

In de bijlage bij de ARVODI is een model van een kredietinstellingsgarantie op afroep opgenomen.

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 contractsbelang'. Hiervoor wordt de situatie waarin de schadelijgende 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 ARVODI 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. Daarbij is geen onderscheid gemaakt in soorten schade (bijvoorbeeld zogenoemde directe en indirecte of gevolgschade). De wet maakt dit onderscheid namelijk niet en bovendien vindt de Staat het niet

opportunity de aansprakelijkheid nog verder te beperken. De beperking van de aansprakelijkheid brengt immers al met zich dat de Staat een deel van de door Opdrachtnemer veroorzaakte schade zelf moet dragen en/of moet bekostigen uit gemeenschapsgeld. Een verdere beperking in de ARVODI is daarom niet aan de orde. Naast een beperking van de aansprakelijkheid per schadeveroorzakende gebeurtenis is een beperking per contractjaar opgenomen. Indien zich onverhoopt meerdere schadeveroorzakende gebeurtenissen in één contractjaar voordoen is de aansprakelijkheid in dat jaar beperkt tot het desbetreffende bedrag. In een volgend contractjaar geldt dat maximum opnieuw. Indien een Overeenkomst een kortere looptijd heeft dan een jaar, geldt het desbetreffende maximum voor de gehele looptijd. Het maximum wordt aldus niet naar rato aangepast. Indien sinds het inwerkingtreden van de Overeenkomst één jaar of meerdere jaren is/zijn verstreken en de laatste contractperiode korter is dan een jaar, geldt het desbetreffende maximum voor die gehele laatste periode. Ook dan wordt het maximum dus niet naar rato aangepast.

In bepaalde gevallen kan er aanleiding zijn om andersluidende afspraken te maken over de hoogte van de aansprakelijkheid. Daarvoor is in de modelovereenkomst een optionele bepaling opgenomen (artikel 6.7). Of de aansprakelijkheidsregeling van artikel 21 in een concreet geval passend is dient van geval tot geval te worden beoordeeld. Van belang voor deze afweging is in ieder geval wat de mogelijke omvang van de schade is als Opdrachtnemer zijn verplichtingen niet nakomt en hoe groot de kans is dat deze situatie zich tijdens de contractduur (één of meerdere keren) voordoet. Wanneer de mogelijke schade veel hoger is dan het bedrag waarvoor Opdrachtnemer maximaal aansprakelijk kan worden gehouden dan kan er aanleiding zijn van Opdrachtnemer een hogere maximale aansprakelijkheid te verlangen. Opdrachtgever dient zich wel te realiseren dat een hogere maximale aansprakelijkheid kan leiden tot een hogere prijs voor de dienstverlening, omdat dit risico wordt meegerecalculeerd. Het verdient aanbeveling in dat geval advies in te winnen bij de juridische afdeling.

Lid 3

Dit lid bevat drie (gebruikelijke) uitzonderingen op de in het eerste deel van dit lid opgenomen maximalisering van de aansprakelijkheid. De onder b opgenomen uitzondering heeft niet alleen betrekking op opzet of grove schuld van de leiding van de onderneming van Opdrachtnemer maar ook op die van het Personeel. Dat is van belang omdat meestal het Personeel en niet de leidinggevenden, worden ingezet voor de uitvoering van de werkzaamheden.

De onder d opgenomen uitzondering heeft betrekking op schade als gevolg van schending van wet- en regelgeving op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens. De bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens is een grondrecht. Schending van dit grondrecht kan natuurlijke personen ernstige schade toebrengen en leiden tot substantiële schade aan de zijde van de verwerkingsverantwoordelijke. Deze laatste kan bijvoorbeeld worden geconfronteerd met kosten ter voorkoming of beperking van door betrokkenen te lijden schade of door de toezichthoudende autoriteit aan de verwerkingsverantwoordelijke opgelegde boetes. Als Opdrachtnemer in het kader van de Overeenkomst ten behoeve van Opdrachtgever persoonsgegevens verwerkt regelen partijen deze verwerking in een verwerkersovereenkomst. Handelt Opdrachtnemer in strijd met deze verwerkersovereenkomst door bijvoorbeeld de persoonsgegevens niet te beveiligen, dan is het niet disproportioneel hem - volgens het adagium 'de vervuiler betaalt' - aansprakelijk te houden voor de daardoor ontstane schade. Ook omdat verwerker het risico op die schade het best kan beheersen geldt te dien aanzien een uitzondering op de algemene aansprakelijkheidsbeperking van artikel 21. Als daar in een concreet geval naar het oordeel van Opdrachtgever aanleiding toe is kan in de Overeenkomst van dit uitgangspunt worden afgeweken.