

Informatie en bodem, over solidariteit en wederzijdse verantwoordelijkheid in de UAV-GC

Wilt u dat tot op de bodem uitzoeken?

– Mr. K. Roordink en mr. dr. E.W.J. van Dijk¹

1. Inleiding

Het contractenrecht gaat uit van het op partijautonomie gebaseerde beginsel van contractsvrijheid en het klassieke uitgangspunt dat afspraken moeten worden nagekomen (*pacta sunt servanda*).² In de bouwsector weten we dat samenwerking tussen opdrachtnemer en opdrachtgever van groot belang is en een louter autonome (lees: individualistische) benadering daaraan in de weg kan staan. Bouwprojecten zijn vaak langdurig, complex en niet zelden worden partijen geconfronteerd met onvoorziene omstandigheden. Een bouwproces kenmerkt zich bovendien door onvermijdelijke afhankelijkheden tussen partijen. Uit 25 jaar ervaring met geïntegreerde contracten weten we dat opdrachtgevers herhaaldelijk allerlei uitvluchten hebben gezocht om die 'afhankelijkheid' - je kunt ook zeggen: verantwoordelijkheid - te ontlopen door informatie als 'vrijblijvend', 'ter info' of 'niet-bindend' te verstrekken.³

Het verstrekken van informatie door de opdrachtgever - waar we ons in deze bijdrage toe beperken - is van wezenlijk belang. De opdrachtnemer moet immers een voldoende reëel beeld kunnen

krijgen van de werkelijke toestand van de omgeving om een verantwoorde aanbieding te kunnen doen.⁴ Denk aan informatie over de geotechnische eigenschappen van de bodem, kabels en leidingen, verontreinigingen, niet-gesprongen explosieven, archeologie, afspraken met derden (overheden, nutsbedrijven, railbeheerders) en informatie over de staat van bestaande werken. Zeker bij overheidsaanbestedingen zijn inschrijvers voor het verkrijgen van informatie afhankelijk van de opdrachtgever. Daar ligt dan ook vaak het probleem. De opdrachtgever bepaalt immers of en in hoeverre onderzoeken worden uitgevoerd en welke gegevens beschikbaar komen. Zelf onderzoek doen, is voor inschrijvers meestal niet mogelijk. Als het al mag, ontbreekt het vaak aan tijd en budget.

In deze bijdrage bespreken we of de UAV-GC 2025 hierin alsnog de gewenste balans brengt door de informatieverplichting, met een bijzondere focus op bodemaspecten, een steviger fundament te geven. Een principe dat hierbij bruikbaar is, is wat in de rechtsliteratuur fraternalisme wordt genoemd - een concept dat verwijst naar solidariteit, samenwerking en een zekere mate van zorgplicht tussen contractspartijen.⁵ Die zorgplicht komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het corrigerend me-

¹ Koen Roordink en Edwin van Dijk zijn advocaat bij Construct Advocaten. Laatstgenoemde is tevens verbonden aan de vakgroep rechtsfilosofie van de Radboud Universiteit Nijmegen.

² F.J. de Vries, *De overeenkomst in het algemeen* (Mon. BW nr. B54), Deventer: Kluwer 2016/3. Voor een treffende beschrijving van het begrip autonomie, zie I. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', AA 2017, p. 602.

³ R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber & B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: IBR 2016, par. 2.4.

⁴ Zie over het spanningsveld tussen informatie en het kunnen doen van een passende aanbieding, uitgebreid: M.A.B. Chao-Duivis, *De zaak van de smeltende dinosauriër. Overpeinzingen bij 22 jaar werken in de wereld van het bouwrecht*, Den Haag: IBR 2019, in het bijzonder par. 3.1 en 3.5 en ook G.J. Huith en M.R. van Rijckevoersel, 'Informatieverstreking, de achilleshiel van de UAV-GC 2005', TBR 2016/52, p. 356.

⁵ Zie in dit verband J.H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht', NJB 2009/1711, p. 2255 en A.L.M. Keirse, 'Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord', *Contracteren* 2009/4, p. 105.

chanisme dat zegt dat partijen met elkaars redelijke belangen rekening moeten houden.⁶

In deze bijdrage nemen wij de informatieverplichting van de opdrachtgever en daarmee de regeling in § 3 UAV-GC 2005 als vertrekpunt. Vanuit het principe van fraternalisme onderzoeken wij in hoeverre de herijkte informatieverplichting van de opdrachtgever in de UAV-GC 2025 in de juiste richting beweegt en bijdraagt aan een meer collaboratieve contractcultuur binnen de bouwsector.⁷

2. Een kleine analyse van het begrip fraternalisme

Nieuwenhuis meent dat een overeenkomst rechtvaardig is 'indien beide partijen daardoor in een positie geraken die voor elk van hen voordeliger is dan de situatie waarin zij de overeenkomst niet zouden hebben gesloten'.⁸ Dit betekent dat overeenkomsten waarin dit doel niet wordt bereikt als gevolg van oneerlijke of onevenwichtige bedingen niet stroken met ware autonomie: de bevoegdheid om de eigen wil te verheffen tot wet. Nieuwenhuis meent daarom dat het contractenrecht van beide partijen een stevige dosis altruïsme verlangt ertoe strekkende de autonomie van de ander te versterken. Hij wijst daarbij op twee typen contractueel altruïsme: paternalisme en fraternalisme.⁹ Paternalisme houdt dan in dat de wetgever of de rechter beperkingen oplegt aan de contractsvrijheid ter bescherming van een zwakkere partij. Denk bijvoorbeeld aan consumentenbescherming.¹⁰ Fraternalisme daarentegen legt de nadruk op solidariteit en wederzijdse verantwoordelijkheid *binnen* contractuele relaties. Dit principe impliceert dat partijen in zekere mate zelf zorg dragen voor elkaars belangen, dit ook van hen verwacht wordt en zij daarom gehouden zijn om op een eerlijke en transparante manier te handelen.¹¹

Dit laatste zien we bijvoorbeeld terug in het gedragsprincipe dat partijen rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Ook de redelijkheid en billijkheid als gedragsprincipe spelen hier een belangrijke rol.¹² Op grond van de redelijkheid en billijkheid worden zorg-, mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten aangenomen. De verplichting om rekening te houden met andermans belangen is niet - zoals lange tijd werd aangenomen - de uitzondering, maar volgens Keirse juist de kern van het hedendaagse contractenrecht.¹³

Vertaald naar het geïntegreerde contract komen we dan uit bij het speelveld tussen informeren en waarschuwen. Dit speelveld komt er op neer dat van de opdrachtgever mag worden verwacht dat hij duidelijkheid betracht in wat hij uitvraagt en dat gepaard doet gaan met de nodige (lees: noodzakelijke) informatie. Van de opdrachtnemer mag worden verwacht dat hij alvorens een aanbieding te doen, zich redelijke inspanningen getroost om de uitvraag te begrijpen en in verband daarmee de nodige informatie te verzamelen en te waarschuwen als daartoe aanleiding is. Schieten beide partijen tekort in de van hen verlangde zorg - we kunnen hier spreken van wederzijdse zorgvuldigheidsplichten - dan zullen ook beide op de blaren moeten zitten.

3. Informatieplichten? volgens het BW, de UAV 2012, de UAV-GC 2000 en 2005

Voordat we specifiek ingaan op het geïntegreerde contract, is het nuttig om kort de bredere geschiedenis van dit speelveld te bekijken, die in veel standaard bouwvoorwaarden en ook - zij het minder expliciet - in het Burgerlijk Wetboek is terug te vinden. Het Burgerlijk Wetboek kent geen specifieke, op een informatieverplichting van de opdrachtgever gerichte bepaling. Een bepaling die aanschuurt tegen zo iets als een informatieverplichting vinden we - enigszins verstoep - in het derde lid van art. 7:760 BW. Daaruit volgt dat de opdrachtgever aansprakelijk is voor fouten of gebreken in de van hem afkomstige plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken en uitvoeringsvoorschriften. Dit artikelonderdeel maakt de opdrachtgever verantwoordelijk voor de (ontwerp)keuzes die in genoemde informatiedragers besloten liggen, met uitzondering van die situatie waarin de aannemer

⁶ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*) en Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007/77 en 78.

⁷ Dit wellicht tegen beter weten in, omdat de UAV-GC in essentie een 'vechtmodel' blijft. Vgl. in zekere zin ook Huith & van Rijckevorsel, *TBR* 2016/52, p. 354.

⁸ J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 1979, p. 18. Of zoals hij ook schrijft: 'Evenwicht in het onderhandelingsmechanisme leidt tot evenwicht in het onderhandelingsresultaat'.

⁹ Nieuwenhuis, *NJB* 2009/1711, p. 1711, respectievelijk p. 2259 (autonomiebegrip) en p. 2255-2256 (altruïsme, paternalisme en fraternalisme).

¹⁰ Zoals bijvoorbeeld de 'Bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf', Afdeling 2 van Titel 12 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

¹¹ Beide begrippen onderscheiden zich van elkaar doordat paternalisme de autonomie van de ander buitenspel plaatst, terwijl fraternalisme juist strekt tot optimalisering van de autonomie van (ook) de ander. Nieuwenhuis, *NJB* 2009/1711, p. 2259.

¹² HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67, m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*) en P.S. Bakker, 'Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Over het maatschappelijk redelijkheidsgebod en de verplichting om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen', *AA* 2013, p. 409-413.

¹³ Het betekent volgens Keirse ook dat partijen over en weer gehouden zijn om schade te voorkomen. Deze, wat Keirse noemt, 'schadevoorkomingsplicht' begint in de precontractuele fase en loopt door tijdens de overeenkomst en ook nog daarna. Keirse, *Contracteren* 2009/4, p. 106. Zie in de context van de UAV-GC 2005 ook Van Dijk in diens noot bij RvA Bouw 30 mei 2013, 32.994, *TBR* 2013/189.

in zijn waarschuwingsplicht (art. 7:754 BW) of anderszins in van hem verwachte deskundigheid of zorgvuldigheid tekortschiet.¹⁴

In lijn met de regeling in art. 7:760 lid 3 BW voorziet ook de UAV 2012 in een regeling op grond waarvan de opdrachtgever verantwoordelijk is voor 'de door of namens hem voorgeschreven constructies en werkwijzen' (§ 5 lid 2 UAV 2012). Vanwege deze verantwoordelijkheid berust ook het risico van tegenstrijdigheden tussen onderdelen van het bestek bij de opdrachtgever (§ 2 lid 4 UAV 2012). Evenals de hiervoor besproken wettelijke regeling gaat de UAV 2012 uit van een waarschuwingsverplichting van de aannemer indien sprake is van klaarblijkelijke fouten of gebreken in hetgeen van de opdrachtgever afkomstig is (§ 2 lid 5 en § 6 lid 14 UAV 2012).¹⁵ Een specifieke regeling die gaat over de informatieverplichting van de opdrachtgever kent de UAV 2012 echter niet.¹⁶

Zo'n specifieke regeling kwam uiteindelijk wel terecht in de UAV-GC. Eerst in de 2000-versie en daarna - ongewijzigd - in de UAV-GC 2005. Uitgangspunt in deze voorwaarden is dat de opdrachtgever bepaalt welke informatie hij ter beschikking wil stellen. Art. 7 Model Basisovereenkomst (hierna ook: MBO) biedt de opdrachtgever hiervoor veel ruimte en heeft in die zin een weinig dwingend of directief karakter. Overigens is het niet zo dat er in de UAV-GC 2005 geen verplichting staat voor de opdrachtgever om informatie ter beschikking te stellen, maar wel dat die verplichting beperkt is en de opdrachtgever nogal wat ruimte wordt gelaten om de informatievoorziening naar eigen inzicht in te vullen. Zo moet volgens § 3 UAV-GC 2005 de opdrachtgever ervoor zorgen dat de opdrachtnemer tijdig beschikt over 'alle informatie waarover de Opdrachtgever beschikt voor zover het ter beschikking stellen noodzakelijk is' maar die verplichting geldt alleen maar als opdrachtnemer de 'noodzakelijke' informatie niet op een andere manier kan verkrijgen. Beschikt de opdrachtgever niet over informatie, dan rust er geen verplichting op de opdrachtgever ervoor te zorgen dat die informatie alsnog op tafel komt.¹⁷ Dit 'noodzakelijkheids criterium' heeft namelijk niet zozeer betrekking op de (behoefte aan) informatie als wel op het (proces van) ter beschikking stellen daarvan.¹⁸ Het noodza-

kelijkheids criterium is niet zonder kritiek en daarover in de volgende paragraaf meer.¹⁹ Strenger is de UAV-GC 2005 in het geval de opdrachtgever wel uit eigen beweging informatie verstrekt. In dat geval is hij verantwoordelijk voor de juistheid daarvan. Van die hoofdregel kan niet worden afgeweken door toevoegingen te gebruiken als 'niet-bindend', 'indicatief', 'informatief' of 'geschat', weten we inmiddels uit de rechtspraak. Dit neemt echter niet weg dat dergelijke toevoegingen wel kunnen maken dat een opdrachtnemer bijvoorbeeld een bepaalde onzekerheidsmarge in acht moet nemen.²⁰

4. Kritiek op de UAV-GC 2005

Wij belichten twee kritiekpunten.²¹ Allereerst de kritiek die zich richt op het noodzakelijkheids criterium. Het noodzakelijkheids criterium bepaalt dat de opdrachtgever niet verplicht is om informatie die hij bezit aan de opdrachtnemer te verstrekken, indien de opdrachtnemer deze informatie zelfstandig via andere kanalen kan verkrijgen. In een dergelijke situatie is het verstrekken van die informatie namelijk niet 'noodzakelijk'. Daarbij heeft het noodzakelijkheids criterium primair een formeel en niet zozeer een materieel karakter. Het criterium ziet niet op de materiële noodzaak van informatie - dat wil zeggen, informatie die essentieel is voor de uitvoering van het werk - maar uitsluitend op informatie waarover de opdrachtgever beschikt en die niet op andere wijze verkregen kan worden. Daarmee speelt het criterium slechts een procedurele (formele) rol. Het tweede kritiekpunt hangt hiermee nauw samen, en komt erop neer dat de UAV-GC 2005 onvoldoende voorziet in een beginselverantwoordelijkheid van de opdrachtgever als het gaat om het verstrekken van informatie en er daardoor geen enkele sanctie staat op het niet beschikbaar stellen van informatie.

Bleeker c.s. vinden dat de opdrachtgever al tijdens de aanbesteding alle relevante - en dus materieel noodzakelijke - informatie moet verstrekken die van invloed kan zijn op de prijsvorming van de opdrachtnemer. Hun kritiek richt zich daarmee zowel op het noodzakelijkheids criterium als op het ontbreken van een beginselverantwoordelijkheid voor het verstrekken van informatie.²² Ook Chao-Duivis vraagt zich af of in lijn met de waarschuwingsplicht van de opdrachtnemer, de opdrachtgever niet verplicht zou moeten zijn om informatie waarover hij beschikt en die relevant is voor het project ter beschikking te stellen.²³ Verwijzend naar de gang van

¹⁴ Zie Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/81.

¹⁵ Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht*, § 5 UAV 2012, aantekening 3 (9e druk maart 2024).

¹⁶ Wat voor zich spreekt omdat de UAV 2012 ervan uitgaat dat alle informatie benodigd voor de realisatie van het werk verwerkt is in het van de opdrachtgever afkomstige ontwerp (waaronder het bestek).

¹⁷ Bijvoorbeeld RvA Bouw 8 februari 2021, 72.210, *TBR* 2022/73, m.nt. T.L. de Leeuwe en J. Springelkamp, ro. 57. Zie CROW, Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 32. Zie ook RvA Bouw 21 augustus 2007, 27.733, *TBR* 2008/130, m.nt. E.W.J. van Dijk en RvA Bouw 30 mei 2013, 32.994, *TBR* 2013/189, m.nt. E.W.J. van Dijk.

¹⁸ CROW Toelichting 2005 bij § 3, p. 32.

¹⁹ Zie ook hier CROW Toelichting 2005.

²⁰ Zie bijvoorbeeld RvA 21 augustus 2007, Nr. 27.733, *TBR* 2008/130, m.nt. E.W.J. van Dijk.

²¹ Voor meer kritische noten leze men: B.R. van Veen, 'Enkele overpeinzingen over de UAV-GC 2005', *TBR* 2019/4 en Bleeker, Herber & Van der Zijpp 2016 en ook Huith & van Rijckevorsel, *TBR* 2016/52.

²² Bleeker, Herber & Van der Zijpp 2016, p. 21.

²³ Chao-Duivis 2019, p. 42.

zaken in de RAW-systematiek - die ervan uitgaat dat alles wat voor de prijsvorming van de opdrachtnemer relevant is in het bestek moet staan - vraagt ook Herber zich af waarom dit bij geïntegreerde contracten anders zou zijn.²⁴ Bleeker c.s. baseren zich hierbij op het arrest *Baris/Riezenkamp*, waarin de Hoge Raad oordeelde dat partijen ook in de precontractuele fase rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.²⁵ Met het voorgaande zal duidelijk zijn dat de regeling in de UAV-GC 2005 onvoldoende rekening houdt met het principe van het in par. 2 besproken fraternalisme.

5. Informatieverstrekking in de UAV-GC 2025

Heeft deze kritiek invloed gehad op de regeling van informatie in de UAV-GC 2025? In ieder geval staat vast dat de UAV-GC 2025 op dit punt ingrijpend is gewijzigd. De opstellers hebben de genoemde kritiek duidelijk meegenomen in de herziening. Voordat we ingaan op de vraag of deze wijzigingen nu voldoende zijn - en hoe de regeling zich verhoudt tot het in par. 2 besproken fraternalisme - bespreken we eerst de regeling zelf.

Een eerste belangrijke wijziging zien we in de redactie van art. 7 MBO. Waar we hiervoor concludeerden dat de 2005-versie van dit artikel weinig dwingend en directief was, is dit geheel anders in de 2025-versie. Art. 7 MBO constitueert in de eerste plaats een duidelijk onderscheid tussen het verstrekken van informatie vóór het sluiten van de Overeenkomst en het verstrekken van informatie ná het sluiten van de overeenkomst.²⁶ Er wordt nu wel directief en dwingend aangegeven welke informatie moet worden verstrekt. De rol van het noodzakelijkheids criterium lijkt daardoor aanzienlijk te worden verkleind. Zoals ook in de Toelichting te lezen valt, zal de praktische relevantie ervan niet erg groot meer zijn.²⁷

Om een verantwoorde aanbieding binnen de context van een UAV-GC contract te kunnen doen, zal de informatieverstrekking voornamelijk moeten plaatsvinden in de precontractuele fase.²⁸ Art. 7 lid 1 MBO gaat er dan ook van uit dat de opdrachtgever bij de vraagspecificatie, en dus voorafgaand

aan het sluiten van de overeenkomst, een annex verstrekt waarin in ieder geval is opgenomen:

- Een omschrijving van het in § 3 lid 1 sub (c) UAV-GC 2005 bedoelde terrein en/of water en het in § 17 lid 1 eerste volzin UAV-GC bedoelde werkterrein;
- Een overzicht van de in § 3 lid 1 sub (d) UAV-GC bedoelde goederen;
- Informatie over de geotechnische gesteldheid van de bodem, bestaande objecten, kabels, leidingen, verontreinigingen, ontplofbare oorlogsresten en zaken van materiële, historische of wetenschappelijke waarde, voor zover die informatie relevant is gelet op de aard van het Werk.

In art. 7 lid 2 MBO kan de opdrachtgever vervolgens aangeven welke informatie hij ná het sluiten van de overeenkomst verder nog ter beschikking zal stellen. Omdat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor het samenstellen van de contractdocumenten is hij volgens art. 3 lid 4 MBO ook verantwoordelijk voor tegenstrijdigheden in de door hem verstrekte informatie.²⁹

Het voorgaande betrof de regeling omtrent het verstrekken van informatie in de Model Basisovereenkomst. Die kan echter niet goed begrepen worden zonder daarbij de regeling te betrekken van § 3 UAV-GC 2025. Volgens § 3 lid 1 aanhef is de opdrachtgever verantwoordelijk voor het tijdig beschikbaar stellen aan de opdrachtnemer van deze in de Model Basisovereenkomst genoemde informatie. Naast tijdig, moet de informatie ook juist zijn (§ 3 lid 2 UAV-GC 2025), zoals ook al gold in eerdere versies van de UAV-GC. Het noodzakelijkheids criterium is verhuisd naar § 3 lid 1 sub (b) UAV-GC 2025 en geldt nu niet meer voor 'alle informatie' maar alleen voor 'overige informatie'. Daarmee functioneert het noodzakelijkheids criterium nog slechts als een vangnet voor essentiële informatie die niet is vastgelegd in art. 7 lid 2 MBO, die noodzakelijk is voor de uitvoering van het werk en die niet op andere wijze door de opdrachtnemer verkregen kan worden. Als gezegd zal daardoor de praktische relevantie ervan niet erg groot meer zijn.

De tweede belangrijke wijziging staat in § 3 lid 3 UAV-GC 2025 en regelt de situatie waarin de informatie onvolledig is of geheel ontbreekt. Eén van de hiervoor besproken kritiekpunten op de 2005-versie betrof het ontbreken van een beginselverantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor het verstrekken van informatie. Aan die kritiek wordt slechts ten dele tegemoet gekomen. § 3 lid 3 UAV-GC 2025 legt weliswaar de verantwoordelijkheid voor het ter beschikking stellen van geen of onvolledige informatie bij de opdrachtgever, maar

²⁴ Zie over het in 2001 ter visie gelegde concept op het punt van informatie voorziening: W.J.M. Herber, 'Informatieverstrekking in de UAV-GC 2005 en concept UAV-GC'; TBR 2021/71 en ook A.B. de Blanken e.a., 'De UAV-GC 2020, beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald', TA, 2021/69.

²⁵ Zie de verwijzingen in noot 6.

²⁶ Zie over het in 2001 ter visie gelegde concept op het punt van informatie voorziening: W.J.M. Herber, 'Informatieverstrekking in de UAV-GC 2005 en concept UAV-GC'; TBR 2021/71 en ook de Blanken e.a., TA 2021/69, par. 3.

²⁷ CROW Toelichting 2005, p. 32.

²⁸ Huijth & van Rijckevorsel, TBR 2016/52, p. 351.

²⁹ Waarbij opvalt dat de overeenkomst vermoedelijk per abuis een keer spreekt van 'strijdigheden'.

waar in veel contractsbepalingen vervolgens het woord ‘tenzij’ volgt (de opdrachtgever is verantwoordelijk, tenzij ...) lezen we hier het woord ‘en’. Ofwel, ook aan het tweede deel van deze bepaling moet zijn voldaan, wil genoemde verantwoordelijkheid daadwerkelijk bij de opdrachtgever komen te liggen. Pas als de opdrachtnemer aantoonbaar dat de tijdens de realisatie van het Werk of het Meerjarig Onderhoud blijvende toestand afwijkt van die welke een zorgvuldig opdrachtnemer gegeven de aard, de inhoud en de wijze van totstandkoming van de Overeenkomst, de aard van het Werk, de aard van het Meerjarig Onderhoud en de overige omstandigheden van het geval, redelijkerwijs had mogen verwachten’, verschuift de verantwoordelijkheid naar de opdrachtgever. Slaagt de opdrachtnemer in de vereiste stelplicht en zo nodig bewijslevering, dan is het rechtsgewijs dat de opdrachtnemer een beroep kan doen op § 44 lid 1 sub (b) UAV-GC 2025 en aanspraak kan maken op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging.³⁰ Een belangrijke vraag daarbij is of in de praktijk de opdrachtnemer wel in staat zal zijn om invulling te geven aan voornoemde zorgvuldigheidsverplichting en de daarbij behorende stel- en bewijsplicht. Wij komen daar later in deze bijdrage nog op terug.

Tot slot kent de hiervoor besproken nieuwe regeling twee belangrijke nuanceringen. In de eerste plaats voorzien de UAV-GC 2025 in een bagatelregeling in § 3 lid 4 UAV-GC 2025. Die zegt dat het moet gaan om afwijkingen van substantiële aard die redelijkerwijs niet voor rekening van de opdrachtnemer dienen te komen. De tweede gaat over de waarschuwingsplicht zoals voorzien in § 4 lid 10 UAV-GC. Volgens sub d van lid 10 is de waarschuwingsplicht ook van toepassing op klaarblijkelijke fouten in de door de opdrachtgever verstrekte informatie. Kortom, bij evidente substantiële afwijkingen als bedoeld in § 3 lid 3 UAV-GC moet de opdrachtnemer wel waarschuwen, maar als hij dat tijdig doet dan ligt de bal vervolgens bij de opdrachtgever.

6. Tussenconclusie

Geeft nu de nieuwe regeling omtrent het verstrekken van informatie invulling aan het noodzakelijke altruïsme waar Nieuwenhuis over spreekt? Biedt de nieuwe regeling een adequaat antwoord op het principe van fraternalisme?

Hiervoor trokken wij de conclusie dat art. 7 MBO en § 3 lid 1 UAV-GC 2025 (anders dan haar voorgangers) directief van aard zijn. Deze bepalingen geven daardoor op zichzelf een duidelijke in-

structie aan de opdrachtgever. In situaties waarin discussie ontstaat over de verstrekte informatie, bieden § 3 lid 2 en lid 3 UAV-GC 2025 een oplossingsrichting. Slaagt de opdrachtnemer erin invulling te geven aan zijn zorgvuldigheidsverplichting zoals voorzien in § 3 lid 3 UAV-GC 2025 en staat zijn waarschuwingsplicht op grond van § 4 lid 10 UAV-GC 2025 daar niet aan in de weg, dan verschuift de verantwoordelijkheid voor geen of onvolledige informatie naar de opdrachtgever. Wij menen dat deze regeling in de basis een positief antwoord verdient op de hiervoor gestelde vragen. Een belangrijke vraag is dan nog wel of de opdrachtnemer in de praktijk in staat zal zijn om invulling te geven aan voornoemde zorgvuldigheidsverplichting en of de regeling - door de bank genomen - wel bijdraagt aan een meer collaboratieve contractcultuur binnen de bouwsector. Wij gaan op zoek naar een antwoord aan de hand van het thema bodemaspecten.

7. Bodemaspecten, een kort overzicht

In het Burgerlijk Wetboek, de UAV 2012 en de UAV-GC 2000/2005/2025 komen verschillende termen voor als het gaat om de verantwoordelijkheid voor de bodem. Om meer helderheid daarover te krijgen volgen we wederom het spoor via het Burgerlijk Wetboek, door de UAV 2012 naar de UAV-GC 2000/2005/2025. Verschillende termen komen hierbij aan bod, zoals ‘grond’, ‘bodem’, ‘bodemgesteldheid’ en ‘geotechnische bodemgesteldheid’. Een nadere bespreking hiervan is waardevol, omdat dit inzicht biedt in de verdeling van verantwoordelijkheden tussen opdrachtgever en opdrachtnemer met betrekking tot de bodem(gesteldheid).

Over het Burgerlijk Wetboek kunnen we kort zijn. De term ‘bodem’ komt niet voor in Boek 7, titel 12 BW. De term ‘grond’ komt wel in de wet voor, maar niet direct in relatie tot aanneming van werk.³¹ De UAV 2012 spreekt zoals bekend over de invloed die de bodemgesteldheid heeft op de door de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen. Dat behoort tot de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever volgens § 5 lid 2 UAV 2012. Het betreft dan de invloed van de bodemgesteldheid op het ontwerp en niet de invloed daarvan op de uitvoering van het werk.³²

Dan het geïntegreerde contract. Volgens Van den Berg en Jansen is de opdrachtnemer de partij die in essentie de concretisering van de verwachtingen van de opdrachtgever voor zijn rekening neemt.

³¹ Grond is onroerend en is als term terug te vinden in art. 3:3 lid 2 BW.

³² Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht*, § 5 UAV 2012, aantekening 3 (9e druk maart 2024). Met als kanttekening dat in art. 6 lid 14 UAV 2012 de grond als terrein waarop het werk wordt gerealiseerd niet wordt genoemd als onderwerp waarover de opdrachtnemer zou moeten waarschuwen. Wel de bouwstoffen, waar grond van allerlei soort volgens § 1 lid 1 UAV 2012 onderdeel van uitmaakt.

³⁰ Ook zou nog de procedure van § 45 UAV-GC in beeld kunnen komen indien als gevolg van het ontbreken van (juiste) informatie het opdragen door de opdrachtgever van een wijziging in het Werk noodzakelijk (of wenselijk) wordt. Wij laten dat hier verder onbesproken.

Daarmee is de bouwer in beginsel aansprakelijk voor kwaliteitsproblemen die voortvloeien uit de samenhang tussen de bodemgesteldheid enerzijds en het concretiseringsproces anderzijds.³³ Hiermee leggen zij in het befaamde boek 'De ontwerpende bouwer' uit 1996 in feite een theoretische 'bodem' onder de regeling over de bodem in § 13 UAV-GC 2000.

Die regeling over de bodem wordt ongewijzigd overgenomen in § 13 UAV-GC 2005. § 13 lid 1 tot en met 3 UAV-GC 2005 regelen de afstemming van de werkzaamheden op de bodemgesteldheid en eventuele complicaties daarbij. De leden 4 tot en met 6 bevatten een regeling over de mogelijke problemen met bodemverontreiniging. Lid 7 voorziet ten slotte in een regeling over de vondsten van zaken in, op of onder het terrein die van materiële, historische of wetenschappelijke waarde kunnen zijn. § 13 lid 4 UAV-GC 2005 verwijst naar 'het in § 3 lid 1 sub b bedoelde terrein of water', § 13 lid 7 UAV-GC 2005 verwijst naar 'het in § 3 lid 1 sub b bedoelde terrein'. Kennelijk verwachtten de opstellers destijds niet dat er in het water zaken gevonden zouden kunnen worden die van materiële, historische of wetenschappelijke waarde kunnen zijn, maar dit terzijde.

De Toelichting bij § 13 van de 2005-versie noemt al in de eerste alinea de bodem als een van de belangrijkste risicofactoren bij de realisatie van werken in Nederland. Daar wordt volgens de Toelichting met 'bodem' bedoeld op de bodem waarop of waarin een werk wordt gerealiseerd en daarbij is het belangrijk te weten wat er in de bodem aanwezig is. Preciezer geformuleerd: het gaat om de bodemgesteldheid van de grond die ter beschikking wordt gesteld als terrein waarin of waarop het werk moet worden gerealiseerd. Een afzonderlijke regeling wordt volgens de Toelichting wenselijk geacht juist ook vanwege de verschillende problemen die zich bij het realiseren van een werk in verband met de toestand van de bodem kunnen voordoen. Met § 5 lid 2 UAV 1989 en § 6 lid 14 UAV 1989 in gedachten is het volgens de Toelichting logisch dat gelet op het type contracten waarvoor de UAV-GC 2005 is bedoeld, de opdrachtnemer beginselverantwoordelijk wordt voor de geotechnische gesteldheid van de bodem.³⁴ De Toelichting is daarmee wel in lijn met de gezichtspunten van Van den Berg en Jansen maar niet in lijn met de kanttekeningen van Chao-Duivis, Koning en Herber, die een veel

genueanceerde risicoverdeling voorstaan ten aanzien van de bodemgesteldheid.³⁵

§ 13 UAV-GC 2005 heeft veel kritiek gekregen van verschillende auteurs. Voor het eerst sinds het Romeinse recht werd de verantwoordelijkheid voor de bodem in beginsel bij de opdrachtnemer gelegd. Daarnaast werd de regeling als complex beschouwd en was er kritiek op het ontbreken van duidelijke richtlijnen voor de omgang met niet-ge-sprongen explosieven (NGE's), kabels, leidingen en andere obstakels.³⁶

Van Werven stelt daarom een regeling voor die vergelijkbaar is met § 29 lid 3 UAV 2012. Deze regeling biedt niet alleen een oplossing voor onjuistheden in gegevens, maar ook voor onvolledigheden. Volgens § 29 lid 3 UAV 2012 is deze bepaling ook van toepassing wanneer in het bestek 'geen toestand of gegevens zijn aangeduid, doch de tijdens de uitvoering blijvende toestand afwijkt van de toestand die de aannemer redelijkerwijs had mogen verwachten.' Van Werven koppelt deze regel expliciet aan het bodemrisico en stelt dat dit risico ook onder de UAV-GC 2005 bij de opdrachtgever zou moeten rusten, aangezien hij bepaalt waar gebouwd wordt. Tegelijkertijd maakt hij een onderscheid tussen (de onbekendheid met) het bodemrisico en de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer om zijn werkzaamheden af te stemmen op de bodemgesteldheid. Van Werven zoekt hier aansluiting bij de term 'geotechnische gesteldheid' uit de Toelichting bij § 13 UAV-GC 2005. Hij maakt een scherp onderscheid tussen enerzijds de verantwoordelijkheid voor de geotechnische gesteldheid van de bodem zelf en anderzijds de verplichting van de opdrachtnemer om zijn werkzaamheden aan te passen aan die geotechnische bodemgesteldheid. Terwijl de eerste verantwoordelijkheid bij de opdrachtgever ligt, ziet Van Werven het tweede als een verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer. Met deze zienswijze sluit hij aan bij Chao-Duivis en Koning.³⁷

Volgens Van Werven klopt de tekst van de Toelichting bij de 2005-versie op dit onderdeel niet. Van Werven vindt dat § 13 UAV-GC 2005 niet het geval regelt waarin de opdrachtnemer de afstemming op de geotechnische gesteldheid van de bodem wel zorgvuldig heeft gedaan, maar vertraging en extra

³³ M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build-contracten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 101.

³⁴ Volgens § 4 lid 7 sub (e) UAV-GC 2005 valt het terrein genoemd in § 3 lid 1 sub (b) onder de waarschuwingplicht van de opdrachtnemer. Dat terrein is niet het in § 17 lid 1 UAV-GC 'als werkterrein aangeduide oppervlakten van grond of water'. Dat is het bouwterrein (zie CROW Toelichting 2005, p. 32 en 66).

³⁵ Zie M.A.B. Chao-Duivis en A.Z.R. Koning, *Veranderende rollen. Een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht*, Kluwer: Deventer 2001, p. 251 (Hoofdstuk V, § 7) en Herber, IBR congres 29/01/25, sheet 16 t/m 25.

³⁶ Bleeker, Herber & Van der Zijpp 2016, p. 80-83. Zie D. van Werven, 'De bodem in de UAV GC 2005: goede grond voor herziening', in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao, N. van Wijk-van Gilst (red.), *Eindafrekening met pepernoten. Voor een onbetaalbare bijdrage aan het bouwrecht and beyond*, Den Haag: IBR 2019, p. 781-798. Zie bijvoorbeeld over de aanwezigheid van obstakels ook RvA 30 maart 2010, Nr. 31.703.

³⁷ D. van Werven 2019, p. 793.

kosten ontstaan doordat de werkelijke bodemgesteldheid afwijkt van de bodemgesteldheid die de opdrachtnemer op basis van de hem verstrekte gegevens redelijkerwijs mocht verwachten.³⁸ Het gaat dan om gegevens verstrekt door de opdrachtgever die *onvolledig* zijn (voor *onjuiste* gegevens geeft § 3 lid 2 UAV-GC 2005 de oplossing). In zo'n situatie vinden immers de gevolgen in tijd en geld hun (causale) oorzaak niet in de afstemming door de opdrachtnemer van zijn werkzaamheden op de bodemgesteldheid. Van Werven meent dat zijn kritiek kan worden opgelost door § 13 lid 1 UAV-GC 2005 uit te breiden met een passage die geïnspireerd is door de laatste zin uit § 29 lid 3 UAV 2012.³⁹ Zo is het uiteindelijk niet terechtgekomen in de UAV-GC 2025. Tot leedwezen van de experts uit het bouwrechtelijk veld aan wie het concept in 2021 is voorgelegd.⁴⁰

8. De oplossing in de UAV-GC 2025

Wat is nu uiteindelijk de uitkomst als we kijken naar de UAV-GC 2025? De bodemaspecten hebben een plaats gekregen in art. 7 lid 1 MBO en zijn onderdeel geworden van de informatieregeling waarop ook § 3 lid 3 UAV-GC 2025 van toepassing is, inclusief de bagatelregeling in § 3 lid 4. De hoofdverplichting van de opdrachtnemer vinden we nog steeds in § 4 lid 1 (het verrichten van de hem opgedragen ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden) en lid 2 (het meerjarig onderhoud). Aanvullend bepaalt § 4 lid 4 nu dat de in lid 1 en 2 bedoelde verplichtingen mede omvatten de afstemming van zijn werkzaamheden op de tijdens de realisatie van het werk blijkende toestand. Wat is gebleven is de regeling van de waarschuwingsplicht in § 4 lid 10. § 13 UAV-GC 2005 is in zijn geheel vervallen, maar wordt nog wel genoemd (om vernummering te voorkomen). Rest de vraag: biedt deze regeling een afdoende oplossing voor de hiervoor besproken kritiek op de UAV-GC 2005?

Als wij de wijzigingen overzien⁴¹, wordt naar onze mening deels gehoor gegeven aan de kritiek en de wens van diverse auteurs om aan te sluiten bij § 29 lid 3, derde volzin UAV 2012. Doordat § 29 lid 3, derde volzin UAV 2012 niet integraal is overgenomen, maar met het nieuwe § 4 lid 4 aansluiting is gezocht bij de vervallen regeling van § 13 lid 1 en 2 UAV-GC 2005 ligt de bewijslast nog steeds bij de opdrachtnemer. Hij draagt immers de stellingbewijsplicht om aan te tonen dat hij aan zijn zorgvuldigheidsverplichting heeft voldaan.⁴² Dit is,

gezien de hoofdregel van art. 150 Rv, niet verrassend, aangezien de opdrachtnemer met zijn beroep feitelijk een wijziging van het contract beoogt. Hij wil immers compensatie voor de tegenslag waarmee hij wordt geconfronteerd. Vanuit dit perspectief is het logisch dat de stelplicht en, indien nodig, de bewijslast bij de opdrachtnemer liggen. Wat in dit kader als een zorgvuldig opdrachtnemer wordt beschouwd, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval, zoals ook wordt benadrukt op pagina 62 van de Toelichting.⁴³

9. Is de juiste richting gevonden?

We sluiten af met een praktijkvoorbeeld om de regeling te toetsen. Stel, een waterschap besteedt een Werk aan voor het leggen van 26 kilometer buis strak langs dijklichamen. Bij de gemeente B - een van de gemeentes die de leiding doorkruist - ligt een rapport in de kast waaruit blijkt dat er voor een bepaald dijkvak het risico bestaat op het afschuiven (verzakken) van de dijk. Laten we ervan uitgaan dat dit rapport niet bij inschrijver A en ook niet bij het waterschap bekend is. A schrijft in en krijgt de informatie volgens art. 7 lid 2 MBO en ook de informatie van art. 7 lid 3 MBO, maar niet genoemd rapport. Op basis van die informatie maakt A het werkplan en krijgt hij het werk gegund. A gaat aan de slag en aangekomen bij het betreffende dijkvak blijkt de door haar gekozen werkmethode niet passend, want de grond gaat schuiven. Dat had A niet verwacht.

Wat is de uiteindelijke uitkomst? Volgens § 3 lid 3 UAV-GC 2025 ligt de verantwoordelijkheid bij de opdrachtgever als er geen of onvoldende informatie is verstrekt over het betreffende dijkvak. Dit geldt echter alleen indien de opdrachtnemer kan aantonen dat de toestand van het dijkvak - mede gelet op zijn werkplan en de aannames die hij heeft gebaseerd op de verstrekte informatie - afwijkt van wat hij als zorgvuldig opdrachtnemer redelijkerwijs had mogen verwachten. Een relevante vraag is dan of A het bij de gemeente aanwezige rapport had kunnen of moeten opvragen. De opdrachtnemer draagt immers de verantwoordelijkheid voor de afstemming van zijn werkzaamheden op de geotechnische gesteldheid van de bodem (art. 4 lid 4 UAV-GC 2025). Indien hij stelt dat sprake is van onvoldende (of geen) informatie, waardoor hij wordt geconfronteerd met een onvoorziene afwijking van de toestand, moet worden beoordeeld of er sprake is van een tekortkoming aan de zijde van de opdrachtgever.

Binnen de regeling zoals die nu in de UAV-GC 2025 is opgenomen, kan pas sprake zijn van een tekortkoming aan de zijde van de opdrachtgever

³⁸ D. van Werven 2019, p. 794.

³⁹ D. van Werven 2019, p. 795.

⁴⁰ Hierover kritisch Herber in W.J.M. Herber, 'Informatieverstreking in de UAV-GC 2005 en concept UAV-GC', TBR 2021/71.

⁴¹ Zie de bespreking van de wijzigingen in par. 5 van deze bijdrage.

⁴² Ten onrechte volgens Herber, IBR congres 29/01/25, sheet 16 t/m 25.

⁴³ Zie in dit verband ook de genoemde gevaltypen in CROW Toelichting 2025, vanaf p. 63.

wanneer de opdrachtnemer aantoont - door te stellen en zo nodig te bewijzen - dat hij de in § 3 lid 3 gestelde zorgvuldigheid heeft betracht. Slaagt hij daarin (dat wil zeggen: dat redelijkerwijs niet van hem kon worden verwacht dat hij het betreffende rapport had achterhaald en opgevraagd), dan verschuift het risico dat deze informatie ontbreekt naar de opdrachtgever. Die verschuiving is gerechtvaardigd, omdat als uitgangspunt heeft te gelden dat op de opdrachtgever, als eigenaar van de bodem, de verplichting rust om essentiële informatie omtrent de bodemgesteldheid aan de opdrachtnemer te verstrekken. Op dat moment - dus na genoemde verantwoordelijkheidsverschuiving - staat vast dat de opdrachtgever die verplichting niet nakomt en dit alsdan kwalificeert als een schending van zijn contractuele informatieverplichting, en dus als een tekortkoming. Deze benadering sluit aan bij de eerder besproken hoofdregel omtrent stellen en bewijzen, en draagt ertoe bij dat het risico terecht wordt geplaatst bij de partij die op grond van de verantwoordelijkheidsverdeling binnen de UAV-GC 2025 hiervoor behoort in te staan.

10. Tot besluit: fraternalisme binnen het geïntegreerde contract

Terug naar Nieuwenhuis, die stelt dat het contractenrecht van beide partijen een aanzienlijke mate van altruïsme vereist. De in de vorige paragraaf besproken casus laat zien dat het systeem van de UAV-GC 2025 kan werken in lijn met het principe van fraternalisme. Dit volgt uit de verdeling van verantwoordelijkheden: de opdrachtgever voor de grond of bodem, en anderzijds de aannemer voor de afstemming van de werkzaamheden op de geotechnische bodemgesteldheid.

Dat wil zeggen: een op het principe van fraternalisme gebaseerde verantwoordelijkheidsverdeling binnen de UAV-GC 2025 veronderstelt een kritische en goed voorbereide opdrachtgever die weet wat hij wil, alle relevante informatie verzamelt en deze bij het uitbesteden deelt met de (potentiële) opdrachtnemer. Dit sluit overigens aan bij de Toelichting op art. 7 MBO, waarin de professionele op-

drachtgever wordt aangespoord om zoveel mogelijk beschikbare, relevante informatie te delen. Wij zijn dan ook van mening dat deze aanbeveling niet vrijblijvend zou moeten zijn, maar als een verplichting moet worden opgevat.

Tegelijkertijd rust op de opdrachtnemer de verantwoordelijkheid om deze informatie zorgvuldig en kritisch te beoordelen en waar nodig verduidelijking te vragen. Dit draagt bij aan een transparante samenwerking en helpt de verwachtingen van de opdrachtgever te concretiseren.

De opdrachtgever draagt uiteindelijk de verantwoordelijkheid voor ondeugdelijke of ontbrekende informatie. Hier ligt een logische en voor de hand liggende gedachte aan ten grondslag: de opdrachtnemer moet zijn werkzaamheden correct kunnen calculeren en uitvoeren. Als hij hierin wordt belemmerd zonder dat hem een verwijt treft, verdient hij bescherming. Ofschoon niet aan bod gekomen in dit artikel, zou een wederzijdse waarschuwingsplicht de balans tussen partijen mogelijk nog verder kunnen versterken. Dit kan bijvoorbeeld door de waarschuwingsplicht van de opdrachtgever, zoals opgenomen in § 20 lid 7, § 21 lid 10 en § 22 lid 3 UAV-GC 2025, te vertalen naar een algemene verplichting om de opdrachtnemer te waarschuwen wanneer dat klaarblijkelijk voor de realisatie van het werk noodzakelijk is. Dit zou bovendien goed aansluiten bij de regeling over communicatie in § 2a UAV-GC 2025 en bij art. 6:2 lid 1 BW, waarin de redelijkheid en billijkheid centraal staan.

Voor nu is het vooral van belang met de nieuwe regeling in de praktijk ervaring op te doen. Hoewel de in deze bijdrage besproken regeling juist is ontworpen voor de praktijk, blijft de toepassing ervan complex. Het navigeren door de regeling lijkt ons in de praktijk een uitdaging, zeker voor gebruikers zonder juridische achtergrond. Laten we daarom in ieder geval afspreken de kaders die de UAV-GC 2025 bieden, niet onnodig te omzeilen - zoals wel werd gedaan via een annex met afwijkingen of door middel van een (volledig) herschreven Basisovereenkomst.⁴⁴ ●

⁴⁴ Immers ook in Basisovereenkomsten worden wel bepalingen opgenomen die beogen dat risico zoveel mogelijk naar de opdrachtnemer te verschuiven. Zie over de houdbaarheid daarvan Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht*, § 3 UAV-GC 2005, aantekening 2b (9e druk maart 2024).