

Aansprakelijkheid op grond van de Model Basisovereenkomst en de UAV-GC 2025: een analyse van de wijzigingen ten opzichte van het aansprakelijkheidsregime uit de UAV-GC 2005

BR 2025/17

1. Inleiding

Stichting CROW (hierna: CROW) heeft in 2005 een Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 gepubliceerd. De publicatie van UAV-GC 2005 markeerde het einde van een proef- en implementatieperiode (2000-2004) die met de UAV-GC 2000 is gestart.² De praktijkervaringen die sinds de UAV-GC 2000 zijn opgedaan, hebben tot inhoudelijke en redactionele aanpassingen geleid die in de UAV-GC 2005 zijn geïncorporeerd.³

In het voorwoord van de UAV-GC 2005 staat dat die modelovereenkomst en set voorwaarden zich goed lenen als voorwaarden voor opdrachten waarin het ontwerp en de uitvoering zijn geïntegreerd, desgewenst gecombineerd met meerjarig onderhoud.⁴

Dat is, twintig jaar later, met de introductie van de UAV-GC 2025 niet anders. In het voorwoord van de UAV-GC 2025 staat: “Met een geïntegreerd contract gebaseerd op de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen (UAV-GC) kunnen het ontwerp, de uitvoering en ook het meerjarig onderhoud in één opdracht worden gegund.”⁵ Wel wordt daaraan toegevoegd dat de UAV-GC 2025 onder andere zijn aangepast voor wat betreft de regeling van risicoverdeling, aansprakelijkheid en samenwerking.⁶

In deze bijdrage zal de nieuwe aansprakelijkheidsregeling in de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025 worden besproken. Omdat de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (hierna: Wkb),⁷ die op 1 januari 2024 in werking is getreden, daarop van invloed is geweest, zullen ook de gevolgen van art. 7:758 lid 4 BW op de nieuwe aansprakelijkheidsregeling

in de Model Basisovereenkomst en de UAV-GC 2025 worden behandeld.

2. Aansprakelijkheid onder de UAV-GC 2005

Teneinde de aanpassing van de aansprakelijkheidsregeling in de nieuwe voorwaarden beter te begrijpen, is het nuttig om de aansprakelijkheidsregeling onder de UAV-GC 2005 (in vogelvlucht) de revue te laten passeren. Ik zal dat doen aan de hand van de drie hoofdelementen waaruit de regeling is opgebouwd, namelijk de vestiging van aansprakelijkheid, de vervaltermijn en de aansprakelijkheidsbeperking.

2.1 Vestiging van aansprakelijkheid

Par. 28 UAV-GC 2005 draagt de titel: ‘Aansprakelijkheid voor gebreken na de feitelijke datum van oplevering’. Par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 gaat over de vestiging van aansprakelijkheid voor gebreken⁸ in het Werk.⁹ Het uitgangspunt van de aansprakelijkheidsregeling in par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 is dat na de feitelijke datum van oplevering de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk is voor gebreken in het Werk (of enig onderdeel daarvan). Er is dus bij oplevering van het Werk sprake van een decharge van aansprakelijkheid ten gunste van de Opdrachtnemer.¹⁰

Voornoemde decharge van aansprakelijkheid lijdt uitzondering in de drie cumulatieve gevallen die in par. 28 lid 1 aanhef en onder a, b en c UAV-GC 2005 zijn opgesomd. Deze uitzonderingsgevallen zijn: (a) die gebreken die te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen;¹¹ (b) de Opdrachtgever voorafgaand aan de oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt;¹² en (c) de Opdrachtgever die gebreken op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken.

1 Jacob Henriquez is bouwrechtadvocaat en partner bij Ploum.

2 De eerste publicatie van de UAV-GC betreft echter de UAV-GC 2000 waarmee CROW, vanwege de op dat moment opkomende figuur van de ontwerpende bouwer, hoopte “een regelcomplex te hebben geïnitieerd dat voor geïntegreerde contractvormen een rol kan vervullen die vergelijkbaar is met die van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken UAV 1989) voor het traditionele model”. Zie M.A.M.C. van den Berg, ‘De UAV-GC 2000 en de glijdende schaal van verantwoordelijkheden in het bouwcontractenrecht’, BR 2000, p. 717.

3 Zie het voorwoord van de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005.

4 Voorwoord Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005.

5 Voorwoord Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025.

6 Voorwoord Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025.

7 Wet van 15 mei 2019 tot wijziging van de Woningwet, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en de versterking van de positie van de bouwconsument (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Stb. 2019, 382)).

8 Het begrip ‘Gebrek’ is gedefinieerd in par. 4 lid 1 UAV-GC 2005.

9 De term ‘Werk’ is in par. 1 aanhef en sub r UAV-GC 2005 gedefinieerd.

10 De feitelijke datum van oplevering is niet noodzakelijkerwijs dezelfde datum die in art. 2 lid 5 Model Basisovereenkomst wordt bedoeld en in de basisovereenkomst ook is ingevuld (zie M.A.B. Chao-Duivis, *T&C Bouwrecht*, commentaar op paragraaf 28 UAV-GC 2005).

11 Deze voorwaarde vindt haar grondslag in de regeling uit art. 6:74 BW en 6:75 BW (zie Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 80).

12 Deze voorwaarde verdisconteert de waarschuwplicht die o.g.v. par. 20 lid 4, par. 21 lid 10 en par. 22 lid 3 UAV-GC 2005 op de Opdrachtgever rust. Volgens de Toelichting: “Indien de Opdrachtgever op enig moment voorafgaande aan de oplevering een gebrek daadwerkelijk constateert, doch de Opdrachtnemer daarover vervolgens niet informeert, dan kan hij dat gebrek na de oplevering niet meer aan de Opdrachtnemer tegenwerpen.” Zie Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 80.

Deze laatste voorwaarde is gebaseerd op de regeling in art. 7:758 lid 3 BW.¹³

De toelichting op de UAV-GC 2005 benadrukt dat het uitgangspunt is dat de Opdrachtnemer na de feitelijke datum van oplevering in beginsel dus niet meer aansprakelijk is, tenzij sprake is van voornoemde uitzonderingsgevallen.¹⁴ Stelplicht en bewijslast ten aanzien van de vraag of aan deze cumulatieve uitzonderingsgevallen is voldaan, rusten – in beginsel – op de Opdrachtgever. Het is de Opdrachtgever die dient te stellen en te bewijzen dat aan de drie voorwaarden, ertoe leidend dat de Opdrachtnemer wel aansprakelijk is, is voldaan.¹⁵ De wisselwerking tussen de UAV-GC 2005 en de Model Basisovereenkomst (2005) wordt op dit punt tevens geïllustreerd, nu partijen in art. 13 lid 1 van de Model Basisovereenkomst (2005) een afwijkende afspraak kunnen maken ten opzichte van de regeling uit par. 28 lid 1 aanhef en sub a UAV-GC 2005 door voor bepaalde onderdelen van het Werk de bewijslast contractueel op de Opdrachtnemer te laten rusten. Die onderdelen van het Werk dienen in art. 13 Model Basisovereenkomst (2005) te worden ingevuld.¹⁶

2.2 Vervaltermijnen

Daarnaast bevat par. 28 lid 2 UAV-GC 2005, als onderdeel van de aansprakelijkheidsregeling, contractuele procesuele vervaltermijnen.¹⁷ Het gaat hierbij om een termijn van vijf jaar na de in par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 bedoelde dag (te weten de feitelijke datum van oplevering) of van tien jaar na voornoemde dag. De termijn van tien jaar is van toepassing indien het Werk hetzij geheel of gedeeltelijk dreigt in te storten (soliditeitscriterium), hetzij het Werk ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te geraken voor de bestemming waarvoor het blijkens de Overeenkomst¹⁸ bedoeld is (bestemmingscriterium) en dit slechts kan worden verholpen (of kan worden voorkomen) door het treffen van buitengewone en zeer kostbare voorzieningen. Dit zijn zogeheten ‘ernstige gebreken’.

2.3 Aansprakelijkheidsbeperking

Lid 3 van par. 28 UAV-GC 2005 bevat een exonerationbeding dat teruggrijpt op de aansprakelijkheid uit hoofde van par.

28 lid 1 UAV-GC 2005 en beperkt de door de Opdrachtnemer te vergoeden schade tot 10% van de prijs die in de Basisovereenkomst is vastgelegd met een bodem van EUR 1.500.000.¹⁹ Aansluiting is gezocht bij de prijs uit art. 2 lid 4 Model Basisovereenkomst voor de realisatie van het Werk, zonder het Meerjarig Onderhoud.

Een eerste kanttekening hierbij is dat die prijs verband houdt met de realisatie van het Werk door middel van Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden. Voor de limitering wordt het onderdeel van de prijs dat met het Meerjarig Onderhoud samenhangt, buiten de prijs gehouden.²⁰ Een tweede kanttekening hierbij is dat sprake is van een integrale limitering in hoogte zonder onderscheid te maken in gebreken die terug te voeren zijn op gebrekkige Ontwerp- dan wel Uitvoeringswerkzaamheden van de Opdrachtnemer.²¹

Nu de aansprakelijkheidsbeperking in lid 3 is opgenomen terwijl de titel van par. 28 UAV-GC 2005 duidelijk maakt dat daarin de aansprakelijkheid wordt geregeld ná de feitelijke datum van oplevering, is de conclusie gerechtvaardigd dat deze beperking alleen geldt na de feitelijke datum van oplevering van het Werk. Voor zover er twijfel mogelijk was, is in RvA 25 mei 2020, nr. 72.186 en nr. 72.187 bepaald dat voor een succesvol beroep op de in par. 28 lid 3 UAV-GC 2005 opgenomen beperking van de aansprakelijkheid het Werk moet zijn opgeleverd.²²

3. Aansprakelijkheid op grond van de UAV-GC 2025

3.1 Invloed van de Wkb op de nieuwe aansprakelijkheidsregeling

Zoals hiervoor is aangegeven, is de Wkb van invloed geweest op de wijze waarop aansprakelijkheid in de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025 moest worden vormgegeven. Om de wijzigingen die in de aansprakelijkheidsregeling zijn doorgevoerd beter te begrijpen, is het noodzakelijk om kort stil te staan bij de nieuwe aansprakelijkheidsregeling uit de Wkb. Ten gevolge van de Wkb is een nieuw lid 4 aan art. 7:758 BW toegevoegd. Het nieuwe lid 4 luidt als volgt:

“4. In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, voor zover de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In andere gevallen kan van dit lid alleen ten nadele van de opdrachtgever worden

13 En dit is weer een species van de klachtplicht zoals opgenomen in art. 6:89 BW.

14 Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 80, waarmee volgens de toelichting ook wordt aangesloten op de regeling uit par. 12 lid 1 UAV 1989.

15 M.A.B. Chao-Duivis, *T&C Bouwrecht*, commentaar op paragraaf 28 UAV-GC 2005.

16 Zie voor een voorbeeld hiervan Rb. Den Haag 1 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2927, r.o. 4.8: “Partijen zijn in artikel 13 van de Basisovereenkomst voor die specifieke situatie overeengekomen dat GMB, in afwijking van het bepaalde in paragraaf 28 lid 1 sub (a) UAV-GC 2005, moet bewijzen dat de na oplevering aan het licht gekomen verborgen gebreken niet aan haar kunnen worden toegerekend.”

17 Zie S.J.H. Rutten, *Praktijkboek verjarings- en vervaltermijnen in de bouw* (2^e druk), Den Haag: IBR 2014, p. 138. Met Rutten ben ik van mening dat dit geen verjaringstermijnen zijn, zoals op p. 81-82 van de Toelichting wordt beweerd. Zie ook RvA 26 februari 2019, nr. 36.298, r.o. 52-54 en E.M. Bruggeman & A.G.J. van Wassemaer, ‘Verslag Expertmeeting Herziening UAV-GC - 15 maart 2021’, TBR 2021/54.

18 Gedefinieerd in par. 1 aanhef en onder m UAV-GC 2005 en Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:5613, r.o. 4.14.

19 De voorbeelden uit p. 83 van de Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005 maken duidelijk hoe deze ‘bodem’ dient te worden berekend.

20 Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 82.

21 Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 82.

22 Zie o.a. r.o. 97 en r.o. 103.

afgeweken, indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.”

De nieuwe aansprakelijkheidsregeling in art. 7:758 lid 4 BW geldt alleen voor bouwwerken.²³ De kern van deze nieuwe regeling is dat de aannemer aansprakelijk is voor gebreken die bij de oplevering van het bouwwerk niet zijn ontdekt, tenzij.²⁴ Men kan stellen dat het uitgangspunt van de regeling uit art. 7:758 lid 4 BW een tegenovergestelde regeling is in vergelijking met art. 7:758 lid 3 BW en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 waarbij het uitgangspunt is: ‘decharge van aansprakelijkheid, tenzij’.

Indien een overeenkomst wordt gesloten met een opdrachtgever die een natuurlijk persoon is en die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, mag niet worden afgeweken van art. 7:758 lid 4 BW. Daarmee is de regeling van dwingend recht voor de zogeheten particuliere bouwconsument.²⁵ In andere gevallen kan alleen ten nadele van een opdrachtgever worden afgeweken *“indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen”*, want van de zakelijke opdrachtgevers wordt ervan uitgegaan dat zij voldoende in staat zijn om bij het sluiten van de aannemingsovereenkomst te onderhandelen over de aansprakelijkheidsverdeling voor gebreken na de oplevering.²⁶

Met de zinsnede *“uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen”* is volgens de parlementaire geschiedenis bedoeld: *“(…) dat partijen niet langer kunnen volstaan met een verwijzing naar de algemene voorwaarden wat betreft een van de wettelijke aansprakelijkheidsverdeling afwijkende voorwaarde.”*²⁷

Dit laatste is cruciaal voor de (gewijzigde) regeling die in de UAV-GC 2025 is opgenomen, zoals hierna zal worden toegelicht.

3.2 Overheveling naar de Model Basisovereenkomst 2025

Par. 28 UAV-GC 2005 bevat een regeling voor de aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer voor gebreken na de feitelijke datum van oplevering. Par. 28 UAV-GC 2025 bevat niet

langer een (algemene) aansprakelijkheidsregeling, maar gaat uitsluitend over de *beperking* van aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer. Par. 28 UAV-GC 2025 maakt daarbij een onderscheid in de beperking van aansprakelijkheid vóór de feitelijke datum van oplevering (opgenomen in par. 28a UAV-GC 2025) en de beperking van aansprakelijkheid na de feitelijke datum van oplevering (opgenomen in par. 28b UAV-GC 2025).

De regeling over de vestiging van aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer is dus niet langer terug te vinden in de algemene voorwaarden, maar is in de 2025-versie van de modelovereenkomst en voorwaarden verplaatst naar (een nieuw) art. 13a van de Model Basisovereenkomst die de titel ‘Aansprakelijkheid voor gebreken na de feitelijke datum van oplevering’ draagt.²⁸ De reden waarom de aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer voor gebreken na de feitelijke datum van oplevering nu in de Model Basisovereenkomst is opgenomen, is om te accommoderen dat van art. 7:758 lid 4 BW alleen ten nadele van een opdrachtgever wordt afgeweken *“indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen”*.

In de toelichting op de UAV-GC 2025 (p. 40) staat hierover: *“Omdat zij [professionele Partijen] met het overeenkomen van die regel afwijken van de regel van de eerste volzin van lid 4 van artikel 7:758 BW, ten nadele van de Opdrachtgever, moeten zij die afwijking uitdrukkelijk overeenkomen. Daarom is ervoor gekozen in deze afwijkmogelijkheid te voorzien in een in de MBO op te nemen keuzeclausule.”*²⁹

Art. 13a Model Basisovereenkomst bevat de inleidende tekst: *“Partijen zijn het volgende overeengekomen ten aanzien van gebreken in het Werk die zich na de feitelijke datum van oplevering manifesteren (…).”* Gevolgd door een keuzeclausule die partijen kunnen aanvinken.

De eerste keuze die partijen kunnen maken, bepaalt dat de Opdrachtnemer aansprakelijk is voor gebreken die bij de oplevering van het Werk niet zijn ontdekt, tenzij (alternatief): (a) die gebreken niet aan hem zijn toe te rekenen; (b) de Opdrachtgever die gebreken voorafgaand aan de feitelijke datum van oplevering daadwerkelijk heeft opgemerkt; of (c) de Opdrachtnemer niet binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling van die gebreken is gedaan. Deze optie sluit aan op het regime van art. 7:758 lid 4 BW.

De tweede keuze die de contracterende partijen kunnen maken, is dat de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk is voor gebreken die zich na de feitelijke datum van oplevering manifesteren, tenzij (cumulatief): (a) die gebreken aan hem zijn toe te rekenen; (b) de Opdrachtgever die gebreken voorafgaand aan de feitelijke datum van oplevering niet daadwerkelijk heeft opgemerkt; (c) de Opdrachtgever die gebreken op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken; en (d)

23 De aansprakelijkheidsregeling uit art. 7:758 lid 3 BW blijft van kracht voor werken die niet kwalificeren als bouwwerken. Helaas is in de parlementaire geschiedenis van de Wkb – noch in de Wkb zelf – aangegeven wat dient te worden verstaan onder ‘bouwwerken’, hetgeen als een gemis wordt ervaren. Zie tevens E.M. Bruggeman & H.P.C.W. Strang, ‘Afbakeningsvragen in Titel 7.12 BW. Een verkenning van de reikwijdte van de titel en de daarin opgenomen bepalingen’, *TBR* 2018/134 en voor een nauwere uitleg van het begrip ‘bouwwerk’, zie A. Duijverman, P. Vermeij & R.M. Uitenbogaard-de Keyser, ‘Het begrip ‘bouwwerk’ volgens de Wet kwaliteitsborging’, *BR* 2022/10.

24 ‘Niet zijn ontdekt’ duidt op een feitelijk (en binair) criterium, i.t.t. ‘redelijkerwijs had moeten ontdekken’ uit art. 7:758 lid 3 BW.

25 Deze term is bij MvT geïntroduceerd, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34453, nr. 3, p. 2 en kan op het eerste gezicht verwarrend zijn. Met de term ‘bouwconsument’ wordt in de MvT benadrukt dat het hier primair gaat om een klant die een bouwwerk afneemt van een bouwbedrijf. De MvT gaat uit van een particuliere en een zakelijke bouwconsument (*Kamerstukken II* 2015/16, 34453, nr. 3, p. 2).

26 *Kamerstukken II* 2015/16, 34453, nr. 3, p. 36.

27 *Kamerstukken II* 2015/16, 34453, nr. 3, p. 36.

28 Gelijk aan de titel van par. 28 UAV-GC 2005.

29 Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 40.

de Opdrachtnemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling van die gebreken is gedaan. Deze optie sluit aan op het regime uit art. 7:758 lid 3 BW en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005.

Wanneer partijen geen keuze maken voor optie 1 of optie 2, dan worden zij geacht te hebben gekozen voor de eerste optie (de *default rule*), die inhoudelijk aansluit op het uitgangspunt van art. 7:758 lid 4 BW.³⁰ Dit is overigens nog wel een interessante, want het is maar de vraag of de voetnoot waar deze default rule in staat, onderdeel wordt van de overeenkomst tussen partijen. Is die voetnoot geen onderdeel van de overeenkomst die partijen uiteindelijk ondertekenen, dan wordt in (of o.b.v.) de Model Basisovereenkomst dus zelf geen keuze gemaakt en wordt het aansprakelijkheidsregime bepaald op basis van titel 7.12 BW. In dat geval is het van belang of het werk al dan niet kwalificeert als een 'bouwwerk'. Daarnaast is het de vraag hoe zich dit verhoudt tot de vingerwijzing in de Toelichting, waarin te lezen is dat de Opdrachtgever de regeling dient te kiezen die bij het regime van de opdracht (bouwwerk of een werk niet zijnde bouwwerk) aansluit.³¹

De regeling over de vestiging van aansprakelijkheid is dus overgeheveld naar de Model Basisovereenkomst. Bepalingen over de beperking van aansprakelijkheid – zowel voor als na de feitelijke datum van oplevering – zijn terug te lezen in par. 28a en par. 28b van de UAV-GC 2025. De wisselwerking tussen art. 13a Model Basisovereenkomst (vestiging van aansprakelijkheid) en par. 28a/28b UAV-GC 2025 dient niet uit het oog te worden verloren.

3.3 *Beschouwingen over de aansprakelijkheidsregeling uit art. 13 Model Basisovereenkomst 2025*

3.3.1 *Het Werk en Bouwwerken*

Art. 7:758 lid 4 BW geldt alleen voor 'aanneming van bouwwerken'.³² Omdat de bepaling in art. 13a Model Basisovereenkomst gekoppeld is aan de term 'Werk' zoals is gedefinieerd in par. 1 aanhef en sub t UAV-GC 2025, lijkt het niet voor de hand liggend om onder de nieuwe UAV-GC discussies te hebben over de vraag of een bepaald werk kwalificeert als bouwwerk of niet, nadat de overeenkomst is gesloten.

Belangrijker nog, nu partijen in de Model Basisovereenkomst een keuze dienen te maken voor een bepaald aansprakelijkheidsregime (en bij gebrek aan een keuze, optie 1 als de gekozen optie wordt beschouwd), zal het om die reden evenmin voor de hand liggen dat partijen na het sluiten van de overeenkomst in discussie geraken over welk aansprakelijkheidsregime (geënt op lid 3 of lid 4 van art. 7:758 BW) op de overeenkomst van toepassing is.

Wel zal het gebrek aan duidelijkheid over de term 'bouwwerk' in de precontractuele fase tot discussies tussen partijen kunnen leiden over het antwoord op de vraag of optie 1 of optie 2 beter aansluit bij de bedoeling van de wetgever en voor welke optie dient te worden geopteerd.³³ Dit lijkt in zekere zin een academische exercitie, nu de vraag welke keuze uiteindelijk wordt gemaakt ook mede (of vooral) zal zijn ingegeven door de onderhandelingspositie van de betrokken partijen.

3.3.2 *Geen onderscheid in Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden van de Opdrachtnemer*

Omdat art. 13a Model Basisovereenkomst aansluit bij de term 'Werk' zoals gedefinieerd in par. 1 aanhef en sub t UAV-GC 2025, is er geen onderscheid in gebreken ten gevolge van Ontwerp- of Uitvoeringswerkzaamheden.³⁴

3.3.3 *Bewijslastverdeling op grond van art. 13 Model Basisovereenkomst 2025, optie 1*

Indien partijen gekozen hebben voor optie 1, dan is de Opdrachtnemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het Werk niet zijn ontdekt, tenzij.

Het gedeelte vóór de uitzondering (die met 'tenzij' is aangegeven) behelst de vestiging van aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer voor gebreken die aan de hand van een feitelijk (en binair) criterium kunnen worden vastgesteld: is het gebrek bij de oplevering van het Werk wel of niet ontdekt?

Indien het gebrek bij de oplevering is ontdekt, zal het bewijs hiervan kunnen worden gevonden in het proces-verbaal van oplevering (of een ander document waarmee de gebreken bij de rondgang in het kader van de opnemings zijn vastgelegd). In de MvT staat hierover: "Het ligt voor de hand dat opdrachtgever en aannemer een proces-verbaal van oplevering of een ander document vaststellen waarop zij de gebreken die bij de oplevering aan het licht zijn gekomen, noteren."³⁵

Als het proces-verbaal³⁶ zwijgt over een onderdeel van het werk dat na oplevering gebrekkig blijkt te zijn, waarmee dat gebrek op grond van art. 7:758 lid 4 BW thans kwalificeert als een verborgen gebrek, dan is de Opdrachtnemer daarvoor aansprakelijk op grond van de hoofdregel van optie 1. Een verborgen gebrek is op grond van de Wkb te definiëren als een gebrek dat niet genoteerd is op het proces-verbaal van oplevering.

Of zoals in de MvT staat (met verwijzing naar het rapport van het IBR³⁷):

30 Voetnoot 14 van de Model Basisovereenkomst. Zie ook de Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 40.

31 Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 43.

32 "In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken (...) (art. 7:758 lid 4 BW).

33 Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 43.

34 Zie ook de Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 40.

35 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 91.

36 Of ander document waarmee de gebreken bij de rondgang in het kader van de opnemings zijn vastgelegd.

37 IBR, Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw, bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 32757, nr. 91.

“Aanbevolen wordt een verborgen gebrek te definiëren als een gebrek dat niet genoteerd is op het proces-verbaal van oplevering. Voordeel hiervan is dat het huidige systeem van het BW ongewijzigd blijft en dat het begrip verborgen gebrek eenduidig is geformuleerd. Als bewijs van wat de opdrachtgever heeft ontdekt, dient dan het proces-verbaal van oplevering.”³⁸

Onder het kopje ‘Voorgestelde situatie’ in de MvT staat:

“In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld voor de aanneming van bouwwerken een verborgen gebrek te definiëren als een gebrek dat niet bij de oplevering van het opgeleverde bouwwerk is ontdekt. Als bewijs van wat bij de oplevering aan gebreken is ontdekt, kan het proces-verbaal van oplevering dienen.”³⁹

De Opdrachtgever hoeft dan in het kader van de vestiging van aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer niet veel meer te doen dan te wijzen op het feit dat dat gebrek niet op het proces-verbaal is genoteerd. Daarin ligt overigens besloten dat zal moeten worden aangetoond dat sprake is van een gebrek.

De toelichting op de UAV-GC 2025 vermeldt dat het aan de Opdrachtgever is om te bewijzen dat het gebrek al bij de oplevering bestond.⁴⁰ Dit lijkt overeen te komen met de brief van de minister aan de Eerste Kamer d.d. 28 juni 2018 waarin ten aanzien van de regeling in art. 7:758 lid 4 BW staat: “De opdrachtgever zal moeten stellen en bewijzen dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de aannemingsovereenkomst.”⁴¹

Met andere woorden: indien partijen bij het invullen van art. 13a Model Basisovereenkomst kiezen voor optie 1, dan zal de Opdrachtgever in het kader van de vestiging van aansprakelijkheid moeten stellen en zo nodig bewijzen dat sprake is van: (I) een tekortkoming in de nakoming van de aannemingsovereenkomst; en (II) de afwezigheid van dat gebrek op het proces-verbaal van oplevering.

De Opdrachtnemer heeft vervolgens de mogelijkheid om een beroep te doen op het ‘tenzij’-gedeelte van art. 13a Model Basisovereenkomst en zich op die manier tegen de vestiging van aansprakelijkheid te verweren door te stellen en zo nodig te bewijzen dat: (a) die gebreken niet aan hem zijn toe te rekenen;⁴² (b) de Opdrachtgever die gebreken voorafgaand aan de feitelijke datum van oplevering daadwerkelijk heeft opgemerkt; of (c) de Opdrachtnemer niet binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling van die gebreken is gedaan.

Specifiek voor het geval genoemd in art. 13a Model Basisovereenkomst aanhef en onder sub a – welke situatie aansluit op art. 7:758 lid 4 (eerste zin) BW – is in de MvA aangegeven:⁴³ “Dit betekent dat de aannemer niet langer kan volstaan met het verweer dat de opdrachtgever het gebrek had moeten onderkennen bij de oplevering van het bouwwerk, maar dat hij zal moeten bewijzen dat het gebrek niet aan hem valt toe te rekenen.”

3.3.4 Bewijslastverdeling op grond van art. 13a Model Basisovereenkomst 2025, optie 2

Indien partijen voor optie 2 kiezen, dan is het uitgangspunt voor de vestiging van aansprakelijkheid dat de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk is voor gebreken die zich na de feitelijke datum van oplevering manifesteren, tenzij.

Deze optie sluit aan op het uitgangspunt van decharge van aansprakelijkheid na oplevering uit art. 7:758 lid 3 BW en is uiteraard nog mogelijk ondanks de introductie van art. 7:758 lid 4 BW. Sterker nog, afwijken van het uitgangspunt zoals is opgenomen in de eerste zin van art. 7:758 lid 4 BW is mogelijk, mits de afwijking uitdrukkelijk in de overeenkomst plaatsvindt. Optie 2 komt in grote lijnen overeen met de regeling uit par. 28 lid 1 UAV-GC 2005.⁴⁴

Omdat het uitgangspunt bij optie 2 is dat de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk is voor gebreken die zich na de feitelijke datum van oplevering manifesteren en de Opdrachtgever een beroep zal moeten doen op de ‘tenzij’-regeling, is het aan de Opdrachtgever om in dat geval te stellen en zo nodig te bewijzen dat aan die cumulatieve voorwaarden is voldaan.⁴⁵

3.3.5 Meerjarig onderhoud: bewijslast in geval van tekortkomingen na afloop van de Meerjarige Onderhoudsperiode

Op grond van par. 32 lid 1 UAV-GC 2025 geldt het uitgangspunt van decharge van aansprakelijkheid na afloop van de Meerjarige Onderhoudsperiode. Het is dan aan de Opdrachtgever om te stellen en zo nodig te bewijzen dat de Opdrachtnemer toch aansprakelijk is voor de tekortkomingen. Dit kan de Opdrachtgever in dat geval doen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat aan de daarin genoemde vier cumulatieve voorwaarden is voldaan.

Art. 13b Model Basisovereenkomst 2025 bevat een regeling op grond waarvan partijen kunnen afspreken dat wanneer na afloop van de Meerjarige Onderhoudsperiode een tekortkoming in een of meer onderdelen van het gerealiseerde Meerjarig Onderhoud aan het licht komt, de Opdrachtnemer – in afwijking van par. 32 lid 1 aanhef en sub a UAV-GC 2025 – dient te bewijzen dat de tekortkomingen niet aan hem zijn toe te rekenen.

38 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 34.

39 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 35.

40 Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 40.

41 Kamerstukken I 2017/18, 34453, I, p. 5.

42 Bijv. door te betwisten dat het gebrek al bij oplevering bestond.

43 Kamerstukken I 2016/17, 34453, D, p. 17.

44 Zie Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 41.

45 Vgl. Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 43. De regeling van art. 13 lid 1 Model Basisovereenkomst (2005) is in de Model Basisovereenkomst 2025 komen te vervallen.

Art. 13 lid 2 van de Model Basisovereenkomst 2005 bevatte een vergelijkbare regeling, waarbij in de 2025-versie de zinsnede “(...) te bewijzen dat die tekortkomingen niet te wijten zijn aan zijn schuld, en dat zij evenmin krachtens wet, rechts-handeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen” is vervangen door “(...) te bewijzen dat die tekortkomingen niet aan hem zijn toe te rekenen”. Uit de toelichting op de UAV-GC 2025 volgt niet dat bedoeld is om een materiële wijziging te bewerkstelligen.

3.4 Vervaltermijnen

Als de aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer op basis van optie 1 of optie 2 van art. 13a Model Basisovereenkomst 2025 kan worden gevestigd, laat dat onverlet dat de Opdrachtnemer een beroep kan doen op de contractuele vervaltermijnen⁴⁶ en de overige beperkingen in de aard en de omvang van de schade⁴⁷ die thans in par. 28a en par. 28b UAV-GC 2025 staan. In deze paragraaf wordt ingegaan op de vervaltermijnen uit par. 28b lid 1 UAV-GC 2025. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de aansprakelijkheidsbeperkingen in de aard en de omvang.

Indien de Opdrachtnemer aansprakelijk is voor een gebrek in het Werk dat zich na de feitelijke datum van oplevering manifesteert, of de Opdrachtnemer de Opdrachtgever in verband met dat gebrek dient te vrijwaren tegen aanspraken van derden, is een daarmee houdende rechtsvordering niet-ontvankelijk indien zij wordt ingesteld: (a) na verloop van vijf jaar na de feitelijke datum van oplevering; of (b) na verloop van tien jaar na de feitelijke datum van oplevering indien het Werk hetzij geheel of gedeeltelijk dreigt in te storten hetzij het Werk ongeschikt is geraakt of (ongeschikt dreigt te geraken) voor de bestemming waarvoor het op grond van de Overeenkomst is bedoeld (en dit slechts kan worden verholpen of kan worden voorkomen door het treffen van buitengewone en zeer kostbare voorzieningen).⁴⁸

De vervaltermijn van tien jaar wordt in de toelichting op de UAV-GC 2025 vergeleken met de verjaringstermijn van twintig jaar uit art. 7:761 lid 2 BW. Er wordt gesteld dat een dermate lange verjaringstermijn (van twintig jaar) niet aansluit bij de huidige praktijk in Nederland en andere West-Europese landen.⁴⁹ Er wordt niet uitgelegd waarom een (kortere) vervaltermijn dan wel de oplossing is, want niet alleen is de termijn korter, maar ook de aard van de termijn (vervaltermijn vs. verjaringstermijn) is anders.

De praktijk dient tevens rekening te houden met de verjaringstermijn van twee jaar uit art. 7:761 lid 1 BW, die immers een rol speelt (en die gaat lopen vanaf het moment nadat de opdrachtgever over het gebrek in het opgeleverde werk heeft geprotesteerd). Dit betekent dat een rechtsvordering eerder kan verjaren op grond van art. 7:761 lid 1 BW dan dat

het vervalt op grond van een van de termijnen uit par. 28b lid 1 UAV-GC 2025.

Voor aansprakelijkheid vóór de feitelijke datum van oplevering (par. 28a UAV-GC 2025) gelden dus géén vervaltermijnen. Daarvoor lijkt art. 6:89 BW evenwel relevantie te behouden ingeval een gebrek voor de datum van oplevering door de opdrachtgever wordt ontdekt en aan de opdrachtnemer wordt medegedeeld, nu de verjaringstermijn van art. 7:761 lid 1 BW alleen geldt voor gebreken in het opgeleverde werk.

3.5 Aansprakelijkheidsbeperkingen

3.5.1 Beperking in schadegevallen: het regime vóór oplevering en binnen twee jaar na de feitelijke datum van oplevering

Par. 28a lid 1 UAV-GC 2025 bepaalt voor gevallen waarin de Opdrachtnemer aansprakelijk is voor een gebrek in het Werk en/of voor schade die zich manifesteert vóór de feitelijke datum van oplevering⁵⁰ dat zijn verplichting tot schadevergoeding (resp. vrijwaring) beperkt is tot de limitatief onder sub a en b genoemde directe schade en voorts beperkt is tot de onder sub c tot en met e genoemde indirecte schade, alsook ‘overige indirecte schade’ tot een maximum van 10% van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs (voor zover die prijs verband houdt met de realisatie van het Werk) (sub f). Het maximum van 10% geldt dus alleen voor de categorie ‘overige directe schade’ van par. 28a lid 1 sub f UAV-GC 2025.

Volgens de Toelichting op de UAV-GC 2025⁵¹ kan een contractuele regeling de rechtsonzekerheid wegnemen die in de praktijk ontstaat wanneer partijen zich moeten beroepen op de regeling uit afdeling 6.1.10 BW. Par. 28a lid 1 UAV-GC 2025 is nieuw en strekt ertoe om vooraf duidelijkheid te scheppen voor wat betreft de aard van de schadelijke gevolgen waarvoor de Opdrachtgever de aansprakelijke Opdrachtnemer zal kunnen aanspreken (of in vrijwaring zal kunnen oproepen). Het gevolg hiervan is dat art. 6:98 BW is ‘uitgewerkt’, aldus de toelichting op de UAV-GC 2025.⁵²

Voor de situatie waarin een gebrek in het Werk zich manifesteert binnen twee jaar na de feitelijke datum van oplevering⁵³ bevat par. 28b lid 2 UAV-GC 2025 een aan par. 28a lid 1 UAV-GC 2025 vergelijkbare bepaling. Let wel op het verschil – bij het in sub a genoemde geval van directe schade – tussen de bepaling uit par. 28a lid 1 en par. 28b lid 2 UAV-GC 2025. Voor directe schade ten gevolge van een gebrek in het Werk dat zich binnen twee jaar na de feitelijke datum van oplevering manifesteert en waarvoor de Opdrachtnemer aansprakelijk is, geldt een beperking tot

46 Vgl. par. 28 lid 2 UAV-GC 2005.

47 Vgl. par. 28 lid 3 UAV-GC 2005.

48 Par. 28b lid 1 UAV-GC 2025.

49 Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 132.

50 Of de Opdrachtgever i.v.m. dat gebrek of die schade dient te vrijwaren tegen aanspraken van derden.

51 Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 130.

52 Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 130.

53 Of de Opdrachtgever i.v.m. dat gebrek of die schade dient te vrijwaren tegen aanspraken van derden.

maximaal 100% van de prijs die in de Basisovereenkomst is vastgelegd (voor zover die prijs verband houdt met de realisatie van het Werk). Binnen twee jaar na de feitelijke datum van oplevering is de aansprakelijkheid op grond van par. 28b lid 2 sub b tot en met sub e UAV-GC 2025 dus niet beperkt tot een bepaald percentage van de prijs. Voor de categorie 'overige indirecte schade' (par. 28b lid 2 sub f UAV-GC 2025) geldt wel een maximum van 10% van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs.⁵⁴

3.5.2 *Beperking in schadegevallen en hoogte: het regime vanaf twee jaar na de feitelijke datum van oplevering*

Vanaf twee jaar na de feitelijke datum van oplevering geldt op grond van par. 28b lid 3 UAV-GC 2025 de beperking tot de directe, indirecte en overige indirecte schadegevallen zoals genoemd in par. 28b lid 2 sub a tot en met sub f UAV-GC 2025 én geldt er een beperking in de hoogte van de te vergoeden schade, te weten tot een maximum van 10% van de prijs die in de Basisovereenkomst is vastgelegd (voor zover die prijs verband houdt met de realisatie van het Werk).

Voorts geldt: indien het aldus berekende bedrag lager is dan EUR 1.500.000, bedraagt de aan de Opdrachtgever te vergoeden schade ten hoogste EUR 1.500.000. Laatstgenoemde beperking is vergelijkbaar met de regeling uit par. 28 lid 3 UAV-GC 2005. Dit betekent dat de omvang van de verplichting tot schadevergoeding of vrijwaring in elk geval 10% van die prijs bedraagt, tenzij het bedrag dat uit die rekensom voortvloeit lager zou zijn dan EUR 1.500.000. De rekenvoorbeelden uit de toelichtingen uit beide sets voorwaarden zijn nagenoeg identiek en maken duidelijk hoe de regeling werkt.⁵⁵

Uit de Toelichting op de UAV-GC 2025⁵⁶ volgt dat voornoemde beperkingen – zowel in het type schade als omvang van de schade – zijn ingegeven vanuit de veronderstelde (on)mogelijkheid tot het verzekeren van de potentiële schade, hetgeen een belangrijke overweging is geweest om de totale omvang van de verplichting tot schadevergoeding of vrijwaring van de Opdrachtnemer voor die schadelijke gevolgen te beperken.

4. Conclusies

De gewijzigde aansprakelijkheidsregeling in de UAV-GC 2025 heeft belangrijke gevolgen voor zowel de Opdrachtgever als de Opdrachtnemer. De aansprakelijkheidsregeling is uitgebreid en bevat ten aanzien van de verplichting tot vergoeding van schade contractuele beperkingen (bijv. in het type schade) die duidelijkheid en daarmee rechtsonzekerheid tegengaan, maar waarvan Opdrachtgevers zich goed bewust moeten zijn bij het aangaan van een overeenkomst met toepassing van de UAV-GC 2025.

De UAV-GC 2025 bevatten – ten opzichte van de UAV-GC 2005 – bovendien regelingen voor de beperking van aansprakelijkheid vóór de feitelijke datum van oplevering, binnen twee jaar na de feitelijke datum van oplevering en vanaf twee jaar na de feitelijke datum van oplevering. Vanuit de positie van de Opdrachtnemer bezien, is zijn aansprakelijkheidsrisico in de UAV-GC 2025 toegenomen in de eerste twee jaar na de feitelijke oplevering van het werk (par. 28b lid 2 sub a) en in de periode voorafgaand aan de oplevering is dat risico in zekere zin afgenomen, gelet op de aansprakelijkheidsbeperking uit par. 28a lid 1 sub f UAV-GC 2025.

Het is van belang dat partijen in art. 13a MBO een keuze maken voor optie 1 of optie 2. Bij het ontbreken van een keuze worden zij geacht te hebben gekozen voor de eerste optie die inhoudelijk aansluit bij het aansprakelijkheidsregime van art. 7:758 lid 4 BW. Het is echter maar de vraag of de voetnoot, waarin deze default rule staat, ook wordt overgenomen in de overeenkomst die partijen uiteindelijk ondertekenen. Is die voetnoot geen onderdeel van de overeenkomst, dan wordt het aansprakelijkheidsregime bepaald op grond van titel 7.12 BW waarmee een belangrijk punt van kritiek op de Wkb, te weten het ontbreken van een definitie van de term 'bouwwerk', ook in de UAV-GC 2025 de kop opsteekt.

⁵⁴ Voor zover die prijs verband houdt met de realisatie van het Werk.

⁵⁵ Zie de Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 134-135.

⁵⁶ Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2025, p. 134.