AWVODI-2016 - Toelichting

Toelichting op het gebruik van de AWVODI-2016
Deze Toelichting is openbaar, maar maakt geen onderdeel uit van de Overeenkomst. Bij twijfel over de betekenis of uitleg van de AWVODI-2016 kan wat in deze Toelichting staat mede bepalend zijn. De Toelichting doet geen afbreuk aan wat Partijen in een concreet geval zijn overeengekomen.

1. Algemene inleiding

1.1 Doel van de AWVODI

In het kader van deze Toelichting worden de "Algemene Waterschapsvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van diensten 2016" kortheidshalve als "AWVODI" aangeduid.
De AWVODI bieden een eenvormige set van algemene voorwaarden voor dienstverleningsovereenkomsten tussen Opdrachtgever (het waterschap) en derden.
Bij het opstellen van de AWVODI en deze Toelichting zijn de Algemene Rijksvoorwaarden voor het verstrekken van opdrachten tot het verrichten van diensten 2014 (ARVODI), als uitgangspunt gebruikt.

1.2 Wijzigingen in de versie 2016 t.o.v. de versie 2012

De AWVODI-2012 zijn herzien mede naar aanleiding van de Gids Proportionaliteit. Zo zijn de bepalingen met betrekking tot aansprakelijkheid, boete, intellectuele eigendomsrechten en verzekering aangepast. Daarbij is ook het bedrijfsleven betrokken. Daarnaast zijn de teksten van de AWVODI verder gelijkgetrokken met de Algemene Waterschapsinkoopvoorwaarden voor leveringen 2016 (AWIV 2016) en de Algemene Waterschapsvoorwaarden bij IT-overeenkomsten 2016 (AWBIT 2016). Ten slotte is een aantal bepalingen uit oogpunt van begrijpelijkheid geherformuleerd, verbeterd of verplaatst.

1.3 Gebruik van de AWVODI

Om de AWVODI van toepassing te kunnen laten zijn, moeten ze van toepassing worden verklaard in de bijbehorende aanbestedingsdocument, offerteaanvraag of Overeenkomst. Zowel bij een aanbesteding als bij een onderhandse offerteprocedure verdient het aanbeveling een exemplaar van de AWVODI samen met de overige aanbestedingsdocumenten (en indien van toepassing: het concept van de Overeenkomst) naar de inschrijvers of geselecteerde aanbieder(s) te sturen of te publiceren.
De AWVODI zijn in beginsel bedoeld voor alle vormen van dienstverlening. Een uitzondering betreft rechtsverhoudingen die zo specifiek zijn, dat het verstandig is voor de desbetreffende opdracht andere voorwaarden te gebruiken. Bijvoorbeeld: voor automatiseringsopdrachten zijn de AWBIT 2016 beter geschikt. En voor de aankoop en levering van (stoffelijke) zaken wordt gebruik gemaakt van de AWIV 2016.

1.4 Afwijking van de AWVODI

In uitzonderingsgevallen kan van de AWVODI worden afgeweken, waarbij de afwijkingsmogelijkheden zoals aangegeven in deze Toelichting als uitgangspunt gelden. Het verdient aanbeveling om in een dergelijk geval contact op te nemen met de juridische afdeling.

1.5 Suggesties/vragen

Het blijft van belang de AWVODI actueel te houden en waar nodig verder aan te passen aan nieuwe inzichten van de gebruikers. Voor daarmee verband houdende suggesties of vragen kunt u een e-mail sturen aan: inkoopvoorwaarden@uvw.nl.

2. Artikelsgewijze toelichting

Hierna wordt een aantal artikelen toegelicht. Een aantal artikelen spreekt voor zich, hiervoor is geen toelichting opgenomen.

Hoofdstuk I – Algemeen

Artikel 1 Begrippen
In de AWVODI is in artikel 1 een aantal begrippen gedefinieerd. Daarmee wordt aangegeven dat waar in de voorwaarden een dergelijke aanduiding met een hoofdletter wordt gehanteerd, daaraan de betekenis moet worden toegekend zoals in artikel 1 is omschreven. Hetzelfde geldt voor het gebruik van deze begrippen in de overeenkomsten.

Het begrip “Bijlage” wordt gedefinieerd als een aanhangsel bij de Overeenkomst dat door parafering door de bij de Overeenkomst betrokken Partijen daarvan deel uitmaakt. Er moet dan ook goed op worden gelet dat bijlagen daadwerkelijk door de Partijen worden geparafeerd.

Uit de definitie "Personeel van Opdrachtnemer" volgt dat het daarbij niet alleen gaat om personen die bij Opdrachtnemer in dienst zijn, maar ook om personen die hij uitsluitend ter uitvoering van de overeenkomst inhuurt of anderszins inzet, de zogenoemde "hulppersonen", bijvoorbeeld bij onderaanneming (zie ook artikel 8). Dergelijke hulppersonen zijn dus ook gehouden aan de verplichtingen die zijn genoemd in artikel 13 (persoonsgegevens), 15 (beveiliging) en 21 (aansprakelijkheid).

Bij het begrip “Werkdag” wordt verwezen naar de Algemene termijnenwet. De algemeen erkende feestdagen uit de Algemene termijnenwet zijn: Nieuwjaarsdag, Christelijke tweede Paas- en Pinksterdag, de beide Kerstdagen, Hemelvaartsdag, de dag waarop de verjaardag van de Koning wordt gevierd en de vijfde mei. Ingeval een Overeenkomst wordt gesloten met een buitenlandse wederpartij is het raadzaam zeker te stellen dat, nu die Partij mogelijk andere erkende feestdagen gewend is, er geen verwarring ontstaat over welke dagen van toepassing zijn.

Het begrip “Partij” kan zowel betrekking hebben op Opdrachtgever als Opdrachtnemer. De context waarin het begrip wordt gebruikt moet daarom zorgvuldig worden bezien.

Artikel 2 Toepassing
Het verdient aanbeveling om ook in de Overeenkomst of opdrachtbrief op te nemen dat de voorwaarden van de Opdrachtnemer van de hand worden gewezen. Wanneer immers de Opdrachtnemer bij zijn offerte zijn eigen algemene voorwaarden heeft bijgevoegd, dan is de enkele bepaling in de AWVODI niet voldoende om de werking daarvan tegen te gaan. Wijzigingen op de overeenkomst en de voorwaarden zijn immers toegestaan. Dit betekent dat de laatst voorgestelde en (al dan niet stilzwijgend) geaccepteerde algemene voorwaarden geldend zijn.
De bepaling dat wijzigingen schriftelijk moeten zijn overeengekomen, houdt in dat het aangeven van een wijziging op zichzelf niet voldoende is, maar dat deze wijziging ook uitdrukkelijk door de andere Partij moet zijn aanvaard, hetzij door ondertekening, hetzij door het bevestigen daarvan.
In deze context kan onder “schriftelijk” ook worden verstaan via de elektronische weg zoals beschreven onder artikel 12.2.

Hoofdstuk II – Uitvoering van de overeenkomst

Artikel 3 Verplichtingen van de Opdrachtnemer
Artikel 3 benadrukt dat de Diensten zoals die in de Overeenkomst zijn beschreven, een resultaatsverplichting inhouden en niet slechts een inspanningsverplichting. Het niet nakomen van de verplichting leidt onmiddellijk tot een toerekenbare tekortkoming.

Artikel 4 Beoordeling en acceptatie
Beoordeling en acceptatie van geleverde Diensten is in deze versie optioneel gemaakt. Opdrachtgever kan dus kiezen of hij al dan niet een beoordeling wil uitvoeren. In artikel 17.1 is een link gelegd tussen de

(al dan niet stilzwijgende) acceptatie en het recht op facturering. Daarom is de termijn waarbinnen Opdrachtgever zich moet uitlaten over de beoordeling, verkort naar 14 dagen. Dit is gedaan omdat anders de Opdrachtnemer te lang moet wachten op betaling.
Wanneer de levertermijn is verlengd, dan geldt de nieuwe termijn als de overeengekomen termijn en dus gaat de 14 dagen termijn dan pas vanaf die nieuwe datum in.
Het is in bepaalde gevallen mogelijk het moment van acceptatie en betaling van een opdracht te spreiden, zo kan bij grote opdrachten gewerkt worden met verschillende (deel)opleveringen, waarbij de toetsmomenten (zowel in tijd als in prestatie) dan vooraf duidelijk moeten worden vastgelegd.
Indien er voor wordt gekozen om de toets door een derde te laten uitvoeren die in dezelfde branche werkt als waarin Opdrachtnemer werkzaam is, moet worden voorkomen dat diegene als concurrent niet de beschikking krijgt over vertrouwelijke bedrijfsgegevens van Opdrachtnemer. Dat kan bijvoorbeeld door de te toetsen prestaties aan te leveren zonder die bedrijfsgegevens bekend te maken.

Artikel 6 Vervanging van personen die belast zijn met de uitvoering van de Diensten
Het vervangen door Opdrachtnemer van eerder aangeboden en door Opdrachtgever geaccepteerde personen moet zoveel mogelijk worden voorkomen. De uitvoering van de opdracht en de samenwerkingsrelatie met de Opdrachtgever zijn gebaat bij een zekere continuïteit ten aanzien van het door Opdrachtnemer ingezette personeel. Dat neemt niet weg dat het denkbaar is dat een Opdrachtnemer een bepaalde persoon niet langer voor het uitvoeren van de opdracht kan inzetten. Opdrachtnemer mag die persoon echter ook dan niet zonder toestemming van de Opdrachtgever vervangen.
Opdrachtgever weigert zijn toestemming niet op onredelijke gronden en kan aan deze toestemming voorwaarden verbinden. Ook Opdrachtgever zelf kan Opdrachtnemer vragen bepaalde personen te vervangen indien hij van mening is dat dit in het belang van een goede uitvoering van de opdracht nodig of wenselijk is. Opdrachtnemer moet daaraan gevolg geven tenzij dat redelijkerwijs niet van hem kan worden verlangd, bijvoorbeeld omdat adequate vervanging aantoonbaar niet mogelijk is.

Hoofdstuk III – Verhouding tussen partijen en begeleiding

Artikel 9 Voortgangsrapportage
Met name bij langdurige projecten is het wenselijk om in de Overeenkomst afspraken te maken over een voortgangsrapportage.

Artikel 10 Contactpersonen
Contactpersonen mogen alle handelingen (feitelijke en rechtshandelingen) verrichten die noodzakelijk zijn in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst. Wijzigingen van de Overeenkomst kunnen echter alleen worden overeengekomen tussen de personen die de Overeenkomst hebben ondertekend dan wel door hun rechtsopvolgers en/of daartoe specifiek gevolmachtigde personen.

Artikel 12 Wijze van kennis geven
Kennisgevingen van Partijen op grond van de Overeenkomst worden schriftelijk gedaan. Het is meer en meer gebruikelijk dat in het berichtenverkeer tussen Partijen gebruik wordt gemaakt van elektronische middelen. In het bijzonder is daarbij e-mail een steeds meer gehanteerd medium. Kennisgevingen kunnen dan ook door middel van e-mail worden gedaan, mits wordt voldaan aan de eisen zoals neergelegd in lid 2. De tekst van dit artikellid is gebaseerd op artikel 6:227a van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 13 Geheimhouding
Een wijziging ten opzichte van de vorige versie is dat de bepaling nu wederkerig is gemaakt.
In het kader van dienstverleningsopdrachten wordt nogal eens informatie aan de andere Partij verstrekt die niet in de openbaarheid mag komen. In dit artikel wordt aan Partijen daarom een geheimhoudingsverplichting opgelegd. Partijen moeten deze geheimhoudingsverplichting ook opleggen aan hun Personeel. Om misverstanden te voorkomen is het goed om vooraf duidelijk aan te geven welke informatie in ieder geval als vertrouwelijk moet worden aangemerkt.

Artikel 14 Verwerking persoonsgegevens
De (eigen) wettelijke verplichting van Opdrachtgever wordt hier contractueel “doorgelegd” naar Opdrachtnemer. Die dient er onder andere voor te zorgen dat de te treffen passende technische en organisatorische maatregelen schriftelijk worden vastgelegd. Voor alle duidelijkheid wordt erop gewezen dat deze “doorlegging” van wettelijke verplichtingen van Opdrachtgever naar Opdrachtnemer, aan de eigen verplichtingen van Opdrachtgever als “verantwoordelijke” in de zin van de Wbp, niets afdoet. Zo rust in geval van een datalek bij Opdrachtnemer als “bewerker”, de meldplicht daarvan bij Opdrachtgever. Dit is ook de reden dat er in 14.5 een bewerkersovereenkomst wordt voorgeschreven en in 14.6 ook een meldplicht wordt opgelegd aan Opdrachtnemer.
De “Autoriteit Persoonsgegevens” heette voorheen “College Bescherming Persoonsgegevens”.

Het doorzenden van persoonsgegevens naar landen buiten de EU is geregeld in de artikelen 76 t/m 78 Wbp. Omdat Wederpartij wordt aangemerkt als “bewerker” in de zin van die wet maar Opdrachtgever desondanks wettelijk (eind)verantwoordelijk blijft voor een correcte gegevensverwerking, wordt een en ander hier zekerheidshalve herhaald.

Artikel 15 Beveiliging
Voor Opdrachtgever is de beveiliging van haar Personeel, panden en informatie erg belangrijk. Opdrachtnemer moet zich daarom houden aan de huisregels en gedragscodes van Opdrachtgever. Opdrachtgever moet Opdrachtnemer tijdig over het bestaan van dergelijke regels informeren. Dit kan onder meer door de BIWA (genoemd in artikel 15.4) te overhandigen, of uitdrukkelijk te verwijzen naar de vindplaats van de BIWA op internet. Opdrachtnemer op zijn beurt dient vervolgens zijn Personeel daarvan op de hoogte te stellen. Van Opdrachtgever mag bovendien worden verwacht dat hij het Personeel van Opdrachtnemer in voorkomende gevallen ook op de werkvloer nog eens herinnert aan het bestaan van dergelijke huisregels en dat hij dat Personeel zo nodig ook zelf tot de orde roept.
Indien gewenst kan Opdrachtgever aan Opdrachtnemer een "verklaring omtrent het gedrag" (in de wandeling ook wel een "verklaring van goed gedrag" genoemd) betreffende de door Opdrachtnemer in te zetten personen vragen. Dat kan bijvoorbeeld nodig zijn als Opdrachtgever twijfels heeft ten aanzien van een bepaald persoon, of indien het om een opdracht gaat waarbij het Personeel van Opdrachtnemer kennis krijgt (of kan krijgen) van informatie van vertrouwelijke aard. Opdrachtgever mag in dergelijke gevallen ook van Opdrachtnemer verlangen dat het in te zetten Personeel vooraf aan een veiligheidsonderzoek door de Algemene Inlichtingen en Veiligheidsdienst (AIVD) wordt onderworpen.
Er kunnen voor bepaalde opdrachten beveiligingsmaatregelen nodig zijn, die op basis van de baseline informatiebeveiliging waterschappen (BIWA) als relevant naar voren komen. Denk hierbij aan opdrachten waarbij Opdrachtnemer in contact komt met, of toegang heeft tot persoonsgegevens of andere gevoelige data van Opdrachtgever. Enkele algemene voorschriften uit de BIWA zijn al in de AWVODI opgenomen (bijvoorbeeld in artikel 14). De voor bepaalde Overeenkomsten specifieke veiligheidsvoorschriften uit de BIWA kunnen in de Overeenkomst worden opgenomen, of kunnen als huisregels/beveiligingsprocedures conform artikel 15.1 bij aanvang van de werkzaamheden met de opdrachtnemer worden besproken.

Hoofdstuk IV – Financiële bepalingen

Artikel 16 Vergoeding, Meerwerk en Minderwerk
Artikel 16.1 Vergoeding
Uitgangspunt van de AWVODI is dat Opdrachtnemer voor de door hem verrichte werkzaamheden conform de gemaakte tariefafspraken zullen worden betaald op basis van nacalculatie. Opdrachtnemer kan daartoe bijvoorbeeld maandelijks achteraf een declaratie indienen voor de werkelijk gemaakte kosten en bestede tijd, eventueel tot een maximumbedrag als dat zo in de Overeenkomst is geregeld.
Het is ook mogelijk om in plaats van betaling op basis van nacalculatie met Opdrachtnemer een vaste prijs af te spreken. Het hanteren van een vaste prijs verdient alleen aanbeveling indien het eindresultaat vooraf nauwkeurig kan worden omschreven en de kwaliteit daarvan na oplevering eenvoudig kan worden gemeten.

Artikel 16.2 t/m 16.4 Meerwerk
Ongeacht of Partijen een vergoeding zijn overeengekomen op basis van nacalculatie dan wel als vaste prijs, is het van essentieel belang dat Partijen een zo duidelijk mogelijke omschrijving van de door Opdrachtnemer te leveren Diensten in (een Bijlage bij) de Overeenkomst hebben vastgelegd. Die omschrijving geldt niet alleen als meetlat voor de beoordeling van de geleverde prestatie maar is tevens het referentiekader aan de hand waarvan de vraag moet kunnen worden beantwoord of in een gegeven geval al dan niet sprake is van meerwerk (werk dat voor een aanvullende vergoeding in aanmerking komt). Daarvan kan immers alleen sprake zijn indien als gevolg van aanvullende wensen van de kant van Opdrachtgever, Opdrachtnemer aantoonbaar meer kosten en/of tijd heeft moeten besteden dan aanvankelijk was overeengekomen om de (aangepaste) dienst/prestatie te kunnen leveren. Zonder aanvullende, dat wil zeggen van de aanvankelijke overeenkomst afwijkende, wensen van Opdrachtgever is geen sprake van meerwerk en komen eventuele extra kosten in beginsel gewoon voor rekening van Opdrachtnemer. Dat geldt ook indien Opdrachtnemer extra werkzaamheden heeft moeten verrichten ter vervanging of verbetering van een geleverde dienst van slechte kwaliteit.
Opdrachtnemer mag op grond van lid 3 meerwerkzaamheden pas verrichten nadat Partijen schriftelijk overeenstemming hebben bereikt over omvang van die werkzaamheden en de daaraan verbonden kosten en tijdsduur.
Op grond van lid 4 is Opdrachtnemer verplicht meerwerkzaamheden te aanvaarden en uit te voeren onder de bepalingen van de Overeenkomst indien de kosten daarvan niet meer bedragen dan 15% van de aanvankelijk overeengekomen prijs. Opdrachtnemer zal het meerwerk in dat geval dus gewoon moeten uitvoeren en wel tegen het oorspronkelijk overeengekomen uurtarief. Indien de (financiële) omvang van het meerwerk meer dan 15% van de aanvankelijk overeengekomen prijs bedraagt, heeft Opdrachtnemer wel het recht om over de voorwaarden waaronder de meerwerkzaamheden zullen worden uitgevoerd opnieuw met Opdrachtgever in onderhandeling te treden. Dit mag overigens alleen indien geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht.

Artikel 16.5 Minderwerk
Onder omstandigheden kan er ook sprake zijn van "minderwerk". Het is belangrijk dat als een Partij (doorgaans Opdrachtgever) meent dat dit het geval is, hij dit zo snel mogelijk aan de andere Partij meldt. Voorkomen moet worden dat de andere Partij onnodig investeert in werkzaamheden die niet meer verricht worden.

Artikel 17 Facturering
De overheid wil bevorderen dat facturen zoveel mogelijk elektronisch worden ingediend en verwerkt. In dit kader heeft de overheid gekozen voor het uitgangspunt dat facturering elektronisch dient plaats te vinden. Alleen indien dit, in voorkomend geval, niet mogelijk of onwenselijk is, kan facturering schriftelijk plaatsvinden.

Artikel 18 Betaling en controle
Betaling dient op zo kort mogelijke termijn te geschieden, doch uiterlijk binnen 30 dagen na de dag van acceptatie en ontvangst van de factuur. De betalingstermijn van 30 dagen is een wettelijke termijn (zie artikel 6:119b, lid 2 en lid 5 van het Burgerlijk Wetboek), waarvan alleen in uitzonderingsgevallen kan worden afgeweken.
Het recht op betaling ontstaat pas na (al dan niet stilzwijgende) acceptatie (zie artikel 4) en ontvangst van de (juiste) factuur. Indien de factuur niet voldoet aan het bepaalde in de Overeenkomst, dan moet er met bekwame spoed een nieuwe factuur worden opgevraagd. De betalingstermijn vangt dan aan op het moment van ontvangst van de juiste factuur.
Indien wordt gefactureerd voordat het resultaat van de diensten is geaccepteerd, vangt de betalingstermijn aan op de dag volgende op de dag van acceptatie.
Opdrachtgever is de wettelijke rente verschuldigd over het na het verstrijken van de betalingstermijn nog openstaande bedrag, en wel met ingang van de dag volgend op de dag die is overeengekomen als de uiterste dag van betaling. Het gaat hier om de rentevoet voor handelstransacties.
Daarnaast is Opdrachtgever bij niet-tijdige betaling van rechtswege een kostenvergoeding verschuldigd (zie artikel 6:96 van het Burgerlijk Wetboek). Het gaat hier om kosten ter vergoeding van verkrijging van

voldoening buiten rechte (incassokosten). Om inzicht te krijgen in de hoogte van de aanspraak, dient Opdrachtnemer de wettelijke rente en kostenvergoeding wel zelf te vorderen. Hij dient Opdrachtnemer daarvoor een (aparte) factuur te verzenden.
Opdrachtgever kan een factuur door een accountant laten toetsen. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de toetsing vertrouwelijk plaatsvindt. In dat kader dient de accountant ook uitsluitend die gegevens te ontvangen die voor de verificatie zijn vereist.

Uitgangspunt is dat er geen betalingen worden gedaan voordat Opdrachtnemer heeft gepresteerd. Hierop kan een uitzondering gemaakt worden wanneer Opdrachtnemer voor de te verrichten Diensten aantoonbaar aanzienlijke investeringen moet doen. In een dergelijk geval kan Opdrachtgever in de Overeenkomst bedingen dat bij risicovolle voorschotten een kredietinstellingsgarantie (ook wel bankgarantie genoemd) "op afroep" worden afgegeven. Dit is een verklaring die door een kredietinstelling op verzoek en op kosten van de Opdrachtnemer wordt opgesteld, waarmee de kredietinstelling garandeert een bepaald maximumbedrag te betalen, indien daar aanspraak op wordt gemaakt.

Artikel 19 Arbeidsvoorwaarden
Met dit artikel worden wettelijke verplichtingen die Opdrachtgever heeft, contractueel “doorgelegd” aan Opdrachtnemer.

Hoofdstuk V – Tekortschieten

Artikel 21 Aansprakelijkheid
Iedere tekortkoming in het nakomen van een verbintenis (ook wel "wanprestatie"
genoemd) verplicht de Partij die niet nakomt de schade die de andere Partij daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de eerste Partij niet kan worden toegerekend.
Van een tekortkoming kan pas sprake zijn wanneer een Partij in verzuim is. In het algemeen moet hij daarvoor eerst in gebreke zijn gesteld.
Stappenplan in geval van toerekenbare tekortkoming:
1. Wanneer sprake is van het niet het nakomen door Opdrachtnemer van een contractuele verplichting, dient Opdrachtgever hem zo spoedig mogelijk schriftelijk in gebreke te stellen. Daarbij moet hij Opdrachtnemer een redelijke termijn gunnen om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen. In gebreke stellen is niet nodig als nakoming op dat moment al niet meer mogelijk is of wanneer sprake is van overschrijding van een zogenoemde "fatale termijn". Dit is een tussen Partijen duidelijk afgesproken en niet eerder uitgestelde termijn waarbinnen de prestatie geleverd moet zijn.
2. Indien Opdrachtnemer na het verstrijken van de gestelde redelijke termijn nog steeds niet heeft gedaan wat hij zou moeten doen, is hij in verzuim.
3. Komt Opdrachtnemer zijn verplichtingen dan alsnog niet onmiddellijk na, dan kan Opdrachtgever in ieder geval schadevergoeding vorderen wegens vertraging in de nakoming gedurende de tijd dat Opdrachtnemer in verzuim is.
4. Wanneer de Opdrachtnemer in verzuim is, kan de Opdrachtgever nakoming vorderen (eventueel met vergoeding van de schade die hij door de niet tijdige nakoming heeft geleden) of de oorspronkelijke verbintenis omzetten in een verbintenis tot (vervangende) schadevergoeding. Opdrachtgever kan er ook voor kiezen de Overeenkomst in dat geval, al dan niet samen met een vordering tot vergoeding van de geleden en nog te lijden schade, te ontbinden (zie artikel 22).

Schade
Onder schade wordt hier verstaan vermogensschade en ander nadeel (immateriële schade), dit laatste voor zover de wet op vergoeding daarvan recht geeft. Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst. Vaststelling van de te vergoeden schade gebeurt aan de hand van het zogenoemde 'positief contractbelang'. Hiervoor wordt de situatie waarin de schadelijdende Partij verkeert vergeleken met die waarin hij zou hebben verkeerd als de verbintenis correct was nagekomen. Voor alle duidelijkheid wordt er verder nog op gewezen dat het begrip gebeurtenis hier niet in verzekeringstechnische zin is bedoeld.

Omvang van de aansprakelijkheid
Op grond van de wet zijn Partijen in beginsel onbeperkt aansprakelijk voor schade die zij veroorzaken. In de huidige versie van de AWVODI is er desalniettemin voor gekozen de aansprakelijkheid van Partijen te beperken. Daartoe is een limitering in de vorm van een staffel opgenomen. Deze methode is flexibel; de limiet voegt zich naar de overeengekomen opdrachtwaarde met inbegrip van wijzigingen die zich in de looptijd van de Overeenkomst kunnen voordoen. De limitering komt ruwweg neer op driemaal de opdrachtwaarde, per gebeurtenis. Het aantal gebeurtenissen is gemaximeerd op vijf. Dit is gedaan zodat een calculatie gemaakt kan worden van het maximale aansprakelijkheidsbedrag hetgeen belangrijk is voor de verzekerbaarheid en mogelijk ook voor de berekening van de verzekeringspremie (wanneer het risico groter is dan of gelijk is aan het maximum). Omdat samenhangende gebeurtenissen (gebeurtenissen die met elkaar in causaal verband staan) als één gebeurtenis worden beschouwd, zal het zelfs bij omvangrijke en langdurige opdrachten niet snel voorkomen dat er zich meer dan vijf op zichzelf staande schadeveroorzakende gebeurtenissen plaatsvinden. Daarbij is geen onderscheid gemaakt in soorten schade (zoals directe en indirecte of gevolgschade). De wet maakt dit onderscheid namelijk niet en in de literatuur, op internet en zelfs in rechterlijke uitspraken wordt er vaak een uiteenlopende uitleg aan gegeven. Alleen al om deze reden is het niet wenselijk om deze termen op te nemen in algemene voorwaarden of Overeenkomsten. De wet (en ook de inkoopvoorwaarden) gaat uit van de term “causaal verband”. Oftewel: alleen schade die in oorzakelijk verband staat met de fout (het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst), komt voor vergoeding in aanmerking. De term causaal verband bevat in de meeste gevallen méér dan alleen “directe schade”, en in alle gevallen bevat het minder dan “indirecte schade”.
Ook verzekeraars gaan uit van “causaal verband” als voorwaarde voor vergoeding. Dat wil zeggen dat de schade waarover het artikel in de algemene inkoopvoorwaarden gaat, altijd 100% verzekerbaar is. Alleen voor een beroepsaansprakelijkheidsverzekering kan dit anders zijn. De dekking van dergelijke verzekeringen is immers gekoppeld aan de opdracht en de verzekeringsmaatschappij zal daarom eisen dat er ook een limiet in tijd aan gekoppeld is. Een beroepsaansprakelijkheidsverzekering kan immers niet voor onbepaalde tijd open blijven staan. Er is gekozen voor een beperking tot vijf jaar, enerzijds omdat dit ook in (artikel 16) van De Nieuwe Regeling (afgekort: DNR. Dit zijn de voorwaarden die vaak door adviesbureaus worden gebruikt) staat, en anderzijds omdat het niet snel zal voorkomen dat er vijf jaar na afloop van de overeenkomst nog een schade aan het licht komt die niet eerder bekend had kunnen zijn. Er is bij Centraal Beheer Achmea en bij ING navraag gedaan of met de in dit artikel opgenomen beperkingen van de aansprakelijkheid in alle gevallen een beroepsaansprakelijkheidsverzekering verkregen kan worden. Dit werd bevestigd.
Het is niet opportuun de aansprakelijkheid nog verder te beperken. De beperking van de aansprakelijkheid brengt immers al met zich dat Opdrachtgever een deel van de door Opdrachtnemer veroorzaakte schade zelf moet dragen en/of moet bekostigen uit gemeenschapsgeld. Een verdere beperking in de AWVODI is daarom niet aan de orde.
In bepaalde gevallen kan er aanleiding zijn om andersluidende afspraken te maken over de hoogte van de aansprakelijkheid. Bijvoorbeeld: wanneer er een groot risico is op een hoge schade, kan dit aanleiding zijn om de aansprakelijkheid te verhogen. Het verdient aanbeveling om voor een afwijking van de hoogte van de aansprakelijkheid advies in te winnen bij de juridische afdeling. Anderzijds is het van belang om op te merken dat wanneer er maar een klein risico is op een lage schade (lager dan het maximumrisico), dat dit niet automatisch betekent dat het dan noodzakelijk is om de aansprakelijkheid te verlagen. Een verzekeraar zal de premie immers afstemmen op het werkelijke risico op schade en niet op de in de voorwaarden opgenomen maximering van de schade”.

De in de AWVODI opgenomen gestaffelde aansprakelijkheidsbeperking is vermoedelijk werkbaar in een groot deel van de gevallen. Echter, het kan zeker zo zijn dat bij opdrachten met een lage opdrachtsom/ hoog risico in de uitvoering, het gewenst is om een ander aansprakelijkheidsregime te hanteren. Het staat opdrachtgever altijd vrij om op dat punt af te wijken van de set algemene voorwaarden.
Om nu binnen de waterschappen uniformiteit na te streven is onderstaand tekstvoorstel ontwikkeld voor opdrachten met een lage opdrachtsom/hoog risico. Het staat opdrachtgevers vrij om deze tekst van toepassing te verklaren op uit te vragen overeenkomsten (in plaats dus van de gehanteerde staffel in artikel 21.3 AWVODI). Let wel, ook dit aansprakelijkheidsregime kan voor sommige risicovolle opdrachten

niet passend zijn. Het is en blijft noodzakelijk om per weg te zetten opdracht een eigen risicoafweging te maken.

- *21.3. De Partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen, is tegenover de andere Partij aansprakelijk voor de door de andere Partij geleden dan wel te lijden schade, met dien verstande dat de aansprakelijkheid, per gebeurtenis, beperkt is tot een bedrag van € 1.000.000,-.*
    - *Het aantal gebeurtenissen is beperkt tot vijf.*
    - *Samenhangende gebeurtenissen worden daarbij aangemerkt als één gebeurtenis.*
    - *De aansprakelijkheid vervalt na verloop van vijf jaren na voltooiing of beëindiging van de opdracht.*

De beperking van de aansprakelijkheid als hiervoor bedoeld komt te vervallen:

- *a. ingeval van aanspraken van derden op schadevergoeding ten gevolge van dood of letsel;*
- *b. indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van Opdrachtnemer of diens Personeel;*
- *c. in geval van schending van intellectuele eigendomsrechten als bedoeld in artikel 24.3.*

Artikel 22 Ontbinding en opzegging

Artikel 22 geeft twee mogelijkheden om de Overeenkomst (tussentijds) te beëindigen, te weten door ontbinding (zie de artikelen 22.1 tot en met 22.4) of opzegging (artikel 22.6) van de Overeenkomst.

Ontbinding

Op grond van artikel 6:265 van het Burgerlijk Wetboek geeft iedere tekortkoming van een Partij in de nakoming van een van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Voor zover nakomen niet al direct blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas wanneer de schuldenaar in verzuim is.

Degene die wil ontbinden moet kunnen aantonen dat sprake is van een tekortkoming van de andere Partij in het nakomen van haar verplichtingen zoals neergelegd in de Overeenkomst. Die bewijslast dat niet is nagekomen ligt dus bij hem. Daarnaast moet de tekortkoming zodanig ernstig zijn dat ze ontbinding ook rechtvaardigt. Het bewijs dat de tekortkoming ontbinding niet rechtvaardigt, rust op de Partij die tekort is geschoten.

Het kan zijn dat een Partij als gevolg van overmacht haar verplichtingen niet kan nakomen. Daarmee wordt bedoeld dat sprake is van een niet-toerekenbare tekortkoming. Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet te wijten is aan zijn schuld en ook niet volgens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. In de AWVODI wordt een opsomming gegeven van omstandigheden die in ieder geval géén beroep op overmacht rechtvaardigen. Als sprake is van overmacht kan de Overeenkomst na 15 Werkdagen worden ontbonden. Daarnaast zijn in de AWVODI meer omstandigheden opgenomen op grond waarvan de Overeenkomst kan worden ontbonden, zoals ingeval van faillissement van Opdrachtnemer (artikel 22.4).

De Overeenkomst kan eventueel gedeeltelijk ontbonden worden. Een deel van de overeengekomen werkzaamheden kan dan toch door Opdrachtnemer worden uitgevoerd. Soms is het vertrouwen in elkaar echter zo verminderd dat ook een gedeeltelijke ontbinding geen reële optie meer is. Omdat dit in het algemeen een complexe zaak is, verdient het aanbeveling in een dergelijk geval contact op te nemen met de juridische afdeling.

Door ontbinding van de Overeenkomst worden Partijen voor de toekomst bevrijd van hun verplichtingen en ontstaat een verbintenis tot het ongedaan maken voor hetgeen in het verleden al gepresteerd is (zie artikel 6:271 van het Burgerlijk Wetboek). In beginsel is de ontvanger verplicht tot teruggave van de prestatie in de staat waarin zij zich bij ontvangst bevond. Is het ongedaan maken door de aard van de prestatie niet mogelijk, dan kan de ontvanger verplicht zijn tot schadevergoeding.

Opzegging
Het recht van de Opdrachtgever de Overeenkomst van opdracht te allen tijde op te zeggen is (ook) geregeld in artikel 7:408 van het Burgerlijk Wetboek. Op grond van dit artikel hoeft opdrachtgever daarvoor geen reden aan te voeren. Er hoeft ook geen sprake te zijn van wanprestatie van Opdrachtnemer. Opdrachtgever is wel steeds een redelijke vergoeding verschuldigd voor de reeds door Opdrachtnemer verrichte werkzaamheden en voor de toekomst reeds aangegane verplichtingen. Opdrachtnemer heeft daarnaast geen recht op schadevergoeding.
Bij opzegging is er, anders dan bij ontbinding, geen verplichting tot ongedaanmaking.
Hoewel de opzeggingsmogelijkheid in het Burgerlijk Wetboek zeer ruim is, zoals hiervoor omschreven, dient het Waterschap zich als overheidsorganisatie wel te houden aan de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur, zoals het verbod op willekeur, het rechtszekerheidsbeginsel en transparantiebeginsel. Met andere woorden: het Waterschap moet goede gronden hebben voor de opzegging en deze kenbaar maken.

Hoofdstuk VI – Diversen

Artikel 24 Intellectuele eigendomsrechten
Het contractueel regelen van de intellectuele eigendom roept in de praktijk allerlei vragen op. Het beantwoorden daarvan en het omgaan met dergelijke rechten vereist zorgvuldigheid. Om die reden wordt hieronder uitgebreider stilgestaan bij dit onderwerp.
Intellectuele eigendomsrechten (hierna te noemen IE-rechten) hebben met elkaar gemeen dat het (absolute) rechten op onstoffelijke objecten zijn, ook wel voortbrengselen van de geest genoemd. In de literatuur wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen het auteursrecht en naburige rechten enerzijds en de industriële rechten anderzijds. Tot de laatste categorie behoren het octrooirecht (beschermen van een technische uitvinding, ook wel patentrecht genoemd), het merkenrecht (beschermen van een teken ter onderscheiding van waren en diensten in het economisch verkeer), het (sier)modellenrecht (beschermen van werken van toegepaste kunst en tekeningen en modellen van nijverheid) en het kwekersrecht (beschermen van nieuwe plantenrassen). Het databankenrecht behoort eveneens tot de IE-rechten en wordt deels als auteursrecht en deels als andersoortig eigen recht beschermd.

Doorgaans is het voor Opdrachtgever geen noodzaak om het zelf IE-rechten te vestigen en/of deze overgedragen te krijgen. Ze worden dan ook niet standaard overgedragen in de AWVODI. Uitgangspunt is dat Opdrachtgever geen last moet hebben van de IE-rechten indien hij gebruik maakt van de resultaten van de Diensten. In artikel 24 is daarom opgenomen dat Opdrachtgever een (niet-exclusief, onherroepelijk en eeuwigdurend) gebruiksrecht (ook wel licentie genoemd) verkrijgt, zodat hij te allen tijde gebruik kan blijven maken van de resultaten van de Diensten. Het gebruiksrecht omvat al het gebruik dat Opdrachtgever nodig acht voor de uitoefening van haar taak en/of bedrijfsvoering. Hieronder kan dus ook vallen het openbaar maken en verveelvoudigen van de resultaten van de Diensten.

Soms maakt Opdrachtnemer voor het tot stand komen van de resultaten gebruik van bestaande auteursrechten die meestal aan derden toebehoren. Deze IE-rechten zijn dan dus niet in het kader van de op te leveren resultaten ontstaan. Indien nodig zal ook hiervoor een voor onbepaalde duur geldend, niet-exclusief gebruiksrecht moeten worden gevestigd (mede om te voorkomen dat er claims worden ingediend zoals bedoeld in artikel 24 lid 3).

Artikel 25 Overdracht rechten en verplichtingen uit de Overeenkomst
Het komt voor dat Opdrachtnemer gedurende de looptijd van de Overeenkomst wordt overgenomen door of fuseert met een ander bedrijf. Als de rechtspersoon waarmee is gecontracteerd een andere wordt, is de vraag wat er met de lopende Overeenkomst gebeurt. Zonder schriftelijke toestemming van de ene Partij is het de andere niet toegestaan rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de Overeenkomst aan een derde over te dragen. Indien deze toestemming niet wordt gegeven, dan heeft een overdracht geen effect en blijven beide Partijen gebonden aan de Overeenkomst.

In lid 2 is uitdrukkelijk een uitzondering opgenomen op het toestemmingsvereiste bij de vestiging van beperkte rechten. Dit om zeker te stellen dat de algemene voorwaarden niet in de weg staan aan de mogelijkheid voor Opdrachtnemers hun huidige en toekomstige vorderingen aan een kredietinstelling te verpanden, in ruil voor kredietfaciliteiten.

Artikel 26 Verzekering

Uitgangspunt is dat Opdrachtnemer verplicht is zich op een naar verkeersnormen passende en gebruikelijke wijze te verzekeren. Veelal is dat bij de contractsluiting al het geval, maar ook een aparte, door de Opdrachtnemer af te sluiten verzekering ten behoeve van de Overeenkomst met Opdrachtgever behoort tot de mogelijkheden. Het adequaat verzekerd zijn door Opdrachtnemer biedt uiteraard meer zekerheid tot verhaal van eventuele schade.
In de praktijk (zeker bij contracten met buiten Nederland gevestigde multinationals) blijkt het tonen van polissen en bewijzen van premiebetaling soms op bezwaren te stuiten. In dat geval kan genoegen genomen worden met een schriftelijke verklaring van de verzekeraar dat Opdrachtnemer genoegzaam verzekerd is.

Artikel 30 Melding in publicaties of reclame-uitingen

Onder dit artikel valt niet de situatie waarin een Opdrachtnemer het contract als referentie wil opgeven in een aanbestedingsprocedure. Dan geldt immers dat de gegadigde of inschrijver alleen door middel van (vroegere) opdrachtgevers zelf aan de referentie-eis kan voldoen.