



Een goed begin is het halve (bouw)werk

Een onderzoek naar de juridische risico's in contracten en algemene voorwaarden in de relatie hoofdaannemer–onderaannemer



Ronald Louwerse

Bouwbedrijf Ronald Louwerse
Hilde Holtgreffe
Wemeldinge, 29 mei 2017

Een goed begin is het halve (bouw)werk

Een onderzoek naar de juridische risico's in contracten en algemene voorwaarden in de relatie hoofdaannemer-onderaannemer

Classificatie:

Intern

Opdrachtgever:

Bouwbedrijf Ronald Louwerse

Auteur:

Hilde Holtgreffe

Functie auteur:

Adviseur

Studentnummer:

2081217

Opleiding:

HBO-Rechten

Onderwijsinstelling:

Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Afstudeermentor:

Dhr. M. van den Hemel

Eerste afstudeerdocent:

Mw. Mr. M. de Boer

Tweede afstudeerdocent:

Mw. Mr. M. Aerts

Plaats, maand en jaar:

Wemeldinge, mei 2017

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie die ik ter afsluiting van mijn opleiding aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys heb geschreven. Bij Bouwbedrijf Ronald Louwerse heb ik onderzoek gedaan naar de juridische risico's in het contract en de algemene voorwaarden. Aan de hand van de huidige werkwijze en documentanalyses is onderzocht hoe het bouwbedrijf in de toekomst kan gaan werken met het contract en de algemene voorwaarden in de relatie hoofdaannemer–onderaannemer.

Met veel plezier en motivatie ben ik, in dit voor mij nieuwe onderwerp, gedoken. Tijdens mijn studie is het bouwrecht niet aan de orde gekomen. Het was daarom extra uitdagend om dit onderzoek te verrichten. Ik ben erg trots op het eindresultaat.

Middels deze weg wil ik een paar mensen bedanken die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van dit onderzoek. Allereerst wil ik dhr. Van den Hemel bedanken voor het ter beschikking stellen voor de opdracht. De feedback en de tips hebben geholpen om meer diepgang in mijn onderzoek te krijgen. Daarnaast wil ik dhr. Beeke bedanken voor het beantwoorden van alle bouwtechnische- en praktijkvragen. Voorts wil ik mijn docente mr. De Boer bedanken voor haar hulp en kritische feedback, ik heb hier veel aan gehad. Ook wil ik mijn tweede afstudeerdocent bedanken voor de medewerking. Tot slot gaat mijn dank uit naar mijn familie en vrienden, met name dhr. Van Laarhoven, die mij deze periode gesteund en geholpen hebben.

Jullie hulp was voor het schrijven van dit rapport onmisbaar, bedankt daarvoor. Ik kijk terug op een leerzame en fijne stageperiode. Ik wens u veel leesplezier toe.

Hilde Holtgreffe

Wemeldinge, mei 2017

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

Hoofdstuk 1: Inleiding	7
§1.1 Bouwbedrijf Ronald Louwerse	7
§1.2 Probleembeschrijving	7
§1.3 Centrale vraag	8
§1.4 Deelvragen	8
§1.5 Doelstelling	8
§1.6 Onderzoeksstrategieën, methoden en verantwoording	9
§1.7 Leeswijzer	10
Hoofdstuk 2: Relatie hoofdaannemer–onderaannemer	11
§2.1 Verhouding hoofdaannemer–onderaannemer	11
§2.2 Contracten	11
§2.3 Algemene voorwaarden	11
§2.4 Conclusie	12
Hoofdstuk 3: Het bouwbedrijf als ‘werkgever’	13
§3.1 Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties	13
§3.2 Werkgeversaansprakelijkheid	14
§3.2.1 Art. 7:658 BW in het algemeen	15
§3.2.2 Zelfstandig ondernemer	15
§3.2.3 Dwingend recht	16
§3.3 Contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid	16
§3.4 Conclusie	18
Hoofdstuk 4: Bouwrecht	19
§4.1 Verplichtingen uit titel 12 boek 7 BW	19
§4.2 Waarschuwingsplicht	19
§4.3 Oplevering	20
§4.4 Aansprakelijkheid na oplevering	21
§4.4.1 Verborgen gebrek	21
§4.4.2 Garanties	22
§4.5 Wanprestatie	23
§4.6 Conclusie	24
Hoofdstuk 5: Algemene voorwaarden in de praktijk	26
§5.1 Wettelijk kader	26

§5.2 Vernietigbaarheid.....	26
§5.3 Battle of forms.....	27
§5.4 Huidige werkwijze	27
§5.5 Conclusie	28
Hoofdstuk 6: Analyse van de algemene voorwaarden	30
§6.1 AVA 2013, AVvO 2016 en de UAV 2012.....	30
§6.2 Terminologie	30
§6.3 De algemene voorwaarden geanalyseerd	30
§6.4 Welke set dient het bouwbedrijf te gebruiken	34
§6.5 Conclusie	34
Hoofdstuk 7: Vormgeven van het contract.....	36
§7.1 Huidige werkwijze	36
§7.2 Risico's	36
§7.3 Inhoud van het contract.....	37
§7.4 Analyse contracten	37
§7.5 Verzekeringen.....	39
§7.6 Welk contract dient het bouwbedrijf te gebruiken	40
§7.7 Conclusie	40
Hoofdstuk 8: Conclusies	41
Hoofdstuk 9: Aanbevelingen	43
Bronnenlijst	45

Samenvatting

Het bouwbedrijf werkt veel samen met onderaannemers. Aanleiding van het onderzoek is de wens dat een praktische oplossing wordt gezocht om de juridische risico's die er zijn in de relatie hoofdaannemer–onderaannemer, zoveel mogelijk te beperken door middel van een contract met algemene voorwaarden.

Allereerst zijn de risico's in kaart gebracht. Het bouwbedrijf kan voor de wet worden gezien als 'werkgever'. Dit heeft allereerst als gevolg dat zij op grond van de Wet DBA loonheffingen en sociale premies moeten afdragen. Bepalingen uit modelovereenkomst van de Belastingdienst kunnen dit risico uitsluiten. Voorts kunnen zij op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk worden gesteld wanneer de onderaannemer schade lijdt. Dit risico kan door middel van verzekeringen en veiligheidsinstructies aan de onderaannemer worden beperkt. Voorts kan het bouwbedrijf aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 6:171 BW voor fouten die de onderaannemers in uitoefening van diens bedrijf maken. Het risico kan worden beperkt door met de opdrachtgever te overleggen welke onderaannemer ingeschakeld wordt. Ook kan aansprakelijkheid ontstaan op grond van het bouwrecht. De eerste grond voor aansprakelijkheid is de waarschuwingsplicht. De tweede verplichting waar de onderaannemer aan dient te voldoen is oplevering. Na oplevering bestaan twee manieren om de onderaannemer alsnog aansprakelijk te stellen. Allereerst wanneer er sprake is van een verborgen gebrek. Ten tweede wanneer de onderaannemer een garantiebeding met het bouwbedrijf is overeengekomen. Het bouwbedrijf blijft aansprakelijk tegenover de klant voor geleden schade. Zij kunnen dit op de onderaannemer verhalen via art. 6:74 BW.

Momenteel worden geen algemene voorwaarden overeengekomen met de onderaannemer. De algemene voorwaarden kunnen vernietigd worden wanneer de wederpartij geen redelijke mogelijkheid tot kennisneming is geboden en wanneer deze onredelijk bezwarend zijn. Het is mogelijk om een beding uit de algemene voorwaarden te laten vernietigen op grond van de grijze en zwarte lijst. Het bouwbedrijf beschikt over een set algemene voorwaarden, de AVA 2013. De AVA 2013 is een standaardmodel dat in de bouw vaak gebruikt wordt. Dat maakt de kans op een onredelijk bezwarend beding kleiner. Door een bepaling in het contract op te nemen kan voorkomen worden dat een battle of forms ontstaat, de voorwaarden uit het bestek van toepassing zijn of dat geen redelijke mogelijkheid tot kennisneming is geboden. Er is onderzocht of de AVA 2013 de risico's dekt. Verschillende artikelen uit de AVA 2013 zijn vergeleken in de AVvO 2016 en de UAV 2012. De AVvO 2016 is de meest geschikte set algemene voorwaarden. Dit komt omdat extra bepalingen opgenomen zijn die zien op de relatie met de onderaannemer. In de AVA 2013 en UAV 2012 zijn bepalingen opgenomen die niet op deze relatie zien. Uit de analyse is gebleken dat over bouwstoffen, schriftelijk opnemen van de oplevering en de aansprakelijkheidsduur niets in de AVvO 2016 is opgenomen. Aanbevolen wordt om de AVvO 2016 te gaan gebruiken en de artikelen over bouwstoffen, schriftelijk opnemen van de oplevering en aansprakelijkheidsduur te wijzigen.

Momenteel wordt een inleenovereenkomst met de onderaannemer overeengekomen waarin niet alle risico's zijn gedekt. Om alle risico's te dekken zijn verschillende contracten met elkaar vergeleken. De modelovereenkomst van de Belastingdienst dekt het risico van de Wet DBA. De MBI heeft de meest uitgebreide bepaling omtrent veiligheid. De MvO is het enige contract met een garantiebeding en een bepaling over de onderhoudstermijn. Voorts kan het bouwbedrijf ervoor kiezen om een onderaannemer wel of niet mee te verzekeren. De bepalingen van Kantoor Meeùs Bouw & Infra kunnen hiervoor gebruikt worden. De onderaannemer wordt nu meeverzekerd met de CAR-verzekering, dit kunnen zij opnemen in het contract. De onderaannemer dient zelf een AVB af te sluiten. Tot slot kan gekozen worden dat de onderaannemer niet meeverzekerd wordt met de CAR-verzekering. Alle bovenstaande bepalingen kunnen gebruikt worden voor een nieuw contract. Een nieuw contract dient door de Belastingdienst te worden beoordeeld. Aanbevolen wordt om het contract samen met de algemene voorwaarden per e-mail naar de onderaannemer te verzenden.

Lijst van afkortingen

Art.	Artikel
AVA 2013	Algemene voorwaarden voor aanneming van werk 2013
AVB	Aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven
AVvO 2016	Algemene voorwaarden voor onderaanneming 2016
BW	Burgerlijk Wetboek
CAR-verzekering	Construct All Risks-verzekering
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
KvK	Kamer van Koophandel
MBI	Modelovereenkomst voor de inzet van onderaannemers zonder personeel in de Bouw & Infra
MvO	Modelovereenkomst van onderaanneming
Modelovereenkomst	Modelovereenkomst voor branche of beroepsgroep: onderaanneming op locatie
Rb.	Rechtbank
RvA	Raad van Arbitrage
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
UAV 2012	Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en technische installatiewerken 2012
VAR	Verklaring Arbeidsrelatie
VAR-wuo	Verklaring Arbeidsrelatie Winst Uit Onderneming
VCA	Veiligheid Checklist Onderaannemers
VV	Voorlopig Verslag
Wet DBA	Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties
zzp'ers	zelfstandige zonder personeel

Hoofdstuk 1: Inleiding

Dit hoofdstuk is de inleiding van het onderzoeksrapport. Allereerst wordt de organisatie, Bouwbedrijf Ronald Louwerse, beschreven. Vervolgens is de probleembeschrijving uiteengezet. Aan de hand van de probleembeschrijving is een centrale vraag met deelvragen geformuleerd. Tot slot worden de strategieën, bronnen en methoden, de verantwoording en de leeswijzer toegelicht.

§1.1 Bouwbedrijf Ronald Louwerse

Bouwbedrijf Ronald Louwerse (hierna: het bouwbedrijf), gevestigd te Wemeldinge, is gespecialiseerd in nieuwbouw, aanbouw, verbouw en renovatie.¹ De rechtsvorm van het bedrijf betreft een VOF, met drie firmanten. Het bouwbedrijf bestaat uit een klein team van vakbekwame mensen. Vanuit de wens, droom of idee van de klant denkt het bouwbedrijf mee om uiteindelijk een geweldig resultaat af te leveren. Om de wensen te kunnen realiseren, werken zij vanuit drie kernwaarden: daadkracht (doen wat je afsprekt), duidelijkheid (geen verrassingen achteraf) en persoonlijkheid (de wens van de klant staat centraal). De projecten worden voornamelijk uitgevoerd in Zeeland. Het bouwbedrijf heeft drie werknemers en één leerling in dienst en maakt daarnaast gebruik van zzp'ers.

§1.2 Probleembeschrijving

Het bouwbedrijf laat regelmatig werk door een onderaannemer uitvoeren. Hiermee spreken zij enkel de periode van het werk, prijs, werktijden, gereedschap en betalingen af. Hier komt ingevolge art. 6:217 BW een overeenkomst tot stand. Echter wordt niets overeengekomen over de inhoud van het werk, de aansprakelijkheid en de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Zij maken geen gebruik van contracten en algemene voorwaarden. Het bouwbedrijf beschikt wel over een set algemene voorwaarden, namelijk de AVA 2013.

Allereerst is het van belang om te weten wat de rechtsverhouding tussen de hoofdaannemer en onderaannemer kenmerkt. De definitie van onderaanneming vloeit voort uit art. 7:751 BW. Bij het bouwbedrijf wordt veel gebruik gemaakt van zzp'ers. Een risico hiervan is dat onduidelijkheid kan ontstaan over het onderscheid tussen arbeid die wordt verricht in het kader van dienstbetrekking en werkzaamheden in de uitoefening van een bedrijf of beroep. Bij een dienstbetrekking is het bouwbedrijf werkgever en is de aannemer verplicht om loonheffing af te dragen.

Een onderaannemer kan op grond van het bouwrecht aansprakelijk zijn voor een gebrek of bouwfout in het werk. De aansprakelijkheid van de partijen is gebaseerd op de verplichtingen die bij het afsluiten van de overeenkomst over en weer door partijen zijn aangegaan. Hoofddregel in het verbintenissenrecht is dat het bijzonder recht voor het algemeen recht gaat. Hiermee wordt uitgedrukt dat als er een situatie is waarin twee rechtsregels op één situatie betrekking hebben, de bijzondere regel voorgaat.² Dit wil zeggen dat de bijzondere regels uit boek 7 BW voorgaan op de regels uit boek 6 BW. Allereerst ontstaan er verplichtingen op grond van titel 12, boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. In deze titel wordt de verhouding tussen hoofdaannemer en onderaannemer behandeld. Uit art. 7:754 BW vloeit de waarschuwingsplicht voort. Wanneer de onderaannemer niet voldoet aan de waarschuwingsplicht, dan kan de ondeugdelijke uitvoering van de overeenkomst voor zijn rekening komen, blijkens art. 7:760 lid 2 BW. De onderaannemer die fouten ontdekt, of had moeten ontdekken in de opdracht, maar nalaat zijn hoofdaannemer te waarschuwen, is aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van de fouten. Dit is van belang om te weten, omdat primair de aansprakelijkheid voor de fout bij de partij ligt die de fout heeft gemaakt. Dit kan anders zijn indien wordt vastgesteld dat de andere partij had moeten waarschuwen. Art. 7:758 lid 3 BW bepaalt dat de onderaannemer is ontslagen van aansprakelijkheid voor

¹ 'Bouwbedrijf Ronald Louwerse', www.ronaldlouwerse.nl, geraadpleegd op 06-02-2017.

² I. Timmer, *Verbintenissenrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 39.

gebreken die de hoofdaannemer redelijkerwijs op het tijdstip van oplevering had moeten ontdekken. Dit is anders wanneer het gebrek niet tijdens de oplevering ontdekt had kunnen worden, dit wordt ook wel een verborgen gebrek genoemd. Tot slot kan voor het bouwbedrijf aansprakelijkheid ontstaan wanneer een onderaannemer iets oploopt, op grond van art. 7:658 lid 4 BW. Het is erg vervelend voor het bouwbedrijf wanneer een klant schade die een onderaannemer heeft veroorzaakt, verhalen op het bouwbedrijf. Een hoofdaannemer is in beginsel aansprakelijk voor fouten van zijn onderaannemer, dit vloeit voort uit art. 6:76 BW en art. 7:751 BW. Voor het bouwbedrijf zal gekeken worden hoe zij de schade op de onderaannemer kunnen verhalen.

In de algemene voorwaarden kunnen onderwerpen worden besproken die niet geregeld zijn in de overeenkomst. Het probleem waar het bouwbedrijf mee kampt is dat de algemene voorwaarden niet overeengekomen worden, omdat het vaak voorkomt dat de onderaannemer last-minute ingeschakeld wordt. Anderzijds is het een probleem dat de bovengenoemde risico's niet afgedekt zijn in de algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden van het bouwbedrijf, de AVA 2013, worden geanalyseerd. Enkel de artikelen over de aansprakelijkheid worden hierbij betrokken.

De wens van het bouwbedrijf is dat er een praktische oplossing wordt gezocht om de juridische risico's, zoals hierboven genoemd, die ontstaan in de relatie hoofdaannemer–onderaannemer zoveel mogelijk te beperken. Het dient een praktische oplossing te zijn die past in de bouwbranche. Mogelijk een contract met heldere bepalingen of een contract waar verschillende opties aan de onderaannemer worden voorgelegd. De opties kunnen zijn dat de hoofdaannemer nergens aansprakelijk voor is, maar het uurtarief van de onderaannemer dan hoger is, of andersom, dat de hoofdaannemer een deel van de aansprakelijkheid op zich neemt, maar de onderaannemer een lager uurtarief betaalt.

§1.3 Centrale vraag

De centrale vraag luidt als volgt:

“Welke invloed heeft de relatie met de onderaannemer op de aansprakelijkheid van Bouwbedrijf Ronald Louwerse en op welke wijze kan een risicoanalyse bijdragen aan een rechtsgeldige verdeling van de juridische risico's in het contract met algemene voorwaarden?”

§1.4 Deelvragen

De deelvragen luiden als volgt:

- ❖ Welke verplichtingen vloeien voort uit de verhouding hoofdaannemer–onderaannemer en wat is het relevante juridische kader omtrent de aansprakelijkheid die uit deze verplichtingen voortvloeit?
- ❖ Welke eisen stelt de wet aan de contracten van traditionele aard?
- ❖ Welke eisen stelt de wet aan de totstandkoming van algemene voorwaarden?
- ❖ Worden de juridische risico's, gelet op de huidige werkwijze, voldoende gedekt?
- ❖ Welke aanpassingen zijn nodig aan de huidige algemene voorwaarden van het bouwbedrijf gelet op een toetsing aan de toepasselijke wettelijke bepalingen?
- ❖ Op welke manier kan een contract met algemene voorwaarden worden vormgegeven, gelet op wat passend is binnen de branche?

§1.5 Doelstelling

Het doel van het onderzoek is om uiterlijk 29 mei 2017 een onderzoeksrapport te overhandigen aan Bouwbedrijf Ronald Louwerse, waarin de juridische risico's in kaart worden gebracht omtrent de relatie hoofdaannemer–onderaannemer en aanbevelingen worden gedaan over de rechtsgeldige verdeling van de juridische risico's in een contract en de algemene voorwaarden.

§1.6 Onderzoeksstrategieën, methoden en verantwoording

Allereerst wordt een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek uitgevoerd. De rechtsverhouding tussen de hoofdaannemer–onderaannemer wordt besproken. Daarna worden de juridische regels voor overeenkomsten uiteengezet aan de hand van titel 5 van boek 6 BW. Hierbij wordt aan de hand van titel 12 van boek 7 BW een vertaalslag naar de bouw gemaakt. Van deze bevindingen wordt een inhoudsanalyse gemaakt. Vervolgens moet aan artikel 7:610 BW getoetst worden of er geen sprake is van een dienstbetrekking en of aan de eisen van de Wet DBA is voldaan. Voorts wordt aan de hand van titel 10 van boek 6 BW gekeken worden in hoeverre een hoofdaannemer aansprakelijk is voor letsel dat de onderaannemer tijdens de bouw kan oplopen. De buitencontractuele aansprakelijkheid wordt uiteengezet. Daarna worden de verplichtingen die uit titel 12 van boek 7 voortvloeien uiteengezet. Er zal vooral worden gekeken naar de waarschuwingsplicht en de aansprakelijkheid voor en na oplevering, die voortvloeien uit titel 12 van boek 7 BW. Tot slot wordt onderzocht hoe het bouwbedrijf de schade veroorzaakt door de onderaannemer, waar zij aansprakelijk voor zijn tegenover de klant, kan verhalen op de onderaannemer. Hiervoor zal met name gekeken worden naar artikel 6:74 BW. Voor het rechtsbronnen- en literatuuronderzoek wordt gebruikt gemaakt van literatuur en jurisprudentie.

Aan de hand van de bovenstaande bevindingen komen de risico's naar voren die de relatie hoofdaannemer–onderaannemer met zich meebrengt. Dit is relevant voor het onderzoek naar de contracten en algemene voorwaarden. Vervolgens wordt enerzijds onderzocht worden wat de werkwijze is met het ondertekenen en accepteren van het contract met de algemene voorwaarden. Anderzijds wordt de inhoud van het contract en de algemene voorwaarde onderzocht. Dit zal gedaan worden door middel van de inleenovereenkomst en de AVA 2013, aan de hand van deze documenten vindt er een documentanalyse plaats. Daarnaast zullen gesprekken met dhr. Beeke gevoerd worden om de werkwijze te achterhalen. Van deze bevindingen wordt een inhoudsanalyse gemaakt.

Eerst worden de algemene voorwaarden onderzocht. Er wordt een juridisch kader uiteengezet aan de hand van een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. De juridische regels omtrent de algemene voorwaarden worden uiteengezet aan de hand van titel 5 van boek 6 BW. De jurisprudentie vult de wet aan waar nodig. Aan de hand van de wettelijke eisen wordt gekeken naar de huidige werkwijze van het bouwbedrijf. Voorts worden de algemene voorwaarden van het bouwbedrijf op inhoud onderzocht. Er wordt gebruik gemaakt van een casestudy, de huidige algemene voorwaarden van het bouwbedrijf worden bestudeerd aan de hand van een documentanalyse. De algemene voorwaarden van het bouwbedrijf betreffen de AVA 2013. De AVA 2013 worden vergeleken met de AVvO 2016 en de UAV 2012. De analyse wordt beperkt tot de artikelen over aansprakelijkheid. Dit zijn de artikelen 3, 9, 12, 15 en 16. Er worden conclusies en aanbevelingen gedaan over aanpassingen van de algemene voorwaarden.

Tot slot wordt onderzocht of de juridische risico's beperkt kunnen worden aan de hand van een contract. Aan de hand van gesprekken zal achterhaald worden wat praktisch te gebruiken is in de bouw, dit zijn doorgaans geen dikke contracten, maar juist korte contracten. Ook wordt de invulling van het contract besproken. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van de voorgaande bevindingen. Ook worden standaardcontracten uit de bouw met elkaar vergeleken. Zo kunnen aanbevelingen gedaan worden over het vormgeven van een contract en welke risico's daarin gedekt dienen te worden. Eventueel kunnen er opties in het contract worden opgenomen. De opties betreffen een verlaagd uurtarief voor de onderaannemer, maar een ruimere aansprakelijkheid of anderzijds een verhoogd uurtarief met minder aansprakelijkheid voor de onderaannemer.

In het onderzoek wordt gebruik gemaakt van verschillende wetten, vaste jurisprudentie en gerenommeerde handboeken. De boeken die gebruikt gaan worden zijn vooral specifiek gericht op het bouwrecht en het verbintenissenrecht. Dit zijn gezaghebbende bronnen

waarvan het gezag algemeen gedeeld wordt. De relevante rechtsregel zal uit de wet of de vaste jurisprudentie gehaald worden. De elektrische bronnen zijn betrouwbaar. Het betreffen publicaties die een informatief karakter hebben en waar feitelijke informatie wordt gegeven. De handboeken zijn geschreven door advocaten, rechters, juridisch adviseurs en projectleiders die werkzaam zijn in het bouwrecht.

§1.7 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt de relatie tussen de hoofdaannemer en onderaannemer uiteengezet, waarbij wordt ingegaan op het contract met de algemene voorwaarden. Hoofdstuk 3 gaat in op het risico dat het bouwbedrijf loopt wanneer zij voor de wet als 'werkgever' wordt gezien. De Wet DBA, de werkgeversaansprakelijkheid en de buitencontractuele aansprakelijkheid worden uiteengezet. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op het bouwrecht en de wanprestatie. De waarschuwingsplicht, aansprakelijkheid tijdens en na oplevering zullen worden uitgelegd. Via de wanprestatie kan het bouwbedrijf de geleden schade tegenover de klant verhalen op de onderaannemer. In hoofdstuk 5 wordt allereerst een wettelijk kader over de algemene voorwaarden uiteengezet, vervolgens wordt gekeken of de huidige werkwijze daaraan voldoet. In hoofdstuk 6 worden de algemene voorwaarden van het bouwbedrijf op inhoud geanalyseerd. De AVA 2013 wordt vergeleken met de AVvO 2016 en de UAV 2012. In hoofdstuk 7 wordt de huidige werkwijze rondom het contract van het bouwbedrijf geanalyseerd en gekeken welke bepalingen in het contract kunnen worden opgenomen. Bepalingen uit standaardmodellen worden met elkaar vergeleken. Tot slot wordt in hoofdstukken 8 en 9 een overzicht gegeven van de belangrijkste conclusies en aanbevelingen uit het onderzoek.

Hoofdstuk 2: Relatie hoofdaannemer–onderaannemer

In dit hoofdstuk wordt allereerst de verhouding tussen hoofdaannemer en onderaannemer beschreven. Tot slot wordt kort ingegaan op de wettelijke basis voor contracten en algemene voorwaarden.

§2.1 Verhouding hoofdaannemer–onderaannemer

Onderaanneming vloeit voort uit art. 7:751 BW. Hierin staat dat de hoofdaannemer bevoegd is het werk onder zijn leiding door anderen te doen uitvoeren, en ten aanzien van onderdelen ook de leiding aan anderen over te laten, zulks onverminderd zijn aansprakelijkheid voor de duidelijke nakoming van de overeenkomst. De wetgever heeft de hoofdaannemer een grote vrijheid gelaten om hulppersonen bij het werk te betrekken.³ De leiding over het gehele werk dient echter bij de hoofdaannemer te rusten.⁴ De hoofdaannemer heeft meerdere contractuele rechtsverhoudingen. Enerzijds tegenover de klant en anderzijds tegenover de onderaannemer, voor wie de hoofdaannemer op zijn beurt optreedt als opdrachtgever.⁵ De onderaannemer staat niet in contractuele verhouding met de klant.

§2.2 Contracten

Een ander woord voor contract is overeenkomst. De definitie van een overeenkomst is opgenomen in artikel 6:213 BW en luidt als volgt: een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen tegenover een of meer andere een verbintenis aangaan. Een rechtshandeling is een handeling die gekenmerkt wordt doordat de handelende persoon een rechtsgevolg beoogt.⁶ De overeenkomst is meerzijdig omdat meer dan één persoon die rechtshandeling tot stand brengt. Een verbintenis is een vermogensrechtelijke verhouding. Een vermogensrechtelijke verhouding is op geld waardeerbaar. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod van de ene partij en aanvaarding daarvan door de andere.⁷ Dit kan in beginsel in iedere vorm geschieden. Wanneer een aannemer in opdracht bouw- of verbouwwerkzaamheden uitvoert, is sprake van aanneming van werk. De regels voor aanneming van werk zijn in titel 12 van boek 7 BW te vinden. Art. 7:750 BW tot en met art. 7:764 BW, bevatten regels over aanneming in het algemeen. Van deze regels mag worden afgeweken.

De onderaannemingsovereenkomst is een contract van traditionele aard. De onderaannemingsovereenkomst strekt tot uitvoering van een deel van de hoofdaannemingsovereenkomst. De hoofdaannemingsovereenkomst geldt tussen de klant en de hoofdaannemer. De onderaannemingsovereenkomst is een zelfstandige overeenkomst, waarvan de inhoud slechts wordt bepaald door degenen die daarbij partij zijn. Tussen de hoofdaannemingsovereenkomst en de onderaannemingsovereenkomst bestaat een nauwe samenhang, maar de onderaannemingsovereenkomst is niet afhankelijk van de hoofdaannemingsovereenkomst. De onderaannemingsovereenkomst is een volwaardige overeenkomst met een eigen identiteit. Zij is echter in haar voortbestaan afhankelijk van de hoofdaannemingsovereenkomst.⁸ De afspraken tussen de klant en de hoofdaannemer over de uitvoering van het werk, gelden niet automatisch voor de uitvoering van het aan de onderaannemer uitbestede onderdeel.⁹

§2.3 Algemene voorwaarden

In de wet is de definitie van algemene voorwaarden als volgt geformuleerd: een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen,

³ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 327.

⁴ H.L. van der Beek, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:751* (online versie: heden actueel).

⁵ M.A.M.C. van den Berg, *Begrip onderaanneming*, 14-02-2013.

⁶ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 1.

⁷ Artikel 217 Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

⁸ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 330.

⁹ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 344.

met uitzondering van de bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.¹⁰ Partijen worden bij de algemene voorwaarden gebruiker en wederpartij genoemd. De gebruiker is degene die de algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt. In de praktijk is dat vooral de hoofdaannemer. De wederpartij is degene die de algemene voorwaarden heeft aanvaard. In de praktijk is dit vaak de onderaannemer.¹¹ Het bouwbedrijf komt momenteel de algemene voorwaarden niet overeen met de onderaannemer. Dit zal in hoofdstuk 5 nader uiteen worden gezet.

§2.4 Conclusie

Het bouwbedrijf heeft een grote vrijheid om hulppersonen bij het werk te betrekken. Het gevolg hiervan is dat het bouwbedrijf enerzijds in contractuele verhouding staat met de klant en anderzijds in contractuele verhouding met de onderaannemer. Op allebei de overeenkomsten is titel 12 van boek 7 BW van toepassing.

Met de onderaannemer kan een contract af worden gesloten. De onderaannemingsovereenkomst heeft een eigen identiteit. De condities waaronder de het bouwbedrijf de uitvoering van het hoofdwerk met de klant heeft aanvaard, gelden niet automatisch voor de uitvoering van het aan de onderaannemer uitbestede onderdeel. Bij het contract kunnen algemene voorwaarden worden overeengekomen met de onderaannemer. Het bouwbedrijf is gebruiker van de algemene voorwaarden en de onderaannemer is de wederpartij.

¹⁰ Artikel 231 sub A Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

¹¹ M.A.B. Chao-Duvis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 10.

Hoofdstuk 3: Het bouwbedrijf als ‘werkgever’

Voor het bouwbedrijf bestaat het risico dat zij door de wet als werkgever wordt gezien. In dit hoofdstuk worden de verschillende aansprakelijkheden uiteen gezet. Allereerst de aansprakelijkheid op grond van de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties. Voorts wordt de werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW besproken. Tot slot worden de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheden besproken, waar vooral in wordt gegaan op de buitencontractuele aansprakelijkheid.

§3.1 Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties

De hoofdaannemer en onderaannemer werken samen op basis van aanneming van werk. Het bouwbedrijf werkt veel samen met zzp'ers, ongeveer de helft van de onderaannemers zijn zzp'ers. Het risico bestaat dat de onderaannemer door de Belastingdienst als werknemer wordt aangemerkt. Per 1 mei 2016 is de VAR voor zzp'ers afgeschaft. De VAR is een formulier waarmee de hoofdaannemer kan aantonen dat hij een zelfstandige ondernemer inhuurt. De VAR is vervangen door de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties.¹² Deze wet zorgt ervoor dat zowel hoofdaannemer als onderaannemers verantwoordelijk zijn voor de arbeidsrelatie die zij met elkaar aangaan. Dit neemt met zich mee dat wanneer een zzp'er voor een hoofdaannemer gaat werken, de zzp'er en zijn hoofdaannemer samen moeten bepalen of er sprake is van een loondienst, oftewel een dienstbetrekking. Het moet dus duidelijk zijn dat hier geen sprake van is, anders moet de hoofdaannemer loonheffing en sociale premies afdragen.¹³

Dienstbetrekking

Omdat het bouwbedrijf veel samenwerkt met zzp'ers ontstaat het risico op een verkapt dienstverband. De situatie lijkt dan sterk op een arbeidsovereenkomst.¹⁴ Art. 7:610 BW hanteert drie vereisten om te bepalen of er sprake is van arbeidsovereenkomst. Deze drie vereisten worden hieronder nader toegelicht. Bij het bespreken van de vereisten wordt de terminologie werkgever-werknemer aangehouden.

Vereiste I: De werknemer moet persoonlijk arbeid verrichten

Een element van de arbeidsovereenkomst is dat de werknemer zijn arbeidskracht ter beschikking stelt aan de werkgever en als tegenprestatie loon ontvangt.¹⁵ Uit art. 7:659 BW volgt dat de arbeid persoonlijk verricht moet worden. Een werknemer mag zich dus niet laten vervangen. De werkgever wil juist dat deze werknemer de arbeid verricht. Persoonlijk arbeid wordt aangenomen indien werknemer zich niet, of alleen met toestemming van de werkgever, mag laten vervangen. Als de werknemer de arbeid zelf verricht, dan wordt in principe aangenomen dat hij daartoe verplicht is, zelfs als contractueel anders overeengekomen is.¹⁶

Vereiste II: De werkgever moet de werknemer een beloning betalen voor de verrichte arbeid

Er is sprake van loon als door de werkgever een tegenprestatie wordt geleverd voor de verrichte arbeid.¹⁷ De verplichting tot betaling van loon is aanwezig indien de werkgever verplicht is om aan de werknemer een tegenprestatie te geven voor de verrichte arbeid. De vergoeding moet betrekking hebben op de verrichte arbeid en moet dus meer zijn dan een kostenvergoeding. De vorm waarin het loon wordt voldaan is niet van belang, het is ook niet noodzakelijk dat de tegenprestatie als ‘loon’ wordt betiteld.¹⁸

¹² ‘Factsheet ZZP/Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie’, www.belastingdienst-in-beeld.nl (zoek op: factsheet ZZP).

¹³ ‘Factsheet ZZP/Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie’, www.belastingdienst-in-beeld.nl (zoek op: factsheet ZZP).

¹⁴ ‘Zelfstandigheid bij zzp'ers en freelancers’, www.ondernemersplein.nl (zoek op: schijnzelfstandigheid).

¹⁵ H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht Begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 53.

¹⁶ ‘Beoordeling dienstbetrekking’, www.visservaneck.nl (zoek op: beoordeling dienstbetrekking).

¹⁷ H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht Begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 54.

¹⁸ HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3681 (Bethesda/ van der Vlies).

Vereiste III: De werknemer staat in een gezagsverhouding tot de werkgever

Om te bepalen of er sprake is van een gezagsverhouding moet gekeken worden of de werkgever de bevoegdheid heeft om aanwijzingen of instructies te geven. Het gaat er niet om of de aanwijzingen of instructies worden gegeven, maar of ze kunnen worden gegeven.¹⁹ De opdrachten en aanwijzingen mogen ook gegeven worden door een ander. Bij toezicht is al sprake van een gezagsverhouding.

Fictieve dienstbetrekking

Als één van de drie elementen ontbreekt is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst, maar mogelijk wel van een fictieve dienstbetrekking. Een fictieve dienstbetrekking is een arbeidsrelatie die door een wettelijke aanwijzing toch leidt tot de verplichting om loonheffing in te houden. De Wet op de Loonbelasting 1964 heeft verschillende arbeidsrelaties aangemerkt als fictieve dienstbetrekking. Aanneming van werk wordt onder voorwaarden standaard aangemerkt als een fictieve dienstbetrekking.²⁰ Kleine aannemers die werkzaamheden niet zelfstandig of als nevenwerkzaamheden verrichten, worden door de wet als fictief werknemer van de hoofdaannemer aangemerkt. Hier zijn echter uitzonderingen op. Als de onderaannemer een zelfstandig ondernemer is, is de onderaannemer niet in fictieve dienstbetrekking van de hoofdaannemer. De onderneming moet dan gevoerd worden als eenmanszaak, personenvennootschap of een rechtspersoon, waar de opdrachtnemer eigenaar van is.²¹ Ook is het van belang om vast te stellen dat de onderaannemer meerdere opdrachtgevers heeft. De hoofdaannemer dient daarom met de onderaannemer af te spreken dat hij voor meerdere opdrachtgevers kan werken. De hoofdaannemer moet zelf in de gaten houden dat de onderaannemer niet langdurig en alleen voor hem werkt. Als de onderaannemer erg afhankelijk is van de opdracht van één hoofdaannemer, is dat een belangrijke indicatie voor het ontbreken van economische zelfstandigheid. De hoofdaannemer kan het ontbreken van zelfstandigheid inschatten op basis van het aantal, de looptijd en de omvang van de door hem met eenzelfde onderaannemer gesloten overeenkomsten.²² De hoofdaannemer mag niet zomaar aannemen dat aan de overeenkomst geen gevolgen voor de loonheffing zijn verbonden.

De Belastingdienst heeft voor iedere branche modelovereenkomsten opgesteld. Het is niet verplicht een modelovereenkomst te gebruiken, maar het gebruik hiervan kan risico van een (fictieve) dienstbetrekking uitsluiten. Als de geel gemarkeerde bepalingen uit de modelovereenkomst worden overgenomen, is er geen sprake van een fictieve dienstbetrekking, dit moet beoordeeld worden door de Belastingdienst zelf.²³ De hoofdaannemer dient vast te leggen, volgens welke modelovereenkomst en welk kenmerknummer hij in die periode werkt.

§3.2 Werkgeversaansprakelijkheid

De werkgeversaansprakelijkheid vloeit voort art. 7:658 BW. Art. 7:658 BW ziet op de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer. Lid 4 is opgenomen voor uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk en beschermt personen die zich in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden.²⁴ Dit zodat de hoofdaannemer die in uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie de hoofdaannemer geen arbeidsovereenkomst heeft, aansprakelijk kan worden gesteld op grond van art. 7:658 BW leden 1 tot en met 3 BW. Omdat deze bepaling eigenlijk ziet op de verhouding werkgever–werknemer, wordt deze terminologie aangehouden.

¹⁹ H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht Begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 55.

²⁰ Artikel 3 Wet op de Loonbelasting 1964.

²¹ 'Fictieve dienstbetrekking aanneming van werk', Beoordeling Belastingdienst nr. 90520171494310, p. 2.

²² 'Fictieve dienstbetrekking aanneming van werk', Beoordeling Belastingdienst nr. 90520171494310, p. 2.

²³ 'Modelovereenkomst onderaanneming op locatie', www.Belastingdienst.nl (zoek op: modelovereenkomst onderaanneming op locatie).

²⁴ E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:658* (online versie: actueel tot 01-07-2016).

De tekst van artikel 7:658 lid 4 BW luidt als volgt:

“Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen op grond van de eerste zin van dit lid.”

§3.2.1 Art. 7:658 BW in het algemeen

Uit lid 1 vloeit de zorgplicht van de werkgever voort. De zorgplicht heeft betrekking op de inrichting en het onderhoud van de (werk)ruimtes, de werktuigen en de gereedschappen. Bovendien betreft de zorgplicht ook de instructie die de werkgever aan de werknemer dient te geven bij de gebruikmaking daarvan.²⁵ Wanneer een werknemer ervaring heeft met het werk en dit vooral zelfstandig uitvoert, wil dit nog niet betekenen dat op de werkgever een geen of minder verstrekende zorgplicht rust. De werkgever moet rekening houden met het feit dat ook ervaren werknemers niet steeds de noodzakelijke voorzichtigheid in acht zullen nemen.²⁶

Op grond van lid 1 is de werkgever bij het niet nakomen van de verplichting gehouden tot vergoeding van de gehele schade. Dit is niet van toepassing indien het vaststaat dat de werkgever de nodige zorg heeft betracht om aan zijn verplichtingen te voldoen.²⁷ Ook vervalt de aansprakelijkheid van de werkgever indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat er sprake is van bewust roekeloos handelen indien de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedragingen, van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is geweest.²⁸

Op grond van art. 150 Rv dient de werknemer te bewijzen dat hij schade heeft geleden tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden. De werknemer hoeft de omstandigheden op het werk niet te bewijzen.²⁹ Op grond van art. 7:658 lid 2 BW ligt de bewijslast van het nakomen van de zorgplicht dus bij de werkgever. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen echter met zich meebrengen dat de bewijslast toch bij de werknemer ligt.³⁰

§3.2.2 Zelfstandig ondernemer

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat bescherming van artikel 7:658 lid 4 BW zich ook kan uitstrekken tot personen met een rechtstreekse contractuele band met een hoofdaannemer. Dit hoeft geen arbeidsovereenkomst te zijn.³¹ In het arrest stonden twee vragen centraal. Allereerst of de opdrachtnemer als zelfstandig ondernemer kon worden aangemerkt als een persoon in de zin van art. 7:658 lid 4 BW. De tweede vraag was of de werkzaamheden waren aan te merken als werkzaamheden in uitoefening van het bedrijf van de hoofdaannemer.

Vereiste I: Een persoon

Een persoon in de zin van art. 7:658 lid 3 BW, is iemand die werkzaamheden verricht voor een ander en daarmee een bedrijf of beroep uitoefent, maar dit niet doet op basis van een arbeidsovereenkomst.³² De Hoge Raad oordeelde dat op grond van de parlementaire geschiedenis het accent ligt op de beschermingsgedachte. Er dient bescherming te worden

²⁵ E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:658 BW* (online versie: actueel tot 01-07-2016).

²⁶ Hof 's-Hertogenbosch, 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300.

²⁷ HR 24 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1405 (Hollander/Wolfard & Wessels).

²⁸ HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (Pollemans/Hoondert) en HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2702 (Van der Wiel/Philips).

²⁹ HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406 (De Bakker/Zee electronics).

³⁰ HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2432 (Industromontaza/Banfic).

³¹ HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (Davelaar/Allspan).

³² J.P. Kroon, *Uitbreiding aansprakelijkheid art. 7:658 lid 4* (online versie: heden actueel).

geboden aan personen die zich in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden, wat betreft de door de werkgever in acht te nemen zorgverplichtingen. Indien de persoon voor de zorg van zijn veiligheid mede afhankelijk is van degene voor wie hij de werkzaamheden verricht, is lid 4 van toepassing. Dit dient aan de hand van de omstandigheden van het geval bepaald te worden.

Van belang is de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard van de verrichte werkzaamheden. Maar ook de mate waarin de werkgever, al dan niet door middel van hulppersonen, invloed heeft op de werkomstandigheden en daarmee ook de veiligheidsrisico's.³³ Wanneer er sprake is van werkzaamheden die naar hun aard aanzienlijke risico's met zich mee brengen, dient de werkgever deze risico's te kennen. Dit gelet op de rol die de werkgever vervult bij het opdragen en uitvoeren van de werkzaamheden en daarmee invloed kan uitoefenen op de werkomstandigheden. De werknemer is voor zijn veiligheid mede afhankelijk van de hoofdaannemer.

Vereiste II: In de uitoefening van zijn beroep of bedrijf

Of de werkzaamheden onder de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de werkgever in de zin van lid 4 vallen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit het arrest blijkt dat waarde wordt gehecht aan de omstandigheden of de activiteiten ook door de eigen werknemers verricht kunnen worden. Ook komt uit het arrest naar voren dat het van belang is of de werkgever zeggenschap had over de werkzaamheden. Bepalend is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de hoofdaannemer aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Vervolgens dient aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordeeld te worden of het zo is.³⁴

§3.2.3 Dwingend recht

Op grond van lid 3 kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken van art. 7:658 BW. Wordt dit wel gedaan, dan is het beding vernietigbaar. Om het risico te beperken, is het verstandig om na te gaan of de onderaannemer een verzekering heeft afgesloten. De hoofdaannemer kan namelijk het risico niet bij zijn verzekeraar laten uitsluiten. Daarnaast is het verstandig om aan de onderaannemer altijd dezelfde veiligheidsinstructies en beschermingsmiddelen te geven als aan zijn werknemers.³⁵

§3.3 Contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid

Voorts kan schadeplichtigheid ontstaan op grond van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Bij contractuele aansprakelijkheid is sprake van een overeenkomst. Aan de hand van de wanprestatie worden verbintenissen niet nagekomen, waardoor schade wordt geleden. Het gaat dan om een geschil tussen twee personen die een overeenkomst hebben gesloten. De buitencontractuele aansprakelijkheid vloeit voort uit de wet, de onrechtmatige daad. Er is dan schade ontstaan zonder dat de 'dader' en benadeelde een overeenkomst hebben gesloten.

Contractuele aansprakelijkheid

Op grond van art. 6:76 BW is de hoofdaannemer die bij de uitvoering van een verbintenis gebruik maakt van de hulp van andere personen, voor hun gedragingen aansprakelijk. De hoofdaannemer moet dus instaan voor de gedragingen van zijn hulppersonen.³⁶ Art. 6:76 BW is van regeland recht, dat wil zeggen dat de partijen hier contractueel of in de algemene

³³ HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (Davelaar/Allspan, ro. 3.6.2).

³⁴ HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (Davelaar/Allspan, ro. 3.6.3).

³⁵ 'Kan een zzp'er die schade oploopt tijdens het werk zijn letsel verhalen op zijn opdrachtgever?', www.mrbadvocaten.nl (zoek op: letsel).

³⁶ B.J. Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, art. 76 Boek 6 BW (online versie: heden actueel).

voorwaarden van kunnen afwijken. Op de contractuele aansprakelijkheid wordt in de volgende hoofdstukken verder ingegaan.

Buitencontractuele aansprakelijkheid

Normaal is een werkgever aansprakelijk voor fouten die zijn ondergeschikten maken.³⁷ Dit risico bestaat ook als er geen ondergeschiktheidsrelatie aanwezig is. Dit komt omdat de wetgever de benadeelde partij, in dit geval de klant, niet wil belasten met het achterhalen van de precieze arbeidsverhoudingen. De wetgever heeft daarom art. 6:171 BW in het leven geroepen. Het gaat er hier vaak om zelfstandige opdrachtnemers die niet in gezagsverhouding staan tot hun opdrachtgever, maar wel deelnemen aan de bedrijfsvoering van de opdrachtgever. Het komt erop neer dat de klant het bedrijf van de hoofdaannemer en dat van de onderaannemer als specifieke eenheid kan beschouwen.³⁸ Het gevolg van deze bepaling is dat wanneer schade ontstaat, de hoofdaannemer aansprakelijk is voor de schade. De hoofdaannemer is aansprakelijk als aan vier vereisten is voldaan.

Vereiste I: Het moet gaan om een niet-ondergeschikte

Met niet-ondergeschikte wordt bedoeld een onderaannemer die niet in gezagsverhouding tot de hoofdaannemer staat.³⁹

Vereiste II: Ter uitoefening van diens bedrijf

Over dit vereiste heeft de Hoge Raad geoordeeld.⁴⁰ Aansprakelijkheid kan niet worden aangenomen als de klant de onderaannemer en het bedrijf van de hoofdaannemer niet 'als een zeker eenheid' kan beschouwen. Op dit arrest kwam later een aanvulling.⁴¹ Hierin is duidelijk geworden dat het er niet toe doet of de benadeelde al dan niet weet dat de schade veroorzaakt is door een niet-ondergeschikte. Uit beide arresten blijkt dus dat het afhankelijk is van de vraag wat wel of niet tot de bedrijfsuitoefening van de hoofdaannemer behoort, of er sprake is van werkzaamheden verricht in de uitoefening van het bedrijf van de hoofdaannemer.

Vereiste III: Bedrijf

Met dit vereiste wordt bedoeld dat de hoofdaannemer bedrijfsmatig werk moet verrichten.

Vereiste IIII: Fout

De onderaannemer moet een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW hebben begaan. Er moet dan sprake zijn van toerekenbaarheid van een fout, schade, causaliteit en relativiteit.

Beperken buitencontractuele aansprakelijkheid

Buitencontractuele aansprakelijkheid kan beperkt worden door in de algemene voorwaarden op te nemen dat de onderaannemer zelf aansprakelijk is voor schade die kan ontstaan in verband met de overeenkomst. Onderaannemers kunnen voorts goed verzekerd worden tegen bedrijfsschade en beroepsaansprakelijkheid. Met de klant kan overlegd worden voor welke onderaannemer gekozen wordt. Ook kan de hoofdaannemer in de opdrachtbevestiging naar de klant al een clausule opnemen dat de hoofdaannemer niet aansprakelijk is voor schade welke is veroorzaakt door handelen of nalaten van de onderaannemer.⁴²

³⁷ Artikel 6:170 Burgerlijk Wetboek.

³⁸ 'Aansprakelijkheid voor schade door niet-ondergeschikten', www.advocaten.nl (zoek op: niet-ondergeschikten)

³⁹ A.M. Klunne, 'Aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten', Tijdschrift voor vastgoedrecht 2011-2, p. 25.

⁴⁰ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2001:AD7395 (Delfland/Stoeterij).

⁴¹ HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9596 (Koeman c.s./Sijm Agro).

⁴² 'Opdrachten uitvoeren en samenwerken', www.schetsadvocatuur.nl (zoek op: art. 6:171 BW).

§3.4 Conclusie

Er bestaat een risico voor het bouwbedrijf dat een onderaannemer door de Belastingdienst als werknemer wordt gezien. Het gevolg daarvan is dat loonbelasting en sociale premies afgedragen moeten worden. Er is sprake van een arbeidsovereenkomst als aan drie voorwaarden is voldaan. Daarnaast bestaat het risico dat er sprake is van een fictieve dienstbetrekking. Aanneming van werk wordt onder voorwaarden aangemerkt als fictieve dienstbetrekking. Om een fictieve dienstbetrekking uit te sluiten dient een onderaannemer een zelfstandige ondernemer te zijn. Ten tweede dient de onderaannemer over meerdere opdrachtgevers en economische zelfstandigheid te beschikken. Modelovereenkomsten van de Belastingdienst sluiten een fictieve dienstbetrekking uit. Iedere modelovereenkomst dient door de Belastingdienst beoordeeld te worden.

Voorts loopt het bouwbedrijf een risico door de werkgeversaansprakelijkheid. Op grond van art. 7:658 lid 4 worden onderaannemers onder voorbehoud gelijkgesteld aan werknemers. Bij het niet nakomen van de zorgplicht, dient het bouwbedrijf de schade te vergoeden. Dit hoeft niet indien het vaststaat dat het bouwbedrijf de nodige zorg heeft betracht om aan zijn verplichtingen te voldoen. Ook vervalt de aansprakelijkheid van het bouwbedrijf indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de onderaannemer. De onderaannemer dient te bewijzen dat hij schade heeft geleden. Het bouwbedrijf dient de omstandigheden op het werk aan te tonen. De bewijslast kan omgekeerd worden indien de redelijkheid en billijkheid dat eisen. De onderaannemer valt onder lid 4 indien wordt voldaan aan twee criteria. Allereerst moet het gaan om een persoon. Ten tweede moet het gaan om werkzaamheden onder de beroeps- of bedrijfsuitoefening van het bouwbedrijf vallen. Het bouwbedrijf kan niet afwijken van het artikel. Het is verstandig om na te gaan of de onderaannemer een verzekering heeft afgesloten. Daarnaast is het verstandig om de onderaannemer altijd dezelfde veiligheidsinstructies en beschermingsmiddelen te geven als aan de werknemers.

Bij contractuele aansprakelijkheid is er sprake van een overeenkomst. De buitencontractuele aansprakelijkheid vloeit voort uit de wet, de onrechtmatige daad. Op grond van art. 6:76 BW dient het bouwbedrijf in te staan voor de gedragingen van zijn hulppersonen. Op grond van art. 6:171 BW is het bouwbedrijf aansprakelijk voor fouten die zijn niet-ondergeschikten maken. Als de onderaannemer een niet-ondergeschikte is, die ter uitoefening van diens bedrijf een fout maakt, dan is het bouwbedrijf aansprakelijk. Buitencontractuele aansprakelijkheid kan beperkt worden door in de algemene voorwaarden op te nemen dat de onderaannemer zelf aansprakelijk is voor schade die kan ontstaan in verband met de overeenkomst. De verzekering kan dit risico dekken. Ook kan met de klant overlegd worden voor welke onderaannemer gekozen wordt. De hoofdaannemer kan in de opdrachtbevestiging naar de klant al een clausule opnemen dat de hoofdaannemer niet aansprakelijk is voor schade welke is veroorzaakt door de onderaannemer.

Hoofdstuk 4: Bouwrecht

In dit hoofdstuk wordt het bouwrecht besproken. Er bestaat voor het bouwbedrijf een risico dat zij op grond van het bouwrecht aansprakelijk kan zijn of dat de onderaannemer op grond van het bouwrecht aansprakelijk kan worden gesteld. Het bouwrecht is in de wet opgenomen in titel 12 van boek 7 BW. De waarschuwingsplicht, de oplevering en de aansprakelijkheid na oplevering worden besproken. Tot slot wordt kort ingegaan op de wanprestatie. Dit valt niet onder het bouwrecht, maar is een manier om geleden schade op de onderaannemer te verhalen.

§4.1 Verplichtingen uit titel 12 boek 7 BW

Een aannemer kan op grond van het bouwrecht aansprakelijk zijn. De aansprakelijkheid van de partijen is gebaseerd op de verplichtingen die bij het afsluiten van de overeenkomst door partijen is aangegaan. Is er niets afgesproken, dan gelden de regels uit de wet. Hoofddregel in het verbintenissenrecht is dat bijzonder recht voor het algemeen recht gaat. Hiermee wordt uitgedrukt dat als er een situatie is waarin twee rechtsregels op één situatie betrekking hebben, de bijzondere regel voorgaat.⁴³ Dit wil zeggen dat de bijzondere regels uit boek 7 BW voorgaan op de regels uit boek 6 BW. Hieronder zullen de verplichtingen uit boek 7 BW besproken worden. De verplichtingen komen voort uit titel 12 van boek 7 BW. In deze titel wordt de verhouding tussen hoofdaannemer en aannemer behandeld. Als er sprake is van een overeenkomst zoals beschreven is in art. 7:750 BW, dan is de titel van toepassing. Titel 12 van boek 7 BW is van toepassing op de relatie hoofdaannemer-onderaannemer, omdat de overeenkomst tussen een hoofdaannemer en een onderaannemer ook is aan te merken als een zelfstandige aannemingsovereenkomst.⁴⁴

§4.2 Waarschuwingsplicht

De waarschuwingsplicht staat in art. 7:754 BW. Door de waarschuwingsplicht kan eventuele schade beperkt worden. Voorts is de waarschuwingsplicht van belang met het oog op de aansprakelijkheidstoedeling.⁴⁵ De partij die de fout maakt, is primair aansprakelijk voor de fout. Er kan worden vastgesteld dat de andere partij had moeten waarschuwen, maar dit heeft nagelaten. Dan kan de aansprakelijkheid overgaan van de partij die de fout in eerste instantie maakte naar de partij die had moeten waarschuwen.⁴⁶ De onderaannemer heeft de verantwoordelijkheid om de hoofdaannemer te behoeden voor fouten.⁴⁷

Aan de hand van de deskundigheid die van de onderaannemer verwacht mag worden en de van de onder de omstandigheden van het geval te vergen zorgvuldigheid, kan worden beoordeeld of een onderaannemer een gebrek had moeten ontdekken.⁴⁸ Het maakt in beginsel niet uit hoe deskundig een hoofdaannemer is, dit ontheft de onderaannemer niet van zijn waarschuwingsplicht.⁴⁹ De Hoge Raad heeft in een arrest specifiek over onderaanneming geoordeeld. De enkele omstandigheid dat een hoofdaannemer voldoende deskundig is om fouten in het ontwerp van het door hem aangenomen werk te onderkennen, ontslaat de onderaannemer niet van zijn verplichting de hoofdaannemer te waarschuwen voor fouten die hij kent of behoort te kennen.⁵⁰ Dit komt voort uit een eerder arrest van de Hoge Raad, waarin de klant zeer deskundig was, maar dit geen rechtvaardiging opleverde om een waarschuwing achterwege te laten.⁵¹ Er moeten andere omstandigheden bijkomen voordat niet gewaarschuwd hoeft te worden, bijvoorbeeld als de hoofdaannemer over

⁴³ I. Timmer, *Verbintenissenrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 39.

⁴⁴ M.A. van Wijngaarden, *Hoofdstukken Bouwrecht deel 12*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 722.

⁴⁵ B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013, p. 64.

⁴⁶ B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013, p. 63.

⁴⁷ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 155.

⁴⁸ Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 33 (VV).

⁴⁹ B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013, p. 64.

⁵⁰ HR 08 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9511 (Körkemeyer/Ottink).

⁵¹ HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2705 (KPI/Leba).

dezelfde wetenschap beschikt als de onderaannemer en daarin wordt bijgestaan door een deskundige.⁵²

Wanneer waarschuwen

Wanneer de onderaannemer onjuistheden, fouten of gebreken in het werk redelijkerwijs behoorde te kennen constateert, dient de onderaannemer de hoofdaannemer te waarschuwen.⁵³ Dat neemt met zich mee dat gewaarschuwd moet worden voor in het oog springende risico's, nalatigheid en duidelijke vergissingen, die zichtbaar zijn zonder diepgaand onderzoek van de onderaannemer. De onderaannemer hoeft het werk van de hoofdaannemer niet over te doen. Tot slot dient de onderaannemer te waarschuwen voor fouten die hij bij de voorbereiding van zijn werk redelijkerwijs zou moeten opvallen of uit zijn eigen deskundigheid hoorde te kennen.⁵⁴

Gevolgen

Door de Raad van Arbitrage is geoordeeld dat indien een aannemer zijn waarschuwingsplicht niet nakomt, hij in principe aansprakelijk is voor de gehele schade. Zijn verzuim leidt dan tot schade.⁵⁵ Dit wordt beschouwd als vaste rechtspraak. Wanneer de waarschuwingsplicht niet wordt nagekomen, levert dit ondeugdelijke uitvoering van het werk op.⁵⁶ De gevolgen voor ondeugdelijke uitvoering van het werk zijn opgenomen in art. 7:760 BW. Op grond van lid 2 komt ondeugdelijke uitvoering van het werk voor rekening van de onderaannemer. Indien door het verzuim van de waarschuwingsplicht meerwerk op grond van art. 7:755 BW noodzakelijk is geworden, dient dit tot rekening van de onderaannemer te komen. De onderaannemer kan dan geen vordering tot verhoging van de prijs indienen. Tot slot kan de onderaannemer aansprakelijk worden gesteld voor andere schade, bijvoorbeeld vertragingsschade.⁵⁷

§4.3 Oplevering

Uit art. 7:750 lid 1 BW blijkt dat oplevering één van de hoofdverplichtingen van de onderaannemer is. In het algemeen moet onder oplevering worden verstaan: 'het in overeenstemming met de inhoud en strekking van de overeenkomst ter beschikking stellen van het werk aan de hoofdaannemer.'⁵⁸ Het werk is pas opgeleverd, indien de hoofdaannemer het werk heeft aanvaard, op grond van art. 7:758 lid 1 BW. De hoofdaannemer dient zich tegenover de onderaannemer uit te spreken of het werk aanvaard is. Laat hij dit na, dan wordt hij gesanctioneerd door de consequentie van stilzwijgende aanvaarding.⁵⁹ Voorts dient het werk door de onderaannemer te worden opgeleverd binnen de overeengekomen termijn. Overschrijding daarvan wordt veelal gesanctioneerd door een boete in de zin van art. 6:91 BW.⁶⁰ De oplevering kan door de hoofdaannemer geweigerd worden indien er sprake is van een gebrek.⁶¹ Indien het werk niet overeenkomt met de afspraken zoals opgenomen in de aannemingsovereenkomst, is er sprake van een gebrek.

Décharge van de onderaannemer

Op grond van art. 7:755 lid 3 BW is de onderaannemer ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de hoofdaannemer ten tijde van de oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Welke gebreken dit zijn, zal onder meer afhangen van de deskundigheid van de hoofdaannemer. Décharge van de onderaannemer geldt ook wanneer de hoofdaannemer,

⁵² HR 08 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0954 (NSC/Pongers).

⁵³ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 157.

⁵⁴ B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013, p. 65.

⁵⁵ RvA, 7 oktober 1983, nr. 11.380.

⁵⁶ H.L. van der Beek, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:754* (online versie: heden actueel).

⁵⁷ Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 23 (VV).

⁵⁸ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 212.

⁵⁹ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 213.

⁶⁰ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 216.

⁶¹ Artikel 7:758 lid 1 Burgerlijk Wetboek.

heeft nagelaten het werk te keuren, ook al heeft de onderaannemer de hoofdaannemer hiertoe uitgenodigd.

Gevolgen oplevering

Op grond van art. 7:758 lid 2 BW is het werk na oplevering voor risico van de hoofdaannemer. Een tweede belangrijk gevolg is dat de onderaannemer ontslagen is van aansprakelijkheid voor gebreken die de hoofdaannemer op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken, dit blijkt uit art. 7:758 lid 3 BW. Tot slot wordt de hoofdaannemer bij oplevering de volledige aannemingssom verschuldigd, indien nog een overeengekomen onderhoudstermijn loopt.⁶²

§4.4 Aansprakelijkheid na oplevering

In beginsel is een onderaannemer niet aansprakelijk voor gebreken in het werk na oplevering en na afloop van de onderhoudstermijn.⁶³ Er zijn twee uitzonderingen op deze regel, wanneer een verborgen gebrek wordt ontdekt of wanneer een garantie is verstrekt door de onderaannemer. Garantie is niet opgenomen in boek 7 BW, maar wordt hier besproken omdat het een uitzondering voor aansprakelijkheid na oplevering kan zijn.

§4.4.1 Verborgene gebrek

Art. 7:758 lid 3 BW bepaalt dat de aannemer ontslagen is van aansprakelijkheid voor gebreken die de hoofdaannemer op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Een uitzondering hierop is wanneer na oplevering een verborgen gebrek wordt geconstateerd. Wanneer een gebrek als 'verborgen' kan worden beschouwd, is tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel besproken.⁶⁴ Aan de hand van de omstandigheden, zoals de aard en ernst van de tekortkoming en de deskundigheid van de hoofdaannemer, kan worden beoordeeld of een gebrek daadwerkelijk een verborgen gebrek is.⁶⁵

Art. 7:759 BW regelt de positie van de hoofdaannemer wanneer het werk na oplevering gebreken vertoont waarvoor de onderaannemer aansprakelijk is. Op grond van lid 1 dient de hoofdaannemer de onderaannemer in beginsel de gelegenheid te stellen om het verborgen gebrek zelf te herstellen. Kan het in verband met de omstandigheden niet van de onderaannemer worden gevergd, dan hoeft dit niet. Hier is bijvoorbeeld sprake van als er een verstoorde verhouding tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer is ontstaan, zo heeft het hof geoordeeld.⁶⁶ De hoofdaannemer heeft het recht om te vorderen dat de onderaannemer de gebreken binnen een redelijk termijn wegneemt.⁶⁷ Op grond van lid 2 moeten de kosten van herstel in verhouding staan tot het belang van de hoofdaannemer. Lid 2 bevat een proportionaliteitsbeginsel. Het proportionaliteitsbeginsel speelt een rol bij de keuze die de hoofdaannemer maakt tussen het vorderen van nakoming of het vorderen van schadevergoeding. Ook speelt het een rol bij de keuze van de wijze van herstel. Als het gebrek adequaat kan worden verholpen met een herstelmethode die aanzienlijk goedkoper is dan door de hoofdaannemer gewenste wijze van herstel, dient de hoofdaannemer met de goedkopere methode genoegen te nemen.⁶⁸ De Hoge Raad heeft namelijk geoordeeld dat de hoofdaannemer niet geheel vrij is in de keuze tussen nakoming en schadevergoeding, maar dat hij daarbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij de belangen van de wederpartij een rol spelen.⁶⁹

⁶² C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 220.

⁶³ M. de Boer, *Praktijkboek bouwcontracten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 83.

⁶⁴ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 235.

⁶⁵ Kamerstukken II, 1995/96, 23 095, nr. 5, p.18 (Verslag).

⁶⁶ Hof 's-Hertogenbosch, 24 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW416.

⁶⁷ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 220.

⁶⁸ Hof Arnhem, 8 januari 2002, ECLI:NL:GSHARN:2002:AS3689.

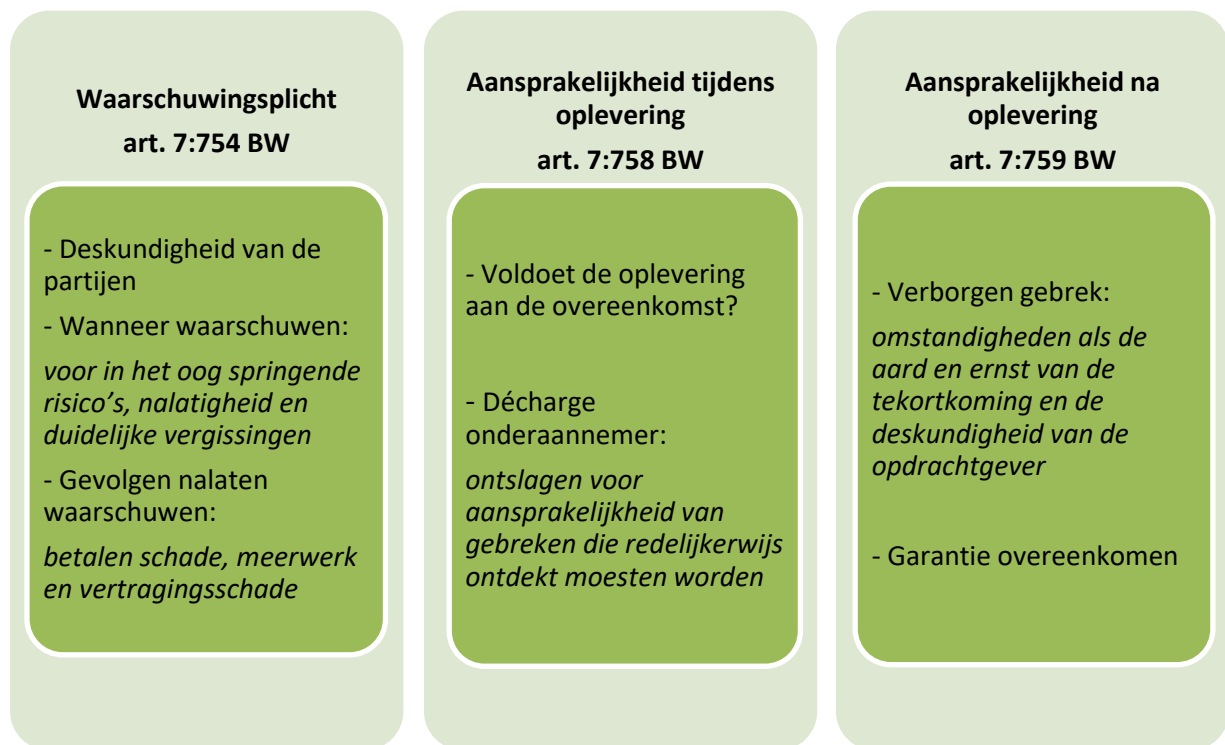
⁶⁹ HR 5 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AA9311 (Multi Vastgoed/Nethou).

§4.4.2 Garanties

Wanneer de hoofdaannemer een groot deel van het werk door een onderaannemer laat doen, groeit daarmee het risico dat een eventueel gebrekkig resultaat geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening komt.⁷⁰ In de praktijk worden daarom vaak garanties verstrekt door onderaannemers.⁷¹ Een garantie houdt in dat de onderaannemer zich ertoe verbindt om voor zijn rekening alle tijdens de garantieperiode optredende gebreken te herstellen. De garantie is een toezegging van de onderaannemer om in te staan voor bepaalde tekortkomingen. Dit ongeacht de vraag of de tekortkoming al dan niet aan hem te wijten viel. Dat oordeelde de Raad van Arbitrage in twee uitspraken.⁷² Het begrip ‘instaan voor’ gaat echter niet zover dat de garant daarmee in beginsel aansprakelijkheid aanvaardt voor het uitblijven van gebeurtenissen, handelingen of feiten.⁷³ Garanties beogen in beginsel de garant te doen instaan voor gebreken of tekortkomingen aan uitgevoerd werk of verrichte leveringen van de garant zelf. Wanneer de hoofdaannemer de bedoeling heeft dat de onderaannemer moet instaan voor werk wat hij door derden heeft laten uitvoeren, dient dat uitdrukkelijk te blijken uit de tekst van de garantiebepaling of andere gemaakte afspraken.⁷⁴

De garantieverklaringen worden verstrekt op basis van een overeenkomst van onderaanneming. Wanneer geen garantie is overeengekomen, geldt de bescherming uit het burgerlijk recht. Dan kan de onderaannemer door de hoofdaannemer aangesproken worden op grond van de wanprestatie, art. 6:74 BW.

In figuur 1 zijn alle in dit hoofdstuk genoemde verplichtingen uit boek 7 opgenomen.



Figuur 1: Overzicht verplichtingen titel 12 boek 7 BW

⁷⁰ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 204.

⁷¹ M. de Boer, *Praktijkboek bouwcontracten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 84.

⁷² RvA, 22 maart 2010, nr. 30.236 & RvA, 24 maart 2011, nr. 30.921.

⁷³ HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930 (ABP/FGH en Breevast).

⁷⁴ M. de Boer, *Praktijkboek bouwcontracten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 84.

§4.5 Wanprestatie

Een hoofdaannemer is in beginsel aansprakelijk tegenover de klant voor de fouten van zijn onderaannemer. Dit vloeit voort uit art. 6:76 BW. Dit betekent dat de klant het bouwbedrijf voor geleden schade aansprakelijk kan stellen en het bouwbedrijf de verplichting heeft de schade te vergoeden. Er is een mogelijkheid voor het bouwbedrijf om deze schade te verhalen op de onderaannemer. Dit kan middels art. 6:74 BW. Aan de hand van het bouwrecht ontstaat een schadevergoedingsverbintenis. Bron van de verbintenis is de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichting uit hoofde van het bouwrecht.

Tekortkoming

Er is sprake van een tekortkoming indien een onderaannemer niet de inspanning leverde die van hem verwacht mocht worden. Er bestaat voor de onderaannemer dus een inspanningsverplichting.⁷⁵ Het gevolg van een tekortkoming is opgenomen in de wet, namelijk in art. 6:74 lid 1 BW:

“Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.”

Indien er sprake is van een tekortkoming, heeft de hoofdaannemer recht op een schadevergoeding. De tekortkoming dient dan toerekenbaar te zijn.⁷⁶ Een onderaannemer is aansprakelijk voor de tekortkoming indien het aan hem te verwijten is. Onder omstandigheden kan een schuldenaar ook aansprakelijk zijn wanneer het hem niet te verwijten is. Bijvoorbeeld als de wet dat zo bepaalt, het voortvloeit uit de overeenkomst of uit verkeersopvattingen.⁷⁷

Verzuim

Is nakoming nog mogelijk, maar de hoofdaannemer wenst toch schadevergoeding, dan mag dit pas wanneer de onderaannemer in verzuim is.⁷⁸ Een onderaannemer is in verzuim als er aan de volgende eisen is voldaan:

- Nakoming is niet blijvend onmogelijk;
- De verbintenis is opeisbaar en blijft uit of gebeurt ondeugdelijk;
- Er is sprake van toerekenbaarheid;
- Er is een ingebrekestelling uitgegaan.⁷⁹

Het gevolg van verzuim is dat de onderaannemer schadeplichtig is. De schade hoeft niet vergoed te worden indien onderaannemer niet in verzuim is, ook al is er sprake van een toerekenbare tekortkoming waardoor de hoofdaannemer schade lijdt.

Ingebrekestelling

Er is sprake van verzuim indien de onderaannemer na het constateren van de tekortkoming van de onderaannemer een ingebrekestelling stuurt. In de ingebrekestelling moet opgenomen zijn dat er tekortgeschoten is, de onderaannemer binnen een redelijke termijn moet nakomen en de onderaannemer aansprakelijk wordt gesteld indien geen gehoor wordt gegeven.⁸⁰ De redelijkheid van een termijn hangt af van de fout die aan de orde is. In twee gevallen kan een ingebrekestelling plaatsvinden zonder termijn, namelijk als de onderaannemer niet kan nakomen of als de onderaannemer laat blijken dat een aanmaning nutteloos is.⁸¹ Zonder ingebrekestelling kan geen aanspraak gemaakt worden op

⁷⁵ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 19.

⁷⁶ Artikel 6:75 Burgerlijk Wetboek.

⁷⁷ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 20.

⁷⁸ Artikel 6:74 lid 2 Burgerlijk Wetboek.

⁷⁹ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 21.

⁸⁰ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 22.

⁸¹ Artikel 6:82 lid 2 Burgerlijk Wetboek.

schadevergoeding. Art. 6:83 BW geeft op deze regel een uitzondering. Er is geen ingebrekestelling nodig indien:

- Een fatale termijn verstrijkt;
- Wanneer de onderaannemer schadeplichtig is en zijn verplichting tot vergoeding van de schade niet nakomt;
- Wanneer de hoofdaannemer moet afleiden uit een mededeling van de onderaannemer dat hij de overeenkomst niet na zal komen.

De schadeplichtigheid is ontstaan indien de onderaannemer niet tijdig heeft hersteld en wel deze mogelijkheid heeft gekregen, omdat hij dan in verzuim is. Ook als het herstel niet mogelijk is ontstaat schadeplichtigheid. Immateriële schade en vermogensschade komen voor een vergoeding in aanmerking. Van groot belang is een causaal verband tussen de daad (de tekortkoming) en de schade zoals neergelegd is in art. 6:98 BW. De volgende factoren spelen hierbij een rol:

- De aard van de aansprakelijkheid (risico- of schuldaansprakelijkheid);
- De aard van de schade (letsel of economische schade);
- De aard van de gedraging en van de geschonden normen;
- Of de schade te verwachten was.

§4.6 Conclusie

Omdat een overeenkomst tussen het bouwbedrijf en een onderaannemer is aan te merken als een zelfstandige aannemingsovereenkomst, is titel 12 van boek 7 BW van toepassing.

De eerste verplichting waar de onderaannemer aan dient te voldoen is de waarschuwingsplicht. Aan de hand van de deskundigheid en de te vergen zorgvuldigheid van de onderaannemer, dient beoordeeld te worden of een onderaannemer een gebrek had moeten ontdekken. De eigen deskundigheid ontheft de onderaannemer niet van zijn waarschuwingsplicht. Waarschuwt een onderaannemer niet, dan is de onderaannemer aansprakelijk voor de gehele schade.

De tweede verplichting waar de onderaannemer aan dient te voldoen is oplevering. Het bouwbedrijf dient het werk van de onderaannemer te aanvaarden, doet het bouwbedrijf dit niet dan wordt het werk stilzwijgend aanvaard. Is er sprake van een gebrek dan dient gemotiveerd te worden dat het opgeleverde werk niet voldoet aan de afspraken die opgenomen zijn in de aannemingsovereenkomst. Na oplevering is de onderaannemer ontslagen van de aansprakelijkheid en komt het werk voor risico van het bouwbedrijf.

Na oplevering bestaan twee manieren voor het bouwbedrijf om de onderaannemer alsnog aansprakelijk te stellen. De eerste manier is wanneer er sprake is van een verborgen gebrek. Aan de hand van de aard van de omstandigheden, zoals de aard en de ernst van de tekortkoming en de eigen deskundigheid, dient beoordeeld te worden of er sprake is van een verborgen gebrek. Het bouwbedrijf dient de onderaannemer het gebrek zelf te laten herstellen, tenzij dit niet van de onderaannemer kan worden verwacht. Het bouwbedrijf mag verwachten dat een verborgen gebrek binnen een redelijk termijn wordt weggenomen. Bij de keuze van herstel of schadevergoeding en de wijze van herstel, dient rekening gehouden te worden met het proportionaliteitsbeginsel, de redelijkheid en billijkheid en de belangen van de wederpartij. De tweede manier om de onderaannemer alsnog aansprakelijk te stellen, is wanneer de onderaannemer een garantie met het bouwbedrijf is overeengekomen. In principe geldt de garantie alleen voor het werk dat de onderaannemer gedaan heeft. Wil het bouwbedrijf ook garantie voor het werk wat de onderaannemer door derden laat uitvoeren, dan dient dat uitdrukkelijk te blijken uit de tekst van de garantiebepaling of andere afspraken.

Het bouwbedrijf blijft aansprakelijk tegenover de klant voor eventueel geleden schade. Zij kunnen dit op de onderaannemer verhalen via de wanprestatie, art. 6:74 BW. Allereerst dient er sprake te zijn van een tekortkoming. De tekortkoming moet aan de onderaannemer te

verwijten zijn. Ook als de tekortkoming niet verwijtbaar is kan op grond van de wet, overeenkomst of verkeersopvattingen voortvloeien dat er sprake is van aansprakelijkheid. Indien nakoming nog mogelijk is, kan pas schadevergoeding worden geëist indien de onderaannemer in verzuim is. Er is sprake van verzuim indien een ingebrekestelling naar de onderaannemer is verstuurd. Daarin dient opgenomen te worden dat tekortgeschoten is, de onderaannemer maant tot nakoming binnen een redelijke termijn en de onderaannemer aansprakelijk wordt gesteld indien er geen gehoor wordt gegeven. In sommige gevallen is geen ingebrekestelling nodig. De schadeplichtigheid ontstaat indien de onderaannemer niet tijdig heeft hersteld maar wel deze mogelijkheid heeft gekregen. Ook als het herstel niet mogelijk is ontstaat schadeplichtigheid. Vermogensschade en immateriële schade komen voor vergoeding in aanmerking. Van groot belang is een causaal verband tussen de daad (de tekortkoming) van de onderaannemer en de geleden schade. Verschillende factoren spelen hierbij een rol.

Hoofdstuk 5: Algemene voorwaarden in de praktijk

In dit hoofdstuk wordt allereerst het wettelijk kader van de algemene voorwaarden uiteengezet. Vervolgens wordt de huidige werkwijze van het bouwbedrijf besproken. Er wordt getoetst of de huidige werkwijze voldoet aan de eisen die in de wet zijn gesteld.

§5.1 Wettelijk kader

Algemene voorwaarden dienen overeengekomen te worden tussen partijen, willen deze van toepassing zijn. Indien de wederpartij de algemene voorwaarden heeft aanvaard, maken zij deel uit van de overeenkomst.⁸² Of de gebruiker de algemene voorwaarden begrijpt of gelezen heeft, is voor de toepasselijkheid niet relevant. Het gaat erom dat deze voor of bij het sluiten van de overeenkomst stilzwijgend of uitdrukkelijk zijn aanvaard.⁸³ Het kan voorkomen dat de wederpartij stelt geen redelijke mogelijkheid tot kennisneming van de algemene voorwaarden heeft gekregen of dat een beding uit de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is. Dit zijn twee gronden om de algemene voorwaarden te laten vernietigen. De twee vormen van vernietigbaarheid worden hieronder uitgelegd.

§5.2 Vernietigbaarheid

I. Redelijke mogelijkheid tot kennisneming

Op grond van art. 6:233 sub b BW is een beding in de algemene voorwaarden vernietigbaar indien de gebruiker geen redelijke mogelijkheid aan de wederpartij heeft geboden om kennis te nemen daarvan. Dit wordt de informatieplicht genoemd.⁸⁴ De informatieplicht wordt verder uitgewerkt in art. 6:234 BW. Het artikel geeft aan in welke gevallen de redelijke mogelijkheid tot kennisneming noodzakelijk is. De eerste mogelijkheid die art. 6:234 lid 1 BW geeft, is terhandstelling. Onder het begrip ter hand stellen wordt allereerst verstaan de feitelijke overhandiging van de algemene voorwaarden. Dit kan in elkaars aanwezigheid, door meesturen bij de offerte of overeenkomst of door het verzenden per e-mail.⁸⁵ De tweede mogelijkheid die lid 1 biedt is het verstrekken van de algemene voorwaarden op de in art. 6:230c BW voorziene wijze. Hieraan is voldaan indien de algemene voorwaarden toegankelijk zijn op de plaats waar de dienst wordt verricht, dat de algemene voorwaarden zijn te downloaden op de website of dat de algemene voorwaarden zijn opgenomen in de documenten die de hoofdaannemer verstrekt.⁸⁶ Tot slot vloeit uit leden 2 en 3 van art. 6:234 BW voort dat de algemene voorwaarden elektronisch beschikbaar mogen worden gesteld. Dit moet zodanig gebeuren dat de algemene voorwaarden door de wederpartij kunnen worden opgeslagen en deze toegankelijk blijven voor latere kennisneming. Indien dit niet mogelijk is, moet de gebruiker aan de wederpartij bekend maken waar kennis kan worden genomen van de algemene voorwaarden.

II. Onredelijk bezwarend beding

Een beding uit de algemene voorwaarden kan onredelijk bezwarend zijn. Allereerst wordt gekeken of een beding uit de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is op grond van art. 6:233 sub a BW. Aan de hand van de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze van totstandkoming, de wederzijds kenbare belangen van de partijen en de overige omstandigheden van het geval, wordt beoordeeld of de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn.⁸⁷ Daarnaast is het mogelijk om een beding uit de algemene voorwaarden te laten vernietigen op grond van de grijze en zwarte lijst.⁸⁸ De grijze lijst bevat bedingen waarvan wordt vermoed dat zij onredelijk bezwarend zijn. De gebruiker heeft de mogelijkheid om de vermoedens te weerleggen. Bij de zwarte lijst staat het vast dat het beding onredelijk

⁸² M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 11.

⁸³ B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013, p. 51.

⁸⁴ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 13.

⁸⁵ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 14.

⁸⁶ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 15.

⁸⁷ M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 15.

⁸⁸ Artikelen 6:236 en 6:237 Burgerlijk Wetboek.

bezwarend is, de gebruiker mag geen tegenbewijs bieden. Alleen consumenten en kleine ondernemingen kunnen een beroep doen op de zwarte en grijze lijst.⁸⁹

§5.3 Battle of forms

Bij de battle of forms gaat het om een 'strijd' tussen de algemene voorwaarden van de ene partij tegenover de algemene voorwaarden van de andere partij. Dit kan bijvoorbeeld voorvallen als de onderaannemer zijn algemene voorwaarden toepasselijk verklaart op de overeenkomst tussen hem en de hoofdaannemer, terwijl de hoofdaannemer zijn eigen voorwaarden van toepassing wil verklaren op de overeenkomst. De regel is dat de eerste verwijzing naar de algemene voorwaarden bepalend is, tenzij deze voorwaarden door de wederpartij nadrukkelijk van de hand gewezen zijn.⁹⁰ Als de hoofdaannemer de voorwaarden van de onderaannemer niet wil aanvaarden, zal hij deze dus nadrukkelijk van de hand moeten wijzen.

Het bestek

Tussen de hoofdaannemer en de klant worden algemene voorwaarden overeengekomen. Voor de hoofdaanneming geldende voorwaarden kunnen alleen werking krijgen in de onderaanneming als zij ook tussen de partijen, uitdrukkelijk of stilzwijgend, zijn overeengekomen. In de praktijk wordt vaak in de overeenkomst tussen hoofd- en onderaannemer verwezen naar het bestek dat behoort bij de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en de klant.⁹¹ Het bestek is de bouwtechnische beschrijving van het werk. In de rechtspraak is geoordeeld dat een indirecte verwijzing in het bestek naar de algemene voorwaarden, voldoende wordt geacht.⁹² De in het bestek vermelde algemene voorwaarden kunnen dan van toepassing zijn op de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en onderaannemer.⁹³ Wel wordt aangeraden om afspraken in de overeenkomst op te nemen zodat hier geen onduidelijkheden over kunnen bestaan. Uit de literatuur komt naar voren dat de voorwaarden die gelden tussen de klant en de hoofdaannemer, onvoldoende op de verhouding hoofdaannemer–onderaannemer zijn afgestemd.⁹⁴ Voor zover het gaat om op de hoofdaannemingsovereenkomst toepasselijk verklaarde voorwaarden, blijft de mogelijkheid bestaan dat de onderaannemer een beroep doet op de in 6:233 sub b neergelegde vernietigingsgrond.⁹⁵ In een zaak bij de Rechtbank 's-Hertogenbosch werd een beroep op de vernietigingsgrond mogelijk geacht, maar werd de hoofdaannemer wel toegestaan te bewijzen dat de onderaannemer met de betreffende algemene voorwaarden bekend was.⁹⁶ Over dit leerstuk is alleen geoordeeld in lagere rechtspraak, maar er dient rekening mee te worden gehouden indien het bestek wordt meegestuurd.

§5.4 Huidige werkwijze

Momenteel wordt bij het inschakelen van een onderaannemer geen gebruik gemaakt van de eigen algemene voorwaarden. Alleen de inleenovereenkomst en het bestek, of delen van het bestek worden naar de onderaannemer verstuurd. Er is nu geen sprake van aanbod en aanvaarding van de algemene voorwaarden, omdat deze helemaal niet overeengekomen worden. Het bouwbedrijf dient, als zij in de toekomst gebruik gaan maken van algemene voorwaarden bij onderaanneming, de onderaannemer een redelijke mogelijkheid tot kennisneming te bieden. Het bouwbedrijf stuurt nu alleen de inleenovereenkomst via de e-mail naar de onderaannemer. Het is voor het bouwbedrijf praktisch om de algemene voorwaarden ook per e-mail te verzenden naar de onderaannemer. Het verzenden per e-

⁸⁹ I. Timmer, *Verbindenissenrecht begrepen*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 137.

⁹⁰ Art. 6:2225 lid 3 BW.

⁹¹ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 344.

⁹² Hof 's-Hertogenbosch, 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831, Rb. 's-Hertogenbosch, 10 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL7905 en RvA, 23 augustus 2010, nr. 32.326.

⁹³ Rb. Rotterdam, 7 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:80.

⁹⁴ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 345.

⁹⁵ C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013, p. 346.

⁹⁶ Rb. 's-Hertogenbosch, 10 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL7905.

mail valt onder het ter hand stellen op grond van art. 6:234 lid 1 BW neergelede wijze en is daarom ook toelaatbaar. Het risico dat de algemene voorwaarden vernietigd kunnen worden, wordt daarmee uitgesloten. De tweede grond voor vernietigbaarheid is, zoals in §5.2 uiteengezet, wanneer de algemene voorwaarden een onredelijk bezwarend beding bevat. Omdat de wet kleine ondernemingen gelijkgesteld aan consumenten, dient het bouwbedrijf hier rekening mee te houden. De onderaannemers met wie het bouwbedrijf samenwerkt zijn altijd kleine ondernemingen of zzp'ers. Het bouwbedrijf beschikt over een set algemene voorwaarden, namelijk de AVA 2013. Dit is een model dat in de bouw vaak gebruikt wordt en is geschreven voor kleine projecten. Dat maakt de kans op een onredelijk bezwarend beding kleiner.

Vervolgens bestaat het risico dat een strijd tussen de algemene voorwaarden van de onderaannemer en de algemene voorwaarden van het bouwbedrijf kan ontstaan. Het komt nauwelijks voor dat de onderaannemers eigen algemene voorwaarden hanteren, omdat het meestal kleine ondernemingen of zzp'ers betreffen. Wanneer zij toch eigen algemene voorwaarden hebben, dient het bouwbedrijf na te gaan of zij eerst waren met het ter hand stellen van de algemene voorwaarden. Daarom dient het bouwbedrijf van tevoren duidelijk op te nemen in de overeenkomst dat hun algemene voorwaarden van toepassing zijn en eventuele andere voorwaarden uitdrukkelijk van de hand worden gewezen.

Het risico dat andere voorwaarden via het bestek van toepassing worden verklaard, dient ook uitgesloten te worden. Het bestek wordt pas naar de onderaannemer gestuurd nadat er akkoord is gegaan met de overeenkomst. Wanneer met de overeenkomst algemene voorwaarden worden gestuurd, gelden die algemene voorwaarden als eerste algemene voorwaarden. Is er in de overeenkomst opgenomen dat alle andere algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand worden gewezen en de eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn, is dit risico uitgesloten.

Het bouwbedrijf dient, om alle bovenstaande risico's uit te sluiten, de bepaling uit figuur 3 op te nemen in de overeenkomst die naar de onderaannemer verzonden wordt. Deze bepaling zorgt ervoor dat de algemene voorwaarden van het bouwbedrijf van toepassing worden verklaard.

Algemene voorwaarden:

Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van Bouwbedrijf Ronald Louwerse van toepassing. Bepalingen en algemene voorwaarden van de onderaannemer zijn op deze overeenkomst niet van toepassing en worden uitdrukkelijk van de hand gewezen, tenzij uitdrukkelijk en schriftelijk door aannemer aanvaard.

Figuur 2: Bepaling algemene voorwaarden

§5.5 Conclusie

In de huidige werkwijze van het bouwbedrijf worden geen algemene voorwaarden met de onderaannemer overeengekomen. De algemene voorwaarden worden deel van de overeenkomst door aanbod en aanvaarding. De eerste grond van vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden, is wanneer de wederpartij geen redelijke mogelijkheid tot kennisneming is geboden. Het bouwbedrijf kan in de toekomst de algemene voorwaarden samen met de overeenkomst per e-mail verzenden. Daarnaast kunnen algemene voorwaarden worden vernietigd wanneer deze onredelijk bezwarend zijn. Dit kan op grond van de aard en de inhoud van de algemene voorwaarden of de wijze van totstandkoming. Daarnaast is het mogelijk om een beding uit de algemene voorwaarden te laten vernietigen

op grond van de grijze en zwarte lijst. Alleen consumenten en de kleine ondernemingen kunnen een beroep doen op de zwarte en grijze lijst. De onderaannemers waar het bouwbedrijf mee samenwerkt zijn kleine ondernemingen of zzp'ers. De AVA 2013 een standaardmodel dat in de bouw vaak gebruikt wordt. Deze is speciaal voor de relatie hoofdaannemer-onderaannemer is geschreven. Dat maakt de kans op een onredelijk bezwarend beding kleiner. Het risico dat de in het bestek genoemde voorwaarden van toepassing zijn of dat een battle of forms ontstaat, kan worden uitgesloten. Dit kan worden uitgesloten door een bepaling in de overeenkomst op te nemen waarin uitdrukkelijk staat vermeld dat de eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst. Voorts dient in de bepaling opgenomen te worden dat de algemene voorwaarden van de wederpartij van de hand worden gewezen.

Hoofdstuk 6: Analyse van de algemene voorwaarden

In dit hoofdstuk zijn de huidige algemene voorwaarden van het bouwbedrijf, de AVA 2013, geanalyseerd. De algemene voorwaarden van het bouwbedrijf zullen vergeleken worden met de AVvO 2016 en de UAV 2012.

§6.1 AVA 2013, AVvO 2016 en de UAV 2012

De AVA 2013 zijn niet specifiek geschreven voor onderaanneming, maar in beginsel voor het bouwen of verbouwen van een onroerende zaak door een aannemer in opdracht van een zakelijke partij of een consument.⁹⁷ De AVvO 2016 zijn specifiek opgesteld voor de relatie hoofdaannemer–onderaannemer. Dit is één van de weinige, recente sets algemene voorwaarden in de bouwbranche die speciaal voor deze relatie zijn ontwikkeld. In deze set voorwaarden is een uitgebreide regeling opgenomen over hoe de hoofdaannemer en onderaannemer met elkaar dienen om te gaan. De UAV 2012 zijn de meest uitgebreide voorwaarden en zijn vooral geschreven voor grotere projecten. Het voordeel van deze uitgebreide algemene voorwaarden is dat het veel onderwerpen bevat die relevant kunnen zijn voor het bouwbedrijf.

§6.2 Terminologie

In de AVA 2013 en UAV 2012 wordt gesproken over opdrachtgever–aannemer. In de AVvO 2016 wordt gesproken over hoofdaannemer–onderaannemer. In dit hoofdstuk is geschreven met de termen hoofdaannemer–onderaannemer. De terminologie in de bijlage kan dus afwijken van de gebruikte terminologie in dit hoofdstuk.

§6.3 De algemene voorwaarden geanalyseerd

De artikelen in de algemene voorwaarden die een link hebben met de aansprakelijkheid worden geanalyseerd. Per onderwerp worden de bijbehorende artikelen uit de drie verschillende sets algemene voorwaarden met elkaar vergeleken. De inhoud van de algemene voorwaarden wordt getoetst. De onderwerpen die aan bod komen zijn:

- I. Verplichtingen van de hoofdaannemer
- II. Verplichtingen van de onderaannemer
- III. De waarschuwingsplicht
- IV. Oplevering en onderhoudstermijn
- V. In gebreke blijven van de onderaannemer
- VI. Aansprakelijkheid van de hoofdaannemer en van de onderaannemer

I. Verplichtingen van de hoofdaannemer

In de AVA 2013 zijn de verplichtingen van de hoofdaannemer in art. 3 opgenomen. In de AVvO 2016 in art. 4 en in de UAV 2012 in §5. Een overzicht van de artikelen is opgenomen in bijlage 1.

De eerste twee leden van art. 3 AVA 2013 en art. 4 AVvO 2016 hebben dezelfde bepalingen. De hoofdaannemer moet ervoor zorgen dat de onderaannemer over de gegevens en goedkeuringen beschikt. In de UAV 2012 zijn veel aparte verplichtingen opgenomen die in de AVA 2013 en de AVvO 2016 op een later moment terugkomen. De hoofdverplichting staat in lid 7 van §5 UAV 2012: de hoofdaannemer is verplicht om de onderaannemer te betalen voor zijn werk. Voorts is de hoofdaannemer verantwoordelijk voor alle publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemmingen, wat in art. 4 lid 1 onder a van de AVvO 2016 en in art. 3 lid 1 van de AVA 2013 ook is opgenomen.

In de artikelen zijn ook bepalingen opgenomen over de ongeschiktheid van bouwstoffen. In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen functionele en specifieke ongeschiktheid van

⁹⁷ Toelichting op de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen van werk 2013, vastgesteld door Bouwend Nederland, d.d. 27 maart 2013, p.1.

de bouwstoffen. Bij functionele ongeschiktheid is de bouwstof naar zijn aard altijd ongeschikt voor het doel waarvoor de bouwstof is bedoeld. Bij specifieke ongeschiktheid voldoet normaal gesproken de keuze van de bouwstof voor het doel, maar in het specifieke geval is de bouwstof niet geschikt.⁹⁸ Functionele ongeschiktheid is algemene of generieke ongeschiktheid in tegenstelling tot specifieke ongeschiktheid, wat het risico van de onderaannemer is.⁹⁹

Op grond van art. 15 lid 5 AVA 2013 is de hoofdaannemer aansprakelijk voor de door hem ter beschikking gestelde bouwstoffen en voor alle door hem voorgeschreven bouwstoffen.¹⁰⁰ Het gaat dan om zowel de functionele als specifieke ongeschiktheid in de door de hoofdaannemer voorgeschreven bouwstoffen. In de AVvO 2016 is niets over dit onderwerp opgenomen. In de UAV 2012 is het in §5 lid 4 mogelijk gemaakt dat de hoofdaannemer zelf de bouwstoffen kan voorschrijven aan de onderaannemer. De hoofdaannemer is dan aansprakelijk voor de door hem voorgeschreven bouwstoffen die functioneel ongeschikt zijn. In de AVA 2013 is de minst volledige bepaling omtrent dit onderwerp opgenomen, omdat het bouwbedrijf dan niet alleen aansprakelijk is voor functionele geschiktheid, maar ook voor de specifieke ongeschiktheid. De meest volledige bepaling is de bepaling uit de UAV 2012. De aansprakelijk geldt daar alleen als de bouwstoffen functioneel ongeschikt zijn.

II. Verplichtingen van de onderaannemer

In de AVA 2013 zijn de verplichtingen van de hoofdaannemer in art. 4 opgenomen. In de AVvO 2016 in art. 5 en in de UAV 2012 in §6. Een overzicht van deze artikelen is opgenomen in bijlage 2.

Het is opmerkelijk dat in de AVA 2013 niet veel over de verplichtingen van de onderaannemer is opgenomen. In de AVA 2013 en de AVvO 2016 is opgenomen dat de onderaannemer verplicht is het werk deugdelijk en volgens de overeenkomst uit te voeren. Voorts wordt de onderaannemer geacht op de hoogte te zijn van de relevante wet- en regelgeving. De waarschuwingsplicht is in alle sets opgenomen, maar dit wordt in de volgende alinea nader uiteengezet.

In de AVvO 2016 is opgenomen dat de onderaannemer niet zonder toestemming het werk aan een ander mag overdragen (leden 6 en 7). Dit is belangrijk omdat de hoofdaannemer altijd aansprakelijk blijft voor het geheel. Tevens is opgenomen dat indien de onderaannemer gebruik maakt van derden, deze gehouden zijn aan de wet- en regelgeving en afspraken (lid 8). Ook dient de onderaannemer inzage te geven in de arbeidsvoorwaardelijke afspraken en zich te houden aan de Arbowet, het Veiligheids- en Gezondheidsplan en de bouwplaatsregels van de onderaannemer (leden 10, 11 en 13). Ook als de onderaannemer een deel van het werk aan een zzp'er uitbestedt, dient hij aan de eisen van de Belastingdienst te voldoen (lid 12). De in deze alinea genoemde bepalingen zijn relevant voor onderaanneming en ontbreken in de AVA 2013 en UAV 2012. De belangrijkste verplichting uit de UAV 2012 is om het werk met regelmatige voortgang binnen de overeengekomen bouwtijd goed en deugdelijk uit te voeren. Hij moet zich daarbij houden aan wat is afgesproken in de overeenkomst en wat door de wet, het gebruik of de eisen van billijkheid moet worden nagekomen.¹⁰¹

III. De waarschuwingsplicht

De waarschuwingsplicht is opgenomen in art. 4 lid 5 van de AVA 2013, art. 5 lid 4 van de OVvA 2013 en in §6 lid 14 van de UAV 2012. Een overzicht van de artikelen is opgenomen in bijlage 3.

⁹⁸ B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013, p. 83.

⁹⁹ B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013, p. 77.

¹⁰⁰ Artikel opgenomen in de bijlage.

¹⁰¹ B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013, p. 82.

In de AVA 2013 en AVvO 2016 is dezelfde bepaling over de waarschuwingsplicht opgenomen. De onderaannemer is verplicht te waarschuwen voor tekortkomingen in zaken die afkomstig zijn van de hoofdaannemer, zoals fouten of gebreken in constructies, werkwijzen, orders/ aanwijzingen en bouwstoffen. Deze waarschuwingsplicht geldt alleen voor tekortkomingen die de onderaannemer “kende, of redelijkerwijs behoorde te kennen”. Daarmee wordt bedoeld dat het moet gaan om duidelijke gebreken, de onderaannemer hoeft het werk van een architect of constructeur niet over te doen.¹⁰² Dit betekent dat de onderaannemer het werk van deskundigen, bijvoorbeeld berekeningen, niet over hoeft te doen. Het materiaal wat ter beschikking wordt gesteld door de hoofdaannemer, en er op het eerste gezicht deugdelijk uitziet, hoeft de onderaannemer om die reden niet te keuren. Het keuren kan wel in de opdracht worden opgenomen.¹⁰³ In §6 lid 14 van de UAV 2012 is de onderaannemer gehouden te waarschuwen tegen klaarblijkelijk zodanige fouten of gebreken in constructies, werkwijzen, orders en aanwijzingen, bouwstoffen of gebreken, dat overgaan tot uitvoering zonder waarschuwing in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid. De fout moet dus voor een onderaannemer, die deskundig wordt geacht, zonder al te veel moeite zijn te ontdekken. Een marginale toetsing is voldoende.¹⁰⁴ Bij de bepaling uit de AVA 2013 en de AVvO 2016 vallen fouten die redelijkerwijs gekend moesten worden ook onder de waarschuwingsplicht, dit betekent dat een grotere onderzoeksplicht rust op de onderaannemer. De waarschuwingsplicht uit de UAV 2012 moet getoetst worden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Het is lastiger te onderbouwen of aan de eisen van redelijkheid en billijkheid is voldaan dan te toetsen of de onderaannemer de fout kende of behoorde te kennen.

Alle sets algemene voorwaarden wijken iets af van de waarschuwingsplicht welke voortvloeit uit art. 7:754 BW. De waarschuwingsplicht uit art. 4 lid 5 AVA 2013, art. 5 lid 4 van de OVvO 2016 en §6 lid 14 van de UAV 2012 zien vooral op onvolkomenheden in de constructies en werkwijzen van de hoofdaannemer en gebreken in de ter beschikking gestelde bouwstoffen en hulpmiddelen. De waarschuwingsplicht uit de wet ziet op ondeugdelijke uitvoering in de door de onderaannemer verrichte werkzaamheden. De waarschuwingsplicht uit de algemene voorwaarden is daarom een aanvulling op art. 7:754 BW.

IV. Oplevering en onderhoudstermijn

Bepalingen over de oplevering en de onderhoudstermijn zijn in art. 9 van de AVA 2013, art. 9 van de AVvO 2016 en in §9, §10 en §11 van de UAV 2012 opgenomen. Een overzicht van de artikelen is opgenomen in bijlage 4.

De onderhoudstermijn is onderdeel van de contractperiode en gaat in op de dag nadat het werk opgeleverd is. De overeenkomst tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer eindigt pas na de onderhoudstermijn.¹⁰⁵ De onderaannemer dient de gebreken waar hij aansprakelijk voor is te herstellen. De onderhoudstermijn is in de AVA 2013 in art. 9 lid 8 vastgesteld op 30 dagen. In de UAV is de termijn in §11 lid 1 vastgesteld overeenkomstig het bestek. In art. 9 lid 5 AVvO 2016 is opgenomen dat de onderhoudstermijn vastgelegd wordt in de overeenkomst. Er bestaat voor het bouwbedrijf een risico wanneer een onderhoudstermijn van 30 dagen is overeengekomen. Het is namelijk niet zeker dat wanneer de 30 dagen voor de onderaannemer aflopen, de hoofdaannemer eveneens klaar is met het project. Dit betekent dat de hoofdaannemer na 30 dagen eventuele fouten zelf dient te herstellen. Het is daarom een optie om zelf een onderhoudstermijn op te nemen in de overeenkomst, zoals art. 9 lid 5 AVvO 2016 mogelijk maakt. Bij het beoordelen van de duur

¹⁰² Toelichting op de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen van werk 2013, vastgesteld door Bouwend Nederland, d.d. 27 maart 2013, p.2.

¹⁰³ ‘Aanneming van werk: opdracht met fouten’, www.gl-advocaten.nl (zoek op: waarschuwingsplicht aannemer).

¹⁰⁴ M.A.B. Chao-Duvis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 79.

¹⁰⁵ www.crown.nl, ‘Onderhoud en onderhoudstermijn binnen RAW toegelicht’ (zoek op: onderhoudstermijn).

van de onderhoudstermijn kan rekening gehouden worden met de grootte en de duur van het bouwproject.

In zowel de AVA 2013 als de AVvO 2016 is opgenomen dat wanneer er tekortkomingen zijn in het werk, de onderaannemer schriftelijk of elektronisch daarvan in kennis zal worden gesteld. In de praktijk is het lastig om de tekortkomingen schriftelijk of elektronisch te melden. Dit kan echter achteraf moeilijkheden met zich meebrengen. In §9 lid 4 van de UAV 2012 is opgenomen dat met toestemming van de aannemer in de plaats van een schriftelijke mededeling kan worden volstaan met een overeenkomstige aantekening in het dagboek of weekrapport. Dit is eenvoudige manier van opnemen. In de praktijk is dit een goede manier omdat het eenvoudig is en niet tijdrovend. De dagboeken of weekrapporten worden al bijgehouden en dan is het makkelijker om daar een aantekening in te maken. Voorts wordt het dan ook minder snel vergeten.

V. In gebreke blijven van de aannemer

In de AVA 2013 is het in gebreke blijven van de onderaannemer in art. 12 opgenomen. In de AVvO 2016 in art. 11 en in de UAV 2012 in §46. Een overzicht van de artikelen is opgenomen in bijlage 5.

In de UAV 2012 en de AVA 2013 is opgenomen dat indien de onderaannemer zijn verplichtingen niet nakomt, de hoofdaannemer hem schriftelijk in gebreke kan stellen. Mocht de onderaannemer zijn verplichtingen dan nog niet nakomen, dan mag de hoofdaannemer het werk voltooien. Dit staat het recht op schadevergoeding niet in de weg.¹⁰⁶ In de AVA 2013 is de hoofdaannemer pas bevoegd het werk door een derde voort te zetten, indien de onderaannemer na verloop van de in de aanmaning vermelde termijn in gebreke blijft, mits de tekortkoming dat rechtvaardigt. Het voordeel van het artikel uit de AVvO 2016 is dat de hoofdaannemer twee keuzes krijgt indien de onderaannemer zijn verplichtingen niet deugdelijk nakomt. Hij mag of zekerheid verlangen van de onderaannemer, of de overeenkomst gelijk ontbinden indien hij één keer schriftelijk op de fouten van de onderaannemer gewezen heeft. Dit is praktisch handig, omdat de hoofdaannemer geen tijd verliest wanneer de onderaannemer het werk niet goed uitvoert. In de normale situatie zou de hoofdaannemer dan namelijk een ingebrekestelling moeten sturen waar een redelijke termijn voor nakoming moet worden gesteld.¹⁰⁷ Door deze bepaling hoeft er maar één keer een schriftelijke aanmaning gestuurd te worden.

VI. Aansprakelijkheid van de hoofdaannemer en van de onderaannemer

De aansprakelijkheid van de hoofdaannemer is alleen in de AVA 2013 opgenomen in art. 15. De aansprakelijkheid van de onderaannemer is opgenomen in art. 16 AVA 2013, art. 15 AVvO 2016 en in §12 UAV 2012. Een overzicht van de artikelen is opgenomen in bijlage 6.

De AVA 2013 is de enige set algemene voorwaarden met een artikel over de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer. De bepalingen uit dit artikel zijn in de UAV 2012 opgenomen in §5, de verplichtingen van de werkgever. In de AVvO 2016 is hier niets over opgenomen. Dit komt omdat de bepalingen uit de AVA 2013 en de UAV 2012 niet relevant zijn voor onderaanneming en daarom niet gebruikt hoeven te worden.

Alle drie de sets hebben een bepaling over de aansprakelijkheid van de onderaannemer opgenomen. In de AVA 2013 en de AVvO 2016 is een onderscheid gemaakt tussen aansprakelijkheid voor oplevering en aansprakelijkheid na oplevering. Deze artikelen zijn gelijk aan elkaar. De UAV 2012 heeft alleen een bepaling over de aansprakelijkheid na oplevering. Na oplevering is de onderaannemer alleen aansprakelijk voor verborgen gebreken. De onderaannemer dient de gebreken tijdens de onderhoudstermijn te herstellen,

¹⁰⁶ M.A.B. Chao-Duivis, *Tekst & Commentaar op paragraaf 46 UAV 2012* (online versie: heden actueel).

¹⁰⁷ Artikel 6:82 Burgerlijk Wetboek.

tenzij hij geen schuld heeft hieraan. De bewijslast ligt bij de onderaannemer. Als de gebreken na de onderhoudstermijn aan de dag treden, moet de hoofdaannemer aantonen dat de onderaannemer schuldig is aan het gebrek.¹⁰⁸ In de UAV 2012 is opgenomen dat de onderaannemer de gebreken in de onderhoudstermijn kosteloos moet herstellen. Deze regel kent echter uitzonderingen. Namelijk als de gebreken het gevolg zijn door of namens de hoofdaannemer geschreven werkwijze, als het gebrek het gevolg is door of namens de hoofdaannemer ter beschikking gestelde bouwstoffen en hulpmiddelen of als de gebreken het gevolg zijn van een onjuist of onzorgvuldig gebruik. Deze uitzonderingen zijn lastig te bewijzen. Wil de onderaannemer na de onderhoudstermijn aansprakelijk worden gesteld voor een verborgen gebrek, moet het gebrek toe te rekenen zijn aan de onderaannemer, moet het gebrek niet zichtbaar zijn geweest ondanks nauwlettend en moet binnen een redelijke termijn mededeling gedaan zijn van het gebrek. Dit zijn meer eisen waaraan voldaan moet worden. De hoofdaannemer draagt namelijk de bewijslast en dit zal lastiger te bewijzen zijn dan de bepalingen uit de AVA 2013 en de AVvO 2016. De eisen uit de AVA 2013 en AVvO 2016 zijn dus minder zwaar.

Eist de hoofdaannemer via een juridische procedure herstel van gebreken of een schadevergoeding voor gebreken die tijdens de onderhoudstermijn aan de dag treden, moet deze procedure binnen twee jaar zijn opgestart. Dit is zowel in de AVA 2013, UAV 2012 en de AVvO 2016 vastgelegd. Dit is tevens de wettelijke termijn uit art. 7:761 lid 1 BW. In de AVA 2013 en UAV 2012 is opgenomen dat binnen vijf jaar na het verstrijken van de onderhoudstermijn een procedure moet zijn opgestart. Het gaat om een gebrek dat aan de dag komt na de onderhoudstermijn. Bij ernstige constructieve gebreken, bijvoorbeeld instortgevaar, is de termijn tien jaar. In de AVvO 2016 wordt in lid 3 bepaald dat de aansprakelijkheidsduur geldt wat tussen onderaannemer en hoofdaannemer is overeengekomen. Als niks wordt overeengekomen geldt de termijn uit art. 7:761 lid 1 BW. Dit is een verschil met de andere sets.

§6.4 Welke set dient het bouwbedrijf te gebruiken

In dit hoofdstuk zijn de verschillende sets vergeleken. De AVvO 2016 is de meest geschikte set voor de relatie hoofdaannemer-onderaannemer. Dit komt omdat er aparte bepalingen opgenomen zijn die specifiek zien op deze relatie. In de AVA 2013 en UAV 2012 zijn bepalingen opgenomen die niet op de relatie hoofdaannemer-onderaannemer zien. De AVvO 2016 komt ook veel overeen met de AVA 2013. Uit de analyse is gebleken dat over het onderhoudstermijn, bouwstoffen en de aansprakelijkheidstermijnen niets in deze set is opgenomen.

§6.5 Conclusie

Verschillende artikelen uit de AVA 2013 zijn vergeleken met de AVvO 2016 en de UAV 2012. Aan de hand van de analyse kan er gesteld worden dat de AVvO 2016 het meest passend is bij de relatie hoofdaannemer-onderaannemer. Uit de analyse blijkt het volgende. Allereerst zijn de verplichtingen van de hoofdaannemer vergeleken. In de AVA 2013 is de minst voordelige bepaling omtrent bouwstoffen is opgenomen. De UAV 2012 heeft de meest voordelige bepaling, hierin is de functionele ongeschiktheid opgenomen. De AVvO 2016 heeft hier niets over geregeld. Ten tweede zijn de verplichtingen van de onderaannemer met elkaar vergeleken. In de AVvO 2016 zijn specifieke verplichtingen voor de onderaannemer opgenomen, deze ontbreken in de andere twee andere sets. Uit de vergelijking van de artikelen over de waarschuwingsplicht blijkt het volgende. In de UAV 2012 is opgenomen dat getoetst dient te worden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Uit de AVA 2013 en de AVvO 2016 blijkt dat de onderaannemer moet waarschuwen voor fouten die hij kende of behoorde te kennen. Het is lastiger te onderbouwen of aan de eisen van redelijkheid en billijkheid is voldaan dan te toetsen of de onderaannemer de fout kende of behoorde te

¹⁰⁸ Toelichting op de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen van werk 2013, vastgesteld door Bouwend Nederland, d.d. 27 maart 2013, p. 4.

kennen. Vervolgens zijn de artikelen over de oplevering en onderhoudstermijn onderzocht. Uit de AVvO 2016 blijkt dat een onderhoudstermijn zelf kan worden overeengekomen. Op grond van de UAV 2012 kan tijdens het opnemen van het bouwwerk een aantekening in het dagboek of weekrapport worden geplaatst. Deze bepaling kan het bouwbedrijf overnemen in de algemene voorwaarden die zij gaan gebruiken. Vervolgens zijn de artikelen over het in gebreke blijven van de onderaannemer met elkaar vergeleken. Hieruit blijkt dat het artikel uit de AVvO 2016 het meest uitgebreide artikel heeft. Tot slot zijn de bepalingen over de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer en de onderaannemer onderzocht. Hieruit blijkt dat in de UAV 2012 en de AVA 2013 bepalingen staan die voor onderaanneming niet relevant zijn. De eisen wat betreft het verborgen gebrek zijn in de AVA 2013 en de AVvO 2016 minder zwaar dan in de UAV 2012. In de AVA 2013 en de UAV 2012 zijn termijnen voor de aansprakelijkheidsduur overeengekomen. In de AVvO 2016 is bepaald dat de aansprakelijkheidsduur tussen de hoofdaannemer en onderaannemer kan worden overeengekomen.

Hoofdstuk 7: Vormgeven van het contract

In dit hoofdstuk wordt de huidige werkwijze uiteengezet. De huidige werkwijze wordt geanalyseerd op de juridische risico's. De risico's zijn in vorige hoofdstukken aan bod gekomen. Voorts wordt gekeken wat in het contract opgenomen dient te worden. Daarnaast wordt in verschillende standaardmodellen onderzocht hoe de risico's zijn gedekt. Tot slot wordt ingegaan op het dekken van risico's door middel van verzekeringen.

§7.1 Huidige werkwijze

Wanneer het bouwbedrijf een onderaannemer inhuurt, sturen zij de onderaannemer een inleenovereenkomst. De inleenovereenkomst is opgenomen in bijlage 7. In deze overeenkomst worden onder meer de periode, prijs, werktijden, gereedschap en betalingen overeengekomen. Ook wordt van de onderaannemer gevraagd om een uittreksel van de KvK, een kopie van het paspoort, een kopie van het VCA-diploma, een kopie van de VAR-WUO 2014 en een kopie van de aansprakelijkheidsverzekering. Ook wanneer last-minute het besluit wordt genomen om een onderaannemer in te huren, wordt deze overeenkomst via de e-mail naar de onderaannemer toegestuurd. Wanneer geen bepalingen over de aansprakelijkheid zijn opgenomen, zijn de regels uit de wet van toepassing. Titel 12 van boek 7 is daarom van toepassing op de overeenkomst.

§7.2 Risico's

Hieronder worden de verschillende risico's die in vorige hoofdstukken zijn besproken, nader uiteengezet. Zo is het helder wat in het contract opgenomen dient te worden om deze risico's te beperken.

I. Risico (fictieve) dienstbetrekking

De afspraken over de VAR die zijn opgenomen in de inleenovereenkomst zijn oud. Zoals in het eerste hoofdstuk is besproken, is per 1 mei 2016 de VAR vervangen door de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties. Wanneer gecontroleerd gaat worden op de nieuwe wet dienen de afspraken tussen de onderaannemer en het bouwbedrijf waterdicht te zijn, anders bestaat het risico dat het bouwbedrijf de loonbelasting en sociale premies moet afdragen. Het is daarom van belang dat in het nieuwe contract bepalingen uit de modelovereenkomst van de Belastingdienst worden overgenomen, om een (fictieve) dienstbetrekking te voorkomen.

II. Risico's uit titel 12 boek 7 Burgerlijk Wetboek

In de huidige overeenkomst is niets opgenomen over het bouwrecht.¹⁰⁹ In de algemene voorwaarden zijn bepalingen opgenomen over de waarschuwingsplicht, aansprakelijkheid tijdens het opleveren en de aansprakelijkheid na oplevering. Het risico op aansprakelijkheid na oplevering kan beperkt worden door het overeenkomen van een garantiebeding naast het contract. Ook kan een verzekering risico's uit het bouwrecht uitsluiten.

III. Risico op letsel van de onderaannemer

Omdat art. 7:658 BW van dwingend recht is, kan contractueel niet van deze bepaling worden afgeweken.¹¹⁰ Wel kan het risico ondervangen worden. Allereerst is het aspect veiligheid van belang. Het is voor het bouwbedrijf verstandig om aan de zzp'er altijd dezelfde veiligheidsinstructies en beschermingsmiddelen te geven als aan zijn werknemers. Ten tweede kan dit risico beperkt worden door goede verzekeringsafspraken met de onderaannemer te maken.

¹⁰⁹ Bijlage 7.

¹¹⁰ Hoofdstuk 3, §3.2.3.

IV. Algemene voorwaarden

Voorts is in de inleenovereenkomst niets opgenomen over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Momenteel worden de algemene voorwaarden niet met de onderaannemer overeengekomen. In hoofdstuk 5 is een bepaling besproken die in het toekomstige contract opgenomen dient te worden, zodat het bouwbedrijf de algemene voorwaarden op een juiste manier kunnen meesturen. Aan de hand van de analyse uit hoofdstuk 5 is ook gebleken dat de onderhoudstermijn contractueel overeengekomen dient te worden.

§7.3 Inhoud van het contract

Hieronder is weergegeven wat in het contract dient te worden opgenomen om de bovenstaande risico's zoveel mogelijk te dekken. Het volgende dient te worden opgenomen:

- I. Er dient te worden voldaan aan de eisen van die de Belastingdienst heeft gesteld aan de hand van de wet DBA.
- II. Er dient een garantiebeding bij de overeenkomst opgenomen te worden. Het garantiebeding kan vervolgens bij het contract gevoegd worden.
- III. De onderaannemer dient op te hoogte worden gesteld van de veiligheidsbepalingen.
- IV. Er dient een bepaling over verzekeringen in het contract opgenomen te worden. Daarin moet een onderscheid gemaakt worden in welke mate onderaannemers meeverzekerd zijn of zelf een verzekering moeten afsluiten.
- V. Er dient een onderhoudstermijn overeengekomen te worden.
- VI. De algemene voorwaarden van de onderaannemer dienen schriftelijk en expliciet van de hand door te verwijzen naar de eigen algemene voorwaarden. Door ondertekening verklaren partijen zich akkoord met de toepasselijkheid van de bij de overeenkomst gevoegde algemene voorwaarden.¹¹¹

§7.4 Analyse contracten

In de bouwbranche wordt vaak gebruik gemaakt van standaardcontracten. De bouwbranche heeft verschillende contracten voor onderaanneming ontwikkeld. Allereerst is er de Modelovereenkomst van Onderaanneming (hierna: MvO). Dit contract is opgesteld door onderhandelingen tussen aannemers en onderaannemers. Ten tweede is er de modelovereenkomst voor branche of beroepsgroep: onderaanneming op locatie (hierna: de modelovereenkomst). Dit contract is opgesteld door de Belastingdienst, speciaal voor onderaanneming. Tot slot is er de modelovereenkomst voor de inzet van onderaannemers zonder personeel in de Bouw & Infra (hierna: MBI). Dit contract is enerzijds opgesteld volgens de bepalingen van de Belastingdienst en anderzijds volgens bepalingen uit de cao Bouw & Infra 2015-2017. De eerste vier risico's zoals genoemd in bovenstaande paragraaf worden hieronder besproken. De contracten zullen met elkaar vergeleken worden. Het onderwerp verzekeringen komt in de volgende paragraaf aan bod, omdat voor de verzekeringen speciale bepalingen zijn opgesteld door Kantoor Meeùs Bouw & Infra.

Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties

De modelovereenkomst is opgesteld door de Belastingdienst. Het is van belang dat de geel gemarkeerde bepalingen overgenomen worden. Boven elk contract dat gebruikt wordt, moet het nummer en de datum van de modelovereenkomst gezet worden. Omdat het de modelovereenkomst 'onderaanneming op locatie' betreft, dient nummer 90515.84231.A en datum 11 april 2016, boven het contract gezet te worden. Het is belangrijk om het contract nog een keer extra te laten beoordelen door de Belastingdienst, omdat alleen het overnemen van de gele bepalingen niet uitsluit dat er geen loonheffingen en sociale premies betaald hoeven te worden. Dat beoordeelt de Belastingdienst per situatie. De geel gemarkeerde bepalingen zien onder meer op de aard van de overeenkomst van aanneming van werk, de werkzaamheden en de zelfstandigheid van de onderaannemer. De bepalingen uit dit contract hebben voorrang op de andere contracten en de algemene voorwaarden, zoals in art. 16 lid

¹¹¹ Bepaling opgenomen in hoofdstuk 5, §4, figuur 2.

3 staat. De bepaling over de algemene voorwaarden die is opgesteld in hoofdstuk 5, §4, figuur 2, moet aangevuld worden met de geel gemarkeerde zin uit art. 17. Hierin staat dat de voorwaarden geen afbreuk mogen doen aan de elementen van deze overeenkomst, omdat deze bepalend zijn voor de fiscale kwalificatie van de onderaannemer.

De MBI is door de Belastingdienst beoordeeld. Wanneer de feitelijke arbeidsverhouding tussen de aannemer en de onderaannemer gelijk is aan de bepalingen uit het contract, hoeft er geen loonheffing ingehouden te worden.¹¹² De beoordeling heeft de datum 19 april 2017 en heeft als kenmerknummer 9052011512610. De MBI heeft kortere en minder bepalingen dan de overeenkomst van de Belastingdienst. De overeenkomst van de Belastingdienst gaat ook meer in over de zelfstandigheid van de onderaannemer.

De MvO is niet beoordeeld door de Belastingdienst en sluit daarom niet uit dat er geen loonheffingen of sociale premies afgedragen moeten worden.

Veiligheid

De bepalingen die in deze paragraaf worden besproken zijn opgenomen in bijlage 9.

In artikel 5 van de MBI zijn bepalingen opgenomen over de veiligheid van de onderaannemer. Deze zijn van belang om het risico letsel onderaannemer te beperken. Uit de toelichting blijkt dat artikelen 5.1 en 5.2 van toepassing verklaard moeten worden als de onderaannemer werkt op een bouwplaats. De overige leden zijn facultatief.¹¹³

In art. 9 van de Modelovereenkomst zijn bepalingen opgenomen over de veiligheid. Deze zijn minder uitgebreid dan de bepalingen uit de MBI. In lid 2 is een bepaling over vrijwaring opgenomen. Dit is dubbelop omdat hetzelfde in de algemene voorwaarden wordt overeengekomen.¹¹⁴ De bepalingen uit de MBI zien meer op de veiligheid van de onderaannemer zelf en op de gelijke positie van de onderaannemer met de werknemer. In de MvO is niets opgenomen over veiligheid.

Garantiebeding

Het voordeel van de MvO is dat het naast het contract een garantiebeding heeft. De MvO is het enige contract met een garantiebeding. Het garantiebeding is opgenomen in bijlage 10, onderdeel I.

In het bestek is vastgelegd voor welke onderdelen van het werk een garantie geldt. Soms verlangt het bestek garantie van de onderaannemer. De aannemer blijft verantwoordelijk voor alles, maar kan zelf garantie vragen aan zijn onderaannemers. Het garantiebeding is niet alleen geschikt voor garantie die voortvloeit uit het bestek. Het kan ook zijn dat de hoofdaannemer de garantieverplichting wil doorleggen aan de onderaannemer. Dit kan alleen voor de werkonderdelen die door de onderaannemer worden uitgevoerd. Het voordeel hiervan is dat niet heel het bestek van toepassing is, maar alleen de onderdelen die voor onderaanneming geschikt zijn. Het garantiebeding kan waar nodig aangepast worden naar de termijnen die het bouwbedrijf wil gebruiken.

Onderhoudstermijn

In de MvO is een bepaling over de onderhoudstermijn opgenomen, deze is opgenomen bijlage 10, onderdeel II. De MvO is de enige overeenkomst waarin een onderhoudstermijn is opgenomen. De bepaling geeft het bouwbedrijf de mogelijkheid om zelf de duur te kiezen voor de onderhoudstermijn. Zo voorkomt het bouwbedrijf dat de onderhoudstermijn van de onderaannemer niet verlopen is wanneer het bouwbedrijf het werk nog niet opgeleverd heeft aan de klant.

¹¹² Toelichting modelovereenkomst voor de inzet van onderaannemers zonder personeel in de Bouw & Infra, 19 april 2017, p.1.

¹¹³ Toelichting modelovereenkomst voor de inzet van onderaannemers zonder personeel in de Bouw & Infra, 19 april 2017, p.5.

¹¹⁴ Art. 16.2 lid 4 AVA 2013, Art. 15 lid 4 AVvO 2016 en §6 lid 9 UAV 2012.

§7.5 Verzekeringen

De onderaannemer mag erop vertrouwen dat de hoofdaannemer de zorg draagt voor een veilige werkplek. Als de onderaannemer een verdergaande zorgplicht verlangt, dan moet dit overeengekomen worden. Aan een dergelijke afspraak kunnen extra kosten hangen voor de onderaannemer.¹¹⁵

Om de risico's te kunnen dekken is het ook van belang om te weten hoe het bouwbedrijf verzekerd is en hoe de onderaannemer zich tegen risico's kan verzekeren. Het bouwbedrijf beschikt over een CAR-verzekering. De CAR-verzekering strekt ertoe om de partijen die bij de totstandkoming van een bouwwerk betrokken zijn, te beschermen tegen de financiële gevolgen van materiële schade en verlies die tijdens de totstandbrenging van een bouwwerk kan optreden.¹¹⁶ De dekking van een onderaannemer is afhankelijk van de polis die de hoofdaannemer heeft afgesloten. In veel gevallen kan de onderaannemer de schade niet claimen op de polis van de hoofdaannemer. Als dit het geval is, blijven vaak nog zeer hoge eigen risico's bestaan waardoor een onderaannemer alsnog geheel of gedeeltelijk aansprakelijk blijft.¹¹⁷ Het bouwbedrijf heeft een CAR-verzekering waar de onderaannemers worden meeverzekerd. Uit de polis van het bouwbedrijf blijkt dat de onderaannemer onder de verzekerden valt. Het is van belang om de onderaannemer hierop te wijzen.

De aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (hierna: AVB) biedt dekking voor personen en/of zaakschade. Het is verstandig voor de hoofdaannemer om onderaannemers standaard mee te verzekeren. Het meeverzekeren van een onderaannemer brengt extra kosten met zich mee. Ook kan de hoofdaannemer zich via deze weg verzekeren voor het risico dat onderaannemers schade veroorzaken aan eigendom van derden tijdens de werkzaamheden. Om dit risico te dekken dient het bouwbedrijf bij de verzekeraar aan te vragen dat de onderaannemer meeverzekerd wordt.¹¹⁸ Het bouwbedrijf heeft een AVB waar de onderaannemers niet meeverzekerd worden. Het is van belang dat de onderaannemers zelf een AVB hebben afgesloten.

Er kan ook een contract worden opgesteld aan de hand van een hoger of lager uurtarief van de onderaannemer. De eerste optie betreft een verlaagd uurtarief voor de onderaannemer, maar een ruimere aansprakelijkheid die de onderaannemer op zich neemt. De tweede optie betreft een verhoogd uurtarief met een minder ruime aansprakelijkheid voor de onderaannemer. Het uurtarief voor de onderaannemer betreft in de huidige werkwijze 35 euro per uur. Om dit te kunnen realiseren moet een onderscheid gemaakt worden in de contracten. Kantoor Meeüs Bouw & Infra heeft adviesbepalingen beschikbaar gesteld speciaal gericht op verzekeringsaspecten. Deze bepalingen zijn opgenomen in bijlage 11. Het doel is om te voorkomen dat onderaannemers ongewenst meeliften op de dekking van de hoofdaannemer.¹¹⁹ Zij hebben twee varianten ontwikkeld. De eerste variant biedt de onderaannemer dekking tot de CAR-verzekering, de tweede variant biedt de onderaannemer geen dekking tot de CAR-verzekering. Beide varianten zijn opgenomen in de bijlage. Als het bouwbedrijf kiest voor variant 1, kan het bouwbedrijf een lager uurtarief voor de onderaannemer rekenen, omdat hij meer voor de verzekering betaalt. Kiest het bouwbedrijf voor variant 2, dan dient de onderaannemer zelf de verzekering te regelen en kan het bouwbedrijf het tarief daarnaar aanpassen. Ook is er een bepaling over de AVB opgesteld. De onderaannemer dient zelf een AVB af te sluiten.

Omdat het bouwbedrijf nu in de CAR-verzekering dekking biedt aan onderaannemers, kan variant 1 in het contract worden opgenomen. Zij dienen dit duidelijk met de onderaannemer

¹¹⁵ Hof 's-Gravenhage, 22 april 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT7531.

¹¹⁶ 'Uitgebreide uitleg CAR montage verzekeringen', (www.carverzekering.eu).

¹¹⁷ 'CAR-/ montageverzekeringen', (www.bsbverzekeringen.nl).

¹¹⁸ 'AVB' www.poliscounter.nl (zoek op: AVB).

¹¹⁹ 'Adviesteksten voor de hoofdaannemer', www.meeus.com (zoek op: hoofdaannemer).

te bespreken. De onderaannemer is niet gedekt in de AVB van het bouwbedrijf. In het contract kan worden opgenomen dat de onderaannemer dit zelf dient te regelen.

§7.6 Welk contract dient het bouwbedrijf te gebruiken

Het bouwbedrijf wenst een kort contract te gaan gebruiken, daarom is het verstandig om zelf een contract op te stellen. In dit contract dienen de bepalingen uit de modelovereenkomst van de Belastingdienst, de bepaling over veiligheid uit de MBI en de onderhoudstermijn uit de MvO en de verzekeringen met opties van Kantoor Meeùs Bouw & Infra, overgenomen te worden. Daarnaast kan een garantiebeding worden opgesteld, gebaseerd op het garantiebeding uit de MvO.

§7.7 Conclusie

Om de risico's te dekken zijn verschillende contracten met elkaar vergeleken. De modelovereenkomst van de Belastingdienst en de MBI dekken beiden het risico dat sociale premies of loonheffingen afgedragen moeten worden. Allebei de overeenkomsten zijn goedgekeurd door de Belastingdienst en hebben een datum met kenmerk. De modelovereenkomst van de Belastingdienst is het meest uitgebreid. De modelovereenkomst van de Belastingdienst en de MBI hebben allebei bepalingen omtrent de veiligheid opgenomen. De bepalingen uit de MBI zijn het meest uitgebreid en zien meer op de veiligheid van de onderaannemer zelf en op de gelijke positie van de onderaannemer met de werknemer. De MvO heeft twee bepalingen die de andere twee overeenkomsten niet hebben. Allereerst heeft de MvO een garantiebeding. Door middel van het garantiebeding wordt de garantieverplichting uit het bestek doorgelegd naar de delen die voor de onderaannemer relevant zijn. Het garantiebeding kan door het bouwbedrijf worden aangepast naar de termijnen die zij willen gebruiken. Voorts is in de MvO een bepaling over de onderhoudstermijn opgenomen. De bepaling geeft het bouwbedrijf de mogelijkheid om zelf de duur te kiezen voor de onderhoudstermijn. Tot slot kan het bouwbedrijf kiezen voor een contract aan de hand van het uurtarief van de onderaannemer. Zij kunnen daarvoor gebruik maken van de contractbepalingen die Meeùs Bouw & Infra hebben opgesteld. Als het bouwbedrijf kiest voor variant 1 kan het bouwbedrijf een lager uurtarief voor de onderaannemer rekenen. Kiest het bouwbedrijf voor variant 2 dient de onderaannemer zelf de verzekering te regelen en kan het bouwbedrijf het tarief aanpassen. Omdat het bouwbedrijf momenteel met de CAR-verzekering dekking biedt aan onderaannemers, kan variant 1 in het contract worden opgenomen. Zij dienen dit duidelijk met de onderaannemer te bespreken. De onderaannemer is niet gedekt in de AVB van het bouwbedrijf. In het contract kan dan worden opgenomen dat de onderaannemer dit zelf dient te regelen. Omdat het bouwbedrijf wenst een kort contract te gebruiken met alleen relevante bepalingen, is het verstandig om zelf een contract op te stellen.

Hoofdstuk 8: Conclusies

In dit hoofdstuk worden de conclusies uiteengezet. Aan de hand van de conclusies wordt de centrale vraag beantwoord. De centrale vraag luidt: *“Welke invloed heeft de relatie met de onderaannemer op de aansprakelijkheid van Bouwbedrijf Ronald Louwerse en op welke wijze kan een risicoanalyse bijdragen aan een rechtsgeldige verdeling van de juridische risico's in het contract met algemene voorwaarden?”*

Risico: Het bouwbedrijf wordt gezien als ‘werkgever’

Voor het bouwbedrijf bestaat het risico dat zij voor de wet als werkgever gezien worden, waardoor op verschillende manieren aansprakelijkheid ontstaat. Allereerst bestaat het risico dat het bouwbedrijf op grond van de Wet DBA sociale premies en loonheffingen moet afstaan. Art. 7:610 BW hanteert drie voorwaarden om te bepalen of er sprake is van arbeidsovereenkomst. Als één van de drie elementen ontbreekt is geen sprake van een arbeidsovereenkomst, maar mogelijk wel van een fictieve dienstbetrekking. Aanneming van werk is standaard een fictieve dienstbetrekking. Er is geen sprake van een fictieve dienstbetrekking indien de onderaannemer daadwerkelijk een zelfstandige ondernemer is en wanneer deze over economische zelfstandigheid beschikt. Het risico kan uitgesloten worden door de bepalingen uit de modelovereenkomst van de Belastingdienst te gebruiken.

Ten tweede kan het bouwbedrijf op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk worden gesteld wanneer de onderaannemer schade lijdt. Het bouwbedrijf hoeft geen schade te vergoeden indien het vaststaat dat het bouwbedrijf de nodige zorg heeft betracht om aan zijn verplichtingen te voldoen of indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de onderaannemer. De onderaannemer valt onder de reikwijdte van het artikel indien voldaan is aan twee criteria. Het moet gaan om een persoon en om werkzaamheden onder de beroeps- of bedrijfsuitoefening van het bouwbedrijf vallen. Het risico kan worden beperkt door na te gaan of de onderaannemer een verzekering heeft afgesloten. Daarnaast is het verstandig om aan de onderaannemer altijd dezelfde veiligheidsinstructies en beschermingsmiddelen te geven als aan de werknemers.

Op grond van art. 6:171 BW is het bouwbedrijf aansprakelijk voor fouten die zijn niet-ondergeschikten maken. Als de onderaannemer een niet-ondergeschikte is, die ter uitoefening van diens bedrijf een fout maakt, dan kan het bouwbedrijf worden aangesproken. Buitencontractuele aansprakelijkheid kan beperkt worden door in de algemene voorwaarden op te nemen dat de onderaannemer zelf aansprakelijk is voor schade die kan ontstaan in verband met de overeenkomst. De verzekering kan dit risico dekken. Ook kan met de klant overlegd worden voor welke onderaannemer gekozen wordt. De hoofdaannemer kan in de opdrachtbevestiging naar de klant al een clausule opnemen dat de hoofdaannemer niet aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door de onderaannemer.

Risico: Aansprakelijkheidstoedeling op grond van het bouwrecht

Het bouwrecht is belangrijk voor de aansprakelijkheidstoedeling. De eerste grond voor aansprakelijkheid van de onderaannemer is de waarschuwingsplicht. De deskundigheid en de zorgvuldigheid van de aannemer, zijn een indicatie voor de beoordeling of de onderaannemer een gebrek had moeten ontdekken. Waarschuwt een onderaannemer niet, dan is de onderaannemer aansprakelijk voor de gehele schade. De tweede verplichting waar de onderaannemer aan dient te voldoen is oplevering. Het bouwbedrijf dient het werk van de onderaannemer te aanvaarden. Doet het bouwbedrijf dit niet, dan wordt het werk stilzwijgend aanvaard. Is er sprake van een gebrek, dan dient gemotiveerd te worden dat het opgeleverde werk niet voldoet aan de gemaakte afspraken. Na oplevering bestaan twee manieren voor het bouwbedrijf om de onderaannemer alsnog aansprakelijk te stellen. De eerste manier is wanneer er sprake is van een verborgen gebrek. Aan de hand van de aard van de omstandigheden, zoals de aard en de ernst van de tekortkoming en de eigen deskundigheid, dient beoordeeld te worden of er sprake is van een verborgen gebrek. De tweede manier om de onderaannemer alsnog aansprakelijk te stellen, is wanneer de

onderaannemer een garantiebeding met het bouwbedrijf is overeengekomen. Het bouwbedrijf blijft aansprakelijk tegenover de klant voor geleden schade. Zij kunnen dit op de onderaannemer verhalen via art. 6:74 BW. Aan de hand van het bouwrecht ontstaat een schadevergoedingsverbintenis. Bron van de verbintenis is de toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verplichting uit hoofde van het bouwrecht.

Risico: Het gebruik van de algemene voorwaarden

Momenteel worden geen algemene voorwaarden overeengekomen met de onderaannemer, het bouwbedrijf beschikt over de AVA 2013. Bij gebruik van de algemene voorwaarden dient met het volgende rekening te worden gehouden. De eerste grond van vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden is wanneer de wederpartij geen redelijke mogelijkheid tot kennisneming is geboden. Daarnaast kunnen algemene voorwaarden worden vernietigd wanneer deze onredelijk bezwarend zijn. Het is mogelijk om een beding uit de algemene voorwaarden te laten vernietigen op grond van de grijze en zwarte lijst. De AVA 2013 is een standaardmodel dat in de bouw vaak gebruikt wordt. Dit maakt de kans op een onredelijk bezwarend beding kleiner. Voorts dient rekening gehouden te worden met het risico op battle of forms of dat de algemene voorwaarden uit het bestek van toepassing zijn.

Risico's beperken in de algemene voorwaarden

Verschillende artikelen uit de AVA 2013 zijn vergeleken met de AVvO 2016 en de UAV 2012. Het bouwbedrijf dient rekening te houden dat in de AVA 2013 de minst voordelige bepaling omtrent bouwstoffen is opgenomen. De UAV 2012 heeft de meest voordelige bepaling. In de AVvO 2016 zijn specifieke verplichtingen voor de onderaannemer opgenomen. Over de waarschuwplicht is in de UAV 2012 opgenomen dat getoetst dient te worden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Uit de AVA 2013 en de AVvO 2016 blijkt dat de onderaannemer moet waarschuwen voor fouten die hij kende of behoorde te kennen. Uit de AVvO 2016 blijkt dat een onderhoudstermijn zelf kan worden overeengekomen. Voorts heeft de AVvO 2016 het meest uitgebreide artikel over het onderhoudstermijn. De bepaling over het opnemen van werk uit de UAV 2012 is het meest uitgebreid. De eisen wat betreft het verborgen gebrek zijn in de AVA 2013 en de AVvO 2016 minder zwaar dan in de UAV 2012. In de AVA 2013 en de UAV 2012 zijn termijnen over de aansprakelijkheidsduur overeengekomen. In de AVvO 2016 is bepaald dat de aansprakelijkheidsduur contractueel kan worden overeengekomen. De AVvO 2016 kan het beste voor de relatie hoofdaannemer-onderaannemer gebruikt worden. In de UAV 2012 en de AVA 2013 staan bepalingen die voor onderaanneming niet relevant zijn.

Risico's beperken in het contract

Momenteel wordt een inleenovereenkomst naar de onderaannemer gestuurd waarin niet alle risico's zijn gedekt. Om alle genoemde risico's te dekken zijn verschillende contracten met elkaar vergeleken. De modelovereenkomst van de Belastingdienst en de MBI dekken beiden het risico van de Wet DBA. De Modelovereenkomst van de Belastingdienst is het meest uitgebreid. De modelovereenkomst van de Belastingdienst en de MBI hebben allebei bepalingen omtrent de veiligheid opgenomen. De bepalingen uit de MBI zijn het meest uitgebreid en zien meer op de gelijke positie van de onderaannemer met de werknemer. De MvO heeft twee bepalingen die de andere twee overeenkomsten niet hebben. Allereerst heeft de MvO een garantiebeding. Voorts is in de MvO een bepaling over de onderhoudstermijn opgenomen. Tot slot kan het bouwbedrijf kiezen voor een contract aan de hand van het uurtarief van de onderaannemer. De bepalingen van Kantoor Meeùs Bouw & Infra kunnen hiervoor gebruikt worden. Zij kunnen de onderaannemer meeverzekeren, waar momenteel sprake van is. Omdat het bouwbedrijf nu in de CAR-verzekering dekking biedt aan onderaannemers, kan dit in het contract worden opgenomen. Zij dienen dit duidelijk met de onderaannemer te bespreken. De onderaannemer is niet gedekt in de AVB van het bouwbedrijf. In het contract kan dan worden opgenomen dat de onderaannemer dit zelf dient te regelen. Voorts kan het bouwbedrijf kiezen om de onderaannemer niet mee te verzekeren.

Hoofdstuk 9: Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden aan de hand van de conclusies, aanbevelingen gedaan aan het bouwbedrijf. Het bouwbedrijf kan deze aanbevelingen overnemen om de juridische risico's aan de hand van een contract met algemene voorwaarden te dekken.

Gebruik van het contract

- Aanbevolen wordt om gebruik te gaan maken van een contract waarin de risico's worden beperkt. Het contract kan samen met de algemene voorwaarden per e-mail naar de onderaannemer worden gestuurd.
- Aanbevolen wordt om het contract te laten beoordelen door de Belastingdienst om het risico op betaling van sociale premies en loonheffingen uit te laten sluiten.

Gebruik van de algemene voorwaarden

- Aanbevolen wordt om gebruik te gaan maken van de algemene voorwaarden. Deze dienen tegelijkertijd met het contract per e-mail verzonden te worden naar de onderaannemer.
- Het bouwbedrijf dient in de overeenkomst een bepaling op te nemen waardoor de eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn. Deze bepaling dient ook het risico dat een battle of forms ontstaat of dat de in het bestek genoemde voorwaarden van toepassing zijn, uit te sluiten. De algemene voorwaarden van de wederpartij worden van de hand gewezen.

Inhoud van het contract

- Aanbevolen wordt om het contract zoals opgenomen in bijlage 12 te gebruiken. Dit contract bevat de bepalingen uit de modelovereenkomst van de Belastingdienst zodat het risico dat loonheffingen en sociale premies moeten worden betaald, wordt uitgesloten. Het contractnummer en de datum worden bovenaan de overeenkomst opgenomen zodat de Belastingdienst weet op welke modelovereenkomst het contract gebaseerd is. Voorts bevat dit contract een bepaling omtrent veiligheid om het risico op werkgeversaansprakelijkheid van het bouwbedrijf te beperken. Ook is een bepaling over de onderhoudstermijn opgenomen in het contract. De bepaling geeft het bouwbedrijf de mogelijkheid om zelf de duur te kiezen voor de onderhoudstermijn. Het bouwbedrijf kan zelf beoordelen aan de hand van de duur en de grootte van het project hoe lang de onderhoudstermijn dient te zijn.
- In artikel 5 van het nieuwe contract zijn twee opties opgenomen, waar aanbevolen wordt om een keuze te maken. In de eerste optie is de huidige situatie opgenomen. De onderaannemer wordt meeverzekerd met de CAR-verzekering en dient zelf een AVB af te sluiten. Anderzijds kan het bouwbedrijf voor de tweede optie kiezen, hier dient de onderaannemer zelf de CAR-verzekering af te sluiten. De onderaannemer dient ook zelf een AVB af te sluiten.
- Er wordt aanbevolen om naast het contract gebruik te gaan maken van een garantiebeding om uit te sluiten dat de onderaannemer niet meer aansprakelijk is voor zijn werk na oplevering. Het garantiebeding is opgenomen in bijlage 13.

Inhoud van de algemene voorwaarden

- Aanbevolen wordt om de AVvO 2016 te gaan hanteren. Enkele artikelen dienen herschreven te worden. De herschreven artikelen zijn opgenomen in bijlage 13. Allereerst is de aansprakelijkheidsduur na oplevering aangepast naar de termijnen die de UAV 2012 en de AVA 2013 hebben. Ook is de bepaling over functionele ongeschiktheid van bouwstoffen in de set opgenomen. Tot slot dient de bepaling over het opnemen van werk uit de UAV 2012 overgenomen te worden.
- Indien het bouwbedrijf toch de AVA 2013 wil blijven hanteren, dienen zij de bepalingen die niet relevant zijn voor onderaanneming uit de algemene voorwaarden te halen. Uit de analyse blijkt dat dit art. 15 is. Voorts dienen er bepalingen herschreven te worden. De

herschreven artikelen zijn opgenomen in bijlage 14. Allereerst is de bepaling over het onderhoudstermijn aangepast. Voorts is de bepaling over specifieke ongeschiktheid van bouwstoffen veranderd naar de functionele ongeschiktheid. Tot slot is de bepaling over het opnemen van werk uit de UAV 2012 overgenomen.

Overige aanbevelingen

- Indien gekozen wordt voor hulp van een onderaannemer, dient het bouwbedrijf met de klant te overleggen voor welke onderaannemer gekozen wordt.
- Naar aanleiding van dit onderzoek is het voor het bouwbedrijf praktisch een checklist op te laten stellen waarin zij kunnen nagaan of het juiste contract met algemene voorwaarden is overeengekomen met de onderaannemer.

Bronnenlijst

Literatuur

Asser 2013

C. Asser, *Bijzondere overeenkomsten: aanneming van werk*, Kluwer: Deventer 2013.

Beek

H.L. van der Beek, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:751* (online versie: heden actueel)

Beek

H.L. van der Beek, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:754* (online versie: heden actueel).

Boer 2013

M. de Boer, *Praktijkboek bouwcontracten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

B.J. Broekema-Engelen,

B.J. Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht, art. 76 Boek 6 BW* (online versie: heden actueel).

Chao-Duivis 2012

M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor Bouwrecht 2012.

Chao-Duivis

M.A.B. Chao-Duivis, *Tekst & Commentaar op paragraaf 46 UAV 2012* (online versie: heden actueel).

Geugjes 2015

H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht Begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Hertstein 2013

B.E. Hertstein, *Aansprakelijkheid in de bouw*, Rotterdam: Het BouwRechtBedrijf 2013.

Kroon

J.P. Kroon, *Uitbreiding aansprakelijkheid art. 7:658 lid 4* (online versie: heden actueel).

Timmer 2012

I. Timmer, *Verbintenissenrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Verhulp

E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, art. 7:658* (online versie: actueel tot 01-07-2016).

Wijngaarden 2002

M.A. van Wijngaarden, *Hoofdstukken Bouwrecht deel 12*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 722.

Tijdschriften

Klunne, TVV 2011-2

A.M. Klunne, *'Aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten'*, Tijdschrift voor vastgoedrecht 2011-2.

Elektronische bronnen

www.advocaten.nl
www.Belastingdienst.nl
www.Belastingdienst-inbeeld.nl
www.bsbverzekeringen.nl
www.carverzekering.eu
www.crown.nl
www.gl-advocaten.nl
www.meeus.com
www.mrbadvocaten.nl
www.ondernemersplein.nl
www.poliscounter.nl
www.ronaldlouwerse.nl
www.schetsadvocatuur.nl
www.visservaneck.nl

Jurisprudentie

Raad van Arbitrage

RvA, 7 oktober 1983, nr. 11.380.
RvA, 22 maart 2010, nr. 30.236
RvA, 23 augustus 2010, nr. 32.326.
RvA, 24 maart 2011, 30.921.

Rechtbank

Rb. 's-Hertogenbosch, 10 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BL7905
Rb. Rotterdam, 7 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:80

Gerechtshof

Hof Arnhem, 8 januari 2002, ECLI:NL:GSHARN:2002:AS3689.
Hof 's-Hertogenbosch, 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831.
Hof 's-Gravenhage, 22 april 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT7531.
Hof 's-Hertogenbosch, 24 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW416.

Hoge Raad

HR 24 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1405 (Hollander/Wolfard & Wessels).
HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930 (ABP/FGH en Breevast).
HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (Pollemans/Hoondert).
HR 11 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2702 (Van der Wiel/Philps).
HR 18 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2705 (KPI/Leba).
HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2432 (Industromontaza/Banfic).
HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406 (De Bakker/Zee electronics).
HR 08 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9511 (Körkemeyer/Ottink).
HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616 (Davelaar/Allspan).
HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3681 (Bethesda/ van der Vlies).
HR 08 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0954 (NSC/Pongers).
HR 5 juni 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AA9311 (Multi Vastgoed/Nethou).
HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL9596 (Koeman c.s./Sijm Agro).
HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2001:AD7395 (Delfland/Stoeterij).

Kamerstukken

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 33 (VV).
Kamerstukken II, 1995/96, 23 095, nr. 5, p.18 (Verslag).

Wet- en regelgeving

Burgerlijk wetboek: boeken 6 en 7
Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Wet op de Loonbelasting

Overige documenten:

Adviesteksten Kantoor Meeùs Bouw & Infra.
Modelovereenkomst van onderaanneming.
Modelovereenkomst voor branche of beroepsgroep: Onderaanneming op locatie.
Modelovereenkomst voor de inzet van onderaannemers zonder personeel in de Bouw & Infra.
Toelichting op de Algemene Voorwaarden voor Aannemingen van werk 2013, vastgesteld door Bouwend Nederland, d.d. 27 maart 2013.
Toelichting modelovereenkomst voor de inzet van onderaannemers zonder personeel in de Bouw & Infra.