

Bezwaren van Bouwend Nederland tegen Aedes Algemene Inkoopvoorwaarden

Aedes, de koepelorganisatie van woningcorporaties, heeft in 2014 voor haar leden Algemene Inkoopvoorwaarden voor Leveringen, Diensten en Werken opgesteld.

Juist omdat die ook opdrachten voor (waarschijnlijk kleinere) werken betreffen, heeft Aedes het concept voor die voorwaarden aan Bouwend Nederland voorgelegd.

Bouwend Nederland had nogal wat bezwaren tegen oorspronkelijke concept voor die inkoopvoorwaarden. In de drie gespreksronden zijn door Aedes een aantal van bezwaren weggenomen. Maar uiteindelijk resteerden daarvan nog een behoorlijk aantal ernstige knelpunten in de versie 1.0 van de Algemene Inkoopvoorwaarden.

Hoewel Aedes na de versie 1.0. nieuwere versies van de Inkoopvoorwaarden heeft gepresenteerd (de nu meest recente versie is versie 2.1 uit 2016), zijn de bepalingen uit versie 1.0 waartegen Bouwend Nederland bezwaar had, in die nieuwere versies gehandhaafd. Daarom gaat de kritiek op versie 1.0 nog steeds op.

Voor lidbedrijven die in contracten met woningcorporaties worden geconfronteerd met Algemene Inkoopvoorwaarden naar het model van Aedes, is het goed hen te informeren over de kritiek van Bouwend Nederland op die voorwaarden, voor zover zij voor de aanneming van werken relevant zijn.

Hierna geven wij eerst de bekritiseerde bepaling weer, daarna de hoofdlijnen van de kritiek.

II Uitvoering Overeenkomst

Artikel 4 Algemene verplichtingen Opdrachtnemer

4.6. De Opdrachtnemer zal bij de uitvoering van de Overeenkomst alle van toepassing zijnde voorschriften bij of krachtens de wet gesteld naleven en de Overeenkomsten die de Opdrachtgever met derden heeft gesloten, voor zover deze Overeenkomsten bekend zijn bij de Opdrachtnemer, in acht nemen. Indien de Opdrachtnemer genoodzaakt is om contact op te nemen met derden, zal de Opdrachtnemer dit eerst voorleggen aan de Opdrachtgever.

Bouwend Nederland vindt deze bepaling vaag.

Wanneer is er sprake van hem bekend zijn van opdrachtnemer met de door opdrachtgever sloot overeenkomsten? En ook: wat wordt bedoeld met het door opdrachtnemer "in acht moeten nemen" van de overeenkomsten die de opdrachtgever met derden heeft gesloten?

Artikel 7 Geheimhouding

7.5. Schending van de geheimhoudingsplicht in dit artikel door Opdrachtnemer of derde(n) geeft Opdrachtgever het recht een onmiddellijk opeisbare boete bij Opdrachtnemer in rekening te brengen van 10.000 euro per gebeurtenis en met een maximum van 100.000 euro, onverminderd het recht van Opdrachtgever op schadevergoeding indien en voor zover de schade het bedrag van de in rekening gebrachte en van de Opdrachtnemer ontvangen boete overschrijdt. Schending van de geheimhoudingsplicht door Opdrachtgever tegenover Opdrachtnemer geeft Opdrachtnemer het recht een onmiddellijk opeisbare boete bij Opdrachtgever in rekening te brengen van 10.000 euro per gebeurtenis en met een maximum van 100.000 euro, onverminderd het recht van Opdrachtnemer op schadevergoeding indien en voor zover de schade het bedrag van de in rekening gebrachte en van de Opdrachtgever ontvangen boete overschrijdt.

Bouwend Nederland zet een vraagteken bij de mogelijkheid om forse boetes op te leggen, ook al hebben zowel opdrachtgever als opdrachtnemer die mogelijkheid en komt een opgelegde boete in mindering op een eventueel te betalen schadevergoeding.

Artikel 8 Intellectueel eigendom

8.1. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, komen de (aanspraken op) (intellectuele) eigendomsrechten – waaronder, zonder uitsluiting, (aanspraken op) auteursrechten, modelrechten, merkrechten en octrooirechten – ten aanzien van documenten, ontwerpen, tekeningen, teksten en overige Werken die in opdracht van de Opdrachtgever door of namens

Opdrachtnemer zijn ontwikkeld of vervaardigd, toe aan de Opdrachtgever. Indien mogelijk en voor zover nodig, draagt de Opdrachtnemer deze (aanspraken op) (intellectuele) eigendomsrechten hierbij over aan de Opdrachtgever, welke overdracht om niet geschiedt. De Opdrachtnemer zal op eerste verzoek kosteloos meewerken aan het bewerkstelligen van de overdracht, indien en voor zover dit artikel 8 van deze Inkoopvoorwaarden niet reeds voor het bewerkstelligen van de overdracht volstaat.

8.2. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, is de Opdrachtgever niettegenstaande artikel 8.1, gerechtigd om het in het door de Opdrachtnemer (aannemer) geleverde ontwerp of tekening uitgewerkte object slechts zo vaak te realiseren als uitdrukkelijk is toegestaan in de Overeenkomst, waarbij Opdrachtgever echter nooit beperkt zal zijn in het aantal openbaarmakingen van dat ontwerp of die tekening. De omvang en frequentie van het gebruik door de Opdrachtgever van overige documenten of werken (waaronder teksten) die door de Opdrachtnemer in opdracht van Opdrachtgever zijn ontwikkeld, is op geen enkele manier beperkt.

Bouwend Nederland vindt deze bepalingen te verstrekkend en te ongunstige. Het auteursrecht dient in beginsel bij de maker te berusten. Van dat beginsel blijft hier - door de ongunstige benadering - niets over.

Artikel 14 Aansprakelijkheid en verzekering

14.1. Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever tegen aanspraken van derden tot vergoeding van schade ten gevolge van de uitvoering van de Overeenkomst door de Opdrachtnemer, inclusief schade veroorzaakt door bij de uitvoering van deze Overeenkomst door Opdrachtnemer ingeschakelde (hulp-)personen, en het gebruik of toepassing van de geleverde Goederen of Diensten van de Opdrachtnemer of door de Opdrachtnemer uitgevoerde Werken.

Bouwend Nederland vindt dat aannemer alleen tot vrijwaring gehouden zou moeten zijn wanneer het gaat om aanspraken van derden tot vergoeding van schade die aan de aannemer kan worden toegerekend. Het bezwaar van Bouwend Nederland is dat deze bepaling die voorwaarde niet stelt. Dat betekent dat de aannemer ook tot vrijwaring kan worden gehouden wanneer het gaat om schades die niet aan hem kunnen worden toegerekend. Artikel 38.4 stelt terecht wel de eis van toerekenbaarheid - daar als voorwaarde voor aansprakelijkheid.

Artikel 15 Boete

15.2. De boete laat onverlet alle andere rechten of vorderingen, waaronder, doch niet uitsluitend, de vordering van de Opdrachtgever tot nakoming en het recht op schadevergoeding, met dien verstande dat een schadevergoeding slechts verschuldigd zal zijn indien en voor zover de schade het bedrag van de in rekening gebrachte en van de Opdrachtnemer ontvangen boete overschrijdt.

Bouwend Nederland meent dat de hier bedoelde boete het karakter zou moeten hebben van een gefixeerde schadevergoeding, zodat daarnaast geen aanvullende schadevergoeding verschuldigd is. Nu dat niet zo is, zou het bedrag van de aanvullende schadevergoeding gemaximeerd moeten zijn.

III Financiële Bepalingen

Artikel 18 Facturering en betaling

18.2. De Opdrachtnemer hanteert een betalingstermijn van 30 dagen na de ontvangst van de factuur of zoveel langer of korter als overeengekomen tussen Partijen in de

Overeenkomst. De Opdrachtgever zal binnen de gehanteerde betalingstermijn de factuur van de Opdrachtnemer betalen. Laat Opdrachtgever dit na, dan zal hij na door Opdrachtnemer schriftelijk in gebreke te zijn gesteld aan Opdrachtnemer de wettelijke rente conform artikel 6:119 BW verschuldigd zijn.

Bouwend Nederland vindt het bezwaarlijk dat voor een aanspraak op rente een ingebrekestelling nodig is. Daarnaast is opdrachtgever bij te late betaling ten onrechte slechts de gewone wettelijke rente verschuldigd en niet de hogere handelsrente van artikel 6:119a BW.

VI BEPALINGEN VERRICHTEN VAN WERKEN

Artikel 24 Offerte Werken

24.1. De Offerte als bedoeld in artikel 3 wordt schriftelijk of Elektronisch uitgebracht, behoudens spoedeisende omstandigheden, in welk geval de opdracht mondeling kan worden gegeven en nadien schriftelijk bevestigd wordt. In de Offerte wordt onder meer aangegeven:
(...)

j. dat indien daarover niets is opgenomen de hoeveelheden niet verrekenbaar zullen zijn, zodat expliciet uit de Offerte moet blijken dat bij uitzondering de hoeveelheden verrekenbaar zijn;
(...)

Bouwend Nederland begrijpt deze bepaling voor zover het gaat om door de opdrachtnemer opgegeven hoeveelheden. Maar wat in de voorwaarden ontbreekt is wanneer de opdrachtgever hoeveelheden opgeeft, die wel verrekenbaar zullen zijn.

Artikel 25 Rechten en verplichtingen van de Opdrachtgever

25.2. Het is de Opdrachtgever uitdrukkelijk toegestaan om vóór de dag waarop het Werk als opgeleverd geldt, zelf, dan wel door derden andere werkzaamheden uit te (laten) voeren, dan de werkzaamheden die aan Opdrachtnemer zijn opgedragen, na melding bij de Opdrachtnemer voordat de Opdrachtnemer met zijn feitelijke werkzaamheden een aanvang heeft gemaakt.

Indien het werkzaamheden betreft die expliciet behoren tot het aan Opdrachtnemer opgedragen Werk is voorafgaande toestemming van de Opdrachtnemer nodig. Deze toestemming wordt niet vereist indien Opdrachtnemer in staat van surseance van betaling dan wel faillissement verkeert.

Bouwend Nederland: weliswaar dient de opdrachtgever aan de opdrachtnemer voor aanvang van de feitelijke uitvoering van diens werkzaamheden te melden wanneer er door nevenaannemers werkzaamheden zullen worden uitgevoerd. Maar omdat de aanwezigheid van onderaannemers van invloed kan zijn op de aanbidding zou dat dat voor sluiting van de overeenkomst zou moeten gebeuren. Dat is ook de lijn van paragraaf 31 van de UAV.

Artikel 26 Rechten en verplichtingen van de Opdrachtnemer

26.8. Opdrachtnemer verklaart dat hij met betrekking tot het Werk of delen van het Werk, afstand doet van zijn mogelijkheid om zich op het retentierecht te beroepen ter zake van het Werk of elk ander recht om de oplevering op te schorten of het Werk in zijn geheel of delen daarvan, vanaf de datum van oplevering, in bezit te houden, tenzij Opdrachtgever in verzuim is met betaling van de reguliere termijnen van de Aanneemsom (inclusief opgedragen meer- en minderwerk). Opdrachtnemer bedingt van ieder van zijn onder-opdrachtnemers dat zij afstand doen van de mogelijkheid zich op eventuele retentierechten als bedoeld in artikel 3:290 e.v. Burgerlijk Wetboek alsmede van het recht van reclame te beroepen ter zake van het Werk en draagt zorg dat het daartoe strekkende beding wordt opgenomen in de desbetreffende onderaannemingsovereenkomst. Opdrachtnemer zal op eerste verzoek van Opdrachtgever aantonen dat deze verplichting in de onderaannemingsovereenkomsten is nagekomen. Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever voor schade als gevolg van het uitoefenen van het retentierecht door een onder-opdrachtnemer.

Waar in eerdere concepten sprake was van een volledige uitsluiting van opdrachtnemers mogelijkheid tot het uitoefenen van het retentierecht, laat deze uitoefening van dat recht toe wanneer het gaat om niet betaling van termijnen van de aanneemsom (inclusief opgedragen meer werk). **Bouwend Nederland** meent dat de uitoefening van op het retentierecht in het geheel geen beperking zou moeten worden aangebracht. Deze bepaling zou dus geschrapt moeten worden.

Artikel 27 Kostenverhogende omstandigheden

27.1. Kostenverhogende omstandigheden zijn omstandigheden, die de kosten van het Werk verhogen en van dien aard zijn, dat bij het tot stand komen van de Overeenkomst geen rekening werd gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen. Deze kostenverhogende omstandigheden kunnen de Opdrachtgever niet worden toegerekend, zodat het risico dat deze omstandigheden zich voordoen geheel bij de Opdrachtnemer wordt gelegd en de dekking daarvan geacht wordt te zijn begrepen in de prijsvorming van Opdrachtnemer, tenzij er sprake is van een overeengekomen kostenpost, waarvan na het sluiten van de Overeenkomst de kostprijs in de markt aantoonbaar aan de hand van de van toepasselijke

bdb-index met meer dan 10 procent is gestegen, in welk geval datgene wat boven de 10 procent uitkomt voor vergoeding aan de Opdrachtnemer in aanmerking komt.

Bouwend Nederland heeft er grote bezwaren tegen dat met deze bepaling de gevolgen van kostenverhogende omstandigheden in principe bij de opdrachtnemer worden gelegd. Juist omdat het hier gaat om omstandigheden waarmee bij de totstandkoming van de overeenkomst geen rekening kan worden gehouden, is het onjuist en zeer onredelijk om te bepalen dat zij voor rekening van opdrachtnemer komen en dat de gevolgen daarvan geacht worden te zijn begrepen in de prijs. Deze omstandigheden zijn nu juist van die aard dat opdrachtnemer niet op het zich voordoen van die omstandigheden – en de gevolgen daarvan – behoefde te rekenen. Dat daarop vervolgens een uitzondering wordt gemaakt door te bepalen dat bij een stijging van een overeengekomen kostenpost met meer dan 10%, dat meerdere aan opdrachtnemer zal worden vergoed, is een wel zeer schrale troost. De gevolgen van deze omstandigheden behoeven zich immers niet tot overeengekomen kostenposten te beperken. En verder is het onredelijk de opdrachtnemer met een eigen risico van 10% te belasten wanneer het gaat om een risico waarmee de opdrachtnemer niet behoefde te rekenen. De wet biedt voor deze gevallen een goede regeling in artikel 7:753 BW en dus dient deze bepaling geschrapt te worden.

Artikel 32 Uitvoeringsduur, uitstel van oplevering en schadevergoeding wegens te late Oplevering

32.4. Onverminderd het recht van Opdrachtgever om ter zake aanvullende schadevergoeding te vorderen is bij overschrijding van de overeengekomen bouwtijd de Opdrachtnemer een boete aan de Opdrachtgever verschuldigd, waarvan de hoogte nader wordt overeengekomen in de opdracht. Is in de opdracht geen bedrag genoemd, dan geldt een boete van 25 euro per woning per kalenderdag tot de dag waarop het Werk aan de Opdrachtgever wordt opgeleverd, behoudens voor zover de Opdrachtnemer recht heeft op bouwtijdverlenging. Voor de toepassing van dit lid wordt als dag van oplevering aangemerkt de dag waarop het Werk volgens de Opdrachtnemer gereed is voor oplevering en door de Opdrachtgever goedgekeurd wordt.

Bouwend Nederland meent dat een boete wegens te late oplevering het karakter dient te hebben van een gefixeerde schadevergoeding waarnaast geen andere – aanvullende – schadevergoeding verschuldigd is. dat is ook het geval met de korting in paragraaf 42 van de UAV en de boete in paragraaf 36 van de UASV-GC.

Artikel 33 In gebreke blijven van de Opdrachtgever

33.1. Indien de Opdrachtgever met de betaling van hetgeen hij ingevolge de Overeenkomst aan de Opdrachtnemer verschuldigd is in gebreke blijft, is hij na door Opdrachtnemer schriftelijk in gebreke te zijn gesteld de wettelijke rente conform artikel 6:119 BW verschuldigd.

Bouwend Nederland vindt het bezwaarlijk dat voor een aanspraak op rente een ingebrekestelling nodig is. Daarnaast is opdrachtgever bij te late betaling ten onrechte slechts de gewone wettelijke rente verschuldigd en niet de hogere handelsrente van artikel 6:119a BW.

Artikel 36 Schorsing, beëindiging van het Werk in onvoltooide staat en opzegging

36.7. In de situatie als beschreven in het 4e, 5e en 6e lid van dit artikel heeft de Opdrachtnemer bij beëindiging van het Werk in onvoltooide staat recht op de Aanneemsom naar de stand van het Werk, vermeerderd met de aantoonbare onvermijdbare reeds gemaakte kosten en verminderd met de hem door de beëindiging bespaarde kosten voortvloeiend uit het verval van de garantieverplichtingen. De daarbij door Opdrachtnemer aan Opdrachtgever in rekening gebrachte Goederen worden eigendom van de Opdrachtgever. De Opdrachtnemer zendt de Opdrachtgever een gespecificeerde eindafrekening van hetgeen de Opdrachtgever ingevolge de opzegging verschuldigd is.

Bouwend Nederland maakt er bezwaar tegen dat ingeval van opzegging van de overeenkomst door de opdrachtgever (artikel 36, lid 6), aannemer geen recht heeft op de winst over het niet uitgevoerde deel van het werk. Dat is een afwijking van wat geldt op grond van de wet. Hetzelfde geldt wanneer de opdrachtgever eerst de uitvoering van het werk schorst en daarna opdrachtnemer opdraagt het werk in onvoltooide staat te beëindigen (artikel 36, lid 5). Dat is een geval dat op een lijn te stellen is met een opzegging, zonder dat hier evenwel de wettelijke gevolgen daarvan (vergoeding van gedeelde winst voor aannemer) gelden. Kortom: een onredelijke bepaling.

Artikel 37 Aansprakelijkheid van de Opdrachtgever

37.4. Indien de Opdrachtgever een onderaannemer of leverancier heeft voorgeschreven, en deze niet, niet tijdig of niet deugdelijk presteert, komen de gevolgen hiervan voor rekening van de Opdrachtgever, tenzij in de Overeenkomst, Opdrachtnemer als hoofdaannemer is aangeduid en/of aan hem de coördinatie over de onderaannemers en leveranciers is opgedragen en de betreffende onderaannemer of leverancier door de Opdrachtnemer als zodanig voor het sluiten van de Overeenkomst is beoordeeld en hij deze schriftelijk heeft aanvaard.

Bouwend Nederland: in eerste instantie lijkt het erop dat opdrachtgever verantwoordelijk is voor de gevolgen van het niet presteren door een voorgeschreven onderaannemer of leverancier. Maar deze schijn bedriegt. Want als zich een van de uitzonderingen voordoet, ligt de verantwoordelijkheid alsnog bij de opdrachtnemer. En zo'n uitzondering doet zich al heel snel voor. De eerste uitzondering waarin opdrachtnemer toch verantwoordelijk is, is dat opdrachtnemer als hoofdaannemer is aangeduid. Dat komt natuurlijk heel vaak voor en is op zich natuurlijk geen reden om opdrachtnemer verantwoordelijk te laten zijn voor tekortkomingen van voorgeschreven onderaannemers of leveranciers. Het tweede geval waarin opdrachtnemer verantwoordelijk is voor voorgeschreven onderaannemers en leveranciers is dat opdrachtgever aan opdrachtnemer de coördinatie over onderaannemers of leveranciers heeft opgedragen. Dat is een merkwaardige uitzondering. Want wanneer opdrachtnemer hoofdaannemer is, impliceert dat het coördineren van onderaannemers en leveranciers. Een aparte opdracht tot coördineren wordt wel aan een opdrachtnemer gegeven, maar dan zijn de te coördineren partijen geen onderaannemer, maar nevenaannemer. Schrale troost is dat aan deze uitzonderingen de voorwaarde is verbonden dat opdrachtnemer de voorgeschreven partij tevoren heeft beoordeeld en schriftelijk moet hebben aanvaard. Punt is echter dat een dergelijke beoordeling lang niet altijd aanleiding zal zijn om de voorgeschreven partij te weigeren, om de simpele reden dat de opdrachtnemer die partij vaak niet goed genoeg kent om dat te doen.

Artikel 38 Aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer

38.1. Ingeval van tekortkomingen in het ontwerp, is de Opdrachtnemer hiervoor aansprakelijk voor zover deze tekortkomingen hem kunnen worden toegerekend.

38.2. De aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer op grond van het vorige lid is nadrukkelijk niet beperkt tot het voor het verrichten van de ontwerpwerkzaamheden overeengekomen bedrag, maar tot een bedrag van € 1.000.000,- (een miljoen euro) voor opdrachten waarbij de Aanneemsom niet meer bedraagt dan € 10.000.000,- (tien miljoen euro) en een bedrag van € 2.500.000,- (tweeënhalf miljoen euro) indien overeengekomen Aanneemsom meer bedraagt dan € 10.000.000,- (tien miljoen euro).

Bouwend Nederland meent dat de hier door Aedes gecreëerde aansprakelijkheid voor ontwerpfouten, verzekeringsdekkingen vergt die - zeker voor kleinere ondernemingen - niet haalbaar zijn. Onredelijke bepaling.

38.5. Na de dag waarop het Werk is opgeleverd of zoveel later als de Onderhoudstermijn is geëindigd, is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het Werk.

Dit lijkt uitzondering indien sprake is van een gebrek:

a. dat toe te rekenen is aan de Opdrachtnemer en

- b. dat bovendien tijdens de uitvoering noch bij de opnemings van het Werk door Opdrachtgever (daadwerkelijk) is onderkend en waarvan;*
- c. de Opdrachtnemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.*

Bouwend Nederland meent dat voor de vraag of een gebrek verborgen is, maatgevend dient te zijn of het gebrek redelijkerwijs kon worden onderkend, en dus niet of het al dan niet daadwerkelijk is onderkend. Die laatste maatstaf is voor de opdrachtgever immers geen stimulans om ter gelegenheid van de oplevering gedegen na te gaan of de aannemer wel maakt wat de opdrachtgever besteld heeft. Hetzelfde geldt tijdens de uitvoering voor zover opdrachtgever ervoor heeft gekozen om toezicht op de uitvoering uit te (laten) voeren. De wet hanteert het door ons bepleite criterium, en niet alleen in de regeling van de aanneming maar ook bij de koop en in het algemene verbintenissenrecht.

38.6. De verjaring van rechtsvorderingen wegens gebreken in het opgeleverde Werk wordt bepaald door artikel 7:761 BW, met dien verstande dat voor de onderdelen als genoemd in bijlage A een verjaringstermijn wordt aangehouden die gelijk is aan de daarin genoemde garantietermijnen.

Voor onderdelen die in bijlage A niet genoemd worden geldt niet een maximale verjaringstermijn van 20 jaar maar van 10 jaar te rekenen vanaf de oplevering.

Bouwend Nederland: de wet kent in artikel 7:761 een verjaringstermijn van twee jaar. Die wordt hier opgerekt tot de lengte van de in Bijlage A genoemde garantietermijnen, welke in het algemeen veel langer zijn dan twee jaar.

Artikel 39 Overige bepalingen met betrekking tot Werken

39.3. Opdrachtnemer zal bij de uitvoering van de Overeenkomst de voor hem als werkgever geldende wettelijke bepalingen (ketenaansprakelijkheid, Arbeidsomstandighedenwet, Wet Arbeid Vreemdelingen et cetera), CAO's en andere op hem als werkgever rustende verplichtingen nakomen, zoals de aanpak van schijnconstructies. Opdrachtnemer vrijwaart Opdrachtgever voor aanspraken van derden ten gevolge van het niet nakomen door Opdrachtnemer van voornoemde verplichtingen.

Bouwend Nederland vindt dat opdrachtnemer alleen tot vrijwaring gehouden is wanneer hem kan worden toegerekend dat hij de hier genoemde verplichtingen niet is nagekomen. Het vergelijkbare artikel 4, lid 5 van deze voorwaarden stelt terecht wel als voorwaarde voor de vrijwaringsplicht dat de tekortkoming aan opdrachtnemer toerekenbaar is.

Zoetermeer, 7 september 2016

Mr D.E. van Werven
d.vanwerven@bouwendnederland.nl