

Voorwoord

Het eerste deel van deze serie ‘Hoofdstukken Bouwrecht’ was gewijd aan de oplevering van een bouwwerk en aan een meestal daaropvolgende onderhoudsperiode, alsmede aan veel voorkomende garantieregelingen in de bouw.

In het onderhavige deel van deze serie wordt de aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode behandeld; een onderwerp dat blijkens de daarover verschenen literatuur en vooral de daarop betrekking hebbende jurisprudentie tot de belangrijkste van het privaatrechtelijke bouwrecht moet worden gerekend. Tevens wordt aandacht besteed aan hetgeen in het Ontwerp NBW omtrent de aansprakelijkheid na de oplevering is opgenomen.

De in het eerste deel begonnen nummering van de hoofdstukken en paragrafen is in dit deel voortgezet.

Volgende delen zullen andere voor de bouwpraktijk van belang zijnde onderwerpen bevatten, zoals korting (boete) in geval van te late oplevering, het risico voor het werk vóór de oplevering, kwesties van meer en minder werk, enz.

Wassenaar, januari 1984
M.A. van Wijngaarden

Bijzonder voorwoord mr. L. Mundt

Als beginnend advocaat kwam ik inmiddels bijna twintig jaar geleden voor het eerst in aanraking met de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht (toen nog Hoofdstukken Bouwrecht). Van Wijngaarden was de goeroe die mij begeleidde bij de eerste stapjes op het toen voor mij nog onontgonnen terrein van het bouwrecht. In de loop der jaren is het altijd een onmisbaar naslagwerk gebleven. Vaak de eerste stap in een zoektocht naar jurisprudentie die helpt om het standpunt van de cliënt nog beter te onderbouwen. Een nieuwe moderne uitstraling en de huidige actualisering zorgen er ongetwijfeld voor dat het nog lang een onmisbaar naslagwerk zal blijven voor beginnende en ervaren advocaten en juristen.

Deel 1 van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht gaat in op één van de belangrijkste momenten tijdens het bouwproces: de oplevering. De opnemings- en goedkeuring, de kleine gebreken die oplevering niet in de weg kunnen staan, de vervroegde ingebruikneming. Onderwerpen waar aannemers en opdrachtgevers altijd weer mee te maken krijgen. De onderhoudsperiode wordt apart besproken en een nieuw hoofdstuk is gewijd aan herstel van gebreken en de financiële vergoeding wegens gebreken. De herstelverplichting en/of de financiële vergoeding is in de praktijk vaak onderwerp van discussie. Herstel is niet alleen een verplichting die in sommige gevallen op de aannemer rust maar een aannemer heeft ook een recht om zelf te

mogen herstellen. Zelf herstellen zal vaak voordeliger zijn voor de aannemer dan herstel door een derde en het betalen van een schadevergoeding. Dat aan deze onderwerpen een apart hoofdstuk wordt besteed zal in de praktijk ongetwijfeld een nuttige toevoeging blijken.

Deel 2 van de serie gaat in op de aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering. Bij het bespreken van de regelingen en de jurisprudentie wordt een helder onderscheid gemaakt tussen enerzijds de wettelijke aansprakelijkheid en anderzijds de aansprakelijkheid op basis van de algemene voorwaarden. Ten slotte komt het beroep op de garantie aan bod, ook in verhouding tot een vordering uit hoofde van een wanprestatie en een vordering uit hoofde van een verborgen gebrek.

Deel 1 en 2 geven gezamenlijk een mooi overzicht van de juridische vraagstukken die rondom en na de oplevering kunnen spelen.

Mijn dank gaat uit naar Maarten van Wijngaarden (en degenen die hem daarbij hielpen), die de serie opzette en lange tijd alleen in stand hield en naar Monika die sinds zijn overlijden de taak om dit onmisbare naslagwerk in stand te houden op zich heeft genomen.

Maart 2018

Mr. Leonie Mundt

Voorwoord bij de eerste druk van Deel 1 en 2 Bouwrecht (nieuwe opzet)

In de Delen 1 en 2 zijn de volgende wijzigingen ten opzichte van de laatste druk oude opzet uit 2014 doorgevoerd:

1. In beide delen zijn de bespreking van de regelgeving en de opname van de rechtspraak inzake consumentenbescherming verwijderd. Het consumentenrecht wordt onderwerp van Deel 19 dat nog moet verschijnen.
2. De bespreking van de garanties is overgebracht van Deel 1 naar Deel 2, omdat het daar beter past wat betreft de aansprakelijkheid na oplevering.

Daarnaast is uiteraard weer veel nieuwe rechtspraak opgenomen.

Mr. L. Mundt was bereid het bijzondere voorwoord voor de Delen 1 en 2 te schrijven. Daar zeg ik haar graag dank voor.

Een woord van dank is ook verschuldigd aan Annemieke van Garling voor de begeleiding van het anders opzetten van de serie.

Voor het nieuwe omslagontwerp gaat mijn dank uit naar Marco Bolsenbroek. Met de vier afbeeldingen, die representatief zijn voor de grote gebieden van het bouwrecht (de infrastructuur in de brede zin van het woord en de B&U bouw) is een knipoog gemaakt naar het omslag, waarmee de serie in 1984 op de markt kwam en waar ook een viertal afbeeldingen met dezelfde symbolische betekenis zijn opgenomen.

's-Gravenhage, februari 2018

M.A.B. Chao-Duivis

Verantwoording van de nieuwe opzet van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht

De grondlegger van deze serie, Maarten van Wijngaarden, heeft mij lang geleden eens toevertrouwd dat hij voor de opzet van deze serie aanknoopte bij die onderwerpen, waarop de meeste rechtspraak verscheen. Het kwam hem voor, dat de praktijk en de wetenschap het meest behoefte hadden aan geordende rechtspraak op juist die onderwerpen.

Dat is de reden dat deze serie in Deel 1 start met de oplevering en in Deel 2 de aansprakelijkheid na oplevering wordt behandeld. Binnen de boeken zelf werd de stof geordend in hoofdstukken, die inhoudelijk het stramien van algemeen naar meer bijzonder volgden.

Wat in de loop der jaren evenwel moeizamer werd, was het feit dat Van Wijngaarden ervoor gekozen had om de inhoud in paragrafen onder te brengen, die doornummerden. Het was daardoor onvermijdelijk geworden om een nieuw onderwerp dat logischerwijs in Deel A, Hoofdstuk B tussen paragraaf 300 en 301 hoorde, te voorzien van een letter: 300a en soms moest zelfs meer dan één nummer tussengevoegd worden. Dat kwam de overzichtelijkheid niet ten goede. Daar kwam nog bij, dat de online uitgave technisch bemoeilijkt werd door dit systeem.

Vroeg of laat zou dan ook het moment aanbreken om met dit systeem te breken en een andere, meer gebruikelijke ordening aan te brengen. Dit bleek zoveel werk te zijn, dat is afgezien van het aanvankelijke voornemen de serie in zijn geheel om te gooien opdat in grote lijnen de volgorde van de meest voorkomende algemene voorwaarden zou worden gevolgd.

De volgorde van de delen is daarom in beginsel dezelfde gebleven vanuit de gedachte, die hopelijk juist is, dat de lezer daarmee vertrouwd is.

Wel zijn de volgende veranderingen wat opzet en inhoud betreft, aangebracht:

1. ieder hoofdstuk begint met een nieuwe nummering en ieder hoofdstuk kent paragrafen en subparagrafen;
2. de thema's worden in beginsel steeds in twee hoofdstukken behandeld: een hoofdstuk met de regelingen van een thema en een hoofdstuk met rechtspraak; daarbij is zo veel mogelijk gewerkt met duidelijk afgeronde onderwerpen, waardoor de inhoudsopgave net als in het verleden uitgebreid is en voor de lezer in een oogopslag duidelijk maakt waar iets gevonden kan worden;
3. sommige onderwerpen zijn of worden geconcentreerder bij elkaar geplaatst, bijvoorbeeld het consumentenrecht: daar wordt een eigen boek aan gewijd: Deel 19 en dat heeft met name consequenties voor Deel 1, maar ook in de andere delen worden de verwijzingen die typisch zijn voor het consumentenrecht verwijderd en overgebracht naar het nieuwe Deel 19;
4. sommige thema's zijn nog wat verder opgesplitst, zo zal Deel 24 gewijd zijn aan de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht; de materiële onderwerpen van het aanbestedingsrecht blijven in vier aparte delen (Delen 20 tot en met 23) ondergebracht;

5. sommige thema's zijn uitgebreider behandeld (zoals de werkzaamheden en verplichtingen van de aannemer in Deel 14 en de verplichtingen van de opdrachtgever in Deel 16);
6. waar dat functioneel is, worden titels neutraler geformuleerd, omdat de wereld van het bouwcontractenrecht sinds de start van de serie in 1984 nu eenmaal ingrijpend is veranderd;
7. dit laatste zal ook met verschillende termen gebeuren, maar ook hier alleen als dit functioneel is en geen afbreuk doet aan de 'kleur' van de bouw- dan wel aanbestedingswereld. Om die reden is ervoor gekozen om in beginsel uitdrukkelijk te blijven spreken van 'aannemer', in par. 1.1.1 van Deel 14 (nieuwe opzet) wordt uitgelegd wat onder die term verstaan wordt. Raakt de term in onbruik dan zal de terminologie worden aangepast;
8. door de nieuwe opzet wordt de serie uitgebreid van 18 delen naar 24; sommige delen worden iets omvangrijker, maar naar verwachting zullen de meeste delen iets minder omvangrijk worden;
9. het registerdeel komt met de nieuwe opzet te vervallen;
10. het trefwoordenregister is vervallen.

Ik hoop en verwacht dat deze nieuwe opzet, die inhoudelijk geheel in de geest van Maarten van Wijngaarden blijft, nog meer dan voorheen de bouwrechtjuristen van dienst zal zijn.

's-Gravenhage, februari 2018

M.A.B. Chao-Duivis

Aanwijzingen bij het gebruik van deze serie

Waar in deze Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht bij uitspraken van de Raad van Arbitrage voor de Bouw wordt vermeld 'niet gepubliceerd', wordt bedoeld dat deze uitspraken niet zijn gepubliceerd in een van de gebruikelijke tijdschriften, zoals *Tijdschrift voor Bouwrecht*, *Bouwrecht*, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* of *Tijdschrift voor Arbitrage*.

Op de website van de Raad van Arbitrage, www.raadvanarbitrage.nl, zijn alle uitspraken teruggaand tot 1992 te raadplegen. Tevens worden nieuwe uitspraken aldaar gepubliceerd. Voor uitspraken van de overheidsrechter wordt verwezen naar www.rechtspraak.nl, waar het overgrote deel van de uitspraken van de overheidsrechter sinds 1999 wordt gepubliceerd. Voor de uitspraken van de Geschillencommissie Garantiewoningen wordt verwezen naar: www.degeschillencommissie.nl/klacht-indienen/eerdere-uitspraken.

De uitspraken die in dit boek zijn verwerkt, zijn in beginsel letterlijke citaten. Schrijver dezes heeft zich de vrijheid veroorloofd een enkele keer, wanneer er sprake is van een hinderlijke typefout, deze te verbeteren. Dat is gedaan zonder opnemings van een zin in de trant van: '[bedoeld zal zijn..., MC]'. Dit zou storend werken.

Een woord dat door de auteur uit de uitspraak is verwijderd, omdat het niet op de juiste plaats stond, twee keer is geplaatst of ten onrechte is opgenomen, is tussen vierkante haken geplaatst. Een woord dat niet in de uitspraak stond en dat door

VOORWOORD

de auteur is opgenomen, is ook tussen vierkante haken geplaatst, met de volgende toevoeging: [..., MC].

De vindplaatsen van de uitspraken zijn vermeld, waardoor de weergave van de uitspraken te allen tijde is te controleren. Waar gebruik is gemaakt van een uitspraak die niet gepubliceerd is, zijn geen typefouten hersteld.

Hoofdstuk 1

Inleiding op dit deel

- 1.1 Inleiding op dit deel
- 1.2 Opzet van dit deel

1.1 *Inleiding op dit deel*

De aansprakelijkheid na oplevering kan intreden met de oplevering; ook is mogelijk dat een onderhoudsperiode is overeengekomen, en dan treedt de aansprakelijkheid na oplevering eerst in nadat die periode is voltooid.

In dit deel gaat het om de aansprakelijkheid na oplevering.

De hoofdregel inzake de aansprakelijkheid na oplevering is dat de aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk is. Op deze hoofdregel is een belangrijke uitzondering geformuleerd in zowel de algemene voorwaarden als in de wet, die er in het kort op neerkomt dat in geval van verborgen gebreken de aannemer van aansprakelijkheid niet is ontslagen. Wat onder een verborgen gebrek verstaan moet worden, is in de verschillende algemene voorwaarden en in de wet niet gelijklopend geregeld. Deze regelingen zijn in dit deel opgenomen.

De gedachte achter de regeling dat de aannemer voor zichtbare gebreken niet aansprakelijk is, is dat de opdrachtgever deze gebreken geacht wordt te hebben aanvaard.¹ De oplevering is een rechtshandeling en dient derhalve te voldoen aan de eisen die in dat verband gelden. Met name, maar niet alleen uiteraard, is van belang dat wil en verklaring overeenstemmen, zie art. 3:33 BW e.v. en dat er geen sprake is van een wilsgebrek, zie art. 3:44 BW (bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden) en zie art. 6:228 BW voor het beroep op dwaling. Het is mogelijk dat aanvaarding onder een voorbehoud betreffende een bepaald gebrek plaatsvindt, maar dat vereist wel dat dat duidelijk blijkt uit het proces-verbaal van oplevering.²

1. Zie bijv. *RvA 9 juni 2016, nr. 35.144*:

'48. (...) Arbitrer acht dit geen verborgen gebrek: het ontbreken van hemelwaterafvoeren is gewoon te zien en ook het op tegenschot liggen van een dakgoot is voor een normaal deskundige waarneembaar bij een normaal zorgvuldige oplevering. Arbitrer is derhalve van oordeel dat de uitvoeringswijze bij oplevering als aanvaard moet worden beschouwd en wijst de vordering ter zake af.'
Zie voor meer rechtspraak m.n. par. 4.1.2.1.

2. Zie *RvA 28 mei 1985, nr. 11.388, BR 1985, p. 795, m.nt. H.O. Thunnissen; Bloemlezing 1984 t/m 1985, p. 220*:
Op zichzelf kunnen arbiters zich voorstellen, dat de aanvaarding voor oplevering een stilzwijgend voorbehoud bevatte voor het geval uit het in uitzicht gestelde onderzoek zou blijken dat het bitumengehalte te laag was, doch het lijkt niet redelijk een dergelijk stilzwijgend voorbehoud gehandhaafd te achten tot méér dan 1½ jaar nadat het werk voor oplevering is aanvaard. Indien dan al na het afkomen van de onderzoekresultaten nog gebruik zou kunnen worden gemaakt van het stilzwijgende voorbehoud, had zulks op de kortst mogelijke termijn duidelijk moeten geschieden. Daarvan is in casu geen sprake geweest.
En zie voorts: *RvA 1 juni 1993, nr. 15.092*:

Een enkele keer komt het voor in de praktijk, dat aan de opdrachtgever wordt tegengeworpen erin bewilligd te hebben dat de aannemer na oplevering in het geheel niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen in het werk, dus ook niet voor verborgen gebreken. De vraag, die dan kan rijzen in geschillen, is of op een dergelijke exoneration een beroep gedaan kan worden of dat in strijd is met de in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. In vorige drukken van dit deel was enige rechtspraak hierover opgenomen in nr. 85. Deze rechtspraak betrof overwegend zaken, waarbij de UAV 1968 van toepassing was. Deze rechtspraak is niet meer opgenomen in dit deel. Wel zal dit onderwerp aan de orde komen in Deel 13 (nieuwe opzet), gewijd aan het leerstuk van de algemene voorwaarden/redelijkheid en billijkheid (thans nog Deel 12A (oude opzet)).

De vraag of deze aansprakelijkheidsregeling niet voor verandering vatbaar zou zijn, is onder ogen gezien in het rapport 'Onderzoek naar privaatrechtelijke verbeteringsmogelijkheden van de bouwkwaliteit'.³ Aan de managementsamenvatting van dat rapport wordt het volgende ontleend:

'7. De vraag die onderwerp was van deze paragraaf was: welke bescherming biedt het (bouw)contractenrecht aan de consument⁴ van een bouwproduct mede in het zicht van het wegvallen van de preventieve bouwtoets. Daartoe zijn de belangrijkste contractuele regelingen betreffende de aansprakelijkheid van de aannemer/opdrachtnemer nagelopen en in kaart gebracht.

8. De volgende conclusies kunnen worden getrokken:

1) De hoofdregel in het BW en in de UAV 2012 (1989) en UAV-GC 2005 is, dat na oplevering de aannemer/opdrachtnemer ontslagen is van aansprakelijkheid behoudens aansprakelijkheid voor verborgen gebreken.

2) Het begrip verborgen gebreken is een relatief begrip, waarvan de invulling in concreto afhankelijk is van de deskundigheid van degene die toezicht hield, met dien verstande dat

i) de wet het toezichtsmoment beperkt tot het moment van oplevering,

ii) de UAV-GC 2005 twee relevante momenten kent met voor ieder moment een eigen criterium: op het moment van oplevering namelijk het criterium 'daadwerkelijk opgemerkt hebben voorafgaand aan de oplevering' en het criterium 'redelijkerwijs had moeten ontdekken op het tijdstip van oplevering',

iii) de UAV 2012 (1989) twee momenten kent: de periode voorafgaand aan het moment van oplevering en de oplevering met als enige beoordelingscriterium wat de opdrachtgever had kunnen onderkennen en

iv) de koop-/aannemingsovereenkomst een zelfde stelsel bevat als de UAV 2012 (1989) met dien verstande dat aan deze overeenkomst de garantie- en waarborgregeling vrijwel standaard gekoppeld is, waardoor het systeem van zijn scherpe kanten is ontdaan.

3) Het feit, dat het bij het verborgen gebrek in alle regelingen om een relatief begrip gaat, betekent dat er weerkerende rechtspraak is waarin arbiters/rechters zich moeten uitspreken over de vraag of in casu sprake was van een verborgen gebrek.

In enkele van de opleveringsrapporten was vermeld: 'Koper merkt op niet gelukkig te zijn met de borstweringhoogte op de 1e verdieping'.

Arbiters: Deze uitspraken in de opleveringsrapporten zijn onvoldoende om aan te nemen dat deze eisers bedoelden een uitdrukkelijke opleveringsklacht, dan wel een uitdrukkelijk voorbehoud, kenbaar te maken; in redelijkheid kunnen zij ook niet als zodanig worden aangemerkt. Eisers moeten daarom geacht worden de hun opgeleverde woningen op dit punt te hebben aanvaard.

3. Onderzoek naar privaatrechtelijke verbeteringsmogelijkheden van de bouwkwaliteit, M.A.B. Chao-Duivis en H.P.C.W. Strang, februari 2013, Instituut voor Bouwrecht, 2013.

4. Consument hier in de brede betekenis van het woord: afnemer van een bouwproduct.

4) Het stelsel van en de rechtspraak inzake verborgen gebreken zijn beide in de literatuur bestreden, maar tot nu is slechts twee keer gepleit om het systeem ten principale te veranderen. In de internationale literatuur is van belang, dat het voorstel voor een 'Europees Burgerlijk Wetboek' (Principles of European Law Service Contracts/PELSC) inhoudt dat oplevering niet leidt tot een verlies van recht van de opdrachtgever.

5) Het stelsel van aansprakelijkheid maakt dat ingeval er sprake is van meer betrokkenen bij een bouwfout de opdrachtgever niet alleen moet bewijzen dat er een gebrek is, maar ook dat hij moet bewijzen aan wie dit gebrek moet worden toegerekend ('wie heeft het veroorzaakt') en of het gebrek aan deze partij ook toerekenbaar is.

6) In het Franse stelsel speelt het verborgen gebrek ook een rol in het aansprakelijkheidsstelsel, maar daar bestaan belangrijke aanvullingen op. Om te beginnen wordt de deskundigheid van de directie niet aan de opdrachtgever toegerekend (waardoor feitelijk de groep van verborgen gebreken veel groter is) en is er van een verborgen gebrek sprake, dan zijn zowel ontwerpers als aannemers hoofdelijk aansprakelijk.⁵

Hierdoor is de positie van de opdrachtgever aanzienlijk verbeterd. Voorts bestaat er in Frankrijk een verzekeringsplicht voor zowel opdrachtgevers als opdrachtnemers.

Deze juridische verschillen met Nederland hebben echter niet tot gevolg gehad dat de bouw veel beter presteert. De invloed van verzekeringen in combinatie met het ontbreken van sanctiemogelijkheden van verzekeraars jegens verantwoordelijke partijen lijkt een storende invloed te hebben op het presteren van partijen.

7) In de internationale literatuur (PELSC) blijkt een belangrijke groep van auteurs voorstander te zijn van een stelsel waarbij de aannemer na oplevering zijn aansprakelijkheid niet beperkt en waarbij er geen rechtsverlies optreedt voor opdrachtgevers in verband met het feit dat zij onderzoek hebben verricht dan wel gebreken hadden kunnen onderkennen.

8) In de consumentenbouw is al enkele tientallen jaren geleden een ver ontwikkeld systeem van bescherming van de consument van een nieuwbouwwoning tot stand gekomen. Dat systeem knoopt aan bij de bestaande aansprakelijkheidssystematiek (samengevat: na oplevering geen aansprakelijkheid behoudens voor verborgen gebreken).

Aan deze systematiek is echter een garantie- en waarborgregeling gekoppeld, waardoor de consument verzekerd is van de kwaliteit van de woning op het niveau van de eisen van het Bouwbesluit en wel zo, dat dit een resultaatverbintenis is rustend op zijn wederpartij. De consument moet wel bewijzen dat er een gebrek is, maar vragen van toerekening van dit gebrek aan de ondernemer spelen niet. Daar komt voorts bij dat er laagdrempelige arbitrage is. Voorts zijn de ondernemers onderworpen aan controles door hun organisaties (Woningborg en SWK), die op hun beurt ook weer dienen te voldoen aan kwaliteitseisen. Woningborg en SWK hebben een machtsmiddel om de opdrachtnemers te dwingen tot bouwen conform de gewenste eisen.'

Vervolgens zijn t.a.p. de volgende aanbevelingen gedaan:

'a) Algemene aanbeveling

De positie van de opdrachtgever is op verschillende manieren te verbeteren. Uit deze manieren kan een keuze gemaakt worden. De algemene aanbeveling die in dit tweede deel van het rapport wordt gedaan, is dat naar deze verschillende mogelijkheden onderzoek wordt verricht alsmede dat overleg met de betrokkenen wordt verricht (markt, wetenschap, advocatuur, opdrachtgevers etc.). Op die manier kan draagvlak ontstaan voor wijzigingen. Dit draagvlak is van belang, want het aansprakelijkheidsstelsel is als het ware een "zero sum game": de juridische verbetering van de positie van de ene partij betekent automatisch juridisch een verslechtering van de positie van de andere partij. Anders gezegd: het gaat hier om communicerende vaten. Overleg is essentieel voor draagvlak. De hoop is uiteraard wel, dat door de prikkels die van het aansprakelijkheidsrecht sterker uit zullen gaan, er een kwaliteitsverbetering zal optreden, waardoor de juridische 'aanwezigheid' teruggedrongen zal worden.

5. Naar Nederlands recht kan er sprake zijn van hoofdelijkheid tussen ontwerper en aannemer, maar dat is geen automatisme in geval van verborgen gebreken, zoals dat wel in Frankrijk het geval is.

b) Gedetailleerdere aanbevelingen⁶

1) De positie van de opdrachtgever in het bouwcontractenrecht is te verbeteren door aanpassing van de zinsnede in art. 7:758 lid 3 BW “gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken” (kort gezegd “zichtbaar gebrek”). Dit begrip/deze tournure dient ontdaan te worden van zijn relatieve betekenis door een duidelijke omschrijving van de begrippen zichtbaar en verborgen gebrek. Dit moet dan neerkomen op het volgende: de aannemer is na oplevering alleen aansprakelijk voor verborgen gebreken; een verborgen gebrek is een gebrek dat niet genoteerd is op het proces-verbaal van oplevering.

Op deze wijze blijft het huidige systeem van het BW ongewijzigd (na oplevering geen aansprakelijkheid behoudens voor verborgen gebreken) en is het begrip verborgen gebrek eenduidig geformuleerd. Als bewijs van wat de opdrachtgever heeft ontdekt, dient het proces-verbaal van oplevering. Eventueel kan aan deze wijziging gekoppeld worden een expliciete verplichting rustend op de opdrachtgever het werk op te nemen.

2) In het verlengde van dit voorstel ligt de mogelijkheid par. 12 UAV 2012 (1989) en de UAV-GC 2005 op vergelijkbare wijze te wijzigen.

De tekst van par. 12 leden 1 en 2 UAV 2012 (1989) zou als volgt kunnen komen te luiden:

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.

2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering indien sprake is van een gebrek:

(a) dat toe te rekenen is aan de aannemer en

(b) dat bovendien tijdens de uitvoering noch bij de opnemings van het werk als bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie (daadwerkelijk) is onderkend en waarvan

(c) de aannemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.

Par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 zou als volgt kunnen komen te luiden:

Na de feitelijke datum van oplevering is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het Werk of in enig onderdeel daarvan, tenzij:

(a) die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen, en bovendien

(b) de Opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering noch op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering die gebreken niet (daadwerkelijk) heeft opgemerkt.

Conform het voorstel dat inzake art. 7:758 lid 3 wordt gedaan, kan dit voorstel voor zowel de UAV 2012 als de UAV-GC 2005 nog aangevuld worden met een omschrijving in de beide sets van algemene voorwaarden van wat als (daadwerkelijk) opgemerkt moet worden beschouwd: gebreken die niet schriftelijk zijn meegedeeld aan de aannemer zijn niet (daadwerkelijk) opgemerkt. Op deze manier wordt de discussie over wat onderkend is, net als de discussie omtrent de vraag wat een verborgen gebrek is, afgekappt.

3) Deze wijziging kan/dient aangevuld (te) worden met een verborgen gebreken verzekering waarin voorzien is in uitputtende controles en waarbij goed rekening wordt gehouden met de mogelijke negatieve invloed van een verzekering op het goed (willen) presteren door degene wiens werk onderwerp van verzekering is (vergelijk de kritische opmerkingen naar aanleiding van het Franse stelsel van Gambon). Voorts zal bij een verzekeringsstelsel rekening gehouden moeten worden met hetgeen in Hoofdstuk 1 is opgemerkt in het daar aangehaalde rapport Evenwichtskunst van de WRR.

4) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is voorts te verbeteren door te komen tot een stelsel van wettelijke hoofdelijkheid vergelijkbaar met het Franse stelsel.

5) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is te verbeteren door aan het huidige stelsel van aansprakelijkheid een stelsel van garantie- en waarborgregelingen te verbinden, zoals dat bestaat in de consumentenwoningbouw.

6) De positie van de opdrachtgever van een bouwwerk is te verbeteren door de beperking van de aansprakelijkheid na oplevering (de beperking tot aansprakelijkheid voor verborgen gebreken) a) af te schaffen en b) uit te sluiten, dat aan toezicht consequenties inzake aansprakelijkheid worden verbonden; vergelijk daartoe de regeling in de PELSC.

6. De voorstellen 1 tot en met 5 sluiten elkaar niet uit en kunnen gecombineerd worden met elkaar.

Met het oog op het verkrijgen van draagvlak kan betoogd worden dat het in het algemeen aanbeveling verdient die wijzigingsvoorstellen te doen, die het dichtst bij de huidige regelingen liggen. De suggesties gedaan onder 1 en 2 knopen aan bij het huidige systeem van aansprakelijkheid, dat maakt deze mogelijk makkelijker aanvaardbaar. Het voorstel inzake de verzekering en de garanties is al bekend in deelgebieden in de bouw.

Het voorstel onder nummer 6 gaat een stap verder en zal moeilijker op brede instemming kunnen rusten van de markt en andere betrokkenen.

Daar staat tegenover dat het de wens van de Kamer is om te komen tot een verbetering van de positie van de opdrachtgever. Die verbetering wordt in aanzienlijke mate bewerkstelligd door de suggesties gedaan onder 1 tot en met 4.⁷

Het wetsvoorstel betreffende aansprakelijkheid na oplevering, zoals dat thans (begin februari 2018) bij de Eerste Kamer ligt, luidt als volgt:

Aan artikel 758 wordt een lid toegevoegd, luidende:

4. In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, voor zover de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In andere gevallen kan van dit lid alleen ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.⁷

Ten tijde van het naar de drukker gaan van dit deel is onbekend wat er met het wetsvoorstel gaat gebeuren.

Het aangehaalde rapport is uitgebracht n.a.v. de wens om te komen tot een wetsvoorstel om uitvoering te geven aan de wensen geformuleerd door de Commissie Dekker: 'Privaat wat kan, publiek wat moet', om de positie van de opdrachtgever te verbeteren.⁸

In het verlengde van het pleidooi om de aansprakelijkheidsregeling na oplevering te wijzigen, kan ook het pleidooi gezien worden door Baakman en Moret werd gehouden om de bewijslast inzake gebreken die onderwerp van een garantie ex par. 22 UAV 2012 (1989) zijn aan te passen. De schrijvers bepleiten een omkering van de bewijslast in die zin, dat de aannemer moet bewijzen dat gebreken met grote mate van waarschijnlijkheid moeten worden toegeschreven aan een omstandigheid waarvoor de opdrachtgever verantwoordelijk is.⁹

De regeling van de aansprakelijkheid na oplevering in de wet en in de algemene voorwaarden heeft gemeen dat het uitgangspunt van deze regelingen is, dat na oplevering de aannemer niet meer aansprakelijk is. De regelingen verschillen be-

-
7. Zie over dit voorstel verschillende bijdragen in Tijdschrift voor Bouwrecht verschenen in de periode 2016-2017; zie mijn bijdrage 'Een weeffout in oud en komend recht: de aansprakelijkheid na oplevering van bouwwerken', bijdrage aan *Ars Aequi-bundel Vijftig weeffouten in het BW*, onder redactie van C.C. de Kluyver, M.Th. Beumers, L.S.A. Trapman, A.M. Overheul en F.Q. van de Pol, Nijmegen 2017, p. 337 e.v.; zie voorts de website van de Stichting Instituut Bouwkwiteit, <http://www.stichtingibk.nl/> en van het Instituut voor Bouwrecht, www.ibr.nl.
 8. Het rapport is te downloaden van <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2008/05/14/rapport-commissie-dekker>; laatst geraadpleegd op 4 februari 2018. Zie voorts het genoemde rapport, p. 4.
 9. A. Moret en H.J. Baakman, 'Par. 22 UAV 2012 garantie, toch aan een herziening toe?', BR 2017, p. 311.

treffende de uitwerking van de uitzondering daarop. Die uitzondering komt er (te kort door de bocht) op neer, dat voor verborgen gebreken (gebreken die de opdrachtgever redelijkerwijs had kunnen/moeten ontdekken) de aannemer wel aansprakelijk is. De terminologie verschilt hier tussen de verschillende regelingen en materieel verschildt het moment waarop de opdrachtgever dan iets had moeten/kunnen ontdekken: in de wet gaat het om het tijdstip van oplevering (art. 7:758 lid 3 BW); in de UAV 2012 (1989) gaat het om de periode van uitvoering en het moment van opnemning van het werk (par. 12 lid 2 onder b); in de AVA 2013 gaat het om de onderhoudstermijn (als die overeengekomen is) of de oplevering; in de UAV-GC 2005 gaat het om de periode voorafgaand aan de oplevering en het moment van oplevering met dien verstande evenwel dat beide ‘momenten’ beheerst worden door verschillende criteria aan de hand waarvan wordt beoordeeld of de opdrachtgever iets had moeten ontdekken dan wel of hij iets had opgemerkt.

De meeste rechtspraak heeft zich ontwikkeld onder de UAV 2012 (1989) en de AVA 2013 (1992). Op de UAV-GC 2005 is op de hier aan de orde zijnde bepalingen nauwelijks rechtspraak voorhanden.

1.2 *Opzet van dit deel*

De regeling van de aansprakelijkheid na oplevering wordt uiteengezet in hoofdstuk 2. Daarna volgt in de hoofdstukken 3 en 4 de rechtspraak op resp. de wettelijke regeling en de regeling in de verschillende algemene voorwaarden. De aansprakelijkheid na oplevering betreft ook verleende garanties. Voor zover garanties onderwerp zijn van algemene voorwaarden zijn zowel de regeling als de rechtspraak in de zojuist genoemde hoofdstukken meegenomen. Los van de rechtspraak die goed te ordenen is in het kader van de specifieke bepalingen, is er op het onderwerp garanties ook rechtspraak die vooral van algemene betekenis is voor het leerstuk garanties. Die rechtspraak is in hoofdstuk 5 opgenomen. Het gaat daarbij met name om de garanties in het kader van de UAV 2012 (1989), AVA 2013 (1992) en UAV-GC 2005.¹⁰ De algemene rechtspraak, die ontstaan is in het kader van de consumenten Garantie- en Waarborgregeling wordt opgenomen in het nog te verschijnen Deel 19.

10. In het kader van de UAV-GC 2005 is er overigens nog geen rechtspraak inzake garanties.