

## GARANTIES IN KOOPOVEREENKOMSTEN EN OVEREENKOMSTEN VAN AANNEMING VAN WERK<sup>1</sup>

### 1. Inleiding: De acht aspecten van een garantieclausule

Waar moet een contractor<sup>2</sup> rekening mee houden bij het beoordelen van garantieclausules in koopovereenkomsten en overeenkomsten van aanneming van werk?

- (i) Waar wordt nu precies garantie op gegeven?
- (ii) Hoe lang duurt de garantieperiode?
- (iii) Wat zijn de plichten van de contractor in de garantieperiode?
- (iv) Wat voor garantietermijn geldt er op gerepareerde defecten?
- (v) Voor welke defecten zal een contractor geen garantie willen geven?
- (vi) Welke kosten verbonden aan herstel van een defect sluit de contractor in de garantieperiode uit?
- (vii) Welke aansprakelijkheden sluit de contractor in en na de garantieperiode uit?
- (viii) Wat gebeurt er als het defect niet hersteld kan worden?

### 2.1. Punt (i) Waar wordt nu precies garantie op gegeven?

Dit is de meest complexe van de bovengenoemde punten waar het langst over gesproken zal worden.

In de garantieclausule geeft de contractor garantie op de dingen die hij had moeten doen. Wat die dingen zijn wordt bepaald door:

- (a) De inhoud van de overeenkomst; en
- (b) De wettelijke regeling die op die overeenkomst van toepassing is.

### 2.2. Ad (a) De inhoud van de overeenkomst

Wat de opdrachtnemer had moeten doen wordt bepaald door de inhoud van de overeenkomst.

Bijv.:

- (A) Levert de opdrachtnemer een kant en klaar product dat hij op voorraad heeft staan?
- (B) Dient de opdrachtnemer een product te maken op basis van een ontwerp van de klant?

---

<sup>1</sup> Dit zijn de spreeknotities van een lezing gegeven in Rotterdam op 28 mei 2019 door Nigel Margetson, advocaat te Rotterdam

<sup>2</sup> Ik gebruik bewust de term "contractor". Dit wegens de twijfel die kan bestaan over de vraag of het contract een verkoopovereenkomst of een overeenkomst voor de aanneming van werk is.

- (C) Dient de opdrachtnemer op basis van specificaties van de klant zelf een product te ontwerpen en maken?
- (D) Belooft de opdrachtnemer een product te ontwerpen en te bouwen dat bepaalde prestaties kan leveren, bijv. een bepaalde jacking-speed voor een jack-up, of een bepaalde snelheid bij een bepaald brandstofgebruik voor een schip (functionele specificatie van de klant)?

Elke overeenkomst brengt andere garantielijven met zich mee:

Ad (A) Het product moet voldoen aan de specificaties die de verkoper zegt dat het product heeft.

Ad (B) Het product moet gebouwd worden conform het ontwerp van de opdrachtgever.

Ad (C) Het ontwerp van de contractor moet dusdanig zijn dat het product voldoet aan de specificaties van de opdrachtgever. De opdrachtgever specificeert bijvoorbeeld dat de buis een diameter X moet hebben en een druk Y en een temperatuur Z aan moet kunnen. Het ontwerp van de opdrachtnemer en de buis die hij fabriceert moet aan deze specificaties van de opdrachtgever voldoen.

Ad (D) Het product moet de prestaties kunnen leveren die partijen hebben afgesproken: bijv. een schip moet een bepaalde snelheid bij een bepaald brandstofverbruik kunnen halen.

### **2.3. Ad (b) De wettelijke regeling die op die overeenkomst van toepassing is.**

Bij het beoordelen van de omvang van de garantielijven van de aannemer zijn niet alleen de bewoordingen van de overeenkomst relevant. Die plichten worden ook bepaald door de aard van de overeenkomst die partijen aangaan en de wettelijke regelingen die op zo'n overeenkomst van toepassing zijn.

#### **2.3.1. Soms is het moeilijk om te beoordelen of je met een koopovereenkomst of een aannemingsovereenkomst te maken hebt.**

Wanneer de aannemer zich niet alleen verbindt tot het leveren van werk, maar ook tot het leveren van materiaal dat benodigd is voor dat werk, ontstaat een rechtsfiguur die lijkt op de koop van een door de verkoper te vervaardigen toekomstige zaak. De vraag rijst dan of sprake is van een overeenkomst van aanneming van werk, of van een koopovereenkomst.

Soms is het makkelijk om twee naast elkaar bestaande overeenkomsten te herkennen.

Bijvoorbeeld bij koop en installatie van een verwarmingsketel.

Soms is het moeilijk om te bepalen met wat voor soort overeenkomst je te maken heb.

Bijvoorbeeld bij het kopen van een confectiewoning die nog gebouwd moet worden, waarbij de koper geen wezenlijke invloed kan uitoefenen op de wijze waarop de woning eruit komt te zien.

Kortom, het is zeker niet altijd evident wat de aard van de overeenkomst is en welke wettelijke regeling dus op die overeenkomst van toepassing zal zijn.

### **2.3.2. De wettelijke regelingen**

Onder Nederlands recht, zullen:

- (i) op koop de bepalingen van Koop en Ruil (7:1 t/m 7:50 BW) van toepassing zijn; en
- (ii) op aanneming van werk zullen de bepalingen van aanneming van werk (art. 7:750 BW t/m 7:769 BW) van toepassing zijn

### **2.4. De Nederlandse wettelijke regeling van de aannemingsovereenkomst vergeleken met de wettelijke regeling van de koopovereenkomst.**

Ik zal kort enige punten uit de regelingen belichten.

NB 1: Dit is regelend recht. Partijen kunnen dus bij overeenkomst anders overeenkomen. Doen zij dat echter niet, en is Nederlands recht van toepassing, dan geldt de wettelijke regeling.

NB 2: Onder sommige buitenlandse rechtsstelsels (bijv. Duits of Frans recht) kunnen dwingendrechtelijke regelingen bestaan die de door de partijen in de overeenkomst gemaakte afspraken nietig verklaren.

#### Artikel 7:750 lid 1 BW

*Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.*

Onder opleveren wordt verstaan “het in overeenstemming met de inhoud en strekking van de overeenkomst ter beschikking stellen van het werk aan de opdrachtgever”. [Asser 7 VI “Aanneming van werk”, Deventer, 2017]

Wat opgeleverd dient te worden wordt dus bepaald door de inhoud van de overeenkomst. De Nederlandse wettelijke regeling van aanneming voegt daar dus niets aan toe.

Wij zullen zien dat dit bij de koopovereenkomst anders is: daar geldt de eis van “fit for purpose”

### Artikel 7:754 BW

*De aannemer is bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst verplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen.*

*Hetzelfde geldt in geval van gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, (...), alsmede fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.*

De aannemer heeft dus een waarschuwingsplicht. In principe heeft een verkoper dat niet.

### Artikel 7:758 BW

(...)

*3. De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.*

Voor zichtbare gebreken is de aannemer na oplevering dus niet meer aansprakelijk. Voor verborgen gebreken is hij dat wel.

Dit is bij de koopovereenkomst anders : daar is de regel (art. 7:23 lid 1 BW) dat de koper die zich erop wil beroepen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, de verkoper daarvan binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis dient te geven. Doet hij dat niet, dan kan geen beroep meer op non-conformiteit van het gekochte goed worden gedaan.

## Artikel 7:759 lid 1 BW

*“Indien het werk na oplevering gebreken vertoont waarvoor de aannemer aansprakelijk is, moet de opdrachtgever, tenzij zulks in verband met de omstandigheden niet van hem kan worden gevergd, aan de aannemer de gelegenheid geven de gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen, onverminderd de aansprakelijkheid van de aannemer voor schade ten gevolge van de gebrekkige oplevering”*

Hieruit volgt dus dat de aannemer in principe het recht heeft om zelf gebreken te herstellen. Dit is iets dat de opdrachtgever niet altijd zal willen.

Op grond van de wettelijke regeling is de aannemer dus aansprakelijk voor de schade die uit een gebrek voortkomt. Dit is iets dat een aannemer niet zal willen.

Bij koop heeft de koper van een gebrekkige zaak, al naar gelang de omstandigheden, recht op of herstel, of vervanging. (art. 7:21 lid 1 BW)

## Artikel 7:760 BW

In dit artikel staat dat, mits de aannemer zijn waarschuwingsplicht niet heeft geschonden, hij niet aansprakelijk is voor:

- een gebrekkige uitvoering te wijten aan door de opdrachtgever geleverde ongeschikte zaken; en
- gebreken in door de opdrachtgever verstrekte tekeningen, berekeningen etc.:

(...)

*2. Is de ondeugdelijke uitvoering echter te wijten aan gebreken of ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, (...), dan komen de gevolgen voor zijn rekening, voor zover de aannemer niet zijn in artikel 754 bedoelde waarschuwingsplicht heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten.*

*3. Lid 2 is van overeenkomstige toepassing in geval van fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.*

## 2.5. De eis van “fit for a particular purpose” onder de koopovereenkomst

### Artikel 7:17 BW

1. *De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.*
2. *Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.*

Het Weens koopverdrag (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) bevat eenzelfde bepaling :

### Artikel 35 Weens Koopverdrag

(...)

*(2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:*

*(a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;*

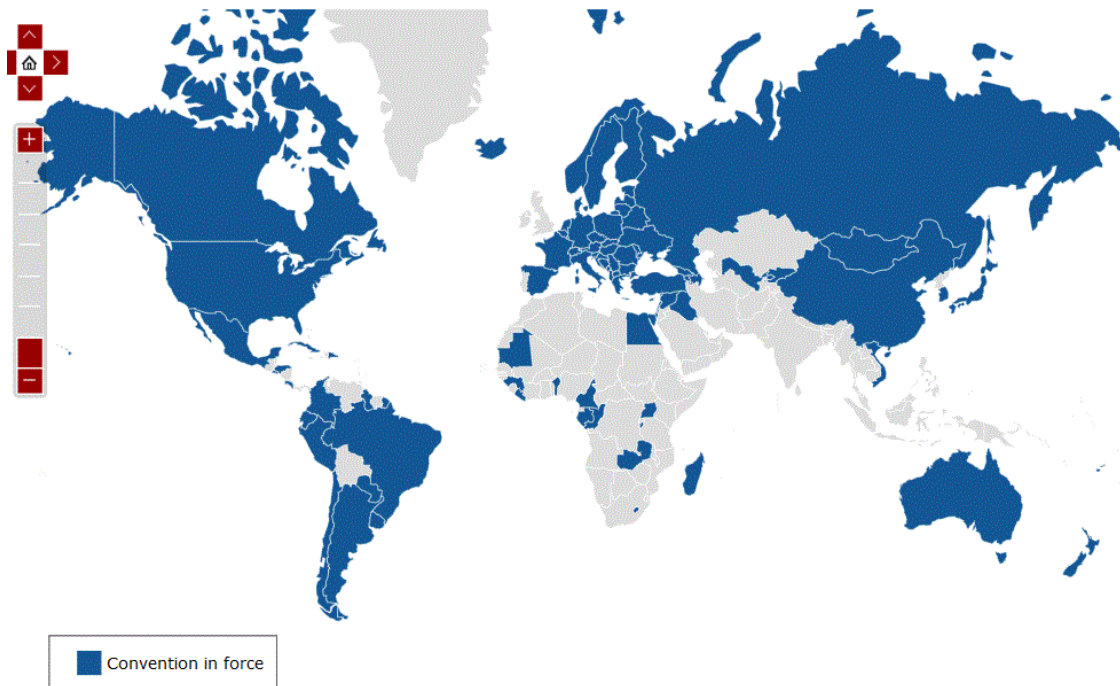
*(b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement;*

(...)

Dit houdt dus in dat goederen die niet defect zijn of enig ander gebrek hebben niet conform de overeenkomst geacht worden te zijn indien zij niet geschikt zijn voor het doel waarvoor de koper ze wil gebruiken, waarbij dit doel slechts impliciet (*implied*) kenbaar gemaakt hoeft te worden.

Dit gaat dus vrij ver en kan vergaande consequenties hebben.

Er zijn 89 landen partij bij het Weens Koopverdrag



In het recht van al deze 89 landen geldt dus de *“fitness for any particular [implied] purpose”* eis.

## **2.6. Een praktijkvoorbeeld van het geven van een fit for purpose belofte: MT Højgaard v EON Supreme Court, 20 juni; 3 augustus 2017 [2017] UKSC 59**

In 2006 kwamen MT Hojgaard (“MTH”) en EON overeen dat MTH voor EON windturbines zou ontwerpen en bouwen.

De overeenkomst tussen EON en MTH bevatte vele bepalingen, waaronder de volgende:

- *“The design of the foundations shall ensure a lifetime of 20 years in every aspect without planned replacement. The choice of structure, materials, corrosion protection system operation and inspection programme shall be made accordingly.”*
  
- *“8.1. (x) . . . the Works as a whole shall be free from defective workmanship and materials and fit for its purpose as determined in accordance with the specification using good industry practice”;*
  
- “(i) It is stressed that the requirements contained in this section (...) are the MINIMUM requirements of [E.ON] to be taken into account in the design.*

(ii) It shall be the responsibility of [MTH] to identify any areas where the works need to be designed to any additional or more rigorous requirements or parameters."

De windturbines bestonden uit monopiles met transition pieces erin. De verbinding tussen de transition piece en de monopile diende te worden gegroot.

In de Tender documentatie van EON was technische documentatie voorgeschreven die MTH diende te gebruiken, waaronder DNV standaard J101 voor het berekenen van krachten bij grouting.

In 2009 kwam DNV erachter dat er een fout was in haar standard J101 waardoor krachten op groutverbindingen verkeerd berekend waren. Dit naar aanleiding van het falen van groutverbindingen in een ander windpark. DNV bracht MTH op de hoogte van de fout.

In april 2010 bleek het werk (groutverbindingen) van MTH ook op dezelfde wijze aan het falen te zijn.

MTH verzocht een verklaring voor recht dat zij niet aansprakelijk was voor de herstellkosten van EUR 26.25 miljoen.

De Supreme Court wees die vordering af. Zij overwoog dat het ontwerp van MTH niet "*fit for purpose*" was omdat de funderingen niet minimaal 20 jaar meekonden.

Zij zei dat MTH de fout in DNV J101 had moeten ontdekken en stringentere eisen aan het ontwerp had moeten stellen om te zorgen dat aan de eis dat de fundering 20 jaar mee zou kunnen gaan werd voldaan.

Dit is natuurlijk nogal wat. Er zijn waarschijnlijk niet veel aannemers die DNV-standaarden op correctheid narekenen!

## **2.7 Tussentijdse conclusie over de vraag waar nu precies garantie op wordt gegeven**

Het is duidelijk dat de contractor zeer goed op het netvlies moet hebben wat hij wel of niet wil garanderen:

- neemt hij ontwerp risico op zich?
- Indien hij ontwerp risico op zich neemt, wil hij dan ook beloven dat het ontwerp *fit for a particular [implied] purpose* is?



- Of zegt hij dat het ontwerp gebaseerd is op de specificaties van de klant en de klant maar moet bepalen of die specificaties kunnen leiden tot een ontwerp wat *fit for purpose* is.

Niet alleen de inhoud van de overeenkomst zelf zal bepalend zijn: indien de contractor denkt een aannemingsovereenkomst te zijn aangegaan, maar er blijkt later toch sprake te zijn van een koopovereenkomst, dan heeft hij toch onbedoeld een *fit for a particular [implied] purpose* verplichting op zich genomen.

### 2.8. Voorbeelden van garanties die van contractors verzocht worden<sup>3</sup>

#### LOGIC General Conditions of Contract for Supply of Major items of Plant and Equipment (2005)

*“28.1. The CONTRACTOR warrants and guarantees that it has performed and shall perform the WORK in accordance with the provisions of the CONTRACT, and that the PERMANENT WORK will be free from defects.”*

Dit is dus zeer algemeen. Verduidelijking moet hier komen wat precies onder defects wordt verstaan. Het wordt aan contract uitleg overgelaten wat onder de garantie valt. Dit geeft weinig zekerheid.

#### TENNET General Terms and Conditions of Purchase 2018

Dit is een voorbeeld van een wat uitgebreidere garantieclausule (de nummering in [ ] is door mijzelf toegevoegd).

##### *“ARTICLE 11. WARRANTIES*

*11.1 The Opposite Party guarantees that the delivered Goods and/or Services shall*  
*[i] be in conformity with the Agreement and*  
*[ii] shall possess the agreed characteristics,*  
*[iii] shall be free of defects,*  
*[iv] shall be suitable for the purpose for which they are intended,*  
*[v] and shall satisfy the legal requirements and other applicable national and international regulations, in each instance as prevailing at the time of delivery.”*

Wat verstaan wordt onder defect (wellicht defect ontstaan tijdens transport) is niet duidelijk.

---

<sup>3</sup> De algemene voorwaarden waaruit geciteerd wordt zijn allemaal gevonden op en gedownload van het internet.

Vraagtekens kunnen gesteld worden bij de gevraagde garanties [iv] en [v]. Weet de contractor wat de “*intended purpose*” van de goederen is? Heeft de aannemer rekening gehouden met alle mogelijk van toepassing zijnde wettelijke regelingen in heel de wereld (van offshore Brazilië tot het Noorse continentale plat)? Zeer waarschijnlijk niet. En toch dient de contractor dat te garanderen!

### Purchase Terms and Conditions (International) Saudi Aramco Netherlands

Dit is wel heel uitgebreide garantieregeling.

*“15.1.1 Supplier guarantees that:*

*(a) the Goods will be delivered on the Delivery Date;*

*(b) upon delivery to AOC, Supplier shall convey clear title to the Goods free of any lien, encumbrance or security interest;*

*(c)*

*[i] the Goods shall conform with the specifications and requirements as laid down in the Contract and any additional specifications of AOC*

*[ii] shall be genuine, new, unused and*

*[iii] without defects,*

*[iv] of high quality and workmanship within generally recognized industry standards,*

*[v] shall comply with all relevant laws and regulations of the country where the Delivery Address is situated and the Country or Countries of Destination,*

*[vi] shall not infringe any third party Intellectual Property Right or other right and*

*[vii] shall be fit for the purpose or use for which they are bought to the extent such purpose or use is known or reasonably should be known to Supplier;*

*(d) if the Goods are sold by sample, they shall conform to the sample.”*

Kennelijk mag Saudi Aramco dus buiten het contract om extra specificaties opleggen. Hoe moeten wij dat zien. Is er dan sprake van meerwerk?

Wat wordt bedoeld met “*genuine*”. Ik heb geen idee. De betekenis van de garantie van “*genuine*” is onduidelijk en dus gevaarlijk!

### **3. Punt (ii) Hoe lang duurt de garantieplicht voort?**

Dit is een punt voor onderhandeling. Heel vaak zal de periode 18 maanden na aflevering of 12 maanden na ingebruikstelling zijn, waarbij de eerste periode die afloopt zal gelden.

LET OP: onder bepaalde rechtsstelsels kunnen dwingendrechtelijk langere garantieperioden gelden dan partijen hebben afgesproken. Dat is een punt dat altijd onderzocht zou moeten worden wanneer onder een onbekend rechtsstelsel gecontracteerd wordt.

### **4. Punt (iii) Wat moet de contractor doen indien een defect zich in de garantieperiode voordoet?**

Onder aannemingsovereenkomsten is de aannemer gehouden de defecte goederen te herstellen. Onder koopovereenkomsten is, al naar gelang de omstandigheden, de verkoper gehouden te herstellen of te vervangen.

Vaak zal de opdrachtgever bedingen dat hij zelf mag bepalen hoe en wanneer hersteld of vervangen wordt. Zie bijvoorbeeld:

#### TENNET General Terms and Conditions of Purchase 2018

*11.3 The Opposite Party shall repair defects and/or imperfections during the warranty period within a reasonable term to be determined by TenneT. All costs incurred as a result of such activities shall be payable by the Opposite Party. Fulfilment of warranty obligations shall leave intact the provisions concerning liability.*

*11.4 If necessitated by the required speed of repair, TenneT shall have the right, after consulting with the Opposite Party, to perform or commission the performance of repairs at the expense of the Opposite Party.*

*In very urgent circumstances, TenneT may refrain from prior consultation, in which case TenneT shall notify the Opposite Party as soon as possible after completion of the repairs.*

*11.5 If TenneT considers such necessary, it may require the complete replacement of Goods and/or Services and/or of parts thereof designated by TenneT. TenneT shall make such a*

*request to the Opposite Party in writing. The Opposite Party shall then carry out the replacement.*

Soortgelijke bepalingen gelden ook voor het geval de contractor nalaat zijn garantieverplichtingen na te komen.

De bepalingen zijn vanuit het perspectief van de opdrachtgever gezien begrijpelijk: als de boel stilligt en energie- of olieproductie stilligt lijdt de opdrachtgever enorme schade. De opdrachtgever wil dus zo spoedig mogelijk een oplossing voor een defect.

De contractor zal op zijn beurt in ieder geval de door de opdrachtgever te maken kosten willen beperken tot soortgelijke kosten die de contractor had moeten maken om zelf het defect te rectificeren.

De contractor zal voor zoveel mogelijk zeggenschap willen houden over de wijze van herstel van een gebrek. Indien hij dat niet heeft, zal de contractor niet in willen staan voor de verrichte herstelwerkzaamheden.

## **5. Punt (iv) Wat voor garantie geldt er op gerepareerde defecten?**

Het is gebruikelijk om overeen te komen dat op gerepareerde defecten een nieuwe garantietermijn loopt. Verder is gebruikelijk dat de totale garantietermijn beperkt wordt.

LOGIC General Conditions of Contract for Supply of Major items of Plant and Equipment (2005)

Art. 28.2. alinea 2:

*"In the event that any of the WORK is reformed, rectified or replaced by the CONTRACTOR under the provisions of this Clause 28, this Clause 28 shall apply to the portion so reformed, rectified or replaced.*

*The Defects Correction Period or periods specified in Appendix 1 to Section I – Form of Agreement in respect of such work, shall commence on the date upon which such reformation, rectification or replacement was completed in accordance with the CONTRACT provided that the cumulative Defects Correction Period shall not exceed the period stated in Appendix 1 to Section I-Form of Agreement."*

Deze beperking van de cumulatieve garantietermijn is heel belangrijk. Het voorkomt dat reparatie op reparatie kan leiden tot een altijd doorlopende garantieverplichting van de contractor.

## 6. Punt (v) Op wat voor defecten zal een contractor geen garantie willen geven?

Bij het afbakenen van de omvang van de garantieplicht is het van belang dat de contractor niet alleen duidelijk specificeert waar de garantie wel op ziet. Hij dient ook duidelijk te maken waar de garantie in ieder geval niet op ziet. Zie de volgende voorbeeld clausules:

### LOGIC General Conditions of Contract for Supply of Major items of Plant and Equipment (2005)

*28.4 Notwithstanding the provisions of Clauses 28.2 and 28.3 the CONTRACTOR shall not be liable for:*

*(a) the costs of routine maintenance of the PERMANENT WORK; or*

*(b) the costs of correcting any such defects which result from the following:*

*(i) incorrect operation by the COMPANY;*

*(ii) the reasonable actions of the CONTRACTOR in relying on TECHNICAL INFORMATION:*

*(iii) actual operating conditions being different from those specified in the CONTRACT or in any VARIATIONS;*

*(iv) defects in materials or equipment supplied by the COMPANY which could not reasonably have been discovered by the CONTRACTOR.*

### Metaalunievoorwaarden 2014

*14.7.a. Geen garantie wordt gegeven als gebreken het gevolg zijn van:*

- normale slijtage;*
- onoordeelkundig gebruik;*
- niet of onjuist uitgevoerd onderhoud;*
- installatie, montage, wijziging of reparatie door opdrachtgever of door derden;*
- gebreken aan of ongeschiktheid van zaken afkomstig van, of voorgeschreven door opdrachtgever;*
- gebreken aan of ongeschiktheid van door opdrachtgever gebruikte materialen of hulpmiddelen.*

*14.7.b. Geen garantie wordt gegeven op:*

- geleverde zaken die niet nieuw waren op het moment van levering;*
- het keuren en repareren van zaken van opdrachtgever;*
- onderdelen waarvoor fabrieksgarantie is verleend.*

## **7. Punt (vi) Welke kosten verbonden aan herstel van een defect sluit de contractor in de garantieperiode uit?**

Een contractor (verkoper) die een product levert zal zijn aansprakelijkheid in principe willen beperken tot de directe kosten van reparatie van de defecte goederen, het liefst in zijn eigen werkplaats.

De meeste condities van opdrachtgevers bepalen dat alle kosten verband houdend met het herstellen van een defect voor rekening van de contractor komen.

Het spanningsveld tussen de positie van de opdrachtgever en de positie van de opdrachtnemer blijkt uit een vergelijking tussen de volgende clausules:

Voorbeeld van een clausule uit een contract van een opdrachtgever:

### BP General terms and conditions of Purchase for deliveries and Services (20 January 2015)

*15.5 The place of performance for the cure of defects is the factual and intended location of the defective good.*

*15.6 The contractor is obliged to bear all necessary costs for curing the defect.*

Dit kan dus alles zijn: kosten van access werkzaamheden, de-installatie, transport, re-installatie etc.. Een contractor zal deze kosten niet voor zijn rekening willen nemen. Vergelijk het standpunt zoals neergelegd in typische contractorbepalingen (Metaalunievoorwaarden):

### Metaalunievoorwaarden 2014

*14.3. Onderdelen of materialen die door opdrachtnemer worden hersteld of vervangen, moeten door opdrachtgever aan hem worden toegezonden.*

*14.4. Voor rekening van opdrachtgever komen:*

- a. alle transport- of verzendkosten;*
- b. kosten voor demontage- en montage;*
- c. reis- en verblijfkosten.*

## **8. Punt (vii) Welke aansprakelijkheden sluit de contractor in de garantieperiode uit?**

Het begin van de garantieperiode zou het begin van een periode moeten zijn waarin de aansprakelijkheid van de contractor beperkt is tot de directe kosten van herstellen van defecten.

De contractor zal alle andere aansprakelijkheden dan aansprakelijkheid voor die kosten willen uitsluiten.

Ook zal de contractor alle schade veroorzaakt door het opgeleverde of geleverde product uit willen sluiten.

De garantieclausule is dus in feite een clausule waarin grotendeels de aansprakelijkheid van de contractor beperkt wordt. Zie bijvoorbeeld:

ORGALIM GENERAL CONDITIONS for the SUPPLY OF MECHANICAL, ELECTRICAL AND ELECTRONIC PRODUCTS Brussels, March 2012

*38. (...) Supplier shall not be liable for defects in any part of the Product for more than one year from the end of the liability period referred to in Clause 27 (...).*

*39. Save as stipulated in Clauses 23-38, the Supplier shall not be liable for defects. This applies to any loss the defect may cause including loss of production, loss of profit and other indirect loss. (...)*

*40. The Supplier shall not be liable for any damage to property caused by the Product after it has been delivered and whilst it is in the possession of the Purchaser.*

*If the Supplier incurs liability towards any third party for such damage to property as described in the preceding paragraph, the Purchaser shall indemnify, defend and hold the Supplier harmless.*

Dit is dus een uitsluiting van alle aansprakelijkheden behalve de aansprakelijkheid om overeengekomen defecten gedurende een jaar te herstellen. Verder dient de opdrachtgever de opdrachtnemer te vrijwaren tegen vorderingen van derden. Deze vrijwaring ziet ook op productaansprakelijkheid.

De opdrachtgever wil vaak het tegenovergestelde en zal alle aansprakelijkheden van de opdrachtnemer open willen houden. Zie bijv. de volgende clausule van BP voor de gebruikelijke positie van een opdrachtgever:

BP General terms and conditions of Purchase for deliveries and Services (20 January 2015)

*“15.4 In case of defects of the goods and/or services provided, BP shall be entitled to assert all claims and other rights provided for under contract and/or statutory law without restrictions.”*

Zoals gezegd, zal de contractor het tegenoverstelde willen: in de garantieperiode zijn de “*sole remedies*” de remedies vervat in de garantieclausule voor de garantieperiode en na de garantieperiode vervallen alle aansprakelijkheden van de contractor.

Om deze reden zal toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag vaak ook uitgesloten worden in de clausule over het toepasselijk recht.

Sowieso dienen de garantieverplichtingen ook onder de “*global limitation of liability*” clausule in het contract te vallen. In sommige gevallen (bijv. offshore EPCI-contracten) zal er zelfs een aparte beperking van aansprakelijkheid voor de garantieperiode zijn. Bijv. de aansprakelijkheid van de contractor is beperkt tot 30% van de contract waarde voor oplevering van het werk en tot 10% na oplevering van het werk. Het begin van de garantieperiode zal vaak ook een moment zijn waarop de performance bond die de contractor vaak moet stellen verlaagd wordt van 10% naar 5%.

**9. Punt (viii) Wat gebeurt er als het defect niet hersteld kan worden?**

Niet alle gebreken kunnen hersteld worden, bijv. als bepaalde beloofde prestaties niet gehaald worden. Denk aan het voorbeeld van een schip dat bij een bepaalde snelheid een bepaald brandstofgebruik moet hebben. Denk bijv. aan een jack-up die bedoeld is voor de windindustrie en een bepaalde minimum jacking snelheid moet hebben. Dit soort gebreken zijn niet altijd te herstellen.

Houd hier rekening mee bij het aangaan van het contract en los dit op met een afkoopbedrag (*liquidated damages*): bijv. bij 10% onder de prestatie moet x betaald worden, bij 20% onder de prestatie moet y betaald worden, bij 30% moet z betaald worden. Pas bij meer dan 30% onder de prestatie mag getermineerd worden.

Nigel Margetson

Margetson & Margetson advocaten

W: [www.mmrl.eu](http://www.mmrl.eu) - E: [nigel@mmrl.nl](mailto:nigel@mmrl.nl) – M: 06 144 177 65