

Toelichting op de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen van werk voor de Zakelijke opdrachtgever 2023 (AVA Zakelijk 2023)

Deze toelichting heeft als doel om enkele bepalingen van de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen van werk voor de Zakelijke opdrachtgever 2023 (AVA Zakelijk 2023) te verduidelijken, vooral voor diegenen die wat minder vertrouwd zijn met het juridische taalgebruik dat hierin wordt toegepast. Ook worden enkele zaken nader uitgelegd met behulp van voorbeelden.

Waarvoor zijn deze algemene voorwaarden bedoeld?

Deze algemene voorwaarden zijn bedoeld voor het bouwen of verbouwen van een onroerende zaak door een aannemer in opdracht van een zakelijke opdrachtgever (dus iemand die niet handelt als consument). Het begrip "onroerende zaak" moet ruim worden geïnterpreteerd. Het zal meestal gaan om verbouwing of nieuwbouw van een bedrijfspand, maar kan ook betrekking hebben op een oprit, botenhuis of beschoeiing. Er kan een vaste aanneemsom worden afgesproken of het kan gaan om een werk in regie. Dit laatste wil zeggen dat de werkzaamheden worden afgerekend op basis van vooraf overeengekomen uurtarieven en materiaalprijzen. Deze algemene voorwaarden bevatten geen regels voor de situatie waarbij de opdrachtgever tijdens de uitvoering wordt bijgestaan door een architect (of andere deskundige).

Offerte en overeenkomst (artikel 1 en 2)

Voordat de overeenkomst door de opdrachtgever en de aannemer kan worden ondertekend, moet duidelijk zijn wat het werk inhoudt en wat het gaat kosten. Daarom gaat aan de overeenkomst vaak een offerte vooraf. Met de aanvaarding van de offerte komt de overeenkomst tot stand.

Het is belangrijk dat de modelovereenkomst volledig en juist wordt ingevuld en dat waar sprake is van keuzemogelijkheden een keuze wordt gemaakt. Daarbij is het belangrijk om alle stukken, waarin staat beschreven of getekend wat de aannemer voor de overeengekomen aanneemsom gaat uitvoeren, duidelijk in de overeenkomst te vermelden en door opdrachtgever en aannemer te laten paraferen. Ook bij een werk in regie moet worden gestreefd naar een zo duidelijk mogelijke omschrijving.

Opdrachtgever en aannemer doen er verstandig aan duidelijk af te spreken wanneer met het werk wordt begonnen en wanneer het werk klaar moet zijn. Er zijn verschillende manieren om dit af te spreken, zoals met een vaste begin- en einddatum of met een oplevertermijn in werkbare werkdagen. De opdrachtgever en aannemer kiezen voor de mogelijkheid, die het best bij de situatie past. Als bijvoorbeeld de omgevingsvergunning er nog niet is, kan beter geen vaste begin- en einddatum worden ingevuld. In de overeenkomst is het ook aan te raden om de betalingstermijnen goed vast te leggen, oftewel: wanneer wordt welk deel van de aanneemsom gefactureerd.

Verplichtingen van de opdrachtgever (artikel 3)

De AVA Zakelijk 2023 gaan ervan uit dat het de opdrachtgever is die de voor de opzet van het werk benodigde gegevens en goedkeuringen (bijvoorbeeld de omgevingsvergunning) aanvraagt en een kwaliteitsborger inschakelt, tenzij aannemer en opdrachtgever anders afspreken. Het is verstandig om te wachten met de bouw totdat de bezwaartermijn voor de omgevingsvergunning is verstreken en de vergunning onherroepelijk is geworden. Als er toch met de bouw wordt gestart voordat de omgevingsvergunning onherroepelijk is, is dit voor risico van de opdrachtgever. Ook is het verstandig om in een vroeg stadium (voor het sluiten van de overeenkomst) met belanghebbenden te overleggen over het bouwplan. Dit voorkomt wellicht dat met succes bezwaar wordt gemaakt tegen het bouwplan. De door de gemeente voor de behandeling van een omgevingsvergunningaanvraag in rekening te brengen kosten (leges) en de kosten van de kwaliteitsborger komen voor rekening van de opdrachtgever. De opdrachtgever doet er verstandig aan om voor het sluiten van de overeenkomst na te gaan hoe hoog die kosten zijn. Het werk mag niet in strijd zijn met rechten van derden, zoals eigenaren van naastgelegen percelen. Er mag bijvoorbeeld niet over de perceelgrens of in strijd met een erfdienstbaarheid (zoals een recht van overpad) worden gebouwd. Het is de taak van de opdrachtgever om dit na te gaan.

Verplichtingen van de aannemer (artikel 4)

De aannemer is verplicht het werk deugdelijk en volgens de overeenkomst uit te voeren, en wordt geacht op de hoogte te zijn van voor de uitvoering relevante wet- en regelgeving. De aannemer is verplicht te waarschuwen voor tekortkomingen in zaken die afkomstig zijn van de opdrachtgever, zoals het ontwerp en de aangeleverde bouwstoffen, of tekortkomingen in orders en aanwijzingen van de opdrachtgever. Deze waarschuwingsplicht geldt alleen voor tekortkomingen die de aannemer "kende, of redelijkerwijs behoorde te kennen". Daarmee wordt bedoeld dat het moet gaan om duidelijke gebreken; de aannemer hoeft het werk van een door de opdrachtgever ingeschakelde architect of constructeur niet over te doen.

Kostenverhogende omstandigheden (artikel 5)

Soms komt de aannemer ondanks zorgvuldige opname en calculatie vooraf toch voor kostenverhogende omstandigheden te staan. Denk daarbij aan prijsstijgingen in de door de aannemer gekochte materialen, of bijvoorbeeld bodemverontreiniging. Als dit aan de orde is, heeft de aannemer recht op vergoeding van de daaruit voortvloeiende gevolgen. Deze bepaling geldt ook als vangnet voor zaken die niet op een andere plaats in de AVA Zakelijk 2023 zijn geregeld. De aannemer moet de opdrachtgever zo spoedig mogelijk waarschuwen voor deze hogere kosten, zodat de opdrachtgever eventueel kan beslissen tot beperking of vereenvoudiging van het werk, of opzegging van de overeenkomst.

Meer en minder werk (artikel 6)

De opdrachtgever kan tijdens het werk alsnog besluiten bepaalde dingen anders te laten uitvoeren dan was afgesproken. Ook kan er sprake zijn van overbesteding of onderbesteding van stelposten, of van een afwijking van de verrekenbare hoeveelheden. Bij door de opdrachtgever gewenste wijzigingen in de overeenkomst of in de voorwaarden van uitvoering, moet de aannemer waarschuwen voor eventuele prijsverhoging. Belangrijke uitzondering op deze waarschuwingsplicht is wanneer de opdrachtgever uit zichzelf had moeten begrijpen dat er aan een bepaalde gewenste wijziging in het werk een prijsverhoging vastzit (bijvoorbeeld een gouden kraan in plaats van een verchromde kraan).

Het is zeer aan te raden om voorafgaand aan de uitvoering van het meer werk de prijs hiervan overeen te komen. Daarbij doet de aannemer verstandig aan om aan te geven of de bouwtijd moet worden verlengd als gevolg van de wijzigingen. De aannemer heeft recht op een redelijke opslag op het meer werk, als vergoeding voor winst, risico en dekking van algemene kosten. Voor het meer werk wordt 25% bij opdracht in rekening gebracht en 75% na het gereedkomen daarvan.

Bij de einafrekening kan blijken dat het totaal bedrag aan meer werk lager is dan het totaal bedrag aan minder werk. Per saldo is het werk dus verkleind. De aannemer heeft dan recht op een vergoeding van 10% over dit verschil, ter compensatie van de gederfde winst, het risico en de dekking van algemene kosten. Bij het berekenen van het saldo meer en minder werk, tellen alleen de door de opdrachtgever gewenste wijzigingen in de overeenkomst dan wel de voorwaarden van uitvoering, de afwijkingen van de bedragen van de bruto stelposten (niet de netto!) en de afwijking van verrekenbare hoeveelheden mee.

Stelposten zijn bedragen met het karakter van een "budget". Stelposten worden meestal gebruikt omdat een bepaald onderdeel van het werk nog niet kan worden begroot (bijvoorbeeld omdat gegevens ontbreken) of omdat de opdrachtgever over een onderdeel van het werk nog geen definitieve beslissing heeft genomen. Dat is vaak het geval bij smaakgevoelige zaken, zoals een ontvangstbalie, pantry of sanitair. Een stelpost moet worden benoemd. Bijvoorbeeld: stelpost aanschaf balie, stelpost leveren en aanbrengen sanitair. Er kan sprake zijn van bruto of netto stelposten. Bij bruto stelposten is de aannemersvergoeding niet inbegrepen in het bedrag van de stelpost. Nadat de definitieve keuze door de opdrachtgever is gemaakt, worden de werkelijke door de aannemer gemaakte kosten verhoogd met 10% vergoeding voor de aannemer en vervolgens met de stelpost verrekend. De opdrachtgever moet er rekening mee houden, dat in verband met die vergoeding voor de aannemer er netto slechts 100/110 deel van de stelpost besteedbaar is. Bij een netto stelpost is de aannemersvergoeding al wel inbegrepen in de stelpost. De werkelijk gemaakte kosten worden verrekend met de stelpost. Als de stelpost wordt overgeschreden, moet de opdrachtgever bijbetalen; als er een bedrag overblijft, krijgt de opdrachtgever dit terug. Let op: de afrekening van netto stelposten telt niet mee in het saldo meer en minderwerk (artikel 6 lid 10 AVA Zakelijk 2023), de afrekening van bruto stelposten wel.

Voorbeeld: Bruto stelpost aanschaf balie € 10.000.

Als een balie wordt uitgezocht voor € 10.000 wordt € 10.000 plus 10% is € 11.000 ten laste van de bruto stelpost gebracht. Gevolg: meer werk € 1.000. Als het een netto stelpost zou zijn geweest, is er geen overschrijding van de stelpost.

Als een balie wordt uitgezocht voor € 8.000 wordt € 8.000 plus 10% is € 8.800 ten laste van de bruto stelpost gebracht. Gevolg: minder werk € 1.200. Als het een netto stelpost zou zijn geweest, krijgt de opdrachtgever € 2.000 terug als minderwerk.

Als een balie wordt uitgezocht voor € 13.000 wordt € 13.000 plus 10% is € 14.300 ten laste van de bruto stelpost gebracht. Gevolg: meer werk € 4.300. Als het een netto stelpost zou zijn geweest, is er sprake van € 3.000 meerwerk.

De aannemer doet er goed aan om de netto stelpost niet te laag in te schatten. Bij overschrijding kan immers geen extra aannemersvergoeding in rekening worden gebracht.

Nog een paar spelregels over stelposten:

- Uit de omschrijving van de stelpost moet duidelijk blijken of alleen de aankoop wordt verrekend dan wel dat ook de arbeid voor het in het werk aanbrengen ten laste van de stelpost wordt gebracht. Is dat niet duidelijk, dan kan door de aannemer alleen de aankoop, vermeerderd met de aannemersvergoeding worden verrekend. De arbeid voor het in het werk aanbrengen wordt dan geacht in de aanneemsom te zijn begrepen.
- Als alleen de aankoop met de stelpost wordt verrekend en de arbeid in de aanneemsom is begrepen wordt de arbeid niet verrekend. Dit gaat echter niet op als de opdrachtgever kiest voor een aankoop, waarvan het in het werk aanbrengen veel meer arbeidsuren kost dan de aannemer had kunnen voorzien. Het is verstandig dat de aannemer de opdrachtgever daarop vooraf wijst.

- Het opnemen van stelposten in de aanneemsom vormt voor de opdrachtgever een element van financiële onzekerheid. Het is daarom aan te raden om het gebruik van stelposten te beperken en zoveel mogelijk beslissingen te nemen vóór het tekenen van de overeenkomst. Beide partijen weten dan tevoren precies waar ze aan toe zijn en komen niet voor verrassingen te staan.
- Vermeld duidelijk in de overeenkomst of het om een bruto of netto stelpost gaat. Dit is belangrijk voor de afrekening van de stelposten.

Betaling/opschorting/schorsing (artikel 7, 10 en 12)

De opdrachtgever moet de termijnrekeningen van de aannemer binnen 14 dagen en de eindafrekening binnen 30 dagen na de factuurdatum betalen. Gebeurt dat niet, dan mag de aannemer de wettelijke rente in rekening brengen en die na 14 dagen verhogen met 2%. Blijft betaling uit, dan kan de aannemer na aanmaning en aankondiging het werk schorsen of beëindigen. De regelingen hierover zijn vastgelegd in artikel 10 en 13 van de AVA Zakelijk 2023.

Bij oplevering van het werk moeten in beginsel alle openstaande facturen betaald zijn. Als dit niet het geval is, heeft de aannemer de mogelijkheid om de sleutel van het pand niet af te geven, dit heet retentierecht. De aannemer kan het retentierecht uitoefenen als hij de feitelijke macht heeft over het bouwwerk, dat wil zeggen dat hij het pand onder zijn hoede heeft, en niemand zonder zijn toestemming op de bouw mag komen. Ook moet er sprake zijn van een opeisbare vordering, bijvoorbeeld moet de betalingstermijn van de factuur zijn verstreken. Aan het uitoefenen van retentierecht zitten haken en ogen, het is altijd verstandig om hierover juridisch advies in te winnen.

De eindafrekening biedt een volledig overzicht van al hetgeen partijen over en weer ingevolge de overeenkomst verschuldigd zijn en waren. In de eindafrekening wordt daartoe onder meer opgenomen:

- de aanneemsom
- een specificatie van het meer en minder werk
- een specificatie van al hetgeen partijen overigens op grond van de overeenkomst van elkaar te vorderen hebben en hadden.

De opdrachtgever heeft volgens artikel 12 van de AVA Zakelijk 2023 het recht om betalingen ter hoogte van een redelijk bedrag op te schorten als het werk niet goed is uitgevoerd. Het opgeschorte bedrag moet altijd in een redelijke verhouding staan tot de geconstateerde tekortkoming. De opdrachtgever doet er verstandig aan om de kosten die verbonden zijn aan het herstel van de tekortkoming door een deskundige te laten ramen. Immers, wanneer achteraf blijkt dat de opdrachtgever een te hoog bedrag heeft ingehouden op de betaling, zal hij de aannemer de contractuele rente moeten vergoeden over het gedeelte van het bedrag dat hij ten onrechte heeft ingehouden.

Oplevering en onderhoudstermijn (artikel 8)

De oplevering van het werk is zowel voor de opdrachtgever als voor de aannemer een heel belangrijk moment. Op het moment van oplevering worden alle op dat moment zichtbare tekortkomingen opgeschreven. De opdrachtgever kan zich desgewenst laten bijstaan door een bouwkundige. De aannemer moet aangeven welke klachten hij erkent en welke niet, en vervolgens de erkende klachten zo spoedig mogelijk oplossen. Kleine gebreken aan het werk zijn geen reden om de oplevering te weigeren (ook niet als het heel veel kleine gebreken zijn), maar het werk moet wel in gebruik kunnen worden genomen.

Soms is de aannemer klaar voor oplevering, maar kan er niet op korte termijn een moment gevonden worden om samen het werk op te nemen en eventuele gebreken op te schrijven. Ook komt het wel eens voor dat de verhoudingen tussen aannemer en opdrachtgever tijdens de bouw zodanig zijn verstoord dat de opdrachtgever niet voor oplevering wil tekenen. De opdrachtgever moet dan binnen 8 dagen nadat de aannemer heeft laten weten klaar te zijn voor oplevering reageren, zo niet dan wordt het werk geacht stilzwijgend te zijn opgeleverd. Ook als het werk in gebruik is genomen, geldt het werk als opgeleverd. Er is ook sprake van ingebruikneming als een andere door de opdrachtgever ingeschakelde partij, bijvoorbeeld een afbouwaannemer of vloerenbedrijf, aan de slag gaat. Na oplevering gaat het risico van het werk over van de aannemer op de opdrachtgever. De opdrachtgever doet er dan ook verstandig aan om de nodige verzekeringen af te sluiten.

Bouwtijd (artikel 9)

Bij het sluiten van de overeenkomst wordt over het algemeen een bouwtijd afgesproken, in werkbare werkdagen of een vaste opleverdatum. Als deze bouwtijd wordt overschreden, dan is in artikel 9 van de AVA Zakelijk 2023 een schadevergoedingsregeling opgenomen. Dit is een gefixeerde schadevergoeding, ongeacht de werkelijke schade en deze kan niet hoger worden dan 10% van de aanneemsom. De aannemer kan aanspraak maken op bouwtijdverlenging als de vertraging is veroorzaakt door overmacht, door factoren die voor rekening van de opdrachtgever komen of bij meer en minder werk. De aannemer doet er verstandig aan om bij meer werk niet alleen de extra kosten vast te leggen, maar ook de eventuele verlenging van de bouwtijd.

Klachten over de voortgang van het werk (artikel 11)

Als de opdrachtgever klachten heeft over de voortgang van het werk, moet hij deze schriftelijk of elektronisch melden bij de aannemer. De aannemer zal daar snel en serieus op in dienen te gaan. Als de aannemer zijn verplichtingen om het werk te beginnen

of voort te zetten niet nakomt, kan de opdrachtgever een derde inschakelen om het werk af te maken als hij hiervoor in de aanmaning heeft gewaarschuwd.

Schorsen en opzeggen door de opdrachtgever (artikel 13)

De opdrachtgever heeft het recht om het werk te schorsen, oftewel stil te leggen. Daar kunnen uiteenlopende redenen voor zijn. Alle kosten van de schorsing moeten aan de aannemer worden vergoed. Als de opdrachtgever helemaal van de overeenkomst af wil, kan hij die geheel of gedeeltelijk opzeggen. Dan moeten alle gemaakte kosten en de gederfde winst over het niet voltooid deel van het werk aan de aannemer worden vergoed. In plaats van een gedetailleerde berekening kan de aannemer volstaan met een vergoeding van 10% van de waarde van het niet-uitgevoerde deel van het werk.

Aansprakelijkheid van de opdrachtgever (artikel 14)

De opdrachtgever is verantwoordelijk voor door hem aangeleverde gegevens, waaronder het ontwerp dat van hem of een door hem ingeschakelde ontwerper afkomstig is, en de constructieberekeningen die hij heeft laten maken. De opdrachtgever staat ervoor in dat de toestand van het bestaande gebouw of het terrein voldoet aan hetgeen de aannemer daarvan redelijkerwijs mocht verwachten. Wanneer dat niet het geval is, bijvoorbeeld bij een bodem die verontreinigd blijkt te zijn, komen de extra kosten voor rekening van de opdrachtgever.

Het komt ook voor dat de opdrachtgever zelf bouwstoffen aanlevert, of dat de opdrachtgever het gebruik van bepaalde bouwstoffen voorschrijft. De opdrachtgever draagt in die gevallen de verantwoordelijkheid voor deze bouwstoffen. Ook als de opdrachtgever heeft bepaald dat bij de uitvoering specifieke onderaannemers of leveranciers moeten worden ingeschakeld en deze niet naar behoren presteren, is de opdrachtgever daarvoor verantwoordelijk. Als de aannemer schade lijdt door werkzaamheden of leveringen van de opdrachtgever zelf of van de door hem ingeschakelde nevenaannemers, dient de opdrachtgever deze te vergoeden.

Mogelijk stelt het bevoegd gezag dat een dossier moet worden verstrekt voordat het bouwwerk in gebruik kan worden genomen. Uitgangspunt in de AVA Zakelijk 2023 is dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor het maken, bijhouden en tijdig aanleveren van dit dossier met de juiste en volledige inhoud.

De aannemer is overigens wel verplicht om te waarschuwen voor duidelijke tekortkomingen in zaken of orders die afkomstig zijn van de opdrachtgever (artikel 4 lid 5 van de AVA Zakelijk 2023).

Aansprakelijkheid van de aannemer (artikel 15)

De aansprakelijkheid van de aannemer valt uiteen in drie onderdelen: ontwerpaansprakelijkheid, aansprakelijkheid tijdens de uitvoering en aansprakelijkheid na oplevering.

De AVA Zakelijk 2023 gaan er van uit dat het ontwerp wordt aangeleverd door de opdrachtgever. De opdrachtgever draagt dan ook de verantwoordelijkheid voor het ontwerp. Het komt echter ook voor dat de aannemer het werk of een onderdeel daarvan ontwerpt.

Wanneer er dan sprake is van een ontwerpfout, is de aannemer hiervoor aansprakelijk. Als hierover een geschil ontstaat, zal de opdrachtgever een procedure moeten opstarten binnen vijf jaar na het verstrijken van de onderhoudstermijn.

De aannemer draagt het risico voor het werk tijdens de uitvoering, dus vanaf de aanvang tot aan de oplevering. Het is daarom verstandig om tijdens deze bouwperiode geen andere personen op het werk toe te laten, dan diegenen die onder verantwoordelijkheid van de aannemer vallen. Wanneer de opdrachtgever door een derde (bijvoorbeeld de eigenaar van een naast gelegen pand) aansprakelijk wordt gesteld voor schade die door de aannemer tijdens de uitvoering is veroorzaakt, zal deze schade, in bepaalde gevallen, voor rekening van de aannemer komen.

Na de oplevering is de aannemer alleen nog aansprakelijk voor verborgen gebreken, oftewel gebreken die nog niet zichtbaar waren tijdens de oplevering, bijvoorbeeld een kromtrekkende deur of een lekkage. Gebreken die al wel zichtbaar waren tijdens de oplevering vallen hier niet onder en zijn voor risico van de opdrachtgever. De aannemer moet de gebreken die aan de dag treden *tijdens de onderhoudstermijn* in principe herstellen, tenzij hij kan aantonen dat hij geen schuld heeft hieraan. De bewijslast ligt nu bij aannemer. Als de opdrachtgever in een juridische procedure herstel van deze gebreken of een schadevergoeding wil vorderen, moet deze procedure binnen twee jaar na het verstrijken van de onderhoudstermijn zijn opgestart. Als de gebreken *na het einde van de onderhoudstermijn* aan de dag treden, moet de opdrachtgever aantonen dat de aannemer schuld heeft aan het gebrek. De bewijslast is nu dus omgedraaid en ligt bij de opdrachtgever. Als de opdrachtgever in een juridische procedure herstel van deze gebreken of een schadevergoeding wil vorderen, moet deze procedure binnen vijf jaar na het verstrijken van de onderhoudstermijn zijn opgestart. Bij ernstige, constructieve, gebreken is deze termijn tien jaar.

De opdrachtgever dient het gebrek binnen redelijke termijn na de ontdekking te melden bij de aannemer, en de aannemer de gelegenheid te geven het gebrek te herstellen of op te heffen. De aannemer doet er verstandig aan om een CAR-verzekering en een aansprakelijkheidsverzekering af te sluiten ter dekking van de risico's die hij loopt. Deze risico's kunnen immers aanzienlijk zijn. De ontwerpaansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat voor de ontwerpwerkzaamheden is overeengekomen. Als dat niet specifiek is bepaald, wordt uitgegaan van 10% van de aanneemsom. Dit betreft zowel de directe als de indirecte schade. De aansprakelijkheid tijdens de uitvoering en de aansprakelijkheid na oplevering is in principe onbeperkt voor directe schade. Voor indirecte schade is deze beperkt tot 10% van de aanneemsom.

Geschillen (artikel 16)

Zelfs als er goede afspraken zijn gemaakt, kan toch een geschil ontstaan, bijvoorbeeld over de kwaliteit, de betalingen of de bouwtijd. Het is verstandig om te proberen meningsverschillen in onderling overleg op te lossen, eventueel met inschakeling van een bemiddelaar. Wanneer partijen er niet uitkomen, kunnen zij het geschil voorleggen aan de Raad van de Arbitrage in bouwgeschillen, Postbus 19290, 3501 DG UTRECHT, telefoon 030 2 343 222, www.raadvanarbitrage.nl. In sommige gevallen schrijft de wet voor dat de gewone rechter exclusief bevoegd is. Dit geldt bijvoorbeeld bij een beslaglegging of een verzoek op basis van de Europese betalingsbevelprocedure. Als het om een relatief klein geschil gaat dat onder de bevoegdheid van de kantonrechter valt, kan de aannemer ervoor kiezen om in plaats van naar de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen naar de kantonrechter te stappen. Dit ligt vooral voor de hand bij eenvoudige incassozaken. Wanneer het om een bouwkundig geschil gaat, is het verstandiger het geschil voor te leggen aan de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, aangezien de arbiters ook over bouwkundige kennis beschikken.