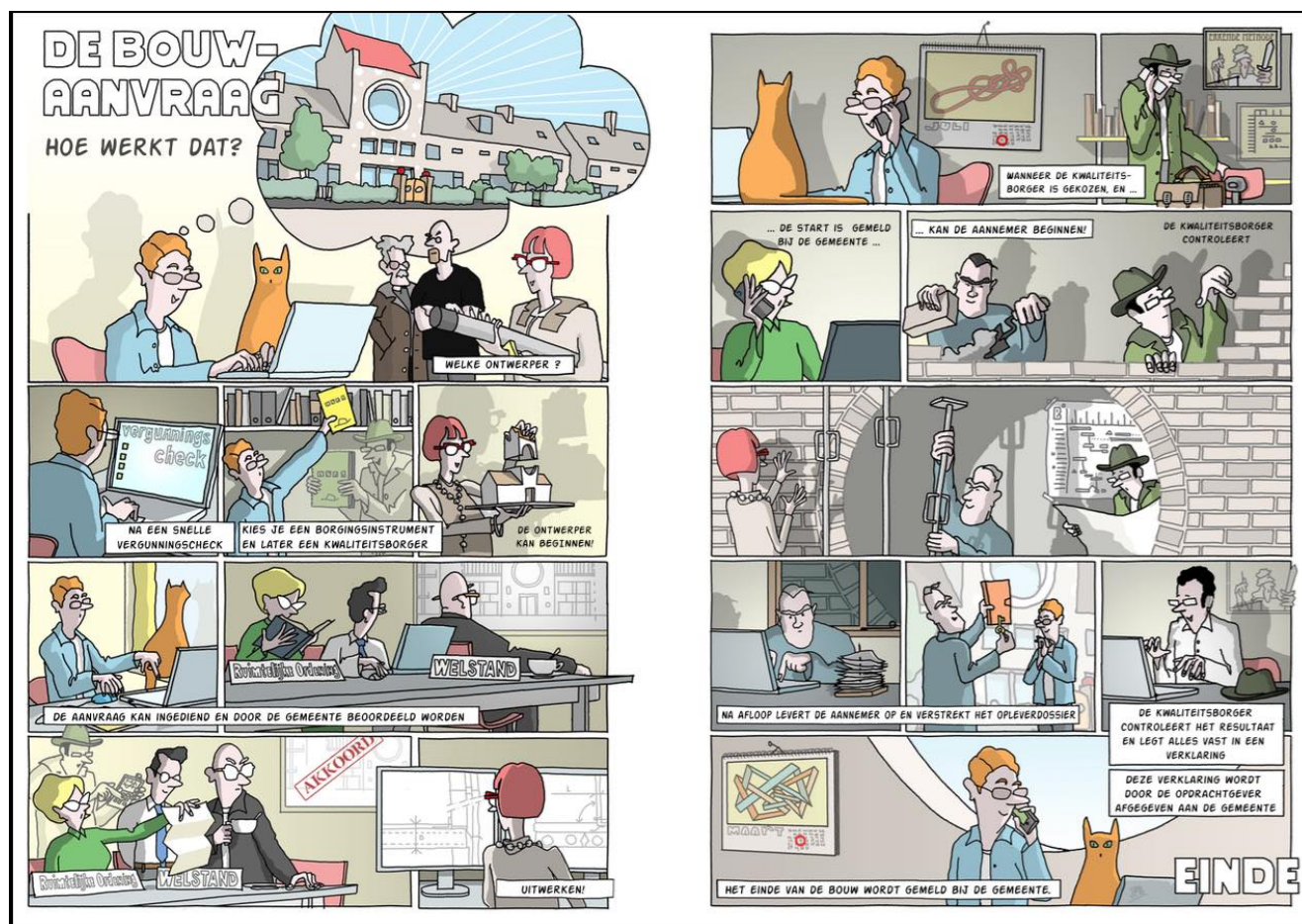


VAN 'AS PLANNED' NAAR 'AS BUILT'

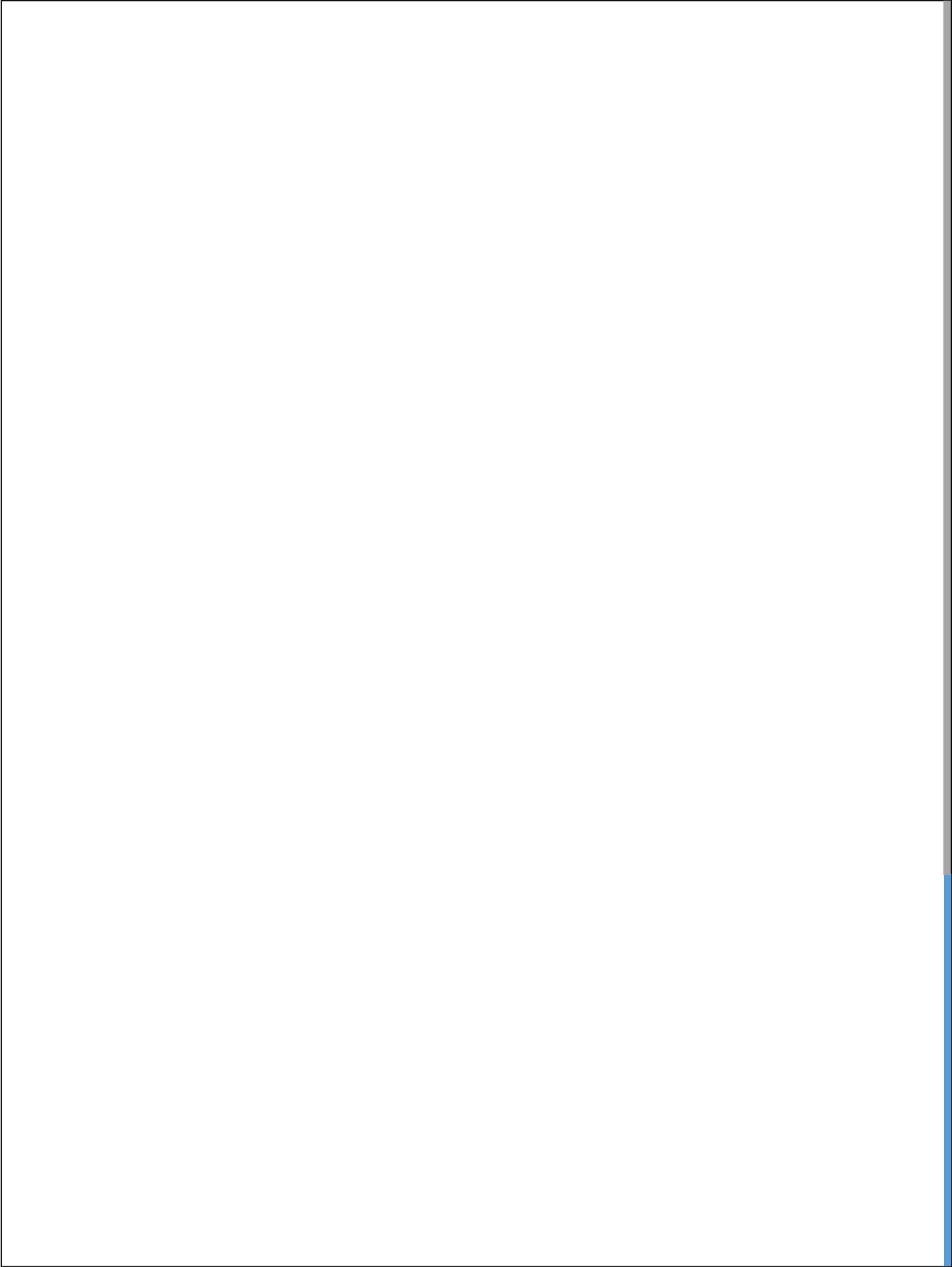


Bron: www.stichtingibk.nl

EEN ONDERZOEK NAAR DE PRIVAATRECHTELIJKE WIJZIGINGEN VAN DE WET KWALITEITSBORGING VOOR HET BOUWEN

Eindhoven, 29 mei 2017

Auteur: Simone Wijnands
Studentnummer: 2081968
Opdrachtgever: LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V.



VAN 'AS PLANNED' NAAR 'AS BUILT'

EEN ONDERZOEK NAAR DE PRIVAATRECHTELIJKE WIJZIGINGEN VAN DE WET KWALITEITSBORGING VOOR HET BOUWEN

Eindhoven, 29 mei 2017

Auteur: Simone Wijnands
Studentnummer: 2081969
Opleiding: HBO-Rechten
Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg
Opdrachtgever: LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V.
Afstudeermentor: Dhr. mr. T.P.A.M. Reynaers
Afstudeerdocent 1: Dhr. mr. F.G.J. van de Kruis
Afstudeerdocent 2: Dhr. mr. B.C.M. van Hooijdonk
Afstudeerperiode: februari 2017 – mei 2017

VOORWOORD

Voor u ligt de scriptie Van 'As planned' naar As built'. Een onderzoek dat is geschreven naar aanleiding van mijn afstudeerstage bij LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V. in Eindhoven. Deze scriptie vormt het sluitstuk van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg.

Het onderwerp van mijn scriptie is de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen. Naar verwachting treedt deze wet in januari 2018 in werking. Met invoering van deze wetgeving wordt de kwaliteitsborging in de bouw geprivatiseerd. Het is de bedoeling dat de aannemer zijn eigen kwaliteit gaat waarborgen en dat het openbaar lichaam zich slechts op een toezichthoudende rol aanneemt. Daar het onderwerp een nieuw wetsvoorstel betreft, was het een uitdaging om dit te uit te zoeken. Ik heb me in dit onderzoek toegespitst op de belangrijkste wijzigingen die de wet met zich meebrengt, namelijk: de oplevering, opschortingsrecht en veranderingen in het Burgerlijk Wetboek.

Ik kijk met een zeer positief gevoel terug op de afgelopen 14 weken. Tijdens mijn stage heb ik veel mogen ontdekken en veel mogen leren. Ik had het vak als bedrijfsjurist op geen andere manier beter kunnen ontdekken. Buiten de werkzaamheden werd mij ook alle tijd geboden om aan deze scriptie te werken. Tijdens mijn studie is het rechtsgebied bouwrecht nauwelijks aan bod gekomen. Ik vond het dan ook spannend om een onderzoek te gaan doen naar iets wat voor mij nog onbekend was. Op sommige momenten was dit lastig; ik kon namelijk niet een beroep doen op de lesstof van de afgelopen jaren. Uiteindelijk heb ik het als leerzaam ervaren en vond ik het onderwerp erg boeiend.

Van deze gelegenheid wil ik dan ook graag gebruik maken om een aantal mensen te bedanken. Allereerst wil ik dhr. Reynaers bedanken voor zijn enthousiasme, inspiratie en motiverende stem bij de totstandkoming van dit onderzoek. Daarnaast wil ik dhr. Van de Kruis bedanken voor zijn feedback, helpende hand en kritische blik ten tijde van het onderzoek. Ook wil ik Michel van den Biggelaar bedanken voor zijn hulp bij de totstandkoming van het praktische gedeelte van het onderzoek. Ten slotte wil ik nog een woord van dank uitspreken aan Bo Alkemade. Ik kon geregeld bij Bo terecht voor een scriptiesessie.

Verder wil ik de collega's van LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V. bedanken voor hun warme welkom tijdens mijn stageperiode. Ik heb me erg thuis gevoeld bij LAUDY en heb veel plezier gehad in mijn werkzaamheden.

Rest mij u nog veel plezier te wensen met het lezen van deze scriptie.

Simone Wijnands

Eindhoven, 29 mei 2017

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting

Lijst van afkortingen

Hoofdstuk 1: inleiding	8
1.1 De stageorganisatie	8
1.2 Probleembeschrijving	8
1.3 Centrale vraag en deelvragen	9
1.4 Doelstelling	10
1.5 Methoden	10
1.6 Verantwoording van bronnen	11
1.7 Leeswijzer	11
Hoofdstuk 2: De Wet kwaliteitsborging voor het bouwen	13
Hoofdstuk 3: Oplevering en aansprakelijkheid huidige regeling	14
De aannemingsovereenkomst	14
Juridisch kader in het Burgerlijk Wetboek	15
3.1 Oplevering	15
3.2 Aansprakelijkheid na oplevering volgens het BW	16
Juridisch kader in de UAV	17
3.3 Opneming, goedkeuring en oplevering overeenkomstig de UAV	17
3.4 Aansprakelijkheid na oplevering volgens de UAV	18
3.6 Tussenconclusie	20
Gebreken en termijnen	22
3.7 Het verborgen gebrek	22
3.8 Klachtplicht	23
3.9 Verjarings- en vervaltermijnen	23
3.10 Tussenconclusie	24
Hoofdstuk 4: Toekomstig juridisch kader	25
Oplevering en aansprakelijkheid	25
4.1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek	28
4.2 Gebouwdossier	29
SWK Instrument VKB	30
4.3 Tussenconclusie	31

Hoofdstuk 5: Praktijkonderzoek opleveringsproces	33
5.1 Opleverproces in de praktijk	33
5.2 Tussenconclusie	34
Hoofdstuk 6: Opschortingsrecht	35
Opschortingsrechten	35
6.1 Opschortingsrechten in het BW	35
6.2 Opschorting op grond van artikel 6:262 BW	36
6.3 Vervangende zekerheid	36
Zekerheidstelling in de UAV	37
6.4 Het toekomstige opschortingsrecht	37
Hoofdstuk 7: Informatieplicht van de aannemer	39
7.1 Toekomstig juridisch kader	39
Hoofdstuk 8 Conclusies en aanbevelingen	41
8.1 Conclusies	41
8.2 Aanbevelingen	42
<u>Evaluatie</u>	<u>44</u>
<u>Literatuurlijst</u>	<u>46</u>
<u>Bronnenlijst</u>	<u>47</u>
<u>Jurisprudentielijst</u>	<u>48</u>

SAMENVATTING

Met invoering van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen beoogt de wetgever de positie van de consument te versterken door middel van het verruimen van de aansprakelijkheid van de opdrachtgever, het versterken van de opschortingsrechten en het invoeren van de informatieplicht. Deze wijzigingen hebben voornamelijk betrekking op de consument. De verruiming van de aansprakelijkheid is de wijziging die de meeste stof doet opwaaien. De vraag is namelijk hoe dit in de praktijk gaat uitpakken. Het proces-verbaal van oplevering wordt namelijk gezien als bewijs of een gebrek al dan niet ontdekt is. Allereerst komen de verschillen aan bod tussen het Burgerlijk Wetboek en de UAV. Vervolgens de bevindingen die voortvloeien uit het onderzoek naar het juridisch kader van de nieuwe wetgeving.

In de huidige situatie staat de oplevering centraal in het gehele bouwproces. Na oplevering is de aannemer ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. De deskundigheid van de opdrachtgever is hierin doorslaggevend. De aannemer mag na oplevering een gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat de opdrachtgever de gebreken heeft aanvaard en er geen herstel nodig is. Met de inwerkingtreding van de wetswijziging zal het nieuwe lid 4 voor een grote omslag zorgen met betrekking tot de aansprakelijkheid. Door invoering van het wetsvoorstel zal de aannemer in de toekomst gebonden zijn aan de hoge aansprakelijkheidsgrens. Het uitgangspunt in de huidige regelgeving is ontslag van aansprakelijkheid bij oplevering, in de toekomst wordt het uitgangspunt juist de aansprakelijkheid. Hoe er invulling dient te worden gegeven aan de bewijslast, moet nog verder blijken. Op dit moment documenteert LAUDY de oplevering gedeeltelijk digitaal en gedeeltelijk schriftelijk. Gebruikmaking van dit programma zou bij invoering van de wetswijziging uitkomst bieden, omdat de oplevering in het geheel digitaal vastgelegd kan worden. Op deze manier wordt een discussie over hetgeen al dan niet is ontdekt tijdens de oplevering uitgesloten. Het is de vraag of partijen het digitaal vastleggen van de oplevering als wenselijk ervaren. Geconcludeerd kan worden dat de aannemer het opleveringsproces anders zal moeten gaan indelen. De aannemer zal ervoor moeten zorgen dat de opdrachtgever akkoord gaat met de zichtbare onderdelen in de oplevering. Gedurende het bouwproces dient de aannemer een gebouwdossier aan te leggen. Middels gegevens en bescheiden dient te worden aangetoond dat zowel aan de wettelijke verplichtingen als aan de overeenkomst is voldaan. De aannemer dient tijdens het bouwproces met zorgvuldigheid het dossier samen te stellen. De invoering van het dossier lijkt een administratieve verzwarende voor de aannemer met zich mee te brengen, maar het bijhouden van het dossier gedurende de bouw zou dit kunnen beperken. Het dossier wordt gezien als dynamisch, dat inhoudt dat het meegroeit met de bouw van het werk.

Daarnaast wordt met de invoering van de nieuwe wet een wijziging doorgevoerd in het opschortingsrecht. Dit betreft echter een wijziging die enkel consumentgericht is. In de toekomst dient LAUDY de consument erop te wijzen dat de mogelijkheid bestaat om het depot te verlengen. Daarnaast dient LAUDY de consument minimaal een maand te gunnen waarin deze eventueel onderzoek kan laten doen naar mogelijke gebreken in het werk. In datzelfde bericht dient LAUDY de consument mede te delen vanaf wanneer de onderhoudstermijn in werking is getreden. De consument mag het depot verlengen indien de aard van het gebrek dit rechtvaardigt. De notaris hoeft het depot niet eerder vrij te geven dan dat het bericht van de mogelijke verlenging ook aan hem is gemeld. Verder dient LAUDY in de toekomst gelijkwaardige zekerheid in plaats van vervangende zekerheid te bieden aan een depotstelling. Als de bankgarantie gelijkwaardig is aan het depot, kan dit geen nadelige gevolgen meer opleveren voor de consument.

Tot slot is gebleken dat met invoering van het wetsvoorstel de aannemer de consument dient te informeren over de verzekering en financiële zekerheid. LAUDY is aangesloten bij SWK en bouwt woonhuizen onder de garantiebepalingen van voornoemde organisatie. LAUDY dient gebruik te maken van de standaardovereenkomsten die SWK aanbiedt en voldoet daarom aan de informatieplicht. De wetgever beoogt met deze wijziging de consument te beschermen die contracteert met een aannemer die niet onder de garantie- en waarborgregeling bouwt.

LIJST VAN AFKORTINGEN

Bv	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
ECLI	European Case Law Identifier
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
P.	Pagina
Pdf	Portable Document Format
Rb.	Rechtbank
RvA	Raad van Arbitrage voor de bouw
Rv	Rechtsvordering
SWK	Stichting Waarborgfonds Koopwoningen
UAV-GC	Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen
UAV 2012	Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en technische installatiewerken 2012
Wkb	Wet kwaliteitsborging voor het bouwen

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 1.1 kort ingegaan op de stageorganisatie LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V.. Vervolgens wordt in paragraaf 1.2 de aanleiding voor dit onderzoek beschreven: namelijk een probleem uit de praktijk van LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V. In paragraaf 1.3 komen de centrale vraag en bijbehorende deelvragen aan bod. Deze vragen vormen het fundament van het onderzoek. De doelstelling van het onderzoek komt tot uiting in paragraaf 1.4. Ten slotte komen de werkwijze en leeswijzer aan bod in paragraaf 1.5 en respectievelijk paragraaf 1.6.

1.1 De stageorganisatie

LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V. (hierna: LAUDY) is van oorsprong een aannemingsbedrijf en bouwmaterialenhandel gevestigd in Sittard. In 2002 is het familiebedrijf LAUDY onderdeel geworden van Ballast Nedam en in 2016 hebben de bedrijven Ballast Nedam Bouw & Ontwikkeling Zuid en Bouwborg Zuid zich bij LAUDY gevoegd.

LAUDY is actief in de hele bouwkolom. Ze ontwikkelen bouwprojecten in opdracht van klanten, maar ook op eigen initiatief. Dit betreft zowel de bouw van woningen als de bouw van utiliteitsgebouwen. Daarnaast is een tak van het bedrijf gespecialiseerd in renovatie, restauratie en nieuwbouw.¹ In veel gevallen bouwt LAUDY voor een aanbesteding. Dit houdt in dat meerdere partijen zich kunnen inschrijven voor het bouwen van een werk en dat uiteindelijk een keuze wordt gemaakt op basis van de prijs en kwaliteit. Tijdens mijn stage heb ik meegewerkt op de afdeling Legal. Dit is een afdeling onder leiding van Ballast Nedam. De bedrijfsjuristen die werkzaam zijn op deze afdeling beantwoorden de juridische vraagstukken binnen Ballast Nedam, in dit geval LAUDY. Daarnaast maken zij contractreviews van eventuele opdrachten en voeren zij risicoanalyses uit.

1.2 Probleembeschrijving

Naar alle waarschijnlijkheid wordt in januari 2018 de nieuwe wet 'Wet kwaliteitsborging voor het Bouwen' ingevoerd. Op 21 februari jl. is het wetsvoorstel aangenomen door de Tweede Kamer. De kern van het wetsvoorstel is verbetering van de bouwkwaliteit, door middel van verbetering van de privaatrechtelijke positie van de particuliere en de zakelijke bouwconsument. Dit wil men bewerkstelligen door de introductie van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor bouwwerken.² Tezamen met de invoering van het wetsvoorstel zullen enkele artikelen in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek gewijzigd en toegevoegd worden, waarmee de positie van de particuliere en zakelijke bouwconsument wordt versterkt. De wijziging houdt onder meer in dat de opdrachtgever sterker staat, omdat de aannemer verantwoordelijk is voor alle gebreken na oplevering, en niet alleen de verborgen gebreken zoals in de huidige situatie het geval is. Dit betekent dat de aansprakelijkheid van de aannemer wordt verruimd.

Daarnaast gaat een informatieplicht voor aannemers gelden. De aannemer moet bij aangaan van de overeenkomst de opdrachtgever informeren of en op welke wijze de opdrachtgever beschermd is tegen risico's die zich tijdens de bouw kunnen voordoen ten gevolge van het niet nakomen van de overeenkomst door de aannemer.³ Dit geldt ook wanneer insolventie intreedt tijdens de bouw, maar ook voor gebreken die na de oplevering aan het licht komen en waarvoor de aannemer aansprakelijk is. De informatieplicht geldt in de precontractuele fase en moet schriftelijk worden verstrekt voordat de overeenkomst wordt aangegaan.

De informatieplicht is alleen van toepassing op aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan.

Ook het opschortingsrecht bij de oplevering van een bouwwerk gaat aanzienlijk veranderen. In de huidige situatie mag de opdrachtgever 5% van de aanneemsom deponeren bij een notaris. Dit bedrag wordt in beginsel voor drie maanden gereserveerd voor eventuele gebreken na oplevering, een zogenoemde onderhoudstermijn. Pas na het herstellen van de mogelijke gebreken, komt de laatste 5% toe aan de

¹ www.laudybouw.nl/wie-zijn-wij/

² H.C.W. Moesker, 2017.

³ TBR 2016/6, p. 502.

aannemer. Met ingang van de Wkb wordt dit proces voor de opdrachtgever eenvoudiger en voor de aannemer ingewikkelder. Indien de aannemer wenst het depot eerder te ontvangen, dient hij vervangende zekerheid te stellen. In de toekomst zal deze vervangende zekerheid vervangen worden door een gelijkwaardige zekerheid.

Zoals al is vermeld, is het doel van de nieuwe wetgeving het verbeteren van de bouwkwaliteit. De overheid wil dit bewerkstelligen door de verantwoordelijkheid van de aannemer op te schroeven. Volgens de overheid worden er namelijk te veel fouten gemaakt in het bouwproces. In de toekomst moet de aannemer door middel van de toepassing van een interne borgingssysteem de kwaliteit van een project bewaken en vastleggen in een gebouwdossier. Het dossier bevat gegevens en bescheiden die volledig inzicht geven in de nakoming van de overeenkomst en bevat in ieder geval tekeningen en berekeningen over het tot stand gebrachte bouwwerk en ook gegevens en bescheiden die nodig zijn voor gebruik en onderhoud van het bouwwerk.⁴ De gemeente houdt slechts een toezichthoudende rol in het proces. Zij blijven wel verantwoordelijk voor het afgeven van een omgevingsvergunning, maar toetsen niet meer inhoudelijk op de bouwtechnische regelgeving.

LAUDY is een aannemingsbedrijf en komt dus in aanraking met de nieuwe wetgeving. Het is voor een commercieel bedrijf van belang om op de hoogte te zijn en bij voorkeur voor uit te lopen op nieuwe ontwikkelingen om zo de markt goed te kunnen bedienen. Om die reden wordt in dit onderzoek onderzocht wat de Wkb voor gevolgen heeft voor LAUDY.

Het onderzoek dient een specifieke vraag van de opdrachtgever te beantwoorden. Daarom zal tijdens dit onderzoek de focus liggen op de veranderingen die de nieuwe wetgeving met zich meebrengt met betrekking tot de aansprakelijkheid na oplevering, het opschortingsrecht en de informatieplicht. De oplevering van een bouwwerk brengt namelijk de meeste risico's met zich mee. Vanaf dat moment zou de aannemer aanvankelijk niet meer aansprakelijk zijn voor het bouwwerk. Daarnaast zal in het onderzoek het vernieuwde opschortingsrecht aan bod komen, in de nieuwe wetgeving worden de opschortingsrechten voor de opdrachtgever versoepeld. Ten slotte zal met de invoering van de Wkb een nieuw artikel worden toegevoegd aan het Burgerlijk Wetboek. Uit het onderzoek zal blijken wat de toevoeging van dit artikel mogelijk voor consequenties zal hebben voor de praktijk.

Een onderzoek naar deze drie wijzigingen is van belang, omdat LAUDY hier dagelijks mee te maken heeft. LAUDY streeft ernaar om bouwwerken op te leveren van de hoogste kwaliteit en wil niet achteraf geconfronteerd worden met claims over verborgen gebreken of andere tekortkomingen. Daarom wordt met dit onderzoek in kaart gebracht veranderingen extra aandacht verdienen. Om een praktijkgedeelte aan het onderzoek toe te voegen, zal ik regelmatig een bouwplaats bezoeken en ook met de projectmanagers het huidige opleverproces bespreken. Om inzicht te krijgen in het opschortingsrecht in de huidige situatie, ga ik lopende bouwcontracten bestuderen. Het betreffen contracten met zakelijke opdrachtgevers waarbij de UAV van toepassing zijn verklaard. Van het huidige opleverproces wordt in het onderzoek verslag gedaan. Ook de constatering m.b.t. de contracten worden meegenomen in de uiteindelijke aanbevelingen.

1.3 Centrale vraag en deelvragen

De centrale vraag in dit onderzoek luidt: *Welke aanpassingen omtrent de oplevering, het vernieuwde opschortingsrecht en de komst van de informatieplicht dient LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V. door te voeren in het opleverproces en in de commerciële contracten om te voldoen aan de nieuwe Wet kwaliteitsborging voor het bouwen?*

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, dient het onderzoek eerst antwoord te geven op onderstaande deelvragen.

Deelvragen

⁴ Kamerstukken II 2016/2017, 34 453, 1.

- Wat is het juridisch kader, daaronder verstaan de aanverwante jurisprudentie, met betrekking tot de oplevering van een bouwwerk en de daarbij behorende aansprakelijkheid van de aannemer in de huidige situatie?
- Hoe documenteert LAUDY het opleverproces en hoe dekt zij zich juridisch in voor eventuele gebreken?
 - Hoe dienen deze documenten aangepast te worden, zodat ze voldoen aan de nieuwe wetgeving?
- Welke veranderingen zullen plaatsvinden met betrekking tot de oplevering van een bouwwerk en de daaraan verbonden aansprakelijkheid voor de aannemer bij de invoering van de Wkb?
 - Kan de opbouw van een gebouwdossier de aansprakelijkheid beperken?
- Welke opschortingsrechten heeft de opdrachtgever tot zijn beschikking in de huidige situatie?
 - In welke situatie is het geoorloofd om gebruik te maken van het opschortingsrecht?
- Hoe wordt in de huidige contracten vormgegeven aan het opschortingsrecht?
- Wat is de invloed van de wetswijziging op het opschortingsrecht?
- Wat is het juridisch kader van het toekomstige artikel in het BW over de informatieplicht van de aannemer?
 - Hoe verhoudt de informatieplicht zich tot de huidige garantie- en waarborgregeling van Stichting SWK?
 - Op welke manier kan LAUDY het beste vormgeven aan de informatieplicht in haar contracten?
 - Wat is de omvang van de te geven informatie om te voldoen aan de informatieplicht?
 - In welke fase van de contractvorming komt de informatieplicht aan bod?

1.4 Doelstelling

Op 29 mei 2017 wordt een adviesrapport opgeleverd aan LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V. waarin de privaatrechtelijke aspecten van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen zijn geanalyseerd en aanbevelingen worden gedaan over het implementeren van deze wet in hun werkprocessen en commerciële- en consumentcontracten.

1.5 Methoden

Wat is het juridisch kader, daaronder verstaan de aanverwante jurisprudentie, met betrekking tot de oplevering van een bouwwerk en de daarbij behorende aansprakelijkheid van de aannemer in de huidige situatie?

Voor de beantwoording deze deelvraag zal een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek worden gedaan. Hiervan wordt een inhoudsanalyse gemaakt worden, die uiteindelijk zal resulteren in een antwoord op de deelvraag.

Hoe documenteert LAUDY het opleverproces en hoe dekt zij zich juridisch in voor eventuele gebreken?

Om tot een antwoord te komen op deze deelvraag wordt een interview gehouden met een uitvoerder die werkzaam is bij LAUDY. Daarnaast wordt een inhoudsanalyse gedaan van de documenten die LAUDY gebruikt bij de oplevering. Het interview wordt vergeleken met de werkwijze voorgeschreven in de wet.

Welke veranderingen zullen plaatsvinden met betrekking tot de oplevering van een bouwwerk en de daaraan verbonden aansprakelijkheid voor de aannemer bij de invoering van de Wkb?

Om een antwoord te kunnen formuleren op deze deelvraag wordt een inhoudsanalyse gemaakt van bestaand materiaal.

Welke opschortingsrechten heeft de opdrachtgever tot zijn beschikking in de huidige situatie?

Ook voor beantwoording van deze vraag volgt een inhoudsanalyse. Hierbij wordt er voornamelijk gebruik gemaakt van de wet.

Hoe wordt in de huidige contracten vormgegeven aan het opschortingsrecht?

Om antwoord te geven op deze deelvraag wordt een documentatieonderzoek verricht. Hierbij is gebruik gemaakt van een overeenkomst die LAUDY gebruikt bij het bouwen van nieuwbouwwoningen. Hieruit kan geconcludeerd worden hoe LAUDY vorm geeft aan het opschortingsrecht in haar huidige contracten.

Wat is de invloed van de wetswijziging op het opschortingsrecht?

Voor beantwoording van deze vraag wordt er een inhoudsanalyse gemaakt waarbij onder andere de Memorie van Toelichting geanalyseerd wordt.

Wat is het juridisch kader van het toekomstige artikel in het BW over de informatieplicht van de aannemer?

Om een antwoord te kunnen geven op deze deelvraag wordt een inhoudsanalyse gemaakt. Daarnaast wordt ook bij beantwoording van deze vraag een documentatieonderzoek verricht. Hierbij wordt dezelfde overeenkomst geanalyseerd als bij het opschortingsrecht.

1.6 Verantwoording van bronnen

Het te verrichten onderzoek is een praktijkgericht juridisch onderzoek. Het is de bedoeling dat onderzoek wordt gedaan in de praktijk. Om de theoretische aspecten te onderzoeken, is de inhoudsanalyse een geschikt instrument. Met deze analyse worden rechtsbronnen en juridische literatuur geanalyseerd. Om invulling te geven aan het praktische gedeelte van het onderzoek, is gebruikt gemaakt van een interview en een documentatieonderzoek. Het interview is van belang, omdat de praktijk naast de regels van de wet dienen te worden gelegd om een conclusie te trekken. Omdat het onderwerp een wetsvoorstel betreft, is door middel van een documentatieonderzoek onderzocht hoe de organisatie op dit moment invulling geeft aan de bepalingen die gewijzigd zullen worden.

1.7 Leeswijzer

Alvorens de inhoudelijke hoofdstukken aan bod komen, wordt in hoofdstuk 2 kort uiteengezet wat de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen inhoudt en waar het op dit moment in het wetgevingsproces staat.

In hoofdstuk 3 staan de oplevering en aansprakelijkheid centraal. Voordat deze onderwerpen worden behandeld, wordt de aannemingsovereenkomst eerst toegelicht. Aan bod komt wat voor soort overeenkomst het is, met welke partijen een aannemingsovereenkomst wordt gesloten en of er voor LAUDY nog een ander soort overeenkomst om te bouwen voor opdrachtgevers is. Vervolgens wordt het huidige juridisch kader over de oplevering en aansprakelijkheid van de aannemer uitgebreid aangehaald. Het gaat met name over het opleveringsproces en de daaraan verbonden aansprakelijkheid. Daar LAUDY veel contracteert onder vigeur van de UAV, wordt ook hiervan het juridisch kader behandeld. Verder wordt nog een paragraaf gewijd aan het verborgen gebrek en de daarbij behorende verval- en verjaringstermijnen. Het sluitstuk van het hoofdstuk is een tussenconclusie van hetgeen wat geconstateerd is na het schrijven van het eerste inhoudelijke hoofdstuk.

Hoofdstuk 4 gaat net als hoofdstuk 3 over de oplevering en aansprakelijkheid. Echter, worden deze onderwerpen nu in het juridisch kader van de toekomstige regelgeving geplaatst. Hierbij wordt uitgebreid ingegaan op de wijziging van de aansprakelijkheid. Wat brengt deze wijziging met zich mee en wat verandert dit aan het opleveringsproces? Ten slotte wordt uitgebreid aandacht besteed aan het toekomstige gebouwdossier, dat de aannemer dient op te leveren wanneer het werk klaar is. In het

hoofdstuk komt ook aan bod wat de bedoeling is van het introduceren van dit gebouwdossier en wat de wetgever ermee beoogt te bereiken. Tevens wordt nog kort aandacht besteed aan de Overgangswet. Evenals het vorige hoofdstuk wordt ook dit hoofdstuk afgesloten met een tussenconclusie.

In hoofdstuk 5 komt het praktijkonderzoek aan bod. Om een goed inzicht te krijgen in de huidige regeling is een interview gehouden met een uitvoerder die werkzaam is bij LAUDY. De kern van het interview betreft de verschillen tussen de praktijk en de geschreven regels bij de oplevering van een bouwwerk. Verder worden de formulieren waarvan LAUDY gebruik maakt tijdens de oplevering besproken. Deze zijn ook opgenomen in de bijlagenbundel.

In hoofdstuk 6 komt het opschortingsrecht aan bod. De wijziging van het opschortingsrecht is een wijziging die gericht is op de consument. Dit onderwerp heeft in het huidige Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek een artikel, maar dit artikel zal gewijzigd worden. Aan de hand van het huidige artikel in Boek 7 zal eerst het huidige opschortingsrecht worden besproken en daarna het toekomstige opschortingsrecht worden besproken. Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijke gevolgen die de wijziging met zich meebrengt en de manieren van opschorten. Het hoofdstuk zal eindigt met een tussenconclusie.

Het laatste inhoudelijke hoofdstuk, hoofdstuk 7, geeft de privaatrechtelijke wijziging over de informatieplicht weer. Om het onderzoek compleet te maken, is ook deze wijziging onderzocht. Hierbij wordt aandacht besteed aan de gedachte achter de wijziging en de onduidelijkheden betreffende de wetswijziging. Waaraan dient de aannemer in de toekomst te voldoen en hoe geeft LAUDY op dit moment invulling aan de informatieplicht. Dit hoofdstuk eindigt met een tussenconclusie.

Nadat bovenstaande privaatrechtelijke wijzigingen zijn onderzocht, zal een uitgebreide conclusie getrokken worden met de daaraan verbonden aanbevelingen. Dit hoofdstuk dient ter beantwoording van de centrale vraag.

HOOFDSTUK 2: DE WET KWALITEITSBORGING VOOR HET BOUWEN

In dit hoofdstuk zal kort stilgestaan worden bij de voortgang van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen. Wat is het doel van de wet en op welke rechtsgebieden omvat het. Dit hoofdstuk heeft tot doel om de lezer duidelijkheid te verschaffen over kwaliteitsborging. In het verdere onderzoek gaat het alleen over de privaatrechtelijke wijzigingen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Middels dit wetsvoorstel wil de wetgever de kwaliteit in de bouw op een andere manier gaan waarborgen. In de toekomst is de opdrachtnemer zelf verantwoordelijk voor het controleren van de kwaliteit. Het wetsvoorstel komt voort uit een rapport van Commissie Dekker 'Privaat wat kan, publiek wat moet' en het onderzoek 'Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw'. Dit resulteerde in 2014 tot een wetsvoorstel dat vervolgens openbaar gesteld werd voor internetconsultatie. Hierbij kregen alle belanghebbende de mogelijkheid om hun visie op het voorstel te geven. De consultatie heeft geleid tot enkele aanpassingen van zowel het voorstel als de toelichting. Vervolgens werd in april 2016 het voorstel naar de Kamer gestuurd. De afbeelding hieronder geeft aan hoe de stemming is verlopen.

Het voorstel heeft een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke component. Het publiekrechtelijke gedeelte ziet vooral op de wijziging van de Woningwet. Dit deel wordt verder in het onderzoek buiten toepassing gelaten. De privaatrechtelijke component van de wetswijziging wordt uitgebreid besproken in dit onderzoek. Het betreffen de drie wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek. Het doel van de wet is het verbeteren van de bouw kwaliteit. De wetgever wil dit bewerkstelligen door de positie van de particuliere én de zakelijke opdrachtgever te verbeteren.

Inmiddels zijn we aanbeland in mei 2017 en is het wetsvoorstel aangenomen door de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel is inhoudelijk niet meer hetzelfde zoals het voorstel dat in 2016 naar de Kamer is gestuurd. Verschillende leden hebben amendementen ingediend. Deze amendementen hebben de toevoeging van het gebouwdossier en een aanscherping van de waarschuwingsplicht met zich meegebracht. Op 12 april 2017 is het wetsvoorstel aan de Eerste Kamer voorgelegd. In de tussentijd bestond de mogelijkheid dat het wetsvoorstel controversieel verklaard zou worden. Dit is uiteindelijk niet gebeurd. Dit zou inhouden dat de Kamer pas een beslissing neemt over het wetsvoorstel wanneer er een nieuwe regering gevormd zou zijn. De Eerste Kamer heeft besloten het wetsvoorstel toch te behandelen. Op 12 april is een voorlopig verslag gepubliceerd met daarin de vragen die Kamerleden hebben over het voorstel. Onlangs, op 16 mei, is hier een Memorie van Antwoord op gekomen.



Bron: <https://rowiq.nl/verslag-behandeling-wet-kwaliteitsborging/>

HOOFDSTUK 3: OPLEVERING EN AANSPRAKELIJKHEID HUIDIGE REGELING

Om inzicht te krijgen in de nieuwe wetgeving is het van belang eerst de huidige wetgeving in kaart te brengen. In dit hoofdstuk volgt een uiteenzetting van het huidige juridisch kader, de huidige verval- en verjaringstermijnen en de relevante jurisprudentie. Daarna komt het toekomstige juridische kader aan bod. Het hoofdstuk eindigt met een conclusie.

De aannemingsovereenkomst

De aannemingsovereenkomst is de wettelijke grondslag voor de traditionele verhouding tussen aannemer en opdrachtgever. Deze overeenkomst wordt gedefinieerd als een overeenkomst, waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.⁵ Titel 12, afdeling 2, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek die is geschreven voor consumenten. Afdeling 1 van deze titel bevat de basisbepalingen over de aannemingsovereenkomst. Voor een aannemingsovereenkomst tussen twee commerciële partijen, zijn de bepalingen van afdeling 2 van regelen recht. Dat betekent dat men in een overeenkomst tussen commerciële partijen van deze rechtsregels mag afwijken. Ongeacht het feit dat LAUDY voornamelijk bouwt voor commerciële opdrachtgevers is artikel 7:750 lid 1 BW altijd de basis. Hoe het contract verder aangevuld wordt, is aan de betrokken partijen. Vaak wordt op de aannemingsovereenkomst tussen commerciële partijen de UAV van toepassing verklaard. Daarnaast is het mogelijk dat op een aannemingsovereenkomst de UAV-GC van toepassing kan zijn. De UAV-GC zijn voorwaarden waar het ontwerp en het uitvoeringsgedeelte samenvallen. Binnen de bouw bestaan nog andere contractvormen, maar deze vallen buiten de omvang van dit onderzoek.

Daarnaast werkt LAUDY vaak met aanbestedingen. Dit houdt in dat zij zich moeten inschrijven om in aanmerking te komen om een werk te bouwen. Na een aanbestedingsprocedure beslist de opdrachtgever welke aannemer het werk gegund krijgt. Wanneer LAUDY meedingt om een opdracht binnen te halen op basis van een aanbesteding, bestaat weinig ruimte om te onderhandelen over de voorwaarden die van toepassing zijn op de overeenkomst. Veelal wordt gewerkt met bestekken op basis van de STABU-besteksystematiek. Hierin wordt standaard de UAV van toepassing verklaard. De STABU-besteksystematiek is een contractsjabloon die door partijen gebruikt kan worden bij het opstellen van een bestek.

In beginsel bestaat tussen contractspartijen contractsvrijheid. Dit houdt in dat zij zelf invulling mogen geven aan de overeenkomst en niet gebonden zijn aan wettelijke bepalingen. De contractsvrijheid wordt enkel begrensd door artikel 3:40 BW. Indien een bepaling uit de overeenkomst in strijd is met de openbare orde en/of goede zeden of in strijd met wettelijke bepalingen, die van dwingendrechtelijke aard zijn, is die bepaling uit de overeenkomst nietig. Aannemer en opdrachtgever zijn dus vrijwel geheel 'vrij' betreffende de contractsbepalingen. Voorwaarde hiervoor is dat de overeenkomst haalbaar dient te zijn. Wanneer in een groot bedrijf meerdere aannemingsovereenkomsten per dag gesloten worden waarbij grote bedragen gemoeid zijn, dan is het van belang dat een bedrijfsjurist binnen de organisatie zijn oordeel geeft over de overeenkomsten. In de praktijk komt het namelijk weleens voor dat een contractspartij de overeenkomst geheel naar zijn voordeel schrijft. Een niet oplettende wederpartij tekent de overeenkomst en zit vast aan een ongelimiteerde aansprakelijkheid of een ongemaximeerde boeteclausule. Wanneer de overeenkomst is getekend en de uitvoering is afgerond, kan het werk worden opgeleverd.

⁵ Artikel 7:750 lid 1 BW.

Juridisch kader in het Burgerlijk Wetboek

3.1 Oplevering

In artikel 7:750 lid 1 BW komt de hoofdverplichting van de aannemer naar voren, namelijk de oplevering. Oplevering dient volgens de regels van artikel 7:758 BW te worden uitgevoerd. Onder oplevering moet worden verstaan het overeenkomstig de inhoud en strekking van de overeenkomst ter beschikking stellen van het werk aan de opdrachtgever na voltooiing.⁶ Bij de oplevering dient de opdrachtgever te beoordelen of de overeengekomen prestatie is verricht.

Volgens lid 1 van artikel 7:758 BW dient de aannemer aan de opdrachtgever te melden als het werk klaar is om opgeleverd te worden. Wanneer de aannemer hier melding van heeft gedaan, dan dient de opdrachtgever het werk binnen redelijke termijn te keuren. Wat deze redelijke termijn is, hangt af van de omstandigheden van het geval, en hetgeen ter zake gebruikelijk is.⁷ De opdrachtgever heeft drie gronden om het werk te accepteren dan wel af te wijzen. Indien hij het werk afwijst, dan moet dit onder vermelding van de gebreken die aan licht zijn gekomen bij de keuring. Vindt de keuring van het werk niet binnen redelijke termijn plaats, dan geldt dit als acceptatie en is het werk conform artikel 7:758 lid 1 BW rechtsgeldig opgeleverd.⁸ Indien de opdrachtgever het werk accepteert en dus geen gebreken aan het licht zijn gekomen, dan geldt het als opgeleverd en zijn alle risico's en kosten voor rekening van de opdrachtgever.

Het is wettelijk niet verplicht om een proces-verbaal van oplevering, een opleveringslijst of een opleveringsrapport op te maken. In sommige gevallen kan daardoor onduidelijkheid bestaan of de oplevering heeft plaatsgevonden. Als dit het geval is, moet aan de hand van de Haviltexnorm beoordeeld worden of de oplevering heeft plaatsgevonden.⁹ Aan de hand van deze norm wordt gekeken naar de uitingen en gedragingen van de partijen. Op basis van deze gedragingen kan geconcludeerd worden of de opdrachtgever redelijkerwijs mocht verwachten dat het werk klaar was om opgeleverd te worden. Zo zal een gedraging van een opdrachtgever waaruit onder omstandigheden aanvaarding van het werk kan worden afgeleid, gezien worden als de feitelijke ingebruikneming van het werk.¹⁰ Om te voorkomen dat de rechter achteraf moet oordelen of een oplevering tot stand is gekomen, is het de betrokken partijen aan te raden om een gedetailleerde opleveringsregeling in de overeenkomst op te nemen, bijvoorbeeld de UAV. Krachtens lid 2 van artikel 7:758 BW is het werk na oplevering voor risico van de opdrachtgever.

Wanneer in de overeenkomst een opleverdatum is overeengekomen en deze niet gehaald wordt, is de aannemer in beginsel aansprakelijk voor de schade die deze vertraging met zich meebrengt. Dit houdt in dat voor elke dag die verstrijkt na de afgesproken datum van oplevering een boete (korting op de aanneemsom) gerekend kan worden. Vaak wordt deze boete vooraf overeengekomen in de overeenkomst. De boete heeft geen wettelijke grondslag in het Burgerlijk Wetboek. Wel bestaat de mogelijkheid voor de opdrachtgever om een beroep te doen op artikel 6:94 lid 2 BW waarin de mogelijkheid bestaat om naast een bedongen boete nog aanvullende schadevergoeding toe te wijzen. De voorwaarde voor deze toekenning is dat *"de billijkheid dit klaarblijkelijk eist"*. Een hoge maatstaf die het bijna onmogelijk maakt om het recht op aanvullende schadevergoeding aan te tonen. Wanneer een te late oplevering plaatsvindt bij een overeenkomst die gesloten is onder de vigeur van de UAV, is op grond van paragraaf 42 recht op een korting van €60,- per dag, tenzij anders afgesproken in de overeenkomst. In de regel wordt een andere boete afgesproken die vele male hoger is dan de voorgeschreven boete in de UAV. De boete, zoals genoemd in paragraaf 42 UAV, is geen schadevergoeding. In de praktijk spreekt men ook wel van een gefixeerde schadevergoeding. De boete

⁶ *Kamerstukken II 1992/93, 23 095, 3, p. 17.*

⁷ *Kamerstukken II 1992/93, 23 095, 3, p. 28.*

⁸ Hof Amsterdam 5 juli 2007, TBR 2008. P. 577.

⁹ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635.

¹⁰ Rb Rotterdam 7 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9530.

geldt enkel voor het te laat opleveren van een bouwwerk. Schadevergoeding kan worden gevraagd voor bijvoorbeeld misgelopen inkomsten door het te laat opleveren.

3.2 Aansprakelijkheid na oplevering volgens het BW

Volgens lid 3 van artikel 7:758 BW is het gevolg van de oplevering dat de aannemer ontslagen is van alle aansprakelijkheid na oplevering, behoudens voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Het Burgerlijk Wetboek voorziet niet in een definitie van het verborgen gebrek. In dit onderzoek wordt ervan uitgegaan dat een verborgen gebrek een tekortkoming is die tijdens de oplevering niet zichtbaar was. Een verborgen gebrek is dus een gebrek dat tijdens de oplevering niet zichtbaar was, en ook niet opgemerkt had hoeven worden. Voor gebreken die de opdrachtgever ten tijde van de oplevering niet had behoeven te constateren en die hij voor het eerst na de oplevering ontdekt geldt artikel 6:89 BW. De opdrachtgever dient conform artikel 6:89 BW binnen redelijke termijn te protesteren indien sprake is van een verborgen gebrek. De opdrachtgever dient aan de klachtplicht te voldoen op straffe van rechtsverlies. Wanneer de vraag ter discussie komt of de opdrachtgever op tijd heeft geklaagd, ligt de bewijslast aan de zijde van de opdrachtgever. Hij zal moeten aangeven wanneer en op welke wijze een klacht is ingediend, wat de inhoud van deze klacht is en hoe daarop door de aannemer is gereageerd. De klachtplicht van artikel 6:89 BW wordt in paragraaf 3.8 nader uitgewerkt.

Indien na de oplevering verborgen gebreken zijn geconstateerd, dient hij in beginsel het gebrek te herstellen. De opdrachtgever dient de aannemer een redelijke termijn te gunnen voor herstel. Artikel 7:759 BW regelt de positie van de opdrachtgever in geval het werk na oplevering gebreken vertoont waarvoor de aannemer aansprakelijk is. Indien de kosten van herstel niet in verhouding staan tot de gebreken, dan kan een vervangende schadevergoeding worden bedongen. Deze uitzondering wordt gevormd door het proportionaliteitsbeginsel. Indien het gebrek kan worden verholpen met een herstelmethode die goedkoper is dan de door de opdrachtgever gewenste wijze van herstel, dient de opdrachtgever met deze goedkopere methode akkoord te gaan. Indien de redelijke termijn zoals genoemd in lid 1 overschreden wordt, kan de opdrachtgever de gebreken voor eigen rekening laten herstellen en de kosten daarvan als schade op de aannemer verhalen. Indien de kosten van herstel niet in verhouding zouden staan tot het belang van het herstel, dient de opdrachtgever genoeg te nemen met eerdergenoemde schadevergoeding. Deze regeling berust op het proportionaliteitsbeginsel.¹¹ De keuze tussen nakoming en schadevergoeding is niet vrij, maar gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.¹² De laatste mogelijkheid die de opdrachtgever heeft, is de overeenkomst op grond van artikel 6:265/6:270 BW te ontbinden. De aannemer heeft immers niet aan de overeenkomst voldaan, hetgeen een tekortkoming in de nakoming op heeft geleverd.

Na de oplevering, waarbij acceptatie heeft plaatsgevonden, mag de aannemer het gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat de opdrachtgever de gebreken heeft aanvaard en afziet van de herstelmogelijkheid (onderzoeksplicht). De deskundigheid van de opdrachtgever is van belang bij de beantwoording van de vraag of een gebrek redelijkerwijs ontdekt had moeten worden.¹³ In de praktijk merkt een deskundige toezichthouder namelijk eerder een gebrek op, dan een leek dat doet. Bij een deskundige is het criterium 'redelijkerwijs had moeten ontdekken' dan ook meer omvattend. Indien een gebrek niet opgemerkt wordt, maar dit redelijkerwijs wel mogelijk was, dan geldt het bouwwerk als zijnde geaccepteerd en staat de opdrachtgever jegens de aannemer met lege handen. Ook het meenemen van een deskundige toezichthouder (directie) bij de oplevering kan doorslaggevend zijn voor het vaststellen van de aansprakelijkheid van de aannemer. Indien de opdrachtgever van mening is dat het een gebrek betreft waarvoor de aannemer aansprakelijk is, ligt de bewijslast aan zijn zijde.

¹¹ Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007/131.

¹² HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79. (*Multi Vastgoed/Nethou*)

¹³ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, 3, p. 28.

Juridisch kader in de UAV

De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken zijn de meeste gebruikte algemene voorwaarden bij aannemingsovereenkomsten in Nederland.¹⁴ Ze zijn geschreven voor de traditionele rechtsverhouding tussen aannemer en opdrachtgever. LAUDY sluit vaak overeenkomsten onder vigeur van de UAV. Aanbestedingen waarvan de bestekken zijn geschreven overeenkomstig met de STABU-besteksystematiek, gaan uit van de bepalingen in de UAV. Daarom is het van belang dat ook andere bepalingen worden besproken. Om de leesbaarheid van het onderzoek te bevorderen, zijn de UAV opgenomen als bijlage 1 in de bijlagenbundel.

Indien op een overeenkomst de UAV van toepassing zijn verklaard, dan dienen deze bepalingen in acht te worden genomen. Vaak wordt tussen contractspartijen in de overeenkomst een artikel overeengekomen waarin de rangorde tussen de regelingen wordt bepaald. In paragraaf 2 van de UAV is echter ook een regeling opgenomen met betrekking tot de rangorde van de verschillende onderdelen van het contract. Indien het een werk betreft dat wordt gebouwd door middel van een inschrijving (aanbesteding) krijgt de aannemer een bestek waarin de contractvoorwaarden zijn opgenomen. Het kan voorkomen dat er strijdigheid bestaat tussen het bestek en de UAV. Als dat het geval is, dan zijn de bepalingen van de UAV onderhevig aan de bepalingen in het bestek. Wanneer in het bestek uitdrukkelijk wordt afgeweken van de UAV, dan geniet het bestek voorrang.¹⁵ In het geval van strijdigheid tussen het bestek en de overeenkomst, prevaleert in beginsel de overeenkomst.

Daar veel bepalingen in het burgerlijk recht van regelend recht zijn, kunnen partijen hier in de overeenkomst van afwijken. Maar wanneer LAUDY een contract sluit met een consument, dan mag niet ten nadele van deze consument afgeweken worden van de bepalingen in Titel 12 van het Burgerlijk Wetboek. Indien partijen wensen dat de UAV van toepassing is op de overeenkomst, dienen zij deze van toepassing te verklaren overeenkomstig met de regels van artikel 6:231 BW. Vaak worden de voorwaarden van toepassing verklaard door een verwijzing in de offerte, de bevestigingsbrief of een contractverwijzing. Om achteraf problemen te voorkomen, heeft het de voorkeur de wederpartij de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden te laten ondertekenen. Uit de praktijk blijkt dat bij het sluiten van de aannemingsovereenkomst zelden een 'battle of forms' ontstaat. Een 'battle of forms' houdt in dat beide partijen hun eigen algemene voorwaarden van toepassing willen verklaren op de overeenkomst. Volgens de hoofdregel van artikel 6:225 lid 3 BW is dat indien aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, de eerste verwijzing bepalend is. Het eerste aanbod moet dus uitdrukkelijk van de hand worden gewezen, wil het tweede aanbod gelding hebben. Daar een aannemer bij een aanbesteding geen keuzemogelijkheid heeft over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, komt de 'battle of forms' nauwelijks voor. In het proces van het contracteren van onderaannemers, komt dit wel aan de orde.

3.3 Opneming, goedkeuring en oplevering overeenkomstig de UAV

Paragraaf 9 vormt het juridisch kader in de UAV wat betreft de oplevering en de daarbij behorende aansprakelijkheid. In de UAV wordt veelvuldig gesproken over de directie. De directie is een toezichtsorgaan, waarvan wordt verwacht dat zij veelvuldig op de bouwplaats aanwezig zijn en toezichthouden. Echter, het voeren van een directie is niet verplicht. In de praktijk is het de gewoonte dat de opdrachtgever het voeren van de directie uitbesteed. Van de directie wordt verwacht dat ze deskundig zijn. Wanneer de opdrachtgever de directievoering heeft uitbesteed, heeft de plaatsvervangende directie dezelfde bevoegdheden als de opdrachtgever.

In de UAV is een eigen opleveringsproces opgenomen. Paragrafen 9 en 10 geven regels voor deze oplevering. De UAV heeft de regels voor oplevering meer compleet beschreven dan het Burgerlijk

¹⁴ S.J.H.Rutten 2014, p. 67.

¹⁵ RvA 7 september 1979, BR 1980, p.42.

Wetboek. Daarnaast zijn in de UAV specifieke regels opgenomen voor het geval dat de opdrachtgever het werk niet laat keuren. Wanneer de UAV van toepassing is verklaard op de overeenkomst, is het noodzakelijk om nog een artikel te wijden aan de regels voor de oplevering.

Op grond van de UAV wordt het werk als opgeleverd beschouwd, indien het conform paragraaf 9 van de UAV is goedgekeurd, dan wel geacht wordt te zijn goedgekeurd. Indien de UAV van toepassing zijn verklaard, dan start het opleverproces met de opneming en goedkeuring zoals beschreven is paragraaf 9. Ook hier dient de aannemer de mededeling te doen dat het bouwwerk is voltooid. De directie kan genoegen nemen met een mondelinge mededeling, welke in het dagboek of weekrapport wordt aangetekend. De daadwerkelijke opneming geschiedt binnen acht dagen na de mededeling van de aannemer dat het bouwwerk voltooid is op grond van paragraaf 9 lid 2. De dag en het tijdstip van opneming moeten aan de aannemer tijdig en, zo mogelijk, ten minste drie dagen van tevoren schriftelijk worden medegedeeld. De aannemer is niet verplicht om bij deze opneming aanwezig te zijn. Volgens paragraaf 9 lid 3 dient binnen acht dagen na opneming van het werk schriftelijk te worden medegedeeld aan de aannemer of het werk is goedgekeurd. Mocht dit niet het geval zijn, dan dient de afwijzing van de goedkeuring met redenen omkleed te zijn. Indien wordt verzuimd om binnen acht dagen na opneming aan de aannemer te laten weten of het goed- dan wel afgekeurd is, dan wordt het werk geacht op de achtste dag na de opneming te zijn goedgekeurd. Kleine gebreken die herstelbaar zijn voor de laatste betalingstermijn zijn geen reden tot onthouding van goedkeuring. Als hetgeen niet genoteerd is als gebrek bij de eerste opneming, geldt het als geaccepteerd. Indien de opdrachtgever bij de heropneming een gebrek opmerkt dat bij de eerste opneming is geaccepteerd, dan staat hij met lege handen jegens de aannemer. De UAV kent overigens geen regeling ex artikel 7:759 lid 2 BW. Echter, bevat paragraaf 46 lid 1 UAV een soortgelijke bepaling. Deze bepaling is breed geformuleerd en geldt niet alleen voor de herstelverplichting bij een gebrek, maar ook voor andere verplichtingen. De opdrachtgever dient de aannemer alvorens hij een beroep doet op deze paragraaf schriftelijk in gebreke te stellen en een redelijke termijn te gunnen voor herstel. Daarnaast volgt uit de onderhoudsperiode van paragraaf 11 lid 2 UAV dat gedurende deze periode aannemer gebreken dient te herstellen.

Wanneer de opneming overeenkomstig de regels van paragraaf 9 is uitgevoerd en het werk is goedgekeurd, kan het opgeleverd worden. Krachtens paragraaf 10 lid 1 van de UAV is het werk rechtsgeldig opgeleverd indien het conform het bepaalde in paragraaf 9 is goedgekeurd. De dag waarop het werk is goedgekeurd, of geacht wordt te zijn goedgekeurd, geldt als de dag waarop het werk als opgeleverd wordt beschouwd. De UAV biedt zelfs de mogelijkheid aan de opdrachtgever om het werk in gebruik te nemen voordat het is voltooid.¹⁶ Deze ingebruikneming mag de voltooiing van het werk niet in gevaar brengen en dient eerst schriftelijk gemeld te worden bij de aannemer. Deze ingebruikneming geldt niet als oplevering. Wel gaat de eventuele onderhoudstermijn voor technische installatiewerken lopen bij ingebruikneming. Bij deelopleveringen moet het proces van opneming, goedkeuring en oplevering telkens herhaald worden.

3.4 Aansprakelijkheid na oplevering volgens de UAV

Paragraaf 12 van de UAV bevat een regeling voor de aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering. Uitgangspunt is, dat de aannemer niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan het werk de dag na rechtsgeldige oplevering conform paragraaf 10. Om van dit uitgangspunt af te wijken, dient aan de voorwaarden van paragraaf 10 lid 2 UAV te worden voldaan. Ten eerste dient het gebrek toe te rekenen te zijn aan de aannemer. Ten tweede dient het gebrek, ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opneming van het werk, door de directie redelijkerwijs niet onderkent kon worden. Ten slotte heeft de opdrachtgever de aannemer binnen redelijke termijn na ontdekking in kennis gesteld van het gebrek.¹⁷ Indien aan alle vereisten van dit lid is voldaan, dan is de aannemer ook na oplevering nog aansprakelijk voor het geconstateerde gebrek. Het artikel betreft cumulatieve voorwaarden, wat inhoudt dat aan alle voorwaarden dient te worden voldaan, alvorens aanspraak kan worden gemaakt op deze uitzondering. De opdrachtgever dient zijn aanspraken, op straffe van verval

¹⁶ §10 lid 3 UAV 2012.

¹⁷ §12 lid 2 UAV 2012.

van recht, binnen vijf respectievelijk tien jaar na de dag van oplevering geldend te maken.¹⁸ Is er een onderhoudstermijn voorgeschreven, dan begint de termijn te lopen na het verstrijken van de onderhoudstermijn

De regeling in de UAV wijkt voor de opdrachtgever in sommige opzichten ongunstig af van de wettelijke regeling. Dit geldt met name voor de voorwaarden van paragraaf 12 lid 2 onder b UAV. Indien het gebrek bij nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemings van het werk door de directie redelijkerwijs onderkend had kunnen worden, dan vervalt de aansprakelijkheid van de aannemer. Dit houdt dus een verruiming van de aansprakelijkheid in voor de opdrachtgever. Deze verruiming wordt bevestigd in de uitspraak 'Geknapte ankerstangen', voor een verdere toelichting zie paragraaf 3.7. De hiervoor onderzoeks- en klachtplicht strekt zich uit over de gehele uitvoeringsperiode.¹⁹ In het BW is het rechtsverlies slechts beperkt tot de gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van de oplevering redelijkerwijze had moeten ontdekken. Voor de opdrachtgever is dit een behoorlijke verruiming van de aansprakelijkheid. Veder verschilt de regeling in de UAV nog ten opzichte van het BW met betrekking tot de geldende termijnen. De materie met betrekking tot de termijnen komt in paragraaf 3.9 nog verder aan bod.

De UAV verbindt het verlies van aansprakelijkheid voor verborgen gebreken aan de periode van uitvoering dan wel opnemings. Het betreft gebreken die gedurende de gehele uitvoeringsperiode onderkend hadden kunnen worden. De wettelijke regeling verbindt het verlies van aansprakelijkheid aan het moment van oplevering. Wanneer men contracteert onder de UAV, dan houdt dit dus in dat de directie over een langere termijn toezicht dient te houden.

Herstel van het gebrek vindt in beginsel door de aannemer zelf plaats. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad staat de wijze waarop herstel wordt verricht ter beoordeling aan de aannemer.²⁰ Voorwaarde hiervoor is dat het herstel voldoet aan de vereisten van deugdelijk werk. Indien het niet voldoet aan deze vereisten, hoeft de opdrachtgever niet akkoord te gaan.²¹

Partijen kunnen kiezen om een onderhoudstermijn overeenkomstig paragraaf 11 van de UAV overeen te komen. De regeling geldt alleen als in het bestek een onderhoudsperiode is voorgeschreven. Bij bouwen op aanbesteding is het voorschrijven van een onderhoudstermijn de gewoonte. De termijn begint de dag na oplevering te lopen, mits deze oplevering overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 10 is. De aannemer dient gebreken die aan het licht komen in de onderhoudsperiode, en niet zichtbaar zijn ten tijde van de oplevering, te herstellen.²² De gedachtegang achter deze onderhoudsperiode is dat de opdrachtgever enige tijd nodig heeft om eventuele gebreken te kunnen ontdekken. In de UAV wordt een onderscheid gemaakt tussen de onderhoudstermijn voor technische installatiewerken en de onderhoudstermijn voor andere gebreken. De hoofdregel van de onderhoudstermijn is kosteloos herstel door de aannemer. Echter, hier zijn een aantal uitzonderingen op. Indien de gebreken het gevolg zijn van een voorgeschreven instructie of werkwijze van de opdrachtgever, of door hem gegeven orders en aanwijzingen, óf wanneer de gebreken het gevolg zijn van bouwstoffen of hulpmiddelen die ter beschikking zijn gesteld door de opdrachtgever, dan geldt de regel van kosteloos herstel niet.^{23 24} Ook indien de gebreken het gevolg zijn van onjuist of onzorgvuldig gebruik of gekwalificeerd kunnen worden als slijtage als gevolg van feitelijk gebruik, is er geen sprake van kosteloos herstel.²⁵ Na het verstrijken van de onderhoudstermijn wordt het werk nogmaals opgenomen om te controleren dat de aannemer aan

¹⁸ §12 lid 4 UAV 2012.

¹⁹ Asser/Van den Berg 7-VI 2013/114.

²⁰ RvA 9 mei 2005, 16 141, BR 2006, 274.

²¹ RvA 30 januari 2003, 24355.

²² RvA 4 juli 1997, nr. 18297.

²³ §5 lid 2 UAV 2012.

²⁴ M.A.B. Chao-Duvis 2012, pag. 86.

²⁵ §11 lid 2 UAV 2012.

zijn verplichtingen heeft voldaan.²⁶ Echter, is het partijen niet verplicht een onderhoudstermijn overeen te komen.

Zoals blijkt bevat de UAV op de onderdelen oplevering en aansprakelijkheid een gedetailleerdere regeling dan het Burgerlijk Wetboek. Om het verhaal over de oplevering en aansprakelijkheid van de aannemer af te sluiten, wordt nog kort stilgestaan bij de garantieregeling zoals is vastgelegd in paragraaf 22 van de UAV. Zoals meermaals is gebleken, schrijft de UAV dikwijls een regeling voor indien in het bestek niets is opgenomen over een garantietermijn. Voor de garantie geldt dit ook. Tenzij dit uitdrukkelijk blijkt uit het bestek, wordt geen garantie verstrekt. De garantie gaat in op het moment van gereedkomen of levering van het gegarandeerde onderdeel en geldt gedurende de periode die in het bestek is opgenomen.²⁷ Tijdens de garantieperiode dient de aannemer op eerste aanzegging van de opdrachtgever optredende gebreken voor zijn rekening herstellen.²⁸ De opdrachtgever dient aannemelijk te maken dat de gebreken kunnen worden toegeschreven aan een omstandigheid die aan de aannemer kan worden toegerekend. Indien de aannemer aannemelijk kan maken dat het gebrek het gevolg is van onvoldoende onderhoud of verkeerd gebruik, dan is de opdrachtgever verantwoordelijk voor de kosten van herstel. De opdrachtgever heeft dus een bewijslast ten opzichte van de aannemer. Deze garantiebepaling loopt samen met de verborgen gebreken regeling van paragraaf 12.²⁹ Ook geldt de klachtplicht van artikel 6:89 BW in geval van een garantieaanspraak. Om discussies rond dit punt te voorkomen, is het belangrijk dat in de overeenkomst een uitgebreide garantiebepaling wordt opgenomen. Een specifiek omschreven garantiebepaling kan voor de aannemer gunstig uitpakken, omdat een vordering op een andere rechtsgrond, bijvoorbeeld verborgen gebreken, dan niet meer mogelijk is.

3.6 Tussenconclusie

In voorgaande paragrafen is het huidige proces van oplevering- en de aansprakelijkheidsregeling weer gegeven. Zoals hierboven gesteld is de oplevering de laatste stap in het bouwproces. De regeling in het Burgerlijk Wetboek is kort en bondig. De aannemer levert op, de opdrachtgever dient het werk binnen redelijke termijn te keuren en het besluit te nemen om het werk al dan niet te aanvaarden. Indien de opdrachtgever verzuimt het werk te keuren, dan wordt het stilzwijgend aanvaard. Uit de wet blijkt niet dat het verplicht is om een document op te maken waaruit blijkt dat de oplevering heeft plaatsgevonden. Mocht onduidelijk bestaan of de oplevering al dan niet heeft plaatsgevonden, dan moet aan de hand van de uitingen en gedragingen van de partijen beoordeeld worden of het werk is opgeleverd. Wanneer de opleverdatum vooraf is vastgesteld en deze niet wordt gehaald door de aannemer, dan is deze verantwoordelijk voor de schade die de vertraging met zich meebrengt.

Na aanvaarding wordt het werk als opgeleverd beschouwd. Volgens lid 2 is het werk na oplevering voor risico van de opdrachtgever en is de aannemer ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken (lid 3). Welke gebreken redelijkerwijs ontdekt hadden moeten worden, hangt af van de deskundigheid van de opdrachtgever of van de door hem ingeschakelde deskundige(n). Na ontdekking van het verborgen gebrek dient de opdrachtgever op straffe van rechtsverlies binnen redelijke termijn te klagen bij de aannemer. De bewijslast voor het tijdig klagen ligt aan de zijde van de opdrachtgever.

Indien na oplevering gebreken worden geconstateerd, dient de aannemer dit gebrek te herstellen. Hiervoor moet de aannemer een redelijke termijn gegund worden. Wanneer de aannemer de gebreken niet binnen redelijke termijn herstelt, kan de aannemer de kosten van herstel door een derde doorberekenen aan de aannemer. Na de oplevering waarbij acceptatie heeft plaatsgevonden, mag de aannemer het gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat de opdrachtgever afziet van de herstelmogelijkheid.

²⁶ RvA 14 november 1989, BR 1990, p. 710.

²⁷ §22 lid 1 UAV 2012.

²⁸ §22 lid 2 UAV 2012.

²⁹ RvA 20 juni 2003, BR 2003, 981.

Als partijen de UAV, volgens de regels van artikel 6:231 BW, op de overeenkomst van toepassing hebben verklaard, dienen zij deze bepalingen in acht te nemen. De UAV schrijft een uitgebreide opnemings- en opleverprocedure voor. Het werk wordt als opgeleverd beschouwd, indien het conform paragraaf 9 van de UAV is goedgekeurd. Al hetgeen niet genoteerd is als gebrek bij de opneming, geldt als geaccepteerd. De UAV kent geen herstelregeling zoals artikel 7:759 lid 2 BW, maar kent feitelijk eenzelfde verplichting onder het mom van de onderhoudsperiode. Het werk is rechtsgeldig opgeleverd indien het conform paragraaf 9 is goedgekeurd. De opdrachtgever kan het werk eventueel in gebruik nemen voordat het voltooid is. Deze ingebruikneming mag de voltooiing van het werk niet in gevaar brengen. De onderhoudstermijn voor technische installaties gaat echter wel lopen bij ingebruikneming.

Op grond van lid 1 van paragraaf 12 van de UAV is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk de dag na rechtsgeldige oplevering. Tenzij het een gebrek betreft dat is toe te rekenen aan de aannemer, en het gebrek ondanks nauwlettend toezicht niet onderkend had kunnen worden. De opdrachtgever dient het gebrek vervolgens binnen redelijke termijn kenbaar te maken. Indien aan de bovenstaande voorwaarden is voldaan, kan de aannemer aansprakelijk worden gesteld voor het gebrek.

De aannemer is gehouden gebreken die aan de dag komen gedurende de onderhoudsperiode te herstellen. Indien de opdrachtgever enige inspraak had in het tot stand komen van de constructie, geven van orders of het ter beschikking stellen van bouwstoffen, vallen de gebreken niet onder het kosteloze herstel. Naast de onderhoudsperiode kan aanvullend nog een garantietermijn worden overeengekomen. Gedurende deze termijn dient de aannemer op aanzegging van de opdrachtgever optredende gebreken voor zijn rekening te herstellen.

Gebreken en termijnen

3.7 Het verborgen gebrek

In de vorige paragraaf is het verborgen gebrek al een aantal keren genoemd. Echter, is het begrip nog onvoldoende gedefinieerd. In deze paragraaf zal uitgebreid aandacht worden besteed aan het verborgen gebrek en de daarbij horende verjarings- en vervaltermijnen. Daarnaast wordt het onderscheid tussen het verborgen gebrek in het Burgerlijk Wetboek en in de UAV toegelicht.

De aansprakelijkheid van de aannemer blijft, ook na oplevering, bestaan voor de verborgen gebreken. Een verborgen gebrek is een tekortkoming aan het werk, maar niet elke tekortkoming aan het werk is een verborgen gebrek.³⁰ Het gebrek dient ten tijde van de oplevering al aanwezig te zijn en het gebrek moet ondanks nauwkeurig toezicht niet zijn ontdekt. Dit is de definitie zoals valt af te leiden uit het Burgerlijk Wetboek. Deze definitie verschilt ten opzichte van de definitie van het verborgen gebrek zoals omschreven in de UAV. In de UAV gaat het namelijk om gebreken die gedurende de gehele uitvoeringsperiode onderkend hadden kunnen worden. Dit geldt met name voor het onder b geregelde vereiste van paragraaf 12 van de UAV. Dit vereiste leidt tot een verval van de aansprakelijkheid van de aannemer, indien het gebrek bij nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering, dan wel bij de opnemings van het werk door de directie redelijkerwijs onderkend had kunnen worden. Aldus voorziet de UAV in een door een volledig verlies van de aanspraken van de opdrachtgever gesanctioneerde onderzoeks- en klachtplicht van de opdrachtgever die zich over de gehele uitvoeringsperiode uitstrekt.³¹ Dat gaat dus vele malen verder dan het rechtsverlies verbonden aan de oplevering zoals in het Burgerlijk Wetboek.

In de praktijk is het verborgen gebrek vaak onderwerp van discussie. Of een gebrek als verborgen gebrek gekwalificeerd kan worden, is afhankelijk van de deskundigheid en mate van toezicht van de opdrachtgever, zoals eerder aan bod gekomen bij het juridisch kader van de UAV. Het is immers zo dat een deskundige (lees: bouwtechnicus) geacht wordt meer te zien tijdens de oplevering dan een ondeskundig persoon.

In 2005 heeft de Raad van Arbitrage door middel van een uitspraak invulling gegeven aan het verband tussen de deskundigheid van de opdrachtgever en het aansprakelijk zijn voor een gebrek.³² In deze casus had de aannemer een stalen damwand ontworpen en vervolgens aangebracht in een door hem gegraven bouwkuip. Na oplevering van de bouwkuip zijn negentien ankerstangen van de damwand geknapt. De herstelkosten bedroegen ruim €100.000. Volgens de opdrachtgever is de aannemer aansprakelijk, omdat deze bij de bevestiging van de ankerstangen een andere constructie heeft gebruikt dan voorgeschreven. Echter, oordeelt de arbiter dat het aanbrengen van de ankers en van de vlakke platen de directie niet kan zijn ontgaan. In casu is er dus geen sprake van een verborgen gebrek, want als de aannemer het werk verkeerd heeft uitgevoerd, dan had de directie dat immers via nauwlettend toezicht kunnen opmerken. Heeft de directie geen nauwlettend toezicht uitgeoefend, dan is dit het probleem van de opdrachtgever en leidt dat niet tot aansprakelijkheid van de aannemer. Uit dit arrest blijkt hoe belangrijk het is dat tijdens de bouw toezicht wordt gehouden door een deskundige directie.

Om een dergelijke situatie te voorkomen zou de opdrachtgever aan te raden zijn om in de overeenkomst een clause op te nemen met de strekking dat het toezicht van de directie in geen geval tot vermindering van de verantwoordelijkheid van de aannemer strekt. De aannemer ziet deze bepaling het liever niet terug in het contract.

³⁰ RvA 19 maart 2012, No. 31.6541.

³¹ Bouwrecht in kort bestek, p. 333.

³² RvA 17 augustus 2005, No. 25.054/25.995 (*Geknapte Ankerstangen*).

3.8 Klachtplicht

Het verborgen gebrek moet na constatering binnen bekwame tijd kenbaar worden gemaakt bij de aannemer. Dit wordt ook wel de klachtplicht van de opdrachtgever genoemd en staat gecodificeerd in artikel 6:89 BW. Wat binnen bekwame tijd precies inhoudt, wordt beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang de aard en de waarneembaarheid van het gebrek, de wijze waarop dit gebrek aan het licht komt, en de deskundigheid van de klager zijn.³³ De strekking van deze klachtplicht is om aan de aannemer de gelegenheid geven om maatregelen te treffen om de tekortkoming ongedaan te maken. Artikel 6:89 BW vormt regelend recht waarvan contractspartijen kunnen afwijken. In paragraaf 12 lid 2 sub c UAV wordt over een soortgelijke termijn geschreven. Echter, spreekt men in de UAV over een redelijke termijn. Volgens de Raad van Arbitrage voor de Bouw wordt de redelijke termijn pas overschreden indien door tijdsverloop de belangen van de aannemer worden geschaad, respectievelijk zodanig lang wordt stilgezeten dat daaruit kan worden afgeleid dat de opdrachtgever welbewust heeft afgezien van een aansprakelijkstelling.³⁴ De overheidsrechter oordeelt regelmatig dat een termijn van drie maanden al een overschrijding is van de redelijke termijn. Hoe de opdrachtgever invulling geeft aan de klachtplicht is vormvrij volgens artikel 3:37 lid 1 BW. In de mededeling dient in elk geval de aard en omvang van het gebrek besloten te liggen, alsmede dat de prestatie ondeugdelijk is geweest.³⁵ Aangezien de opdrachtgever dient te bewijzen dat hij tijdig heeft geklaagd, is het verstandig om de klacht schriftelijk in te dienen bij de aannemer.³⁶ Het staat partijen evenwel vrij om de vormvrijheid contractueel te beperken.

Indien het gebrek overeenkomstig bovenstaande regels en binnen bekwame tijd dan wel redelijke termijn kenbaar is gemaakt bij de aannemer, gaat een nieuwe termijn lopen, namelijk de hersteltermijn van de aannemer. In paragraaf 3.2 is deze hersteltermijn uitgebreid aan bod gekomen.

Naast de termijn van vijf en tien jaar die de UAV voorschrijft, dienen nog twee andere termijnen in acht te worden genomen. Namelijk de melding van het gebrek en de verjaringstermijn die gaat lopen ter zake van de rechtsvordering uit hoofde van het verborgen gebrek. De verjaringstermijn van 7:761 doorkruist de verjaringstermijn van vijf of tien jaar van paragraaf 12 lid 4 van de UAV. De termijnen komen in de volgende paragraaf aan bod.

3.9 Verjarings- en vervaltermijnen

In het bouwrecht wordt veelvuldig gebruik gemaakt van termijnen. Hierbij is van belang op welk moment de verjaringstermijn verstrijkt en het recht vervalt. Krachtens artikel 7:761 BW verjaart elke rechtsvordering wegens een (verborgen) gebrek in het opgeleverde werk door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever heeft voldaan aan zijn klachtplicht. Vanaf de ontvangst van het protest door de aannemer (artikel 3:37 lid 3 BW) begint de verjaringstermijn te lopen. Indien verjaring van de termijn dreigt, is het mogelijk om de termijn te stuiten overeenkomstig de artikelen 3:316-3:318 BW. Stuiting kan door het uitbrengen van een ingebrekestelling. Dit houdt in dat de verjaringstermijn opnieuw gaat lopen en de rechtsvordering nog twee jaar in stand blijft. Indien de verjaringstermijn niet is gestuit en de aannemer doet hier een beroep op, dan verliest de opdrachtgever zijn aanspraken.

Wanneer de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld om het gebrek te herstellen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of indien de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.³⁷ Wanneer de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek te herstellen, geldt in lid 3 van artikel 7:761 BW een verlenging van de verjaringstermijn. Deze kan ingesteld worden wanneer de rechtsvordering dreigt te verjaren in het tijdsbestek tussen de kennisgeving van het herstel en het daadwerkelijke herstel. De verlenging is overeenkomstig artikel 3:320 BW.

³³ HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600. (*Van de Steeg/Rabobank*).

³⁴ www.wieringa-advocaten.nl (zoek op: *redelijke termijn van klagen verborgen gebrek*).

³⁵ HR 11 juni 2010, NJ 2010/331.

³⁶ HR 23 november 2007, LJN BB3733, NJ 2008, 552 (*Ploum/Smeets*).

³⁷ Artikel 7:761 lid 1 BW.

Na verloop van twintig jaar voor gebreken aan gebouwen en respectievelijk tien jaar voor andere werken, verjaren alle rechtsvorderingen wegens een gebrek in het opgeleverde werk. Dit betekent dat indien zich binnen twintig jaar na oplevering een gebrek in het opgeleverde werk openbaart, de aannemer hiervoor in beginsel nog aansprakelijk is.³⁸ In de UAV gaat men uit van vervaltermijnen, terwijl het BW uitgaat van verjaringstermijnen. Vervaltermijnen zijn voor de opdrachtgever onaantrekkelijk, omdat deze niet voor stuiting in aanmerking komen. Het kan voorkomen dat een opdrachtgever wel tijdig klaagt over het gebrek, maar zijn aanspraken verliest omdat hij niet tijdig een rechtsvordering instelt. Daarnaast bestaat ook een verschil in de duur van de termijnen ten opzichte van het BW. De UAV gaat uit van een kortere vervaltermijn, namelijk vijf respectievelijk tien jaar. De vervaltermijnen kunnen worden doorkruist door de verjaringstermijn van artikel 7:761 BW.³⁹

Vanzelfsprekend kunnen ook deze wettelijke termijnen contractueel worden ingekort. In het geval de aannemer bekend is met het bestaan van verborgen gebreken en hij deze verzwijgt, dan kan de aannemer de aansprakelijkheid niet uitsluiten, beperken of aan een korte verjaringstermijn onderwerpen volgens artikel 7:762 BW. De termijn van artikel 6:89 BW is een vervaltermijn en kan niet gestuit worden. Indien deze termijn overschreven wordt, verliest de schuldeiser alle rechten en bevoegdheden.

3.10 Tussenconclusie

Uit bovenstaande blijkt dat contracteren onder de UAV gepaard kan gaan met het aanstellen van de directie. Indien een directie wordt aangesteld, kan dit voor verruiming van de aansprakelijkheid zorgen aan de zijde van de opdrachtgever. Deze verruiming wordt bevestigd in de uitspraak 'Geknapte ankerstangen', zoals beschreven in paragraaf 3.7. De hiervoor benoemde onderzoeks- en klachtplicht strekt zich uit over de gehele uitvoeringsperiode.⁴⁰ In het BW is het rechtsverlies slechts beperkt tot de gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van de oplevering redelijkerwijze had moeten ontdekken. Voor de opdrachtgever is dit een behoorlijke verruiming van de aansprakelijkheid. Verder verschilt de regeling in de UAV nog ten opzichte van het BW met betrekking tot de geldende termijnen. Kortgezegd komt het erop neer dat in het Burgerlijk Wetboek verjaringstermijnen gelden, terwijl de UAV kiest voor vervaltermijnen. Daarnaast blijven de wettelijke verjaringstermijnen ook van kracht wanneer men contracteert met toepassing van de UAV. Voor de opdrachtgever kan dit nadelig uitpakken, omdat vervaltermijnen in beginsel niet in aanmerking komen voor stuiting. Het kan voorkomen dat een opdrachtgever dus wel tijdig melding maakt van een gebrek, maar zijn rechtsvordering vervalt omdat hij deze niet tijdig heeft ingesteld. De materie met betrekking tot de termijnen komt in paragraaf 3.9 nog verder aan bod.

³⁸ S.J.H. Rutten 2014, p. 159.

³⁹ Asser/Van den Berg 7-VI 2013/132b.

⁴⁰ Asser/Van den Berg 7-VI 2013/114.

HOOFDSTUK 4: TOEKOMSTIG JURIDISCH KADER

In dit hoofdstuk wordt het toekomstige juridisch kader van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen uitgewerkt. Eerst wordt ingegaan op de oplevering en aansprakelijkheid die de wijziging met zich meebrengt. Daarna komen de mogelijkheden tot afwijking en de bewijslast nog aan bod. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

Oplevering en aansprakelijkheid

De meest ingrijpende wijziging van het privaatrechtelijke deel van het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het bouwen betreft de wijziging van de aansprakelijkheid voor gebreken na oplevering. Het is de bedoeling dat door de wijzigingen van artikel 7:758 BW de aannemer eenvoudiger of eerder aansprakelijk is voor verborgen gebreken dan onder het huidige systeem het geval is. Met deze wijziging beoogt de wetgever de zelfregulering te bevorderen. Dit houdt in dat aannemers meer zelf moeten gaan doen om de beloofde kwaliteit te realiseren. Het huidige artikel 7:758 BW wordt uitgebreid met een vierde lid, zoals hieronder opgenomen.

Artikel 7:758 lid 4 BW⁴¹

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.

Uit het artikel kan worden opgemaakt dat het nieuwe lid alleen geldt voor de aanneming van bouwwerken, omdat dit uitdrukkelijk in het artikellid staat vermeld. Op andere werken heeft de verruiming van de aansprakelijkheid dus geen invloed. Daarnaast is de aannemer alleen aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen.

De regeling is alleen voor consumenten van dwingend recht, voor commerciële partijen kan ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken. Dit moet uitdrukkelijk in de overeenkomst worden opgenomen.

⁴² Wanneer de UAV van toepassing is op de overeenkomst, is lid 4 van artikel 7:758 BW strijdig met paragraaf 12 van de UAV. Indien er bij aanvullende overeenkomst uitdrukkelijk bepaald wordt dat met het van toepassing verklaren van de UAV (en dus paragraaf 12) afgeweken wordt van het nieuwe lid 4, dan zou dit ook als voldoende kunnen worden beschouwd.⁴³ De enige juiste uitdrukkelijke afwijking in de overeenkomst is:

“Artikel 7:758 lid 4 BW is niet van toepassing op deze overeenkomst”

Het vierde lid is dus alleen van dwingend recht voor zover ‘de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in uitoefening van een beroep of bedrijf’. Vaak wordt in de bouw gebruik gemaakt van standaardovereenkomsten onder de vigeur van de UAV. Indien deze worden aangeboden door de aannemer, dan zal deze naar alle waarschijnlijkheid een afwijking van lid 4 bevatten. In dit geval is de

⁴¹ Artikel III onder C van het voorstel.

⁴² *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, 3, p. 36: ‘Daarom wordt voorgesteld dat ten aanzien van de zakelijke opdrachtgevers alleen in onderling overleg van de wettelijke aansprakelijkheidsverdeling kan worden afgeweken en dat dit vervolgens uitdrukkelijk in de aanneemovereenkomst wordt overeengekomen. Dat heeft tot gevolg dat partijen niet langer kunnen volstaan met een verwijzing naar de algemene voorwaarden wat betreft een van de wettelijke aansprakelijkheidsverdeling afwijkende voorwaarde.’

⁴³ *TBR* 2016 2016/7, p. 598.

zwaarwegende aansprakelijkheid dus niet van toepassing. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat gekozen is om de kleine zakelijke opdrachtgever dezelfde rechtsbescherming te bieden als de particuliere opdrachtgever. Daar het aannemelijk is dat deze eveneens een kennis- en ervaringsachterstand heeft ten opzichte van de aannemer.⁴⁴ Wat als een kleine onderneming moet worden beschouwd, wordt door de wetgever in de Memorie van Toelichting niet nader uitgewerkt. Wellicht wordt dit criteria in de verdere behandeling van het voorstel nog uitgewerkt. Tevens wordt in de Memorie van Toelichting uitgegaan van de situatie waarin commerciële partijen voldoende in staat zijn om bij het sluiten van de overeenkomst te onderhandelen over de aansprakelijkheidsverdeling voor gebreken na oplevering.⁴⁵ Voor de aannemer is een contact waar onderhandelingen mogelijk zijn over de voorwaarden ideaal. Maar in de praktijk is dit niet altijd het geval. Vooral wanneer de bouwopdracht wordt aanbesteed, worden eenzijdige contractvoorwaarden geformuleerd. De opdrachtgever zal immers niet ten nadele van zichzelf afwijken van lid 4. De Gids Proportionaliteit adviseert de aanbestedende dienst wel om inschrijvers altijd de mogelijkheid te bieden tijdens de aanbestedingsprocedure suggesties te doen voor de te hanteren contractvoorwaarden.⁴⁶ Dit is een advies waaraan een aanbestedende partij dus niet gebonden is. De onderhandelingspositie van de aannemer is in een dergelijke situatie uitermate zwak. Dit komt doordat de aannemer een afweging moet maken tussen enerzijds de risico's en anderzijds de inkomsten die het bouwen van een werk met zich mee brengen. Indien een aannemer zich inschrijft voor een aanbesteding, dan is het vaak een uitdagend werk dat het portfolio van de aannemer naar een hoger niveau tilt. Daarom is de aannemer ook bereid om meer risico te nemen. Indien uit het bestek blijkt dat de aansprakelijkheid ongelimiteerd of onredelijk is, wordt bij de eerste inlichtingenronde gevraagd of de opdrachtgever bereid is om dit aan te passen. Uit de praktijk blijkt dat het verschilt per opdrachtgever of deze meegaat in het verzoek om de risico's anders te verdelen.

Indien artikel 7:758 lid 4 BW van toepassing is op de overeenkomst, maar men wijkt hier toch vanaf, dan kan dat nietigheid of vernietigbaarheid van dat onderdeel van de overeenkomst opleveren.⁴⁷ Volgens het wetboek levert strijd met een dwingende wetsbepaling vernietigbaarheid van de rechtshandeling op wanneer het uitsluiten strekt ter bescherming van een partij bij een meerzijdige rechtshandeling.⁴⁸ De verplichting om af te wijken bij overeenkomst strekt ter bescherming van de opdrachtgever en levert dus vernietigbaarheid op.

Door invoering van het nieuwe artikellid wordt dus van de huidige aansprakelijkheidsregeling afgeweken. Een belangrijk verschil met de huidige situatie is dat de aannemer niet langer kan volstaan met het verweer dat de opdrachtgever het gebrek had moeten onderkennen bij de oplevering van het bouwwerk. Daarnaast zal de mate van directievoering minder doorslaggevend zijn. In de Memorie van Toelichting wordt een verborgen gebrek gedefinieerd als een gebrek dat niet bij oplevering van het opgeleverde bouwwerk is ontdekt.⁴⁹ Dit wijkt in de kern dus niet af van de huidige definitie, maar door de nieuwe formulering verandert het uitgangspunt wel richting de aansprakelijkheid. Het is aan de aannemer om te bewijzen dat het gaat om een gebrek dat niet aan hem is toe te rekenen. De aannemer zou bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid kunnen ontkomen indien hij kan bewijzen dat het gebrek is terug te voeren op een fout in het ontwerp van de opdrachtgever, of een fout van een door de opdrachtgever voorgeschreven onderaannemer. Wanneer de opdrachtgever geen invloed heeft op het eindresultaat, is deze omkering van de bewijslast goed denkbaar. Maar in veel gevallen heeft de opdrachtgever juist wel invloed op het eindresultaat en is het niet evenredig om de volledige aansprakelijkheid bij de aannemer te leggen. Door een gedegen administratie van de werkzaamheden kan de aannemer voldoende bewijs opbouwen om aan te tonen dat het gebrek niet aan hem is toe te rekenen. In het huidige lid 3 van artikel

⁴⁴ *Kamerstukken II 2015/16, 34 453, 3, p. 35-36.*

⁴⁵ *Kamerstukken II 2015/16, 34 453, 3, p. 36.*

⁴⁶ Gids Proportionaliteit voorschrift 3.9 B.

⁴⁷ *TBR 2016 2016/7, p. 598.*

⁴⁸ Artikel 3:40 lid 2 BW: Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en anders voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34 453, 3, p. 35.*

7:758 BW is de deskundigheid van de opdrachtgever doorslaggevend, omdat de aansprakelijkheid bepaald wordt aan de hand van de vraag of het gebrek redelijkerwijs ontdekt kon worden. Of iets een verborgen gebrek is, is dus afhankelijk van de kennis en kunde van de opdrachtgever. Door de formulering van het nieuwe lid 4, is de deskundigheid van de opdrachtgever niet meer doorslaggevend, maar of het gebrek is ontdekt.

De huidige wettekst geeft niet aan wie zou moeten bewijzen dat het een gebrek is. Als het bewijs bij de opdrachtgever ligt, zal hij een negatief feit moeten bewijzen. Namelijk dat het gebrek niet is ontdekt. Als het bewijs bij de aannemer ligt zal hij moeten bewijzen dat het gebrek wel is ontdekt. In het laatste geval zou het proces-verbaal van oplevering en het gebouwdossier opheldering kunnen geven.⁵⁰ Een gebrek dat niet bij oplevering is ontdekt is verborgen, wat wel is ontdekt is zichtbaar. De wetgever ziet het proces-verbaal van oplevering dus als bewijs met betrekking tot de zichtbaarheid van een gebrek.⁵¹ Door deze formulering van het wetsartikel blijft een grijs gebied bestaan tussen een zichtbaar en onzichtbaar gebrek. Maar wat als een gebrek uitermate zichtbaar was, maar niet is genoteerd in het proces-verbaal van oplevering? Is het dan een gebrek dat bij de oplevering niet is ontdekt? In de huidige situatie zou zo'n gebrek aanvaard zijn, maar of dit met de nieuwe wetgeving eveneens het geval zal zijn is nog niet vast te stellen. Opdrachtgevers zullen bij opnemings vooral gefocust zijn op echte 'gebreken' en zich misschien niet meteen realiseren dat een baksteen in de verkeerde kleur ook een gebrek is en dus niet voldoet aan de inhoud van de overeenkomst.

Indien lid 4 naar de letter van de wet wordt gevolgd, is een gebrek dat niet in het proces-verbaal van oplevering is opgenomen een verborgen gebrek. De verantwoordelijkheid voor het opstellen van het proces-verbaal van oplevering ligt bij beide partijen. Maar omdat de deskundigheid van de opdrachtgever geen factor meer is, is het logisch dat de aannemer hiervoor de meeste verantwoordelijkheid draagt. Wanneer men dit in het kader van artikel 150 Rv plaatst, ligt de bewijslast aan de zijde van de opdrachtgever. De opdrachtgever kan stellen dat het wel een gebrek is en dat het gebrek niet verborgen is. Er zijn twee mogelijkheden om deze stelling te weerleggen. Het verweer dat het geen gebrek is, heeft afhankelijk van de omstandigheden, weinig kans van slagen. Elke non-conformiteit is immers in beginsel een gebrek. Het tweede verweer is logischerwijs onmogelijk om te bewijzen. De aannemer dient namelijk aan te tonen dat het gebrek zichtbaar was, en dat het gebrek ondanks het feit dat dit zichtbaar was, niet is opgenomen in het proces-verbaal van oplevering. Dit terwijl de aannemer een verplichting heeft om de voor hem zichtbare gebreken in dit proces-verbaal op te nemen. In de praktijk bestaat de mogelijkheid dat de redelijkheid en billijkheid hier nog een nuancering in aanbrengt. De rechter kan de toekomstige verdeling van de verantwoordelijkheid betreffende het noteren van de gebreken in het proces-verbaal van oplevering als onredelijk beoordelen. De aannemer heeft een reëel mogelijkheid om de aansprakelijkheid voor een verborgen gebrek te vermijden. Mits de aannemer kan bewijzen dat het verborgen gebrek niet aan hem is toe te rekenen vervalt zijn aansprakelijkheid. Dit is het geval wanneer met succes kan worden bewezen dat voorkomt uit het handelen van een onderaannemer of het gevolg is van redelijkerwijs te verwachten slijtage door gebruik van het werk.

Hoe partijen hiermee in de praktijk omgaan, zal duidelijk worden na het intreden van de wetswijziging.⁵² LAUDY maakt gebruik van een digitaal programma genaamd Snagstream waarin alle gebreken worden genoteerd. Door het werken met dit programma wordt de oplevering grotendeels digitaal verwerkt. Om de bewijspositie van de aannemer, met het oog op de nieuwe wet, te verbeteren zou het verstandig zijn wanneer niet alleen de opleverpunten genoteerd worden op deze lijst, maar ook de goedgekeurde

⁵⁰ *Kamerstukken I* 2016/17, 34 453, D, p. 17.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, 3, p. 35: 'In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld voor de aanneming van bouwwerken een verborgen gebrek te definiëren als een gebrek dat niet bij de oplevering van het opgeleverde bouwwerk is ontdekt. Hiermee wordt het begrip verborgen gebrek eenduidig geformuleerd. Als bewijs van wat bij de oplevering aan gebreken is ontdekt, kan het proces-verbaal van oplevering dienen. Anders dan in de huidige situatie blijft de aannemer na de oplevering aansprakelijk voor gebreken die op het moment van oplevering niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan hem zijn toe te rekenen.'

⁵² *TBR* 2016 2016/7, p. 594.

onderdelen. Dit betekent wel dat opneming en oplevering een tijdrovend proces wordt, waarbij het gehele werk van boven tot onder nagelopen dient te worden. Het vastleggen van de opneming en oplevering op beeld zou ook een optie kunnen zijn. Zo kan naderhand nimmer twijfel ontstaan over de zichtbaarheid van opleverpunten.

Verder doet het voorstel niet af aan de klachtplicht van de opdrachtgever zoals deze voortvloeit uit artikel 6:89 BW. De opdrachtgever zal eveneens onder de nieuwe wetgeving tijdig melding moeten maken van een gebrek. Aannemer en opdrachtgever hebben dus een groot belang bij een zorgvuldige oplevering. Hierdoor zou het voorstel zorgen voor een evenwichtigere verantwoordelijkheidsverdeling.⁵³ Over de praktische consequenties die de wijziging met zich meebrengt is nog veel onduidelijk.

4.1 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek

Ervan uitgaande dat het Wetsvoorstel in januari 2018 in werking treedt, ontstaat de vraag hoe men dient te oordelen over overeenkomsten die voor deze periode zijn getekend. Wat als een overeenkomst in 2017 gesloten is, maar een verborgen gebrek pas in 2018 aan het licht komt? Artikel 218 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek geeft hier uitsluitsel over. Hieruit blijkt dat artikel 7:758 lid 4 en artikel 7:765a BW niet van toepassing zijn op overeenkomsten van aanneming van werk die zijn gesloten vóór de inwerkingtreding van artikel III van de Wkb.⁵⁴ Stel de Wet treedt op 1 januari 2018 in werking, dan is de wijziging van de aansprakelijkheid en de informatieverplichting dus niet van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten vóór 1 januari 2018. Voor alle overeenkomsten gesloten ná 1 januari 2018 zijn de nieuwe regels wel van toepassing. Bepalend voor de toepasselijkheid van regels is dus het moment van het sluiten van de overeenkomst.⁵⁵

Op overeenkomsten van aanneming van werk die zijn gesloten vóór de inwerkingtreding van artikel III van de Wkb is artikel 768 van Boek 7 van toepassing zoals dat artikel luidde ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Ook voor de geldigheid van dit artikel geldt de datum van het sluiten van de overeenkomst zoals hierboven uitgelegd.

Hoe bij inwerkingtreding van de nieuwe wet invulling moet worden gegeven aan contracten met onderaannemers is een vraag die tot op heden onbeantwoord is gebleven. Als een aannemingsovereenkomst in 2017 is gesloten, maar een onder aannemingsovereenkomst wordt in 2018 gesloten ontstaat de vraag welke wetgeving is van toepassing is. Het betreft immers een 'nieuw' contract. De verwachting is dat daarop het nieuwe aansprakelijkheidsregime van toepassing is. Een onder aannemingsovereenkomst is namelijk een zelfstandig contract, dat ook zonder de hoofdaannemingsovereenkomst kan bestaan.

⁵³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, 3, p. 35-36.

⁵⁴ Artikel III van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen betreft alle wijzigingen van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

⁵⁵ *Kamerstukken I* 2016/17, 34 453, A.

4.2 Gebouwdossier

Bij de indiening van het wetsvoorstel was aanvankelijk geen bepaling opgenomen over het zogenoemde gebouwdossier. Het artikel is voortgekomen uit een ingediend amendement van Tweede Kamerlid PvdA-er de Vries. Het amendement is op 21 februari jl. aangenomen en opgenomen in het nieuwe voorstel van de wet zoals deze naar de Eerste Kamer is gestuurd.

Artikel 7:757a BW⁵⁶

In geval van aanneming van een bouwwerk legt de aannemer bij de kennisgeving dat het werk klaar is om te worden opgeleverd, bedoeld in artikel 7:758 lid 1, een dossier aan de opdrachtgever over met betrekking tot het tot stand gebrachte bouwwerk. Het dossier bevat gegevens en bescheiden die volledig inzicht geven in de nakoming van de overeenkomst door de aannemer en de te dien aanzien uitgevoerde werkzaamheden en bevat in ieder geval:

- a. tekeningen en berekeningen betreffende het tot stand gebrachte bouwwerk en de bijbehorende installaties, en een beschrijving van de toegepaste materialen en installaties, alsmede de gebruiksfuncties van het bouwwerk;*
- b. gegevens en bescheiden die nodig zijn voor gebruik en onderhoud van het bouwwerk.*

Invoering van dit artikel verplicht de aannemer om aan de opdrachtgever een ‘as-built’ gebouwdossier te overleggen dat een volledig inzicht verschaft in de nakoming van de overeenkomst en de uitgevoerde werkzaamheden.⁵⁷ Daarnaast dient het dossier aan te tonen dat het werk voldoet aan de wettelijke eisen. Deze wijziging is noodzakelijk daar voorafgaande de oplevering geen toetsing door het bevoegd gezag meer zal plaatsvinden. Deze verplichting geldt zowel voor overeenkomsten met commerciële opdrachtgevers als met particuliere opdrachtgevers. Het artikel wordt namelijk geplaatst in Afdeling 1 van Titel 12 van Boek 7. De vraag is echter of van dit artikel afgeweken kan worden. Daar het een dossier betreft waarin zowel privaatrechtelijke afspraken als publiekrechtelijke afspraken aangetoond dienen te worden. Hiermee wordt bepaald dat alle verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst, door middel van ‘gegevens en bescheiden’, aantoonbaar moeten zijn nagekomen.⁵⁸ Zo moet aangetoond worden op welke manier aan de contractsbepalingen is voldaan. Dit kan door middel van beschrijvingen van gebruikte materialen en werkwijze, aangevuld met foto's. De aannemer dient naar eigen inzicht gegevens en bescheiden toe te voegen die naar zijn oordeel de nakoming van de overeenkomst kunnen aantonen. Omdat in het huidige voorstel van de wet niet duidelijk aangehaald is welke gegevens en bescheiden dit moeten zijn, zou in de toekomst tussen partijen veel discussie kunnen ontstaan. Partijen kunnen namelijk andere verwachtingen hebben van deze documenten. Voor een deskundige kan een bouwtekening samen met foto's misschien aantonen dat aan de overeenkomst is voldaan, maar voor een leek zal dit anders zijn. Het is dus van belang dat er uitsluitsel komt over de inhoud van het dossier.

Bij raadpleging van het amendement blijkt dat het opleverdossier in nauw verband staat met de oplevering van artikel 7:758 BW. Omdat het de bedoeling is van het dossier om inzicht te geven in de nakoming van de overeenkomst, zal de opdrachtgever bij de keuring ook de inhoud van het dossier betrekken.⁵⁹ De opdrachtgever dient het bouwwerk en het dossier te keuren, dit zou men kunnen zien als een verzwaring van de keuringsverplichting. Daarnaast kan het dossier behulpzaam zijn bij het aantonen of een gebrek na oplevering is ontdekt.

Een concept documentlijst, opgesteld door SWK, voor een compleet ‘as-built’ gebouwdossier is opgenomen in bijlage 2 van de bijlagenbundel. Uit deze lijst blijkt dat de aannemer circa 75 documenten verzamelt om een compleet dossier te kunnen aanleveren. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen documenten die voorafgaand aan de bouw aangeleverd dienen te worden en documenten die achteraf

⁵⁶ Artikel III onder B van het voorstel.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 453, 17, p. 3.

⁵⁸ *TBR* 2017/3, p. 198.

⁵⁹ *Kamerstukken I* 2016/17, 34 453, B, p.12.

aangeleverd dienen te worden. Het is dus aan de aannemer om ervoor te zorgen dat alle documenten samengevoegd worden en uiteindelijk het complete dossier vormen. Voor de aannemer een zware bewijsplicht, omdat zij afhankelijk zijn van bepaalde specifieke onderdelen van de overeenkomst. Indien er een onderaannemer ingeschakeld is, dient ook deze de documenten aan te leveren.

Volgens het amendement van de heer De Vries kent het dossier twee delen. Het eerste deel betreft een consumentendeel waarin private afspraken zijn vastgelegd en waarin de aannemer verklaart en aantoonst dat hij het bouwwerk volgens de regels van goed en deugdelijk werk heeft gemaakt en de afspraken in de aannemingsovereenkomst is nagekomen. Aan het eerste deel voegt de aannemer de garantiebepalingen en onderhoudsvoorschriften toe. Het tweede deel bevat een opleveringsdeel waarin de aannemer verklaart en aantoonst dat hij aan de wettelijke regels en prestatie-eisen heeft voldaan. Dit deel ziet op de publiekrechtelijke verplichtingen die het opleveren met zich meebrengt. De mogelijkheid bestaat om het dossier zo in te richten dat het geschikt is om te dienen als de verplichte gereedmelding aan de gemeente. Indien het bevoegd gezag constateert dat het dossier nog niet volledig is, dan kan de opdrachtgever bij een verbod op ingebruikname, de aannemer aanspreken omdat deze verantwoordelijk is voor het overdrachtdossier en de naleving van het contract.⁶⁰

De aannemer is verantwoordelijk voor het gebouwdossier, dit houdt dus ook in dat bij een uitgestelde ingebruikname de opdrachtgever schadevergoeding kan claimen bij de aannemer of dat de aannemer in een boetesituatie terecht komt. Ook dit is een belangrijk punt dat in de overeenkomst tussen partijen aandacht verdient. Of de aansprakelijkheid daadwerkelijk beperkt kan worden door opbouw van een gebouwdossier, hangt af van het of bij aanvaarding van het dossier de verantwoordelijkheid van de aannemer op de opdrachtgever overgaat. Hierover kan op dit moment nog geen uitsluitel gedaan worden. Ook hierover zijn vragen gesteld tijdens de eerste behandeling in de Eerste Kamer.⁶¹

SWK

SWK verstrekt waarborgcertificaten voor nieuwbouwkooptoningen die onder verantwoordelijkheid van bij SWK aangesloten aannemers, projectontwikkelaars en corporaties worden of zijn gerealiseerd.⁶² Indien een woning gebouwd is met een SWK-certificaat betekent het dat de woning onder de garantie- en waarborgregeling valt. De koper krijgt een SWK-waarborgcertificaat, die zekerheid biedt voor het verdere realisatie en opleveringstraject. Bouwen onder deze garantieregeling geeft de koper een insolventiewaarborg en gebrekenwaarborg. Een groot aantal aannemers is aangesloten bij SWK. De garantie houdt in dat toegepaste constructies, materialen en onderdelen (onder redelijkerwijs te voorzien externe omstandigheden) deugdelijk en bruikbaar zijn voor het doel waarvoor ze zijn bestemd.⁶³ Ook LAUDY is aangesloten bij SWK en bouwt onder de garantie- en waarborgregeling.

SWK Instrument VKB

Om een inzicht te geven in wat een kwaliteitsborgingsinstrument precies is, is in dit onderzoek gebruik gemaakt van het instrument dat SWK aanbiedt. Naast SWK bieden andere instanties soortgelijke instrumenten aan om de kwaliteit te waarborgen. Bij het schrijven van dit onderzoek is gekozen voor het instrument van SWK, omdat LAUDY veelvuldig samenwerkt met deze organisatie en is aangesloten bij deze instantie. Daarbij is het niet relevant om in dit onderzoek instrumenten van alle andere aanbieders te bespreken. Het instrument is op dit moment alleen gericht op de woningbouw in gevolgklasse 1.⁶⁴ De

⁶⁰ *Kamerstukken II 2016/17, 34 453, 17, p. 3.*

⁶¹ *Kamerstukken I 2016/17, 34 453, B, p. 3.*

⁶² www.swk.nl (zoek op: *organisatie SWK*).

⁶³ www.swk.nl (zoek op: *Garantie- en waarborgregeling 2014*).

⁶⁴ Gevolgklasse 1: Tot gevolgklasse 1 wordt gerekend bouwen en verbouwen van vergunningplichtige bouwwerken die behoren tot consequence class 1 als bedoeld in de Eurocodes, voor zover voor het gebruik van die bouwwerken geen melding of vergunning brandveilig gebruik nodig is en de hoogte niet meer dan 20 meter is. Tevens mag geen sprake zijn van een gelijkwaardige oplossing met betrekking tot constructieve veiligheid of brandveiligheid. Het veranderen van bouwwerken die onder een hogere gevolgklasse vallen is toegestaan onder gevolgklasse 1, indien de hoofdconstructie niet wordt gewijzigd en

wetgever wil de wetwijziging gefaseerd invoeren. Gevolgklasse 1 staat gepland voor 1 januari 2018. SWK wil dus met bovengenoemd instrument de pilot draaien en het instrument ook ontwikkelen voor de andere gevolklassen. Dit model kan worden gezien als de basis, daarvanuit wordt in de toekomst voortgebouwd.

Om ook bij invoering van de nieuwe wetgeving de kwaliteit te kunnen waarborgen, heeft SWK een borgingsinstrument ontwikkeld genaamd VKB (verbeterde kwaliteitsborging). In het instrument is de SWK de Instrumentenaanbieder en Instrumentbeheerder. SWK zal de functionaliteit van het kwaliteitssysteem van de onderneming op zowel bedrijfsniveau als projectniveau laten toetsen. Uiteindelijk zal controle plaatsvinden op de procesbeheersing van de borging in projecten en de juiste toepassing van het SWK Instrument VKB. Bij gebruikmaking van dit instrument gaat SWK ervan uit dat de kwaliteitsborging bij de aangesloten organisaties al op niveau is. Daarnaast zal het SWK bij dit instrument weer samenwerken met een externe borger. Deze borger zal ook de gereedmelding afgeven.⁶⁵ Het gehele proces van kwaliteitsborging onder het instrument van VKB zal worden weergegeven in bijlage 3 van de bijlagenbundel.

Met het SWK Instrument VKB wil SWK aangesloten bedrijven een instrument aanbieden om te kunnen voldoen aan de nieuwe wetgeving. De SWK zal toezicht houden vanaf de ontwerpfase tot de oplevering. Het gebouwdossier, opgesteld door de aannemer, wordt beoordeeld op compleetheid en samenhang. Indien nog enige risico's in het dossier bestaan, zal de SWK de aannemer vragen dit aan te vullen. Als het dossier positief wordt beoordeeld, dan zal door de externe borger een Verklaring Gereedmelding afgegeven worden. Aan het gebruik van dit borgingsinstrument zitten kosten verbonden. De kosten van de beoordelingsprocedure worden separaat van de gangbare certificaatkosten aan de deelnemer doorberekend. Kosten voor de beoordeling bedragen € 10.750,-.

4.3 Tussenconclusie

Uit het wetsvoorstel blijkt dat de aansprakelijkheid van de aannemer in het nieuwe stelsel enorm verruimd wordt. De aannemer was voorheen enkel aansprakelijk voor verborgen gebreken. In de toekomst zal de aannemer aansprakelijk zijn voor alle gebreken die niet op het proces-verbaal van oplevering vermeld zijn. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat de wetgever het proces-verbaal ziet als bewijs of een gebrek is ontdekt. Met de formulering van lid 4 van artikel 7:758 BW is de deskundigheid van de opdrachtgever niet meer doorslaggevend. De kwestie is immers niet meer of de opdrachtgever het gebrek redelijkerwijs had moeten ontdekken. Verder schrijft het wetsvoorstel voor dat in contracten met consumenten niet van deze aansprakelijkheidsregeling mag worden afgeweken. Voor contracten met commerciële opdrachtgevers is dit wel toegestaan, maar dan alleen als dit uitdrukkelijk in de overeenkomst staat. Het komt vaak voor dat een aannemer niet in de positie is om te onderhandelen over de contractvoorwaarden en deze eenzijdig voorgeschreven krijgt. In dat soort gevallen is de aannemer dus gebonden aan dit vergaande aansprakelijkheidsregime.

Verder introduceert de wet nog een geheel nieuw artikel, namelijk artikel 7:757a BW. Volgens dit artikel dient de aannemer een dossier aan te leggen dat bestaat uit twee delen. Een consumentendeel en daarnaast een deel voor het bevoegd gezag. Het dossier dient in ieder geval tekeningen en berekeningen te bevatten en gegevens en bescheiden die nodig zijn voor het gebruik en onderhoud van het bouwwerk. Bij de kennisgeving dat het werk klaar is om te worden opgeleverd, stelt de aannemer het dossier ter beschikking aan de opdrachtgever. Het is dus aan de aannemer om ervoor te zorgen dat op het moment van de kennisgeving het dossier op orde is. De bedoeling van het dossier is om aan de opdrachtgever te laten zien dat het bouwwerk overeenkomstig de overeenkomst is gebouwd. Om de aanleg van het dossier te kunnen bewerkstelligen, dient de aannemer streng toezicht te houden op het samenstellen van het dossier. Wanneer blijkt dat het dossier op het moment van oplevering niet compleet is, heeft het

het veranderen niet tot gevolg heeft dat een (nieuwe) melding brandveiligheid gebruik moet worden gedaan of een (nieuwe) vergunning brandveilig gebruik moet worden aangevraagd.

⁶⁵ www.swk.nl (zoek op: VKB instrument kwaliteitsborging).

bevoegd gezag de mogelijkheid de ingebruikname van het werk uit te stellen. Dit levert uitstel van de opleverdatum op waarvoor de aannemer in veel contracten verantwoordelijk is. Indien aan het gebouwdossier foto's worden toegevoegd, zou dit de aannemer kunnen helpen om de aansprakelijkheid af te wijzen dan wel te beperken. Immers, wanneer op foto's duidelijk aan te tonen is dat het gebrek niet aan de aannemer toe te rekenen is, is hij in principe niet aansprakelijk. Omdat het nieuwe wetgeving betreft, is het de vraag hoe dit in de praktijk gaat werken.

Inmiddels zijn de brancheverenigingen binnen het bouwrecht gestart met het ontwikkelen van een systeem voor kwaliteitsborging. Hierbij hoort ook het samenstellen en beheren van een gebouwdossier. Naar alle waarschijnlijkheid gaat LAUDY samenwerken met SWK om te kunnen voldoen aan de nieuwe wetgeving. SWK heeft het VKB-instrument ontwikkelt om aan de eisen van de wet te kunnen voldoen. Dit instrument bewaakt het gehele bouwproces, inclusief de opleverfase. SWK neemt ook het complementeren van het gebouwdossier voor haar rekening.

HOOFDSTUK 5: PRAKTIJKONDERZOEK OPLEVERINGSPROCES

In dit hoofdstuk is een interview uitgewerkt met Michel van den Biggelaar, uitvoerder bij LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V.. Het doel van het interview is om meer inzicht te krijgen in het opleveringsproces in de praktijk en hoe LAUDY het opleveringsproces documenteert. Daarnaast wil ik door middel van het interview te weten komen hoe er in de praktijk vorm wordt gegeven aan de regels die het BW of de UAV voorschrijft. De in dit hoofdstuk besproken wijze van oplevering, is de wijze die LAUDY hanteert.

5.1 Opleverproces in de praktijk

Bij de aanvang van een project wordt een opleverdatum gepland. Gedurende het bouwproces wordt alles in het werk gesteld om deze planning te halen. Mocht de vastgestelde opleverdatum niet gehaald zijn, dan treedt in de meerderheid van de gevallen het boetebeding in werking. In sommige gevallen kan het ook voorkomen dat men een bonus verstrekt indien het werk vroeger opgeleverd wordt.

Gedurende de tijd is de oplevering steeds formeler geworden. Waar vroeger het onderlinge contact hechter was, heeft men nu vaker met een opzichter (directie) te maken. Indien het grote werken betreft is deze dagelijks op het werk aanwezig en gaat op zoek naar eventuele gebreken. De opdrachtgever betaalt immers geld voor het inhuren van deze deskundige en ziet dan ook graag resultaat. Om het verloop van het project gestaag te laten verlopen, is een goede communicatie tussen de aannemer en de opdrachtgever (directie) van essentieel belang. Stappen in het bouwproces dienen op elkaar afgestemd te worden om het maximale resultaat te behalen.

In het handboek managementsystemen van LAUDY (opgenomen in bijlage 4) staat voorgeschreven dat bij de opneming gebruik wordt gemaakt van het opnameformulier (zie bijlage 5). Daarnaast wordt middels een flowchart het gehele proces van keuring, beproeving en oplevering weergegeven.

Echter, de huidige stand van de techniek is zo ver dat gebruik wordt gemaakt van een digitaal programma genaamd Snagstream. Wanneer de opname plaatsvindt vergezelt de uitvoerder de opdrachtgever en maakt notities in het programma. Indien een gebrek geconstateerd wordt, dan noteert de projectleider het gebrek in Snagstream en voegt hierbij foto's toe. Door middel van het toevoegen van foto's voorkomt men een discussie over de vraag of het gebrek tijdens de oplevering is ontdekt. Indien het oplevergebrek geconstateerd is, kan het middels het programma meteen doorgezet worden naar de eventuele onderaannemer. De oplevergebreken zijn de punten die bij opneming nog niet in orde zijn. Als de onderaannemer ook met het programma werkt, ziet deze het oplevergebrek en kan actie ondernemen. Nadat de onderaannemer het gebrek heeft hersteld, dient de aannemer dit goed te keuren. Het herstelde oplevergebrek komt uiteindelijk op de lijst van herstelde gebreken en is daarmee afgedaan. In sommige gevallen komt het voor dat de opdrachtgever nadat de opneming heeft plaatsgevonden met nieuwe gebreken aan het licht stelt. Deze gebreken worden in de regel hersteld door LAUDY, maar wel tegen de prijs van meerwerk. LAUDY is namelijk niet verplicht om gebreken die bij de eerste opneming zijn geaccepteerd kosteloos te herstellen.

Ook de opdrachtgever heeft toegang tot alle functionaliteiten van het programma. Deze kan dus de voortgang van het werk tot op de voet volgen. Door de vele functies die het programma biedt, wordt veel werk voorkomen. In het verleden was het namelijk zo dat na constatering van het gebrek dit gecommuniceerd diende te worden met de opdrachtgever. De opdrachtgever wordt door middel van Snagstream meteen op de hoogte gesteld van een gebrek.

Uit onderzoek is gebleken dat ook andere aanbieders een soortgelijk programma verkopen. Echter, worden deze buiten toepassing gelaten omdat LAUDY werkt met Snagstream. De andere programma's hebben soortgelijke functies en bieden ook een digitaal opleveringsproces aan.

Uiteindelijk worden alle opleverpunten in Snagstream omgezet in een Pdf-bestand. In dit bestand staat een overzicht van de opleverpunten en de acties die daaraan gekoppeld zijn. Dit bestand maakt onderdeel uit van het proces-verbaal van oplevering en worden hierop vermeld (zie bijlage 6). Indien de opdrachtgever het werk accepteert, tekenen beide partijen het proces-verbaal van oplevering. De

oplevering heeft dan officieel plaatsgevonden. Ongeveer drie weken voordat de oplevering plaatsvindt, wordt LAUDY Bouwservice bij het project betrokken. Zij werken de laatste weken mee op het project om inzicht te krijgen in alle onderdelen. In deze periode wordt Bouwservice door de uitvoerder en andere kundige op de bouw geïnstrueerd over de gebruikte materialen en installaties. Het is namelijk de bedoeling dat Bouwservice het onderhoud voor haar rekening neemt gedurende de onderhoudsperiode. De onderhoudsperiode is in veel gevallen 12 maanden. Dit is een bewuste keuze, omdat gedurende deze 12 maanden het werk aan alle seizoenen blootgesteld wordt. Het kan namelijk zo zijn dat een werk in juli geen tekenen van lekkage vertoont, maar wanneer de herfst haar intrede maakt wel lekt. Na deze 12 maanden zijn de meeste gebreken in het bouwwerk verholpen. Na afronding van het bouwproject worden alle schriftelijke en digitale gegevens overhandigd aan de opdrachtgever. In de huidige situatie gebeurt dit door middel van het overhandigen van alle informatie. In de toekomst zal dit proces een andere wending krijgen, omdat er dan voldaan dient te worden aan de regels die de wet voorschrijft met betrekking tot het gebouwdossier. De aannemer zal hier vanaf de ontwerpfase op moeten inspelen, het gebouwdossier is namelijk een dynamisch dossier dat meegroeit met het werk.

Als de onderhoudsperiode ten einde komt, evalueren de betrokken partijen het proces. In deze evaluatie komt naar voren of partijen tevreden zijn met het project en of zij nog aandachtspunten zien. Na de onderhoudsperiode wordt opnieuw een opname gedaan om vast te stellen of de aannemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Dit gebeurt op dezelfde wijze als de eerste opname. Indien de opdrachtgever tevreden is, vraagt LAUDY haar eventuele bankgarantie of resterende deel van de aanneemsom terug. Het bovengenoemde proces wordt schematisch weergegeven in de flowchart in bijlage 4.

5.2 Tussenconclusie

Zoals hierboven omschreven maakt LAUDY nog zelden gebruik van het opnameformulier zoals opgenomen in bijlage 5. Het werken met Snagstream maakt de opname eenvoudiger en efficiënter. Daarnaast verloopt de onderlinge communicatie een stuk sneller. Doormiddel van het toevoegen van foto's kan de discussie rondom de zichtbaarheid van gebreken beperkt worden. Het zou dus verstandig zijn als LAUDY gebruik blijft maken van dit programma. Verder is gebleken dat veel afhankelijk is van de relatie tussen partijen onderling. Het kan namelijk zo zijn dat gedurende het bouwproces partijen goed met elkaar omgaan, maar wanneer de oplevering aanbreekt de opdrachtgever met aanvullende eisen komt of het werk niet wil accepteren. Indien dit voorkomt in de praktijk, stelt LAUDY alles in het werk om de oplevering toch door te laten gaan. In het verleden is het voorgekomen dat de gehele opname opnieuw dient te gebeuren om de opdrachtgever zekerheid te bieden over hetgeen hij accepteert. Dit komt vooral door het feit dat de verantwoordelijkheid voor het werk overgaat op de opdrachtnemer.

In de bijlagenbundel zijn een aantal formulieren opgenomen die LAUDY gebruikte bij de opname en oplevering. LAUDY gebruikt een handboek waarin de werkwijze betreffende de keuring, beproeving en oplevering is omschreven. In artikel 4.5 staat dat de projectleiding in vertegenwoordiging van de bouwdirectie de opname verricht. Deze opname dient op het registratieformulier te worden vastgelegd. Op dit formulier worden de algemene gegevens van de partijen genoteerd en de opleverpunten genoteerd. Het is aan de projectleider om deze punten met de eventuele onderaannemer te bespreken en zorg te dragen voor herstel. Volgens het handboek dient de projectleiding schriftelijk, dan wel in de bouwvergadering, mede te delen dat de oplevergebreken zijn afgehandeld. Hierna bepaalt de bouwdirectie of het project als opgeleverd kan worden beschouwd. Het opnameformulier dient bij het proces-verbaal van oplevering gevoegd te worden. Indien de opdrachtgever het werk accepteert, vindt ondertekening van het proces-verbaal plaats, zie voor het proces-verbaal dat LAUDY hanteert bijlage 6 van de bijlagenbundel. Op het proces-verbaal van oplevering staat nogmaals vermeld wanneer de gebreken op de opnamelijst hersteld dienen te worden. Daarnaast wordt de overeengekomen onderhoudsperiode vermeld. In artikel 4.6 van het handboek wordt voorgeschreven dat het werk aan het einde van de onderhoudstermijn opnieuw aan een opname onderworpen wordt aan de hand van hetzelfde opnameformulier. De werkwijze zoals hierboven omschreven is overeenkomstig de werkwijze in de UAV en is daar dan ook op gebaseerd.

HOOFDSTUK 6: OPSCHORTINGSRECHT

In dit hoofdstuk komen de opschortingsrechten van de opdrachtgever aan bod. Om een duidelijk beeld te vormen van dit recht, wordt eerst opschorting in de huidige situatie beschreven, dan volgt het praktijkgedeelte van dit onderwerp. Het sluitstuk van het hoofdstuk is het toekomstige opschortingsrecht. Dit onderwerp is van belang, omdat ook dit onderwerp wordt gewijzigd bij intreding van het wetsvoorstel. In het praktijkgedeelte is een documentatieonderzoek verricht naar de huidige aannemingsovereenkomsten die gebruikt worden door LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V..

Opschortingsrechten

In 2003 is het opschortingsrecht voor de opdrachtgever in Titel 12 van Boek 7 geïntroduceerd. Het is vastgelegd in artikel 7:768 BW en is een bijzonder opschortingsrecht voor consumenten. In dit artikel zal met ingang van de nieuwe wetgeving veranderingen doorgevoerd worden. Om het een en ander duidelijk te maken, zal eerst worden ingegaan op het huidige opschortingsrecht. Het opschortingsrecht van dit artikel geeft de opdrachtgever de mogelijkheid bij oplevering maximaal 5% van de aanneemsom in te houden op de laatste termijn of de laatste termijnen en dit bedrag in depot te storten bij een notaris.

6.1 Opschortingsrechten in het BW

Het opschortingsrecht in het algemeen staat gecodificeerd in artikel 6:262 BW. Echter, bevat artikel 7:768 BW een bijzonder opschortingsrecht, omdat zonder te voldoen aan de vereisten van artikel 6:262 BW opgeschort mag worden. De opdrachtgever hoeft dus niet te stellen dat de aannemer de overeenkomst niet is nagekomen.⁶⁶ Indien het werk is opgeleverd, is de opdrachtgever gehouden om 5% van de aanneemsom in te houden (onder naam van de opdrachtgever) in depot te storten bij de notaris.⁶⁷ De wetgever beoogt met deze inhouding de aannemer te motiveren eventuele opleveringsgebreken te herstellen. Na verloop van drie maanden na oplevering (de wettelijke onderhoudstermijn) brengt de notaris het resterende bedrag in de macht van de aannemer, tenzij de opdrachtgever gebruik maakt van de bevoegdheid die wordt gegeven in artikel 6:262 BW. In dat geval deelt de opdrachtgever, conform artikel 7:768 lid 2 BW de notaris mede tot welk bedrag het depot dient te worden gehandhaafd. Op grond van lid 2 van dat artikel is in geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming opschorting slechts toegelaten, voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt. Indien de opdrachtgever kiest voor opschorting op grond van artikel 6:262 BW, dient hij de verdere opschorting ook via deze weg te volgen. Krachtens lid 3 van artikel 7:768 BW kan het depot ook eerder dan na verloop van drie maanden eindigen. De notaris brengt het bedrag namelijk ook in de macht van de aannemer wanneer de opdrachtgever daarvoor toestemming geeft, de aannemer vervangende zekerheid stelt of wanneer een uitspraak partijen bindt.

Bovengenoemde opschortingsrechten gelden na oplevering. Maar mag de opdrachtgever ook tijdens de uitvoering (dus nog voor oplevering) opschorten wanneer de aannemer ondeugdelijk werk verricht? De Hoge Raad heeft in 2014 deze vraag bevestigend beantwoord.⁶⁸ De tekortschietende aannemer mag het herstellen van gebreken niet laten afhangen van de openstaande betalingen. Voorwaarde is wel dat de werkzaamheden ondeugdelijk zijn en de aannemer in verzuim moet zijn met herstel. In de praktijk komt het vaak voor dat een aannemer aanbiedt herstelwerkzaamheden uit te voeren, maar als voorwaarde stelt dat de opdrachtgever eerst de openstaande facturen betaalt. Op grond van de uitspraak hoeft de opdrachtgever dus niet akkoord te gaan met deze gang van zaken.

Van de opschortingsrechten mag niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, behoudens bij standaardregeling als bedoeld in artikel 6:214 BW. Wanneer twee commerciële partijen een overeenkomst sluiten, mogen zij wel afwijken van de opschortingsrechten.

⁶⁶ Kamerstukken II, 1992/93, 23 095, 3, p. 40.

⁶⁷ RvA 19 november 2009, nr. 31.029. en RvA 14 december 2010, nr. 32.307.

⁶⁸ HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95.

6.2 Opschorting op grond van artikel 6:262 BW

Voor opschorting op grond van Boek 6 dient sprake te zijn van een gebrek en proportionele inhouding. De opdrachtgever zal kenbaar moeten maken voor welk gebrek hij de opschorting inroept en welk bedrag hij daarvoor opzijzet. De twee opschortingsgronden kunnen naast elkaar ingezet worden, dit houdt in dat de opdrachtgever ook al voor oplevering kan opschorten indien aan de vereisten van artikel 6:262 BW is voldaan, of meer dan 5% van de aanneemsom kan inhouden indien voor oplevering reeds blijkt dat de gebreken dusdanig zijn dat het inhouden van een hoger percentage gerechtvaardigd is. Indien het oorspronkelijke gebrek waarvoor het depot is gehouden is verholpen, en er een nieuw gebrek zich voordoet, mag het depot gehandhaafd worden. Dit ter bevordering van het herstel. Ook dient het bedrag van het depot proportioneel te zijn ten opzichte van het gebrek. De partij die als eerste moet presteren, kan zich niet beroepen op artikel 6:262 BW.

Wordt ten onrechte het depot verlengd, dan is de opdrachtgever schadevergoeding ter hoogte van de wettelijke rente van artikel 6:119 BW aan de aannemer verschuldigd.⁶⁹ De wettelijke rente is conform artikel 7:768 lid 4 BW niet verschuldigd over de eerste drie maanden, ook al was het depot niet gerechtvaardigd. Wanneer ongerechtvaardigd meer dan 5% depot is ingehouden op grond van artikel 6:262 BW, dan is de wettelijke rente wel verschuldigd over het bedrag boven de 5%. Indien het gebrek het rechtvaardigt, heeft de opdrachtgever de mogelijkheid het depot te handhaven en de betalingsverplichting op te schorten op grond van artikel 6:262 BW.

Naast het opschortingsrecht op grond van bovengenoemd artikel heeft de opdrachtgever ook de mogelijkheid om vervangende zekerheid te vragen voor het depot.

6.3 Vervangende zekerheid

De aannemer heeft de mogelijkheid om vervangende zekerheid te stellen voor het depot. Vaak gebeurt de vervangende zekerheid in vorm van een bankgarantie. Een bankgarantie is een contract waarin een bank onvoorwaardelijk garandeert om een bedrag aan de begunstigde te betalen, indien hij daarop aanspraak maakt.⁷⁰ In geval van een bankgarantie is de opdrachtgever dus verplicht om de gehele aanneemsom te voldoen aan de aannemer en is de aannemer verplicht een vervangende zekerheid te stellen. De bankgarantie moet een zekerheid bieden die gelijkwaardig is aan die welke artikel 7:768 BW inhoudt. In de praktijk wordt het bedrag van de bankgarantie afgestemd op de verdeling van de risico's. Normaliter wordt het bedrag van de bankgarantie afgebouwd naarmate de risico's afnemen. Dit houdt in dat bij de oplevering nog een klein bedrag van de bankgarantie openstaat. Voor een aannemer is het van belang dat de bankgarantie uiteindelijk opgeheven wordt, omdat het de financiële ruimte beperkt.

⁶⁹ Of handelsrente artikel 6:119a BW

⁷⁰ www.creditexpo.nl (zoek op: *bankgarantie*).

Zekerheidstelling in de UAV

In paragraaf 43a van de UAV gaat het om zekerheidstelling. De opdrachtgever is gerechtigd om van de aannemer te bedingen dat deze zekerheid stelt voor de nakoming van zijn verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst, tenzij het bestek anders bepaalt.⁷¹ Net als in het Burgerlijk Wetboek, is de zekerheid op grond van de UAV 5% van de aanneemsom en dient te worden gesteld in de vorm van een bankgarantie. In paragraaf 43a staan de regels voor zekerheidstelling beschreven. Deze zijn alleen geldig indien het bestek geen andere zekerheidsstelling voorschrijft. De opdrachtgever is gerechtigd de bankgarantie in te roepen, tenzij de Raad van Arbitrage voor de Bouw in een spoedgeschil anders beslist. Krachtens lid 7 is het de opdrachtgever niet toegestaan zekerheid te bedingen indien is overeengekomen dat de aanneemsom geheel of gedeeltelijk wordt ingehouden. De zekerheid blijft van kracht tot oplevering dan wel tot aan het einde onderhoudstermijn. Uit de rechtspraak blijkt dat de bankgarantie slechts kan worden ingeroepen voor het doel waarvoor zij is bedoeld. Op grond van lid 6 kan de aannemer vervangende zekerheid stellen.

Indien men contracten sluit onder de vigeur van de UAV, is het verstandig uitdrukkelijk te verwijzen naar de regeling van paragraaf 43a lid 4, dan wel die regeling uitdrukkelijk uit te sluiten.

Om antwoord te kunnen geven hoe LAUDY in de huidige situatie invulling geeft aan het opschortingsrecht is een aannemingsovereenkomst geanalyseerd waarop de garantie- en waarborgregeling van SWK van toepassing is. De overeenkomst is genummerd als bijlage 7 in de bijlagenbundel. Het betreft een modelovereenkomst die LAUDY invult met de gegevens van het betreffende project. De overeenkomst gaat gepaard met een aanvullingsblad. Dit is een aanvulling op de modelovereenkomst waarin LAUDY afwijkende bepalingen kan opnemen. Artikel 33 van de overeenkomst bevat de bankgarantie. Volgens dit artikel heeft de aannemer de mogelijkheid een bankgarantie te vragen ten hoogte van de helft van de laatste termijn van de aanneemsom, met een maximum van 5%. Hoe hoog deze bankgarantie is, hangt dus af van de hoogte van de aanneemsom. LAUDY dient gebruik te maken van deze modelovereenkomsten en dient dan ook op deze manier vorm te geven aan het opschortingsrecht.

6.4 Het toekomstige opschortingsrecht

In de eerste versie van het wetsvoorstel is voorgesteld de opschortingstermijn (wettelijke onderhoudstermijn) te verlengen tot vijftien maanden. Na de consultatieronde is gebleken dat een dergelijke verlenging voor grote financiële problemen bij aannemers kan leiden. Volgens een aantal partijen⁷² zou het verlengen van de onderhoudstermijn de prikkel tot snel herstel wegnemen. Het is namelijk mogelijk dat gedurende deze periode nieuwe gebreken aan het licht komen, waardoor herstel in één keer aantrekkelijker kan zijn. Partijen die hebben gereageerd in de consultatieronde bevestigen wel dat de huidige regeling een onvoldoende prikkel afgeeft tot herstel.⁷³

Bij inwerkingtreding van het nieuwe voorstel zal een nieuw tweede lid worden toegevoegd. Het nieuwe tweede lid zal als volgt uit gaan zien:

Artikel 7:768 lid 2 BW⁷⁴

De aannemer stelt de opdrachtgever uiterlijk twee maanden na het tijdstip van oplevering, doch niet eerder dan één maand na dat tijdstip, schriftelijk in de gelegenheid aan te geven of hij van de in artikel 262 van Boek 6 toegekende bevoegdheid gebruik wenst te maken. De aannemer stuurt hiervan een afschrift aan de notaris.

⁷¹ §43a lid 2 UAV 2012.

⁷² Bouwende bedrijven, Verbond van Verzekeraars, Vereniging Eigen Huis en VACPunt Wonen.

⁷³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, 6.

⁷⁴ Artikel III onder E van het voorstel.

De notaris mag pas het depot uitbetalen als hij schriftelijk bewijs van de aannemer heeft ontvangen waaruit blijkt dat de aannemer de opdrachtgever heeft gewezen op zijn opschortingsrecht én opdrachtgever niet heeft aangegeven het depot te willen aanhouden. Het schriftelijk bewijs zou bijvoorbeeld het proces-verbaal van oplevering kunnen zijn. De notaris moet dus uitgaan van de opleverdatum die hierin is vastgelegd.

In het huidige artikel 7:768 lid 2 mag gedurende de eerste drie maanden het depot niet worden vrijgegeven zonder expliciete toestemming van de opdrachtgever. In de huidige formulering van artikel 7:768 lid 2 BW wordt geen rekening gehouden met de kennis en kunde van de particuliere opdrachtgever. Dit heeft tot gevolg dat de particuliere opdrachtgever vaak niet op de hoogte is van haar rechten en plichten met betrekking tot het opschortingsrecht. Daardoor zal zij dan ook vaker het depotbedrag vrijgeven terwijl handhaving op zijn plaats zou zijn.

Bij invoering van de wetswijziging dient de aannemer de opdrachtgever schriftelijk te wijzen op eventuele verlenging van het depot en geeft ook aan wanneer de onderhoudsperiode in werking is getreden. Geldend is hier de datum van ondertekening van het proces-verbaal van oplevering. Het bericht over de verlenging en onderhoudsperiode mag niet eerder dan een maand na oplevering worden verstuurd, maar ook niet later dan twee maanden na oplevering. De gedachte achter deze termijn is dat de opdrachtgever de mogelijkheid heeft onderzoek te doen naar eventuele gebreken en zo kan beslissen of het depotbedrag gehandhaafd dient te blijven. Van de mededeling die de aannemer naar de opdrachtgever stuurt, dient ook een afschrift bij de notaris te worden bezorgd. De notaris mag enkel overgaan tot het storten van het depot indien hij een afschrift heeft ontvangen en de opdrachtgever niet heeft aangegeven het depot te willen handhaven. Wil de opdrachtgever het depot handhaven, dan zal hij moeten voldoen aan de vereisten van artikel 6:262 BW zoals hierboven beschreven.

Verder wordt voorgesteld dat een vervangende zekerheid voor het depot een gelijkwaardige zekerheid moet bieden als het depot. Of een bankgarantie dezelfde zekerheid biedt als een depot, hangt af van de wijze waarop de bankgarantie is gesteld. In de praktijk biedt een bankgarantie vaak minder zekerheid door de formulering ervan. Bij veel bankgaranties worden extra acties van de opdrachtgever verwacht. Ook biedt de bankgarantie vaak alleen zekerheid voor een bedrag ten aanzien waarvan de opdrachtgever heeft aangetoond dat dit opeisbaar van de aannemer is te vorderen. Dit bedrag kan lager uitvallen dan een depotbedrag in eenzelfde situatie.⁷⁵

⁷⁵ *Kamerstukken II 2015/2016, 34 453, 3, p. 39.*

HOOFDSTUK 7: INFORMATIEPLICHT VAN DE AANNEMER

De laatste privaatrechtelijke wijziging die in dit onderzoek wordt behandeld, betreft de informatieplicht van de aannemer. In veel gevallen worden woningen gebouwd onder een garantie- of waarborgregeling. Om in de toekomst ervoor te zorgen dat alle woningen gebouwd worden onder deze regeling, wil de wetgever met ingang van de wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het bouwen de informatieplicht introduceren. Dit is een verplichting van de aannemer om de opdrachtgever te informeren over verzekering en financiële zekerheid.

7.1 Toekomstig juridisch kader

Om dit onderzoek naar de privaatrechtelijke wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek compleet te maken, wordt ook de wijziging omtrent de informatieplicht van de aannemer meegenomen. Zoals reeds aangehaald in dit onderzoek, bouwt LAUDY voornamelijk voor commerciële opdrachtgevers. Het artikel over de informatieplicht, artikel 7:765a BW, volgt op artikel 7:765 BW en staat in afdeling 2 van Titel 12 van Boek 7. Dit betekent dat het artikel enkel van toepassing is op de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in uitoefening van een beroep of bedrijf, dus consumenten.

In het toekomstige artikel 7:765a BW is een informatieplicht opgenomen voor de aannemer met betrekking tot de verzekering en financiële zekerheid. Krachtens artikel 7:765 BW is het artikel alleen van toepassing op 'aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan, in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in uitoefening van een beroep of bedrijf'. Het nieuw in te voegen artikel luidt als volgt:

Artikel 7:765a BW⁷⁶

1. *Voordat de opdrachtgever gebonden is aan een overeenkomst als bedoeld in artikel 765 dan wel aan een daartoe strekkend aanbod, informeert de aannemer de opdrachtgever schriftelijk en ondubbelzinnig of en, zo ja, op welke wijze de nakoming van zijn verplichtingen tot uitvoering van het werk en zijn aansprakelijkheid voor gebreken die aan hem zijn toe te rekenen door een verzekering dan wel een andere financiële zekerheid is of zal worden gedekt. Deze informatie wordt op een voor de opdrachtgever duidelijke en begrijpelijke wijze verstrekt en ziet in ieder geval op de omvang van de verzekering of de financiële zekerheid, de dekkinggraad, de looptijd en de som waarvoor de verzekering is afgesloten dan wel de financiële zekerheid is verstrekt.*
2. *De in het eerste lid bedoelde informatie vormt een integraal onderdeel van de overeenkomst.*

De bedoeling van het artikel is dat de aannemer bij het aangaan van een overeenkomst de opdrachtgever informeert of en op welke wijze de opdrachtgever beschermd is tegen risico's die zich tijdens de bouw kunnen voordoen ten gevolge van het niet nakomen door de aannemer van zijn verplichtingen.⁷⁷ De wetgever wil voorkomen dat consumenten dergelijke risico's lopen, zonder dat zij dat zich realiseren, wanneer zij een verbintenis aangaan met een aannemer die niet werkt onder een van de bestaande garantieregelingen.⁷⁸ Uit onderzoek is namelijk gebleken dat de consument niet altijd de risico's in de aannemingsovereenkomst kan overzien. Dit kan ten koste gaan van de bouwkwaliteit en de belangen van de consument.⁷⁹

Het betreft dus het risico van insolventie en de gevolgen bij verborgen gebreken na oplevering. Omdat de koper van een nieuwbouwhuis vaak een leek is, is ervoor gekozen om in de wettekst op te nemen dat de informatie voor de opdrachtgever op een duidelijke en begrijpelijke wijze moet worden verstrekt. De

⁷⁶ Artikel III onder D van het voorstel.

⁷⁷ TBR 2016/6, p. 503.

⁷⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 453, 3, p. 27.

⁷⁹ Hof, *Positie bouwconsument, Knelpunten en oplossingsrichtingen*, SEO Economisch Onderzoek 2013 en Kamerstukken II 2013/14, 32 747, 91.

informatie moet in ieder geval de omvang van de verzekering of financiële zekerheid, de dekkingsgraad, de looptijd en de som waarvoor de verzekering is afgesloten dan wel de financiële zekerheid is verstrekt omvatten. Het is van belang dat de informatie vóór het sluiten van de overeenkomst wordt verstrekt. Alleen dan kan de opdrachtgever een evenwichtige keuze maken of hij het werk wil laten bouwen door de aannemer.

In de huidige situatie wordt bij 85% van nieuwbouwwoningen al gebouwd onder de garantie- en waarborgregelingen, bijvoorbeeld die van SWK. De wetgever beoogt met deze regeling ook de 15% die niet bouwt onder garantie van deze regeling te beschermen. Wellicht zou de toevoeging van dit artikel ook de aannemers die niet werken met SWK of een gelijksoortige organisatie kunnen motiveren om onder de garantie te gaan bouwen. Indien opdrachtgever en aannemer een overeenkomst sluiten, maakt de verstrekte informatie deel uit van de overeenkomst. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het niet verschaffen van de informatie een tekortkoming in de nakoming oplevert. Opdrachtgever mag de aannemer aanspreken op het niet verstrekken van de informatie. Onder bepaalde omstandigheden mag de opdrachtgever de overeenkomst dan ontbinden, zonder dat de opdrachtgever gehouden is eventuele schadevergoeding te betalen. Dit geldt alleen wanneer de nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is. Door de tekortkoming van de aannemer, kan het zo zijn dat de opdrachtgever extra kosten heeft moeten maken. Denk aan het aanstellen van een nieuwe aannemer om het bouwwerk af te ronden. In dat geval kan de aannemer bij ontbinding van de overeenkomst worden verplicht de opdrachtgever schadevergoeding te betalen voor het voortijdig beëindigen van de overeenkomst op grond van artikel 6:277 BW.⁸⁰ Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat de opdrachtgever schadevergoeding vordert vanwege schade die hij heeft geleden als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, dus op grond van artikel 6:74 BW, zonder dat ontbinding van de overeenkomst zelf plaatsvindt. Als laatste zou de opdrachtgever bij het niet verstrekken van de informatie de overeenkomst kunnen vernietigen vanwege dwaling (artikel 6:228 BW) of strijd met de wet (artikel 3:40 lid 2 BW).

Indien LAUDY nieuwbouwwoningen bouwt voor een consument, doet zij dit onder de garantiebepalingen van de SWK. Dit betekent dat de risico's gedekt zijn en de consument verzekerd is van voltooiing van het bouwwerk. Ook indien LAUDY in een staat van insolventie zou verkeren. Daar LAUDY is aangesloten bij SWK, is zij verplicht om gebruik te maken van de modelovereenkomsten die SWK ter beschikking stelt. In deze modelovereenkomst wordt de SWK Garantie- en waarborgregeling van toepassing verklaard (zie artikel 8 van bijlage 7). Afwijken van deze standaardovereenkomst is toegestaan, maar hiervoor dient toestemming gevraagd te worden aan SWK. Het modelcontract is namelijk opgesteld om de juridische zekerheid van de consument te waarborgen.

⁸⁰ *Kamerstukken II 2015/16, 34 453, 3, p. 92.*

HOOFDSTUK 8 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de centrale vraag van het onderzoek door middel van conclusies uit het onderzoek en beantwoording van de deelvragen en de aanbevelingen die daaruit voortvloeien. In paragraaf 8.1 zullen de conclusies worden behandeld en in paragraaf 8.2 de aanbevelingen.

De centrale vraag luidt: ‘Welke aanpassingen omtrent de oplevering, het vernieuwde opschortingsrecht en de komst van de informatieplicht dient LAUDY Bouw & Ontwikkeling B.V. door te voeren in het opleverproces en in de commerciële contracten om te voldoen aan de nieuwe Wet kwaliteitsborging voor het bouwen?’.

8.1 Conclusies

Uit het onderzoek is gebleken dat met ingang van de nieuwe Wet kwaliteitsborging voor het bouwen de verantwoordelijkheid van de aannemer wordt verruimd. Dit betekent ook dat de aansprakelijkheid wordt vergroot. Dit komt doordat de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever komt te vervallen, maar de verantwoordelijkheid van de aannemer wordt verruimd. Bij een aansprakelijkstelling ligt de bewijslast aan de zijde van de opdrachtgever. De weerlegging van de aannemer is zwak, omdat deze een negatief feit dient te bewijzen. Namelijk het een zichtbaar gebrek was, en ondanks het feit dat dit zichtbaar was, niet is opgenomen op het proces-verbaal van oplevering. Hieruit kan geconcludeerd worden dat bij invoering van het nieuwe aansprakelijkheidsregime, de oplevering een nog belangrijke positie inneemt tijdens het bouwproces. De oplevering lijkt hiermee een bureaucratisch proces te worden. De aannemer dient in het opleveringsproces een werkwijze te hanteren waarbij ook de geaccepteerde gebreken genoteerd worden of indien mogelijk artikel 7:758 lid 4 BW uitsluiten in de overeenkomst.

Daarnaast kan uit het onderzoek geconcludeerd worden dat afwijken van artikel 7:758 lid 4 BW is toegestaan, indien het twee commerciële partijen betreffen. Het is enkel toegestaan om uitdrukkelijk af te wijzen. LAUDY bouwt vaak onder aanbesteding. Dit houdt in dat er een eenzijdig contract wordt aangeboden waarin de onderhandelingsruimte nihil is. De opdrachtgever zal niet in zijn nadeel afwijken van de aansprakelijkstelling. Naar verwachting zal de aannemer dan ook gebonden zijn aan artikel 7:758 lid 4 BW.

Uit het praktijkonderzoek is gebleken dat de verhouding tussen de aannemer en de opdrachtgever belangrijk is. Wanneer dit een goede verstandhouding is, dan zullen er minder problemen zijn tijdens de bouw. Hoewel de officiële weg van opnemingsformulier, goedkeuring en oplevering gevolgd wordt, zullen beiden partijen meer bereid zijn om problemen onderling op te lossen. Uit het praktijkonderzoek is verder gebleken dat LAUDY geen gebruik meer maakt van het opnemingsformulier, maar de oplevering al grotendeels gedigitaliseerd heeft. Omdat de oplevering in de toekomst een nog belangrijkere functie krijgt, ligt een geheel gedigitaliseerde oplevering in het verschiet.

In de toekomst dient LAUDY de opdrachtgever te informeren over de mogelijkheid tot verlenging van het depot. Alvorens de notaris over mag gaan tot uitbetaling van het resterende bedrag van de aanneemsom, dient de aannemer een afschrift over de kennisgeving tot verlenging aan de notaris te sturen. Ten slotte wordt met invoering van het vernieuwde opschortingsrecht bepaald dat een vervangende zekerheid gelijkwaardig dient te zijn aan het depot. Het opschortingsrecht brengt voor de aannemer dus een extra administratieve last met zich mee. Het mogelijke gevolg van de kennisgeving is dat de opdrachtgever vaker gebruik gaat maken van de mogelijkheid tot verlenging van het depot. Dit komt doordat een opdrachtgever vaak niet weet dat de mogelijkheid bestaat.

Ten slotte is uit het onderzoek gebleken dat LAUDY reeds voldoet aan de informatieplicht. Zij bouwen namelijk onder de waarborg- en garantieregeling van SWK. SWK heeft in haar huidige contracten al bepalingen opgenomen waarin de opdrachtgever geïnformeerd wordt over de verzekering en financiële zekerheid. Indien een partij is aangesloten bij SWK, dienen zij gebruik te maken van de modelcontracten. Dit artikel geldt net als het opschortingsrecht enkel voor contracten met consumenten.

8.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf worden concrete aanbevelingen gegeven die voortvloeien uit de conclusies van paragraaf 8.1. Wanneer onderstaande aanbevelingen in acht worden genomen, zal voor wat betreft de aansprakelijkheid, opschortingsrecht en de informatieplicht worden voldaan aan de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen.

In het onderhavige onderzoek zijn drie privaatrechtelijke wijzigingen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek onderzocht. Het betreft de wijziging van de aansprakelijkheid van de aannemer, het opschortingsrecht en de informatieplicht. Uit het onderzoek is gebleken dat de wijziging met betrekking tot de aansprakelijkheid van toepassing is op de commerciële contracten. De andere wijzigingen zijn consument gericht en komen daardoor enkel voor in contracten met consumenten. Dit betekent dat de centrale vraag niet alle elementen van het onderzoek dekt. Daarentegen krijgt LAUDY wel te maken met consument contracten en dus zijn de wijzigingen wel van belang.

1. LAUDY dient bij ingang van de wetswijziging niet alleen de opleverpunten te noteren, maar ook de goedgekeurde onderdelen bij de oplevering. Dit zou LAUDY kunnen bewerkstelligen door de oplevering in onderdelen in te delen. Dan kunnen in een keer grotere onderdelen gekeurd worden en hoeft niet per onderdeel omschreven te worden of het goed dan wel afgekeurd is. Om de oplevering voorspoedig te laten voorlopen, zou het ook een mogelijkheid kunnen zijn om de oplevering digitaal vast te leggen. Zo kan er geen onduidelijkheid meer bestaan of een gebrek is ontdekt bij de oplevering en wordt de aansprakelijkheid van de aannemer beperkt. De voorkeur gaat dan uit naar het filmen van de oplevering wanneer opdrachtgever en LAUDY het werk opnemen ter goedkeuring. Hierdoor kan er ook geen discussie ontstaan over het feit of een gebrek door ingebruikname is gekomen.
2. Het hoofdstuk in het Handboek Managementsystemen dient aangepast te worden bij inwerkingtreding van de nieuwe regelgeving. Bij de beschrijving van de formulieren, dient de werkwijze van het programma Snagstream verwerkt te worden. Allereerst dat de oplevering middels het programma gebeurt en naar wie een opleveringsgebrek doorgezonden dient te worden. Daarnaast dient LAUDY expliciet in de werkwijze op te nemen dat de formulieren die in Snagstream zijn opgenomen deel uit moeten maken van het proces-verbaal van oplevering. LAUDY zal bovenstaande aanbevelingen moeten doorvoeren, omdat de werkwijze in het management handboek geen aansluiting meer vindt bij de praktijk. Op deze manier wordt het werkproces van de oplevering aangepast en nageleefd binnen de organisatie.
3. Indien LAUDY de aannemingsovereenkomst opstelt met een commerciële partij, dienen zij in de overeenkomst een bepaling op te nemen dat de aansprakelijkheid van de aannemer beperkt. Deze bepaling kan er als volgt uitzien:

“Artikel 7:758 lid 4 BW is niet van toepassing op deze overeenkomst”.

4. LAUDY zou ervoor kunnen kiezen uitdrukkelijk te verwijzen in de overeenkomst naar paragraaf 12 van de UAV. Hiermee wordt artikel 7:758 lid 4 uitgesloten.
5. LAUDY dient zich voor te bereiden op de komst van het gebouwdossier en dient een gedegen administratie bij te houden om aan de gevraagde documenten van artikel 7:757a BW te voldoen. Daarnaast zal in het contract een bepaling opgenomen dienen te worden die invulling geeft aan het gebouwdossier.
6. LAUDY dient in haar werkproces op te nemen dat de opdrachtgever schriftelijk op de hoogte zal worden gebracht van de mogelijkheid tot verlenging van het depot. Dit bericht mag niet eerder dan een maand na oplevering worden verstuurd, maar ook niet later dan twee maanden na oplevering. Aanbevolen wordt om in hetzelfde bericht te vermelden wanneer de

onderhoudstermijn is gestart. LAUDY dient ervoor te zorgen dat een afschrift van het bericht aan de notaris wordt gezonden. Verder dient LAUDY in de toekomst gelijkwaardige zekerheid te bieden in de contracten met consumenten.

7. LAUDY bouwt onder het garantie- en waarborgcertificaat van SWK waarbij gebruik moet worden gemaakt van de standaardovereenkomsten. In deze overeenkomst is de informatievoorziening reeds opgenomen in artikel 8. Dit betekent dat LAUDY hiervoor niets hoeft te wijzigen. Het artikel geldt alleen voor de bouw van een woning, dus er hoeven in andere gevallen ook geen veranderingen doorgevoerd te worden.
8. Om aan de kwaliteitsborging te voldoen, zal LAUDY met de onderaannemer in gesprek moeten gaan om een degelijke invulling te geven aan het systeem.
9. Het is LAUDY aan te raden een vervolgonderzoek te starten wanneer de wetswijziging definitief is en de markt hierop inspeelt. Doormiddel van uitspraken van de rechter en de Raad van Arbitrage zal dan meer duidelijkheid ontstaan betreffende de bedoeling van de wetgever ten aanzien van de bewijslastverdeling tussen de partijen bij een aansprakelijkstelling.
10. Ten slotte is het aan te bevelen dat LAUDY op zoek gaat naar een kwaliteitsborger die bij haar past en medewerkers te instrueren over de komende wetswijziging, zodat alle werknemer op de hoogte zijn van aankomende veranderingen en hoe de organisatie met deze veranderingen om zal gaan.

EVALUATIE

In dit hoofdstuk wordt verantwoord hoe het onderzoek is verlopen. Wat ik lastig vond aan het onderzoek en wat de sterke en zwakke eigenschappen van het onderzoek zijn. Daarnaast komt aan bod wat ik de volgende keer anders zou doen.

Het onderwerp van deze scriptie was al vrij snel duidelijk. De Wet kwaliteitsborging voor het bouwen is een actueel onderwerp dat voor een aannemingsbedrijf als LAUDY de moeite waard is om te onderzoeken. Het onderzoeken van een nieuwe wetgeving vond ik lastig. Je kan terugvallen op de kamerstukken, maar verder is er tot op heden niet veel over de wet te vinden. Wel zijn er in tijdschriften en andere bronnen artikelen te vinden. Echter, zijn deze allen gebaseerd op de kamerstukken. De invulling van de nieuwe wet is nog onderhevig aan de nodige onzekerheid, omdat de rechter en de Raad van Arbitrage nog geen invulling hebben gegeven over de werking van de wet in de praktijk. Ondanks dit, vond ik het leuk om onderzoek te doen naar deze wet. Tijdens de start van de stageperiode, en de start van het schrijven van de scriptie, moest ik bouwrecht nog leren kennen. Het was voor mij een totaal onbekend rechtsgebied, maar ondanks dat vond ik het erg interessant. Mede dankzij de hulp van mijn stagebegeleider heb ik het bouwrecht op een leuke manier eigen gemaakt.

Uit de praktijk is gebleken dat ook in het bouwrecht veel afhangt van de relatie tussen partijen. Dit is een factor die ik niet heb meegenomen in het onderzoek. Dit omdat ik bij het onderzoeken van deze nieuwe wet het verband tussen de praktijk en de theorie op dat gebied niet heb meegenomen. Het is ook lastig om aan de relatie tussen partijen iets concreets te verbinden. Het is namelijk vaak zo dat een relatie goed is, tot iets fout gaat.

Voordat ik ben gestart met het onderzoek heb ik veel artikelen en boeken gelezen. Ik moest eerst het bouwrecht onder de knie krijgen alvorens ik inhoudelijk op de nieuwe wetgeving kon ingaan. Naar mijns inziens is een zwak punt in het onderzoek de beantwoording van de centrale vraag. Hieruit blijkt dat mijn vooronderzoek niet grondig genoeg was. Eigenlijk zou men de centrale vraag in twee delen moeten lezen. Eerst het deel voor de commerciële contracten, dit omvat het deelonderwerp oplevering en aansprakelijkheid. Naar mijn idee is dit een sterk deelonderwerp. Achteraf is ook gebleken dat hierover de meeste informatie te vinden is. Logisch, want over deze wijziging valt ook het meest te zeggen. Ik denk dat de aanbeveling voor LAUDY bruikbaar is, omdat zij de nieuwe regeling moeten uitsluiten óf het opleverproces zodanig aangepast dient te worden dat een verruiming van de aansprakelijkheid niet mogelijk is. Ik vond het beantwoorden van deze deelvraag dan ook het leukste onderdeel van de scriptie. Mede dankzij het interview dat ik gehouden heb. Omdat ik de regeling in het BW het onderzocht en de regeling in de UAV, val ik op sommige plekken in de herhaling.

De andere twee hoofdstukken vallen eigenlijk niet onder de centrale vraag. Dit komt doordat ze niet in commerciële contracten opgenomen dienen te worden. In de praktijk wordt er wel iets over opgenomen, maar dit is niet wettelijk verplicht. Ik denk dan ook dat dit het zwakke punt is van het onderzoek. Niet omdat de informatie niet correct is, maar omdat het eigenlijk geen wijziging is voor een commercieel contract. Voor deze wijziging zou het dus meer op zijn plaats wanneer 'consumentcontract' in de centrale vraag werkt was. Met een grondiger vooronderzoek had ik hierop kunnen inspelen. Daarnaast is er in het verleden nog het een en ander gewijzigd in het wetsvoorstel waardoor het lastig was om de rode draad in het onderzoek vast te houden.

Al met al denk ik dat een goed onderzoek verricht heb en dat LAUDY door middel van het lezen van deze scriptie weet wat haar te wachten staat op het moment dat de nieuwe wet van kracht wordt. De wet gaat voor gevolgklasse 1 naar verwachting op 1 januari 2018 in. Dit houdt in dat LAUDY nog enige tijd heeft om een geschikte kwaliteitsborger te zoeken en in te spelen op de aanbevelingen die in dit rapport worden gedaan. Natuurlijk zal op een hoog niveau in de organisatie beslist moeten worden hoe er uiteindelijk invulling wordt gegeven aan de commerciële contracten.

Graag had ik het gehele traject van het wetsvoorstel willen volgen. Op het moment van schrijven van deze verantwoording is er een Memorie van Antwoord op de eerste vragenronde in de Eerste Kamer. Helaas kan ik de antwoorden van deze Memorie van Antwoord niet meer verwerken in het onderzoek, omdat daar niet meer genoeg tijd voor is. Ik ga na het afronden van dit onderzoek het verdere verloop van het wetsvoorstel zeker volgen en ben ook erg benieuwd wat dit teweeg gaat brengen in het bouwrecht.

LITERATUURLIJST

Lijst van verkort aangehaalde literatuur:

Asser & Van den Berg 7-VI 2013

M.A.M.C. Van den Berg, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Asser & Van den Berg 5-IIIC 2007

M.A.M.C. Van den Berg, *mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IIC. Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2007.

Van den Berg, A.G. Bregman en Chao-Duivis 2013

M.A.M.C. van den Berg, *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: Instituut voor het bouwrecht 2013.

Chao-Duivis 2012

M.A.B. Chao-Duivis, *Praktijkboek contracteren in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor het bouwrecht 2012.

Moesker 2017

H.C.W. Moesker, *Beslissend stadium wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het bouwen. Waar geen wil is, is geen weg*, ibrtracker.nl 6 februari 2017.

Schaaijk 2015

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2015.

S.J.H. Rutten 2014

S.J.H. Rutten, *Praktijkboek verjarings- en vervaltermijnen in de bouw*, 's-Gravenhage: Instituut voor het bouwrecht, 2014.

Artikelen

Tijdschrift voor Bouwrecht

E.M. Bruggeman, 'De privaatrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel I)', *TBR* 2016/6.

Tijdschrift voor Bouwrecht

E.M. Bruggeman, 'De privaatrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel II)', *TBR* 2016/7.

Tijdschrift voor Bouwrecht

E.M. Bruggeman, 'De privaatrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel III)', *TBR* 2016/8.

Tijdschrift voor Bouwrecht

M.A.B. Chao-Duivis, 'Verwarring en verwatering bij wetsvoorstel Kwaliteitsborging', *TBR* 2017/3.

BRONNENLIJST

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 2016/17, 34 453, A.

Kamerstukken I 2016/17, 34 453, B.

Kamerstukken I 2016/17, 34 453, D.

Kamerstukken II 2016/17, 34 453, 1.

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, 3.

Kamerstukken II 2015/16, 34 453, 3.

Kamerstukken II 2015/16, 34 453, 6.

Kamerstukken II 2016/17, 34 453, 17.

Rapporten

B. Hof en N. Rosenboom 2013

B. Hof, *Positie bouwconsument, Knelpunten en oplossingsrichtingen*, SEO Economisch Onderzoek 2013, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 32 747, 91.

Elektronische bronnen

www.laudybouw.nl/wie-we-zijn/

www.wieringa-advocaten.nl (zoek op: *redelijke termijn van klagen verborgen gebrek*).

www.swk.nl (zoek op: *organisatie SWK*).

www.swk.nl (zoek op: *Garantie- en waarborgregeling 2014*).

www.swk.nl (zoek op: *VKB instrument kwaliteitsborging*).

www.creditexpo.nl (zoek op: *bankgarantie*).

JURISPRUDENTIELIJST

Lijst van verkort aangehaalde jurisprudentie:

Hoge Raad

HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:95.

HR 11 juni 2010, NJ 2010/331.

HR 23 november 2007, LJN BB3733, NJ 2008, 552 (*Ploum/Smeets*).

HR 13 maart 1981, NJ 1981/635.

HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79. (*Multi Vastgoed/Nethou*).

HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600. (*Van de Steeg/Rabobank*).

Gerechtshof

Hof Amsterdam 5 juli 2007, TBR 2008, P. 577.

Rechtbank

Rb Rotterdam 7 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9530.

Raad van Arbitrage voor de Bouw

RvA 7 september 1979, BR 1980, p.42.

RvA 19 maart 2012, No. 31.6541.

RvA 17 augustus 2005, No. 25.054/25.995 (*Geknapte Ankerstangen*).

RvA 19 november 2009, nr. 31.029.

RvA 14 december 2010, nr. 32.307.

RvA 9 mei 2005, 16 141, BR 2006, 274.

RvA 30 januari 2003, 24355.

RvA 4 juli 1997, nr. 18297.

RvA 14 november 1989, BR 1990, p. 710.

RvA 20 juni 2003, BR 2003, 981.

