

De Algemene Voorwaarden voor de Aanneming van Funderingswerken 2016 (AVAF 2016): een toelichting

– Mr. G.L. Weerheim en mr. L. Alberts¹

1. Inleiding

Op 6 januari 2016 is door de Nederlandse Vereniging Aannemers Funderingswerken (NVAF) een herziene set algemene voorwaarden gedeponereerd ter griffie: de Algemene Voorwaarden voor de Aanneming van Funderingswerken 2016 (AVAF 2016). Inmiddels is de nieuwe set in gebruik genomen door de leden van de NVAF.²

De vorige algemene voorwaarden werden in de praktijk en de jurisprudentie nogal eens aangeduid als NVAF-voorwaarden of de NVAF 2009 (hierna: NVAF 2009).³ De AVAF 2016 zijn de resultante van een herziening van die vorige voorwaarden.

Een belangrijke reden om te komen tot een herziening vormden de ontwikkelingen in de praktijk en rechtspraak. De funderingsvoorwaarden dienden aan die ontwikkelingen te worden aangepast. Daarnaast vond in 2012 en 2013 in dit tijdschrift een discussie plaats over de NVAF 2009.⁴ Ook die discussie heeft een rol gespeeld bij de beslissing om te komen tot een herziening van de algemene voorwaarden. In de AVAF 2016 is voor een deel tegemoet gekomen aan de kritische opmerkingen vanuit de literatuur. Tenslotte was ook de komst van de UAV 2012 een concrete aanleiding om te komen tot een nieuwe tekst van de algemene voorwaarden.

De AVAF 2016 verklaren de UAV 2012 van toepassing, met dien verstande dat de AVAF 2016 in het geval van tegenstrijdigheid prevaleren. De NVAF 2009 verwezen naar de UAV 1989, zodat de nieuwe voorwaarden op de UAV 2012 dienden te worden afgestemd.

Insteek van de herziening is geweest het creëren van voldoende bescherming van de gebruiker van de AVAF 2016, terwijl er tegelijkertijd een zeker contractueel evenwicht diende te blijven bestaan. Voor een deel geldt dat de bijzondere aard van de funderingswerkzaamheden een van de UAV 2012 afwijkende regeling noodzakelijk maakt. Wij merken echter op dat niet elk artikel uit de AVAF 2016 een expliciete afwijking van de UAV 2012 betreft. Dit houdt ermee verband dat de AVAF 2016 in de praktijk fungeren als compleet set algemene voorwaarden en niet slechts als een lijstje afwijkingen van de UAV 2012. Bovendien hebben de AVAF 2016 ook een *signaalfunctie*. Zij doen bepaalde rechten en plichten ‘oplichten’ die voor de funderingsbranche van bijzonder belang zijn.

In dit artikel lichten wij de bij de herziening gemaakte keuzes toe. Daarbij zullen de AVAF 2016 in de eerste plaats worden gepositioneerd als voorwaarden voor de inschakeling van een gespecialiseerde onderaannemer. Vervolgens zullen de voornaamste wijzigingen worden besproken en toegelicht.

2. Naam en positionering van de AVAF 2016

2.1 Naamswijziging

De naam van de set is gewijzigd. De nieuwe naam AVAF 2016 voorkomt verwarring met de vereniging NVAF Net als bij de set in 2009, maar in afwijking van die uit 1999, is in de naam de term ‘onderaanneming’ afwezig.⁵ Aangezien de gebruikers van

¹ Gert Weerheim en Lennart Alberts zijn advocaat bij BVD Advocaten te Hardinxveld-Giessendam. Zij hebben de NVAF geadviseerd over de herziening van de algemene voorwaarden.

² De AVAF 2016 zijn te raadplegen via de website van de NVAF: <www.funderingsbedrijf.nl/index.php?id=87/ALGEMENE+VOORWAARDEN.htm>.

³ Zie bijv. RvA 17 juni 2014, No. 34.844.

⁴ M.A.B. Chao-Duivis, ‘De Algemene voorwaarden voor de aanneming van funderingswerken 2009’, *TBR* 2012/12, p. 1201-2010; G.J. Lantink, ‘De Algemene voorwaarden voor de aanneming van funderingswerken 2009. Een reactie’, met ‘Naschrift’ door M.A.B. Chao-Duivis, *TBR* 2013/12, p. 1175-1178.

⁵ In 1999 luidde de naam: Algemene Voorwaarden voor de Onderaanneming van Funderingswerken.



Nederlandse Vereniging Aannemers Funderingswerken

de AVAF 2016 veelal zelf de onderaannemer zijn, past de naam ‘onderaannemingsvoorwaarden’ niet. Onderaannemings- en inkoopvoorwaarden worden immers door de hoofdaannemer gehanteerd jegens zijn onderaannemer, terwijl de AVAF 2016 door de funderingsaannemer worden gebruikt jegens zijn opdrachtgever (hoofdaannemer).

Wel is ervoor gekozen de AVAF 2016 in hun geheel af te stemmen op de situatie van onderaanneming. Dit is een tweede, niet onbelangrijke wijziging. In het grootste deel van de gevallen werkt de funderingsaannemer als onderaannemer. Juist voor die situatie zijn de UAV 2012 niet in alle opzichten geschikt. Hierop zal hierna uitgebreid worden teruggekomen. Waar de NVAF 2009 nog in het midden lieten of sprake was van hoofdaanneming of onderaanneming maken de AVAF 2016 een duidelijke keuze. Concreet is dat zichtbaar doordat bijvoorbeeld de principaal (één van de derden bij de overeenkomst tussen opdrachtgever en funderingsaannemer) met naam en toenaam is genoemd.

2.2 Funderingsaannemer als onderaannemer

Zoals gezegd, is er bij de herziening van NVAF 2009 naar gestreefd om de funderingsaannemer recht te doen in zijn hoedanigheid van *gespecialiseerde onderaannemer*. Wat de hoedanigheid van *onderaannemer* betreft, is een veelgestelde vraag in hoeverre de positie van de onderaannemer een wezenlijk andere is dan die van hoofdaannemer. Volgens Chao-Duivis - in haar artikelen over de verhouding onderaannemer-hoofdaannemer-opdrachtgever - is er weliswaar veel rechtspraak beschikbaar waarin de positie van de onderaannemer aan de orde komt, maar die rechtspraak vertoont volgens haar ‘in het algemeen grote overeenstemming met de rechtspraak inzake de ‘gewone’ overeenkomst van aanneming van werk.’⁶

Toch laat de rechtspraak (die Chao-Duivis aanhaalt) naar onze mening zien dat het bijzondere karakter van de hoedanigheid van onderaannemer wel degelijk een rol speelt. Het werken als onderaannemer leidt tot allerlei juridische problemen die in de verhouding principaal-hoofdaannemer in mindere mate een rol spelen. Te denken valt aan de moeite van de onderaannemer om retentierecht uit te oefenen, aan opleveringsperikelen (er wordt door

de onderaannemer immers slechts een deel van het werk opgeleverd) en aan de juridische verhouding tot (de directie van) de principaal. In de praktijk blijkt voorts dat onderwerpen als ‘back-to-back contracteren’ aan belang winnen.⁷ Bovendien is de onderaannemingsovereenkomst, anders dan in Nederland, in landen als België, Frankrijk en Spanje als zelfstandige figuur wettelijk verankerd.⁸ In de wetgeving van die landen wordt de bijzondere positie van de onderaannemer - als *species* van de ‘reguliere’ aannemer - tot uitdrukking gebracht. Onder meer is in deze landen onder omstandigheden een rechtstreekse vordering van de onderaannemer op de principaal mogelijk.⁹

Er dient dus niet te snel te worden aangenomen dat de onderaannemer geen eigen plaats in het juridisch bestel inneemt.¹⁰ Als gezegd, is bij de herziening van de AVAF 2016 in elk geval ervoor gekozen ze af te stemmen op de rol van de onderaannemer. Hierbij hebben de volgende overwegingen een rol gespeeld.

De onderaannemer verbindt zich in de eerste plaats veelal (slechts) tot de uitvoering van een deel van het werk. De werkzaamheden worden ingepland door zijn opdrachtgever (hoofdaannemer) die ook de randvoorwaarden (bijv. toegankelijkheid bouwterrein, markering) creëert om de werkzaamheden uit te voeren. Van volledige doorwerking van de voorwaarden die gelden tussen principaal en de hoofdaannemer kan daardoor geen sprake zijn.¹¹ Beperken wij de voorwaarden tussen de principaal en de hoofdaannemer tot de inhoud van de UAV 2012 dan geldt reeds dat tal van artikelen niet zonder meer kunnen worden doorgelegd naar de onderaannemingsovereenkomst. Te denken valt

⁷ Het onderwerp kan ook op een toenemende belangstelling rekenen gelet op onder meer de studiemiddagen die daarover door het IBR worden georganiseerd, alsook de artikelen die over dit onderwerp zijn gepubliceerd. Zie bijv. S. van den Boogaart en L.F. Dröge, ‘Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-projecten. Aandachtspunten, risico’s en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen’, *TBR* 2015/6, 570-581. Niet voor niets neemt het onderwerp *back-to-back* ook een groot deel van het door Chao-Duivis verrichte (en hiervoor aangehaalde) jurisprudentieonderzoek in beslag.

⁸ Vgl. M.A.B. Chao-Duivis, ‘Onderaanneming in Europa. Uitkomsten van een enquête in België, Engeland en Wals, Frankrijk, Duitsland, Italië, Nederland, Slowakije, Spanje en Zwitserland’, *TBR* 2013/3, p. 229-240.

⁹ Dat is bepaald geen overbodige luxe in tijden waarin faillissementen van (grotere) aannemers helaas geen uitzondering zijn. Wat ons betreft, verdient ook in Nederland de specifieke rol van de onderaannemer nader onderzoek.

¹⁰ Wat ons betreft, zou in Nederland de specifieke rol van de onderaannemer nader onderzoek en debat verdienen.

¹¹ M.A.M.C. van den Berg, Assers’-Serie, *Deel VI Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 204.

⁶ M.A.B. Chao-Duivis, ‘De verhouding onderaannemer-hoofdaannemer-opdrachtgever (deel 1). Een jurisprudentie onderzoek’, *TBR* 2013/5, p. 435-455. Zie daarnaast: M.A.B. Chao-Duivis, ‘De verhouding onderaannemer-hoofdaannemer-opdrachtgever (deel 2). Een jurisprudentie onderzoek’, *TBR* 2013/6, p. 548-563.

bijvoorbeeld aan de bepalingen over de verplichtingen van de aannemer ex § 6 UAV 2012¹², die over goedkeuring en oplevering ex § 9 en 10 UAV 2012, de verplichtingen (tot onder andere het uitzetten van het werk) ex § 28 UAV 2012, de verplichting om te verzekeren ex § 43b UAV 2012 en de bepalingen van § 44 UAV 2012. Dergelijke bepalingen zijn vooral zinvol in de contractuele context van principaal-hoofdaannemer. De prestatieplicht van de onderaannemer is nu eenmaal niet gelijk aan die van de hoofdaannemer.¹³

Daarnaast dient in een onderaannemingsovereenkomst eenduidigheid te bestaan over de vraag welke van de principaal afkomstige informatie ook van belang is voor de funderingsaannemer. De discussies over *back-to-back* clausules in de rechtspraak laten zien dat juist daar vaak de schoen wringt: waarmee had de onderaannemer rekening moeten houden en voor welke werkzaamheden is hij verantwoordelijk (en dus: aansprakelijk)? Hierin geven de UAV 2012 voor de funderingsaannemer nogal eens onvoldoende richting. Ook is op dit punt de signaalfunctie van de AVAF 2016 van belang. Bij de herziening van de algemene voorwaarden is daarom - wat wij noemen - het 'beginsel van contractuele transparantie' uitgangspunt geweest. Gepoogd is strikt af te bakenen wat de verplichtingen van de funderingsaannemer wel en niet zijn.¹⁴ Bovendien is de nadruk gelegd op de informatieverplichting van de hoofdaannemer jegens de onderaannemer om adequate informatie te verschaffen over onder andere de voor het werk relevante bescheiden en de gegevens met betrekking tot de bodem.¹⁵

Verder wordt de positie van de funderingsaannemer verzekeringstechnisch gekenmerkt door afhankelijkheid van de opdrachtgever. Het is immers niet de funderingsaannemer maar de opdrachtgever of principaal die de CAR-verzekering afsluit. De funderingsaannemer moet zich er dus van kunnen vergewissen dat de af te sluiten polis deugdelijk is en voldoende dekking biedt.

Tot slot kan worden opgemerkt dat de funderingsaannemer vroeg in het bouwproces klaar is. De opdrachtgever komt op dat moment nog lang niet aan een integrale oplevering toe. Ook een specifieke regeling inzake oplevering van de funderingswerkzaamheden is derhalve wenselijk.

2.3 De gespecialiseerde aannemer

Behalve aan de afstemming van de voorwaarden op het onderaannemerschap ontleen de AVAF 2016 hun bestaansrecht aan de mate van specialisatie van de werkzaamheden van de funderingsaannemer. Dit past in de tendens tot specialisatie in het bouwproces, zoals onder andere Van den Berg die signaleert in zijn bespreking van de figuur onderaanneming.¹⁶ De rol van de funderingsaannemer is fundamenteel anders dan bijvoorbeeld die van de 'reguliere' bouwkundig of installatietechnisch aannemer. Wij wijzen op een aantal in het oog springende verschillen.

De funderingsaannemer wordt in de eerste plaats ingeschakeld om het funderingswerk tot stand te brengen zoals de opdrachtgever dat heeft bepaald.¹⁷ In de funderingsbranche wordt dan ook wel chargerend gezegd dat veelal slechts strekkende meter paal of vierkante meter damwand worden verkocht. Tegelijkertijd is geen sprake van een koopovereenkomst (waar voornoemde uitspraak op zou duiden), maar blijft sprake van een aannemingsovereenkomst in de zin van artikel 7:750 BW met alles wat daarmee samenhangt. Juist in combinatie met de informatieachterstand die de positie van de funderingsaannemer veelal kenmerkt¹⁸, is het verrichten van funderingswerkzaamheden een risicovolle bezigheid.

De rol van gespecialiseerde aannemer rechtvaardigt ook om andere redenen een specifieke en van de UAV 2012 afwijkende regeling. De funderingsaannemer komt in de bouwketen doorgaans als eerste op de bouwplaats, waarbij door hem zware funderingsmachines worden ingezet. Dat noodzaakt tot specifieke eisen aan de inrichting en begaanbaarheid van het bouwterrein. Verder is door grote afhankelijkheid van materieel (funderingsmachines zijn niet eenvoudig te verplaatsen en beperkt 'voorradig') een specifieke regeling gerechtvaardigd waar het gaat om de aanvang van het werk, planning en termijnen. Daarbij dient onder andere rekening te worden gehouden met een grotere gevoeligheid voor vertraging.¹⁹

Een ander belangrijk onderwerp voor de funderingsaannemer is de bodem waarin gewerkt moet worden. Wat er in die bodem zit, is immers onzichtbaar en in zekere mate onvoorspelbaar. Dat vraagt

¹² Zie onder meer § 6 lid 3 sub c, lid 10, lid 11, lid 12 en lid 16. Deze verplichtingen zijn opgelegd aan de hoofdaannemer en horen niet, althans niet per definitie, thuis bij de funderingsaannemer.

¹³ Vgl. M.A.M.C. van den Berg, Asser-serie, *Deel VI Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 204.

¹⁴ Zie met name artikel 2 AVAF 2016, waarbij in het vierde lid diverse met name genoemde werkzaamheden van de overeenkomst zijn uitgesloten.

¹⁵ Deze informatieverplichting is, vergeleken met § 5 UAV 2012, meer ingekleurd en afgestemd.

¹⁶ M.A.M.C. van den Berg, Asser-serie, *Deel VI Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 191.

¹⁷ Vgl. ook: G.J. Lantink, 'De Algemene voorwaarden voor de aanneming van funderingswerken 2009. Een reactie', met 'Naschrift' door M.A.B. Chao-Duvis, *TBR* 2013/12, p. 1175-1178.

¹⁸ Hetzij door een tekort aan informatie (indien niet voldaan wordt aan de informatieverplichting), hetzij door een overschot aan informatie in bijvoorbeeld een dataroom zonder duidelijke afbakening (waarvan de jurisprudentie over *back-to-back* genoeg voorbeelden laat zien).

¹⁹ Meer flexibiliteit ten opzichte van de UAV 2012 - met als uitgangspunt de kortingsregeling van § 42 - is daarom gewenst.

om specifieke afspraken over het verstrekken van informatie over de concrete gesteldheid van de bodem. Cruciaal zijn daarnaast eenduidige afspraken over de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van bepaalde funderingswerkzaamheden op die bodemgesteldheid.

De funderingsaannemer is bovendien in zekere zin kwetsbaar. Enerzijds heeft hij een beperkte ruimte om zijn werkzaamheden naar eigen goeddunken uit te voeren. Anderzijds brengt de aard van de funderingswerkzaamheden aanzienlijke risico's met zich mee. Zonder dat een duidelijke oorzaak is aan te wijzen, kunnen damwanden uit het slot lopen²⁰, kunnen in de grond gevormde palen uitspoelen²¹ of kan trillings schade ontstaan aan ondergrondse kabels en leidingen en belendingen²². Vanzelfsprekend kan de funderingsaannemer niet aansprakelijk worden gehouden voor datgene waarvoor hij niet verantwoordelijk is, maar juist dat uitgangspunt vergt een duidelijke afbakening van de wederzijdse verantwoordelijkheden van opdrachtgever en funderingsaannemer.

Ten slotte geldt dat zelfs bij een heldere afbakening van de partijverantwoordelijkheden - waarvoor in de AVAF 2016 een basis wordt gelegd - een aanzienlijk grijs gebied blijft bestaan.²³ Waar de funderingsaannemer grote risico's loopt tegen lage marges is dan ook een beperking van diens aansprakelijkheid aangewezen. Wij zullen daarop bij de bespreking van de belangrijkste wijzigingen nader ingaan, maar merken reeds op dat aansprakelijkheid voor schade die niet verzekerd is, om die reden in financiële zin beperkt is tot 10% van de aannemingsom. In de AVAF 2016 wordt derhalve (gedeeltelijk) afgeweken van het aansprakelijkheidsregime van § 12 en de regels over schade aan het werk van § 44 UAV 2012.

Bij het herzieningsproces is - kortom - zoveel mogelijk rekening gehouden met de branchespecifieke kenmerken van de funderingsaannemer. Daarmee wordt bevorderd dat de wederzijdse verplichtingen helder zijn vastgelegd. Omdat daarmee niet geheel kan worden voorkomen dat nog steeds aanzienlijke risico's bij de funderingsaannemer worden neergelegd, is voorzien in een regeling die de aansprakelijkheid van de funderingsaannemer beperkt. Dit evenwel zonder dat daarmee de ver-

houding opdrachtgever - funderingsaannemer uit balans raakt.

3. Toelichting op de belangrijkste wijzigingen

3.1 Toepasselijkheid UAV 2012, totstandkoming en inhoud (artikel 1 en 2)

Artikel 1 is niet principieel gewijzigd ten opzichte van de NVAF 2009. De voornaamste wijziging bestaat uit de verwijzing naar de UAV 2012.²⁴ De UAV 2012 is van toepassing op de overeenkomst, maar bij tegenstrijdigheid prevaleren de AVAF 2016. De afwijzing van de voorwaarden van de opdrachtgever (zoals dat in de NVAF 2009 is opgenomen) is verwijderd, omdat een dergelijke afwijzing in algemene voorwaarden geen effect sorteert.²⁵

Het voormalige artikel 2 is herzien. Waar in het oude artikel 2 uitsluitend bepaalde werkzaamheden van de overeenkomst werden uitgesloten, wordt in de AVAF 2016 eerst een aantal uitgangspunten geformuleerd, waarna vervolgens wordt geëxpliciteerd welke werkzaamheden voor rekening van de opdrachtgever zijn. De geformuleerde uitgangspunten beogen tegenwicht te bieden aan de neiging van opdrachtgevers om de technische en administratieve bepalingen van de principaal *back-to-back* door te leggen naar de opdrachtnemer. In artikel 2 AVAF 2016 worden de piketpaaltjes geslagen die noodzakelijk zijn voor contractuele transparantie. Wij zullen deze kort bespreken.

In de praktijk komen discussies voor over wat de precieze omvang is van de verplichtingen van de opdrachtnemer. Gekozen is daarom voor het uitgangspunt dat niet met name genoemde werkzaamheden niet tot de verplichtingen van de opdrachtnemer behoren (2.2 en 2.3).

Daarnaast wordt in het vierde lid onderstreept welke werkzaamheden en kosten - tenzij dat expliciet anders is overeengekomen - tot de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever behoren. De opsomming is tot stand gekomen op grond van ervaringen in de praktijk en in nauwe samenwerking met de werkgroep 'contractuele relaties' van de NVAF. De regeling betreft met name werkzaamheden die weliswaar samenhangen met de funderingswerkzaamheden, maar die daarvan niet noodzakelijkerwijs onderdeel uitmaken. Te denken valt aan het verwijderen van zich in de grond bevin-

²⁰ Vgl. RvA 15 maart 2000, No. 20.683. Zie voorts het rapport J. Bree-develd en J.L. Bijnagte, 'Inventarisatie slotverkliekers', GeoDelft rapport 2005.

²¹ Vgl. RvA 28 december 2011, No. 31.712, waarin de funderingsaannemer dient te bewijzen dat paalschades door uitspoelen niet het gevolg zijn van haar uitvoeringsfout. In bijv. de uitspraak RvA 22 november 2011, No. 31.723 is de funderingsaannemer voor 75% aansprakelijk voor het uitspoelen van palen.

²² Vgl. RvA 16 juni 2004, No. 24.964.

²³ Vgl. RvA 31 maart 2011, No. 71.532 en RvA 18 april 2011, No. 30.700.

²⁴ Voor de goede orde zij opgemerkt dat de AVAF 2016 niet geschikt zijn om te worden gebruikt in combinatie met de UAV-GC 2005.

²⁵ Een afwijzing is immers slechts dan succesvol indien zij voldoende concreet en expliciet plaatsvindt en in de overeenkomst of offertebrief is opgenomen. Zie ter illustratie van de vaste jurisprudentie Hof Den Bosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:748, r.o. 4.13 en RvA 17 juni 2014, No. 34.844, BR 2014, p. 127 m. nt. J.M. Henriquez.

dende obstakels.²⁶ Tenzij anders is overeengekomen dienen deze werkzaamheden door de opdrachtgever te worden verricht en dient die ook de kosten daarvan te dragen.

3.2 Risicoregeling, prijzen (artikel 3)

Artikel 3 NVAF 2009 had de titel 'Risicoregeling'. Aan bestond uit de bepaling die thans artikel 3.1 AVAF 2016 vormt.²⁷ Gekozen is om aan artikel 3 een lid toe te voegen over het hanteren van verrekenprijzen. De UAV 2012 voorziet daarin met § 38 en § 39. Voor de funderingsbranche laten deze artikelen teveel open eindjes bestaan.

Specifiek voor de branche is bijvoorbeeld de inzet van zware machines die op- en afgebouwd moeten worden en die niet gemakkelijk zijn te verplaatsen. De verrekenprijzen voor leveranties of verhuur worden afgegeven uitgaande van een bepaalde werkvolgorde en een continue bouwstroom, zodat de zware funderingsmachines niet tussendoor verplaatst behoeven te worden. Wijzigingen in bijvoorbeeld de werkvolgorde of de bouwstroom leiden tot de noodzaak van heroverweging van de afgegeven verrekenprijzen. Hoewel uitleg van de UAV 2012 wellicht tot eenzelfde resultaat kan leiden²⁸, is dit uitgangspunt in het tweede lid verhelderd om onzekerheid zoveel mogelijk te voorkomen en recht te doen aan de signaalfunctie van de AVAF 2016.

3.3 Verplichtingen van de opdrachtgever (artikel 4, 5 en 6)

Artikel 4 AVAF 2016 bevat de algemene verplichtingen van de opdrachtgever, die voorheen grotendeels geregeld werden in artikel 5 NVAF 2009. Artikel 5 AVAF 2016 bevat specifieke verplichtingen ten aanzien van het bouwterrein en artikel 6 verplichtingen ten aanzien van de bodem. Laatstgenoemde artikelen zijn gewijzigd, maar niet fundamenteel. De algemene verplichtingen van de opdrachtgever zien vooral op de informatieverplichting (4.1-4.4) en op de verantwoordelijkheden van de opdrachtgever om de uitvoering van het werk überhaupt mogelijk te maken (4.5-4.9).

Hoewel § 5 UAV 2012 onder meer een informatieverplichting van de opdrachtgever bevat, vereist

²⁶ Het staat partijen uiteraard vrij om af te spreken dat de funderingsaannemer de in artikel 2.4 AVAF 2016 genoemde werkzaamheden uitvoert. Wanneer daarover echter geen afspraak wordt gemaakt, kan er niet van uit worden gegaan dat de in artikel 2.4 genoemde werkzaamheden of kosten voor rekening van de funderingsaannemer komen.

²⁷ Deze bepalingen zijn gehandhaafd. De levering van allerhande staalproducten, zoals damwanden en wapening, noopt in verband met frequente prijschommelingen tot het maken van een voorbehoud. De regeling voor kostenverhogende omstandigheden ex § 47 UAV 2012 voorziet als gevolg van de specifieke eisen (zoals dat de kosten van het werk aanzienlijk dienen te zijn verhoogd) onvoldoende in hetgeen voor de branche noodzakelijk is.

²⁸ Zie bijv. RvA 15 april 2004, No. 24.700 en in appel RvA 16 mei 2007, No. 70.904.

de specifieke positie van de funderingsaannemer en diens onafhankelijkheid ten opzichte van de opdrachtgever dat deze nadrukkelijker haar plaats krijgt in de AVAF 2016. Artikel 4.1 AVAF 2016 behelst een brede informatieverplichting voor de opdrachtgever. De opdrachtgever is verplicht de opdrachtnemer te informeren over de relevante besteksdelen (al dan niet afkomstig van de principaal). Artikel 4.2 ziet op de informatieplicht ten aanzien van de bodem: geotechnische en hydrologische gegevens, bodemverontreiniging en de aanwezigheid van (oude) bouwstoffen dienen te worden gemeld. De opdrachtgever dient daarbij in te staan voor de juistheid en de volledigheid van de door hem verstrekte gegevens. De artikelen 4.3 en 4.4 betreffen de verhouding met de principaal met wie de opdrachtnemer geen (directe) juridische verhouding heeft.

Artikel 4.8 betreft een branchespecifieke 'verfijning' van § 5 lid 2 UAV 2012. Onder meer is de invloed van hydrologische oorzaken toegevoegd. Een dergelijke verfijning is op zijn plaats om de wederzijdse verantwoordelijkheden helder te maken. De opdrachtnemer behoort bij door de opdrachtgever gekozen funderingstechnieken - ook al is daar door de opdrachtnemer over meegedacht - geen ontwerpverantwoordelijkheid in de schoenen geschoven te krijgen, waar het gaat om de invloed die van een bepaalde techniek of een bepaalde bouwstof uitgaat op de bodemgesteldheid.

Artikel 4.9 AVAF 2016 is nieuw toegevoegd. Het artikel regelt dat de opdrachtgever instaat voor de algehele geschiktheid van door hem voorgeschreven bouwstoffen. Dit vormt een afwijking van § 5 lid 4 UAV 2012, waarin de verantwoordelijkheid wordt beperkt tot de functionele geschiktheid. Voor de funderingsaannemer is echter cruciaal dat de opdrachtgever ook instaat voor de mogelijkheid om de bouwstof in de gegeven omstandigheden toe te passen. Concreet kan het dan gaan om bijvoorbeeld de *heikbaarheid* in de gegeven omstandigheden van de door de opdrachtgever voorgeschreven paal.²⁹

3.4 Aanvang van het werk; uitvoeringsduur (artikel 7)

De factor 'tijd' verdient bijzondere aandacht in de AVAF 2016. De funderingsaannemer is sterk afhankelijk van transportmiddelen om de zware machines aan te voeren. Naast het inregelen van transport vraagt het reserveren van funderingsmachines om enige flexibiliteit in de overeenkomst. Daaraan komt artikel 7 AVAF 2016 tegemoet.

²⁹ Naar een voorbeeld uit de rechtspraak: RvA 28 oktober 2013, No. 33.271. Voor de *trilbaarheid* van de voorgeschreven damplank geldt hetzelfde.

Naast enkele redactionele aanpassingen zijn het eerste, tweede en derde lid aangescherpt. Wanneer partijen in eerste instantie geen aanvangstermijn overeenkomen, geldt niet het uitgangspunt van de UAV 2012 (de vijfde dag nadat het werk is opgedragen geldt op grond van § 7 lid 1 UAV 2012 als datum van aanvang). Onder vigeur van de AVAF 2016 dienen partijen in overleg te treden over een realistische planning. Vaak kan - vanwege branchespecifieke beperkingen - alleen een bepaalde aanvangsweek worden overeengekomen en kan slechts kort van te voren de aanvangsdag in die week worden vastgelegd.

3.5 Verzekeringen (artikel 8)

Omdat de funderingsaannemer veelvuldig optreedt als onderaannemer en er door zijn werkzaamheden aanzienlijke schade kan worden veroorzaakt, is het belangrijk dat over het bestaan van en de dekking onder de CAR-verzekering maximale duidelijkheid bestaat. Deze CAR-verzekering dient primaire dekking te verlenen en mag slechts een beperkt eigen risico bevatten. Het derde lid bepaalt welke dekking de CAR-verzekering dient te bieden. Het gaat - kort weergegeven - om de volgende categorieën: het werk (sectie I), aansprakelijkheid (sectie II) en eigendommen van de opdrachtgever (sectie III). Tevens dienen alle bij de uitvoering van het werk betrokken partijen jegens elkaar als derden te worden aangemerkt (8.5). Het inzage-recht in de polis(bescheiden) is praktisch ongewijzigd (8.6). Nadrukkelijk wordt vastgelegd dat de opdrachtgever niet geldt als medeverzekerde op verzekeringspolissen (bijvoorbeeld een AVB of materieelverzekering) van de opdrachtnemer (8.7).

Toegevoegd is het vierde lid, waarin wordt bepaald dat de CAR-verzekering van de opdrachtgever geen in-de-grond-gevormde-palen- of damwandenclausule zal bevatten.³⁰ Met name door het uitspoelen van palen (bij in de grond gevormde palen) en door uit het slot lopen van damwanden bestaat het risico op forse gevolgschade aan het werk of aan eigendommen van derden. De AVAF 2016 nemen tot uitgangspunt dat - gelet op de door de branche inmiddels toegepaste innovatieve en schadepreventieve werkwijzen³¹ - de categorische uitsluiting van dergelijke incidenten niet langer gepast is.

Voorts is een achtste lid toegevoegd, waarmee wordt overeengekomen dat de gevolgen van onderverzekering voor rekening van de opdrachtgever

komen. De opdrachtgever dient de opdrachtnemer te vrijwaren indien er ten onrechte geen dekking is of geen uitkering plaatsvindt.³²

3.6 Aansprakelijkheid van de funderingsaannemer (artikel 9)

De artikelen 8 en 9 vormen het hart van de AVAF 2016 en hangen ook nauw met elkaar samen. Er is in de AVAF 2016 een koppeling gemaakt tussen aansprakelijkheid en verzekering.³³ Artikel 9 NVAF 2009 is aan een grondige herziening onderworpen.

Uitgangspunt van artikel 9 AVAF 2016 is dat de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor tekortkomingen en deze dient te herstellen (9.1). Dit is het uitgangspunt van zowel het Burgerlijk Wetboek als de UAV 2012 (zie § 46). Dat uitgangspunt geldt ook voor de funderingsaannemer. De kernprestatie van de funderingsaannemer wordt dus niet geëxoneereerd.

Artikel 9.2 bevat een drietal uitsluitingen van aansprakelijkheid. Onder a is de beperking van de aansprakelijkheid voor misstanden van palen en (dam)wanden geformuleerd. Strekking van de bepaling is dat deze misstanden geen tekortkoming van de funderingsaannemer vormen, behoudens indien de opdrachtnemer ter zake niet aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan. Deze - op het eerste gezicht tamelijk vergaande - beperking (die ook reeds in de NVAF 2009 was opgenomen) is ingegeven en gerechtvaardigd door het feit dat enige misstand van palen of damwanden in absolute zin niet valt te voorkomen. De andere beperkingen houden - kort weergegeven - in dat de opdrachtnemer in beginsel niet aansprakelijk is voor schade aan kabels en leidingen en voor schade die het gevolg is van fouten in het ontwerp. Vanzelfsprekend dient de opdrachtnemer daarbij wel aan zijn zorgplicht te voldoen.

De volgende leden bevatten vervolgens (financiële) aansprakelijkheidsbeperkingen, waarbij - in afwijking van de NVAF 2009³⁴ - sprake is van een zogenaamde 'drietrapraket':

1. De eerste aansprakelijkheidsbeperking (artikel 9.3) betreft een financiële beperking. De scha-

³² Hetgeen aansluit bij jurisprudentie, zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 11 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2014:6012.

³³ Niet alleen is deze koppeling er één die veelvoudig voorkomt in de bouwpraktijk, maar tevens was deze ook reeds min of meer in de NVAF 2009 opgenomen. Artikel 9.3 NVAF 2009 luidde namelijk als volgt: 'Onverminderd het bepaalde in artikel 10 omtrent verzekering zal de opdrachtnemer nimmer voor meer aansprakelijk gehouden worden dan een bedrag gelijk aan 10% van zijn aannemings-som, met een maximum van € 225.000,-'. Deze zinsnede, die verwijst naar de op grond van artikel 10 NVAF 2009 gesloten verzekering, suggereert dat indien dekking onder de verzekering bestaat de beperking tot 10% van de aannemings-som niet geldt.

³⁴ De NVAF 2009 bevatte uitsluitend de beperking van de aansprakelijkheid tot 10% van de aannemings-som.

³⁰ Gedoeld wordt op clausules met de strekking van bijvoorbeeld de adviesclausules van de Vereniging Nederlandse Assurantiebeurs. Blijkens vaste jurisprudentie (bijv. RvA 3 juli 2008, nr. 26.510) dient de onderaannemer met dergelijke clausules rekening te houden, aangezien zij gebruikelijke uitsluitingen vormen. Onder de AVAF 2016 kan dat dus niet zonder meer worden volgehouden.

³¹ Daarbij kan gedacht worden aan de regelmatig toegepaste slotverkliekers.

devergoeding die de opdrachtnemer uit hoofde van aansprakelijkheid dient te betalen, is nimmer hoger dan de aannemingsom. Deze beperking is noodzakelijk om de werkzaamheden verzekeraar te houden.

2. Ook de tweede aansprakelijkheidsbeperking (artikel 9.4) betreft een financiële beperking. De schadevergoeding die de opdrachtnemer uit hoofde van aansprakelijkheid dient te betalen, is nooit hoger dan het maximale bedrag dat onder de verzekering is gedekt. Daarbij gaat het om de in artikel 8 bedoelde CAR-verzekering, als ook om de WAM-verzekering en de AVB van de opdrachtnemer;
3. De derde aansprakelijkheidsbeperking is alleen van toepassing indien en voor zover er geen dekking van de schade is onder één van de genoemde verzekeringen. De opdrachtnemer dient de schade alsdan zelf te betalen. In dat geval zijn de artikelen 9.5, 9.6 en 9.7 van toepassing. Artikel 9.5 beperkt de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer tot 10% van de aannemingsom. Artikel 9.6 keert de bewijslast ten aanzien van de schade aan het werk om ten opzichte van de UAV 2012. Artikel 9.7 ten slotte bevat een exoneratie van aansprakelijkheid voor schade aan andere zaken dan het werk (gevolgschade).

Artikel 9.8 regelt de verplichting van de opdrachtgever om de opdrachtnemer te vrijwaren voor aanspraken van derden waarvoor de opdrachtnemer blijkens artikel 9 niet aansprakelijk is.

Hoewel de aansprakelijkheidsbeperkingen in artikel 9 als een aanzienlijke afwijking van de UAV 2012 kunnen worden beschouwd, zijn zij voor het kunnen functioneren van de funderingsbranche van groot belang. Onderscheid moet daarbij worden gemaakt tussen de *vestiging* van aansprakelijkheid en de *omvang* van de aansprakelijkheid. Bij de herziening van de algemene voorwaarden is getracht helder af te bakenen wat de wederzijdse verantwoordelijkheden zijn, zodat bepaald kan worden of de funderingsaannemer verantwoordelijk is. Wanneer schade ontstaat (schijnbaar) als gevolg van de funderingswerkzaamheden hangt het derhalve af van de omstandigheden van het geval of de funderingsaannemer daarvoor aansprakelijk is. Het enkel toebrengen van schade is strikt genomen niet voldoende voor aansprakelijkheid.³⁵ Met andere woorden: wil sprake zijn van aansprakelijkheid dan dient de veroorzaker van de schade in een dergelijk geval verwijtbaar te hebben gehandeld.³⁶ Hierbij komt het aan op de vraag of en zo ja, in hoeverre de funderingsaannemer heeft gehandeld in strijd met de op hem rustende zorgvuldigheidnormen.

De rechtspraak maar zeker ook de discussies in de dagelijkse praktijk laten zien dat de invulling van deze zorgvuldigheidnorm ruimte laat voor interpretatie.³⁷ Dat leidt tot rechtsonzekerheid. Derhalve is het voor de funderingsaannemers noodzakelijk hun aansprakelijkheid te beperken. Dat gebeurt doordat aansprakelijkheid voor een aantal gebeurtenissen geheel wordt uitgesloten. Daarnaast is de aansprakelijkheid in omvang beperkt. Al deze bepalingen zijn voor het functioneren van de funderingsbranche van groot belang. Wij lichten toe waarom zij volgens ons gerechtvaardigd en noodzakelijk zijn, in aanvulling op hetgeen in paragraaf 2 reeds is toegelicht.

In de eerste plaats geldt dat de funderingsaannemer te maken heeft met lage marges aan de ene kant en hoge risico's aan de andere kant. Een groot deel van de aannemingsom van de funderingsaannemer bestaat uit materiaalkosten. De invloed die de funderingsaannemer op de keuzes van de opdrachtgever en op de wijze van uitvoering heeft, is doorgaans gering. Daarbij past niet een in beginsel onbegrensde aansprakelijkheid tijdens de uitvoeringsfase zoals deze zou voortvloeien uit de UAV 2012.

In de tweede plaats is van belang dat de zware funderingswerkzaamheden plaatsvinden onder het maaiveld, terwijl de opdrachtnemer weinig invloed heeft op de uitvoeringswijze. De aard van de werkzaamheden brengt met zich mee dat de uitvoering van de werkzaamheden 'kwetsbaar' is voor zowel kabels en leidingen als belendingen en dergelijke. Bovendien is hetgeen zich in de bodem afspeelt niet altijd voorspelbaar en nog minder beheersbaar. De schade, veelal ook indirecte schade zoals vertragingsschade, die daardoor kan optreden, kan zeer hoog oplopen.

In de derde plaats speelt de aansprakelijkheid van de funderingsaannemer meestal tijdens de uitvoering en ver vóór de oplevering van het werk. Dit in afwijking van de situatie die geldt voor de meeste overige aannemers, die veelal pas na oplevering van het werk te maken krijgen met aansprakelijkheid uit hoofde van gebreken. Ook dat duidt erop dat het aansprakelijkheidsregime van de UAV 2012 - dat tot aan oplevering in feite uitgaat van onbeperkte aansprakelijkheid - niet goed past bij de situatie van de funderingsaannemer.

In de vierde plaats kan worden vermeld dat een aansprakelijkheidsbeperking tot 10% van de aannemingsom, zoals deze was opgenomen in de NVAF 2009, ook in de jurisprudentie van de Raad

³⁵ HR 5 november 1965, NJ 1966, 163 (*Kelderluik*).

³⁶ HR 27 januari 1939, NJ 1939, 874 en HR 9 maart 1973, NJ 1973, 464.

³⁷ Een goed voorbeeld daarvan is te vinden in de uitspraak RvA 18 april 2011, No. 30.400.

van Arbitrage in beginsel aanvaardbaar werd geacht.³⁸

Ten slotte geldt dat een beperking van de aansprakelijkheid tot een percentage van de aannemingsom (onder andere internationaal) niet ongebruikelijk is. In de internationale context van contracten wordt doorgaans gewerkt met een *overall liability cap* van 25-45% van de aannemingsom.³⁹ Dat betekent dat de aansprakelijkheid voor (gevolg)schade bij derden, boetes, het niet nakomen van een waarschuwingsplicht, voortijdige beëindiging etc. in alle gevallen (cumulatief) nooit hoger mag zijn dan de overeengekomen *liability cap*, als percentage van de aannemingsom. Ook kan gewezen worden op § 28 lid 3 UAV-GC, waarin een aansprakelijkheidsbeperking van 10% van de aannemingsom is opgenomen met een minimum van de redelijkerwijs te verzekeren som (zijnde € 1.500.000,-). De AVAF 2016 zoeken in die zin aansluiting bij een bestaande contractspraktijk.⁴⁰ Daarvoor zijn, zoals blijkt uit het voorgaande, voldoende redenen. Voor de funderingsbranche is het om de genoemde redenen noodzakelijk om aansprakelijkheid te reduceren tot 10% van de aannemingsom. Voor alle duidelijkheid: wel geldt dat deze beperking pas opgaat als er geen dekking blijkt te zijn onder enige verzekering.

3.7 Overig (artikel 10, 11 en 12)

Het derde lid van artikel 12 AVAF 2016 is nieuw toegevoegd en bevat een conversiebepaling. Mocht een van de bepalingen uit de AVAF 2016 nietig of onredelijk bezwarend blijken te zijn, dan geldt op grond van artikel 12.3 dat die bepaling wordt geacht te zijn geconverteerd in een bepaling die niet nietig of onredelijk bezwarend is, waarbij zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij de inhoud van de nietige of vernietigde bepaling. Dit derde lid is in lijn met artikel 3:42 BW, maar bevat

daarop een aanvulling waardoor conversie gemakkelijker kan plaatsvinden.

De oude artikelen 12 (Afrekening) en 14 (Garanties) uit de NVAF 2009 zijn vervallen, omdat zij in de praktijk geen onderscheidende rol bleken te vervullen.

4. Afrondende opmerkingen

De belangrijkste wijzigingen in de AVAF 2016 betreffen (a) de verduidelijking van wat wel of niet tot de verantwoordelijkheid van de funderingsaannemer behoort; (b) de uitwerking van de informatieplicht van de opdrachtgever en (c) de wijziging van het aansprakelijkheidsregime door middel van onder andere een expliciet(er) koppeling aan de verzekeringsdekking. Daarbij is de beperking van de aansprakelijkheid van de funderingsaannemer gehandhaafd, maar op zodanige wijze dat dit in de praktijk niet tot (onoverkomelijke) beletselen behoeft te leiden.

Ten slotte: de AVAF 2016 zijn niet tweezijdig tot stand gekomen, in de zin dat zij het resultaat vormen van een overleg tussen opdrachtgevers en funderingsaannemers. Dat laat onverlet dat bij het herzieningsproces getracht is om de voorwaarden aan aanvaardbaarheid te laten winnen. Onder meer diverse verzekeraars, verzekeringstussenpersonen en het IBR is gevraagd om een reactie op de conceptversie van de nieuwe voorwaarden. De AVAF 2016 zijn mede te beschouwen als resultante van deze consultatie, waarbij echter wel - door de werkgroep 'contractuele relaties' van de NVAF - onafhankelijke keuzes zijn gemaakt. Wij menen dat de funderingsaannemers met de AVAF 2016 beschikken over een evenwichtige set voorwaarden dat recht doet aan hun specifieke rol in het bouwproces. ●

³⁸ Zie bijv. RvA 11 december 2009, No. 30.427.

³⁹ Vgl. E. Van Dam, I. de Groot, D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor herziening?', in *TBR* 2016/1, p. 26-38. In paragraaf 6.1 van het artikel wordt gesteld dat een beperking van het totale bedrag waarvoor de opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005 aansprakelijk kan worden gehouden ontbreekt. Volgens de auteurs is dat internationaal wel gebruikelijk, waarbij wordt verwezen naar een aantal internationale standaardcontracten (NEC3 en FIDIC). Artikel 17.6 van de FIDIC Conditions for Contracting EPC/Turnkey Projects bepaalt bijvoorbeeld dat 'the total liability of the Contractor to the Employer [...] shall not exceed the sum stated in the Particular Conditions or (if a sum is not so stated) the Accepted Contract Amount.'

⁴⁰ Wij wijzen ook nog op de Metaalunie-voorwaarden 2014, die een 'tweetrapsraket' kennen. Daarbij is de beperking in de eerste plaats de maximale verzekerde som en in de tweede plaats - bij gebreke van de dekking van de schade onder enige verzekering - 15% van de aannemingsom (artikel 13.3).