

Beperking van aansprakelijkheid in de UAV-GC 2005: tijd voor een herziening?

– Prof. mr. C.E.C. Jansen¹

1. Inleiding en vraagstelling

Een van de resultaten van het recent in dit tijdschrift gepubliceerde onderzoek van Van Dam, De Groot en Orobio de Castro heeft betrekking op de regeling in de UAV-GC 2005 van de beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.² Dat onderzoek wijst uit dat vertegenwoordigers van grote bouwbedrijven³ het als een knelpunt ervaren dat die regeling geen algehele beperking van aansprakelijkheid bevat. Daarmee zou de UAV-GC 2005 niet aansluiten bij internationale bouwcontracten waarin een dergelijke beperking van aansprakelijkheid tot een bedrag tussen 25% en 40% van de opdrachtsom standaard is opgenomen. De onderzoekers suggereren om het gesignaleerde knelpunt op te lossen door bij een eventuele herziening van de UAV-GC 2005 - in aansluiting op de (internationale) praktijk - een regeling van de beperking van de totale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer toe te voegen. In die regeling kan dan het bedrag van de maximale aansprakelijkheid als percentage van de opdrachtsom in de Basisovereenkomst worden ingevuld.⁴

In deze bijdrage zal ik eerst een algemeen kader schetsen met betrekking tot de beperking van (contractuele) aansprakelijkheid in het algemeen (paragraaf 2) en de beperking van aansprakelijkheid in de UAV-GC 2005 in het bijzonder (paragraaf 3). Op basis daarvan zal ik vervolgens de argumenten onderzoeken die Van Dam, De Groot en Orobio de

Castro ten grondslag leggen aan hun stelling dat het ontbreken in de UAV-GC 2005 van een algehele beperking van aansprakelijkheid een knelpunt is (paragraaf 4.1). Ik zal mij in mijn analyse beperken tot de onderbouwing van hun stelling zoals zij die hebben uitgewerkt in paragraaf 6 van hun artikel.⁵ Op basis van de uitkomst van die analyse zal ik antwoord geven op de vraag of de suggestie van de onderzoekers, om bij een eventuele herziening van de UAV-GC 2005 een regeling van de beperking van de totale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer toe te voegen, moet worden overgenomen. In dat verband zal ik ook enkele vraagpunten en suggesties ten behoeve van verder onderzoek formuleren (paragraaf 4.2). Ik sluit af met een korte conclusie (paragraaf 5). Ik ga in deze bijdrage niet in op de vraag of de overige door de onderzoekers gesignaleerde knelpunten in de UAV-GC 2005 inderdaad knelpunten zijn, en of die vermeende knelpunten bij een eventuele herziening moeten worden opgelost op de door hen voorgestelde wijze. Andere auteurs buigen zich elders in dit tijdschrift over die vragen.

2. Over beperking van (contractuele) aansprakelijkheid in het algemeen

2.1 Onderscheid naar aard, inhoud, omvang en duur van aansprakelijkheid

Wanneer men in algemene zin spreekt over beperking van aansprakelijkheid, is het gebruikelijk een onderscheid te maken tussen de volgende niveaus (i) de vestiging van aansprakelijkheid als zodanig (voor welke schadeveroorzakende gebeurtenis is de opdrachtnemer aansprakelijk?); (ii) de inhoud en omvang van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer in het geval dat zijn aansprakelijkheid kan worden gevestigd (welke schade dient door de opdrachtnemer te worden vergoed en tot welk bedrag?); en (iii) de termijn waarbinnen de opdrachtgever zijn aanspraken (op schadevergoeding) geldend moet maken (wanneer vervalt eventueel het vorderingsrecht en wanneer

¹ Hoogleraar privaatrecht Vrije Universiteit Amsterdam, hoogleraar privaatrechtelijk bouwrecht Tilburg University, raadshere plaatsvervanger in het hof 's-Hertogenbosch en het hof Den Haag en vicevoorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE). Deze bijdrage is gebaseerd op de tekst van de voordracht die door de auteur is uitgesproken op 30 juni 2015 tijdens het door Stibbe te Amsterdam georganiseerde seminar 'UAV-GC 2005: tijd voor een herziening?'

² E. van Dam, I. De Groot en D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016/4, p. 36-37.

³ De onderzoekers wijzen er op dat zij de opvattingen van opdrachtgevers en het midden- en kleinbedrijf ten aanzien van deze kwestie niet hebben onderzocht, zie Van Dam, De Groot & Orobio de Castro, a.w. p. 26.

⁴ Van Dam, De Groot & Orobio de Castro, a.w. p. 37.

⁵ Van Dam, De Groot & Orobio de Castro, a.w. p. 36-37.

verjaart de rechtsvordering?). Ik signaleer nu al vast dat het door Van Dam, De Groot en Orobio de Castro gesignaleerde knelpunt - namelijk: dat de UAV-GC 2005 niet voorziet in een algehele beperking van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer tot een bepaald percentage van de opdrachtsom - alleen betrekking heeft op het hiervoor onder (ii) genoemde niveau: de inhoud en de omvang van de schadevergoedingsverbintenis. Zoals hierna echter nog zal blijken, kan (het ontbreken van) een regeling daarvan niet los worden gezien van een eventuele regeling van (de beperking van) de mogelijkheden tot vestiging van aansprakelijkheid als zodanig (het eerste hiervoor onderscheiden niveau): het gaat hier namelijk om communicerende vaten.

2.2 De verhouding tussen contract en Burgerlijk Wetboek

Wanneer opdrachtgever en opdrachtnemer géén regeling in hun contract hebben getroffen met betrekking tot de (beperking van) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer, betekent dat niet dat zij daarmee een onbeperkte aansprakelijkheid zijn overeengekomen. In voorkomende gevallen zullen zij immers kunnen terugvallen op het Burgerlijk Wetboek (BW). Dat voorziet in mechanismen waarmee de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer op elk van de drie hiervoor onderscheiden niveaus kan worden beperkt.

Wat de vestiging van aansprakelijkheid als zodanig betreft - het eerste onderscheiden niveau - kan bijvoorbeeld worden gewezen op de bepalingen van de artikelen 6:75 t/m 6:77 BW. Die bepalingen brengen mee dat aansprakelijkheid alleen zal kunnen worden gevestigd wanneer de door de opdrachtgever geleden schade het gevolg is van een tekortkoming die de opdrachtnemer kan worden toegerekend.⁶ Voor zover toerekeningsvragen vervolgens moeten worden beantwoord op grond van de wet⁷, wordt daarin aangesloten bij het uitgangspunt dat aansprakelijkheid in beginsel alleen kan worden gevestigd voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die de opdrachtnemer geacht wordt het beste te kunnen beheersen.⁸

Wat het tweede onderscheiden niveau betreft - de inhoud en omvang van de schadevergoedingsverbintenis in het geval dat aansprakelijkheid van de opdrachtnemer kan worden gevestigd - voorziet Afdeling 6.1.10 BW eveneens in belangrijke regels waarvan de toepassing kan leiden tot beperking van aansprakelijkheid. In het bijzonder valt daarbij te denken aan art. 6:98 BW (redelijke toerekening),

artikel 6:101 BW (eigen schuld) en artikel 6:107 BW (matigingsbevoegdheid van de rechter).

Tot slot zien we dat de wet ook op het derde niveau voorziet in regels die aan het geldend maken van aanspraken op schadevergoeding in de weg kunnen staan. Belangrijke voorbeelden daarvan zijn de regels die hun wortels vinden in het leerstuk van rechtsverwerking⁹ en regels met betrekking tot verjaring.¹⁰

Opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen er natuurlijk ook voor kiezen om zelf wél een nadere regeling in hun contract te treffen met betrekking tot de (beperking van) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. In de regel zullen zij dat doen vanuit een oogpunt van rechtszekerheid. De hiervoor genoemde bepalingen van het BW zijn immers noodzakelijkerwijs abstract en open geformuleerd. Dat betekent dat de toepassing van die bepalingen nadere inkleuring door de rechter zal vergen op basis van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Omdat partijen vooraf echter niet in onzekerheid willen verkeren over het resultaat van die nadere inkleuring, treffen zij daarvoor liever zelf een nadere regeling in hun contract. Op basis van die regeling wordt het voor hen beter voorspelbaar hoe eventuele vragen met betrekking tot de vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer, de inhoud en omvang van diens schadevergoedingsverbintenis en de termijn waarbinnen opdrachtgever aanspraken geldend moet maken, na de totstandkoming van het contract zullen worden beantwoord.

Over het algemeen zal zo'n door partijen getroffen contractuele regeling het karakter hebben van een concretisering van de hiervoor besproken wettelijke kaders en zullen partijen aansluiting zoeken bij de aan die kaders ten grondslag liggende uitgangspunten. Wat het eerste hiervoor onderscheiden niveau betreft - de vestiging van aansprakelijkheid als zodanig - kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een contractuele bepaling die een aantal concrete risico's benoemt die, gesteld dat zij zich zouden verwezenlijken, tot schade leiden. Partijen identificeren dergelijke gebeurtenissen dan bijvoorbeeld als tekortkomingen die aan de opdrachtnemer kunnen worden toegerekend, omdat zij het er over eens zijn dat de opdrachtnemer die gebeur-

⁶ Art. 6:74 BW.

⁷ Art. 6:75 BW.

⁸ Zie bijvoorbeeld art. 6:76 en 6:77 BW. Zie voor wat betreft de wettelijke regeling van de aannemingsovereenkomst bijvoorbeeld art. 7:760 jo. art. 7:754 BW.

⁹ Art. 6:89 BW en - voor wat betreft de wettelijke regeling van de aannemingsovereenkomst - art. 7:758 lid 3 BW.

¹⁰ Artikel 3:306 e.v. BW. Zie ook art. 7:761 BW, in het bijzonder de ten opzichte van de algemene verjaringsregels aangescherpte regel van art. 7:761 lid 1 BW.

tenissen het beste zal kunnen beheersen.¹¹ Wat betreft het tweede hiervoor onderscheiden niveau - de inhoud en omvang van de schadevergoedingsverbintenis - zullen partijen in een nadere contractuele regeling vooraf overeenstemming kunnen bereiken over het antwoord op de vraag welk type schade de opdrachtnemer wel en niet zal moeten vergoeden in het geval zijn aansprakelijkheid kan worden gevestigd en tot welk bedrag die verbintenis is gelimiteerd. Denkbaar is dan dat de door partijen getroffen regeling in concrete gevallen tot een resultaat leidt dat vergelijkbaar is met het resultaat waartoe de rechter zou komen - bij gebreke aan een nadere contractuele regeling - op basis van de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW.

Het is natuurlijk ook mogelijk dat partijen een nadere regeling van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in het contract hebben uitgewerkt die tot andere resultaten leidt dan die welke de rechter bij gebreke aan zo'n regeling zou bereiken op grond van een toepassing van de bepalingen van het BW. Te denken valt aan een contractuele regeling die voorziet in vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor een schadeveroorzakende gebeurtenis die hij niet (het beste) kan beheersen. Bij gebreke van zo'n nadere regeling zou de rechter mogelijk tot het oordeel komen dat wanneer de schade het gevolg is van een tekortkoming van de opdrachtnemer, die tekortkoming niet krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen aan hem zal kunnen worden toegerekend. In het veronderstelde geval staat de door partijen overeengekomen nadere regeling echter aan zo'n oordeel in de weg, aangezien zij de tekortkoming contractueel nu juist voor rekening van de opdrachtnemer hebben gebracht.¹² Wat de opdrachtnemer dan nog eventueel rest - in uitzonderlijke gevallen - is een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹³ De hiervoor weergegeven benadering geldt ook in het geval dat de door partijen getroffen nadere contractuele regeling voorziet in een schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer die naar haar inhoud en/of omvang verder reikt dan die welke de rechter zou vaststellen - bij gebreke van een nadere partijregeling - op grond van de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW.

2.3 De verhouding tussen contract, Burgerlijk Wetboek en Gids Proportionaliteit

In de voorgaande paragrafen heb ik ten aanzien van het leerstuk van beperking van aansprakelijkheid allereerst een onderscheid gemaakt tussen de volgende niveaus: (i) de vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer als zodanig; (ii) de inhoud en omvang van diens schadevergoedingsverbintenis; en (iii) de termijn waarbinnen de opdrachtgever aanspraken (op schadevergoeding) geldend moet maken. Ik heb vervolgens voor elk van deze niveaus een aantal voorbeelden genoemd van belangrijke wettelijke bepalingen waar partijen op kunnen terugvallen bij de beantwoording van vragen met betrekking tot de beperking van aansprakelijkheid, in die gevallen waarin zij niet zelf in een contractuele regeling daarvan hebben voorzien. Tot slot heb ik laten zien dat partijen de mogelijkheid hebben om een nadere regeling van beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer overeen te komen. Dat kan dan een regeling zijn die in concrete gevallen tot hetzelfde resultaat leidt als dat wat de rechter zou bereiken wanneer hij - bij gebreke aan zo'n nadere regeling - aansprakelijkheidsvragen zou moeten beantwoorden op grond van het BW. Ook is het mogelijk dat de door partijen overeengekomen nadere regeling tot een daarvan afwijkend resultaat leidt, in de zin dat zij - op één of meer van de drie hiervoor onderscheiden niveaus - een verdergaande aansprakelijkheid van de opdrachtnemer zijn overeengekomen dan die welke zou resulteren uit een toepassing van de bepalingen van het BW.¹⁴

De voorgaande opmerkingen zijn bedoeld als een algemeen kader voor de beantwoording van de vraag of de door Van Dam, De Groot en Orobio de Castro aangevoerde argumenten voldoende basis bieden voor hun stelling dat het ontbreken in de UAV-GC 2005 van een algehele beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer een knelpunt is. Steun voor die stelling ontlent zij mede aan de inhoud en strekking van de Gids Proportionaliteit. Om die reden zal ik op deze plaats - alvorens de argumenten van de onderzoekers aan een nader onderzoek te onderwerpen¹⁵ - eerst nog ingaan op de verhouding tussen de Gids Proportionaliteit en het in de vorige paragrafen geschetste algemeen kader. Ik ga daarbij gemakshalve uit van de premisse dat de opdrachtgever een aanbestedende dienst is die op grond van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) gehouden is de voorschriften van de Gids Proportionaliteit toe te passen.¹⁶

11 In dergelijke gevallen zal een tekortkoming op grond van art. 6:75 BW aan de opdrachtnemer kunnen worden toegerekend omdat deze krachtens rechtshandeling - de door partijen in het contract getroffen nadere regeling - voor zijn rekening komt. Bij gebreke aan een nadere contractuele regeling zal de rechter desgevraagd in veel gevallen tot hetzelfde resultaat komen op basis van in de wet zelf voorziene toerekeningsregels. Zie opnieuw art. 6:76 en 6:77 BW en - voor de aannemingsovereenkomst - art. 7:760 jo. art. 7:754 BW.

12 Zie opnieuw art. 6:74 BW ('rechtshandeling').

13 Art. 6:248 lid 2 BW.

14 Behoudens natuurlijk een beroep op het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, dat partijen contractueel niet kunnen uitsluiten.

15 Zie hierna paragraaf 4.

16 Zie art. 1.10 lid 4, art. 1.13 lid 4 en art. 1.16 lid 4 Aw 2012.

Voeropgesteld moet worden dat wanneer de opdrachtgever in het met de aanbesteding beoogde contract géén expliciete regeling ten aanzien van (de beperking van) de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer heeft opgenomen - en partijen na de totstandkoming van het contract dus kunnen terugvallen op de bepalingen van het BW - de opdrachtgever niet handelt in strijd met enig voorschrift van de Gids Proportionaliteit. Er valt immers geen voorschrift in de Gids aan te wijzen dat de opdrachtgever er toe verplicht om in het contract in een dergelijke expliciete regeling te voorzien. De relevante voorschriften van de Gids zien (slechts) op de situatie waarin de opdrachtgever wél een nadere regeling met betrekking tot de (beperking van) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in het contract heeft voorzien en de inhoud en strekking van die regeling vervolgens kan worden geproblematiseerd in het licht van het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel, zoals dat is uitgewerkt in de Voorschriften 3.9 A t/m 3.9 E van de Gids.

Het voorgaande betekent allereerst dat wanneer de opdrachtgever in het contract voorziet in een nadere regeling van de vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer - het eerste hiervoor onderscheiden niveau - en hij in dat kader aansluiting zoekt bij de uitgangspunten van de regeling daarvan in het BW, hij toepassing geeft aan het bepaalde in Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit.¹⁷

Anders dan Van Dam, De Groot en Orobio de Castro menen¹⁸, betekent het voorgaande echter weer niet dat als de opdrachtgever maar niet afwijkt van de aansprakelijkheidsregels in het BW, en hij voorts ten minste enige vorm van beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in het aan te besteden contract opneemt, hij toepassing geeft aan het bepaalde in Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit.¹⁹ Dat voorschrift - dat overigens ziet op het tweede hiervoor onderscheiden niveau: de inhoud en omvang van de schadevergoedingsverbintenis²⁰ - dwingt de opdrachtgever namelijk niet om in het contract te voorzien in een expliciete regeling waarmee die verbintenis naar haar inhoud en omvang wordt gelimiteerd. Bij gebreke van een dergelijke expliciete limitering kan immers worden teruggevallen op de wettelijke bepalingen van Af-

deling 6.1.10 BW.²¹ Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit ziet (slechts) op het geval dat de opdrachtgever er voor kiest in het contract te voorzien in een expliciete regeling van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer en die verbintenis - gelet op de inhoud en strekking van die regeling - naar haar inhoud en/of omvang ongelimiteerd blijkt te zijn.²²

Wanneer de schadevergoedingsverbintenis naar inhoud en/of omvang daarentegen wél in de nadere contractuele regeling is gelimiteerd, kan tot slot nog de vraag aan de orde zijn of de opdrachtgever daarmee toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit.²³ Bij de beantwoording van de die vraag dient dan te worden aangetekend dat de beoordelingen die kunnen plaatsvinden op basis van Voorschrift 3.9D lid 2 Gids Proportionaliteit enerzijds en art. 6:248 lid 2 BW anderzijds onderling van elkaar verschillend zijn, zowel wat betreft de daarmee beoogde doelstellingen, de betrokken belangen, de te hanteren beoordelingskaders met bijbehorende gezichtspuntencatalogi, de bij de beoordelingen in acht te nemen feiten en omstandigheden van het geval en het tijdstip waarop die beoordelingen plaatsvinden. Het is denkbaar dat een beroep van de opdrachtgever op de hiervoor bedoelde nadere regeling van de gelimiteerde schadevergoedingsverbintenis - na de totstandkoming van het contract - naar maatstaven van redelijkheid niet onaanvaardbaar is, terwijl de opdrachtgever met het van toepassing verklaren van diezelfde nadere regeling - tijdens de aanbesteding

¹⁷ 'De aanbestedende dienst alloceert het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden'. Zie bijvoorbeeld CvAE 24 december 2013, Adviezen 40 en 42, overweging 6.2; CvAE 9 oktober 2014, Advies 154, overweging 6.2.8; en CvAE 29 februari 2016, Advies 331, overweging 5.6 (nog niet gepubliceerd).

¹⁸ Van Dam, De Groot & Orobio de Castro, a.w. p. 36.

¹⁹ 'De aanbestedende dienst verlangt geen aansprakelijkheid die op geen enkele wijze gelimiteerd is.'

²⁰ Zie CvAE 29 februari 2016, Advies 331, overweging 5.7.2 (nog niet gepubliceerd) met verwijzing naar de Toelichting op blz. 54 van de Gids Proportionaliteit.

²¹ CvAE 29 februari 2016, Advies 331, overweging 5.7.5 (nog niet gepubliceerd): '(...) wanneer aansprakelijkheid van een opdrachtnemer jegens diens opdrachtgever kan worden gevestigd en de omvang van de door hem te betalen schadevergoeding contractueel niet is gelimiteerd, kan de aansprakelijke opdrachtnemer ter beperking van zijn schadevergoedingsverbintenis terugvallen op de bepalingen van het BW, in het bijzonder op de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW.'

²² CvAE 29 februari 2016, Advies 331, overweging 5.7.5 (nog niet gepubliceerd): 'Beklaagde heeft immers niet nagelaten de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in hoogte te limiteren: beklagde heeft - zoals ook hiervoor is overwogen - in art. 9 lid 3 sub a AIV expliciet bepaald dat de in art. 9 lid 1 voorziene limitering in dat geval niet geldt. Daarmee verlangt beklagde voor dat geval een - wat de hoogte van de door haar opdrachtnemer verschuldigde schadevergoeding betreft - ongelimiteerde verbintenis en dat is in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 1.' Zie voorts overweging 5.7.6: 'Nog daargelaten dat dit in strijd is met Voorschrift 3.9 D lid 1, werpt beklagde met die expliciete uitsluiting van aansprakelijkheidsbeperking tevens een drempel op voor de toepassing door de rechter van een aantal van de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW. De rechter zal bij die toepassing immers mede acht moeten slaan op de inhoud van hetgeen tussen beklagde en haar opdrachtnemer is overeengekomen. En dat is: een expliciete uitsluiting van de aansprakelijkheidsbeperking van art. 9 lid 1 AIV.'

²³ 'Bij de beoordeling welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is slaat de aanbestedende dienst in ieder geval acht op: de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt; de gebruikelijke aansprakelijkheidsreikende in de betreffende branche of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang.'

dingsprocedure - handelt in strijd met het bepaalde in Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit.²⁴

3. Over de beperking van aansprakelijkheid in de UAV-GC 2005

3.1 Belangrijkste discussiepunt ten tijde van de totstandkoming

De Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2000 is in de periode van begin 1998 tot begin 2000 ontwikkeld door een werkgroep ingesteld door de CROW.²⁵ Na een proef- en implementatieperiode van vier jaar bleek dat de voorwaarden in de praktijk goed toepasbaar waren en dat geen ingrijpende aanpassingen van de inhoud nodig waren. Wijzingen die tijdens de proef- en implementatieperiode wenselijk bleken, zijn vervolgens verwerkt in de herziene versie: de UAV-GC 2005.²⁶

De regeling van de (beperking van de) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer vormde destijds weliswaar een belangrijk onderwerp van discussie binnen de werkgroep, maar die discussie spitste zich in hoofdzaak toch vooral toe op de vraag of de UAV-GC moest voorzien hetzij in een 'geknipte' regeling van de prestatieplicht van de opdracht-

nemer²⁷, hetzij in een integrale regeling daarvan.²⁸ Zoals bekend is die discussie uiteindelijk beslecht in het voordeel van de laatste visie.²⁹ Ik merk terzijde op dat de destijds zo fel bekritiseerde keuze voor een regeling van de integrale prestatieplicht in de praktijk van vandaag niet langer meer op bezwaren lijkt te stuiten. Ook het onderzoek van Van Dam, De Groot en Orobio de Castro geeft geen aanleiding om te veronderstellen dat de gemaakte keuze nog altijd wordt geproblematiseerd. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de vertegenwoordigers van beide zojuist genoemde benaderingswijzen destijds hetzelfde doel voor ogen hebben gehad, namelijk: de uit de traditionele bouworganisatievorm stammende ontwerp- en uitvoeringsverantwoordelijkheid van de adviseur respectievelijk aannemer zodanig met elkaar in één juridisch-administratief kader verenigen, dat ook in de geïntegreerde bouworganisatievorm enerzijds recht wordt gedaan aan de beginselen en uitgangspunten van het bouwcontractenrecht en anderzijds de integrale verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer binnen economisch aanvaardbare perken blijft. Daarmee lijkt het onderscheid niet zozeer principieel van aard, maar ziet het vooral op de wijze waarop de in beide benaderingswijzen onderschreven doelstelling - namelijk: het bewerkstelligen van het hiervoor genoemde evenwicht - het beste kan worden georganiseerd.³⁰ De verschillende mogelijkheden die wat dat laatste betreft bestaan, houden nauw verband met het onderscheid tussen verschillende niveaus dat ik hier-

27 In deze benadering wordt een ontwerp- en uitvoeringscontract als een gemengde overeenkomst in de zin van artikel 6:215 BW beschouwd. De door de ontwerpende bouwer te leveren prestatie valt daarbij in twee afzonderlijke prestaties uiteen, te weten: het maken van het ontwerp en het uitvoeren van dat ontwerp. Beide deelprestaties zijn in deze benadering onderworpen aan een eigen contractregime, te weten: de tot een inspanningsverbintenis strekkende overeenkomst van opdracht (ontwerp) en de tot een resultaatsverbintenis strekkende overeenkomst van aanneming van werk (uitvoering). Zie J.J. Goudsmit, 'Verschuivende patronen, nieuwe structuren; juridische bewegingen in de bouw', in: *De veranderende bouwopgave*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 17, Kluwer, Deventer 1989, p. 27-62 op p. 40-46. Deze benadering is destijds uitgewerkt in het VGBouw Model Bouwcontract voor ontwerp en realisatie 1998. Zie nadien ook BouwNed Model Bouwcontract voor ontwerp en realisatie 2003.

28 In deze benadering wordt veel meer geredeneerd vanuit het verwachte eindresultaat van de door de ontwerpende bouwer te verrichten prestatie en wordt vanuit die invalshoek een belang meer gehecht aan een eventueel te maken onderscheid tussen de deelprestaties ontwerp en uitvoering. Er is slechts sprake van één integrale prestatie waarvoor de ontwerpende bouwer de volledige verantwoordelijkheid draagt, uitgaande van de veronderstelling dat hij de verwezenlijking van het verwachte resultaat ook volledig in eigen hand heeft. Zie M.A.M.C. van den Berg, 'Verdeling van aansprakelijkheden en risico's bij moderne bouwcontractvormen', in: M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build-contracten*, Tjeenk Willink, Deventer 1996, p. 59-96.

29 Zie voor een historisch overzicht van het verloop van die discussie, met uitvoerige bronvermeldingen: C.E.C. Jansen, *Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten*, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 29, Kluwer, Deventer 2001, p. 168 e.v. (met medewerking van A.M.J. Vos).

30 Vergelijk ook de wending die de discussie in de doctrine eind jaren negentig nam, zie Jansen, Preadvies VBR 2001, a.w. p. 169-171.

24 Vergelijk ook C.E.C. Jansen, S. Mutluer, A.T.M. van den Borne, S. Prent & U. Ellian, 'Towards (further) EU Harmonization of Public Contract Law', in: *Proceedings of the 5th International Public Procurement Conference*, Seattle 17-19 August 2012, <www.ipppa.org/IPPC5/Proceedings/Part3/PAPER3-7.pdf>, p. 759-809 op p. 787.

25 Zie de Toelichting op de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005, p. 6. Die ontwikkeling vond plaats op basis van een tweetal studies die in 1996 onafhankelijk van elkaar waren uitgevoerd. Zie allereerst Stichting CROW, *Blauwdruk RAW 2000*, Ede 1997. Zie daarnaast: M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwer, over turnkey- en design & build-contracten*, Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht/Tjeenk Willink, Tilburg/Deventer 1996.

26 Zie de Toelichting op de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005, p. 7.

voor heb gemaakt met betrekking tot het leerstuk van beperking van aansprakelijkheid.³¹ Meer in het bijzonder gaat het dan om het onderscheid tussen het eerste en het tweede niveau: de vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer respectievelijk de inhoud en omvang van diens schadevergoedingsverbintenis.³² Hoe is daar destijds door de werkgroep in de UAV-GC invulling aan gegeven?³³

3.2 Vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer

§ 4 lid 9 UAV-GC 2005 regelt het uitgangspunt wat betreft de vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor schade ten gevolge van gebreken: hij is verantwoordelijk voor elk gebrek³⁴ in het werk dat niet krachtens de wet, de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen aan de opdrachtgever kan worden toegerekend.³⁵ Met deze bepaling wordt aangesloten bij de in art. 6:75 BW geregelde toerekeningcriteria.³⁶ Daarmee staat op zichzelf natuurlijk nog niet vast dat de UAV-GC 2005 voorziet in een nadere regeling waarmee dezelfde uitkomsten kunnen worden bereikt als die welke - bij gebreke van zo'n regeling - op grond van de bepalingen van het BW zouden kunnen worden bereikt. Eerst zal immers moeten worden nagegaan in welke gevallen een gebrek 'krachtens de overeenkomst' aan de opdrachtgever kan worden toegerekend. In de gevallen waarin dat laatste niet mogelijk is - en het gebrek evenmin krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen aan de opdrachtgever kan worden toegerekend - is de opdrachtnemer verantwoordelijk voor het gebrek en zal zijn aansprakelijkheid voor de daarmee verband houdende schade kunnen worden gevestigd. Een analyse van die gevallen zal vervolgens moeten uitwijzen of de regeling in de UAV-GC 2005 eventueel tot een ruimere vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer kan leiden dan bij gebreke van zo'n regeling op basis van het BW mogelijk zou zijn.

31 Zie paragraaf 2.1.

32 Zie paragraaf 2.2.

33 Zie voor een eerdere uitvoerige analyse van deze materie, waarbij bovendien een vergelijking is gemaakt tussen de regeling in de UAV-GC 2000 enerzijds en de regeling in het VGBouw Model Bouwcontract voor ontwerp en realisatie 1998 anderzijds: Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 171-178. De navolgende paragrafen 3.2 en 3.3 zijn mede op die eerdere analyse van de UAV-GC 2000 gebaseerd.

34 Het begrip 'gebrek' dien te worden gelezen in samenhang met het bepaalde in § 4 lid 1 UAV-GC 2005: 'De Opdrachtnemer is verplicht de Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgelegde datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen. Voldoet het werk niet aan die eisen, dan is sprake van een gebrek.'

35 Behoudens het bepaalde in § 28 UAV-GC 2005. Voor wat betreft het vraagstuk van de vestiging van aansprakelijkheid is dan alleen de verwijzing naar lid 1 van die paragraaf relevant. Daaruit blijkt dat de UAV-GC 2005 ten aanzien van de bewijslast een verschil maakt tussen de beantwoording van de toerekeningsvraag, al naar gelang het moment waarop een gebrek aan het licht komt. Voor wat betreft de te hanteren toerekeningscriteria is dat moment overigens niet relevant.

36 Zie paragraaf 2.2.

De hiervoor bedoelde analyse heb ik al eerder uitgevoerd³⁷, waarbij ik concludeerde dat de werkgroep de kwestie van de toerekening in de UAV-GC heeft geregeld met inachtneming van het uitgangspunt dat aansprakelijkheid in beginsel alleen zal kunnen worden gevestigd voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die de opdrachtnemer geacht wordt het beste te kunnen beheersen. Het vertrekpunt in de UAV-GC 2005 is weliswaar de integrale prestatieplicht van de opdrachtnemer³⁸, maar zijn daarmee verband houdende verantwoordelijkheid is voor wat betreft alle oorzaken die tot gebreken in het werk kunnen leiden vervolgens gerelativeerd op een wijze die recht doet aan het zojuist genoemde uitgangspunt.³⁹ Dat geldt eerst en vooral voor schade ten gevolge van gebreken die hun oorzaak vinden in factoren die de opdrachtgever zelf beheerst, zoals de inhoud van de door hem verstrekte vraagspecificatie, informatie, opdragen wijzigingen en de aan de opdrachtnemer ter beschikking gestelde goederen. De verantwoordelijkheid voor de invloed die hij daarmee uitoefent op de uitvoering van de prestatieplicht van de opdrachtnemer, ligt in beginsel bij de opdrachtgever.⁴⁰ Die verantwoordelijkheid kan vervolgens weliswaar alsnog verschuiven naar de opdrachtnemer wanneer deze tekortschiet in de nakoming van een op hem rustende waarschuwplicht⁴¹, maar ook de regeling daarvan blijft binnen de kaders van het eerder genoemde uitgangspunt.⁴² De UAV-GC 2005 relativeert de integrale prestatieplicht van de opdrachtnemer voorts nog voor wat betreft een aantal andere schadeveroorzakende gebeurtenissen die weliswaar buiten de invloedssfeer van de opdrachtgever liggen, maar die eveneens niet aan de opdrachtnemer worden toegerekend omdat hij niet onder alle omstandigheden geacht wordt deze te kunnen beheersen. Het belangrijkste voorbeeld daarvan betreft het geval dat een gebrek in het werk ontstaat ten gevolge van een onjuiste afstemming van zijn werkzaamheden op de bodemgesteldheid, niettegenstaande het feit dat de opdrachtnemer alle voorzorgsmaatregelen heeft getroffen die in dat kader van hem mochten worden verwacht.⁴³

Voor zover in de UAV-GC 2005 nadere regels zijn opgenomen met betrekking tot de vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer, leidt de toepassing daarvan dus niet tot andere resulta-

37 Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 171-176.

38 Zie opnieuw § 4 lid 1 jo. lid 9 UAV-GC 2005.

39 En dat geldt dan niet alleen voor wat betreft de regeling van de vestiging van aansprakelijkheid voor schade die ontstaat ten gevolge van een gebrek in het werk, maar ook voor wat betreft de regeling van aansprakelijkheid voor schade aan het werk (zie met name § 41 lid 4 UAV-GC 2005) en voor schade aan met het werk in verband staande werken en andere eigendommen van de opdrachtgever (zie § 4 lid 10 UAV-GC 2005).

40 Zie § 3 lid 2 tot en met 7 UAV-GC 2005.

41 Zie § 3 lid 8 jo. § 4 lid 7 UAV-GC 2005.

42 Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 118-119.

43 Zie § 13 lid 1 jo. lid 2 UAV-GC 2005.

ten dan die welke zouden worden bereikt op basis van de bepalingen van het BW.⁴⁴ Het voorgaande laat overigens onverlet dat niet alle gevallen waarin een toerekeningsvraag zou kunnen rijzen, nader in de UAV-GC 2005 zijn geregeld. Een belangrijk voorbeeld van zo'n geval betreft het zogenoemde 'state of the art-risico'.⁴⁵ Dat geval doet zich voor wanneer de opdrachtnemer een innovatieve ontwerpkeuze maakt die - gelet op de op dat moment geldende stand van de wetenschap en techniek - weliswaar verantwoord is, maar die naderhand de oorzaak van een gebrek in de prestatie blijkt te zijn: voortschrijdende inzichten in wetenschap en techniek hebben inmiddels aan het licht gebracht dat de gemaakte ontwerpkeuze minder verstandig was. In een dergelijk geval zal het gebrek niet 'krachtens de overeenkomst' aan de opdrachtgever kunnen worden toegerekend, omdat de UAV-GC 2005 niet in een regeling van dit geval voorziet. Daarmee is weliswaar sprake van rechtsonzekerheid, maar staat nog niet vast dat de opdrachtnemer aansprakelijk is voor de met het gebrek verband houdende schade. Denkbaar is immers dat het gebrek bij gebreke aan een nadere regeling alsnog krachtens de in het verkeer geldende opvattingen aan de opdrachtgever moet worden toegerekend.⁴⁶

3.3 Schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer

De UAV-GC 2005 voorziet in § 28 lid 3 in een nadere regeling van de beperking van de omvang - niet de inhoud - van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer.⁴⁷ Die regeling is overigens beperkt tot het geval dat aansprakelijkheid van de opdrachtnemer op grond van § 28 lid 1 UAV-GC 2005 kan worden gevestigd voor schade ten gevolge van een gebrek dat zich na oplevering in het werk manifesteert. Voor alle andere gevallen waarin aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor schade kan worden gevestigd, voorziet de UAV-GC 2005 niet in een nadere regeling. Dat laat onverlet dat de opdrachtnemer voor een beperking van de inhoud en omvang van zijn eventuele schadevergoedingsverbintenis in die andere gevallen

natuurlijk kan terugvallen op de wet.⁴⁸ De Toelichting op de UAV-GC 2005 lijkt die laatste mogelijkheid overigens over het hoofd te zien, gelet op de argumentatie die daarin wordt gegeven voor de in § 28 lid 3 voorziene beperking: 'Zonder een nadere contractuele voorziening zou de omvang van deze schadevergoedingsverbintenis in beginsel ongelimiteerd zijn, zoals dat ook in de UAV 1989 het geval is.'⁴⁹ Dat is dus niet juist: bij gebreke van een contractuele voorziening valt men immers terug op de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW. Maar wellicht dat die mogelijkheid impliciet besloten ligt in de woorden 'in beginsel'.

De reden waarom voor wat betreft het in § 28 lid 1 *jo.* lid 3 UAV-GC 2005 bedoelde geval de omvang van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer niet ongeregeld is gelaten - zoals de UAV 1989 (en ook de UAV 2012) dat doet - wordt in de Toelichting als volgt verantwoord: 'Onder de UAV 1989 verbindt de aannemer zich (...) alleen tot de uitvoering van het werk, terwijl de Opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005 zich verbindt tot de realisatie van het Werk door middel van Ontwerpen en Uitvoeringswerkzaamheden. In het traditionele bouwcontractrecht is de omvang van de schadevergoedingsverbintenis in geval van aansprakelijkheid voor gebreken die op *ontwerpfouten* zijn terug te voeren, in de regel wel gelimiteerd (artikel 15 van De Nieuwe Regeling 2005, Rechtsverhouding opdrachtgever-architect, ingenieur en adviseur, DNR 2005). Het belangrijkste argument voor deze limitering is het gegeven dat ontwerpfouten tot zeer kostbare gebreken kunnen leiden en dientengevolge slechts beperkt kunnen worden verzekerd.'⁵⁰ Dat de werkgroep bij de uitwerking van die beperking vervolgens geen onderscheid heeft gemaakt tussen aansprakelijkheid die kan worden gevestigd hetzij voor ontwerpfouten, hetzij voor uitvoeringsfouten, is op zichzelf genomen een consequente keuze bezien vanuit de gedachte van de geïntegreerde prestatieplicht van de opdrachtnemer.⁵¹ Anderzijds kan daar tegen worden ingebracht dat deze keuze onnodig in het nadeel van de opdrachtgever lijkt te zijn in het geval dat ernstige gebreken in het werk enkel en alleen zijn terug te voeren op uitvoeringsfouten van de opdrachtnemer.⁵² Binnen de traditionele bouworganisatievorm zou hij in zo'n geval immers niet kunnen terugvallen op een nadere - in de UAV 2012 voorziene - regeling van de beperking van de omvang van zijn schadevergoedingsverbintenis.

⁴⁴ Daarmee kan tevens worden betoogd dat wanneer een opdrachtgever in de context van een gereguleerde overheidsaanbesteding contracteert op basis van de UAV-GC 2005, hij toepassing geeft aan Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit, zie ook paragraaf 2.3 hiervoor. Maar die conclusie volgt impliciet natuurlijk ook al uit de Toelichting (op p. 53) op Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit, waar de UAV-GC 2005 wordt aangeduid als algemene voorwaarden die paritair zijn opgesteld in de zin van dat voorschrift.

⁴⁵ Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 144-152.

⁴⁶ Zie § 3 lid 9 UAV-GC 2005. Zie over deze specifieke toerekeningskwestie meer uitvoerig Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 144-152.

⁴⁷ De in totaal op grond van het eerste lid door de Opdrachtnemer te vergoeden schade is beperkt tot 10% van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs voorzover die prijs verband houdt met de realisatie van het Werk door middel van Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden. Indien het aldus berekende bedrag lager is dan 1.500.000 EURO, bedraagt de aan de Opdrachtgever te vergoeden schade ten hoogste 1.500.000 EURO.

⁴⁸ Zie paragraaf 2.2.

⁴⁹ Zie de Toelichting op p. 82.

⁵⁰ Zie de Toelichting op p. 82.

⁵¹ Zie de Toelichting op p. 82: 'Bewust is gekozen voor een integrale limitering waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen gebreken die zijn terug te voeren op gebrekkige Ontwerp- dan wel Uitvoeringswerkzaamheden. Daarmee worden ongewenste, kostbare en tijdrovende discussies voorkomen.'

⁵² Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 178.

4. Naar een verdere beperking van de schadevergoedingsverbintenissen?

4.1 Knelpunt? Analyse van de argumenten

Dat brengt mij vervolgens bij de argumenten die Van Dam, De Groot en Orobio de Castro ten grondslag leggen aan hun stelling dat het ontbreken in de UAV-GC 2005 van een algehele beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer een knelpunt is. Die stelling fungeert vervolgens als basis voor hun pleidooi om bij een eventuele herziening van de UAV-GC 2005 - in aansluiting op de (internationale) praktijk - een regeling van de beperking van de totale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer toe te voegen. In die regeling kan dan het bedrag van de maximale aansprakelijkheid als percentage van de opdrachtsom in de Basisovereenkomst worden ingevuld.⁵³

Vooropgesteld dient te worden dat de onderzoekers zich met hun pleidooi enkel en alleen richten op een uitbreiding van de contractuele beperking van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer op het eerder onderscheiden tweede niveau⁵⁴: de omvang van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer in het geval dat diens aansprakelijkheid kan worden gevestigd. Hun voorstel richt zich dus niet op het eerste niveau: de vestiging van aansprakelijkheid als zodanig. Dat lijkt ook niet nodig, nu de UAV-GC 2005 wat dat laatste betreft immers reeds voorziet in een regeling van diverse beperkingen die alle zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat aansprakelijkheid in beginsel alleen zal kunnen worden gevestigd voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die de opdrachtnemer geacht wordt het beste te kunnen beheersen.⁵⁵ Dat de UAV-GC 2005 in aanvulling daarop niet tevens voorziet in een algehele beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis, zien Van Dam, De Groot en Orobio de Castro vervolgens echter als een knelpunt. Welke argumenten voeren zij daarvoor aan en hoe kunnen die argumenten worden gewaardeerd?⁵⁶

In de eerste plaats wijzen de onderzoekers op het feit dat de door hen voorgestelde algehele beperking standaard is opgenomen in internationale bouwcontracten - zoals bijvoorbeeld NEC3⁵⁷ en FIDIC Silver Book⁵⁸ - en dat de UAV-GC 2005 niet bij deze internationale praktijk aansluit. Over dit argument wil ik het volgende zeggen. Het is niet raadzaam om bepalingen die onder andere zijn ontleend aan op Anglo-Amerikaanse leest geschoeide

bouwcontracten uit hun context te halen en zo maar over te nemen in Nederlandse standaard bouwcontracten.⁵⁹ Men zal immers eerst inzicht moeten hebben in de achterliggende ratio van die bepalingen. Zijn die bepalingen bijvoorbeeld in de genoemde contracten opgenomen, omdat deze onvoldoende voorzien - anders dan de UAV-GC 2005 - in bepalingen waarmee de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer reeds op het eerste niveau (de vestiging van aansprakelijkheid als zodanig) kan worden beperkt? Of zijn zij noodzakelijk in verband met de mogelijk onvoldoende adequate mogelijkheden die de wet biedt om de omvang van de schadevergoedingsverbintenis te beperken? En op basis van welk recht worden deze contracten gesloten? Dat zal natuurlijk van geval tot geval verschillen. Wellicht dat de bepalingen (daarom) nodig zijn uit een oogpunt van rechtszekerheid vooraf? De genoemde contracten worden immers niet zelden aangegaan tussen partijen die niet alleen afkomstig zijn uit verschillende rechtsstelsels, maar die zich ook overigens niet willen laten verrassen door onbekende bepalingen van aanvullend recht. In die context moet denk ik ook het bijkomend argument van de onderzoekers - namelijk: dat buitenlandse bouwondernemingen (of bouwondernemingen met een buitenlandse moeder) bijzonder belang hechten aan een maximering van aansprakelijkheid - worden gelezen. Dat rechtsonzekerheid over de eigen aansprakelijkheidspositie een belemmering kan opwerpen voor het aangaan van grensoverschrijdende bouwcontracten, is op zichzelf genomen juist. Dat lijkt me dan echter niet een kwestie die op nationaal niveau door de opstellers van een standaard bouwcontract zou moeten worden opgelost, maar die - zeker wanneer het gaat om contracten die tot stand komen in de context van een Europese aanbestedingsprocedure - door de Uniewetgever zou moeten worden opgepakt.⁶⁰

Een tweede argument dat de onderzoekers aanvoeren, is dat er verschillende voorbeelden zijn - ook in de Nederlandse bouwpraktijk - waarbij aansprakelijkheden zo hoog zijn opgelopen dat het voortbestaan van de betrokken bouwonderneming(en) in gevaar kwam. Het is lastig om dit argument te waarderen, zonder nadere kennis van de feitelijke en juridische achtergronden van deze voorbeelden. Hebben zij betrekking op contracten

⁵⁹ De auteurs doen dat natuurlijk niet 'zo maar'. Zij voeren immers ook inhoudelijke argumenten aan die ik hierna nog zal bespreken. Maar de verwijzing naar internationale bouwcontracten fungeert in hun betoog hoe dan ook als een steunargument.

⁶⁰ C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, proefschrift KU Brabant 1998, Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht/Tjeenk Willink, Tilburg/Deventer, p. 84. Zie hierover meer uitvoerig C.E.C. Jansen, S. Mutluer, A.T.M. van den Borne, S. Prent & U. Ellian, 'Towards (further) EU Harmonization of Public Contract Law', in: *Proceedings of the 5th International Public Procurement Conference*, Seattle 17-19 August 2012, <www.ippa.org/IPPC5/Proceedings/Part3/PAPER3-7.pdf>, p. 759-809.

⁵³ Van Dam, De Groot & Orobio de Castro, a.w. p. 37.

⁵⁴ Zie paragraaf 2.1.

⁵⁵ Zie paragraaf 3.2.

⁵⁶ Zie Van Dam, De Groot & Orobio de Castro, a.w. p. 36-37.

⁵⁷ Zie clause X18.4 NEC3, Engineering and Construction Contract.

⁵⁸ Zie sub-clause 17.6 FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects.

die zijn gesloten op basis van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005? Zo ja, gaat het dan om gevallen waarin de opdrachtgevers overeenkomstig het bepaalde in Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit de Model en de voorwaarden integraal hebben toegepast? Of zijn die opdrachtgevers projectspecifiek afgeweken van de inhoud daarvan - ten nadele van de opdrachtnemers - in het bijzonder wat betreft de nadere regeling van de aansprakelijkheid van die opdrachtnemers? In het geval dat in de door de onderzoekers bedoelde voorbeelden de opdrachtgevers niet zijn afgeweken van de UAV-GC 2005, kan het volgende worden opgemerkt. Blijkbaar kon in die voorbeelden de aansprakelijkheid van de opdrachtnemers voor de geleden schade worden gevestigd? Dat kan dan alleen maar betekenen dat de schade het gevolg is geweest van een gebeurtenis die de opdrachtnemers geacht worden het beste te kunnen beheersen.⁶¹ Ook dan kan de schade die daadwerkelijk is geleden natuurlijk aanzienlijk oplopen. Maar daarvoor biedt het leerstuk van beperking van aansprakelijkheid wellicht soelaas op het tweede niveau: de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis. Blijkbaar ging het in de genoemde voorbeelden niet om schade ten gevolge van gebreken in het werk die zich na oplevering manifesteerden? In dat geval zou immers een beroep kunnen worden gedaan op de beperking van § 28 lid 3 UAV-GC 2005. Maar ook wanneer voor de betreffende opdrachtnemers enkel nog de weg naar de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW openstond, waarom boden die bepalingen dan vervolgens geen soelaas, zeker nu - zoals de onderzoekers stellen - het voortbestaan van de betrokken ondernemingen in gevaar kwam?

In de derde plaats betogen Van Dam, De Groot en Orobio de Castro dat de UAV-GC 2005 verschillende gronden voor aansprakelijkheid kennen waarvoor geen beperking zou gelden. Zij noemen in dit verband onder andere de aansprakelijkheid voor schade die de opdrachtgever lijdt ten gevolge van het verzuim van de waarschuwingplicht van de opdrachtnemer⁶²; aansprakelijkheid voor schade aan de met het werk in verband staande werken en eigendommen van de opdrachtgever⁶³; aansprakelijkheid voor door derden geleden en door de opdrachtgever aan die derden vergoede schade⁶⁴; en aansprakelijkheid voor schade aan het werk vóór oplevering.⁶⁵ Tegen dergelijke aansprakelijkheden kan de opdrachtnemer zich volgens de onderzoekers slechts in beperkte mate verzekeren. Aan dit argument kan allereerst worden tegengeworpen dat de UAV-GC 2005 voor alle door de onderzoekers genoemde gevallen een regeling biedt die is geba-

seerd op het uitgangspunt dat aansprakelijkheid in beginsel alleen kan worden gevestigd voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die de opdrachtnemer geacht wordt (het beste) te kunnen beheersen.⁶⁶ In zoverre voorziet de UAV-GC 2005 - op het eerste niveau - dus wel degelijk in een beperking van aansprakelijkheid. Bovendien is het wat de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis betreft natuurlijk mogelijk - het zij herhaald - terug te vallen op de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW. Waar de onderzoekers voorts aan voorbij lijken te gaan, is dat de UAV 2012 voor wat betreft de door hen genoemde gevallen evenmin voorziet in een regeling van de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis van de traditionele aannemer: ook die zal bij gebreke aan een nadere regeling van zo'n beperking immers moeten terugvallen op de wet. Wat maakt dat dit voor de opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005 anders zou moeten zijn?

De onderzoekers wijzen er daarnaast nog op dat bouwbedrijven moeten kunnen sturen op de risicoprofielen van hun projecten en dat een uniforme beperking van aansprakelijkheid daar een belangrijke rol bij speelt. Dat geldt volgens hen te meer nu bouwprojecten veelal in combinatie en onder aanvaarding van hoofdelijkheid worden aangenomen: het aanvaarden van onbeperkte aansprakelijkheid, ook voor prestaties van mede-combinanten, is volgens de onderzoekers niet meer van deze tijd. Dat een opdrachtnemer die op basis van de UAV-GC 2005 contracteert daarmee nog geen onbeperkte aansprakelijkheid aanvaardt, hoop ik in het voorgaande voldoende duidelijk te hebben gemaakt. Dat de in de UAV-GC 2005 voorziene nadere regeling van die beperking geen uniforme beperking zou zijn, zoals de onderzoekers betogen, zie ik niet in. Mogelijk dat zij bedoelen dat - behoudens het in § 28 lid 1 *jo.* lid 3 UAV-GC 2005 bedoelde geval - de opdrachtnemer voor wat betreft de beperking van de omvang van zijn schadevergoedingsverbintenis niet kan terugvallen op een uniforme regeling in de UAV-GC 2005 zelf, maar in plaats daarvan een beroep zal moeten doen op de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW? Die bieden weliswaar een uniforme regeling, maar niet de mate van rechtszekerheid vooraf waar opdrachtnemers mogelijk behoefte aan hebben.⁶⁷ Opnieuw kan daar tegen worden ingebracht dat dit voor de traditionele aannemer onder de UAV 2012 natuurlijk niet anders is.

Tot slot stellen de onderzoekers dat een regeling waarbij het bedrag van de algehele beperking van aansprakelijkheid moet worden ingevuld in de Basisovereenkomst aansluit bij Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit, nu daarin immers

61 Zie paragraaf 3.2.

62 § 4 lid 7 en lid 8 UAV-GC 2005.

63 § 4 lid 10 UAV-GC 2005.

64 § 4 lid 11 UAV-GC 2005.

65 § 41 UAV-GC 2005.

66 Zie bijvoorbeeld § 4 lid 10, § 4 lid 11, § 41 lid 4 UAV-GC 2005.

67 Vergelijk paragraaf 2.2.

is bepaald dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is, in ieder geval acht dient te slaan op de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt. Zoals ik hiervoor echter heb uiteengezet⁶⁸, zien de relevante voorschriften van de Gids Proportionaliteit⁶⁹ enkel en alleen op het geval dat de opdrachtgever in het contract expliciet voorziet in een nadere regeling van de (beperking van) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer en die regeling vervolgens kan worden geïmplementeerd vanuit het perspectief van het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel. De UAV-GC 2005 voorziet zoals gezegd reeds in een nadere regeling van de vestiging van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. Die regeling is in overeenstemming is met Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit.⁷⁰ De UAV-GC 2005 voorziet daarnaast voor het in § 28 lid 1 *jo.* lid 3 UAV-GC 2005 bedoelde geval in een nadere regeling van de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis. Aangenomen mag worden dat die bepaling op dit moment in overeenstemming is met Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit.⁷¹ De UAV-GC 2005 voorziet voor het overige niet in een nadere regeling van de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis. Dat is - ook afgezien van Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit - op zichzelf echter niet in strijd met Voorschrift 3.9 D lid 2.⁷² Dat voorschrift - evenals Voorschrift 3.9 D lid 1 - verplicht de opdrachtgever immers niet om in het contract te voorzien in een expliciete regeling van de beperking van de schadevergoedingsverbintenis.

4.2 Heroverweging van de regeling van de schadevergoedingsverbintenis?

Van Dam, De Groot en Orobio de Castro betrekken in hun artikel de stelling dat het ontbreken in de UAV-GC 2005 van een algehele beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer een knelpunt is. De argumenten die zij daarvoor aanvoeren, maken mijns inziens vooral duidelijk dat vertegenwoordigers van grote bouwbedrijven het ontbreken van zo'n beperking subjectief als een knelpunt ervaren, maar niet dat er objectief gezien daadwerkelijk sprake is van een knelpunt en wat dat dan precies zou inhouden. Ik zou om die reden hun pleidooi, om bij een eventuele herziening van de UAV-GC 2005 een regeling van de beperking van de totale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer toe te voegen, op dit moment dan ook niet willen ondersteunen.

Met het voorgaande zeg ik niet dat er geen knelpunt zou bestaan, maar dat eerst beter zou moeten worden onderzocht - op basis van een afweging van alle betrokken belangen - waar nu precies de schoen wringt, alvorens wordt overgegaan tot het formuleren en implementeren van oplossingsrichtingen. Dat onderzoek kan worden uitgevoerd door de inmiddels onder auspiciën van de CROW werkzame pre-adviescommissie, die recentelijk is gestart met het inventariseren, beoordelen en prioriteren van door de praktijk gewenste verbeteringen, in de aanloop naar een eventuele actualisering van de UAV-GC 2005.⁷³ In het kader van een eerste inventarisatie is ook de kwestie van de (beperking van de) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer door de pre-adviescommissie geagendeerd. Met het oog op de verdere beoordeling van die kwestie, zou ik de commissie de volgende vraagpunten en suggesties willen aanreiken.

In de eerste plaats: in hoeverre is het wenselijk om naast een regeling van de beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer op het niveau van de vestiging daarvan - in de UAV-GC tevens te voorzien in een nadere regeling van de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis? Op dit moment voorziet de UAV-GC 2005 niet in een dergelijke regeling.⁷⁴ Welke consequenties - positieve en negatieve - zou het opnemen van een dergelijke regeling eventueel kunnen hebben?⁷⁵ Aan de ene kant zou namelijk het volgende kunnen worden betoogd. Als gevolg van de in de UAV-GC 2005 opgenomen nadere regeling van de beperking van aansprakelijkheid op het niveau van de vestiging daarvan, zullen opdrachtnemers in de regel voldoende worden geprikkeld om gebeurtenissen die tot het ontstaan van schade zouden kunnen leiden zoveel mogelijk te beheersen. In hoeverre zal die prikkel worden weggenomen door een nadere algehele regeling van de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis? Anderzijds zou kunnen worden betoogd dat het enkele feit dat een opdrachtnemer geacht moet worden een schadeveroorzakende gebeurtenis te kunnen beheersen, nog niet wil zeggen dat hij die omstandigheden in alle gevallen ook daadwerkelijk zal beheersen.⁷⁶ In die gevallen kan onder omstandigheden objectief behoefte bestaan aan een contractueel mechanis-

⁶⁸ Vergelijk paragraaf 2.3.

⁶⁹ Het gaat dan vooral om de Voorschriften 3.9 A en 3.9 D.

⁷⁰ Vergelijk paragraaf 3.2.

⁷¹ Nog afgezien van het feit dat Van Dam, De Groot en Orobio de Castro de limitering van § 28 lid 3 UAV-GC 2005 niet problematiseren, volgt de in de hoofdtekst getrokken conclusie impliciet ook uit de Toelichting (op p. 53) op Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit, waar de UAV-GC 2005 wordt aangeduid als algemene voorwaarden die paritair zijn opgesteld in de zin van dat voorschrift.

⁷² Zie paragraaf 2.3.

⁷³ Zie daarover <<http://www.crow.nl/vakgebieden/contracteren/uavgc/werkgroep-actualisatie-uav-gc-2005>>.

⁷⁴ Behoudens voor wat betreft het in § 28 lid 1 *jo.* lid 3 UAV-GC 2005 geregelde en hierna nog te bespreken geval.

⁷⁵ Zie hierover meer uitvoerig Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 180-185, waarin de in het VGBouw Model Bouwcontract voor ontwerp en realisatie 1998 en de UAV-GC 2000 voorziene regeling van de beperking van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer met elkaar zijn vergeleken.

⁷⁶ Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 183-184.

me - in aanvulling op de bepalingen van Afdeling 6.1.10 BW - om de omvang van de schadevergoedingsverplichting enigszins binnen redelijke proporties te houden. Voor beide hiervoor geschetste benaderingen valt wat te zeggen, maar in hoeverre zijn zij met elkaar te verenigen?

In de tweede plaats: de UAV-GC 2005 voorziet in § 28 lid 3 in een nadere regeling van de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverplichting van de opdrachtnemer voor het geval dat diens aansprakelijkheid kan worden gevestigd voor schade ten gevolge van gebreken die aan het licht komen na oplevering. Uit de Toelichting blijkt wat het belangrijkste argument voor deze nadere regeling is: 'het gegeven dat ontwerpfouten tot zeer kostbare gebreken kunnen leiden en dientengevolge slechts beperkt kunnen worden verzekerd'.⁷⁷ Daarmee wordt echter niet verklaard waarom de regeling zich zou moeten beperken tot schade ten gevolge van gebreken die na oplevering aan het licht komen.⁷⁸ Ontwerpfouten kunnen immers ook vóór oplevering aan het licht komen, waarbij dan zou kunnen komen vast te staan dat het werk op de datum van oplevering alleen aan de in de overeenkomst vastgelegde eisen zal kunnen voldoen - vrij van gebreken dus⁷⁹ - na het treffen van zeer kostbare maatregelen. Ontwerpfouten kunnen bovendien niet alleen tot schade ten gevolge van gebreken leiden, maar ook tot andere vormen van 'zeer kostbare' schade leiden. Wat verklaart precies de uitzonderingspositie die § 28 lid 3 UAV-GC 2005 geeft aan door ontwerpfouten veroorzaakte schade ten gevolge van gebreken die na oplevering aan het licht komen, ten opzichte van andere vormen van door ontwerpfouten veroorzaakte schade?

In de derde plaats: in mijn herinnering is destijds in de werkgroep overeenstemming bereikt over het in § 28 lid 3 UAV-GC 2005 genoemde percentage, uitgaande van de op dat moment (beperkt) beschikbare verzekeringsmogelijkheden.⁸⁰ Daarbij is ook de mogelijkheid van een toekomstige bijstelling van dat percentage naar boven toe aan de orde geweest, in de verwachting dat in de (nabije) toekomst ruimere verzekeringsmogelijkheden beschikbaar zouden komen. Het lijkt me van belang te onderzoeken hoe het op dit moment met die mogelijkheden is gesteld. Kan het percentage inmiddels inderdaad naar boven toe worden bijgesteld? Is de voorziene beperking tot een bepaald percentage vanuit het perspectief van de inmiddels beschikbare verzekeringsmogelijkheden überhaupt nog nodig?

Tot slot: stel dat dat nader onderzoek inderdaad de wenselijkheid bevestigt van de invoering in de UAV-GC 2005 van een nadere regeling van de beperking van de omvang van de schadevergoedingsverplichting van de opdrachtnemer. Ik heb mij bij eerdere gelegenheid al eens afgevraagd of het in dat geval wel verstandig is te voorzien in één generieke regeling van die kwestie en of het in plaats daarvan niet beter zou zijn om tot een regeling te komen waarmee meer maatwerk zou kunnen worden geleverd.⁸¹ Vooropgesteld kan worden dat de UAV-GC 2005 aansluit bij het uitgangspunt dat aansprakelijkheid van de opdrachtnemer alleen wordt gevestigd voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die hij geacht wordt (het beste) te kunnen beheersen.⁸² Het voorgaande laat onverlet dat men een onderscheid zal kunnen maken tussen tamelijk eenvoudig te beheersen gebeurtenissen en gebeurtenissen die zeer moeilijk zijn te beheersen. Het uitgangspunt van een nadere regeling van de beperking van de schadevergoedingsverplichting zou dan kunnen zijn dat naar mate het eenvoudiger is voor de opdrachtnemer om een gebeurtenis te beheersen, er minder aanleiding bestaat om de omvang van diens schadevergoedingsplicht te beperken. Het zal niet eenvoudig zijn om dit uitgangspunt in een praktisch toepasbaar systeem te vangen, juist omdat het antwoord op de vraag welke gebeurtenissen beter te beheersen zijn in vergelijking tot andere, in de regel projectspecifiek zal zijn bepaald en ook overigens per opdrachtnemer zal verschillen. Men zou om die reden eventueel kunnen overwegen de opdrachtnemer de mogelijkheid te bieden om in de aanbestedingsfase in zijn inschrijving aan te geven hoe ver zijn schadevergoedingsplicht per gebeurtenis precies reikt, afhankelijk van de gebeurtenissen die zich naar verwachting bij de uitvoering van het contract zouden kunnen voordoen en tot schade zouden kunnen leiden. Daarmee zou de beperking van de omvang van schadevergoedingsverplichting tot inzet van de concurrentiestrijd tussen de inschrijvers kunnen worden gemaakt, hetgeen voordelen voor de opdrachtgever zou kunnen bieden.

5. Conclusie

Van Dam, De Groot en Orobio de Castro stellen voor om bij een eventuele herziening van de UAV-GC 2005 een regeling van de beperking van de totale aansprakelijkheid van de opdrachtnemer toe te voegen. Ik zou dat voorstel op dit moment niet willen ondersteunen, nu nog onvoldoende is beargumenteerd dat er objectief gezien daadwerkelijk sprake is van een knelpunt en wat dat knelpunt dan precies inhoudt. Daarmee is echter niet gezegd dat er geen knelpunt zou bestaan: dat zou wat mij betreft alleen nader moeten worden onderzocht en

⁷⁷ Zie de Toelichting op p. 82.

⁷⁸ Ik heb die kanttekening al eerder geplaatst: Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 184, voetnoot 300.

⁷⁹ Vergelijk § 4 lid 1 UAV-GC 2005.

⁸⁰ Vergelijk ook de hiervoor geciteerde Toelichting op p. 82.

⁸¹ Zie Jansen, Preadvies VBR 2001, p. 184-185. De navolgende alinea is mede op die passage gebaseerd.

⁸² Zie paragraaf 3.2.

vastgesteld. In dat verband kan worden opgemerkt dat de kwestie van de regeling van de (beperking van de) aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is geagendeerd door een recentelijk door de CROW ingestelde pre-adviescommissie. Die commissie inventariseert en beoordeelt op dit moment de door de praktijk gewenste verbeteringen van de UAV-

GC 2005, in de aanloop naar een eventuele actualisering van die voorwaarden. Ik heb met betrekking tot de kwestie van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer in deze bijdrage een aantal vraagpunten en suggesties aangereikt die de commissie in haar verdere onderzoek zou kunnen betrekken. ●



**‘Onmisbaar in onze
bouwrechtpraktijk’**

- mr. Erik Gierman (Severijn Hulshof Advocaten)