

Aedes Model D&B-overeenkomst: onevenwichtig en onredelijk
Zoetermeer, 30 oktober 2014

Aedes heeft op 2 oktober jl. een nieuw type modelcontract gelanceerd: de Aedes Model Design & Build (D&B)-overeenkomst. Het model is bedoeld voor bouwopdrachten waarbij het bouwbedrijf naast de uitvoering ook het ontwerp (of een deel daarvan) verzorgt.

Voor dat soort opdrachten zijn echter de UAV-GC 2005 geschreven. Die zijn in meerzijdig overleg opgesteld door opdrachtgevers, opdrachtnemers en adviseurs. En regelen daarmee dan ook op evenwichtige manier de rechten en plichten, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van partijen.

Maar Aedes spreekt dat evenwicht blijkbaar niet aan, want werkt met een eigen model. dat gaat weliswaar uit van de UAV-GC, maar Aedes formuleert daarop in haar model een groot aantal afwijkingen. Afwijkingen die pijn doen omdat ze belangrijke onderwerpen betreffen. En omdat de afwijkingen zonder uitzondering in het nadeel zijn van de opdrachtnemer.

Aedes heeft Bouwend Nederland het concept voor haar model aan Bouwend Nederland ter bespreking voorgelegd. Bouwend Nederland heeft daar uitgebreid op gereageerd: schriftelijk en mondeling. Aedes is Bouwend Nederland wel iets in haar kritiek tegemoet gekomen, maar niet voldoende.

Bouwend Nederland heeft dan ook grote bezwaren tegen het Model zoals Aedes dat heeft gepresenteerd. Het bevat nog teveel belangrijke en voor de opdrachtnemer nadelige afwijkingen ten opzichte van de UAV-GC. Afwijkingen die niet gerechtvaardigd worden door de specifieke rol van de corporatie als opdrachtgever.

De bezwaren betreffen met name:

- de uitbreiding van de waarschuwingsplicht van de opdrachtnemer in artikel 4, leden 1 en 2 ,
- de uitbreiding van de verantwoordelijkheid van opdrachtnemer voor vergunningen in artikel 8,
- de uitbreiding van de aansprakelijkheid van opdrachtnemer na oplevering in artikel 14,
- de verruimde aansprakelijkheid van opdrachtnemer voor schade door latere oplevering in artikel 16, lid 2 en
- de beperking door artikel 22, lid 5 van aanspraken van opdrachtnemer ingeval van voortijdige beëindiging van de overeenkomst door opdrachtgever.

Door de schaal waarop in het model van de UAV-GC wordt afgeweken en door de techniek die daarbij is gevolgd, ontstaat een geheel dat zelfs voor juristen die in de UAV-GC contract zijn ingevoerd, niet meer goed te begrijpen is. Laat staan dat ondernemers dat zullen kunnen!

Onderstaand een overzicht van de belangrijkste artikelen uit het Aedes Model, waartegen Bouwend Nederland bezwaar heeft.

Art. 1 lid 2: afwijkingen van de UAV-GC

Het Aedes model bevat vele afwijkingen van de UAV-GC, uitdrukkelijke en impliciete.

De UAV-GC stelt terecht dat wanneer een opdrachtnemer in zijn overeenkomst van die afwijkt, voor opdrachtnemer duidelijk moet zijn waar en in hoeverre wordt afgeweken. Daarom stelt de UAV-GC de eis dat afwijkingen uitdrukkelijk moeten zijn geformuleerd. Het Aedes model bepaalt echter dat iedere afwijking als een uitdrukkelijke afwijking geldt, ook al is de afwijking impliciet en is niet duidelijk aangegeven hoever de afwijking strekt.

In dit verband is door Aedes gevolgde aanpak een extra probleem, omdat vaak niet meer duidelijk is wat van een oorspronkelijke UAV-GC bepaling overblijft als gevolg van een in dit model over een bepaald onderwerp opgenomen passage. Daar komt nog bij dat wanneer van een bepaling uit de UAV-GC is afgeweken, de gevolgen van die afwijkingen voor andere bepalingen uit de UAV-GC niet altijd volledig zijn "doorgerekend".

Art. 2 lid 1: eisen waaraan het werk moet voldoen

De UAV-GC verplicht de opdrachtnemer om zijn werkzaamheden zodanig te verrichten dat het werk voldoet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende eisen. Die eisen omvatten in de eerste plaats eisen die voortvloeien uit normaal gebruik waarvoor het werk bestemd is.

Het Aedes – model bepaalt dat het project geschikt moet zijn voor het normaal gebruik conform hetgeen in de overeenkomst is bepaald. Onduidelijk in hoeverre met deze bepaling wordt afgeweken van de UAV-GC. Aedes heeft dat BNL ook niet duidelijk kunnen maken. Voor zover in Aedes met deze formulering evenwel zou beogen een fit for purpose garantie te verkrijgen, voert dat veel te ver.

Art. 3 lid 4: betekenis prijs

De formulering: "alle met de hierboven vermelde componenten verband houdende, dan wel daaruit voortvloeiende, kosten", is overbodig en onduidelijk.

Overbodig, omdat ON op grond van de UAV-GC al verplicht is om het werk voor de overeengekomen prijs - tot stand te brengen, zonder aanspraak te kunnen maken op verrekening, kostenvergoeding of schadevergoeding. Die aanspraken zijn er alleen maar wanneer dat in de overeenkomst of de UAV-GC is voorgeschreven of kennelijk bedoeld is. Onduidelijk is verder wat als gevolg van de formulering in het Aedes model overblijft van paragraaf 4 lid 4 UAV GC 2005.

Art. 4 leden 1 en 2: waarschuwingsplicht 1

Op grond van deze bepalingen is sprake van een ten opzichte van de UAV/GC verzwaarde waarschuwingsplicht van de opdrachtnemer. De waarschuwingsplicht heeft in het Aedes model immers niet alleen betrekking op klaarblijkelijke fouten of gebreken (zoals in de UAV-GC), maar geldt ten aanzien van (alle) tegenstrijdigheden, fouten, gebreken en/of overige onvolkomenheden. Bovendien geldt de waarschuwingsplicht ook nog eens op de zelfde ruime manier voor de precontractuele fase.

Dit alles wordt niet ondervangen door in het tweede lid te werken met het criterium "redelijkerwijs".

Art. 4 lid 3: boetes

Aan de opdrachtgever door het bevoegd gezag opgelegde boetes schuift het Aedes model zonder meer door naar de opdrachtnemer. Dat zou alleen aan de orde moeten zijn wanneer de overtreding waarvoor de boete wordt opgelegd ook daadwerkelijk aan opdrachtnemer kan worden verweten.

Art. 4 lid 4: vrijwaring tegen aanspraken van derden

De hier omschreven verplichting van opdrachtnemer om opdrachtgever te vrijwaren tegen aanspraken van derden, zou alleen aan de orde moeten zijn wanneer opdrachtgever bewijst dat de door derden geleden schade aan de opdrachtnemer is toe te rekenen. Dat is ook het systeem van de UAV-GC.

Art. 4 lid 7: tijdige levering voorgeschreven bouwstoffen

Onbegrijpelijke bepaling omdat paragraaf 3 lid 5 van de UAV-GC niet over de tijdige levering van voorgeschreven bouwstoffen gaat. Deze materie is evenwichtig geregeld in paragraaf 6 lid 5 van de UAV-GC.

Art. 6 lid 1 sub c: termijnstaat

Hoe kan de termijnstaat een bijlage zijn bij de Vraagspecificatie, nu deze termijnstaat na het sluiten van de overeenkomst door de aannemer moet worden gemaakt? Zie art. 15 van het Aedes model. Dat geldt ook voor het door de opdrachtnemer te maken V&G plan en het door hem te maken informatie- en communicatieplan bewoners.

Art. 6 lid 2: nota van inlichtingen

De nota van inlichtingen maakt deelt uit van de overeenkomst en moet daarmee dus op een lijn worden gesteld.

Art. 6 lid 5: waarschuwingsplicht 2

Voor deze waarschuwingsplicht geldt hetzelfde als gezegd is over de waarschuwingsplicht van artikel 4 lid 1.

Art. 8 lid 1: verantwoordelijkheid voor vergunningen

Deze bepaling brengt – zelfs zonder dat dat uitdrukkelijk wordt gezegd! – een aanzienlijke verschuiving teweeg in de regeling van de verantwoordelijkheid voor het (tijdig) verkrijgen van vergunningen.

De UAV-GC kent de volgende drie soorten vergunningen:

1. Vergunningen, genoemd in Annex 1.
Daarvoor geldt dat opdrachtgever verantwoordelijk is voor de (tijdige) verkrijging van de daar genoemde vergunningen.
2. Vergunningen, nodig voor de opzet en het gebruik van het werk.
Bij deze vergunning is sprake van een inspanningsverbintenis van opdrachtnemer. Wanneer opdrachtnemer bij de aanvraag van deze vergunningen niet tekort is geschoten (door ze te laat in te dienen of bijvoorbeeld een ontwerp in te dienen dat niet aan het Bouwbesluit voldoet), komt het niet of niet tijdig verkrijgen van deze vergunningen voor rekening van opdrachtgever.
3. overige vergunningen, waarbij in de eerste plaats is te denken aan vergunningen in verband met eigenlijke uitvoering.
Ten aanzien van deze vergunningen geldt dat opdrachtnemer het risico draagt van het niet of niet tijdig verkrijgen daarvan.

Ernstig bezwaar van het Aedes model is dat het geen onderscheid maakt tussen de vergunningen uit tweede en derde categorie, waarmee het risico voor het niet of niet tijdig verkrijgen van andere vergunningen dan genoemd in Annex 1, volledig bij opdrachtnemer ligt.

Opdrachtnemer draagt daardoor ook het risico voor het niet of niet tijdig verkrijgen van vergunningen ten behoeve van de opzet en het gebruik van het werk.
Dat is niet aanvaardbaar.

Art. 11: nevenaanneming

Bouwend Nederland gaat ervan uit dat wat hier bepaald wordt geen afbreuk doet aan de in de UAV-GC opgenomen verplichting van de opdrachtgever om opdrachtnemer tevoren te informeren over het door derden – nevenaannemers - uitvoeren van werk. Nevenaanneming beïnvloedt immers het werk van opdrachtnemer en hij moet daarmee bij zijn prijsaanbieding rekening kunnen houden.

Het Aedes model belast opdrachtnemer met de coördinatie ingeval van nevenaanneming. Onduidelijk verder wat die coördinatie precies inhoudt.

De afwijking in de tweede zin van deze bepaling ten opzichte van paragraaf 8 lid 4 UAV-GC is onredelijk. De rechten van opdrachtnemer worden hier beperkt door, ten opzichte wat geldt op grond van de UAV-GC, een nadere vereiste te stellen om aanspraak te kunnen maken op kostenvergoeding en termijnsverlenging wanneer opdrachtnemer schade lijdt door het handelen of nalaten van een nevenaannemer.

Art. 14 lid 1: aansprakelijkheid na oplevering: bewijslast verborgen gebreken

Op grond van de UAV-GC is opdrachtnemer voor verborgen gebreken na oplevering aansprakelijk indien opdrachtgever bewijst dat het gebrek aan opdrachtnemer is toe te rekenen.

De UAV-GC kent de mogelijkheid om in artikel 13 van de daarbij behorende overeenkomst een omgekeerde bewijslast op te nemen voor *specifieke onderdelen* van het werk. Het Aedes model wijkt daar van af met omgekeerde bewijslast voor het gehele werk.

Art. 14 lid 2: aansprakelijkheid na oplevering: verjaringstermijnen

In het Aedes model is voor gebreken na oplevering, geen sprake van procesrechtelijke vervaltermijnen – zoals in de UAV-GC-, maar van verjaringstermijnen.

Het verschil is dat een verjaringstermijn door de opdrachtgever gestuit kan worden, waardoor de lopende termijn eindigt en een nieuwe termijn gaat lopen. Opdrachtnemer kan dan nog gedurende geruime tijd met een rechtsvordering ter zake van het gebrek geconfronteerd worden. Bij een procesrechtelijke vervaltermijn is van begin af aan duidelijk dat rechtsvorderingen tot het einde van die termijn kunnen worden ingesteld en daarna niet meer. Bouwend Nederland maakt bezwaar tegen deze afwijkingen.

Art. 14 lid 3: aansprakelijkheid na oplevering: verruiming financiële aansprakelijkheid

Dit lid houdt de volgende belangrijke afwijkingen in ten opzichte van paragraaf 28 van de UAV-GC.

1. Bij toepasselijkheid van de UAV-GC is de aansprakelijkheid van opdrachtnemer voor verborgen gebreken na oplevering gemaximeerd tot 10% van de overeengekomen prijs. Aansprakelijkheid van opdrachtnemer wordt hier aanzienlijk uitgebreid door die te stellen op ten hoogste 50% van de prijs. Dat is vijf keer zoveel. Daarbij komt dat het Aedes model bepaalt dat de aansprakelijkheid steeds ten minste € 2.500.000 per gebeurtenis belooft. Dat soort van aansprakelijkheden zijn - met name voor kleinere ondernemingen - niet haalbaar, want niet verzekeraar. Te bedenken is immers dat de dekking hier ook betrekking moet hebben op ontwerpfouten. Ook daarvoor is opdrachtnemer immers ingevolge de regeling van het Aedes Model ruimer aansprakelijk dan onder de UAV-GC.
2. Ten onrechte is bovendien bepaald dat opdrachtnemer geen beroep toekomt op de in deze bepaling opgenomen schadevergoedingsbeperkingen in geval van een – kort gezegd - ernstig gebrek. Ook dat is een afwijking van de UAV-GC.

Art. 16 lid 2: aansprakelijkheid voor schade door latere oplevering

Deze bepaling maakt het mogelijk dat opdrachtgever, ingeval van uitloop van het werk, naast op de boete ook aanspraak maakt op de dientengevolge geleden werkelijk geleden schade. Deze afwijking van de UAV-GC doet ten onrechte afbreuk aan het karakter van de boete als gefixeerd schadebeding. Voor het geval een boete apert te laag door opdrachtgever zou zijn vastgesteld, is het altijd mogelijk om bijstelling c.q. aanvullende schadevergoeding te vorderen.

Art. 17 lid: omvang bankgarantie

De waarde van de zekerheid bedraagt hier 5% van de aanneemsom inclusief (dus niet exclusief) BTW. De berekening over de aannemingssom inclusief BTW is ongebruikelijk en beperkt de financiële armslag van bedrijven nog verder.

De bepaling verliest voorts uit het oog dat ingeval de opdrachtgevende corporatie eigenbouwer is in de zin van de Wet ketenaansprakelijkheid, de BTW door de opdrachtgever verschuldigd is en voor de opdrachtnemer "verlegd" is, dus 0% bedraagt..

Art. 19 lid 1: ketenaansprakelijkheid

Deze bepaling belast opdrachtnemer met een ongenueanceerde en daardoor te vergaande verplichting om de opdrachtgever te vrijwaren voor aanspraken van de Belastingdienst uit hoofde van de Ketenaansprakelijkheidsregeling.

Wanneer de corporatie van aannemer een vrijwaring verlangt, past het niet om daarnaast te bedingen dat een deel van de aannemingssom op de g-rekening wordt gestort.

Lid 4 gaat eraan voorbij dat het voor zzp'ers niet mogelijk is om een g-rekening te openen.

Art. 20: intellectuele eigendomsrechten

Deze van de UAV-GC afwijkende bepaling voert, met name wat betreft de leden 1 en 3, veel te ver.

Art. 21: Wet arbeid vreemdelingen

Wanneer aan de corporatie een boete op grond van de WAV wordt opgelegd, zal dat gebeuren omdat de corporatie zelf onvoldoende heeft gedaan in de sfeer van de naleving van de WAV. Niet valt in te zien waarom de aannemer die aan de corporatie opgelegde boete, aan haar zou moeten vergoeden.

Art. 22 lid 4: ontbinding bij ononderbroken vertraging

De vraag rijst wat het verschil is van deze bepaling met par. 16 lid 7 UAV-GC. Bouwend Nederland gaat ervan uit dat in dit geval de afrekening verloopt op de manier als bepaald in paragraaf 16 lid 10 UAV-GC.

Art. 22 lid 5: financiële gevolgen opzegging

Dit artikel beperkt ten onrechte de omvang van de vergoeding waarop opdrachtnemer recht heeft bij voortijdige beëindiging van de overeenkomst door opdrachtgever.

De in onderdeel b genoemde 5% wordt immers niet berekend over het volledige restant van het contract, maar over de fase waarin wordt opgezegd. Dat maakt groot verschil bij opzegging in de ontwerpfasen. In onderdeel c zit de beperking in de woorden "die in redelijkheid reeds zijn aangegaan". Er is niets tegen redelijkheid, maar wanneer opdrachtnemer ten opzichte van derden verplichtingen is aangegaan en opdrachtgever daarna opzegt, moet geen discussie rijzen over de vraag of opdrachtnemer die al wel of niet had mogen aangaan.

Art. 24 leden 1 en 2: kostenvergoeding en/of termijnsverlenging

Het in deze leden expliciet op opdrachtnemer leggen van de verplichting om aan te tonen dat hij recht heeft op de door hem gevorderde kosten en/of termijnsverlenging, lijkt Bouwend

Nederland overbodig. Als opdrachtnemer dergelijke aanspraken maakt zal hij moeten bewijzen dat hij daar recht op heeft. Dat vloeit voort uit de tekst van de bestaande paragraaf 44 UAV-GC.

Art. 24 lid 3: uitsluiting toepasselijkheid artikel 7:753 BW over kostenverhogende omstandigheden

Bouwend Nederland vraagt zich af waarom het Aedes model toepasselijkheid van artikel 7:753 BW uitsluit. Als die bepaling al van toepassing zou zijn naast het bepaalde in paragraaf 44 UAV-GC, is uitsluiting daarvan onredelijk bezwarend.

Art 25: retentierecht

Deze bepaling uit het Aedes model begint het retentierecht van opdrachtnemer in algemene zin te beperken, maar laat vervolgens ruimte voor toepassing daarvan indien "vast staat dat de Opdrachtgever in verzuim is met de nakoming van financiële verplichtingen jegens de Opdrachtnemer". De kneep zit hem hier in het woorden "vast staat". Niet duidelijk is immers wanneer daarvan sprake is. Bouwend Nederland bepleit schrapping van het gehele artikel en in elk geval van de woorden "vast staat".