

Notitie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen in het kader van de UAV 2012 en UAV-GC 2005

Doel

Het doel van deze notitie is het inzichtelijk maken van de gevolgen van inwerkingtreding van de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen voor contracten tussen aanbestedende diensten en aannemers met betrekking tot werken waar de UAV 2012 of de UAV-GC 2005 op van toepassing is verklaard.

Beschreven wetswijziging en de gevolgen daarvan zijn breed toepasbaar in het fysieke domein van onze partners. Alle contracten onder UAV / UAV-GC, al dan niet (Europees) aanbesteed vallen onder de reikwijdte van deze notitie.

Uit een navraag bij andere overheden blijkt dat elke aanbestedende dienst verschillend met deze wetswijziging omgaat. Er zijn geen duidelijke adviezen of beleidslijnen vanuit IPO/VNG afgegeven.

Aanleiding

Met inwerkingtreding van de Wkb is onder andere artikel 7:758 BW gewijzigd. De wijziging betreft een nieuwe aansprakelijkheidsregeling die niet in overeenstemming is met de UAV 2012 (en UAV-GC 2005). De Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen (hierna: Wkb) is per 1 januari 2024 in werking getreden. De nieuwe wet zorgt voor een sterkere positie van opdrachtgevers van bouwprojecten met betrekking tot aansprakelijkheid.

Het is op dit moment nog onduidelijk of infrawerken ook onder het begrip bouwwerken vallen.¹ Hier moet in de loop van tijd verdere verduidelijking over komen vanuit de wetgever of door middel van jurisprudentie. In ons advies trekken we de toepasselijkheid van het artikel 7:758 lid 4 BW door naar het gehele werk om de discussies over de definities te voorkomen. Ook is het naar mening van SSC Ons zeer onwenselijk om verschillende aansprakelijkheidsregimes te moeten hanteren bij gemengde opdrachten waarbij bouw samen met infra wordt gerealiseerd.

Vijf wijzigingen in het BW

De Wkb introduceert vijf wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek:

1. Een aanscherping van de waarschuwingsplicht (art. 7:754 BW)
2. De introductie van het opleverdossier (art. 7:757a BW)
3. Een wijziging in de regeling van verborgen gebreken (art. 7:758 lid 4 BW)

¹ [Veelgestelde vragen - Bouwend Nederland](#)

4. Een nadere informatieplicht van de aannemer over verzekeringen en financiële zekerheid (art. 7:765a BW)
5. Een aanpassing van de 5%-regel voor consumenten (art. 7:768 BW)

Het doel van deze wijzigingen is het verbeteren van de kwaliteit van bouwwerken, door:

- De opdrachtnemer/aannemer zoveel mogelijk verantwoordelijk te laten zijn voor de kwaliteit van het bouwwerk.
- De positie van de opdrachtgever ten opzichte van de aannemer te versterken.

De nieuwe aansprakelijkheidsbepaling van artikel 7:758 lid 4 BW geldt niet voor aannemingsovereenkomsten die zijn gesloten vóór de inwerkingtreding van de Wkb (artikel 218 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek)². Het artikel heeft dus geen terugwerkende kracht.³

Artikel 7:758 lid 4 BW is aangepast en luidt nu als volgt:

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

Het artikel is van semi-dwingend recht. Dit betekent dat in geval van zakelijke opdrachtgevers, zoals tussen een aanbestedende dienst en een aannemer, alleen uitdrukkelijk in de overeenkomst van deze aansprakelijkheidsregeling kan worden afgeweken. Let op: afwijking in de algemene voorwaarden is dus niet toegestaan, ook niet indien er een verwijzing naar de algemene voorwaarden in het contract wordt gemaakt.

Gevolgen UAV 2012 en UAV-GC 2005

De UAV 2012 en de UAC-GC 2005 bevatten afwijkende aansprakelijkheidsregelingen.

Paragraaf 12 UAV 2012 regelt dat de aannemer na de dag waarop het werk is opgeleverd, niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan het werk, tenzij sprake is van een gebrek (i) dat toe te rekenen is aan de aannemer, en (ii) dat ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel de opname van het werk door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden en (iii) waarvan de aannemer binnen redelijke termijn na ontdekking mededeling is gedaan.

In paragraaf 28 UAV-GC 2005 staat dat de opdrachtnemer na de feitelijke datum van oplevering niet meer aansprakelijk is voor gebreken in het werk, tenzij (i) de gebreken te wijten zijn aan zijn schuld of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komen en (ii) de

² [Aansprakelijkheid en Wet kwaliteitsborging voor het bouwen | Informatiepunt Leefomgeving \(iplo.nl\)](#)

³ [UAV en UAV-GC vanaf 1 januari 2024 niet zonder risico's | Ploum Rotterdam Law Firm](#)

opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt en (iii) de opdrachtgever die gebreken op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken. Deze bepalingen kennen dus een ander aansprakelijkheidsregime dan onder het nieuwe art. 7:758 lid 4 BW geldt.

Opties en advies SSC Ons

Lopende contracten

Bij de lopende contracten die afgesloten zijn vanaf 1 januari 2024 heeft er al een aanbesteding plaatsgevonden waarbij UAV-2012 of UAV-GC 2005 voorwaarden van toepassing zijn verklaard. Een wijziging in de bestaande overeenkomst omtrent aansprakelijkheid van deze omvang zal naar mening van SSC Ons in beginsel wezenlijk zijn wat tot een nieuwe procedure zou leiden.

Het gekozen aansprakelijkheidsregime van UAV 2012 of UAV-GC 2005 kan ook in stand worden gelaten zonder daarvoor expliciet in de overeenkomst te hebben gekozen. In dat geval zou de aanbestedende dienst, indien er zich een aansprakelijkheidskwestie voordoet, een beroep kunnen doen op vernietiging krachtens artikel 3:40 lid 2 BW. Echter is het de vraag hoe een rechter hier tegenaan zal kijken nu de aanbestedende dienst vooraf had moeten communiceren dat er strijdigheid was met de wet en er derhalve een beroep op deze wettelijke regeling gedaan kon worden.

Vanuit zorgvuldigheidsbeginsel en rechtszekerheid kan er, naar mening van SSC Ons, geen beroep worden gedaan op vernietigbaarheid omdat de aanbestedende dienst zelf is tekortgeschoten in het expliciet uitsluiten van de bepalingen.

Tijdens de uitvoering van contracten kan hierop geanticipeerd worden door gerichte directievoering toe te passen en kwaliteitsborging in het project te handhaven. Partijen kunnen ook een addendum opstellen waarin zij expliciet opnemen dat het regime van UAV 2012 of UAV-GC 2005 van toepassing is.

Lopende aanbestedingstrajecten

Indien er sprake is van een lopend aanbestedingstraject kan er een rectificatie plaatsvinden in combinatie met het verlengen van de termijnen. Dit is naar oordeel van SSC Ons de meest zuivere oplossing maar betekent (aanzienlijke) vertraging van de aanbestedingsprocedure. De precisering van aansprakelijkheidsregime zou ook meegenomen kunnen worden in de Nota van Inlichtingen. Deze mogelijkheid is afhankelijk van het moment waarop de wijziging wordt doorgevoerd en dient per traject te worden afgewogen. SSC Ons is van mening dat het in lijn brengen van aanbestedingsdocumenten met de wet tijdens aanbestedingsprocedure in beginsel niet tot een wezenlijke wijziging leidt.

Het advies is om de concrete mogelijkheden tot wijziging te bespreken met de juristen.

Nieuwe te publiceren aanbestedingstrajecten

Voor nieuwe aanbestedingsprocedures is het van belang om te bepalen of er specifiek in de overeenkomst afgeweken zal worden van artikel 7:758 lid 4 BW of de bepaling in de UAV 2012 of UAV-GC 2005 wordt uitgesloten. Wil men de aansprakelijkheid van de aannemer uitbreiden in de lijn van de wet of het regime onder UAV-2012 of UAV-GC 2005 ongewijzigd laten? Dan moet een afweging gemaakt worden tussen enerzijds het risico op gebreken - en dus het belang van een uitgebreidere aansprakelijkheid - en anderzijds

het risico op het “wegjagen” van gegadigden bij een aanbesteding. Daarnaast moet in de aanbestedingsstukken (leidraad en eventueel bestek) uitdrukkelijk worden aangegeven dat er afgeweken wordt van de wettelijke bepaling of de bepaling uit de UAV 2012 of UAV-GC 2005 wordt uitgesloten. Hieronder wordt een overzicht met opties en het advies van SSC Ons gegeven.

Opties	Voordelen	Nadelen
<i>Optie 1: “Voor de aansprakelijkheid na oplevering van de Opdrachtnemer handhaven Partijen artikel 7:758 lid 4 BW. Artikel 7:758 lid 4 BW geldt voor het gehele werk. De toepasselijkheid van paragraaf 12 UAV 2012/paragraaf 28 UAV-GC 2005 wordt daarmee expliciet uitgesloten.”</i>	• In lijn brengen met de wet • Meer zekerheid aan de zijde van OG • Duidelijkheid en consistentie ten opzichte van andere wijzigingen Wkb • Gemengde opdrachten (bouw + infra) vallen onder hetzelfde aansprakelijkheidsregime • Keuze in aanloop van nieuwe versies paritaire voorwaarden	• Kan leiden tot minder inschrijvingen en/of hogere prijzen • Afwijking van paritair vastgestelde voorwaarden moet worden gemotiveerd
<i>Optie 2: “Voor de aansprakelijkheid na oplevering van Opdrachtnemer handhaven Partijen paragraaf 12 UAV 2012/paragraaf 28 UAV-GC 2005. De toepasselijkheid van artikel 7:758 lid 4 BW wordt daarmee uitdrukkelijk uitgesloten.”</i>	• paritair vastgestelde voorwaarden blijven gehandhaafd • opdrachten blijven even aantrekkelijk voor de aannemers wat betreft aansprakelijkheidsregime	• mogelijkheid tot verdergaand aansprakelijkheidsregime wordt niet benut, gemiste kans voor de OG • er wordt voorbij gegaan aan het doel van de nieuwe wetgeving

Advies SSC Ons

SSC Ons adviseert om het aansprakelijkheidsregime in lijn te brengen met de wet (optie 1) inclusief een toevoeging over toepasselijkheid voor het gehele werk. Dit om discussie over de reikwijdte van het begrip bouwwerk te voorkomen. Dit advies is gebaseerd op de juridische kosten- en batenanalyse en de beschikbare informatie op dit moment. Het advies kan worden aangepast naar aanleiding van nieuwe ontwikkelingen en/of jurisprudentie.

Bij optie 1 wordt afgeweken van paritair vastgestelde voorwaarden, wat een motivatie vereist volgens Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit. De volgende motivatie kan daarbij worden gebruikt, naar voorbeeld van VNG:

“Met de inwerkingtreding van de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) presenteert zich een strijdigheid tussen de wet (in de vorm van artikel 7:758 lid 4 BW) en paragraaf 12 UAV 2012/paragraaf 28 UAV-GC 2005. De wetgever heeft aanleiding gezien om de Wkb te introduceren als gevolg van

ontwikkelingen die zij uiteenzet in de Memorie van Toelichting op de Wkb. Deze leidt ertoe dat paragraaf 12 UAV 2012/paragraaf 28 UAV-GC 2005 niet meer aansluit op de zienswijze van de wetgever ten aanzien van aansprakelijkheid voor gebreken na oplevering. Opdrachtgever kiest er in afwachting van vernieuwde paritaire voorwaarden voor om de zienswijze van de wetgever te volgen en paragraaf 12 UAV 2012/paragraaf 28 UAV-GC 2005 buiten toepassing te laten. Ook met de wettelijke regeling uit artikel 7:758 lid 4 BW blijft zowel een redelijke risico-allocatie als het verbod op ongelimiteerde aansprakelijkheid als opgenomen in de Voorschriften 3.9A en 3.9D uit de Gids Proportionaliteit gehandhaafd.”

De door SSC Ons beschikbaar gestelde formats worden naar aanleiding van dit advies aangepast. We vragen jullie om alert te blijven bij het gebruikmaken van standaarddocumenten omdat dit proces enige tijd kan duren.

Vragen?

Mocht je naar aanleiding hiervan vragen hebben, neem gerust contact met SSC Ons op via inkoopjuristen@ssc-ons.nl