Indien dit gedrag ten koste gaat van het initiële voordeel van de principaal, wordt dit gedrag aangeduid als ‘opportunistisch gedrag’. In praktijk valt hierbij te denken aan het inzetten van minder productiecapaciteit waardoor het project vertraagt of het aanbrengen van minder wapening in een betonnen deel van een constructie.

De agent vertoont dit gedrag omdat er sprake is van een *belangentegenstelling*. De relatie is aangegaan omdat de principaal meer over heeft voor het volbrengen van de taak dan het de agent kost (Hendrikse, 1998, p. 96). Beide partijen hebben hier belang bij.<sup>43</sup> Na ondertekening van het contract lopen de belangen echter uiteen. “De activiteiten van de agent verhogen weliswaar het welzijn van de principaal, maar verlagen dat van de agent.” (Hendrikse 1998, p. 98) Bovendien heeft de agent ook andere belangen daar hij meestal meer projecten zal hebben lopen. De agent is gericht op het maximaliseren van zijn eigen nut.<sup>44</sup> Het gedrag dat hij toont om de winst van zijn eigen onderneming te optimaliseren, is niet altijd in het belang van de opdrachtgever.

Een situatie met asymmetrische informatie en tegengestelde belangen wordt een principaal-agent probleem wordt genoemd (Hendrikse 1998, p. 96).<sup>45</sup>

Het is in het belang van de opdrachtnemer om met minimale inzet zijn nut op het project zeker te stellen.<sup>46</sup> Opportunistisch gedrag wordt hierbij in de hand gewerkt door het feit dat bij D&C gewerkt wordt met een lumpsum beloning. Bij een vaste beloning draagt de principaal het risico en bij een variabele beloning de agent (o.a. Douma (1987, p.124) en Hannewijk (2004, p. 19)). Bij een vaste beloning en bijbehorende slechte koppeling met de inspanning van de agent, zijn er twee manieren voor de agent om zijn winst te vergroten. Ten eerste kan hij terugvallen in kwaliteit door op inzet van capaciteit (mensen en middelen) te besparen.<sup>47</sup> Capaciteit die hij ook op andere projecten kan gebruiken. Ten tweede kan hij zijn prijs verhogen door (waar mogelijk) meerwerk te claimen. Hier wordt dus duidelijk waarom men in praktijk niet af is van meerwerkclaims.

### 3.2.2 Fundamentele transformatie

Ook in de transactiekostentheorie wordt het probleem van (Moral) Hazards onderkend. Hierbij wordt gewezen op het feit dat dit kan leiden tot een (maatschappelijke) kostenprobleem. Er geldt namelijk: hoe meer onzekerheid hoe hoger de transactiekosten (uiteindelijk) zullen zijn.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> De principaal gaat de relatie dan ook aan omdat de agent geacht wordt over speciale vaardigheden en kennis te beschikken die ervoor zorgt dat deze de taak efficiënter kan uitvoeren dan de principaal (Collins, 1999, p. 236).

<sup>44</sup> Het zogenaamde ‘nutsmaximalisatie-denken’ is kenmerkend voor de Neoklassieke theorie en is een gedragsveronderstelling die ten grondslag ligt aan de principaal-agenttheorie (Bouwma, 1992-1, p. 138). Een partij zal die actie uitvoeren of nalaten die in het verlengde ligt van haar eigenbelang. Het nastreven van het eigenbelang kan hierbij onderverdeeld worden in een streven naar voordeel op een korte termijn of op een lange termijn. Hierbij is het mogelijk dat het accepteren van verlies op korte termijn binnen de relatie met een partij op lange termijn winst oplevert. De continuïteit van de relatie prevaleert in een dergelijk geval boven het behalen van winst op de korte termijn. Doch, het uiteindelijke doel is het verkrijgen van een zo groot mogelijke winst ofwel nut.

<sup>45</sup> Zie ook Moerland (1998, p. 116), Donahue (1998, 38), Bouwma (1992-2, p. 166) en Dassen (1998, p. 342).

<sup>46</sup> In de nieuwe situatie van D&C is echter de bedoeling dat de opdrachtnemer zijn winst haalt uit proces- en productinnovaties. Dit zal hij dus alleen doen indien dit hem minder kost dan oplevert.

<sup>47</sup> Walsh (1995, p. 125): “The fixed price contract is likely to have an effect on the way that service is provided; if contractors cannot control the income they receive then they are likely to try to cut the costs of the work by reducing the quality or quantity of work done.”

<sup>48</sup> Transactiekosten hebben betrekking op zoekkosten (informatie), kosten van handhaving van eigendomsrechten, onderhandelen, contracten opstellen, toezicht houden, inspecteren, voorzieningen voor geschillen treffen, enz. “Kortom allerlei kosten die samenhangen met *information, negotiation and enforcement* ten behoeve van een transactie.” (Hazeu, 2004-1, p. 190)

“Onzekerheid over de nakoming of afdwingbaarheid van een contract kan de totstandkoming ervan ernstig frustreren. Dit soort onzekerheid valt, in economische termen, onder het begrip transactiekosten, dat wil zeggen de kosten verbonden aan totstandkoming en uitvoering van een transactie.” (Heldeweg, 2006, p. 382)

De onzekerheid van de opdrachtgever wordt versterkt door de betere onderhandelingspositie van de opdrachtnemer na ondertekening van het contract. Hoewel de opdrachtgever vóór ondertekening van het contract (ex ante) de sterkste positie kent en daarmee de afhankelijkheid van werk van de opdrachtnemer kan uitbuiten door een competitie-element in te voeren, slaat de balans ná ondertekening van het contract (ex post) om. Dit wordt de *fundamentele transformatie* genoemd (Williamson, 1985, p. 61). De partijen bevinden zich nu in een één op één onderhandelingsrelatie en het ontbinden van het contract is voor de opdrachtgever niet tot nauwelijks een alternatief. Veldink (2006, p. 44) duidt op het feit dat de opdrachtgever door deze contractuele gebondenheid gedwongen kan worden tot het geven van een onevenredige beloning (meerwerkclaim) of anders een kwaliteitsverlies te accepteren. Het feit dat de opdrachtgever zich nu in relatief zeer hoge mate overgeleverd ziet aan het gedrag van de opdrachtnemer is een belangrijke voedingsbodem van de onzekerheid die hij ervaart.

### 3.3 Oplossingen

Beide organisatietheorieën dragen oplossingen aan voor het beperken van het mogelijke opportunistische gedrag van de opdrachtnemer. Onderzocht is of het bonus/malus-principe tot deze oplossingen behoort en zo ja op welke wijze dit theoretisch gezien bijdraagt aan het reduceren van de onzekerheid van de opdrachtgever.

#### 3.3.1 Incentive Alignment

Binnen de principaal-agenttheorie worden verschillende oplossingen voor het Moral Hazard-probleem onderscheiden. Zo kan de informatieasymmetrie worden verkleind door het uitvoeren van controle door de principaal, hetgeen *monitoring* wordt genoemd. Hiernaast wordt *bonding* als oplossing aangedragen. *Bonding* kan inhouden dat de principaal de agent in zijn taken en verantwoordelijkheden beperkt door vooraf zelf taken op zich te nemen of mijlpalen of bijwoonpunten te bepalen. Ook worden hier de activiteiten onder verstaan die de agent kan ontplooien om de principaal te overtuigen van de geleverde kwaliteit (denk aan de kwaliteitsborgingsystemen).<sup>49</sup> Deze oplossingen leiden momenteel bij D&C-projecten echter tot een (te) intensieve controle door de opdrachtgever en dit is niet passend bij de ratio van het D&C-contract. Daarom zoeken wij door naar de eventuele rol die het bonus/malus-principe speelt. Als derde en laatste oplossing wordt in de principaal-agenttheorie *incentive alignment* genoemd. De principaal richt zich op het verkleinen van de belangentegenstelling.<sup>50</sup> Bij *incentive alignment* beoogt de principaal doelcongruentie te bereiken door het prikkelen van de agent om gedrag te tonen dat past bij het doel van de principaal. Deze vorm van sturing wordt in dit onderzoek nader onderzocht; het bonus/malus-principe kan immers worden beschouwd als een vorm van *incentive alignment*.

Het bonus/malus-principe koppelt immers financiële prikkels (*incentives*) aan een bepaalde prestatie. De financiële prikkels zorgen ervoor dat de beloning van de agent beter wordt aangepast aan diens inspanningen. Het maakt de vaste (lumpsum) beloning variabel en verlegt daardoor het risico naar de

<sup>49</sup> Opvallend is dat in de literatuur geen eenduidige betekenis is te vinden voor *bonding*. Auteurs gebruiken het dan ook op verschillende manieren. Hendrikse (1998, p. 132) ziet *bonding* als activiteiten van de agent die de principaal ervan moeten overtuigen dat hij geen acties ontplooit die schadelijk voor de principaal zijn en die dienen ter verantwoording van zijn gedrag. Bouwma (1992, p. 168) geeft aan dat onder *bonding* een beperking van de beslissingsbevoegdheid of beperking van de procuratie kan worden verstaan. Moerland (1992, p. 119) verstaat ‘het verstrekken van informatie door de agent over zichzelf’ onder *bonding* en ook Dassen (p. 343 en 345) noemt alleen de indirecte controle van de agent als zijnde ‘*bonding*’.

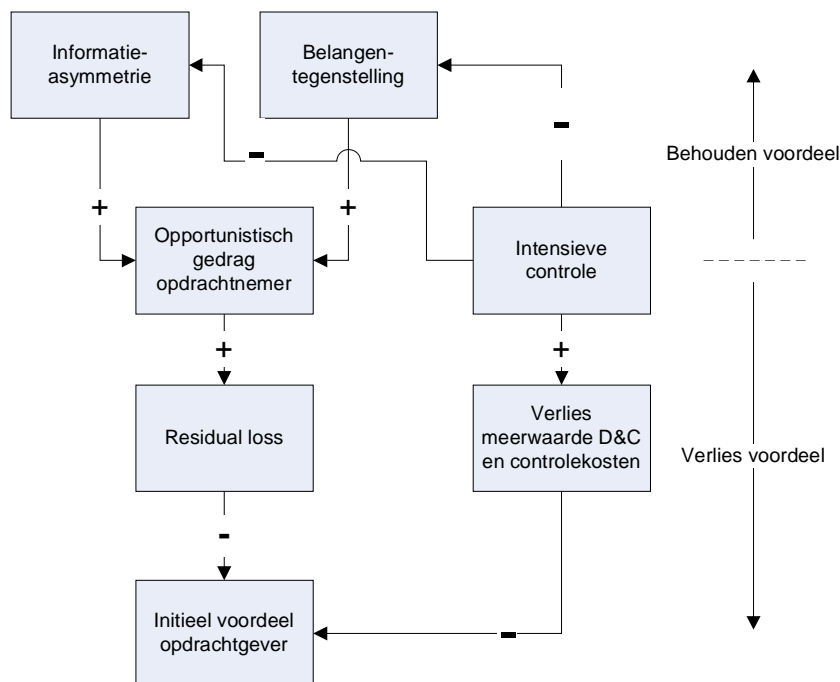
<sup>50</sup> De belangentegenstelling kan ook door de opdrachtnemer zelf worden verminderd door het geven van onderpanden, borgtochten, gijzelaars en garanties, dit wordt ook wel *bonding* genoemd (zie o.a. Walsh (1995) en Bouwma (1992-2, p. 167)).

agent. De agent wordt door het bonus/malus-principe niet alleen geprikkeld door risico's, maar ook door kansen in de vorm van een eventuele extra beloning. Het bonus/malus-principe zorgt er zo in beginsel voor dat onwenselijk gedrag wordt ontmoedigd (door de malus) en wenselijk gedrag wordt gestimuleerd (door de bonus), zodat de belangentegenstelling wordt verkleind. Het bonus/malus-principe leidt tot doelcongruentie doordat het belang van de principaal het belang van de agent wordt.

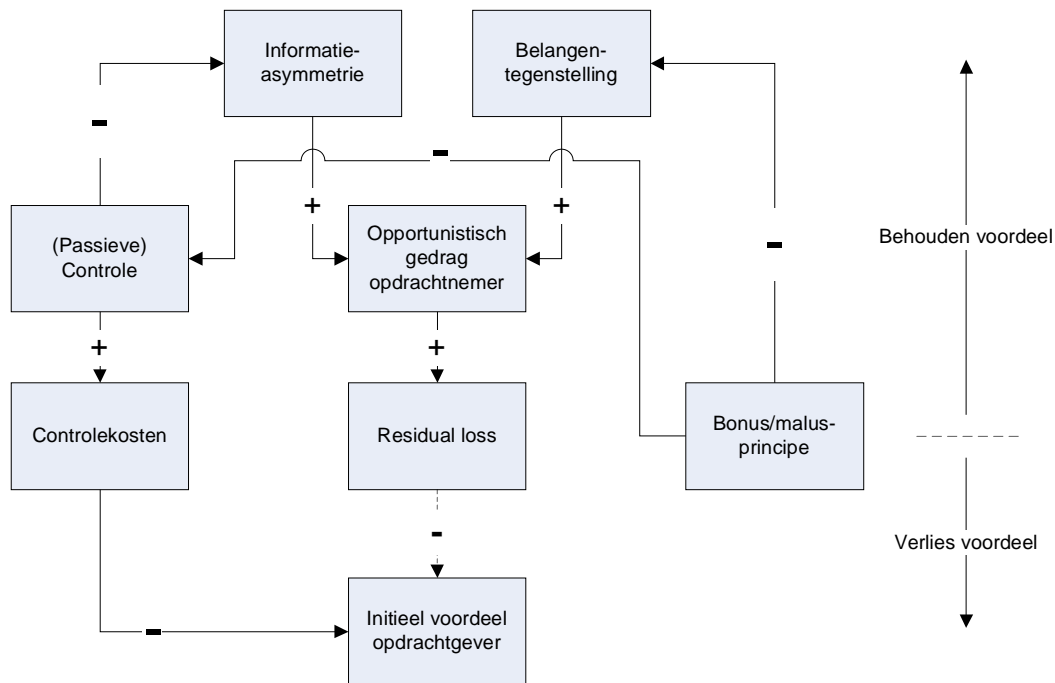
Omdat het bonus/malus-principe de lumpsum beloning variabel maakt, en daardoor het risico verlegt naar de agent, wordt de agent geprikkeld om zelf te presteren. Een actieve sturing is niet langer nodig en het principe heeft daarmee ook een positief effect op het probleem van de vertroebeling van de heldere verantwoordelijkheidsverdeling. Bovendien zorgt het principe er voor dat er prikkels uitgaan van de passieve controle, waardoor ook deze minder nodig is. De prikkels bevorderen immers ook de kwaliteit van de eigen controle van de agent. De principaal kan meer vertrouwen op het kwaliteitsborgingsysteem, doordat het meer in het belang is van de agent om diens eigen controle goed uit te voeren. Indien de documentatie afwijkt van de praktijk, kan dit hem immers duur komen te staan.

In de principaal-agenttheorie staat de vraag centraal hoe het optimale contract tussen principaal en de agent eruitziet (o.a. Douma, 1987, p. 420). Er bestaat daarbij een afruil tussen de verschillende agency-kosten. Een stijging van de *monitoring costs* kan in beginsel leiden tot een meer dan evenredige daling van het *residual loss*. Besef wel dat de intensieve controle momenteel in praktijk echter dusdanige kosten genereert dat het afbreuk doet aan de meerwaarde van D&C. Tezamen met de controlekosten zorgt dit voor een verlaging van het initiële voordeel dat de opdrachtgever had bij het aangaan van de relatie.

Het probleem in de huidige situatie en de oplossing via toepassing van het bonus/malus-principe wordt gevisualiseerd in Figuur 3 en 4.



Figuur 3: Voorstelling van de huidige (probleem)situatie volgens de principaal-agenttheorie. De intensieve controle waarmee de opdrachtgever zijn voordeel veilig probeert te stellen, leidt tot (te) veel verlies aan meerwaarde van D&C (door het overnemen van verantwoordelijkheid) en hoge controlekosten.



Figuur 4: Voorstelling van de interactie die ontstaat door toepassing van bonus/malus-principe. De verantwoordelijkheid blijft bij de opdrachtnemer en ook de (in dit geval passieve) controle is hierdoor minder nodig. De opdrachtgever behoudt een groter deel van zijn initiële voordeel.

“Het probleem is om een zodanig contract tussen beide partijen te specificeren dat de gelastigde optimaal wordt gemotiveerd om in het belang van de principaal te handelen, gegeven een situatie van ex post informatie-asymmetrie met de daarbijbehorende mogelijkheid van ‘Moral Hazard’.” Moerland (1992, p. 116)

Een contract kan als optimaal worden beschouwd indien het totaal van de agencykosten minimaal is.<sup>51</sup> Een juiste toepassing van het bonus/malus-principe is hierbij van belang, aangezien dit het *residual loss* reduceert tegen relatief lage kosten.

De principaal-agenttheorie gaat bij haar beschouwingen van het optimale contract uit van de veronderstelling van volledige rationaliteit.<sup>52</sup> Dit is echter een gedragsveronderstelling die ver af staat van de praktijk. Anders is dit bij de transactiekostentheorie, die uitgaat van de veronderstelling van beperkte rationaliteit.<sup>53</sup> Aan de hand van de transactiekostentheorie zal dieper ingegaan worden op het

<sup>51</sup> Onder agency costs kunnen zowel het *residual loss* als de kosten voor het tegengaan van het *residual loss* worden geschaard (Douwma, 1987, p. 242).

<sup>52</sup> De gedragsveronderstelling van volledige rationaliteit is een van de pijlers van de Neoklassieke economische theorie van de onderneming. “De alwetende rationaliteit betekent dat de beslisser kosteloos beslist met volledig inzicht in alle consequenties van zijn handelen. Dit impliceert dat hij vrijelijk en ogenblikkelijk over alle relevante gegevens kan beschikken, en dat de verwerking van deze gegevens tot besluiten evenmin tijd en/of geld kost.” (Bouwma, 1992-1, p. 138) Dit in tegenstelling tot de op de realiteit gebaseerde ‘beperkte rationaliteit’.

<sup>53</sup> Williamson (1998, p. 30) beschrijft dit gedrag als volgt: “behavior that is rational but only limitedly so”. Hij baseert zich hierbij in dit geval op een beschrijving van Simon (1995) van deze menselijke cognitieve conditie. Deze gedragsveronderstelling is ook beschreven in de psychologie. Verder geeft Williamson (1998, p. 31) aan dat een van de belangrijke gevolgen hiervan is dat alle complexe contracten onvermijdelijk incompleet zijn. Ook betekent dit dat transacties niet kosteloos zijn.

ontstaan van het *residual loss* door de tegenstelling van belangen en met name de oplossing van dit probleem door *incentive alignment*.<sup>54</sup>

### 3.3.2 Safeguards

Vanuit de transactiekostentheorie bezien is bij D&C sprake van een transactie op een onvolkomen markt, aangezien er een uitgestelde ruil plaatsvindt. Bovendien is deze transactie omgeven met onzekerheid (zie bijlage I voor de soorten onzekerheid). Het is daarom zaak om de transactie naar behoren veilig te stellen (Dorée, 1995, p. 5). Williamson (1985, p. 32-35) geeft aan dat hiertoe zogeheten *safeguards* kunnen worden opgenomen in het contract.<sup>55</sup> “Inasmuch as price and governance are linked, parties to a contract should not expect to have their cake (low price) and eat it too (no safeguard).” (Williamson, 1985, p. 35) De opdrachtnemer zal zonder *safeguards* terugvallen in mogelijke c.q. afgesproken kwaliteit.<sup>56</sup> Deze terugval is niet wenselijk voor de opdrachtgever. De opdrachtgever wil immers een zo hoog mogelijke kwaliteit voor zijn geld.

Terugval is in deze scriptie gedefinieerd als een achteruitgang ten aanzien van de mogelijke c.q. afgesproken kwaliteit.<sup>57</sup>

Om de terugval tegen te gaan, noemt Williamson (1985, p. 33-34) een drietal typen *safeguards*, te weten:

1. belonings- en strafprocedures;
2. gespecialiseerde organisatiestructuren die conflicten kunnen beslechten en
3. regelmatigheden in het handelsverkeer die continuïteitsintenties signaleren/ondersteunen.<sup>58</sup>

Van de eerste *safeguard* geeft Williamson expliciet aan dat het gaat om *incentive (re)alignment*. Het wordt het belang van de opdrachtnemer om zich in het belang van de opdrachtgever te gedragen. De opdrachtgever speelt in op korte-termijn-nutsmaximalisatie van de opdrachtnemer. De tweede *safeguard* ziet zowel op *incentive alignment* als het bepalen van de eindverantwoordelijkheid. Menselijke fouten, botsende karakters en opportunisme kunnen de oorzaak zijn van een geschil. Deze *safeguard* kan opportunisme afschrikken en draagt daarmee bij aan een soepele voortgang en minimalisering van de projectkosten. Deze *safeguard* valt echter buiten het kader van het onderzoek. De derde *safeguard* ziet tevens op *incentive alignment*. De opdrachtnemer wordt geprikkeld om zich in het belang van de opdrachtgever te gedragen door het vooruitzicht op mogelijkheden voor (op)nieuw werk. De opdrachtgever speelt hiermee in op de lange-termijn-nutsmaximalisatie van de opdrachtnemer. Ook deze *safeguard* valt echter buiten het kader van dit onderzoek.

Het bonus/malus-principe is te scharen onder de eerste *safeguard* van Williamson en dit betekent dat het bonus/malus-principe dus vanuit beide theorieën als oplossing voor het sturingsprobleem naar voren komt.

<sup>54</sup> Williamson (1998, p. 35) schrijft over de principal-agenttheorie en de transactiekostentheorie dat “these two approaches can be regarded as complementary- each applying to different circumstances.”

<sup>55</sup> De meest treffende Nederlandse vertaling van het begrip safeguards is ‘waarborgen’ of ‘beveiligingen’. Hieronder enkele Engelstalige betekenissen van ‘safeguard’:

1. “Protective measure: something intended to prevent undesirable consequences from happening, e.g.
2. safety device or measure, or a proviso in a legal document.” (Encarta, 2007)
3. “ a. A protective stipulation, as in a contract. b. A precautionary measure.” (The American Heritage, 2007)

<sup>56</sup> Zie voor een nadere toelichting bijlage II.

<sup>57</sup> Terugval is ook mogelijk door omgevingsfactoren/gebeurtenissen, maar dit is een onzekerheid die buiten het kader van het onderzoek valt (zie ook bijlage I). Bovendien dient te worden opgemerkt dat terugval niet hetzelfde is als het juridische begrip tekortkoming. Terugval kan worden bezien ten aanzien van mogelijk door de opdrachtnemer te leveren kwaliteit. Dit hoeft niet hetzelfde te zijn als terugval ten aanzien van een verbintenis of hetgeen op basis van de wet of in het verkeer geldende opvattingen van de opdrachtnemer verwacht kon worden.

<sup>58</sup> Voor de vertaling van deze *safeguards* is gebruik gemaakt van Dorée (1996, p. 176).

In theorie wordt het bonus/malus-principe geacht het gedrag van de opdrachtnemer in wenselijke richting te kunnen sturen doordat het in het vooruitzicht stellen van een beloning c.q. straf er voor zorgt dat het belang van de opdrachtgever het belang van de opdrachtnemer wordt.

In het volgende hoofdstuk wordt het bonus/malus-principe als sturingsmechanisme in het D&C-contract nader onderzocht.

### **3.4 Resumé**

In de (economische) organisatietheorie wordt verondersteld dat de opdrachtnemer zich richt op winstmaximalisatie. De belangrijkste oorzaak van het probleem van de opdrachtgever is dan ook gelegen in het feit dat de opdrachtnemer is gericht op de optimalisatie van de eigen onderneming. De keuzes die de opdrachtnemer hierbij maakt, zijn niet altijd in het belang van de opdrachtgever. Er is sprake van belangentegenstelling. Bovendien kan de opdrachtnemer misbruik maken van het feit dat zijn inspanning niet altijd zichtbaar is voor de opdrachtgever. Er is sprake van informatieasymmetrie. Het opportunistische gedrag van de opdrachtnemer wordt in de hand gewerkt door de lumpsum beloning, waarbij er een slechte koppeling is van beloning en inspanning. Ook kan de opdrachtnemer misbruik maken van zijn betere onderhandelingspositie. Het gevolg is dat de opdrachtgever onzekerheid ervaart over het gedrag van de opdrachtnemer, waardoor de transactiekosten oplopen. Het initiële voordeel dat de opdrachtgever (beoogd) had bij het aangaan van de relatie, gaat in toenemende mate verloren. Het gevaar bestaat dat de opdrachtnemer terugval toont ten aanzien van mogelijke c.q. afgesproken kwaliteit en/of meerwerk claimt.

In de theorie worden voor dit probleem verschillende oplossingsmogelijkheden genoemd, waaronder ook het bonus/malus-principe te scharen is. Door het bonus/malus-principe toe te passen, kan de opdrachtgever in beginsel ook zijn controle minderen. Het stimuleert de zelfwerkzaamheid van de opdrachtnemer en geeft hem ook prikkels voor diens eigen controle. Er is een interactie tussen de verschillende oplossingsmogelijkheden en het bonus/malus-principe speelt hierin een rol. In het hierna volgende zullen de sturingmogelijkheden van het principe in een D&C-contract nader worden onderzocht.

## 4 Toepassingsmogelijkheden bonus/malus-principe in het D&C-contract

### 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het bonus/malus-principe, dat vanuit de theorie als oplossing voor het probleem van de opdrachtgever naar voren is gekomen, geplaatst in de praktijk van het D&C-contract. De mogelijkheden van het opnemen van het bonus/malus-principe in het D&C-contract worden beschreven, waarbij de nadruk is gelegd op de invloed van juridische aspecten.

Allereerst wordt de gekozen juridische invalshoek nader toegelicht. Vervolgens worden de eisen en beperkingen die in praktijk worden gesteld aan het opnemen van het bonus/malus-principe in het D&C-contract besproken. Hierna volgt een beschrijving van de (kenmerken van de) soorten bonussen en malussen die in het D&C-contract kunnen worden opgenomen. Tot slot komt in dit hoofdstuk kort de werking van de verschillende toepassingsmogelijkheden van het bonus/malus-principe in de praktijk aan bod.

### 4.2 Verschillende invalshoeken

In de economische organisatietheorie wordt het bonus/malus-principe beschouwd als sturingsmiddel. De vraag wordt nu gesteld welke sturingsmogelijkheden dit bonus/malus-principe biedt voor het D&C-contract. Bij het in kaart brengen van de sturingsmogelijkheden raken we (wederom) aan terreinen van onderzoek van verschillende disciplines.<sup>59</sup> In het vervolg van dit onderzoek komen de volgende invalshoeken in meer of mindere mate aan bod:

- de rechtswetenschappelijke;
- de economische en
- de sociaal/psychologische.

Gekozen is om de nadruk te leggen op de rechtswetenschappelijke invalshoek. De contractuele relatie wordt immers voor een groot deel bepaald door de bindende afspraken in het D&C-contract. Hoewel de contractuele relatie tussen partijen ook ingevuld wordt door datgene wat men redelijkerwijs van elkaar zou mogen verwachten en in het verkeer geldende opvattingen, staan in dit onderzoek de bindende afspraken centraal. Er is daarbij rekening gehouden met wet- en regelgeving die van belang is bij de bespreking van de toepassingsmogelijkheden van het bonus/malus-principe.

De verschillende juridische aspecten hebben invloed op de contractuele relatie tussen de partijen en daarmee ook op de mogelijke (proces)kosten van de opdrachtgever. Inzicht in (de invloed van) deze aspecten ondersteunt de opdrachtgever in zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid om het gedrag van de opdrachtnemer op effectieve en efficiënte wijze te sturen en zo de beste kwaliteit/prijs-verhouding te realiseren. Er is dus een directe relatie met de economische invalshoek.

Hiernaast speelt de vertrouwensrelatie, een sociaal/psychologisch aspect, een belangrijke rol bij de sturing van de opdrachtnemer. Dat deze relatie van belang is, wordt ook in de economie wel onderkend. Hazeu (2004-3, p. 312) betoogt: “*als* er meer vertrouwen is tussen verschillende actoren in een economie, *dan* kan dat leiden tot lagere transactiekosten.” Er wordt namelijk “minder [...] gecontroleerd, minder schriftelijk vastgelegd en minder geld aan advocaten besteed.” Een toename in het vertrouwen draagt er aan bij dat controlemechanismen achterwege kunnen worden gelaten. Vertrouwen wordt in deze context ook wel aangeduid als ‘sociaal kapitaal’.<sup>60</sup> Hazeu (2004-3, p. 313) geeft aan dat de kern van dit begrip wordt gevormd door de verwachtingen die mensen hebben “in het

---

<sup>59</sup> Het onderzoek valt binnen het gebied van de organisatiekunde. “Gewoonlijk wordt de organisatiekunde beschouwd als een bij uitstek interdisciplinaire wetenschap. Dat houdt verband met het feit, dat het verschijnsel organisatie vanuit vele disciplines (onder andere economie, sociologie, psychologie, technische wetenschappen en rechtswetenschappen) is bestudeerd.” (Douwma, 1987, 420)

<sup>60</sup> Hazeu (2004-3, p. 313) geeft expliciet aan dat het gaat om een moeilijk grijpbaar en meetbaar begrip.



eerlijke, ordelijke en coöperatieve gedrag van hun medemensen.” Wanneer deze verwachtingen hoger zijn, kunnen ze ook meer ondernemen met elkaar.

In de huidige situatie, die zich (deels) laat beschrijven door de principaal-agenttheorie, wordt echter niet aan deze verwachtingen voldaan. Waar de belangentegenstelling prevaleert boven het vertrouwen zal de opdrachtnemer zonder *safeguards* terugvallen in kwaliteit, aldus ook de transactiekostentheorie.<sup>61</sup> Het reeds beschreven *Moral hazard*-probleem ziet in beginsel op die situaties waarin het eigen belang prevaleert boven het vertrouwen tussen de partijen. Wanneer het vertrouwen afneemt, zal dit leiden tot een toename van het (negatieve) opportunistische gedrag van de opdrachtnemer en daarmee tot hogere (proces)kosten voor de opdrachtgever.<sup>62</sup> Gezien het belang van de vertrouwensrelatie en de sterke samenhang met de juridische en economische aspecten is de rol hiervan in het verdere onderzoek niet uit het oog verloren.

In de nu volgende paragrafen wordt de reeds besproken theorie over het bonus/malus-principe geplaatst in het kader van een D&C-contract. Om de toepassingsmogelijkheden van het bonus/malus-principe in kaart te kunnen brengen, was direct contact met ervaringsdeskundigen op dit gebied noodzakelijk.<sup>63</sup> In de literatuur is namelijk nog geen overzicht aanwezig van deze mogelijkheden. Het onderzoek heeft dan ook een zoekend (exploratief) karakter, waarbij via een combinatie van de reeds besproken theorie en de uitkomsten van de interviews met ervaringsdeskundigen de toepassingsmogelijkheden van het bonus/malus-principe in kaart zijn gebracht.<sup>64</sup>

### **4.3 Het bonus/malus-principe in het D&C-contract**

In deze paragraaf wordt bekeken hoe de reeds besproken theorie over het bonus/malus-principe zich verhoudt tot de ratio van het D&C-contract en de in praktijk aanwezige beperkte rationaliteit.

#### **4.3.1 Wenselijk gedrag**

Het bonus/malus-principe is een contractueel sturingsmechanisme dat als doel heeft om de opdrachtnemer te prikkelen om voor de opdrachtgever wenselijk gedrag te tonen. Dit doel kan in theorie worden bereikt door in het contract financiële prikkels (*incentives*) aan een bepaalde prestatie te koppelen. Er wordt dan ook wel gesproken over het in het contract opnemen van zogeheten prestatieprikkels. Deze geldelijke prestatieprikkels zorgen ervoor dat de beloning van de opdrachtnemer beter wordt aangepast aan diens inspanningen. Het maakt de vaste (lumpsum) beloning variabel en verlegt daardoor het (rest)risico naar de opdrachtnemer. De opdrachtnemer wordt door het bonus/malus-principe niet alleen geprikkeld door risico's, maar ook door kansen in de vorm van een eventuele extra beloning. Het bonus/malus-principe zorgt er zo in beginsel voor dat wenselijk gedrag wordt gestimuleerd (door de bonus) en onwenselijk gedrag wordt ontmoedigd (door de malus), zodat de belangentegenstelling wordt verkleind. Door het in het vooruitzicht stellen van een (extra) beloning c.q. straf ontstaat doelcongruentie: het belang van de opdrachtgever wordt het belang van de opdrachtnemer. Bezien vanuit een situatie waarbij geen *incentives* worden toegepast in het contract, zijn de geldelijke prestatieprikkels die uitgaan van het bonus/malus-principe in feite een middel om van de huidige probleemsituatie (met negatief opportunistisch gedrag) naar de gewenste situatie (zonder negatief opportunistisch gedrag) te geraken (zie Figuur 5).

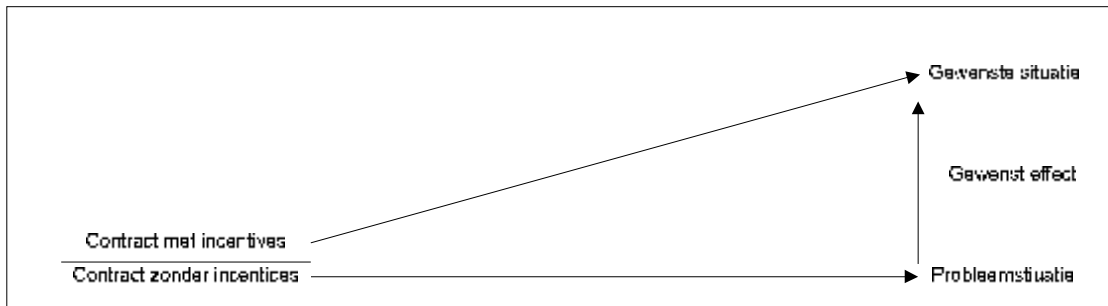
---

<sup>61</sup> Dit is afgezien van het feit dat de afspraken (niet bewust) verkeerd kunnen worden geïnterpreteerd, verkeerd kunnen zijn opgenomen of zelfs afwezig zijn of, dat een afspraak later in het project verandert door wijziging van doelen van de opdrachtgever.

<sup>62</sup> Bij totale afwezigheid van vertrouwen heeft het dan ook geen zin om contracten aan te gaan (zie ook paragraaf 3.2.1).

<sup>63</sup> Zie bijlage VII voor een lijst van de respondenten.

<sup>64</sup> Zie ook paragraaf 1.3.



Figuur 5: Relatie tussen incentives en het gewenste effect.<sup>65</sup>

Om het gewenste effect via de prestatieprikkels te kunnen bereiken, dient uiteraard wel eerst zo goed mogelijk te worden bepaald wat de gewenste situatie nu eigenlijk is. Het wenselijke gedrag van de opdrachtnemer bij D&C bestaat in beginsel niet alleen uit nakoming van de afspraken in het contract. Hiervoor is het D&C-contract immers niet volledig genoeg. Het contract bestaat uit (een beperkt aantal) eisen en bevat een relatief groot deel 'vrije ruimte' voor de opdrachtnemer. Naast nakoming van de contractafspraken, hetgeen ook in de traditionele situatie wenselijk is, is het wenselijk dat de opdrachtnemer ook de vrije ruimte in het contract invult door kwaliteitsstrategieën te volgen. Hierbij geldt dat bindende afspraken de meest duidelijke (juridische) relatie vormen. Wil de opdrachtgever de opdrachtnemer kunnen sturen op invulling van de vrije ruimte, zal dit dus via bindende afspraken moeten geschieden. Op deze wijze kan de opdrachtnemer immers ook minder misbruik maken van 'gaten in het contract'. Uitgaande van contractuele sturing via het bonus/malus-principe kan de opdrachtgever de minimale kwaliteit in dat contract aangeven door proces- en producteisen op te nemen. Het behalen van deze (of meer) kwaliteit wordt door prestatieprikkels gestimuleerd.

Het paradoxale is echter dat naarmate de opdrachtgever een beter idee heeft van het wenselijke gedrag, en dit met meer prestatieprikkels vastlegt, de voor D&C kenmerkende/nodige vrijheid van de opdrachtnemer in toenemende mate verloren gaat. Naarmate de opdrachtnemer meer vastlegt verschuift het contract richting het traditionele concept. Het bonus/malus-principe bijt zichzelf dus in de staart. Ook deze sturingsmogelijkheid kent, net als controle, zijn beperkingen. In een echt D&C-contract zal dus 'vrije ruimte' blijven bestaan en kan de opdrachtgever slechts een beperkt aantal eisen en prestatieprikkels in het contract opnemen (zie ook bijlage III). Ook praktisch gezien is de opdrachtgever in zijn mogelijkheden beperkt, daar beperkte rationaliteit en daarmee contractkosten beperkingen stellen aan het aantal eisen en prestatieprikkels. Hiernaast werd in de interviews aangegeven dat een opdrachtgever in praktijk niet altijd het hele contract uit zijn hoofd kent en ook niet altijd alle deskundigheid in huis heeft om de opdrachtnemer te kunnen controleren.<sup>66</sup> Bij toenemende complexiteit van het contract zou daarom ook de controle ingewikkelder en dus duurder worden.

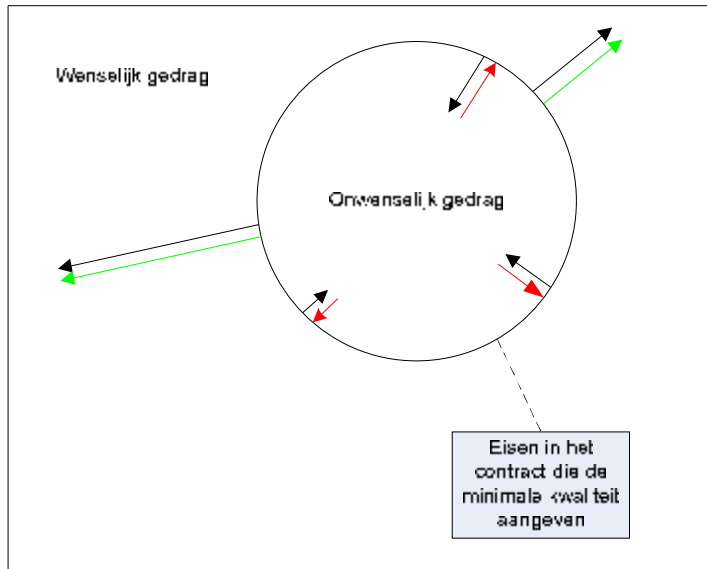
#### 4.3.2 Sturing op grenzen

De opdrachtgever kan in het D&C-contract dus maar met een beperkt aantal eisen werken. Deze eisen stellen als het ware de contractuele grenzen aan het gedrag van de opdrachtnemer. De opdrachtgever zal met het bonus/malus-principe slechts op deze grenzen kunnen sturen. De prestatieprikkels stimuleren de opdrachtnemer om op grenzen van het contract te presteren of het wenselijke gedrag uit te breiden voorbij de gestelde grens. Figuur 6 laat zien dat, uitgaande van de probleemsituatie, de malus (rode pijlen) de terugval in kwaliteit (zwarte pijlen naar binnen gericht) tegengaat door onwenselijk gedrag te ontmoedigen. De bonus (groene pijlen) gaat terugval in kwaliteit tegen door een betere prestatie (zwarte pijlen naar buiten gericht) te stimuleren. De opdrachtgever heeft hierdoor meer

<sup>65</sup> Figuur gebaseerd op Wesel, 2006, p. 9.

<sup>66</sup> Dit blijkt uit het antwoord van één van de vier respondenten met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemer kant op vraag 15 van Vragenlijst 1 (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

zekerheid over de kwaliteit van de daadwerkelijke prestatie en kan zijn passieve en actieve controle minderen. In praktijk zal de cirkel, die de grenzen van het contract aangeeft, bij D&C door beperkte rationaliteit (met bijbehorende transactiekosten) en de kenmerken van het D&C-contract echter niet gesloten kunnen zijn. De opdrachtgever kan immers maar met een beperkt aantal eisen en dus op een beperkt aantal grenzen sturen.



Figuur 6: Sturing op grenzen in het contract.

#### 4.3.3 Indicatoren: waarneembaar, meetbaar, verifieerbaar en realiseerbaar

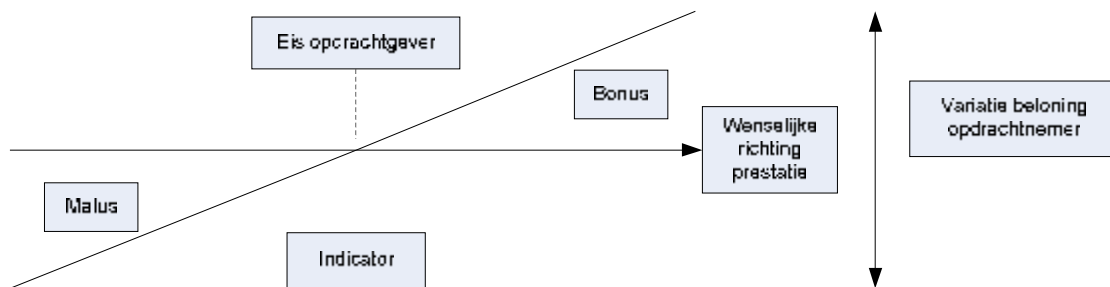
Een contractuele afspraak waarbij de opdrachtnemer op een grens wordt gestuurd door het bonus/malus-principe, valt in het vervolg van de scriptie onder de noemer 'indicator'. Bij het opnemen van indicatoren in het contract dient de opdrachtgever met een aantal factoren rekening te houden. Ten eerste dient de indicator meetbaar gemaakt te worden. Meetbaarheid impliceert ook waarneembaarheid en op deze wijze kan de daadwerkelijke prestatie worden bepaald. Ten tweede is het van belang dat de indicator ook verifieerbaar is. In geval van een geschil kan dan door een organisatie om conflicten te beslechten worden bepaald wat de daadwerkelijk geleverde prestatie is. Hiernaast is ook de koppeling van de bonus en/of malus aan de prestatie van belang. Hoe beter deze koppeling, hoe minder discussie er kan ontstaan over de eventueel bij de (daadwerkelijke) prestatie behorende bonus of malus. Hendrikse (1998, p. 99) geeft hierover aan dat 'zinvolle contracten' bestaan "uit afspraken die zowel waarneembaar als verifieerbaar zijn." De nakoming van de afspraken is in dat geval controleerbaar en ook gerechtelijk afdwingbaar. Naast het feit dat de indicatoren meetbaar en verifieerbaar moeten zijn, kwam uit de interviews naar voren dat de opdrachtgever ten derde ook rekening zal moeten houden met de kwaliteiten van de markt. Immers, indien de opdrachtgever te hoge eisen stelt, wordt de prestatie ook met prestatieprikkels niet bereikt. De opdrachtgever dient bij zijn sturing dus rekening te houden met realiseerbaarheid.<sup>67</sup>

<sup>67</sup> In antwoord op vraag 3 van de Vragen over het bonus/malus-principe van Vragenlijst 1 van werd door één van de vier respondenten met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant aangegeven dat realiseerbaarheid van belang is. Hiernaast gaf één van de drie respondenten met opdrachtgevende/adviserende rol in antwoord op vraag 6 van de vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 3 aan dat eisen reëel moeten zijn (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4 en 7 t/m 9 en bijlage VIII voor de vragenlijsten).

*Indicator*

Een indicator bestaat in deze scriptie uit een contractueel opgenomen grens ten aanzien van het gedrag van de opdrachtnemer met daaraan gekoppeld een bonus en/of malus. De indicator dient in zijn geheel meetbaar, verifieerbaar en realiseerbaar te zijn.

Een indicator waarbij de prestatieprikkels die uitgaan van het bonus/malus-principe beide aan een in het D&C-contract opgenomen (realistische) eis zijn gekoppeld, kan aan de hand van het besprokene als volgt worden gevisualiseerd:



*Figuur 7: Indicator met bonus en malus.*

Hierbij geldt dat de reikwijdte van de bonus en malus apart van elkaar kunnen variëren. Zowel in hoogte van het bedrag als in afstand tot de eis (i.v.m. een eventueel gesteld maximum bedrag). Hieraan moet worden toegevoegd dat de bonus ook óp een eis zelf kan worden gesteld. De bonus is dan alleen bedoeld om terugval onder de eis tegen te gaan en niet om een betere prestatie dan de eis uit te lokken.<sup>68</sup> De bonus wordt dan bijvoorbeeld gesteld op de opleverdatum. De opdrachtnemer ontvangt de bonus dan alleen indien hij het project precies op de afgesproken opleverdatum oplevert en niet indien hij eerder oplevert. In tegenstelling tot de bonus kan de malus niet op de eis worden gesteld, aangezien de opdrachtnemer dan zou worden gestraft voor wenselijk gedrag. Tot op heden is er immers vanuit gegaan dat een contractuele eis bestaat uit een gewenste prestatie, zo ook in bovenstaande figuur.<sup>69</sup>

#### 4.3.4 Sturen op eisen en wensen?

De prestaties die de opdrachtgever van de opdrachtnemer wenst, worden bij D&C (in theorie) via eisen en wensen vastgelegd in het contract (zie paragraaf 2.2). In theorie kan de opdrachtgever wensen in het contract opnemen die niet aan een eis zijn gekoppeld en/of geen (extra) beloning opleveren voor de opdrachtnemer. De afspraak is dan volledig afhankelijk van de vertrouwensrelatie. De opdrachtgever geeft aan dat hij bijvoorbeeld voorkeur heeft voor zo veel mogelijk daglicht in een tunnel en vraagt de opdrachtnemer om hem in deze wens tegemoet te komen. Er wordt dan vanuit gegaan dat de opdrachtnemer zich daadwerkelijk hiervoor zal inzetten en dat de opdrachtgever de opdrachtnemer voldoende voor zijn inspanning zal belonen. In theorie horen dergelijke afspraken echter niet thuis in een zinvol contract en ook in praktijk worden dergelijke afspraken vrijwel nooit gemaakt. De beloning van de opdrachtnemer is ex ante via de lumpsum vastgelegd en de opdrachtnemer zal alleen aan de wens tegemoet komen indien hem dit niets extra's kost of voordeel oplevert. Gezien het feit dat de transactie bij een D&C-contract omgeven is met onzekerheden, is de kans groot dat de opdrachtnemer niet of slechts zeer beperkt aan de wens van de opdrachtgever tegemoet komt. Ook zonder de lumpsum beloning zal een wens dikwijls aan een eis worden gekoppeld. De opdrachtgever zal immers vaak een onder- en/of bovengrens hebben voor de prestatie

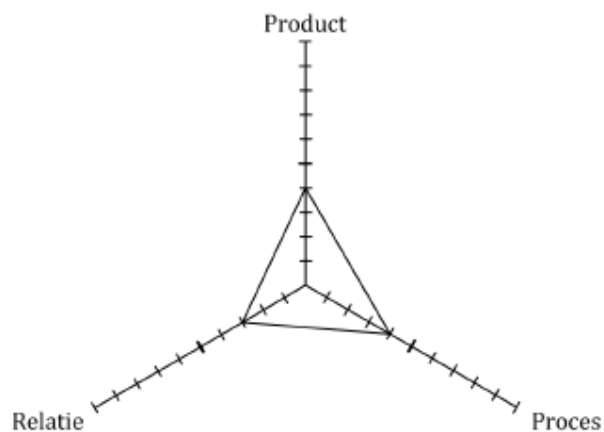
<sup>68</sup> Zie paragraaf 4.4.2.

<sup>69</sup> De malus kan alleen dan op een eis worden gesteld indien de eis ziet op (gespecificeerd) onwenselijk gedrag (zie paragraaf 4.5.3).

waarvoor hij nog bereid is te betalen. Het contract bestaat daardoor in praktijk vrijwel altijd uit alleen eisen. De hoeveelheid gewenst (dag)licht inval in de tunnel is dan als eis opgenomen in het contract. Zoals zal blijken, is het in praktijk echter wel mogelijk om naast eisen ook wensen in het contract op te nemen die met meer zekerheid zullen worden nagestreefd door de opdrachtnemer.<sup>70</sup>

#### 4.3.5 Sturen op proces, product en relatie

In beginsel kan het bonus/malus-principe (ook juridisch gezien) aan iedere afspraak in het D&C-contract worden gekoppeld.<sup>71</sup> Als aangegeven zal de opdrachtgever echter moeten werken met een beperkt aantal indicatoren. De opdrachtgever kan met het bonus/malus-principe zowel op het proces als het product sturen. Bij deze sturing zal hij, als gezegd, ook oog moeten blijven houden voor de invloed op de (vertrouwens)relatie met de opdrachtnemer. Figuur 8 visualiseert het belang van sturing op zowel product, proces als relatie. De streepjes geven aan in hoeverre de opdrachtgever de sturing juist toepast. In dit voorbeeld stuurt de opdrachtgever evenveel op proces als product en minder op de relatie. Op alle drie de aspecten stuurt hij echter nog onvoldoende.



*Figuur 8: De opdrachtgever dient rekening te houden met het feit dat hij zowel op het product en/of proces als de relatie stuurt.<sup>72</sup>*

Sturing is op alle drie de aspecten van belang. De mate waarin en wijze waarop op ieder aspect gestuurd wordt, zal van project tot project verschillen. De opdrachtgever dient de sturing op de aspecten onderling en over meer projecten gezien te optimaliseren. Hierbij kan hij al dan niet gebruik maken van het bonus/malus-principe.

In de volgende paragrafen worden de (kenmerken van de) soorten bonussen en malussen beschreven die de opdrachtgever kan opnemen in het D&C-contract. Het overzicht dat hierdoor ontstaan is, kan door de opdrachtgever gebruikt worden bij het opstellen van een zo optimaal mogelijk contract.

#### 4.4 Soorten bonussen

De toepassingsmogelijkheden van de bonus, ofwel de mogelijke in het D&C-contract op te nemen soorten bonussen, worden in het hierna volgende besproken. De juridische aspecten behoeven geen bijzondere aandacht. Als we dieper ingaan op de beoogde werking van de bonus, blijkt dat we twee verschillende soorten bonussen kunnen onderscheiden, waarvan één een tweetal subsoorten kent. Vervolgens komen de mogelijkheden van koppeling van deze (sub)soorten bonussen aan proces- en/of

<sup>70</sup> Zie paragraaf 4.4.

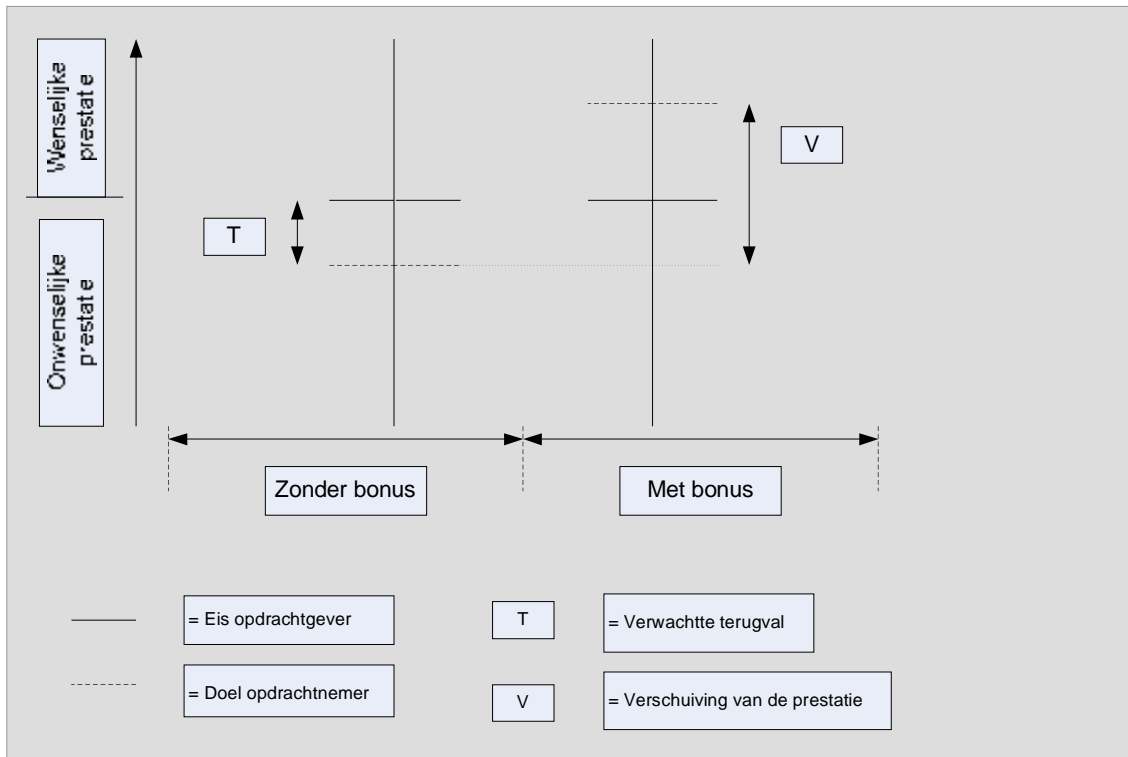
<sup>71</sup> In de interviews werd door één van de twee respondenten met juridische achtergrond op vraag 1 van de algemene vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 7 geantwoord dat het bonus/malus-principe juridisch gezien aan iedere contractuele eis gekoppeld kan worden (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>72</sup> Figuur afkomstig uit: Oudhoorn & Franck, 2007, p. 88.

productindicatoren aan bod alsook, meer algemeen, de invloed van een bonus op de vertrouwensrelatie met de opdrachtnemer.

#### 4.4.1 Werking

Door het opnemen van een bonus in het D&C-contract, ofwel het in het vooruitzicht stellen van een extra beloning voor de opdrachtnemer, wordt de opdrachtnemer in beginsel gestimuleerd om wenselijk gedrag te tonen (zie paragraaf 4.3.2). De opdrachtnemer ontvangt de bonus immers indien hij voldoet aan de wens van de opdrachtgever. Met de bonus wordt beoogd het doel van de opdrachtnemer te verschuiven, zodat de kans groter wordt dat deze een betere prestatie levert (zie Figuur 9). De bonus zorgt ervoor dat de opdrachtnemer zijn doel hoger stelt. Hierdoor wordt de kans op een betere daadwerkelijk geleverde prestatie, in vergelijking met de situatie zonder bonus, groter. De verschuiving van het doel kan zowel richting de afgesproken eis zijn (indien het doel in de situatie zonder bonus onder de eis zou zijn gesteld), als hier voorbij.



Figuur 9: De werking van de bonus.

In feite is de bonus een geformaliseerde wens. De bonus dient namelijk, net als een eis, geformuleerd te worden als een meetbare, verifieerbare en realiseerbare afspraak, indicator genoemd. Meetbaarheid is in deze van belang omdat de opdrachtnemer zich zo op een duidelijk doel kan richten. Het doel ligt uiteraard in het verlengde van de wens van de opdrachtgever. Ook geldt hier dat de daadwerkelijk geleverde prestatie (en bijbehorende beloning), eventueel door gerechtelijke instanties, geverifieerd dient te kunnen worden. De opdrachtnemer dient immers te worden beloofd naar zijn prestatie. Wat realiseerbaarheid aangaat: de opdrachtnemer krijgt ten opzichte van een eis meer vrijheid om zelf te schatten wat een voor hem realiseerbaar doel is en hij wordt daarbij uitgedaagd door de bonus.

Een dergelijke geformaliseerde wens is meestal gekoppeld aan een eis, maar dit hoeft niet. Op basis van dit verschil zijn twee soorten bonussen te onderscheiden die nu beide zullen worden besproken.

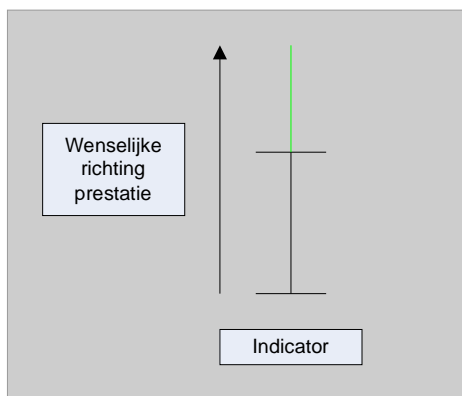
#### 4.4.2 Bonus gekoppeld aan indicator met eis

De bonus kan worden gekoppeld aan een indicator waarop een zekere prestatie als eis in het D&C-contract is opgenomen. De bonus kan hierbij op twee manieren aan de eis zijn gekoppeld. De volgende twee subsoorten van de bonus zijn daarom te onderscheiden:

1. de bonus die gesteld is voorbij de eis en
2. de bonus die gesteld is op de eis.

##### Ad 1. Bonus gesteld voorbij de eis

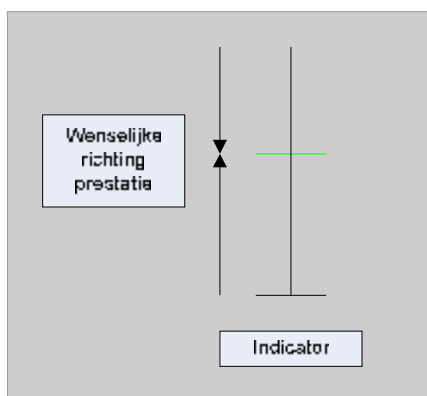
De bonus die gesteld wordt voorbij de eis loopt mogelijkwerwijs op naarmate er door de opdrachtnemer beter gepresteerd wordt dan de eis. De opdrachtgever heeft bijvoorbeeld een bepaald aantal m<sup>3</sup> daglichtinval in de tunnel als eis gesteld. Voorbij de gestelde eis geldt: hoe meer daglichtinval, hoe groter de bonus. Uitgaande van een meetbaar gemaakte indicator die als laagste waarde een beginwaarde van nul kent, is het idee van een dergelijke koppeling als volgt te visualiseren:



Figuur 10: Bonus gesteld voorbij de eis.

##### Ad 2. Bonus gesteld op de eis

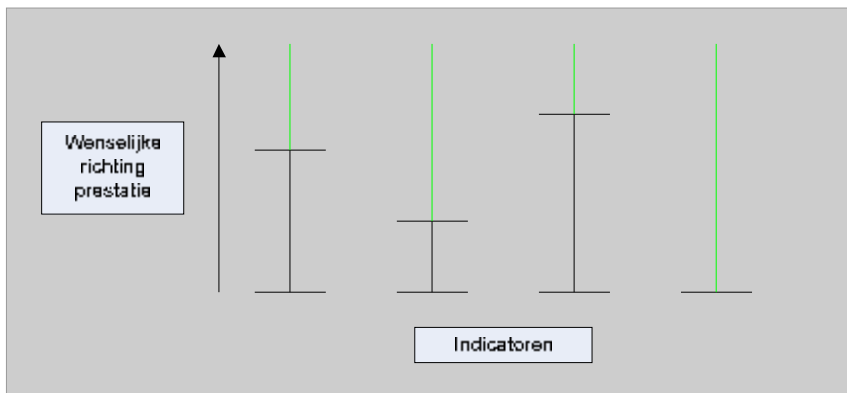
De bonus kan echter ook op de eis zelf worden gesteld (zie ook paragraaf 4.3.3). De opdrachtnemer ontvangt de bonus alleen indien hij voldoet aan de gestelde eis. De opdrachtgever stelt dan bijvoorbeeld als eis dat de tunnel een bepaalde hoeveelheid m<sup>3</sup> daglicht binnen moet kunnen laten. De bonus komt te vervallen bij een mindere, maar ook bij een betere prestatie. Een dergelijke bonus is als volgt te visualiseren:



Figuur 11: Bonus gesteld op de eis.

#### 4.4.3 Bonus gekoppeld aan indicator zonder eis

Een betere ofwel meer gewenste prestatie kan ook uitgelokt worden ten aanzien van een indicator waaraan geen eis is gekoppeld. In dit geval wenst de opdrachtgever bijvoorbeeld inval van daglicht in een tunnel, maar stelt dit niet als eis en heeft ook geen minimum (en/of maximum) hoeveelheid lichtinval waarvoor hij nog bereid is te betalen. De bonus wordt dan gesteld vanaf het nulpunt (geen daglichtinval) en de opdrachtnemer wordt bijvoorbeeld per aantal m<sup>3</sup> beloond. De opdrachtnemer wordt in dat geval niet uitgedaagd om ten aanzien van een eis beter te presteren, maar wordt uitgedaagd om naast de reeds aanwezige eisen in het contract ook te presteren op de opgenomen indicator. De contractuele grens wordt in dit geval niet door de eis op een indicator gevormd, maar door het geheel aan eisen in het contract. Het doel van de opdrachtnemer wordt hierbij dus op andere wijze verlegd dan in het geval dat de indicator zelf een eis bevat. Dit kan als volgt worden gevisualiseerd:



Figuur 12: Bonus gekoppeld aan indicator zonder eis.

Van links naar rechts zijn een viertal indicatoren te zien waaraan een bonus is gekoppeld. Bij de drie indicatoren met een aan de eis gekoppelde bonus begint de bonus pas begint te tellen vanaf de eis (er zijn in de figuur geen eisen weergegeven met een bonus die gesteld is op de eis). Bij de vierde indicator zonder eis begint de bonus echter al te tellen vanaf het nulpunt.<sup>73</sup> De bonus neemt mogelijkterwijs toe naarmate de prestatie op de indicator beter is.

##### Soorten bonussen

1. Bonus gekoppeld aan indicator met eis
  - a. Bonus gesteld voorbij de eis
  - b. Bonus gesteld op de eis
2. Bonus gekoppeld aan indicator zonder eis

#### 4.4.4 Proces en/of product

De verschillende soorten bonussen kunnen aan zowel proces- als productindicatoren worden gekoppeld. Hierbij geldt dat de bonus gekoppeld aan een indicator zonder eis alleen ingezet kan worden indien er een extra prestatie naast de eisen (en eventuele andere wensen) in het contract gewenst is. De bonus gekoppeld aan een indicator met eis kan in het contract worden opgenomen indien terugval op een eis wordt verwacht of indien een betere prestatie in het belang is van de opdrachtgever. Meer specifiek geldt dat de bonus gesteld voorbij de eis zowel kan leiden tot het terugdringen van de terugval onder de eis als tot het stimuleren van een betere prestatie dan de eis,

<sup>73</sup> Wanneer we de werking vergelijken met die van de bonus gekoppeld aan een indicator met eis, is de eis als het ware op nul gesteld en kan het ook gezien worden als een oneigenlijke vorm van een bonus gesteld voorbij de "eis".



terwijl de bonus gesteld op de eis dikwijls alleen zal leiden tot het terugdringen van de terugval onder de eis daar deze een betere prestatie dan de eis in beginsel niet stimuleert.

#### **4.4.5 Relatie**

De bonus heeft in eerste instantie een positief effect op de relatie. Het motiveert de opdrachtnemer door in te spelen op diens belang om de winst te maximaliseren.<sup>74</sup> Deze positieve relatie kan echter verloren gaan, indien (een deel van) de bonus niet wordt uitgekeerd. In beginsel is de opdrachtgever verplicht om de bonus bij een afgesproken prestatie uit te keren. In deze zin is het niet anders dan bij het behalen van de contractuele eisen, hetgeen dus tevens inhoudt dat de opdrachtgever niet meer hoeft te betalen dan de bij de geleverde prestatie behorende (afgesproken) beloning. In die zin geen probleem, zou men kunnen denken. De kans is echter aanwezig dat de opdrachtnemer wel reeds extra heeft geïnvesteerd en dat de prestatie niet leidt tot (voldoende) winst. De opdrachtnemer voelt zich dan niet voldoende beloond voor zijn inspanningen en dit kan de relatie onder spanning zetten. Om zijn winst te vergroten c.q. verlies te beperken, zou de opdrachtnemer misbruik kunnen maken van zijn betere onderhandelingspositie. Het dreigen met verdere terugval om zo een bonus te bemachtigen is in praktijk een reële, voorkomende optie. Ook kan de opdrachtnemer oorzaken voor het niet behalen van de prestatie gaan zoeken buiten zijn risicosfeer en op zoek gaan naar andere mogelijkheden om zijn winst te vergroten, zoals (meer terugval) op andere indicatoren of (meer) misbruik maken van gaten in het contract. Er is een grijs gebied waar de opdrachtnemer zijn voordeel uit zal kunnen willen halen.<sup>75</sup> Een effectieve controle en handhaving blijven dus van belang.

### **4.5 Soorten malussen**

De tweede sturingsmogelijkheid die is onderzocht, betreft het prikkelen van de opdrachtnemer door een malus in het vooruitzicht te stellen. De toepassingsmogelijkheden van de malus, ofwel de mogelijke in het D&C-contract op te nemen soorten malussen, worden in het hierna volgende besproken. Ook juridische factoren spelen een belangrijke rol. Als we dieper ingaan op deze juridische aspecten blijkt dat twee verschillende soorten malussen kunnen worden onderscheiden, waarvan de ene een viertal en de andere een tweetal subsoorten kent. Vervolgens komen de mogelijkheden van koppeling van deze (sub)soorten bonussen aan proces- en/of productindicatoren aan bod alsook, meer algemeen, de invloed van een bonus op de vertrouwensrelatie met de opdrachtnemer.

#### **4.5.1 Werking**

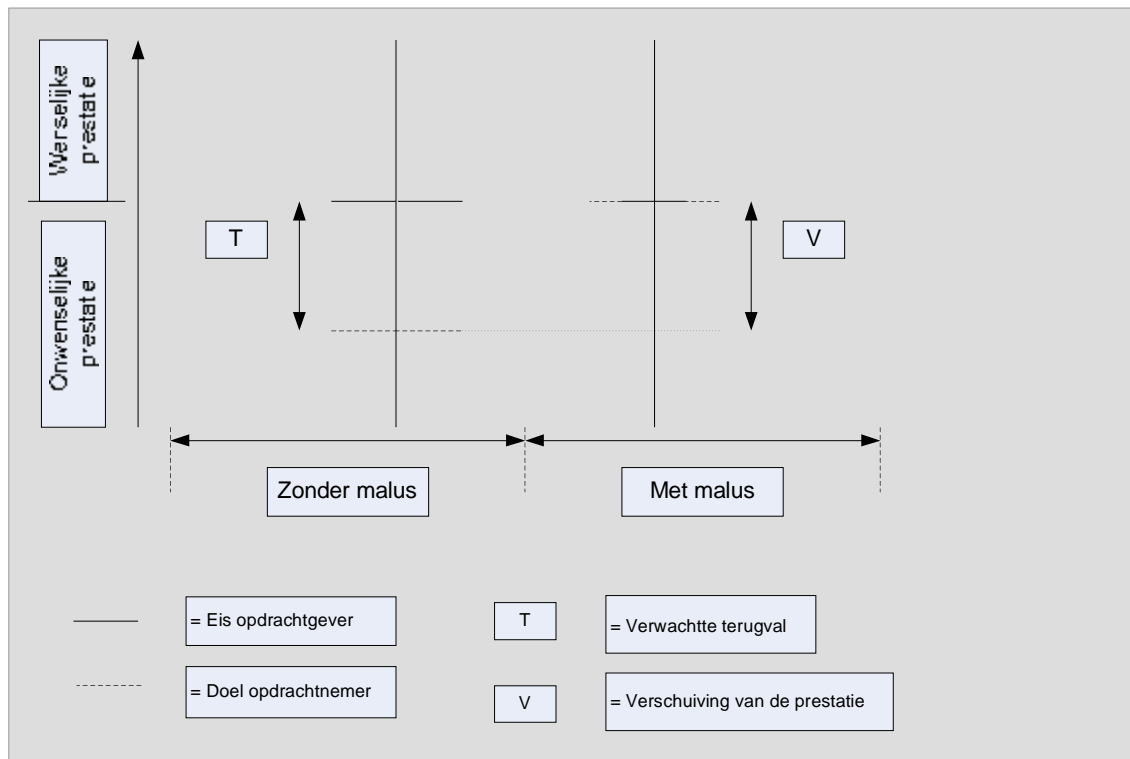
Door het opnemen van een malus in het D&C-contract, ofwel het in het vooruitzicht stellen van een straf voor de opdrachtnemer, wordt onwenselijk gedrag ontmoedigd (zie paragraaf 4.3.2). De straf is immers gekoppeld aan het onwenselijke gedrag. Waar de bonus gericht is op het stimuleren van wenselijk gedrag van de opdrachtnemer, is de malus dus gericht op het voorkomen van onwenselijk gedrag. De malus ontmoedigt terugval door aan deze voor de opdrachtnemer positieve verwachtingswaarde een negatieve verwachtingswaarde te koppelen (zie Figuur 13). Het in het vooruitzicht stellen van de malus levert (uiteeraard) geen verschuiving op van de daadwerkelijke prestatie voorbij de eis zoals bij de bonus het geval kan zijn. In vergelijking met de situatie zonder malus kan wel een verschuiving plaatsvinden van de daadwerkelijk geleverde prestatie, echter niet verder dan de gestelde eis. De opdrachtnemer richt zich namelijk op het behalen van de eis, maar niet

---

<sup>74</sup> Uit de antwoorden van beide respondenten met opdrachtnemende rol op vraag 3 van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 6 kan worden opgemaakt dat de bonus stimulerend werkt voor de opdrachtnemer (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 12 en 13 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>75</sup> Eén van de twee respondenten met opdrachtnemende rol antwoordde op vraag 5 van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 6 dat het voor de vertrouwensrelatie uitmaakt hoe de opdrachtgever omgaat met het niet toekennen van de bonus. Zo kan de opdrachtnemer de oplevering verder uitstellen indien de opdrachtgever geen bonus toekent. Ook gaf hij aan dat het hier in praktijk gaat om een grijs gebied waarbij het al dan niet toekennen van (een gedeelte van) de bonus door de opdrachtgever invloed heeft op de vertrouwensrelatie met de opdrachtnemer (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 12 en 13 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

méér dan dat. Een betere prestatie dan de eis kost immers extra inspanning en levert geen extra inkomsten op.



Figuur 13: De werking van de malus.

De malus is in feite bedoeld als stok achter de deur. Dit wil zeggen dat hij in beginsel beoogt de opdrachtnemer te beletten een voor de opdrachtgever onwenselijke kant op te gaan. Ook voor de indicator waaraan een malus is verbonden geldt, net als bij de bonus, dat deze meetbaar, verifieerbaar en realiseerbaar moet zijn. De realiseerbaarheid dient hierbij in grotere mate door de opdrachtgever te worden geschat.

De wijze waarop de malus gekoppeld kan worden aan een indicator hangt niet alleen af van de aan- of afwezigheid van een eis, maar wordt sterk door juridische aspecten beïnvloed.

#### 4.5.2 Malus, boete en korting

In de interviews voor dit onderzoek viel op dat respondenten verschillende termen gebruikten voor de malus. Te zien zal zijn dat dit (mede) veroorzaakt wordt door juridische invloeden. Juridische aspecten hebben een sterke invloed op de toepassingsmogelijkheden van de malus. Zo is er ten eerste een onderscheid te maken tussen een drietal de in de bouwpraktijk door elkaar heen gebruikte en ongeordende begrippen, te weten:

1. malus;
2. boete en
3. korting.

In deze scriptie worden na deze paragraaf alleen de begrippen malus en boete gebruikt en is een duidelijke scheiding aangebracht in betekenis. Deze keuze en de betekenis van elk der begrippen wordt hieronder toegelicht.

### **Ad 1. De malus**

De malus wordt in deze scriptie gebruikt als een overkoepelend begrip. Ook de boete valt eronder. Meer specifiek zal tevens worden gesproken van een malus indien er geen sprake is van een boete, daar de malus niet direct door juridische aspecten wordt bepaald en de boete wel.

### **Ad 2. De boete**

De boete is een begrip dat rechtstreeks afkomstig is uit de wet. Het zogeheten boetebeding wordt beschreven in artikel 6: 91 BW. Het artikel luidt: “Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan.” Als te zien, valt onder dit artikel zowel een boete die strekt tot vergoeding van de schade alsook een boete die strekt tot aansporing. Daar de malus tot op heden behandeld is als prestatieprikkel en derhalve gericht is op aansporing, geeft dit aspect van deze juridische bepaling een extra dimensie aan de malus als boete, doordat deze ook een fixering van de schade tot doel kan hebben.<sup>76</sup>

### **Ad 3. De korting**

In de praktijk wordt ook wel het begrip ‘korting’ gebruikt. Dit begrip is afkomstig uit de Uniforme Administratieve Voorwaarden 1989 (UAV '89). De UAV '89 is een document met daarin standaardvoorwaarden voor het opstellen van een contract. Van standaardvoorwaarden wordt in praktijk veel gebruik gemaakt aangezien zij zorgen voor uniformiteit in de vele verschillende mogelijke manieren om de rechten en plichten (afspraken) in het contract op te nemen. De contracten worden hierdoor overzichtelijker voor diegenen die er mee moeten werken en men hoeft ook niet steeds het wiel opnieuw uit te vinden. Voor toepassing bij D&C-projecten zijn de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contracten (UAV-GC) ontwikkeld. Van de UAV-GC zijn inmiddels verschillende, elkaar opvolgende, versies in omloop. In de UAV-GC is men afgestapt van de term korting en wordt alleen de term boete gebezigd. In de toelichting bij het model basisovereenkomst is echter te vinden dat hier “niet iets anders mee bedoeld [wordt] als met het begrip ‘korting’ dat gebruikt wordt in § 42 UAV 1989.” (CROW, 2005, p. 88) Aannemelijk kan worden gemaakt dat met de in de de UAV '98 gehanteerde term korting in feite een malus en/of boete werd bedoeld. De mogelijkheid van het opleggen van een korting door de opdrachtgever wordt expliciet genoemd in artikel 42 lid 1. Dit artikel luidt: “De opdrachtgever kan wegens te late oplevering van het werk aan de aannemer kortingen op de aannemingsom opleggen.” De vraag is nu of en zo ja waarin de korting zich, afgezien van de naam, onderscheidt van de malus en de boete. Ten eerste ziet de korting alleen op de indicator tijd en ten tweede gaat het alleen om een financiële handeling. Een handeling die in eerste instantie uit lijkt te gaan van de opdrachtgever. Het opleggen van een korting op de aanneemsom zou kunnen betekenen dat de korting een bedrag is dat wordt ingehouden door de opdrachtgever, en zo dus niet, zoals bij de boete, de mogelijkheid inhoudt van het voldoen van een geldsom door de opdrachtnemer aan de opdrachtgever. Deze gedachte wordt echter teniet gedaan in artikel 42 lid 6 van de UAV '89. Deze luidt: “Kortingen en andere bedragen, die ingevolge de overeenkomst door de aannemer verschuldigd zijn, worden bij de eerstvolgende betalingstermijn en zo nodig bij volgende termijnen van betaling ingehouden of op andere wijze op de aannemer verhaald.” Ten eerste is hier een onderscheid tussen kortingen en ‘andere bedragen’. Van deze andere bedragen is het onduidelijk met welke soorten men hier te maken kan krijgen en of wellicht een malus en/of boete hiertoe behoort. Vervolgens wordt aangegeven dat voor zowel de korting als voor deze andere bedragen geldt dat deze via inhouding of op andere wijze kunnen worden verhaald. Het op andere wijze verhalen, kan ook inhouden dat de opdrachtnemer een bedrag aan de opdrachtgever dient te voldoen. Kennelijk dient dit dus ook onder het ‘opleggen’ van een korting te worden verstaan en behoudt de opdrachtgever zich het recht voor de korting via inhouding of andere wijze op de opdrachtnemer te verhalen. Echter, de optie om het kortingbedrag via het inhouden op de betalingstermijn te verhalen, valt niet onder het voldoen van een geldsom door de schuldenaar (opdrachtnemer). Dit onderdeel van de korting valt niet onder het boetebeding en is daarmee een

---

<sup>76</sup> Geen onderzoek is gedaan naar het voldoen van een andere prestatie dan betaling van een geldsom door de opdrachtnemer.

malus. Indien de korting bestaat uit het voldoen van een geldsom door opdrachtnemer aan opdrachtgever is feitelijk sprake van een boete. De korting bestaat in deze zin uit een enge versie van zowel malus als boete.

Samenvattend kan worden gezegd dat de malus en boete van elkaar zijn te onderscheiden doordat een malus een in het vooruitzicht gestelde financiële straf is, die is gekoppeld aan onwenselijk gedrag op een wijze die niet onder het boetebeding van artikel 6:91 BW valt. De korting is een term die afkomstig is uit de UAV '89 en is te beschouwen als een verouderde term. Bovendien bestaat bij hantering van de term korting inhoudelijke onduidelijkheid over de wijze waarop deze term bezien dient te worden in relatie tot de malus en boete. De malus wordt in de scriptie als overkoepelende term gebruikt voor zowel de malus (welke niet onder artikel 6:91 BW valt) als de boete. Op deze wijze kunnen er twee verschillende soorten malussen worden onderscheiden, die nu beide zullen worden besproken.

### 4.5.3 Malus als malus

De opdrachtgever heeft de mogelijkheid om de malus op te nemen als boete, maar dit hoeft niet. Er zijn verschillende mogelijkheden om een malusregeling op te nemen die niet onder de boeteregeling van art. 6:91 BW valt. Deze mogelijkheden zijn:

1. de malus die gesteld is op onwenselijk gedrag;
2. de malus met speling voor de opdrachtnemer;
3. de malus als overwaarderegeling en
4. de malus als borg.<sup>77</sup>

#### Ad 1. Malus op onwenselijk gedrag

De malus kan worden gesteld op (gespecificeerd) onwenselijk gedrag (zie ook paragraaf 4.3.3). De opdrachtnemer is in voorkomend geval verplicht om een geldsom te betalen. Indien hij dit doet, voldoet hij aan de afspraak en is er geen sprake van tekortkoming in de zin van artikel 6:91 BW.

Een voorbeeld van een malus gesteld op onwenselijk gedrag is de volgende contractuele afspraak: “De opdrachtnemer is gehouden een malus van 100.000 euro te betalen indien hij de Dorpsstraat afsluit”.

Bij de malusregeling dient de opdrachtnemer een geldsom te betalen bij onwenselijk gedrag (gedrag a). Gesteld kan worden dat dit hetzelfde is als het moeten betalen van een geldsom bij tekortkoming ten aanzien van het wenselijke gedrag (gedrag –a). Dit klopt echter alleen voor relatief simpele indicatoren, waarbij het wenselijke gedrag alleen gedrag –a kan zijn. In het besproken voorbeeld is de malus gesteld op het afsluiten van een wegdeel (gedrag a). Dit is hetzelfde als het moeten betalen van de geldsom bij tekortkoming ten aanzien van het niet afsluiten van het wegdeel (gedrag –a). (Excuses lezer: de dubbele ontkenning was hier niet te vermijden.) Zo beschouwd is in dit voorbeeld de malus inderdaad niet van de boete te onderscheiden.

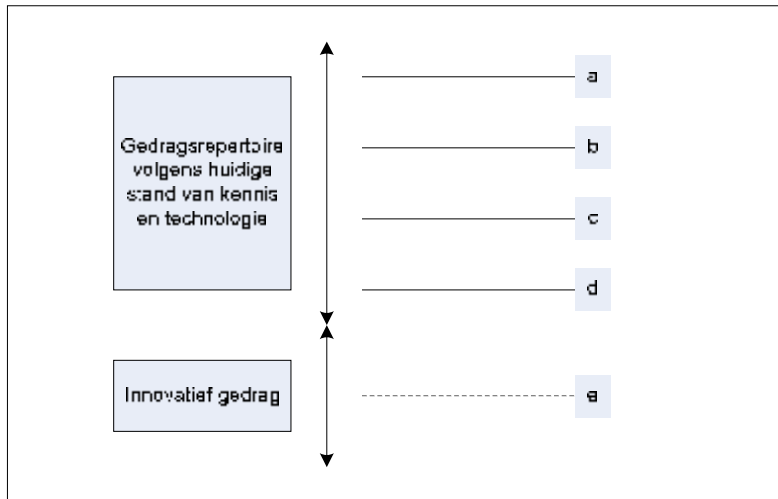
Maar als de afspraak dan minder letterlijk genomen moet worden, kan het ook voorkomen dat het wenselijke gedrag niet gedrag –a is, maar gedrag b. Stel dat er twee soorten producten zijn, X en Y, die aan de producteisen kunnen voldoen. Verder is proces a nodig voor de productie van X en proces b voor de productie van Y. Echter, proces a is onwenselijk voor de opdrachtgever. De opdrachtgever kan dan een malus koppelen aan proces a. Bij een malusregeling als in dit voorbeeld is het wenselijke gedrag (gedrag b) echter zodanig logisch te beredeneren dat gesteld kan worden dat de malusregeling

---

<sup>77</sup> De mogelijkheden zijn gevonden door de bevindingen uit de theorie en de praktijk te combineren. De in paragraaf 4.3 besproken theorie is gecombineerd met het contractenonderzoek en de interviews. De malus/boete, waarvan het onderscheid in beginsel niet duidelijk was, is door middel van interviews in brede zin onderzocht (zie vraag 1 t/m 9 van de vragen over malus/boete onder de Vragen over het bonus/malus-principe op de korte termijn van Vragenlijst 7 in bijlage VIII). De antwoorden fungeerden soms als ‘toets’ of ‘aanvulling’ van datgene wat al was gevonden in de literatuur of positief recht en noopten soms tot het doen van nader onderzoek in literatuur of positief recht (zie ook paragraaf 1.3).

in feite nog steeds een boeteregeling inhoudt. Het wenselijke gedrag is gedrag b en de boete volgt op tekortkoming, ofwel gedrag a.

In praktijk zullen er echter naast gedrag a en gedrag b dikwijls ook mogelijkheden zijn voor gedrag c, d, e etc. In dergelijke gevallen kan niet met zekerheid het wenselijke gedrag worden bepaald naar aanleiding van een malus gesteld op onwenselijk gedrag. Door beperkte rationaliteit kan er namelijk altijd een gedraging zijn waarvan de opdrachtgever niet heeft aangegeven of deze onwenselijk is. Een nadere uitleg volgt, waarbij visuele ondersteuning gevonden kan worden in Figuur 14.



Figuur 14: Visualisering van het gedragensrepertoire volgens de huidige stand van kennis en technologie en mogelijk innovatief gedrag.

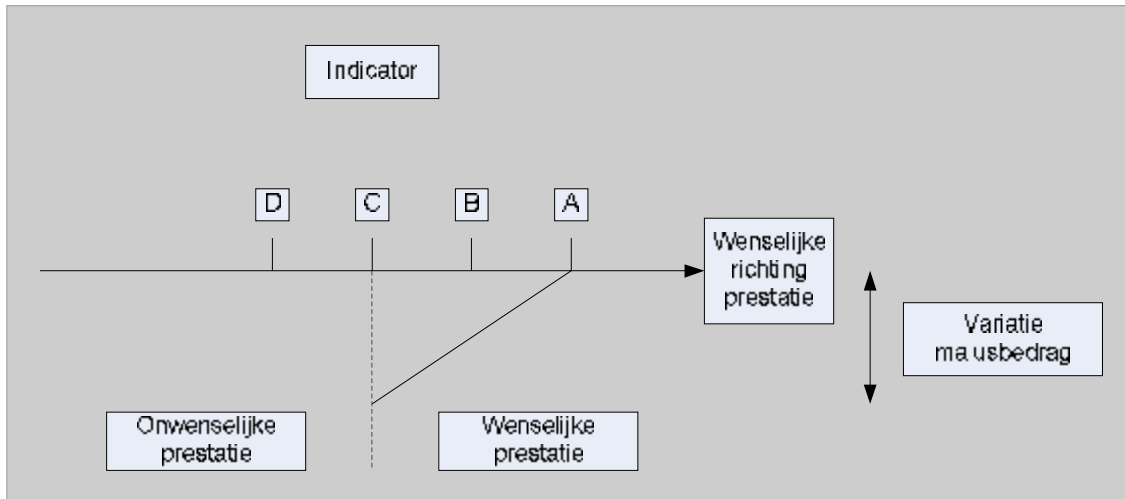
Stel dat gedragingen a, b, c en d het gedragensrepertoire vormen volgens de huidige stand van kennis en technologie en dat de opdrachtgever gedrag b wenselijk vindt. Het kan dan zeer wel voorkomen dat de opdrachtgever een malus verbindt aan gedrag a en c, maar door zijn eigen (meer) beperkte rationaliteit geen afspraken maakt met betrekking tot gedrag d. Doordat de opdrachtgever geen uitspraak doet over de (on)wenselijkheid van gedrag d, is het wenselijke gedrag niet met zekerheid af te leiden uit het feit dat gedrag a en c onwenselijk zijn. De malusregeling kan dan niet worden beschouwd als een geldsom die betaald moet worden door de opdrachtnemer bij tekortkoming ten aanzien van het wenselijke gedrag, eenvoudig omdat het wenselijke gedrag niet bekend is.

Bij D&C gaat men uit van het idee dat de opdrachtnemer over speciale vaardigheden en kennis beschikt waardoor deze de opdracht efficiënter uit kan voeren en dat de opdrachtnemer bij deze uitvoering bovendien kwaliteitsstrategieën volgt. Met betrekking tot dit voorbeeld zou er daarom een grote kans zijn dat de opdrachtnemer zowel bekend is met gedrag b als gedrag d. Bovendien zal de opdrachtnemer eigenlijk moeten nagaan of gedrag b of gedrag d de meest optimale oplossing is voor de opdrachtgever. Hiernaast kan het zijn dat de opdrachtnemer een voor de opdrachtgever wenselijke innovatieve oplossing bedenkt: gedrag e. Deze vrijheid voor optimalisatie en innovatie zou de opdrachtnemer niet gehad hebben indien de opdrachtgever ervoor had gekozen om een boete te koppelen aan tekortkoming ten aanzien van gedrag b. De opdrachtnemer zou dan immers gestimuleerd zijn om zich alleen te richten op het vertonen van gedrag b. Met het oog op de vrijheid van de opdrachtnemer past het daarom in beginsel beter bij de ratio van D&C om een malusregeling te formuleren.

## Ad 2. Malus met speling voor de opdrachtnemer

Indien de opdrachtgever in zijn afspraak met de opdrachtnemer opneemt dat hij een bepaalde mate van terugval accepteert maar hier wel minder voor zal betalen, is er sprake van tekortkoming vanaf het moment dat de terugval buiten de afspraak valt. Er wordt bijvoorbeeld afgesproken dat naast prestatie

A, ook B en C acceptabel zijn maar dat hier wel respectievelijk tien- en twintigduizend euro minder voor wordt betaald. Pas indien prestatie D wordt geleverd, is er sprake van tekortkoming. Een dergelijke malusregeling, valt niet onder het boetebeding als bedoeld in artikel 91.<sup>78</sup> De opdrachtgever dient dan wel te bedenken dat nakoming van de meest wenselijke prestatie (kwaliteit A) dus ook niet is te vorderen, maar dat slechts nakoming kan worden gevorderd van de prestatie die overblijft nadat de te accepteren terugval hiervan is afgehaald (prestatie C). Aan terugval onder de afspraak kan de opdrachtgever wel eventueel een boete verbinden. De malus met speling voor de opdrachtnemer is als volgt te visualiseren:



Figuur 15: De malus met speling voor de opdrachtnemer.

Bij de malus met speling voor de opdrachtnemer kan de opdrachtgever besluiten om in de afspraak op te nemen dat de malus door de opdrachtnemer dient te worden betaald. Eveneens kan bij de malus op onwenselijk gedrag worden opgenomen dat de opdrachtgever de malus inhoudt op de standaardbeloning. Het maakt bij deze soorten malussen dus niet uit of de opdrachtgever geld inhoudt of dat de opdrachtnemer een geldsom aan de opdrachtgever betaalt. Dit onderscheid is wel van belang bij de volgende soorten malussen.

### Ad 3. Malus als overwaarderegeling<sup>79</sup>

De opdrachtgever kan er ook voor kiezen om een bepaald bedrag in te houden op de standaardbetaling en dit bedrag pas aan de opdrachtnemer te voldoen indien het onwenselijke gedrag niet is voorgekomen. Ook deze constructie valt onder de malusregeling en is geen boete in de zin van artikel 91.<sup>80</sup> De opdrachtnemer hoeft immers geen geldsom aan de opdrachtgever te voldoen en ook is het

<sup>78</sup> Uit het antwoord van één van de twee respondenten met juridische achtergrond op vraag 4 van de Vragen over boete/malus van de vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van vragenlijst 7 viel op te maken dat een dergelijke malus tot de mogelijkheden behoort en dat dit niet valt onder het boetebeding (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst). In praktijk wordt hiervan gebruik gemaakt door Prorail. Eén van de respondenten met juridische achtergrond en werkzaam bij Prorail antwoordde dit op vraag 7 van Vragenlijst 2 en gaf expliciet aan dat Prorail bewust niet met boetes werkt, omdat boetes te veel tot een baas-knecht-verhouding leiden (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 5 en 6 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>79</sup> De term 'overwaarderegeling' is afgeleid van een brochure over 'zekerheidsstelling' op de website van STABU en wordt hierin gelijk gesteld aan 'inhouding van termijnbetalingen'. Benadrukt wordt dat een dergelijke voorziening geen zekerheidsstelling is. (STABU, 2007)

<sup>80</sup> Het spanningsveld dat hier ontstaat met de praktijk bestaat uit de mogelijkheid voor de opdrachtgever om in het midden te laten of hij een boete via inhouding van de standaardbeloning of door het voldoen van een geldsom door de opdrachtnemer zal laten verlopen. Er ontstaat dan een grijs gebied tussen de boete en de malus.

geld al aanwezig bij de opdrachtgever voordat er überhaupt sprake is van tekortkoming. Ook naast deze malus kan een boetebeding worden opgenomen.

#### **Ad 4. Malus als borg**

Tot slot kan in het contract een malus worden opgenomen door deze als borg te stellen. De opdrachtnemer dient dan vooraf (dus voordat sprake is van eventuele tekortkoming) een geldsom te voldoen aan de opdrachtgever. Bij tekortkoming wordt (een deel van) deze borg ingehouden. In praktijk is het echter niet waarschijnlijk dat de opdrachtnemer een dergelijke borg zal achterlaten. Er wordt in praktijk dikwijls gewerkt met een bank of borginstelling die verklaart voor een bepaald bedrag borg te zullen staan in geval de opdrachtnemer tekort schiet in de nakoming. In de UAV-GC is deze malusregeling terug te vinden als de zogeheten 'zekerheidsstelling'. Naast de zekerheidsstelling kan de opdrachtgever ook boetes opnemen.

#### **4.5.4 Malus als boete en/ of schadevergoeding**

Naast of in plaats van de malus kan de opdrachtgever er ook voor kiezen om een boete op te nemen in het contract. Verschil met de malus is, naast het feit dat de boete wel onder art. 6:91 BW valt, dat de malus in de vorm van een boete door de rechter kan worden gematigd. Volgens artikel 6:94 lid 1 BW kan de bedongen boete op verzoek van de opdrachtnemer worden gematigd indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Deze matiging kan echter niet verder gaan dan de op basis van de wet toe te kennen schadevergoeding. In beginsel zou men kunnen denken dat hiermee kan worden bewerkstelligd dat elke boete de facto slechts ter fixering dient van de schade. Echter, van de bevoegdheid tot matiging mag pas gebruik gemaakt worden indien het boetebeding "in de gegeven omstandigheden tot een *buitensporig* en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt."<sup>81</sup> Van de bevoegdheid tot matiging mag dan ook alleen in uitzonderlijke gevallen gebruik worden gemaakt.<sup>82</sup> De wijze waarop met de matiging wordt omgegaan verschilt van geval tot geval.<sup>83</sup> Hierbij is zowel de afstemming van de boete (onder meer gelet op wat het doel is en wat de grootte van het bedrag is in relatie tot de aard en omvang van het werk) als de daadwerkelijk geleden schade van belang. Indien geen schade is geleden, is dit bij de boete overigens geen reden om over te gaan tot matiging. De opdrachtnemer heeft immers door ondertekening van het contract ingestemd met de afspraken, waaronder ook met het boetebeding. Of de billijkheid vereist dat er (in het uitzonderlijke geval) eerder tot matiging zal worden overgegaan bij een boete die duidelijk tot doel heeft om de schade te fixeren dan bij een boete gericht op aansporing, is niet zo te zeggen. Dit is afhankelijk van de omstandigheden.<sup>84</sup> Van de mogelijkheid tot matiging kan overigens, aldus art. 94 lid 3 (hetgeen tot het dwingend recht behoort), niet worden afgeweken.

---

Ook is dit het geval indien de opdrachtgever een duidelijke boete opneemt, maar in praktijk toch besluit om de geldsom zelf in te houden op de standaardbeloning.

<sup>81</sup> Het betreft hier een uitspraak van de Hoge Raad van 27 april 2007 (NJ 2007, 262). Bron: Roodenburg en Swaaij, 2007, p. 2296.

<sup>82</sup> "De gedachte hierachter is dat de rechter de vrijheid van partijen om een boetebeding (met nuttige schadefixatie- of aansporingfunctie) overeen te komen niet zonder goede reden mag ondergraven." (Roodenburg & Swaaij, 2007, p. 2298)

<sup>83</sup> Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat de Hoge Raad nog niet eerder heeft gezegd dat van de bevoegdheid tot matiging 'pas' in geval van buitensporigheid gebruik mag maken (Roodenburg & Swaaij, 2007, p. 2296). "Weliswaar heeft hij eerder geoordeeld dat de rechter bij buitensporigheid van die bevoegdheid gebruik 'mag' maken, maar daarmee was niet tevens beslist dat buitensporigheid 'dus' een *condicio sine qua non* is. In casus waarin geen sprake is van buitensporige resultaten, stond daarom voorheen de deur naar matiging minst genomen nog op een kier. Door NJ 2007, 262 is die deur nu wél dicht en op slot." (Roodenburg & Swaaij, 2007, p. 2296) "Dat de ernst van de tekortkoming en omvang van de schade gering is, betekent niet meer dat in beginsel 'dus' matiging geïndiceerd is. Partijen zijn de boete nu eenmaal *overeengekomen*." (Roodenburg & Swaaij, 2007, p. 2299)

<sup>84</sup> In de interviews werd door één van de twee respondenten met juridische achtergrond in antwoord op vraag 2 van de vragen over malus/boete van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van vragenlijst 7 opgemerkt dat de jurisprudentie op het gebied van matiging uiteen loopt. Enerzijds wordt geacht dat de boete gematigd moet worden als er geen schade wordt geleden en anderzijds wordt aangedragen dat de boete ook als

Op grond van art. 6:92 lid 1 BW kan verder worden gevonden dat de boete in plaats van de prestatie zelf komt en dat deze, aldus lid 2 van hetzelfde artikel, ook in de plaats komt van zowel de aanvullende als vervangende schadevergoeding.<sup>85</sup> Door de keuze voor de boete valt in beginsel dus het vangnet van de schadevergoeding, welke bij de malus wel van kracht blijft, weg. Alleen indien de opdrachtgever expliciet in het contract opneemt dat er naast de boete ook nog schadevergoeding kan worden geëist, blijft deze mogelijkheid behouden. Als aangegeven kan de boete tot doel hebben om de opdrachtnemer aan te sporen en/of om de schade te fixeren. In plaats van de boete kan ook worden gekozen voor de schadevergoeding.<sup>86</sup> Een preventieve of straffende functie, die uitgaat van de boete, gaat echter in beginsel niet uit van de schadevergoeding. Uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht is dat schadevergoeding er primair op is gericht om de benadeelde compensatie te bieden voor het door hem geleden of nog te lijden nadeel. “De gedachte is dat de benadeelde door middel van de schadevergoeding in de toestand behoort te worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als het schadegebeuren niet zou hebben plaatsgevonden.” (Bolt & Lensing, 1993, p. 61) De centrale doelstelling van het schadevergoedingsrecht is reeds van oudsher “het goed maken of compenseren van de geleden schade.” (Olthof, 1992, p. 49)<sup>87</sup> De schadevergoeding is daarmee in beginsel minder afschrikwekkend dan de boete, daar de boete hoger kan worden geteld dan de daadwerkelijke schade, zeker indien deze op aansporing is gericht.<sup>88</sup> Ook kan schadevergoeding niet worden toegekend bij afwezigheid van schade, terwijl niet-nakomen bij de boete al voldoende is om onder tekortkoming te vallen.<sup>89</sup>

Hiernaast geldt dat de schadevergoeding pas bij geconstateerde terugval in werking treedt/zichtbaar is voor de opdrachtnemer. Dit, terwijl de boete direct vooraf duidelijk zichtbaar is en daardoor ook reeds vooraf het gedrag van de opdrachtnemer stuurt ten aanzien van de betreffende indicator. Door de directe koppeling is de boete afschrikwekkender dan de mogelijkheid tot schadevergoeding.<sup>90</sup>

---

prikkel/aansporing werkt en dus niet gematigd zou moeten worden (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>85</sup> Olthof (1992, p. 16) merkt echter op dat hier in de praktijk veelvuldig van wordt afgeweken, “bijvoorbeeld in die zin dat de boete op de enkele vertraging wordt gesteld. In dat geval kan naast de boete wel nakoming of vervangende schadevergoeding worden gevorderd.”

<sup>86</sup> In vergelijking tot schadevergoeding kan gesteld worden dat de wet aan het invoeren van het boetebeding dezelfde eisen stelt “als die welke gelden voor het vorderen van schadevergoeding op grond van de wet.” (Olthof, 1992, p. 15) Dit feit komt voort uit artikel 6:93 BW en heeft tot gevolg dat er, net als bij de schadevergoeding, sprake dient te zijn van tekortkoming en dat de opdrachtgever, voor zover nodig, een ingebrekestelling en een omzettingsverklaring dient uit te brengen. Ook kan er, aldus artikel 6:92 lid 3, geen nakoming worden gevorderd van het boetebeding “indien de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.”

<sup>87</sup> Dit wil echter niet zeggen dat de opdrachtnemer niet door de schadevergoeding bestraft kan worden. Immers, indien de veroorzaakte schade het door de opdrachtnemer verkregen voordeel te boven gaat, zal de opdrachtnemer wel degelijk worden bestraft door de schadevergoeding.

<sup>88</sup> Belangrijk is hierbij te vermelden dat de afschrikwekkende werking (voor zover aanwezig) in beginsel afneemt naarmate de opdrachtnemer zich beter tegen de gevolgen kan verzekeren. Ten aanzien van de schadevergoeding geldt dan ook volgens artikel 6: 109 lid 2 BW dat de schadevergoeding niet kan worden gematigd “tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken.” Verder onderzoek naar de relatie met verzekeringen valt echter buiten het kader van dit onderzoek.

<sup>89</sup> Beide respondenten met juridische achtergrond gaven dit expliciet aan. De ene antwoordde dit op vraag 2 van de algemene vragen van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn en de andere op vraag 2 van de Vragen over malus/boete van de vragen over Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 7 (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>90</sup> Eén van de twee respondenten met juridische achtergrond gaf in antwoord op vraag 6 van de Vragen over malus/boete van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van vragenlijst 7 aan dat de boete de opdrachtnemer eerder zal prikkelen, aangezien het psychologisch en ook economisch een andere impact heeft dan de schadevergoeding welke niet direct vooraf zichtbaar is. Wel gaf hij aan dat een belangrijk nadeel is dat de opdrachtnemer bij een boete geneigd kan zijn om deze mee te rekenen in de inschrijfprijs omdat hij dit ziet als



Bovendien wordt met de boete voor zover deze in plaats komt van de schadevergoeding een discussie en bijbehorende (proces)kosten over het daadwerkelijke schadebedrag voorkomen. De boete kent verschillende voor-, maar ook nadelen ten opzichte van de schadevergoeding. In dit onderzoek wordt alleen dieper ingegaan op de boete, waarbij wel oog gehouden is voor het raakvlak met schadevergoeding, voor het mogelijk komen te vervallen van de prestatie en ook voor de aangehaalde mogelijkheid tot matiging. Er zijn twee subsoorten van de malus als boete te onderscheiden, te weten:

1. de malus als boete ter vergoeding van de schade en/of
2. de malus als boete ter aansporing.

#### **Ad 1. Malus als boete ter vergoeding van de schade**

Indien het boetebeding gericht is op vergoeding van de schade heeft het tot doel “om onzekerheid over de omvang van de schade uit te sluiten en een onderzoek daarnaar derhalve overbodig te maken.” (Bolt & Lensing, 1993, p. 66) Dit laat onverlet dat de opdrachtgever van tevoren goed dient na te gaan uit welke schadeposten de boete is opgebouwd.<sup>91</sup> Het boetebeding beoogt in feite een op handen zijnde discussie over de hoogte van het schadebedrag te voorkomen alsook eventueel de met de discussie gepaard gaande proceskosten. Van Wijngaarden (1990, o.a. p. 44) geeft aan dat de omvang en grootte van de door de opdrachtgever op de opdrachtnemer te verhalen schade in praktijk vaak moeilijk te bepalen is en voor discussie vatbaar blijkt.<sup>92</sup> Om daadwerkelijk discussie te voorkomen, zal de opdrachtgever de boete zo nauwkeurig mogelijk moeten bepalen. Feitelijk is hier dus sprake van een gefixeerde schadevergoeding.

Het voordeel van deze gefixeerde schadevergoeding verwordt echter tot een nadeel voor de opdrachtgever op het moment dat de werkelijke kosten boven het vastgestelde bedrag uitkomen. Voor de opdrachtgever is het dan ook van belang te weten dat er ook een mogelijkheid is tot het verkrijgen van een aanvullende schadevergoeding. Het is volgens art. 6: 94 lid 2 BW mogelijk om naast de overeengekomen boete een aanvullende schadevergoeding door de rechter toegewezen te krijgen, maar alleen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Een aanvullende schadevergoeding is dus slechts in bepaalde gevallen mogelijk. In principe kan er namelijk volgens de jurisprudentie naast of in plaats van de overeengekomen boete wegens overschrijding van een termijn “geen vergoeding van werkelijke, uit dezelfde oorzaak geleden schade worden toegekend”. (Van Wijngaarden, 1990, p. 45) “Aanvulling van de boete is alleen mogelijk indien de boete in de plaats komt van de wettelijke schadevergoeding (vgl. art. 92 lid 2) en de schade de boete overtreft (art. 94 lid 2).” (Olthof, 1992, p. 17)

Uiteraard gaat een volgende gedachte uit naar de situatie waarin de boete boven de daadwerkelijke schade uit komt. Als aangegeven kan een dergelijke boete in uitzonderlijke gevallen worden gematigd. Hierbij is de enkele reden dat de boete boven de daadwerkelijke schade uitkomt, geen reden om de boete te matigen (ook niet indien er helemaal geen schade is geleden). Olthof (1992, p. 17) geeft aan dat het artikel over matiging van de boete gezien moet worden als uitwerking van art. 248, handelend over redelijkheid en billijkheid, en haalt aan dat dit artikel de matigingsbevoegdheid van de rechter uitdrukkelijk erkent. “Matiging mag [echter] niet verder gaan dan tot het bedrag van de wettelijke schadevergoeding, berekend op grond van art. 74 e.v. (gevolgen van niet-nakoming) en art. 95 e.v. (wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding), inclusief art.109 (matiging). Is de boete naast de wettelijke schadevergoeding verschuldigd, dan kan zij derhalve geheel worden ‘weggematigd’.” Verder kan matiging van de boete ook automatisch volgen, bijvoorbeeld indien de opdrachtgever een weg voortijdig in gebruik laat nemen. Van Wijngaarden (1990, p. 45) geeft aan dat bij overschrijding van de oplevertermijn dan wordt gezegd dat “de opdrachtgever geen schade heeft geleden omdat hij het werk reeds voor de formele oplevering geheel of gedeeltelijk in gebruik heeft genomen.” Hiermee

---

risico, terwijl dit bij schadevergoeding minder het geval zal zijn (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>91</sup> Dit in verband met mogelijke matiging van de boete of beroep op aanvullende schadevergoeding.

<sup>92</sup> Artikel 6:97 biedt expliciet de mogelijkheid voor de rechter om de omvang van de schade te schatten in geval dat deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.

heeft de opdrachtgever geen recht meer op de overeengekomen boete, of in ieder geval niet op het volle bedrag daarvan (Van Wijngaarden, 1990, p.45).

### **Ad 2. Malus als boete ter aansporing**

Bolt en Lensing (1993, p. 66) geven aan dat het boetebeding ook zodanig kan worden geconstrueerd dat “de schuldeiser naast de boete nog recht op schadevergoeding behoudt. De boete is dan niet een vervanging van de schadevergoeding, maar komt daar bovenop. Zij heeft in dit geval een duidelijke preventieve functie, in die zin dat ze bedoeld is om de schuldenaar af te houden van wanprestatie.” In feite is de primaire functie van de malus ook om de opdrachtnemer tot nakoming aan te sporen. Het belang van deze functie wordt ook wettelijk gezien onderkend. Anders zou de boete immers slechts een *schadevergoeding ad futurum* zijn en zou deze niet alleen in het uitzonderlijke geval moeten kunnen worden gematigd, maar zou matiging plaatsvinden zodra de boete de daadwerkelijke schade overschrijdt.<sup>93</sup> De aansporende functie wordt dus ook onderkend indien de boete duidelijk bedoeld is als vergoeding van de schade en de aansporende functie niet expliciet is gemaakt. Feit blijft echter dat een preventieve of bestraffende, ofwel aansporende functie bij de boete gericht op vergoeding van de schade niet als hoofdfunctie wordt onderkend.

Bolt & Lensing (1993, p. 66) geven aan dat de boete alleen dan een preventieve functie kent indien “het boetebeding er niet toe strekt om de schadevergoeding te fixeren, maar bedoeld is om een boete vast te stellen onverminderd de rechten van de schuldeiser op vergoeding van zijn schade. De wetbepalingen omtrent het boetebeding zijn van het regelend recht [uitgezonderd art. 94 lid 1, welke tot het dwingend recht behoort]. Partijen zijn dus vrij om het boetebeding zo te construeren dat de schuldeiser naast de boete nog recht op schadevergoeding behoudt. De boete is dan niet een vervanging van de schadevergoeding, maar komt daar bovenop. Zij heeft in dit geval een duidelijk preventieve functie, in die zin dat ze bedoeld is om de schuldenaar af te houden van wanprestatie.”<sup>94</sup> In de interviews is deze mogelijkheid bevestigd en er is ook geen dwingend recht dat anders vermeldt.<sup>95</sup> De opdrachtnemer blijft in dit geval gehouden tot het leveren van de prestatie. Wel zal een aanvullende schadevergoeding op basis van artikel 6:94 lid 2 waarschijnlijk niet meer worden toegekend. De behoefte hieraan is ook slechts zeer beperkt aanwezig, aangezien de opdrachtgever naast de boete nog schade kan vorderen.

Aanvullend kan worden opgemerkt dat de opdrachtgever ook een boete gericht op aansporing kan opnemen in het contract door louter aan te geven dat het een boete gericht op aansporing betreft. Wil

---

<sup>93</sup> Het oude BW maakt een expliciet onderscheid tussen de gefixeerde schadevergoeding en de boete (Olthof, 1992, p. 66). Dit onderscheid is in het huidige BW weggefallen. De wet is hiermee “vriendelijker voor diegene die een boete verschuldigd wordt.” Naast dit weggefallen onderscheidt hij op het feit dat op grond van art. 94 lid 3 ieder beding waarbij wordt afgeweken van lid 1, dat de matiging van boeten mogelijk maakt, nietig is. Een matiging kan dan ook niet contractueel worden uitgesloten. Tot slot duidt hij op het contrast met art. 94 lid 2. Dit artikel maakt het mogelijk om naast een boete die als gefixeerde schadevergoeding bedoeld is een aanvullende schadevergoeding te vorderen op grond dat de billijkheid zulks klaarblijkelijk eist. Van dit artikel kan namelijk wel in het contract worden afgeweken. Genoemde artikelen zijn in beginsel dan ook ten voordele van de opdrachtnemer afgestemd.

<sup>94</sup> Ook geven Bolt en Lensing (1993, p. 62) aan dat hier eventueel nog vergeldende elementen in ontdekt zouden kunnen worden, maar hier zal in dit onderzoek niet verder op worden ingegaan daar dit te veel raakt aan de psychologische invalshoek op het niveau van het individu/de persoon.

<sup>95</sup> Door één van de twee respondenten met juridische achtergrond werd op vraag 3 van de Vragen over malus/boete van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 7 geantwoord dat de boete als prikkel naast de schadevergoeding kan worden opgenomen en dat hiernaast nog een boete ter fixering van de schade kan worden opgenomen. De andere respondent uit deze zelfde groep antwoordde op vraag 4 van de Vragen over malus/boete van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 7 dat boete en schadevergoeding naast elkaar kunnen worden opgenomen in het contract, maar dat dit dan wel expliciet in het contract moet worden opgenomen (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst). Opgemerkt dient te worden dat een dergelijke vorm van de boete in de bouwpraktijk niet gewoon is. Het wordt wel gezien als eten van twee walletjes en ook in de UAV-GC wordt aangeraden hier van af te zien (CROW, 2004, p. 90-91).

een dergelijke boete daadwerkelijk een aansprekende functie hebben, dan dient de opdrachtgever wel een goed zicht te hebben op de belangen van de opdrachtnemer en zal hij moeten nagaan of zijn eigen mogelijke schade niet groter is dan de boete die nodig is om de opdrachtnemer aan te sporen. Bedacht moet worden dat de boete in dit geval wel in plaats van de mogelijkheid tot schadevergoeding komt, daar niet expliciet is vermeld dat deze mogelijkheid naast de boete blijft bestaan. Ook dient men te beseffen dat de boete dan in plaats komt van de te leveren prestatie. Tot slot bemoeilijkt de opdrachtgever hiermee een eventuele vordering van aanvullende schadevergoeding volgens artikel 6:94 lid 2.

#### *Soorten malussen*

1. Malus als malus
  - a. Malus op onwenselijk gedrag
  - b. Malus met speling voor de opdrachtnemer
  - c. Malus als overwaarderegeling
  - d. Malus als borg
2. Malus als boete
  - a. Malus als boete ter vergoeding van de schade
  - b. Malus als boete ter aansporing

#### **4.5.5 Proces en/of product**

De verschillende soorten malussen kunnen aan zowel proces- als productindicatoren worden gekoppeld. Het (juridische) onderscheid tussen de soorten malussen heeft echter gevolgen voor de wijze waarop de malussen kunnen worden toegepast in het D&C-contract. Naast het feit dat de opdrachtgever de (on)mogelijkheid van het vorderen van schadevergoeding en de eventuele mogelijkheid tot matiging in het oog zal moeten houden, bleek uit de interviews dat de malussen ook hun beperkingen kennen waar het gaat om de wijze waarop deze aan prestaties ten aanzien van het proces en/of het product kunnen worden gekoppeld. De (juridische) kenmerken van de malus als boete hebben invloed op de wijze waarop deze in het D&C-contract kan worden opgenomen.<sup>96</sup>

De boete kan zowel op het niet voldoen aan proceseisen als op het niet voldoen aan producteisen worden gesteld. Voor zover de koppeling met de indicator tijd niet is gemaakt en de boete niet naast de mogelijkheid tot schadevergoeding is gesteld, kan de opdrachtnemer er voor kiezen om de prestatie af te kopen. De boete komt op basis van artikel 6:92 lid 1 BW immers in plaats van de gewenste prestatie. De boete wordt gewoon betaald en er wordt een prestatie van mindere kwaliteit geleverd. Dit gedrag is zowel ten aanzien van het product als ten aanzien van het proces onwenselijk. Voor het product geldt echter dat er in principe dikwijls nog de mogelijkheid zal zijn om alsnog de gewenste kwaliteit te verkrijgen, terwijl bij proceseisen dikwijls geldt dat het leed al is geleden (denk hierbij aan het overschrijden van een door de opdrachtgever gestelde eis ten aanzien van geluidsniveau). Ten aanzien van het proces dient hierbij nog een onderscheid te worden gemaakt tussen een doorlopend proces en een zich herhalend proces. Voor het doorlopende proces, waarbij de opdrachtnemer bijvoorbeeld garant moet staan voor een schone projectomgeving gedurende het project, dient de opdrachtgever aan te geven dat de boete is gesteld *per terugval* ten aanzien van de eis. Laat de opdrachtgever dit achterwege, dan zou de opdrachtnemer bij een enkele boete voor een geconstateerde terugval op het vereiste doorlopende proces niet meer gehouden zijn te voldoen aan de afgesproken prestatie voor het vervolg van het project.<sup>97</sup> Anders is dit bij zich herhalende processen. Bijvoorbeeld

<sup>96</sup> De hierna te bespreken invloed van de (juridische) kenmerken van de malus als boete is ingegeven door de antwoorden van één van de twee respondenten met juridische achtergrond op vraag 4 van de Vragen over malus/boete van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 7 (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>97</sup> Een theoretische beperking hierbij wordt gevormd door de vraag wat nu onder een afzonderlijk te onderscheiden terugval dient te worden volstaan. Is bijvoorbeeld iedere keer dat geconstateerd wordt dat een continu draaiende generator het door de opdrachtgever gestelde acceptabele geluidsniveau overschrijd een

indien de opdrachtnemer in het weekend maximaal één rijbaan mag afsluiten. In dit geval hoeft de boete niet op elke afzonderlijke terugval te worden gesteld. Het enkele feit dat het weekend is en het aantal afgesloten rijbanen kan worden gemeten, is iedere keer voldoende om te bepalen of aan de eis wordt voldaan. Het feit dat de opdrachtnemer in een vorig weekend een boete heeft gekregen ontslaat hem niet van zijn prestatieplicht in een volgend weekend. Ook kan een proceseis in theorie worden afgedekt met een boete op een producteis. Dit geldt echter alleen voor zover de proceseis ziet op het verkrijgen van een kwalitatief goed product. Zo kan bijvoorbeeld indien er een x aantal minuten verdicht moet worden voor het verkrijgen van een kwalitatief goed beton een boete worden gekoppeld aan (terugval op) het aantal minuten verdichten, maar ook aan de kwaliteit van het beton. Een ander voorbeeld betreft het verleggen van kabels en leidingen. Er kan een boete gesteld worden op de eis dat de waterleiding heel moet blijven, maar men kan ook een boete stellen op de eis dat proefsleuven moeten worden gegraven om de waterleiding te lokaliseren.<sup>98</sup>

#### *Invloed malus als boete*

Gezien de kenmerken van de malus als boete kan deze gekoppeld worden aan een indicator die betrekking heeft op:

1. een doorlopend proces;
2. een zich herhalend proces;
3. het product

De opdrachtgever dient hierbij rekening te houden met de mogelijke (juridische) gevolgen die voortkomen uit de (juridische) kenmerken van de soorten malussen.

#### **4.5.6 Relatie**

Het opnemen van een malus in het D&C-contract is in beginsel negatief voor de vertrouwensrelatie met de opdrachtnemer. De opdrachtgever spreekt hiermee de verwachting van terugval uit en de opdrachtnemer wordt geconfronteerd met zowel de mogelijke kosten van de malus als met kosten om de malus te voorkomen.<sup>99</sup> Dit kan tot gevolg hebben dat de opdrachtnemer zich begint in te dekken

---

afzonderlijke terugval? Waarschijnlijk zal dit door het feit dat de terugval steeds eenzelfde oorzaak kent, niet het geval zijn. Het feit dat verschillende waarnemingen van de terugval zijn gedaan is onvoldoende om de terugval te discrimineren. Ook een producteis kan de opdrachtgever immers niet afdwingen door boete op boete op boete. De mogelijkheid voor de opdrachtnemer om de prestatie af te kopen blijft dus bestaan. Wel kan de opdrachtnemer in genoemd voorbeeld alsnog een boete krijgen indien hij het geluidsniveau te boven gaat door het gebruik van heimachines in plaats van (grond-)boormachines daar de terugval dan een andere oorzaak kent en de boete per (afzonderlijke) terugval is gesteld. In praktijk kan bovenstaand probleem wellicht worden omzeild door te stellen dat een tekortkoming uit een zelfde oorzaak na het verstrijken van een bepaalde tijdseenheid na een tekortkoming uit eenzelfde oorzaak waarvoor reeds een boete is geïnd, niet langer als dezelfde tekortkoming wordt beschouwd, maar als een afzonderlijke terugval ten aanzien van de betreffende eis.

<sup>98</sup> Ook op het niet voldoen aan een producteis kan dus, al dan niet ten aanzien van het product dat door de opdrachtnemer wordt geproduceerd, een boete worden gesteld. Bij het voorbeeld van de waterleiding gaat de gedachte uit naar het stellen van een boete *per terugval*, aangezien de opdrachtnemer anders wederom de prestatie kan afkopen voor de rest van het project. Een dergelijke boete is echter alleen verantwoord ten aanzien van reeds aanwezige producten of belangrijke tussenproducten. Een boete op terugval op het eindproduct kan, voor zover de prestatie bij geconstateerde tussentijdse terugval nog geleverd kan worden, immers ook alleen aan het eind van het project worden geconstateerd, tenzij nakoming voor de oplevering overduidelijk niet meer mogelijk is.

<sup>99</sup> Twee van de vier respondenten met ervaring aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant gaven in antwoord op vraag 2 van de Vragen over het bonus/malus-principe van Vragenlijst 1 aan dat er een negatieve benadering uitgaat van de malus. Een derde respondent van deze zelfde groep noemde in antwoord op vraag 7 van de Vragen over het bonus/malus-principe van Vragenlijst 1 dat er een negatieve benadering uitgaat van de malus en een andere respondent van deze zelfde groep noemde dat de relatie onder spanning komt te staan en het met de malus beoogde voordeel daardoor wel eens verloren zou kunnen gaan. Eén van de drie respondenten met opdrachtgevende/adviserende rol gaf in antwoord op vraag 4 van de Vragen over het bonus/malus-principe op

tegen het risico van de malus. Doordat de opdrachtnemer zich tussen twee straffen bevindt, wordt een berekenende houding en het zoeken naar gaten in het contract versterkt. De kans blijft bestaan en wordt ook versterkt dat de opdrachtnemer misbruik maakt van zijn betere onderhandelingspositie. Hij kan misbruik gaan maken van de aanwezige informatieasymmetrie en proberen verantwoordelijkheid van zich af te schuiven.<sup>100</sup> Ook kan hij zijn verlies proberen te beperken door (meer) terug te vallen op andere indicatoren of door zich stiekem te gaan gedragen.<sup>101</sup> Aan de ander kant kan worden gesteld dat als de opdrachtnemer instaat voor de afgesproken prestatie, hij ook weinig te vrezen heeft.

Overigens is de (mogelijkheid van) het innen van een malus een door de opdrachtgever gecreëerde bevoegdheid.<sup>102</sup> De opdrachtgever kan (anders dan bij de bonus) altijd besluiten om af te zien van handhaving. De malus krijgt hiermee een extra dimensie doordat deze ook gebruikt kan worden als middel om mee te dreigen en aldus (alsnog) een goede prestatie af te dwingen. Ook in geval van een boete is sprake van een bevoegdheid. Er worden in totaal drie stappen onderscheiden die van belang zijn bij de boete, te weten:

1. Opdrachtnemer is in gebreke;
2. Opdrachtgever dreigt met de boete;
3. Opdrachtgever int de boete.

Als aangegeven dient bij de boete ten eerste sprake te zijn van niet-nakoming. De opdrachtnemer is dan in gebreke (net als bij schadevergoeding). De opdrachtgever heeft vervolgens de keuze om alsnog nakoming te vorderen of om de boeteregeling in werking te stellen. Indien de opdrachtgever de boete ook daadwerkelijk int, komt de boete in plaats van de prestatie.

De opdrachtgever moet wel voorzichtig zijn met het dreigen met c.q. innen van de malus. Het op de juiste wijze handhaven van de malus heeft een positief effect op de relatie, maar net als de bonus geldt dat het gaat om een grijs gebied waarin het moeilijk is te bepalen wat de juiste beslissing is.<sup>103</sup> Controle en handhaving blijven ook hier van belang.

## 4.6 Werking in de praktijk

De werking (effectiviteit en efficiëntie) van de verschillende te onderscheiden soorten bonussen en malussen is niet in praktijk te toetsen, aangezien het hier ontwikkelde instrumentarium nog niet in de praktijk wordt toegepast. Er kan daardoor niet gericht naar de verschillende soorten worden gezocht en er kan ook, in verband met onbekendheid met de in kaart gebrachte begrippen en betekenissen, moeilijk in interviews over worden gesproken. Het ontwikkelde instrumentarium beïnvloedt niet direct

---

korte termijn van Vragenlijst 3 aan dat de malus een negatieve sfeer oproept en dat de economische gevolgen van de slechte relatie misschien nog wel veel meer kosten met zich meebrengen. Eén van de twee respondenten met opdrachtnemende rol gaf in antwoord op vraag 2 van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 6 aan dat de malus niet duidt op vertrouwen (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 1 t/m 4, 7 t/m 9 en 12 en 13 en bijlage VIII voor de vragenlijsten).

<sup>100</sup> Dit gedrag is overigens minder snel te verwachten bij de ‘malus met speling voor de opdrachtnemer’, omdat de opdrachtnemer dan meer keuzevrijheid heeft ten aanzien van de te leveren prestatie.

<sup>101</sup> Dit gedrag kan ook voorkomen bij de bonus, aangezien het meer opbrengst/minder verlies kan opleveren, maar een bonus stimuleert een dergelijke afbreuk van de vertrouwensrelatie in beginsel niet of in elk geval minder dan de malus.

<sup>102</sup> In de interviews werd hier ook op geduid door één van de twee respondenten met juridische achtergrond in antwoord op vraag 4 van de Vragen over malus/boete van de Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn van Vragenlijst 7 (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 14 en 15 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

<sup>103</sup> Uit het antwoord van één van de twee respondenten met opdrachtnemende rol op vraag 5 van de Vragen over het bonus/malus-principe van Vragenlijst 6 kon worden opgemaakt dat het hier in praktijk gaat om een grijs gebied waarbij het al dan niet innen van (een gedeelte van) de malus door de opdrachtgever invloed heeft op de vertrouwensrelatie met de opdrachtnemer (zie respectievelijk bijlage VII respondenten 12 en 13 en bijlage VIII voor de vragenlijst).

de werking van de verschillende soorten in de praktijk, maar kan wel invloed hebben op het gebruik in de praktijk en daarmee op de juridische praktijk. De scriptie bevat daarom aandachtspunten voor het gebruik van het instrumentarium van het bonus/malus-principe in de praktijk; tot die aandachtspunten behoren zeker ook juridische aspecten. Verder onderzoek naar eventueel in praktijk voorkomende discrepanties tussen naamgeving en inhoud van de contractuele regeling en tussen de contractuele regeling enerzijds en de uitvoering anderszijds en verdere voorspellingen over eventuele juridische gevolgen van bepaald gebruik van het ontwikkelde instrumentarium van het bonus/malus-principe in de praktijk, vallen echter buiten het kader van dit onderzoek.

Het ontwikkelde instrumentarium brengt ordening aan in de betekenissen en begrippen die in praktijk door elkaar lopen. Het beschrijft de (beperkte) mogelijkheden voor de toepassing van het bonus/malus-principe in het D&C-contract en de praktische en juridische kenmerken van de verschillende mogelijke soorten bonussen en malussen. De opdrachtgever kan zo van te voren een bewuste keuze maken uit de soort(en) die hij in praktijk in het D&C-contract toepast. Hij heeft nu zicht op de gevolgen van zijn keuzes waar het gaat om juridische afdwingbaarheid, de mogelijkheid van eventuele matiging en schadevergoeding, de koppeling met proces- en producteisen en effecten op de vertrouwensrelatie. De opdrachtgever kan zo zijn keuzes beter verantwoorden en zijn eventuele (proces)kosten bij de sturing via het bonus/malus-principe beter beheersen.

Een “perfecte” toepassing van het bonus/malus-principe kan niet worden bereikt, hiervoor is de praktijk te complex. Projecten zijn uniek en omstandigheden en juridische aspecten veranderlijk. Nader onderzoek kan de opdrachtgever echter wel handvatten bieden om de opdrachtnemer zo effectief en efficiënt mogelijk te sturen. In deze scriptie is een beeld gepresenteerd van de complexe werking van het bonus/malus-principe in de praktijk. Maar om een nog scherper beeld te kunnen krijgen, is nader onderzoek gewenst.

Tot op heden is steeds expliciet en impliciet gesproken over meetbare indicatoren in die zin dat de opdrachtgever in feite een meetlat formuleert waartegen de prestatie kan worden afgetekend. Een leek kan als het ware boordelen wat de bonus danwel malus is bij de waargenomen prestatie. Maar niet alle eisen en wensen van de opdrachtgever laten zich even gemakkelijk in een dergelijke vorm gieten. Een indicator kan ingewikkelder van aard zijn en de prestatie op de indicator zal dan dikwijls op een minder objectieve wijze moeten worden beoordeeld. Echter, ook voor meer ‘simpele’ vormen van indicatoren kan een ‘simpele’ meetlat blijken te ontbreken. Het kan voorkomen dat indicatoren door kenmerken van het proces en/of het product niet analoog, maar alleen digitaal kunnen worden geformuleerd. Hierbij kan het zijn dat ook een indeling in gradaties niet mogelijk is. Soms heeft de opdrachtgever ook maar een beperkt belang bij een betere prestatie. Dan is het voor de opdrachtgever zinnig om naast de minimaal gewenste kwaliteit ook de maximaal te belonen kwaliteit op te nemen. Indicatoren kunnen hierdoor in praktijk verschillende vormen kennen. De opdrachtgever zal hiermee rekening moeten houden bij het opstellen van het D&C-contract.

Het is voor de opdrachtgever in praktijk ook van belang om de hoogte van het aan de indicator gekoppelde bonus/malus-bedrag welbewust te bepalen. De hoogte van bedrag is immers van invloed op de aantrekkelijkheid en afschrikwekkendheid van respectievelijk de bonus en de malus en daarmee op de prestatie op de betreffende indicator.

Het bonus/malus-principe zou de opdrachtgever zo mogelijk in staat moeten stellen de opdrachtnemer naar de verlangens van de opdrachtgever te laten handelen. Het blijft moeilijk om met dat oogmerk de ‘juiste’ indicatoren en de ‘juiste’ beloningen in het D&C-contract op te nemen. De opdrachtgever zal er, volgens de theorie, voor moeten zorgen dat zijn belang het belang van de opdrachtnemer wordt. In praktijk zal de opdrachtgever moeten bepalen wat zijn belang is en op welke wijze hij dit belang tot uitdrukking kan laten komen in een aan de indicator(en) gekoppeld(e) bonus/malus-bedrag(en). Zo kan hij immers zijn belang aan de opdrachtnemer laten zien. Maar ook als dat lukt zijn er in praktijk nog verschillende factoren van invloed op de aantrekkelijkheid of afschrikwekkendheid van de bonus/malus-bepalingen. De op optimalisatie van de eigen onderneming gerichte opdrachtnemer zal ook zijn belang bij andere projecten laten meewegen in zijn gedragskeuze. Verder stellen het budget

van de opdrachtgever en de proportionaliteit (maatschappelijke) grenzen aan de sturingsmogelijkheden van het bonus/malus-principe en hiernaast is ook de conjunctuur van invloed op die sturingsmogelijkheden. Om het 'juiste' bonus/malus-bedrag te kunnen opnemen in het D&C-contract zal de opdrachtgever rekening moeten houden met al dergelijke invloedsfactoren.

Echter, ook bij een (zo) juist (mogelijk) opgenomen bonus en/of malus in het D&C-contract blijft gelden dat controle, ofwel het verkleinen van de informatieasymmetrie, noodzakelijk is. De toepassing van het bonus/malus-principe is in praktijk niet de enige manier is om het gedrag van de opdrachtnemer te sturen. Andere sturingsmechanismen zoals controle, maar ook bijvoorbeeld een juiste risicoverdeling, zijn in praktijk van belang.

## 5 Conclusies en aanbevelingen

Dit hoofdstuk bevat een korte samenvatting van het onderzoek en vervolgens komen de conclusies en aanbevelingen aan bod.

### 5.1 Korte samenvatting

De aanleiding voor dit onderzoek is een barrière in het gebruik van D&C-contracten door decentrale overheden. De opdrachtgever krijgt bij het uitbesteden te maken met onzekerheid over het (negatief opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer. Een intensieve controle van de opdrachtnemer leidt echter tot verlies van de meerwaarde van uitbesteden. Na een theoretische bespreking van het D&C-contract zijn de oorzaken van het probleem van de opdrachtgever, dat zich ook bij D&C voordoet, nader onderzocht voor de praktijk. Vervolgens is het praktische probleem zelf gevat in theorie en is aan de hand van economische organisatie-theorieën onderzocht wat de oorzaken van het probleem van de opdrachtgever zijn. Vanuit deze theorieën is het bonus/malus-principe als mogelijke oplossing voor het probleem naar voren gekomen. Onderzocht is hoe toepassing van het bonus/malus-principe de opdrachtgever, die werkt of wil werken met een D&C-contract, zou kunnen helpen. Er is daarbij in het bijzonder aandacht besteed aan de juridische aspecten van verschillende soorten bonussen en malussen die in het D&C-contract kunnen worden opgenomen.

### 5.2 Conclusies

In theorie leidt het D&C-contract tot een heldere scheiding van verantwoordelijkheden tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Er wordt daarbij meer verantwoordelijkheid bij de opdrachtnemer gelegd, omdat dit geacht wordt tot meerwaarde te leiden voor het project. De opdrachtgever dient na ondertekening van het contract meer afstand te houden tot het project dan in de traditionele situatie, aangezien bemoeienis leidt tot een vertroebeling van de heldere scheiding van verantwoordelijkheden. Een intensieve controle doet afbreuk aan de beoogde meerwaarde van D&C en zorgt voor oplopende controlekosten. De opdrachtgever zou zijn controle moeten minderen. In theorie kan de opdrachtgever na ondertekening van het contract echter te maken krijgen met onzekerheid over het negatief opportunistische gedrag van de opdrachtnemer. Deze onzekerheid is bij D&C zeer relevant aangezien het gedrag van de opdrachtnemer, in vergelijking met de traditionele situatie, in grotere mate bepalend is voor het eindresultaat. Hierbij is het de vraag of de opdrachtnemer zijn winst wel zal behalen uit de bij D&C gewenste proces- en productoptimalisatie en –innovatie. Het feit dat het leeuwendeel van het contract een resultaatsverbintenis betreft biedt hierbij geen soelaas. De opdrachtgever wordt via artikel 7: 758 lid 3 BW zelfs tot controle gedwongen, doordat de opdrachtnemer niet aansprakelijk is voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

In de interviews is bevestigd dat in praktijk onzekerheid bestaat over het (negatief opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer bij D&C. Ook blijkt de opdrachtgever, gevoed door zijn traditionele rolpatroon, dikwijls een intensieve controle uit te voeren. Er zijn in praktijk verschillende oorzaken genoemd voor het probleem van onzekerheid. Zo heeft de opdrachtnemer dikwijls nog een traditionele insteek waardoor hij in plaats van het volgen van kwaliteitsstrategieën veeleer gewoon is om zijn winst te vergroten door kostenbesparingen en het claimen van meerwerk. Daarnaast speelt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de opdrachtgever een rol; de opdrachtgever is niet gebaat bij (imago)schade en bovendien geldt dat de opdrachtgever in beginsel niet gebaat is bij juridische procedures en wel bij de oplevering van een deugdelijk product.

De opdrachtgever bevindt zich in praktijk dus tussen twee vuren: verlies aan meerwaarde door vertroebeling van de heldere scheiding van verantwoordelijkheden en oplopende controlekosten enerzijds en onzekerheid over het gedrag van de opdrachtnemer anderzijds. De opdrachtgever heeft behoefte aan sturing op afstand tegen relatief lage kosten, zonder verantwoordelijkheden van de opdrachtnemer over te nemen.

Voor dit probleem van de opdrachtgever lijkt het bonus/malus-principe in beginsel een of misschien wel de oplossing.



Uit de (economische) organisatietheorie volgt dat de belangrijkste oorzaak van het probleem van de opdrachtgever is dat de opdrachtnemer is gericht op de optimalisatie van de eigen onderneming. Doordat er (deels) sprake is van belangentegenstelling en de inspanning van de opdrachtnemer door informatieasymmetrie niet altijd zichtbaar is voor de opdrachtgever, ontstaat het gevaar van negatief opportunistisch gedrag. Dit gedrag van de opdrachtnemer wordt na ondertekening van het contract in de hand gewerkt door de (bij D&C behorende) lumpsum beloning, waarbij een slechte koppeling is tussen beloning en inspanning, en door de betere onderhandelingspositie van de opdrachtnemer. Het gevolg is dat de opdrachtgever onzekerheid ervaart over het gedrag van de opdrachtnemer waardoor de transactiekosten oplopen. Het initiële voordeel dat de opdrachtgever (beoogd) had bij het aangaan van de relatie, gaat in toenemende mate verloren. De opdrachtnemer kan terugvallen ten aanzien van mogelijke (c.q. afgesproken) kwaliteit en/of meerwerk claimen.

Als oplossing voor dit probleem wordt in de principaal-agenttheorie, die uitgaat van volledige rationaliteit, *incentive alignment* aangedragen. Ofwel het prikkelen van de opdrachtnemer op een manier die de belangentegenstelling verkleint. De transactiekostentheorie, die ziet op beperkte rationaliteit en daarmee meer de praktijk raakt, noemt het opnemen van *safeguards* als mogelijke oplossing. Daar belonings- en strafprocedures expliciet als *safeguard* worden genoemd, is het ook bonus/malus-principe als *safeguard* te beschouwen. Het bonus/malus-principe komt daarmee vanuit beide organisatietheorieën als mogelijke oplossing naar voren. Het principe wordt geacht het gedrag van de opdrachtnemer in wenselijke richting te kunnen sturen doordat het in het vooruitzicht stellen van een beloning c.q. straf er voor zorgt dat het belang van de opdrachtgever het belang van de opdrachtnemer wordt. Door toepassing van het bonus/malus-principe kan de opdrachtgever ook zijn controle minderen, doordat het principe de zelfwerkzaamheid van de opdrachtnemer stimuleert en hem ook prikkels geeft voor diens eigen controle.

Het bonus/malus-principe blijkt in praktijk een middel om van de onwenselijke situatie (met negatief opportunistisch gedrag) naar de wenselijke situatie (zonder opportunistisch gedrag) te geraken. De opdrachtgever kan in het D&C-contract door middel van bindende afspraken aangeven wat wenselijk is. De opdrachtgever kan de minimale kwaliteit aangeven door proces- en producteisen op te nemen en het behalen van deze (of meer) kwaliteit wordt door de prestatieprikkels die uitgaan van het bonus/malus-principe gestimuleerd. Het paradoxale is echter dat naarmate de opdrachtgever een beter idee heeft van het wenselijke gedrag, en dit met meer prestatieprikkels vastlegt, de voor D&C kenmerkende/nodige vrijheid van de opdrachtnemer in toenemende mate verloren gaat. Naarmate de opdrachtnemer meer vastlegt verschuift het contract richting het traditionele concept. Gezien de ratio van het D&C-contract, maar ook gelet op beperkte rationaliteit en oplopende contract- en controlekosten, kunnen er in praktijk dan ook maar een beperkt aantal prestatieprikkels in het D&C-contract worden opgenomen. Deze prestatieprikkels vormen als het ware de grenzen van het D&C-contract. De prestatieprikkels dienen in het contract te worden opgenomen als meetbare, verifieerbare en realiseerbare indicatoren. Deze indicatoren kunnen zowel zien op sturing ten aanzien van het proces als van het product. Bij de sturing door middel van de bonus en/of de malus dient de opdrachtgever rekening te houden met de gevolgen voor de (vertrouwens)relatie met de opdrachtnemer.

Er zijn verschillende soorten bonussen en malussen te onderscheiden voor toepassing in het D&C-contract, elk met zijn eigen kenmerken.

Bij het opnemen van een bonus in het contract wordt de opdrachtnemer uitgedaagd om zijn doel op de door de opdrachtgever gestelde eis(en) te stellen of (meestal) zelfs hier voorbij. Het is in feite een geformaliseerde wens, waarbij de opdrachtnemer door de (extra) beloning gestimuleerd wordt om zijn doel in wenselijke richting te verschuiven. Er zijn twee soorten bonussen te onderscheiden. De eerste soort bonus is een bonus gekoppeld aan een indicator met eis. Deze soort kan worden opgedeeld in twee subsoorten: de bonus gesteld voorbij de eis en de bonus gesteld op de eis. De tweede soort bonus betreft een bonus gekoppeld aan een indicator zonder eis. De contractuele grens wordt in dit geval niet door de eis op een indicator gevormd, maar door het geheel aan eisen (en eventuele andere wensen) in het contract. Het doel van de opdrachtnemer wordt hierbij op andere wijze verlegd.

De verschillende soorten bonussen kunnen zowel aan proces- als productindicatoren worden gekoppeld. Er zijn geen noemenswaardige (juridische) kenmerken die van invloed zijn op de sturing ten aanzien van het proces en/of product. Geconstateerd is ook dat de bonus in beginsel positief is voor de relatie. Wel blijft de mogelijkheid bestaan dat de opdrachtnemer zich negatief opportunistisch gedraagt. Een effectieve (passieve) controle blijft noodzakelijk.

Door een malus in het contract wordt terugval onder de door de opdrachtgever gestelde eis onaantrekkelijk gemaakt en de malus zorgt er daarmee voor dat de opdrachtnemer zich richt op de gestelde eis, maar niet méér dan dat. Bij een juist opgenomen malus zal de opdrachtnemer zich slechts inspannen om deze kostenpost te voorkomen. Nog meer inspanning kost hem echter alleen maar geld en levert niets op. Er zijn twee soorten malussen te onderscheiden. De eerste soort is een malus, die niet valt onder de boeteregeling van artikel 6:91 BW, ofwel de malus als malus. Deze malus is onder te verdelen in een viertal subsoorten: de malus die gesteld is op onwenselijk gedrag, de malus met speling voor de opdrachtnemer, de malus als overwaarderegeling en de malus als borg. De tweede soort is een malus die wel valt onder de boeteregeling van artikel 6:91 BW, ofwel de malus als boete. Verschil met de malus als malus is verder dat de malus als boete kan worden gematigd. Ook komt de boete in plaats van de vereiste prestatie en in beginsel ook in plaats van zowel aanvullende als vervangende schadevergoeding. De malus als boete is nog onder te verdelen in een tweetal subsoorten: de malus als boete ter vergoeding van de schade en de malus als boete ter aansporing.

De soorten malussen kunnen zowel aan proces- als aan productindicatoren worden gekoppeld. De (juridische) kenmerken van de verschillende soorten hebben echter invloed op de wijze waarop zij aan proces- en of producteisen kunnen worden gekoppeld. Gezien de kenmerken van de malus als boete kan deze gekoppeld worden aan een indicator die betrekking heeft op een doorlopend proces, op een zich herhalend proces, of op het product. De opdrachtgever dient bij het opnemen van de soorten malussen in het D&C-contract rekening te houden met de mogelijke (juridische) gevolgen die voortkomen uit de (juridische) kenmerken van de soorten malussen. Geconstateerd is verder dat de malus in het algemeen in beginsel niet positief is voor de relatie. De opdrachtnemer kan daardoor gestimuleerd worden in zijn negatieve opportunistische gedrag. Effectieve (passieve) controle blijft belangrijk. Het handhaven van de malus is daarbij een bevoegdheid en geen verplichting. De opdrachtgever kan ook via dreiging met de malus nakoming stimuleren. Dit is echter een vrijheid waarmee de opdrachtgever zeer voorzichtig dient om te springen.

Het onderzoek heeft de (on)mogelijkheden van het bonus/malus-principe om het gedrag van de opdrachtnemer te sturen in kaart gebracht. De opdrachtgever kan het overzicht van de toepassingmogelijkheden gebruiken om het gedrag van de opdrachtnemer op een zo verantwoord mogelijke manier te sturen. Het overzicht biedt zo een gereedschapskist om het D&C-contract mee te beveiligen.

### **5.3 Aanbevelingen**

Als aangegeven geeft dit onderzoek nog maar deels ordening aan de complexe praktijk. Nader onderzoek op het gebied van de sturingsmogelijkheden van het bonus/malus-principe, maar ook meer in het algemeen onderzoek naar de sturing van het gedrag van de opdrachtnemer bij D&C-projecten zou de opdrachtgever zeker nog meer steun kunnen bieden. Aan de hand van dit onderzoek wordt aanbevolen om nader onderzoek te doen naar:

- de voor- en nadelen van de mogelijkheid van schadevergoeding bij toepassing van de malus;
- factoren die in praktijk de theoretische werking van het bonus/malus-principe kunnen beïnvloeden, zoals:
  - economische aspecten (onder meer budget van de opdrachtgever en conjunctuur, maar ook de mogelijkheid van de opdrachtnemer om zich tegen malussen te verzekeren);
  - sociaal/psychologische aspecten;
  - kenmerken van processen en/of producten;

- soorten risico's die in praktijk met het bonus/malus-principe al dan niet kunnen worden beheerst en de soorten kansen die kunnen worden gecreëerd door de bonus;
  - kenmerken van het aanbestedingsproces;
  - opportunistische gedragingen van de opdrachtgever;
- de mogelijkheden voor de opdrachtnemer om kwaliteitsstrategieën te volgen en de invloed hierop van het bonus/malus-principe;
- de sturingsmogelijkheden die het bonus/malus-principe ten aanzien van de ontwerpfase, uitvoeringsfase, oplevering en gebruiksfase;
- eventuele nieuwe ontwikkelingen in het positief recht, indien het gebruik van D&C-contracten en van het bonus/malus-principe in praktijk voortduurt;
- bestaande best practices, indien het gebruik van D&C-contracten en van het bonus/malus-principe in praktijk voortduurt;
- de mogelijkheden die de opdrachtgever heeft om de opdrachtnemer te controleren of te laten controleren en de aansluiting hiervan op de mogelijkheden van het bonus/malus-principe;
- andere sturingsmechanismen in het kader van een D&C-contract.

## Literatuur

Arruñada, B. Garicano, L. & Vázquez, L. (2005). Completing Contracts Ex Post: How Car Manufacturers Manage Car Dealers. *Review of Law and Economics*, 1(1), Article 8. Universitat Pompeu Fabra, University of Chicago, Universidad de Salamanca.

Berg, B. van den & Overtoom, P.J.J. (2006). De Verborgene Gebreken Verzekering. *Bouwrecht*. Nr. 5. p. 417-423.

Berg, M.A.M.C. van den & Jansen, C.E.C. (red.) (1996). *De ontwerpende bouwer*. Tjeenk Willink: Zwolle.

Berg, M.A.M.C. van den, Bregman, A.G. & Chao-Duivis, M.A.B. (red.) (2007). *Bouwrecht in kort bestek*. Zesde druk. Kluwer: Deventer.

Berge, J.B.J.M. ten & Nieuwenhuis, J.H. (red.) (2001). *Kluwer college bundel 2001-2002. Privaatrecht*. 12<sup>e</sup> druk. Deventer: Kluwer.

Blois, M. de (e.a.) (1999). *Contouren van het recht*. Derde druk. Kluwer: Deventer.

Boes, J. , Dorée, A.G. & Suurenbroek, Y.E. (2003). *Bouwprocessen*. Cursusmap/diktaat. Universiteit Twente: Enschede.

Boes, J. & Dorée, A.G. (2007). Project O 203. *Professioneel opdrachtgeverschap en vakmanschap. Bestuurlijk-ambtelijke barrières voor invoering geïntegreerd uit&aanbesteden bij decentrale overheden*. PSIBouw en Universiteit Twente.

Bolt, A.T. & Lensing, J.A.W. (1993). *Privaatrechtelijke boete. Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor de Rechtsvergelijking*. No. 48. Kluwer: Deventer.

Boom, W.H. van (2007). Effectuerend handhaven in het privaatrecht. *Nederlands Juristenblad*. 16. p. 982-991.

Bouwend Nederland (2006). *Op weg naar nieuwe verhoudingen tussen bouw en overheid. Twee werelden, twee culturen*. Publicatie Bouwend Nederland de vereniging van bouw- en infrabedrijven.

Bouwma, J.L (1992-1). Management Accounting in het kader van economische organisatieëen: deel 2. *Maandblad Bedrijfsadministratie en Bedrijfsorganisatie* 96 nr. 1142, p. 138 - 141.

Bouwma, J.L (1992-2). Management Accounting in het kader van economische organisatieëen: deel 3. *Maandblad Bedrijfsadministratie en Bedrijfsorganisatie* 96 nr. 1144/1145, p. 166 - 169.

Collins, H. (1999). *Regulating contracts*. Oxford University Press: New York.

CROW (2004). *UAVgc: ruim baan voor innovatieve contracten. Vier jaar ervaring bij honderd projecten*. CROW: Ede.

CROW (2005). *Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005*. CROW: Ede.

Dassen, R.J.M. (1989). De leer van het Gewekte Vertrouwen: Agency avant la lettre?. *MAB*. p. 341-350.

Donahue, J.D. (1998). *The privatization decision: public ends, private means*. New York: Basic Books.

Dorée, A.G. (1995). Aanbesteden van GWW-werken door gemeenten. *Bouwrecht*, vol. 31, nummer 8, p. 643-649.

Dorée, A.G. (1996). *Gemeentelijk Aanbesteden. Een onderzoek naar de samenwerking tussen diensten gemeentewerken en aannemers in de grond-, weg- en waterbouwsector*. Proefschrift Universiteit Twente.

Dorée, A.G. & Boes, J. (2006). *Doelgericht aanbesteden. Adviezen en tips*. Publicatie Vereniging Stadswerk Nederland.

Dorée, A.G. & De Ridder, H.A.J. (2003). *Oriëntaties op de toekomst*. Uitgave van het AVBB.

Douma, S.W. (1987). Op weg naar een economische organisatietheorie: agency-theorie. *MAB (Maandblad voor accountancy en bedrijfshuishoudkunde)*, p. 420-432.

Europees Parlement en de Raad (2004). *Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad. Betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten*. Publicatieblad van de Europese Unie.

EZ, VROM, V&W (2003). *Toekomstperspectief bouwsector*. Visiedocument.

Goedmakers, A.J. (1998). *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*. Proefschrift Erasmus Universiteit Rotterdam.

Hannewijk, M. (2004). *Beloning en Prestatie(s). Een dubieus tweetal*. Afstudeerscriptie Erasmus Universiteit.

Hazeu, C. A. (2004-1). Van neoklassieke theorie naar transactiekostentheorie. *Tijdschrift voor het Economisch Onderwijs 104(4)*, p.p. 188-191.

Hazeu, C. A. (2004-2). Van neoklassieke theorie naar transactiekostentheorie. *Tijdschrift voor het Economisch Onderwijs 104(5)*, p. 257-260.

Hazeu, C. A. (2004-3). De rol van vertrouwen en sociaal kapitaal in de institutionele economie. *Tijdschrift voor het Economisch Onderwijs 104(6)*, p. 312-315.

Heldeweg (2006). *Bestuursrecht en beleid*. Derde druk. Wolters-Noordhoff: Groningen/Houten.

Hendrikse, G.W.J. (1998). *Moderne organisatietheorieën*. Tweede druk. Schoonhoven: Academic Service.

Hermes, J.W.J.P. (2005). *Gemeentelijk aanbesteden van werken. Veranderingen in de afgelopen vijf jaar*. Afstudeerscriptie Universiteit Twente.

Heuvelman, A. & Gutteling, J. (2002). *Psychologie*. Vierde Druk. Uitgeverij Boom: Amsterdam.

Homburg, v.m.f. (1999). *The political economy of information management: a theoretical and empirical analysis of decision making regarding interorganizational information systems*. Dissertatie Rijksuniversiteit Groningen.

Jansen, C.E.C. (2001). *Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructuurprojecten*. Preadviezen voor de vereniging voor Bouwrecht nr. 29. Kluwer: Deventer.

- Koper, M. (2005). *Objectivering van de beoordeling van aanbiedingen. De (on)mogelijkheden van de objectivering van aanbiedingen*. Afstudeerscriptie Universiteit Twente.
- Loonen, A.J.C.C.M. (2006). *Een kwestie van vertrouwen*. Proefschrift Universiteit van Amsterdam.
- Moerland, P.W. (1992). Economische theorievorming omtrent de onderneming (deel 2). *MAB*. p. 116-124.
- Mok, M.R. (1997). *Pacta sunt servanda; ja toch?*. Afscheidscollege Rijksuniversiteit Groningen. Tjeenk Willink.
- Morledge, R. , Smith, A. & Kashiwagi, D.T. (2006). *Building procurement*. Blackwell Publishing Ltd.
- Mulder, R.W. (2003). De prefab betonleverancier in de nieuwe bouwpraktijk “naar een veranderende rol in het ontwerpproces?”. Afstudeerscriptie Universiteit Twente.
- Nieuwenhuis, J.H. (1979). *Drie beginselen van contractenrecht*. Proefschrift Rijksuniversiteit Leiden. Kluwer: Deventer.
- Olthof, M.M. e.a. (1992). *Wegwijzer nieuw BW. Deel 3*. Tjeenk Willink: Zwolle.
- Oudshoorn, E. & Franck, H. (2007). *Resultaatgericht management in de Nederlandse infrastructuursector*. Afstudeerscriptie Technische Universiteit Eindhoven.
- Overtoom, P.J.J. (2005). *‘Twee geloven op een kussen, daar slaapt verzekerde garantie tussen.’*. Afstudeerscriptie Universiteit Twente.
- Regieraad Bouw (2005). *Tussentijds advies over juridisch kader aanbestedingen*. Gouda: Regieraad Bouw.
- Ridder, H.A.J. de (1994). *Design & Construct of complex civil engineering systems*. Proefschrift Technische Universiteit Delft.
- Ridder, H.A.J. de (2005). *Contractvormen en kansen van ketenbeheer van Bouwstoffen*. Presentatie december 2005. Universiteit Delft.
- Roodenburg, A. & Swaaij, J.H.M.S. (2007). Nieuwe en harde regel voor matiging van contractuele boeten. *Nederlands JuristenBlad (NJB)*. Nr.36. p. 2296-2300.
- Rooks, G. (2002). *Contract en conflict. Strategisch management van inkooptransacties*. Proefschrift Universiteit Utrecht.
- Schalk, R. & Freese, C. (1998). Het psychologisch contract. *Tijdschrift voor HRM*. 1 (3). p. 7-19.
- Scheltema, M.W. & Scheltema, M. (2003). *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*. Kluwer: Deventer.
- Schenke, H.A , Susanna, W.D. & Huybregts, J.G.T.J. (1996). *Contractvorming in de bouw*. Juridisch praktijkboek 1996-1997. Kluwer: Deventer.
- Sijpersma, R, & Buur, A.P. (2005). *Bouworganisatievormen in beweging*. Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid.
- Simon, M. (1989). *De strategische functietypologie. Functioneel denkraam voor management*. Proefschrift Universiteit Leiden. Deventer: Kluwer.

Veldink, J.K. (2006). *Zeker geen zekerheid?!. Een onderzoek naar de mogelijkheden om belemmeringen als gevolg van onzekerheden en risico's ten aanzien van vroegtijdig uitbesteden te verminderen*. Afstudeerscriptie Universiteit Twente.

Velthoven, B.C.J. & Wijck, P.W. van (2001). *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*. Derde druk. Kluwer: Deventer.

Veldhuizen, J. van (2004). Presentatie Prorail SIG Infra. 16 december. Utrecht.

Verschuren, P & Doorewaard, H. (2000). *Het ontwerpen van een onderzoek*. Derde druk. LEMMA: Utrecht.

Vollaard, B.A. & Witteveen, W. (1999). *Innovatief aanbesteden. Naar een hoger rendement van overheidsinvesteringen*. Ministerie van Economische Zaken.

Walsh, K. (1995). *Public Services and Market Mechanisms. Competition, Contracting and the New Public Management*. MACMILLAN PRESS LTD.

Wassenaer, A.G.J. van & Werven, D.E. van (red.) (1998). *Contracteren en aanbesteden in de bouw. Deel 2 WERKEN*: WEKA BV.

Werin, L. & Wijkander, H. (1992). *Contract Economics*. Blackwell Ltd: Oxford UK & Cambridge USA.

Wesel, R. (2006). *Incentives in de bouw. Een studie naar incentives in de relatie tussen Rijkswaterstaat Bouwdienst en de aannemerij*. Afstudeerscriptie Universiteit Twente.

Wijngaarden, M.A. van (1990). *Aanneming van bouwwerken*. 4<sup>e</sup> druk. Zwolle: Tjeenk Willink.

Williamson, O.E. (1985). *The economic institutions of capitalism*. The Free Press: New York.

Williamson, O. E. (1998). Transaction cost economics: how it works, where it is headed. *De Economist* 146(1), p. 23-58.

Wuite, M. (2007). *VROM-Inspectie: Controle op bouwwerken rammelt flink*. Cobouw: 24-10-2007.

Wynia, P. (2006). *Borging van publieke belangen bij nieuwe beheervormen voor weginfrastructuur Noord-Holland op de goede weg*. Afstudeerscriptie. Erasmus Universiteit Rotterdam.

#### Digitale bronnen

Encarta Winkler Prins (2006). *Operante conditionering*. Microsoft Corporation 2005. (30-10-2007).

Encarta World English Dictionary (2007).

<http://encarta.msn.com/encnet/features/dictionary/DictionaryResults.aspx?refid=1861726798> (06-06-2007).

Fries, A. & Kendzia, R. (2005). *Safeguarding specific investments in global buyer-supplier relationships. An integrated framework*. [http://www.wiso.uni-koeln.de/sbp/Download/Hauptstudium/vorlesung/New%20Trends%20Literatur/17%20Fries\\_Kendzia%20\(2005\)%20Safeguards.pdf\(-\)](http://www.wiso.uni-koeln.de/sbp/Download/Hauptstudium/vorlesung/New%20Trends%20Literatur/17%20Fries_Kendzia%20(2005)%20Safeguards.pdf(-)).

Hamdam, Y. & Fernhout, G.J. (-). *Vastgoedbeleid in een geliberaliseerde zorgmarkt. Van budgetgestuurd naar waardegestuurd vastgoedmanagement.*  
<http://www.rebelgroup.nl/athena/site/php/file.php?action=download&id=4> (19-06-2007).

Jap, S.D. & Anderson, E. (2002). Safeguarding interorganisational performance and continuity under ex post opportunism. <http://gbspapers.library.emory.edu/archive/00000050/01/gbs-mkt-2002-003.pdf> (15-06-2007).

Parlementaire enquêtecommissie bouwfraude (-).  
<http://www.parlement.com/9291000/modulesf/g8qkdvh1> (08-06-2007).

PmPedia de vrije encyclopedie (2007). *Statement of Work.*  
[http://pmpedia.com/wiki/index.php?title=Statement\\_of\\_Work](http://pmpedia.com/wiki/index.php?title=Statement_of_Work) (28-08-2007).

Regieraad Bouw (2007). <http://www.regieraadbouw.nl/> (08-06-2007).

Rijkswaterstaat (2006). *Jaarbericht Rijkswaterstaat 2006.*  
[http://www.rijkswaterstaat.nl/images/Jaarbericht%20Rijkswaterstaat%202006\\_tcm174-134645.pdf](http://www.rijkswaterstaat.nl/images/Jaarbericht%20Rijkswaterstaat%202006_tcm174-134645.pdf) (31-03-2008).

STABU (2007). [http://www.stabu.org/stabu\\_helpdesk/Vraag\\_het\\_STABU/index.php?id=1597](http://www.stabu.org/stabu_helpdesk/Vraag_het_STABU/index.php?id=1597) (00-12-2007).

The American Heritage Dictionary of the English language (2007).  
<http://www.bartleby.com/61/59/S0015900.html> (06-06-2007).

UAV 1989. De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (U.A.V. 1998) <http://www.academievoorbouweninfra.nl/images/120010331.pdf> (-).

Van Dale (2007). *Opportunisme.*  
<http://www.vandale.nl/vandale/opzoeken/woordenboek/?zoekwoord=opportunisme>. (30-10-2007).

Wikipedia de vrije encyclopedie (2007-1). *Utilitarisme.* <http://nl.wikipedia.org/wiki/Utilitarisme> (28-08-2007).

Wikipedia de vrije encyclopedie (2007-2). *Psychologisch contract.*  
[http://nl.wikipedia.org/wiki/Psychologisch\\_contract](http://nl.wikipedia.org/wiki/Psychologisch_contract) (30-10-2007).

Wikipedia de vrije encyclopedie (2007-3). *Speltheorie.* <http://nl.wikipedia.org/wiki/Speltheorie> (06-11-2007).

Wikipedia de vrije encyclopedie (2008-1). *Thorndike.* [http://nl.wikipedia.org/wiki/Edward\\_Thorndike](http://nl.wikipedia.org/wiki/Edward_Thorndike) (23-01-2008).

Wikipedia de vrije encyclopedie (2008-2). *Operante conditionering.*  
[http://nl.wikipedia.org/wiki/Operante\\_conditionering](http://nl.wikipedia.org/wiki/Operante_conditionering) (23-01-2008).



## **Bijlagen**

## **Bijlage I: Soorten onzekerheid**

Bij het uitbesteden van een opdracht ziet de opdrachtgever zich in theorie geconfronteerd met verschillende onzekerheden. De volgende verschillende soorten onderling gerelateerde onzekerheden komen in dit onderzoek in meer of mindere mate aan bod (Dorée, 1996, p. 170):

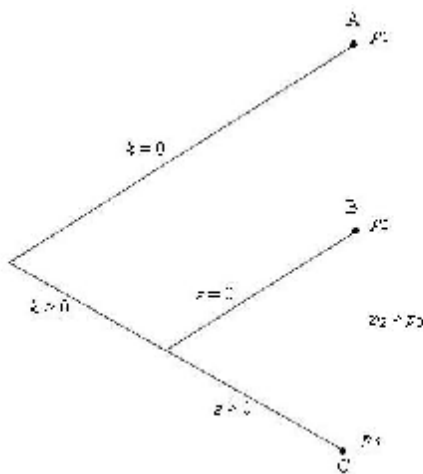
1. onzekerheden betreffende de geschiktheid van de opdrachtnemer;
2. onzekerheden betreffende de volledigheid van het contract;
3. onzekerheden betreffende onvoorziene gebeurtenissen;
4. onzekerheid betreffende het gedrag van de opdrachtnemer (opportunistische).

De eerstgenoemde onzekerheid betreft een onzekerheid die optreedt voor ondertekening van het contract en kan door de opdrachtgever worden gereduceerd door een juiste selectiemethode bij de aanbesteding. Het aanbestedingsproces valt echter buiten het kader van deze scriptie en zo ook nader onderzoek naar deze onzekerheid. De tweede onzekerheid wordt sterk beïnvloed door beperkte rationaliteit en de ratio van het D&C-contract. De relatie van het bonus/malus-principe met deze onzekerheid komt aan bod in paragraaf 4.3.1 en bijlage III. De derde onzekerheid, die bepaald wordt door beperkte rationaliteit, ziet op gebeurtenissen die buiten het zichtveld van de opdrachtgever lagen op het moment van contracteren. Het betreft een onzekerheid die de opdrachtgever vooraf kan inperken door de invloed van mogelijke omstandigheden vooraf te schatten, ofwel een risicoanalyse uit te voeren. Hier wordt kort op ingegaan in paragraaf 2.2 en bijlage V.

Tot slot volgt de ‘onzekerheid betreffende het gedrag van de opdrachtnemer’. Deze scriptie gaat in op het nader onderzoeken van deze onzekerheid, die wordt veroorzaakt door (negatief) opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer, binnen D&C en met name de sturende rol die het bonus/malus-principe hierin heeft.

## Bijlage II: Een simpel contract schema

Williamson gaat uit van een situatie waarin, voor de levering van een product (of dienst), twee alternatieve technologieën beschikbaar zijn. Een hiervan is een standaardtechnologie en de ander is een speciale technologie.<sup>104</sup> De speciale technologie vergt een grotere investering in transactiespecifieke middelen en voldoet op een meer efficiënte wijze aan de gestelde eisen. Williamson geeft aan dat er in geval van ‘classical market contracting’ sprake is van standaardtechnologie. Het gaat dan om transacties waarvoor geldt: “[S]harp in by clear agreement; sharp out by clear performance” (Williamson, p. 32). Echter, wanneer niet-triviale transactiespecifieke investeringen een rol spelen, zijn transacties blootgesteld aan hazards. Deze (moral) hazard houdt, aldus Williamson, een terugval in de speciale technologie in, aangezien dit voordeliger is voor de opdrachtnemer. Gezien deze opportunistische gedragsveronderstelling is er voor de opdrachtgever een *incentive* (prikkel) om de transactie veilig te stellen. Hiertoe kan de opdrachtgever gebruik maken van zogeheten *safeguards*.



Figuur 16: Een simpel contract schema.<sup>105</sup>

Figuur 16 laat het schema zien van een simpel contract als voorgesteld door Williamson. Te zien is dat aan iedere keuzerichting (node) een prijskaartje hangt. In het schema is te zien dat node A uitgaat van een standaard technologie ( $k = 0$ ) met als prijs  $p_1$ . Node B gaat uit van een contract waarin speciale technologie is opgenomen ( $k > 0$ ), maar waar geen *safeguards* zijn opgenomen ( $s = 0$ ). Dit leidt tot prijs  $p_2$ . Node C gaat tevens uit van speciale technologie ( $k > 0$ ), maar hier zijn wel *safeguards* aanwezig ( $s > 0$ ). De prijs  $p_3$  is in dit geval lager dan de prijs  $p_2$  bij node B. Williamson geeft aan dat transacties die zich in node B bevinden leiden tot instabiliteit (door belangentegenstelling). Er vindt een terugval plaats naar node A. Hierdoor mag verwacht worden dat uiteindelijk een hogere prijs wordt betaald dan in het geval van node C (een *residual loss*). Deze transacties dienen daarom altijd te worden voorzien van *safeguards*.

<sup>104</sup> Dit is een theoretisch uitgangspunt. In praktijk kan vaak in meer of mindere mate tussen beide worden gevarieerd. Bovendien valt in de specifieke context in praktijk ook het weglaten van een bepaalde techniek onder ‘de goedkopere standaard techniek’.

<sup>105</sup> Gebaseerd op Williamson (1985, p. 33).

### **Bijlage III: Beperkingen aan het D&C-contract**

Het D&C-contract laat men bewust vrije ruimte over voor de opdrachtnemer. De opdrachtnemer kan echter gemakkelijk misbruik/gebruik maken van dit feit door deze ruimte minimaal in te vullen. Indien de opdrachtnemer dit probleem tracht op te lossen door meer bindende afspraken in het contract op te nemen, zal de het contract meer en meer gaan lijken op een exercitie waar vooraf Bestek & Tekeningen voor nodig zijn. De opdrachtgever heeft het wenselijke product reeds in gedachten (en/of op papier) en omschrijft deze vervolgens met de eisen in het contract. Duidelijk zal zijn dat de transactiekosten voor het opstellen van een dergelijk contract erg hoog zullen zijn en ook afstemming van het ontwerp op de uitvoering en productinnovativiteit in elk geval niet van de kant van de opdrachtnemer afkomstig zullen zijn.<sup>106</sup> Naarmate de opdrachtgever ook meer delen van het contract gelijkend Bestek & Tekeningen uitwerkt, hetgeen in de huidige situatie dikwijls voorkomt, gaat men weer richting een traditionele verdeling van de verantwoordelijkheden (in elk geval) voor dat deel van het contract. Het beoogde voordeel van D&C wordt, naarmate het contract meer wordt dichtgetimmerd, in toenemende mate tenietgedaan en de opdrachtgever is meer en meer gebaat bij het zelf maken van Bestek & Tekeningen.

Dit betekent echter niet noodzakelijk dat D&C dus geen toekomst heeft, maar het geeft wel duidelijke grenzen aan van die toepassing. Uit voorgaande blijkt overigens ook dat de opdrachtgever, ook bij wenselijk gedrag van de opdrachtnemer, zal moeten accepteren dat het eindresultaat voor het overgrote deel door de opdrachtnemer zal worden bepaald. In die gevallen waar de opdrachtgever precies weet wat hij wil en door bijvoorbeeld veiligheidsvoorschriften of beleid een specifieke oplossing wenst, is D&C geen goede keuze voor (dat deel van) het project. Indien de opdrachtgever zich wel meer vrijheid kan permitteren, kan hij dit via D&C laten invullen. Het D&C-contact zal dus altijd een relatief groot deel 'vrije ruimte' (moeten) bevatten voor de opdrachtnemer. Aangezien de opdrachtnemer hierbij in de huidige situatie negatief opportunistisch gedrag vertoont, is het wenselijk om hem op een aantal belangrijke indicatoren te sturen via het bonus/malus-principe. Deze indicatoren geven de grenzen aan van de vrije ruimte voor de opdrachtnemer (zie paragraaf 4.3.2).

---

<sup>106</sup> Een oplossing voor het probleem van afstemming tussen ontwerp en uitvoering, zoals zich bij een traditioneel contract voordoet wordt gevormd door het zogeheten 'Bouwteam'. De opdrachtnemer wordt dan in een vroegtijdig stadium betrokken bij het project. Hierdoor ontstaat echter een uiterst complexe onderlinge verantwoordelijkheidverdeling. Een nadere bespreking van het Bouwteam valt buiten het kader van het onderzoek.

## Bijlage IV: D&C in de praktijk

In praktijk bestaat een wildgroei aan benamingen en betekenissen voor het D&C-contract. Bij D&C-organisatievormen worden begrippen gehanteerd zoals Design & Build, Design & Engineering, “brochure bouw, prestatieconcept, integrale uitbesteding, turn-key en general contractor” (Dorée, 1996, p. 109). Door de ervaringsdeskundigen in de interviews wordt een D&C-contract in elk geval gezien als een contract waarin (een deel van) het ontwerp en de uitvoering op basis van functionele eisen en wensen geïntegreerd aan de opdrachtnemer wordt uitbesteed. Deze karakteristieken zijn passend bij de gebruikte literatuur (zie paragraaf 2.2 voor de gekozen omschrijving van het D&C-contract voor deze scriptie). Een precieze definiëring van het D&C-contract is echter niet te geven. In praktijk verstaat men dan ook niet hetzelfde onder D&C (Sijpersma & Buur, 2005, p. 36 en 37). Om toch enige ordening aan te brengen in de D&C-contracten die in praktijk voor komen, wordt wel gebruik gemaakt van onderstaande figuur waarin de verantwoordelijkheden van zowel opdrachtgever als opdrachtnemer gestructureerd zijn weergegeven en een afzet is gemaakt tegen het traditionele contract.

	Contractvormen			
	Traditioneel	D&C 1	D&C 2	D&C 3
<b>Programmeren</b>				
<b>Structuurontwerp</b>				
<b>Voorlopig ontwerp</b>				
<b>Definitief ontwerp</b>				
<b>Realiseren</b>				

Figuur 17: Bereik van verantwoordelijkheden bij de contractvormen (Mulder, 2003, p. 17).

In praktijk wordt grofweg een keuze wordt gemaakt uit bovenstaande vormen van D&C. In praktijk zijn de contracten dus niet altijd precies in deze hokjes te plaatsen. Het kan immers zeer wel zijn dat slechts een bepaald deel van het contract wordt ingevuld via D&C. De figuur geeft echter wel een beeld van de verschillende mate waarin de ontwerptaken kunnen worden uitbesteed. Bij de laatste vorm (D&C 3) is de aannemer volledig verantwoordelijk voor alle fasen van het ontwerp. Deze D&C-vorm kan dan ook op basis van alleen een P&E (Turnkey) worden aanbesteed, maar ook kunnen afspraken gemaakt worden over tussentijdse controlemomenten of zogeheten bijwoningpunten. In praktijk komen alle verschillende vormen van D&C voor en de opdrachtgever heeft hierbij vooralsnog de neiging om zoveel mogelijk de ontwerpwerkzaamheden zelf uit te voeren (Dorée & Boes, 2006, p.7).

Opgemerkt dient te worden dat het door de politiek geschetste toekomstbeeld en het door de landelijke overheden ingezette beleid eerder naar D&C 3 neigt dan naar de overige twee vormen. Hier is immers de meeste ruimte voor innovatieve oplossingen en wordt in beginsel veel verantwoordelijkheid overgedragen aan de markt.

## **Bijlage V: Nieuwe werkwijze**

Het onderzoek bevat een belangrijke aanbeveling met betrekking tot het verdelen van de risico's en kansen. Het gaat hierbij om een relatief nieuwe werkwijze omtrent het omgaan met onzekerheid ten aanzien van onvoorziene gebeurtenissen (zie ook bijlage I). Na ondertekening van het contract kan de opdrachtgever worden geconfronteerd met verschillende gebeurtenissen waardoor het project positief of negatief wordt beïnvloed. Om deze onzekerheid te beperken dient de opdrachtgever voorafgaande aan het project de mogelijke gevolgen van deze onzekerheid in kaart te brengen. De opdrachtgever kan de mogelijke negatieve gevolgen beperken door voorafgaande aan het project de risico's van het project in kaart te brengen. Na een dergelijke risicoanalyse kan de opdrachtgever bepalen welke risico's hij zelf houdt, aan de opdrachtnemer toedeelt of deelt met de opdrachtnemer.

Eén van de ervaringsdeskundigen met opdrachtgevende rol geeft echter aan dat de opdrachtgever naast het maken van de risicoanalyse voorafgaande aan het project, hetgeen in praktijk ook nog geen gemeengoed is, nog een stap verder zou moeten gaan (zie respondent 8 in bijlage VII). Niet alleen dient de opdrachtgever voorafgaande aan het project rekening te houden met de (verdeling van de) risico's, maar ook met de kansen in het project voor beide partijen. In feite is een risico immers een ongewenst (negatief) gevolg van een onzekerheid, maar deze onzekerheid kan ook gewenste (positieve) gevolgen kennen, ofwel kansen bieden. Als voorbeeld is hierbij gezegd dat het project bijvoorbeeld bruikbare grondstoffen kan opleveren of ruimtes die (tijdelijk) gebruikt kunnen worden voor congressen.

De opdrachtgever dient zowel de risico's als kansen voorafgaande aan het project te analyseren en te verdelen. Hierbij kan de opdrachtgever er zowel voor kiezen om risico's en kansen zelf te houden, aan de opdrachtnemer toe te delen of te delen met de opdrachtnemer.

Deze werkwijze is in praktijk dus nog geen gemeengoed, maar wordt sterk aanbevolen door de betreffende ervaringsdeskundige om voor ieder project te doorlopen, aangezien hiermee ook het gedrag van de opdrachtnemer kan worden gestuurd, het ongewenste verassingen voorkomt of inperkt en voordeel vergroot of zeker stelt.

## Bijlage VI: Contractenonderzoek

Onderstaande contracten zijn nader onderzocht voor een beter begrip van het D&C-contract en van de verwijzingen daarnaar van de ervaringsdeskundigen uit de interviews. In deze bijlage zijn derhalve niet de gehele contracten opgenomen. Wel zijn enkele praktijkvoorbeelden ten aanzien van de toepassing van het bonus/malus-principe opgenomen. Zie voor de plaats van het contractenonderzoek in het gehele onderzoek en de (selectie van) ervaringsdeskundigen zie paragraaf 1.3 en bijlage VII.

Contract nr.	Opdrachtgever	Projectomschrijving	Bonus, Malus /Boete of Beide	Indicatoren en bedrag	Maximum gesteld?
1	Gemeente	Herinrichting openbare ruimte centrum	Boete	- Tijd (opleverdatum), 2.000 euro per dag.	Ja, 500.000 euro
2	Gemeente	Reconstructie weg	Boete	- Tijd (opleverdatum), 1.500 euro per dag.  - Programma van eisen, 1.000 euro per gebeurtenis.	
3	Gemeente	Bergbezinkleidingen	Boete	- Tijd (opleverdatum), 1.000 euro per dag.	Nee
4	Gemeente	Perrontunnel	Boete	- Tijd (mijlpalen), 100.000 euro + 10.000 euro per dag en 50.000 euro + 5.000 euro voor iedere week,  beschikbaarheid spoor, 100 euro per minuut.  - Handelen in strijd met overeenkomst, 1000 euro per gebeurtenis.	Ja, 1.000.000 euro. Maar daarnaast is wel de mogelijkheid voor aanvullende schadevergoeding behouden
5	Gemeente	Onderdoorgang spoor	Boete	- Tijd (mijlpalen), 25.000 + 10.000 euro per week overschrijding.  - Tekortkomingen,  aantasten beschikbaarheid spoorlijn, 500 euro per minuut voor niet beschikbaar zijn en 250 euro voor snelheidsbeperkingen,  gedeeltelijke afsluiting, 250.000 euro + 60.000,  gehele afsluiting, 250.000 euro + 125.000 euro per week extra	Ja, 2.000.000 euro (niet beperkt m.b.t. beschikbaarheid spoor)

				<p>overschrijding,</p> <p>ingebruikname onderdoorgang, 50.000 euro + 60.000 euro per week extra overschrijding,</p> <p>beschikbaarheid draaiboek en ter goedkeuring geleverd, 30.000 euro,</p> <p>indienststelling sporen na formele buitendienststelling, 75.000 tot 150.000 euro,</p> <p>handelen in strijd met bepalingen in overeenkomst, 5.000 euro per gebeurtenis en</p> <p>verder diverse boetes m.b.t. beschikbaarheid en snelheidsbeperkingen.</p>	
<b>6</b>	Provincie	Vernieuwing provinciale weg	Boete	Tijd (opleverdatum), 10.000 euro per dag.	Nee
<b>7</b>	Provincie	Aansluiting op Rijksweg	Boete	<p>Tijd (mijlpalen), 3.000 euro per dag,</p> <p>aanleveren documenten monitoringgegevens, 500 euro per dag vanaf drie weken na gunning,</p> <p>kwaliteitsplan 250 euro per dag 4 weken voor start werkzaamheden,</p> <p>deelkwaliteitsplan 100 euro per dag en</p> <p>6 weken voor start werkzaamheden aanleveren uitvoeringsontwerp, 500 euro per dag.</p>	Ja, 10 % van de aanneemsom
<b>8</b>	Rijksoverheid	Aanleg provinciale weg	Boete	- Tijd (mijlpalen), 15.000 of 25.000 euro per dag, afhankelijk van mijlpaal,	Nee



				<p>- Eisen, voor in gevaar brengen veiligheid, schade aan milieu en overschrijden tijdvensters nacht- en weekendafsluitingen, per geval 5.000 euro.</p> <p>- Weekend- en nachtafsluitingen, 375.000 euro boete voor iedere weekendafsluiting meer dan aangegeven bij de inschrijving en 15.000 euro per extra nachtafsluiting.</p>	
9	Rijksoverheid	Het maken van baggerspeciedepot, het verwerken van vrijkomende grond, het aanleggen van dijken, (natuur)terreinen en een werkhaven, almede het ontwerpen en aanleggen van technische- en beheervoorzieningen	Beide	<p>- Boete op criteria van Plan van Aanpak (o.a. planning, contractmanagement en omgevingsmanagement).</p> <p>Boete variërend van 5 euro voor prestatie criterium putinhoud (m<sup>3</sup>) tot 200.000 euro voor criteria ten aanzien van contractmanagement.</p> <p>Bonus is gesteld op 3.500 euro per dag.</p>	Alleen op bonus, 210.000 euro
10	Rijksoverheid	Verbreding snelweg	Beide	<p>Boete gesteld op:</p> <p>- Tijd (mijlpalen), 40.000 euro per dag.</p> <p>- Eisen ten aanzien van verkeersbewegingen, gesteld per genoemde eenheid, uur, keer of rijrichting, variërend van 1.000 euro tot 10.000 euro.</p> <p>Bonus gesteld op:</p> <p>- Eisen ten aanzien van verkeersbewegingen, gesteld per uur per rijrichting of per keer per rijrichting, beide 500 euro.</p>	Beide, tot 10% van de aanneemsom

## Bijlage VII: Respondenten interviews

Voor het voltooiën van dit onderzoek is in praktijk met tientallen ervaringsdeskundigen gesproken. Uiteindelijk zijn, na ook een veeltal andere ervaringsdeskundigen op het terrein van D&C te hebben gesproken, een zestiental formele interviews gehouden met ervaringsdeskundigen. De ervaring en deskundigheid van deze zestien respondenten is dan ook getoetst in gesprekken met anderen. Voor dit onderzoek zijn gedurende het proces ook verschillende contracten bestudeerd. Ook om verwijzingen daarnaar van de ervaringsdeskundigen beter te kunnen begrijpen.

In de interviews is aan iedere respondent gevraagd wat hij/zij onder een D&C-contract verstond. Dit om er zeker van te zijn dat de respondenten niet een heel afwijkend begrip hadden van een D&C-contract. Omdat het D&C-contract geen vaststaand begrip is, is hetgeen in deze scriptie onder D&C wordt verstaan (mede) gebaseerd op de uitkomsten van de interviews. In de interviews zijn overigens geen onderling sterk afwijkende beschrijvingen van het D&C-contract naar voren gekomen, zodat alle interviews in beginsel bruikbaar waren. Wel hebben een tweetal respondenten expliciet aangegeven dat zij in beginsel niets zagen in de sturing middels het bonus.malus-principe. De ene respondent zag wel heil in sturing door middel van een juiste verdeling van risico's en kansen en de andere respondent in sturing door middel van het zogeheten 'Prestatiemeten' (zie respectievelijk respondent 8 en 10 in tabel 1).<sup>107</sup> Het bonus/malus-principe zou volgens hen alleen in uitzonderlijke gevallen toegepast dienen te worden. De antwoorden van de eerste respondent zijn (deels) verwerkt in bijlage V. Het Prestatiemeten valt buiten dit onderzoek en daarom vallen de antwoorden van de tweede respondent buiten het kader van dit onderzoek, net als de antwoorden van een andere respondent die louter geïnterviewd is op het gebied van Prestatiemeten (zie respondent 11 in tabel 2).

Gezien de complexiteit van het onderwerp, dat raakvlakken heeft met verschillende disciplines, zijn ervaringsdeskundigen op verschillende vakgebieden en met verschillende achtergronden geïnterviewd. De ervaringsdeskundigen waren werkzaam binnen verschillende, dikwijls vooraanstaande, organisaties zoals Prorail, Rijkswaterstaat, Grontmij, Witteveen+Bos, Strukton, Heijmans en CROW. Door het onderwerp zowel in theorie als in praktijk in bredere zin te onderzoeken, kon het onderwerp vanuit verschillende achtergronden worden belicht; het belang van de verschillende mogelijke disciplinaire invalshoeken kon zo ook worden bepaald. In dit onderzoek zijn voornamelijk de economische en juridische invalshoek aangehouden. Uitgaand van deze invalshoeken zijn in de scriptie alleen de relevante antwoorden van genoemde selecte groep respondenten gebruikt om de onderzoeksvragen te beantwoorden. De andere respondenten en interviewvragen zijn voor het overzicht van het gedane onderzoek wel in de bijlagen opgenomen.

Een overzicht van de verschillende respondenten die zijn geïnterviewd voor het praktische onderzoek naar het probleem van de opdrachtgever en naar het bonus/malus-principe is te vinden in onderstaande tabellen 1 en 2. Daarna wordt kort achtergrond en ervaring van de respondenten beschreven. Het contractenonderzoek is te vinden in bijlage VI en de interviewvragen in bijlage VIII.

De interviews zijn gehouden in de periode 10 oktober 2007 t/m 12 december 2007.

---

<sup>107</sup> Bij het 'Prestatiemeten' kan de opdrachtnemer afhankelijk van zijn gedragshistorie een voordeel of nadeel verkrijgen bij de aanbesteding voor een volgend project.

**Onderzoek probleem opdrachtgever:**

<b>Respondent-nummer</b>	<b>Naam</b>	<b>Organisatie</b>	<b>Functie</b>
1	Ir. S. Laaper	Grontmij	Adviseur
2	Drs. ing. S.A.B.M. Hageman	Gemeente Middelburg	Hoofd Ingenieursbureau
3	Ing. A.J. P.M. van der Velden	Grontmij	Teamleider
4	Ing. J.M.D. Hartman	Grontmij	Projectmanager
5	B. Van den Berg	Prorail	Hoofd juridische zaken
6	Mr. I. de jong-van der Winden	Grontmij	Bedrijfsjurist

*Tabel 1: Lijst met respondenten die zijn geïnterviewd bij het onderzoeken van het probleem van de opdrachtgever.*

**Onderzoek bonus/malus-principe:**

<b>Respondent-nummer</b>	<b>Naam</b>	<b>Organisatie</b>	<b>Functie</b>
7	B.M. van Luling	Rijkswaterstaat Bouwdienst	Projectleider
8	Ing. J.T.H. Oehler	Dienst Landelijk Gebied (DLG)	Aanbesteden/contracteren
9	Drs. ing. J.N. de Koning	Witteveen + Bos	Hoofd groep Contracteren en Aanbesteden
10	Ing. G.K. van der Wal	Prorail	Hoofd Aanbestedingszaken, Kostenmanagement en Inkoop (AKI)
11	G. van Soest	Prorail	Procescoördinator Prestatiemeten
12	Ing. H.J.M. Verbaten	Strukton	Hoofd Contractmanagement
13	Ir. C.J.J.M. Marijnissen	Heijmans	Werkvoorbereider/System Engineer
14	Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis	Universiteit Delft en Instituut BouwRecht (IBR)	Verbonden aan Universiteit Delft en directrice IBR
15	Prof. mr. C.E.C. Jansen	Vrije Universiteit Amsterdam	Verbonden aan Vrije Universiteit Amsterdam
16	Ing. T. W. van Reeuwijk	CROW	Projectmanager Infrabouwproces

*Tabel 2: Lijst met respondenten die zijn geïnterviewd bij het onderzoeken van het bonus/malus-principe.*

**Achtergrond en ervaring:**

1. Civieltechnisch Ingenieur met reeds ruime ervaring op het gebied van D&C en een van de pioniers op dit gebied binnen Grontmij, waar hij als adviseur werkzaam is en zowel opdrachtgevers als opdrachtnemers adviseert bij alle fasen van het D&C-project.
2. Civieltechnisch Ingenieur en Bedrijfskundige, betrokken geweest als projectleider van een opdrachtnemer bij één van de eerste grote D&C-projecten en momenteel werkzaam als Hoofd Ingenieursbureau in de gemeente Middelburg waar hij ook ervaring heeft met D&C aan de opdrachtgeverskant.
3. Weg- en waterbouwkundig ingenieur met ruime ervaring met D&C-contracten, zowel met het aanbesteden en opstellen van het contract als met de uitvoering en het toetsen van D&C-contracten bij grote projecten en zowel aan opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant. En werkzaam als teamleider binnen Grontmij.
4. Weg- en waterbouwkundig ingenieur, ervaring met D&C aan zowel opdrachtgevers- als opdrachtnemerskant bij meerdere grote (verkeers-)projecten en werkzaam als projectmanager bij Grontmij.
5. Bedrijfsjuriste bij Grontmij en reeds ruime ervaring met D&C aangezien zij de D&C-contracten en -processen binnen de organisatie naloop op juridische houdbaarheid.
6. Bedrijfsjurist bij Prorail waar hij reeds ruime ervaring heeft met D&C en ook onderzoek heeft begeleid naar het sturen van het gedrag van de opdrachtnemer via zogeheten verzekerde garantie.
7. Als opdrachtgever voor de Bouwdienst van Rijkswaterstaat regelmatig betrokken bij de voorbereiding van D&C-projecten.
8. Ervaren persoon op het gebied van aanbesteden en contracteren en het aansturen van D&C-projecten, is werkzaam in de rol van opdrachtgever bij DLG en wordt regelmatig gevraagd om ook andere overheden van advies te voorzien op het gebied van D&C.
9. Heeft een bouwkundige en economische achtergrond en is in zijn studie reeds bezig geweest met organisatievormen en met name de invloed van contractvormen op het gedrag van de opdrachtnemer, richt zich daarom binnen Witteveen+Bos vooral op nieuwe contractvormen en heeft daarbij een ondersteunende rol voor bijvoorbeeld de invoering van de UAV-GC bij overheidsorganisaties, maar wordt ook steeds meer aan de opdrachtnemende kant betrokken bij D&C-projecten.
10. Bouwkundig ingenieur die bij de aanleg van één van de eerste geïntegreerd uitbesteedde spoortunnels betrokken is geweest en is nu werkzaam als hoofd Aanbestedingszaken bij Prorail waar op de afdeling momenteel alleen maar D&C wordt uitbesteed.
11. Bouwkundige en juridische scholing werkzaam binnen Prorail op afdeling Aki als Procescoördinator Prestatiemeten, betrokken bij het opzetten en implementeren van een nieuw systeem waarbij de opdrachtnemer op basis van zijn gedrag bij de aanbesteding voor een volgend project een bonus of malus kan krijgen.
12. Heeft reeds zeer ruime ervaring met D&C-contracten in de offshore en werkt nu als Hoofd Contractmanagement bij Stukton waar hij voornamelijk met D&C-contracten te maken heeft voor zowel projecten van de landelijke als decentrale overheden.

13. Civieltechnisch ingenieur en heeft reeds drie jaar ervaring als system engineer in D&C-projecten binnen Heijmans waarbij hij betrokken is geweest bij het doen van een aanbiedingen, maar ook bij de werkvoorbereiding.
14. Verbonden als professor aan de Universiteit in Delft en directrice van het IBR, heeft ruime ervaring op het gebied van bouwrecht. Heeft onder meer meegewerkt aan het opstellen van de UAV-GC.
15. Heeft part-time praktijk ervaring opgedaan bij opdrachtnemerskant en is verbonden geweest aan Universiteit Tilburg, heeft brede ervaring op het gebied van bouwcontracten en heeft o.a. meegewerkt aan het opstellen van de UAV-GC. Momenteel is hij werkzaam als professor aan de Vrije universiteit te Amsterdam maar is hij nog steeds nauw betrokken bij de bouwpraktijk.
16. Werkzaam als projectleider Infrabouwprocesmanager bij het kenniscentrum CROW dat niet alleen doet aan kennisontwikkeling op het gebied van o.a. D&C, maar dit ook uitdraagt naar de praktijk. Heeft hierdoor een ruime theoretische maar ook praktische kennis.

## Bijlage VIII: Vragenlijsten interviews

Hier volgt een overzicht van de vragenlijsten die gebruikt zijn bij het praktische onderzoek naar het probleem van de opdrachtgever en het bonus/malus-principe. In onderstaande tabellen is te zien welke vragenlijst voor welke respondenten is gebruikt. Hierbij is kort weergegeven vanuit welke achtergrond of rol de respondenten zijn geïnterviewd. De vragenlijsten zijn opgenomen na de beide tabellen. Voor de plaats van de interviews in het gehele onderzoek en de (selectie van) ervaringsdeskundigen zie paragraaf 1.3 en bijlage VII.

### Onderzoek probleem opdrachtgever:

Vragenlijst	Respondentnummers	Achtergrond respondenten
1	1 t/m 4	Oprachtnemers- en opdrachtgeverskant (praktisch)
2	5 en 6	Juridisch

Tabel 3: Overzicht van de vragenlijsten voor het onderzoek naar het probleem van de opdrachtgever en bijbehorende (achtergrond van) respondenten.

### Onderzoek bonus/malus-principe:

Vragenlijst	Respondentnummers	Rol respondenten
3	7 t/m 9	Oprachtgever/adviseur
4	10	Oprachtgever Prorail
5	11	Oprachtgever Prorail: Prestatiemeten
6	12 en 13	Oprachtnemer
7	14 en 15	Jurist
8	16	Medewerker kenniscentrum

Tabel 4: Overzicht van de vragenlijsten voor het onderzoek naar het probleem van de opdrachtgever en bijbehorende (rol van) respondenten.

## **Vragenlijst 1:**

### **Interview sturingsmogelijkheden bonus/malus-principe**

<b>Naam:</b>	.....
<b>Datum:</b>	.....
<b>Plaats:</b>	.....
<b>Start/ Eind interview:</b>	.....

#### **Inleiding**

Vanuit literatuuronderzoek is gebleken dat er in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van openbaar aanbesteden en van Design&Construct-contracten (D&C-contracten) door de overheid. Daar de landelijk opererende publieke opdrachtgevers de geïntegreerde benadering reeds tot norm hebben verheven, blijft deze ontwikkeling bij de decentrale overheden echter nog achter. De toepassing van D&C kent meer barrières.

Een van de barrières die op basis van literatuuronderzoek verwacht wordt, betreft een onzekerheid die de opdrachtgever ervaart ten aanzien van het gedrag van de opdrachtnemer. Dit probleem wordt veroorzaakt doordat de opdrachtgever op meer afstand komt te staan van het project.

In dit interview wordt gezien of het beschreven probleem in praktijk ook daadwerkelijk wordt onderkend en op welke wijze men aankijkt tegen de sturingsmogelijkheid middels het bonus/malus-principe (wenselijk gedrag wordt beloond en niet-wenselijk gedrag bestraft).

#### **Algemene vragen**

1. Wat verstaat u onder een D&C-contract?
2. Is er volgens u een (groeiende) markt voor het aanbesteden van D&C-projecten op het niveau van de decentrale overheid?
3. Denkt u dat D&C projecten binnen de decentrale overheid ook steeds meer zullen worden aanbesteed via de (niet-)openbare danwel openbare procedure?

#### **Vragen over de probleemstelling**

1. Zou volgens u de opdrachtgever bij een D&C-project meer afstand moeten houden tot het werk en de opdrachtnemer dan in de traditionele situatie (uitbesteding op basis van bestek en tekeningen en regievoering?)
2. Ontstaat er volgens u, bij de toepassing van een D&C-contract, een vergrote onzekerheid voor de opdrachtgever ten aanzien van het (opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer?
3. Uit onderzoek is gebleken dat het gevaar bestaat dat de opdrachtgever er snel voor kiest om een intensieve controle uit te oefenen bij werken die geïntegreerd worden uitbesteed. Dit wordt als problematisch beschouwd omdat de kosten van controle op deze manier oplopen en de opdrachtgever weer verantwoordelijkheden naar zich toehaalt. (H)Erkent u dit probleem voor D&C-projecten?

4. Draagt het aanbesteden via de niet-openbare danwel openbare procedure bij aan onzekerheid ten aanzien van het (opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer?

### **Vragen over oplossingsrichting**

1. Er zijn meer soorten contractuele sturingsmogelijkheden te onderscheiden. Wat is uw mening over de effectiviteit en efficiëntie van de volgende contractuele sturingsmogelijkheden voor de decentrale overheden (wel/niet effectief/efficiënt):

Het faseren van de beloning;  
Het inhouden van een borg bij niet-nakoming;  
Het koppelen van onderhoud;  
Het koppelen van financiering;  
Het vereisen van garanties?

2. Dit onderzoek richt zich op sturingsmogelijkheden middels het bonus/malus-principe. Welke van bovenstaande of andere sturingsmogelijkheden zou volgens u vervolgonderzoek behoeven omdat dit duidelijke en nog verder te ontwikkelen sturingsmogelijkheden biedt voor de decentrale overheden?

### **Vragen over het Bonus/malus-principe**

1. Heeft de opdrachtnemer er zonder bonus/malus-regeling belang bij om langer over een D&C-project te doen danwel vertoont deze dan eerder gedrag dat de projectduur kan verlengen/verlengt?
2. Wat werkt volgens u beter om toekomstig gedrag van de opdrachtnemer te sturen? Het steeds wegnemen van een in het vooruitzicht gestelde bonus of het innen van een boete bij niet-nakoming?
3. Is de bonusregeling volgens u een effectief sturingsmiddel? (voordelige versus nadelige effecten in sturing gedrag opdrachtnemer)
4. Is de bonusregeling volgens u een efficiënt sturingsmiddel? (financiële voordelige en nadelige effecten voor opdrachtgever)
5. Wat werkt volgens u beter om toekomstig gedrag van de opdrachtnemer te sturen? Het steeds toekennen van een bonus of het wegnemen van een in het vooruitzicht gestelde boete bij (meer dan) nakoming?
6. Is de boeteregeling volgens u een effectief sturingsmiddel? (voordelige versus nadelige effecten in sturing gedrag opdrachtnemer)
7. Is de boeteregeling volgens u een efficiënt sturingsmiddel? (financiële voordelige en nadelige effecten voor opdrachtgever)
8. Kan nakoming volgens u het best worden bereikt middels een in het vooruitzicht gestelde bonus, een in het vooruitzicht gestelde boete of beide? En waarom?
9. Op welke wijze wordt het gebruik van bonus en/of malus volgens u beïnvloed door de specifieke eigenschappen van een D&C-project? (dus in contrast met de traditionele uitbesteding op basis van Bestek & Tekeningen)
10. Wat zou volgens u een interessante vraag zijn om mee te nemen in het verdere onderzoek?



De besproken (reeds bestaande) regeling van het bonus-malus-principe ziet op de korte termijn van één project. De volgende vragen houden verband met een bonus/malus-systeem dat ziet op meer projecten. Het is vergelijkbaar met de zogeheten bonus/malusladder binnen de autoverzekeringswereld. Hierbij wordt goed gedrag (schadevrij rijden) beloond met een bonus (verlaging van de premie) en slecht gedrag (het rijden van schades) afgestraft met een malus (een verhoging van de premie). Voor dit onderzoek wordt uitgegaan van een systeem dat voor de opdrachtnemer een bonus oplevert bij het vertonen van wenselijk gedrag voor de opdrachtgever en een malus voor gedrag dat niet wenselijk is voor de opdrachtgever. Deze bonus of malus wordt per ondernemer bijgehouden en speelt een rol bij de selectie voor een volgend project. In bouwpraktijk is dit systeem nog zeer nieuw en wordt wel 'prestatiemeting', of 'past performance' genoemd.

11. Bent u van mening dat de opdrachtnemer zich in zijn gedrag sterk laat beïnvloeden door het vooruitzicht van het verkrijgen van vervolgprojecten?
12. Op welke wijze kan de opdrachtgever momenteel bij de (niet-)openbare procedure het gedrag van de opdrachtnemer beïnvloeden middels vervolgprojecten? (Denk aan bv. referenties en uitsluitingscriteria) En is dit volgens u voldoende?
13. Denkt u dat er behoefte is aan een bonus/malus-systeem dat het gedrag van de opdrachtnemer mee laat wegen in de selectie voor een volgend project?

Indien u inschat dat deze behoefte bestaat.

14. Waarop zou een opdrachtgever volgens u de opdrachtnemer bij een D&C project willen beoordelen? Vanuit de theorie volgen de volgende gebieden waarop de opdrachtgever zou willen sturen: omgevingsmanagement, inzet van personeel, inzet van materiaal en materieel, omgang met innovatieve of specifieke onderdelen van het project. Zouden deze gebieden nog moeten worden aangevuld en kunt u wellicht belangrijke meer specifieke gebieden noemen?
15. Wat zou volgens u een interessante vraag zijn om mee te nemen in het verdere onderzoek?

## **Vragenlijst 2:**

### **Interview sturingsmogelijkheden bonus/malus-principe**

<b>Naam:</b>	.....
<b>Datum:</b>	.....
<b>Plaats:</b>	.....
<b>Start/    Eind</b>	.....
<b>interview:</b>	.....

#### **Inleiding**

Vanuit literatuuronderzoek is gebleken dat er in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van openbaar aanbesteden en van Design&Construct-contracten (D&C-contracten) door de overheid. Daar de landelijk opererende publieke opdrachtgevers de geïntegreerde benadering reeds tot norm hebben verheven, blijft deze ontwikkeling bij de decentrale overheden echter nog achter. De toepassing van D&C kent meer barrières.

Een van de barrières die op basis van literatuuronderzoek verwacht wordt, betreft een onzekerheid die de opdrachtgever ervaart ten aanzien van het gedrag van de opdrachtnemer. Dit probleem wordt veroorzaakt doordat de opdrachtgever op meer afstand komt te staan van het project.

In dit interview wordt bezien of het beschreven probleem in praktijk ook daadwerkelijk wordt onderkend en op welke wijze men aankijkt tegen de sturingsmogelijkheid middels het bonus/malus-principe (wenselijk gedrag wordt beloond en niet-wenselijk gedrag bestraft). De bedoeling is om hierbij ook de juridische aspecten van het onderzoek beter in beeld te krijgen.

#### **Vragen**

1. Wat verstaat u onder een D&C-contract?
2. Is volgens uw mening bij een D&C-contract sprake van een resultaatsverplichting voor de opdrachtnemer of is er sprake van een 'knip' tussen de ontwerp en uitvoeringsfase?
3. Indien de opdrachtgever controle uitvoert bij een D&C-project. Met welke handelingen haalt hij verantwoordelijkheid ten aanzien van het project naar zich toe en welke handelingen mag hij verrichten zonder dat hij verantwoordelijkheid naar zich toe haalt?
4. Bent u van mening dat de kans groot is dat de opdrachtgever (in praktijk) snel verantwoordelijkheden naar zich toe haalt indien deze een intensieve controle uitoefent?
5. Mag de opdrachtgever na aanbesteding via de niet-openbare danwel openbare procedure nog een boete en/of bonusregeling toevoegen aan het contract?
6. Mag de opdrachtgever vooraf de bonus en/of boete opnemen als een percentage van de dan nog niet bekende aanneemsom?
7. De boeteregeling wordt wel een gefixeerde schadevergoeding genoemd. In hoeverre is inzicht in de werking van schadevergoeding nodig om de voordelen van de boeteregeling in beeld te brengen?

8. Op basis van artikel 6:92 BW blijkt dat de boeteregeling in plaats van de te leveren prestatie komt en dat er geen mogelijkheid is tot aanvullende of vervangende schadevergoeding. In praktijk wordt dit omzeild door de prestatie te koppelen aan een termijn. De prestatie is nog nu nog steeds verplicht en ook bestaat ook opeens de mogelijkheid tot een vervangende schadevergoeding welke in beginsel niet mogelijk is. Op welke wijze wordt dit juridisch verantwoord?
9. Op welke wijze wordt bij overheidsopdrachten omgegaan met de mogelijkheid tot het meenemen van winstafdracht en gedeelde winst bij de afhandeling van de vergoeding van schade?
10. Kan er een bestraffende werking uitgaan van het toepassen van de boete? Bijvoorbeeld indien partijen het contract zo construeren dat deze naast de schadevergoeding komt te staan?
11. Zijn er verschillen in de toepassing van de bonus en/of boete in een D&C-contract in vergelijking tot een traditioneel contract (Bestek & Tekeningen)?
12. Wat zou volgens u een interessante juridische vraag zijn om mee te nemen in het verdere onderzoek?

De besproken (reeds bestaande) regeling van het bonus-malus-principe ziet op de korte termijn van één project. De volgende vragen houden verband met een bonus/malus-systeem dat ziet op meer projecten. Het is vergelijkbaar met de zogeheten bonus/malusladder binnen de autoverzekeringwereld. Hierbij wordt goed gedrag (schadevrij rijden) beloond met een bonus (verlaging van de premie) en slecht gedrag (het rijden van schades) afgestraft met een malus (een verhoging van de premie). Voor dit onderzoek wordt uitgegaan van een systeem dat voor de opdrachtnemer een bonus oplevert bij het vertonen van wenselijk gedrag voor de opdrachtgever en een malus voor gedrag dat niet wenselijk is voor de opdrachtgever. Deze bonus of malus wordt per ondernemer bijgehouden en speelt een rol bij de selectie voor een volgend project. In bouwpraktijk is dit systeem nog zeer nieuw en wordt wel 'prestatiemeting', of 'past performance' genoemd.

13. Mag de opdrachtgever de opdrachtnemer een vervolgprijs voorhouden bij een (niet-) openbare aanbestedingsprocedure om zo diens gedrag te beïnvloeden?
14. Indien de wens is om een bonus/malus systeem in te voeren om zo de onzekerheid van de opdrachtgever nog verder te reduceren. Op welke wijze denkt u dat de vereisten van transparantie en objectiviteit hier een rol spelen en verwacht u dat een dergelijk systeem van de grond kan komen? Op welke aspecten zou absoluut niet mogen worden beoordeeld en welke wel?
15. Moet dit systeem worden opgenomen in het contract? Ofwel dient de opdrachtnemer voor goedkeuring van 'onderwerping' aan dit systeem tekenen?
16. Zou dit systeem als ook minimumeis of geschiktheids criterium kunnen worden gebruikt?
17. Wat zou volgens u een interessante juridische vraag zijn om mee te nemen in het verdere onderzoek?

### **Vragenlijst 3:**

#### **Interview onderzoek sturingsmogelijkheden bonus/malus-principe**

<b>Naam:</b>	.....
<b>Functie:</b>	.....
<b>Organisatie:</b>	.....
<b>Datum:</b>	.....
<b>Plaats:</b>	.....
<b>Start/ Eind interview:</b>	.....

#### **Inleiding**

In de bouwpraktijk wordt steeds vaker gebruik gemaakt van D&C-contracten door publieke opdrachtgevers. De toepassing van D&C gaat echter gepaard met verschillende problemen. Een van deze problemen bestaat uit een toename van onzekerheid bij de publieke opdrachtgever ten aanzien van het (opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer.

Een van de mogelijkheden voor de opdrachtgever om het gedrag van de opdrachtnemer te sturen, is door middel van het bonus/malus-principe. Op deze wijze kan de opdrachtgever de opdrachtnemer via het contract sturen tegen relatief lage kosten en zonder het overnemen van verantwoordelijkheden.

Dit interview is erop gericht om in beeld te brengen op welke wijze in de praktijk tegen het gebruik van het bonus/malus-principe wordt aangekeken. Het gaat hierbij zowel om de wijze waarop op dit moment wordt omgegaan met dit principe in D&C-contracten voor werken alsook om eventuele nieuwe ontwikkelingsmogelijkheden.

Onderstaand zijn de vragen opgenomen die in het interview aan bod komen. Er zal steeds gevraagd worden om uw antwoord toe te lichten.

#### **Algemene vragen**

1. Wat verstaat u onder een D&C-contract?
2. Kunt u vanuit uw ervaring een paar algemene voorbeelden noemen van negatief opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer en een paar voorbeelden van dergelijk gedrag dat specifiek voorkomt bij D&C-projecten?

**Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn (bereik is één project(fase))**

*Eén meetpunt (tijd)*

1. Kunt u voor- en nadelen noemen ten aanzien van het opnemen van een bonus c.q. malus in het contract?
2. Bent u van mening dat de bonus c.q. malus uiteindelijk een financieel voordeel oplevert of een nadeel?
3. Kan nakoming volgens u het best worden bereikt door middel van een in het vooruitzicht gestelde bonus, een in het vooruitzicht gestelde boete of beide?
4. Om welke reden(en) zou u niet alleen maar bonussen in het contract willen opnemen?
5. In praktijk is de boete vaak hoger dan de bonus. Bij een mijlpaal is dan een omslagpunt van een relatief lage bonus naar een relatief hoge boete. Vindt u dat dit verschil wel of niet gematigd moet worden? Indien wel, op welke wijze zou dit volgens u kunnen?
6. Welke factoren bepalen de hoogte van de bonus en welke die van de boete en op welke wijze brengt u deze factoren van te voren in kaart?
7. Wat zijn factoren/omstandigheden die het opnemen van de bonus c.q. malus niet mogelijk danwel niet wenselijk maken?
8. Kunt u dilemma's noemen die u bij de keuze voor het opnemen van een bonus en/of malus ervaart en op welke wijze denkt u dat deze dilemma's verholpen kunnen worden?
9. Wordt de bonus c.q. boete volgens u over het algemeen meegerekend in de inschrijfsom?
10. Wordt de bonus c.q. boete in praktijk altijd geëffectueerd als afgesproken?
11. Reeds lange tijd wordt er gebruik gemaakt van het bonus/malus-principe gesteld op tijd (mijlpalen). Wanneer zou u er bij een D&C-project voor kiezen/kiest u er voor om het principe toe te passen op meer mijlpalen en waarop sluiten deze mijlpalen dan (vaak) aan?

*Meer meetpunten*

1. In onderstaande tabel is een onderverdeling gemaakt in categorieën waarin op andere meetpunten dan mijlpalen kan worden gestuurd.
  - a. Vindt u de onderstaande onderverdeling compleet en/of juist?
  - b. Binnen welke van onderstaande categorieën ziet u wel/geen sturingsmogelijkheden via het bonus/malus-principe? Indien wel: Kunt u hierbij steeds een voorbeeld van een mogelijk meetpunt noemen?

	<b>Categorieën</b>	<b>Mogelijkheden voor sturing via bonus/malus (wel/niet)</b>
<b>Ontwerpfase</b>	Kosten	
	Organisatieproces	
	Risicobeheersing	
	Informatieproces	
	Kwaliteit Ontwerp	
<b>Uitvoeringsfase</b>	Kosten	
	Organisatieproces	
	Risicobeheersing	
	Veiligheid en Gezondheid	
	Informatieproces richting opdrachtgever	
	Omgevingsmanagement (informatie/organisatie richting omgeving)	
	Kwaliteit product	
	Kwaliteit omgeving/ milieu	
	Anders, nl.: ...	

2. Kwaliteit kan worden opgedeeld in proceskwaliteit (o.a. informatie en organisatie) en productkwaliteit (resultaat en omgeving/milieu). Zou het bonus/malus-principe voornamelijk toegepast moeten worden op het product, op het proces of op beide?
3. Kan nakoming volgens u het best worden bereikt door middel van een in het vooruitzicht gestelde bonus, een in het vooruitzicht gestelde boete, beide of hangt dit af van het meetpunt?
4. Denkt u dat het op verschillende meetpunten sturen via het bonus/malus-principe de opdrachtnemer zal kunnen stimuleren om zich te richten op kwaliteitsstrategieën en derhalve bijdraagt aan het verhogen van het algehele kwaliteitsniveau van een project?

**Vragen over het bonus/malus-principe op langere termijn (bereik is meer projecten)**

1. Door Prorail wordt gebruik gemaakt van een Prestatiemeetsysteem. Hierbij wordt de opdrachtnemer als het ware via een rapport op zijn gedrag beoordeeld. Via deze beoordeling krijgt de opdrachtnemer een bonus of malus voor de selectie bij een volgende opdracht. Ook Rijkswaterstaat is overigens zeer recentelijk met een dergelijk systeem gaan pionieren. Vindt u een dergelijk systeem wenselijk en zo ja, denkt u dat dit systeem ook kan werken voor de decentrale overheden?
  
2. Met een dergelijk systeem zou via overkoepelende categorieën van meetpunten een extra stimulans kunnen worden gegeven aan de opdrachtnemer om zich te richten op kwaliteitsstrategieën. De meetpunten binnen de categorieën dienen zo objectief mogelijk te worden gemaakt. Onderstaand is een indeling gemaakt in mogelijke categorieën.
  - a. Vindt u de onderstaande onderverdeling compleet en/of juist?
  - b. Binnen welke categorie ziet u wel/geen mogelijkheden voor een voldoende objectieve beoordeling van meetpunten? Indien wel: Kunt u een voorbeeld van een mogelijk meetpunt noemen?

In onderstaande lijst zijn ontwerp- en uitvoeringsfase geïntegreerd. Deze kunnen daar waar relevant uiteraard wel apart worden beoordeeld door middel van het aanbrengen van subcategorieën.

	<b>Categorieën</b>	<b>Sturing via bonus/malus mogelijk? (wel/ niet/ weet niet)</b>
<b>Proces</b>	Klantgerichtheid	
	Zelfstandigheid	
	Samenwerking	
	Tijdigheid	
	Kostenbeheersing	
	Organisatie	
	Risicomangement	
	Innovativiteit	
	Veiligheid en Gezondheid	
	Communicatie	
	Omgevingsmanagement	
<b>Product</b>	Oplevering	
	Productkwaliteit	
	Kwaliteit omgeving	
	Gebruiksvriendelijkheid	
	Onderhoudsvriendelijkheid	
	Anders, nl.: ...	

### **Vragenlijst 4:**

## **Interview onderzoek sturingsmogelijkheden bonus/malus-principe**

<b>Naam:</b>	.....
<b>Functie:</b>	.....
<b>Organisatie:</b>	.....
<b>Datum:</b>	.....
<b>Plaats:</b>	.....
<b>Start/ Eind interview:</b>	.....

### **Inleiding**

In de bouwpraktijk wordt steeds vaker gebruik gemaakt van D&C-contracten door publieke opdrachtgevers. De toepassing van D&C gaat echter gepaard met verschillende problemen. Een van deze problemen bestaat uit een toename van onzekerheid bij de publieke opdrachtgever ten aanzien van het (opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer.

Een van de mogelijkheden voor de opdrachtgever om het gedrag van de opdrachtnemer te sturen, is door middel van het bonus/malus-principe. Op deze wijze kan de opdrachtgever de opdrachtnemer via het contract sturen tegen relatief lage kosten en zonder het overnemen van verantwoordelijkheden.

Dit interview is erop gericht om in beeld te brengen op welke wijze Prorail omgaat met dit principe, aangezien zij met de ontwikkeling van dit principe voorop loopt. Het gaat hierbij zowel om de wijze waarop op dit moment wordt omgegaan met dit principe in D&C-contracten voor werken alsook om eventuele nieuwe ontwikkelingsmogelijkheden.

Onderstaand zijn de vragen opgenomen die in het interview aan bod komen. Er zal steeds gevraagd worden om uw antwoord toe te lichten.

### **Algemene vragen**

1. Wat verstaat u onder een D&C-contract?
2. Kunt u vanuit uw ervaring een paar algemene voorbeelden noemen van negatief opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer en een paar voorbeelden van dergelijk gedrag dat specifiek voorkomt bij D&C-projecten?

### **Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn (bereik is één project(fase))**

1. Wordt er altijd per meetpunt (indicator) een combinatie van de bonus en malus toegepast?
2. Om welke reden(en) worden niet alleen maar bonussen in het contract opgenomen?
3. De opdrachtnemer kan ook gestuurd worden via de mogelijkheid van niet-betaling van de standaardbeloning of de dreiging hiermee. Op welke wijze gaat Prorail hier mee om en hoe verhoudt deze methode zich volgens u tot het bonus/malus-principe?



4. Op welke wijze wordt omgegaan met het verschil dat zich voor kan doen tussen de door de door de Prorail aangegeven grenzen van indicatoren en de door de opdrachtnemer in zijn aanbieding aangegeven (krappere) grenzen? NB.: Op welke wijze verschuift de bonus/malus-regeling zich dan?
5. Op welke wijze wordt bepaald waar de grens tussen het toedelen van de maximale malus en het vorderen van schadevergoeding ligt?
6. Op welke wijze wordt bepaald of op een meetpunt (indicator) gestuurd wordt via een directe bonus/malus of via een beoordeling in het prestatie-meetsysteem?
7. Op welke wijze wordt rekening gehouden met een eventuele dubbele straf van de opdrachtnemer door overlap in meetpunten van de beide systemen (korte en lange termijn)?
8. Wordt er bij de toepassing van bonus/malus-regelingen verschil gemaakt tussen het sturen op wensen en eisen? (De Vraagspecificatie bestaat, althans in theorie, uit eisen en wensen.)
9. Wordt op de ontwerpfase van een D&C-contract alleen het prestatie-meetsysteem toegepast of worden hier op meetpunten ook directe bonussen en/of malussen toegepast? Zo ja, op welke meetpunten?
10. Bij aparte opdrachten aan ingenieursbureaus wordt ook een bonus/malus-regeling toegepast op de uiteindelijke kostenomvang. Op welke wijze prikkelt dit in de praktijk de opdrachtnemer, ofwel is de verwachtingswaarde van meerwerk niet veel aantrekkelijker in de praktijk?
11. Is er door de sturing via het bonus/malus-principe op korte termijn minder controle benodigd?

12. In onderstaande tabel is een onderverdeling gemaakt in categorieën waarin op andere meetpunten dan mijlpalen kan worden gestuurd.
- Vindt u de onderstaande onderverdeling compleet en/of juist?
  - Binnen welke van onderstaande categorieën ziet u wel/geen sturingsmogelijkheden via het bonus/malus-principe? Indien wel: Kunt u hierbij steeds een voorbeeld van een mogelijk meetpunt noemen?

	<b>Categorieën</b>	<b>Mogelijkheden voor sturing via bonus/malus (wel/niet)</b>
<b>Ontwerpfase</b>	Kosten	
	Organisatieproces	
	Risicobeheersing	
	Informatieproces	
	Kwaliteit Ontwerp	
<b>Uitvoeringsfase</b>	Kosten	
	Organisatieproces	
	Risicobeheersing	
	Veiligheid en Gezondheid	
	Informatieproces richting opdrachtgever	
	Omgevingsmanagement (informatie/organisatie richting omgeving)	
	Bereikbaarheid/beschikbaarheid product(omgeving)	
<b>Oplevering</b>	Kwaliteit product	
	Kwaliteit omgeving/ milieu	
	Anders, nl.: ...	

- Kwaliteit kan worden opgedeeld in proceskwaliteit (o.a. informatie en organisatie) en productkwaliteit (resultaat en omgeving/milieu). Zou het bonus/malus-principe voornamelijk toegepast moeten worden op het product, op het proces of op beide?
- Kan nakoming volgens u het best worden bereikt door middel van een in het vooruitzicht gestelde bonus, een in het vooruitzicht gestelde boete, beide of hangt dit af van het meetpunt?
- Denkt u dat het op verschillende meetpunten sturen via het bonus/malus-principe de opdrachtnemer zal kunnen stimuleren om zich te richten op kwaliteitsstrategieën en derhalve bijdraagt aan het verhogen van het algehele kwaliteitsniveau van een project?

## **Vragenlijst 5:**

### **Interview onderzoek sturingsmogelijkheden bonus/malus-principe**

<b>Naam:</b>	.....
<b>Functie:</b>	.....
<b>Organisatie:</b>	.....
<b>Datum:</b>	.....
<b>Plaats:</b>	.....
<b>Start/ Eind interview:</b>	.....

#### **Inleiding**

In de bouwpraktijk wordt steeds vaker gebruik gemaakt van D&C-contracten door publieke opdrachtgevers. De toepassing van D&C gaat echter gepaard met verschillende problemen. Een van deze problemen bestaat uit een toename van onzekerheid bij de publieke opdrachtgever ten aanzien van het (opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer.

Een van de mogelijkheden voor de opdrachtgever om het gedrag van de opdrachtnemer te sturen, is door middel van het bonus/malus-principe. Op deze wijze kan de opdrachtgever de opdrachtnemer via het contract sturen tegen relatief lage kosten en zonder het overnemen van verantwoordelijkheden.

Dit interview is erop gericht om in beeld te brengen op welke wijze Prorail omgaat met dit principe, aangezien zij met de ontwikkeling van dit principe voorop loopt. Het gaat hierbij zowel om de wijze waarop op dit moment wordt omgegaan met dit principe in D&C-contracten voor werken alsook om eventuele nieuwe ontwikkelingsmogelijkheden.

Onderstaand zijn de vragen opgenomen die in het interview aan bod komen. Er zal steeds gevraagd worden om uw antwoord toe te lichten.

#### **Algemene vragen**

1. Wat verstaat u onder een D&C-contract?
2. Kunt u vanuit uw ervaring een paar algemene voorbeelden noemen van negatief opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer en een paar voorbeelden van dergelijk gedrag dat specifiek voorkomt bij D&C-projecten?

#### **Vragen over het Prestatiemeten**

1. Met het Prestatiemeten wordt de opdrachtnemer op basis van verschillende indicatoren beoordeeld. Op welke wijze verschillen deze indicatoren van de indicatoren waarmee op de korte termijn wordt gestuurd (ook ten aanzien van de beoordeling hiervan en de invloed die de indicatoren hebben op het gedrag van de opdrachtnemer)?
2. Op welke wijze wordt rekening gehouden met een eventuele dubbele straf van de opdrachtnemer door overlap in meetpunten van de beide systemen?

3. Via het prestatie meten wordt gestuurd op indicatoren binnen verschillende categorieën. In onderstaande tabel zijn, onder andere naar aanleiding van het Prestatiemeetsysteem, categorieën opgenomen waarop de opdrachtnemer beoordeeld kan worden.
- Mist u in onderstaande verdeling nog categorieën?
  - Is er naar uw mening (deels) een andere indeling noodzakelijk?
  - Staan er volgens u categorieën die niet meetbaar te maken zijn?

	<b>Categorieën</b>	<b>Sturing via bonus/malus mogelijk? (wel/ niet/ weet niet)</b>
<b>Proces</b>	Klantgerichtheid	
	Zelfstandigheid	
	Samenwerking	
	Tijdigheid	
	Kostenbeheersing	
	Organisatie	
	Risicomanagement	
	Innovativiteit	
	Veiligheid en Gezondheid	
	Communicatie	
	Omgevingsmanagement	
	Oplevering	
<b>Product</b>	Productkwaliteit	
	Kwaliteit omgeving	
	Gebruiksvriendelijkheid	
	Onderhoudsvriendelijkheid	
	Anders, nl.: ...	

- Er wordt bij het Prestatiemeten een onderverdeling gemaakt in de beoordeling van ingenieursbureaus en van aannemers. Op welke wijze wordt de eindbeoordeling gevormd indien een werk in combinatie wordt aangenomen of één organisatie zowel ontwerp als uitvoering voor haar rekening neemt?
- Er wordt in bij het Prestatiemeten gesproken over een ingebouwd meetsysteem dat onregelmatigheden in het onderhoud detecteert. Via meldingen van personeel, automatische systeemmelding of derden worden storingen doorgegeven. In hoeverre denkt u dat afwijkingen van meetpunten in het algemeen in de toekomst nog meer automatisch kunnen worden gedetecteerd?
- Door wie/welke organisatie worden de controles/audits uitgevoerd?
- Is de controlerende rol van Prorail veranderd door het gebruik van het Prestatiemeten? Zo ja, op welke wijze?
- Is de ervaring dat het kwaliteitsniveau van de projecten door Prestatiemeten omhoog gaat? Zo ja, waaraan is dit af te meten en zou dit volgens u ook werken zonder de vaste selectie van opdrachtnemers?
- Heeft Prorail al duidelijke juridische, praktische of economische grenzen van het systeem ontdekt?

10. Wat ziet u als voordelen c.q. nadelen ten aanzien van een dergelijk systeem voor gebruik bij de decentrale overheden?
11. Denkt u dat een dergelijk systeem hier voldoende kan bijdragen het sturen van het (opportunistische) gedrag van de opdrachtnemer, ofwel dat de kosten voor het opzetten van dit systeem minder zullen zijn dan de voordelen?

## **Vragenlijst 6:**

### **Interview onderzoek sturingsmogelijkheden bonus/malus-principe**

<b>Naam:</b>	.....
<b>Functie:</b>	.....
<b>Organisatie:</b>	.....
<b>Datum:</b>	.....
<b>Plaats:</b>	.....
<b>Start/ Eind interview:</b>	.....

#### **Inleiding**

In de bouwpraktijk wordt steeds vaker gebruik gemaakt van D&C-contracten door publieke opdrachtgevers. De toepassing van D&C gaat echter gepaard met verschillende problemen. De opdrachtgever dient meer afstand te houden tot het project en ervaart daardoor, ten opzichte van zijn traditionele rol als regievoerder, een vergrote onzekerheid ten aanzien van het gedrag van de opdrachtnemer. De opdrachtnemer bepaald nu immers in veel grotere mate het eindresultaat.

Een van de mogelijkheden voor de opdrachtgever om toch (op afstand) te kunnen sturen, is door middel van het bonus/malus-principe. Op deze wijze kan de opdrachtgever de opdrachtnemer via het contract sturen zonder het proces van de opdrachtnemer te verstoren.

Dit interview is erop gericht om in beeld te brengen op welke wijze in de praktijk tegen het gebruik van het bonus/malus-principe wordt aangekeken. Het gaat hierbij zowel om de wijze waarop op dit moment wordt omgegaan met dit principe in D&C-contracten alsook om eventuele nieuwe ontwikkelingsmogelijkheden.

Onderstaand zijn de vragen opgenomen die in het interview aan bod komen. Er zal steeds gevraagd worden om uw antwoord toe te lichten.

#### **Algemene vragen**

1. Wat verstaat u onder een D&C-contract?
2. Wat vindt u in zijn algemeenheid over de wijze waarop de opdrachtnemer een D&C-project probeert te sturen en ziet u hierin verandering ten opzichte van een traditioneel contract (Bestek & Tekeningen)?

#### **Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn (bereik is één project(fase))**

1. Hebt u in praktijk het meest te maken met bonussen of boetes in het contract?
2. Vindt u dat de opdrachtgever over het algemeen het bonus/malus-principe wel of niet goed toepast in de contracten? Waarop zou de opdrachtgever eventueel nog meer moeten letten?
3. Indien de opdrachtgever een bonus instelt op een bepaald meetpunt (bv. tijd), op welke wijzen kan dit dan uw kosten verhogen (t.o.v. de situatie zonder bonus)? Zelfde vraag voor de boete.

4. Denkt u dat de opdrachtgever goed zicht heeft op de kosten die een extra inspanning om een bonus te bemachtigen c.q. boete te voorkomen, met zich mee kan brengen?
5. Ervaart u het wegnemen van een bonus anders dan het opgelegd krijgen van een boete?
6. In praktijk is de boete vaak hoger dan de bonus. Bij een mijlpaal is dan een omslag punt van een relatief lage bonus naar een relatief hoge boete. Vindt u dat dit verschil gematigd moet worden? Indien wel, op welke wijze zou dit volgens u kunnen?
7. Ervaart u de controle door de opdrachtgever als storend voor uw werkzaamheden?
8. Vindt u een (papieren) controle via een kwaliteitsborgingsysteem een beter alternatief dan controle door de opdrachtgever?
9. Indien er met een project een bonus wordt binnengehaald, op welke wijze wordt dit binnen de onderneming gewaardeerd?
10. Indien er met een project een boete wordt binnengehaald, op welke wijze wordt hier binnen de onderneming mee omgegaan?
11. Indien er gewerkt wordt met onderaanneming, op welke wijze wordt de bonus c.q. boete dan verdeeld?
12. Indien de opdrachtgever niet werkt met een vaste prijs voor de aanbesteding (opdrachtnemers bepalen de prijs), heeft u dan bij de aanbesteding vooraf liever een percentage of een vast bedrag aan bonus/malus of maakt dit niet uit?
13. Wanneer de opdrachtgever een of meer bonussen in het contract heeft opgenomen, wat bepaald dan de kans dat u deze meerekent in uw inschrijfsom?
14. Boetes zijn dikwijls niet gelimiteerd waardoor minder gemakkelijk een vast bedrag kan worden meegerekend, hoe wordt hier mee omgegaan?
15. Wordt de boete in praktijk vaak geëffectueerd als afgesproken?
16. Wordt de bonus in praktijk vaak geëffectueerd als afgesproken?
17. Gebeurt het volgens u eerder dat een opdrachtgever een boete door de vingers ziet of dat hij een bonus niet geheel terecht toch toekent?
18. De bonus en/of malus wordt vaak gekoppeld aan tijd (mijlpalen). Heeft u ook D&C-projecten gehad waarbij de bonus en/of malus gekoppeld was aan andere meetpunten? Zo ja, welke meetpunten?

**Vragen over het bonus/malus-principe op langere termijn (bereik is meer projecten)**

De besproken regelingen van het bonus-malus-principe zien op de korte termijn van één project. De volgende vragen houden verband met een bonus/malus-systeem dat ziet op meer projecten. Het is vergelijkbaar met de zogeheten bonus/malusladder binnen de autoverzekeringwereld. Hierbij wordt goed gedrag (schadevrij rijden) beloond met een bonus (verlaging van de premie) en slecht gedrag (het rijden van schades) afgestraft met een malus (een verhoging van de premie). Voor dit onderzoek wordt uitgegaan van een systeem dat voor de opdrachtnemer een bonus oplevert bij het vertonen van wenselijk gedrag voor de opdrachtgever en een malus voor gedrag dat niet wenselijk is voor de opdrachtgever. Deze bonus of malus wordt per ondernemer bijgehouden en speelt een rol bij de selectie voor een volgend project. In de bouwpraktijk is dit systeem nog zeer nieuw en wordt wel 'prestatiemeting', of 'past performance' genoemd.

1. Hebt u projectervaring met een dergelijk systeem?
2. Denkt u dat een dergelijk systeem zou kunnen bijdragen aan het onderscheidend vermogen van uw onderneming en zou u voorbeelden van mogelijke meetpunten kunnen noemen?
3. Welke nadelen ziet u ten aanzien van een dergelijk systeem?



## **Vragenlijst 7:**

### **Interview onderzoek sturingsmogelijkheden bonus/malus-principe**

<b>Naam:</b>	.....
<b>Functie:</b>	.....
<b>Organisatie:</b>	.....
<b>Datum:</b>	.....
<b>Plaats:</b>	.....
<b>Start/ Eind interview:</b>	.....

#### **Inleiding**

In de bouwpraktijk wordt steeds vaker gebruik gemaakt van D&C-contracten door publieke opdrachtgevers. De toepassing van D&C gaat echter gepaard met verschillende problemen. Een van deze problemen bestaat uit een toename van onzekerheid bij de publieke opdrachtgever ten aanzien van het (opportunistische)gedrag van de opdrachtnemer.

Een van de mogelijkheden voor de opdrachtgever om het gedrag van de opdrachtnemer te sturen, is door middel van het bonus/malus-principe. Op deze wijze kan de opdrachtgever de opdrachtnemer via het contract sturen tegen relatief lage kosten en zonder het overnemen van verantwoordelijkheden.

Dit interview is erop gericht om in beeld te brengen wat de juridische grenzen zijn van dit principe. Het gaat hierbij zowel om de wijze waarop op dit moment wordt omgegaan met dit principe in D&C-contracten bij werken alsook om eventuele nieuwe ontwikkelingsmogelijkheden.

Onderstaand zijn de vragen opgenomen die in het interview aan bod komen. Er zal steeds gevraagd worden om uw antwoord toe te lichten.

#### **Algemene vragen**

1. Wat verstaat u onder een D&C-contract?
2. Kunt u vanuit uw ervaring een paar algemene voorbeelden noemen van negatief opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer en een paar voorbeelden van dergelijk gedrag dat specifiek voorkomt bij D&C-projecten?

#### **Vragen over het bonus/malus-principe op korte termijn (bereik is één project(fase))**

##### *Algemeen*

1. Op welke meetpunten (indicatoren) kan in de ontwerpfase volgens u gestuurd worden via het bonus/malus-principe?
2. Wanneer wordt er gesproken van tekortkoming? Vanaf het moment dat er door de andere partij schade wordt geleden of vanaf het moment dat een afspraak niet wordt nagekomen?

*Vragen over malus/boete*

1. Kan de boete, in de zin van artikel 6:91 BW, zowel op product- als proceseisen worden gesteld?
2. Bij D&C-projecten wordt de opdrachtnemer in beginsel veel vrijer gelaten voor wat betreft de invulling van zijn proces. Kan de opdrachtgever dan schadevergoeding vorderen indien de opdrachtnemer zich niet aan het afgesproken proces houdt, maar de opdrachtgever daardoor geen schade leidt?

Indien wel. Wat als:

- a. de opdrachtnemer met zijn gedrag een risico voor het project probeert in te perken?
  - b. de opdrachtnemer meent dat deze werkwijze in praktijk toch een betere keuze leek, gezien het doel van de opdrachtgever.
  - c. de opdrachtnemer zo meer winst kan behalen?
3. Wat is verschil tussen een boete gericht op aansporing en boete gericht op schadevergoeding en op welke wijze komt dit verschil in het contract tot uitdrukking?
  4. Is het nu zo dat op basis van artikel 6:92 BW geconcludeerd kan worden dat de boete (indien deze niet aan tijd is gekoppeld) in plaats van de prestatie zelf komt?

Indien wel:

- a. In een aantal contracten uit de praktijk is een boete gesteld op een afwijking van de eisen ten aanzien van milieu, veiligheid en/of het afgesproken proces. Betekent dit nu dat, zodra de boete wordt gevorderd de prestatie niet meer hoeft te worden geleverd?
  - b. Vervalt bij een boete op een niet-wenselijke gebeurtenis de prestatie ten aanzien van de wenselijke gebeurtenis?
  - c. Kan de opdrachtgever het vervallen van de prestatie voorkomen door de boete pas aan het einde van het project te innen?
5. Indien er (bijvoorbeeld) een malus wordt gesteld op het overschrijden van een mijlpaaldatum (1.000 euro per kalenderdag tot een maximum van 7.000 euro) en de opdrachtgever geeft aan dat er pas daadwerkelijk schade wordt ondervonden indien deze datum met zeven (kalender)dagen wordt overschreden. Valt deze malusregeling dan onder het boetebeding (boete gericht op aansporing) in de zin van artikel 6:91 BW?
  6. Wat zijn de voordelen van een boete als gefixeerde schadevergoeding ten opzichte van het vorderen van een schadevergoeding?
  7. Zal opdrachtnemer snel een verzekering kunnen aanspreken bij een verkregen malus/boete? En bij een gevorderde schadevergoeding?
  8. Gaat de rechter over het algemeen snel over tot matiging van een boete?
  9. Op welke wijze gaat de rechter om met gedeelde winst en winstafdracht bij een geschil tussen een publieke opdrachtgever en een opdrachtnemer?

*Vraag over bonus*

1. Met welke regelgeving dient de opdrachtgever rekening te houden met betrekking tot het in het vooruitzicht stellen van een bonus?

*Vragen over controle*

1. Is er juridisch gezien een verschil tussen regievoering, directievoering en toezicht?
2. Haalt de opdrachtgever juridisch gezien weer verantwoordelijkheden naar zich toe door het uitvoeren van een (intensieve) controle? (Welke artikelen zijn hierbij van belang?)
3. Volgen er in praktijk wel eens procedures omdat een opdrachtnemer meent dat een andere opdrachtnemer door de overheid wordt bevoordeeld ten opzichte van eigen ervaren handelen van de opdrachtgever ten aanzien van de toepassing van het bonus/malus-principe, danwel is dit juridisch gezien mogelijk?
4. Vindt u dat een bij de gunning op basis van Economisch Meest Voordelige Inschrijving toegekende (fictieve) bonus in praktijk omgezet zou moeten worden naar een even grote malus/boete bij niet-nakoming?
5. Bij een D&C-project wordt een groot deel van de risico's en verantwoordelijkheden overgelaten aan de opdrachtnemer. Door handelen van de opdrachtnemer kan de rechter oordelen dat deze verantwoordelijkheid (deels) weer voor rekening komt van de opdrachtgever. Is hierbij een verschil tussen het weer verkrijgen van verantwoordelijkheid door risiconeming of door schuld en zo ja, wat is dit verschil?

**Vragen over het bonus/malus-principe op langere termijn (bereik is meer projecten)**

De besproken regelingen van het bonus-malus-principe ziet op de korte termijn van één project. De volgende vragen houden verband met een bonus/malus-systeem dat ziet op meer projecten. Het is vergelijkbaar met de zogeheten bonus/malusladder binnen de autoverzekeringswereld. Hierbij wordt goed gedrag (schadevrij rijden) beloond met een bonus (verlaging van de premie) en slecht gedrag (het rijden van schades) afgestraft met een malus (een verhoging van de premie). Voor dit onderzoek wordt uitgegaan van een systeem dat voor de opdrachtnemer een bonus oplevert bij het vertonen van wenselijk gedrag voor de opdrachtgever en een malus voor gedrag dat niet wenselijk is voor de opdrachtgever. Deze bonus of malus wordt per ondernemer bijgehouden en speelt een rol bij de selectie voor een volgend project. In bouwpraktijk is dit systeem nog zeer nieuw en wordt wel 'prestatie meting', of 'past performance' genoemd.

1. Valt een organisatie als Prorail ten aanzien van dit systeem onder zelfde regelgeving als de decentrale overheden?
2. Denkt u dat een dergelijk systeem voor de decentrale overheden juridisch stand kan houden? Welke regelgeving zal bepalend zijn voor het slagen van het systeem? (objectiviteit, transparantie, gelijkheid?)
3. Zou een dergelijk systeem (ook) acceptabel zijn als de beoordeling van de meetpunten aan het eind van het project in een directe bonus/malus zou worden omgezet i.p.v. deze beoordeling een rol te laten spelen bij een volgende selectie?
4. Zou op basis van ervaring/deskundigheid van de beoordelaar(s) een objectief oordeel van de meetpunten kunnen worden gevormd of zijn alleen in objectief meetbare eenheden uit te drukken meetpunten toegestaan?
5. Zou de opdrachtgever/de decentrale overheid zelf de beoordeling van de opdrachtnemers mogen uitvoeren?

6. Welke juridische aspecten zijn van belang indien men de uiteindelijke beoordeling van de opdrachtnemer een rol wil laten spelen bij de uitsluitings-, geschiktheids- of gunningscriteria voor een volgend project?
7. Is het juridisch gezien voor een bedrijf of combinatie van bedrijven gemakkelijk om steeds onder een andere naam aan te bieden? Kan dit gedrag binnen het meetsysteem tegengegaan worden?
8. Ziet u problemen bij een dergelijk systeem met het gelijkheidsbeginsel, bijvoorbeeld omdat een bedrijf met een 6 ook heeft geleverd wat de opdrachtnemer heeft gevraagd of ten aanzien van de kansen voor nieuwe bedrijven?
9. Indien zowel op meer meetpunten op de korte termijn wordt gestuurd als op meetpunten voor de langere termijn, in hoeverre moet de opdrachtgever juridisch gezien rekening houden met het dubbel straffen van de opdrachtnemer via beide systemen?

## **Vragenlijst 8:**

### **Interview onderzoek sturingsmogelijkheden bonus/malus-principe**

<b>Naam:</b>	.....
<b>Functie:</b>	.....
<b>Organisatie:</b>	.....
<b>Datum:</b>	.....
<b>Plaats:</b>	.....
<b>Start/ Eind interview:</b>	.....

#### **Inleiding**

In de bouwpraktijk wordt steeds vaker gebruik gemaakt van D&C-contracten door publieke opdrachtgevers. De toepassing van D&C gaat echter gepaard met verschillende problemen. Een van deze problemen bestaat uit een toename van onzekerheid bij de publieke opdrachtgever ten aanzien van het (opportunistische)gedrag van de opdrachtnemer.

Een van de mogelijkheden voor de opdrachtgever om sturing te geven aan het gedrag van de opdrachtnemer is door middel van het bonus/malus-principe. Op deze wijze kan de opdrachtgever de opdrachtnemer via het contract sturen tegen relatief lage kosten en zonder het overnemen van verantwoordelijkheden.

Dit interview is erop gericht om in beeld te brengen op welke wijze het CROW aankijkt tegen het gebruik van het bonus/malus-principe. Het gaat hierbij zowel om de wijze waarop op dit moment wordt omgegaan met dit principe in D&C-contracten alsook om eventuele nieuwe ontwikkelingsmogelijkheden.

Onderstaand zijn de vragen opgenomen die in het interview aan bod komen. Er zal steeds gevraagd worden om uw antwoord toe te lichten.

#### **Algemene vragen**

1. Wat verstaat u onder een D&C-contract?
2. Kunt u vanuit uw ervaring een paar algemene voorbeelden noemen van negatief opportunistisch gedrag van de opdrachtnemer en een paar voorbeelden van dergelijk gedrag dat specifiek voorkomt bij D&C-projecten?

#### **Vragen bonus/malus-principe**

1. Wat wordt in de D&C-praktijk het meest toegepast? Een bonus, malus of beide?
2. Wordt de bonus en/of malus vaak aan tijd of ook aan andere eisen gekoppeld?
3. Denkt u dat in de toekomst in de UAV-GC ook wordt aangegeven dat sturing via het bonus/malus-principe op andere eisen dan tijd tot de mogelijkheden behoort?

4. Vindt u dat er in praktijk bij D&C-projecten in een juiste verhouding gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden van het opnemen van bonussen en/of malussen in het contract?
5. In praktijk is de boete vaak hoger dan de bonus. Bij een mijlpaal is dan een omslagpunt van een relatief lage bonus naar een relatief hoge boete. Vindt u dat dit verschil wel of niet gematigd moet worden? Indien wel, op welke wijze zou dit volgens u kunnen?
6. Welke factoren bepalen de hoogte van de bonus en welke die van de boete en op welke wijze brengt een opdrachtgever deze factoren van te voren in kaart?
7. Wat zijn factoren/omstandigheden die het opnemen van de bonus c.q. malus niet wenselijk maken?
8. Kunt u dilemma's noemen die u bij de keuze voor het opnemen van een bonus en/of malus ervaart en op welke wijze denkt u dat deze dilemma's verholpen kunnen worden?
9. Vindt u dat de bonus/malus momenteel door de opdrachtgever op een juiste wijze wordt samengesteld?
10. Wordt de bonus en/of malus in praktijk vaak meegerekend door de opdrachtnemer?
11. Waarom wordt er in de UAV-GC op gewezen dat de opdrachtgever voorzichtig moet zijn met het opnemen van boetes?
12. Door Prorail wordt gebruik gemaakt van een Prestatiemeetsysteem. Hierbij wordt de opdrachtnemer op zijn gedrag beoordeeld. Via deze beoordeling krijgt de opdrachtnemer een bonus of malus voor de selectie bij een volgende opdracht. Ook Rijkswaterstaat is overigens zeer recentelijk met een dergelijk systeem gaan pionieren. Denkt u dat dit systeem in de toekomst onderdeel zal uitmaken van de UAV-GC?