

De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief



E.M. Bruggeman

De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief

ISBN 978-90-78066-36-1
NUR 822

© 2010, E.M. Bruggeman

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor

aan de Technische Universiteit Delft,

op gezag van de Rector Magnificus prof. dr. ir. J.T. Fokkema,

voorzitter van het College van Promoties,

in het openbaar ter verdediging op 25 januari 2010 om 15.00 uur

door Evelien Manon BRUGGEMAN

meester in de rechtsgeleerdheid

geboren te Amsterdam

Dit proefschrift is goedgekeurd door de promotor:

Prof. mr. dr. M.A.B.Chao-Duivis

Samenstelling van de promotiecommissie:

Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, Technische Universiteit Delft, promotor

Prof. mr. dr. M.A.M.C. van den Berg, Universiteit van Tilburg

Prof. mr. dr. Jac. Hijma, Universiteit Leiden

Prof. mr. dr. C.E.C. Jansen, Vrije Universiteit

Prof. mr. dr. J. de Jong, Technische Universiteit Delft

Prof. mr. dr. M.B.M. Loos, Universiteit van Amsterdam

Prof. mr. dr. J.G.J. Rinke, Open Universiteit

Voorwoord

*De tocht door de kloven was steil;
hij had langzaam de morgen bestegen
langs witte verpulverde wegen,
de rug gekromd naar de zee.*

H. Marsman, XLIX, De onvoltooide Tempel

Het schrijven van een proefschrift is als een tocht door steile kloven. Het gaat langzaam en kent zelden een plateau, een rotsblok of een bankje waarop even op adem kan worden gekomen en genoten kan worden van vergezichten op zee. Met het in boekvorm verschijnen van deze studie is de tocht ten einde. Vanaf nu zal er waarschijnlijk genoeg tijd zijn om wel van het uitzicht te gaan genieten.

De afgelopen jaren hebben velen mij geholpen dit project af te ronden. Dit voorwoord is de plek om deze mensen te bedanken voor hun hulp, hun geduld en hun aanmoedigingen.

Als eerste wil ik Monika Chao-Duivis bedanken voor het door haar in mij gestelde vertrouwen. Voorts voor het lezen en becommentariëren van mijn teksten en voor de vele e-mails met daarin ideeën voor nieuwe onderwerpen, nieuwe invalshoeken en verwijzingen naar uitspraken en literatuur die als inspiratiebron zouden kunnen dienen. Tevens wil ik prof. mr. M.A.M.C. van den Berg, prof. mr. Jac. Hijma, prof. mr. C.E.C. Jansen, prof. mr. J. de Jong, prof. mr. M.B.M. Loos en prof. mr. J.G.J. Rinkes bedanken voor hun bereidheid zitting te nemen in de promotiecommissie en voor de waardevolle opmerkingen die ik van hen mocht ontvangen.

Veel dank ben ik verschuldigd aan de leden van de begeleidingscommissie die de concepten van mijn stukken steeds aandachtig hebben bestudeerd en becommentarieerd; mr. P.L. Alers, mr. R.G.T. Bleeker, prof. mr. J. de Jong, mr. W.L. Louwers, mr. Y.R.R.R. de Mul, mr. G.A. van Rijk, mr. drs. R.M. Uittenbogaard-de Keyser, mr. R. van Veen, P. Chr. A. Wessels en mr. Z.G.J. Wijnands. De opmerkingen die ik kreeg en de discussies die bij de besprekingen werden gevoerd waren voor mij een inspiratiebron. De wetenschap dat een aantal mensen met belangstelling op mijn stukken zat te wachten maakte het telkens weer makkelijker om verder te werken en de tocht voort te zetten.

Ook wil ik de instanties bedanken die dit proefschrift financieel mogelijk hebben gemaakt: Het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijk Ordening en Milieubeheer, het Garantie Instituut Woningbouw, de Vereniging Eigen Huis, Heijmans Nederland, AM, Bouwfonds en Fortis Vastgoed Ontwikkeling.

Mijn dank gaat ook uit naar mijn collega's bij het IBR die mij met zo veel aspecten van het proefschrift hebben geholpen en mij lieten lachen tijdens de af en toe bi-

VOORWOORD

zarre lunchgesprekken: Ellen Boomer, Liesbet de Groot, Erna de Reus, Dana Buis, Arjan Bregman, Natasja van Wijk en de student-assistenten Jan-Hein Visser, Ichu Chao, Bas Visser, Selma Tas, Ebed Litaay, Hugo Strang en Amy Kessels. In het bijzonder moet ik Rob Kluitenberg bedanken voor al het werk dat hij heeft verzet om deze studie er in boekvorm, zowel aan de binnen- als de buitenkant, mooi uit te laten zien. En bovenal Regina Koning die regelmatig met de waterkoker en een doos rooibos-thee klaar zat om mij moed in te praten en goede adviezen te geven.

Dank ben ik ook verschuldigd aan mijn collega's bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad. Velen van hen weten wat het is om een proefschrift te schrijven. Het gevoel te hebben niet de enige te zijn (geweest) die een lange tocht maakte, zorgde ervoor dat het werk aan mijn proefschrift de laatste anderhalf jaar opmerkelijk makkelijk en snel voorbij ging. Veel dank ben ik ook verschuldigd aan Sjef Wuisman die mij de ruimte gaf vrij te nemen om aan mijn proefschrift te werken en die mij aanspoorde het vooral snel af te maken.

Ik wil deze plek ook gebruiken om mijn excuses aan te bieden aan al die vrienden die ik de afgelopen jaren heb verwaarloosd, voor alle verjaardagen die ik heb gemist, alle uitgestelde kraamvisites en alle feestjes waar ik vroeg wegging. De tocht door de kloven was vooral in dat opzicht steil en soms eenzaam, maar er zijn vele momenten geweest waarop vrienden en familie mij langs het parcours stonden op te wachten met water en met relativerende woorden. Ook deze mensen zorgden ervoor dat ik het einde van de kloof bereikte en niet de berg zou afhobbelen, terug naar het dorp in het dal waar mensen leefden zonder de ambitie de kloven door te lopen. In het bijzonder moet ik Caroline bedanken voor al het nakijkwerk en geduld en Mariëlle en Nikkie voor het feit dat zij mijn paranimfen willen zijn.

En als laatste: Hans. Je hebt me geholpen de calvinist in mij te los te laten en gas terug te nemen als dat nodig was. Zonder jou was dit werk er niet geweest. Ik dank je dat je er elke dag voor me was en klaarstond met een biertje en een goede grap. Dit boek is voor jou.

Evelien Bruggeman

Voorburg, november 2009

Het manuscript voor dit boek is op 1 november 2009 afgesloten. Met wetgeving, jurisprudentie en literatuur verschenen na dit tijdstip is geen rekening gehouden.

Inhoudsopgave

| | | |
|--------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Voorwoord | | v |
| Hoofdstuk 1 | Inleiding | 1 |
| 1.1 | Afbakening van het onderwerp | 2 |
| 1.2 | Opzet van de studie | 3 |
| 1.3 | Het Toetsingskader | 4 |
| 1.3.1 | Het Nederlands recht als toetsingskader | 4 |
| 1.3.2 | Het Europees toetsingskader | 5 |
| 1.4 | Methodologie | 8 |
| 1.5 | Bronnen en terminologie | 9 |
| 1.6 | Korte geschiedenis van de koop-/aannemingsovereenkomst en de bijbehorende algemene voorwaarden | 11 |
| Hoofdstuk 2 | Het Toetsingskader | 19 |
| 2.1 | Inleiding | 19 |
| 2.2 | Het Europees privaatrecht | 19 |
| 2.2.1 | Enkele opmerkingen over de ontwikkeling van het Europees privaatrecht | 20 |
| 2.2.2 | Europees privaatrechtelijk bouwrecht | 20 |
| 2.2.3 | Richtlijn oneerlijke bedingen | 22 |
| 2.2.3.1 | Implementatie | 23 |
| 2.2.3.2 | Enkele inhoudelijke aspecten van de Richtlijn | 25 |
| 2.2.3.3 | Onerlijk | 25 |
| 2.2.3.4 | Onerlijk en onredelijk bezwarend | 26 |
| 2.2.3.5 | Niet afzonderlijk onderhandeld | 27 |
| 2.2.4 | De richtlijn oneerlijke bedingen en de koop-/aannemings- overeenkomst | 28 |
| 2.2.5 | De betrokkenheid van belangenorganisaties en de oneerlijkheid van bedingen | 30 |
| 2.2.6 | Bedingen toegevoegd aan de overeenkomst buiten het model om | 32 |
| 2.3 | Europese beginselen | 33 |
| 2.3.1 | Verleden, heden en toekomst van het Europees privaatrecht | 33 |
| 2.3.1.1 | De eerste aanzet tot harmonisatie | 35 |
| 2.3.1.2 | Actieplan | 36 |
| 2.3.1.3 | The way forward en het Groenboek | 38 |
| 2.3.1.4 | Joint Network on European Private Law en het gemeenschappelijk referentiekader | 39 |
| 2.3.2 | Europese beginselen | 40 |
| 2.3.2.1 | Principles of European Contract Law | 41 |

| | | |
|--------------------|-------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.3.2.2 | Principles of European Law on Service Contracts | 44 |
| 2.3.3 | Conclusie | 46 |
| Hoofdstuk 3 | Aard en inhoud van de overeenkomst | 47 |
| 3.1 | Inleiding | 47 |
| 3.2 | Aard van de overeenkomst | 47 |
| 3.2.1 | Consumentenovereenkomst | 47 |
| 3.2.1.1 | Het begrip consument | 48 |
| 3.2.1.2 | De subjectieve en de objectieve leer | 49 |
| 3.2.1.3 | Gemengde aankopen | 51 |
| 3.2.2 | Resultaatsverbintenis | 53 |
| 3.2.3 | De koop-/aannemingsovereenkomst als algemene voorwaarden | 54 |
| 3.2.3.1 | Algemene voorwaarden | 55 |
| 3.2.3.2 | Het bestemmingscriterium | 55 |
| 3.2.3.3 | Kernbedingen | 56 |
| 3.2.4 | Gemengde overeenkomst | 57 |
| 3.2.4.1 | Een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 BW | 59 |
| 3.2.4.2 | Toepasselijke rechtsregels bij een gemengde overeenkomst | 60 |
| 3.2.4.3 | De koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst? | 62 |
| 3.3 | Inhoud van de overeenkomst | 64 |
| 3.3.1 | De koop-/aannemingsovereenkomst | 64 |
| 3.3.2 | De algemene voorwaarden | 65 |
| 3.3.2.1 | Voorgedrukte van toepassingsverklaring | 66 |
| 3.3.2.2 | Algemene voorwaarden en de Principles | 68 |
| 3.3.3 | De Garantie- en Waarborgregeling | 69 |
| 3.3.4 | Andere contractstukken | 71 |
| 3.3.4.1 | Verwijzen | 72 |
| 3.3.4.2 | Ondertekenen | 73 |
| 3.3.4.3 | Enige materiaal of zeer gedetailleerd materiaal | 74 |
| 3.3.5 | Afwijken van de overeenkomst | 75 |
| 3.3.5.1 | De praktijk van art. 12 KA | 76 |
| 3.3.5.2 | Karakter van art.12 KA: een Derdenbeding? | 79 |
| 3.3.5.3 | Nietigheid als sanctie | 82 |
| 3.3.5.4 | Conclusie ten aanzien van art. 12 KA | 83 |
| Hoofdstuk 4 | Uitleg van de overeenkomst | 85 |
| 4.1 | Inleiding | 85 |
| 4.1.1 | Uitleg en eensgezinde partijen | 85 |
| 4.2 | Uitleg en Haviltex | 86 |
| 4.3 | Objectieve uitleg van modelvoorwaarden: inleiding | 87 |
| 4.3.1 | De objectieve uitleg van CAO-bepalingen | 88 |
| 4.3.2 | DSM/Fox: de vloeiende overgang tussen Haviltex en CAO-bepalingen. | 89 |

| | | |
|----------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.3.3 | De model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden en de objectieve uitleg | 91 |
| 4.4 | Verdere uitwerking van de Haviltex-criteria | 93 |
| 4.4.1 | Duidelijke bewoordingen | 93 |
| 4.4.2 | De bedoeling der partijen | 94 |
| 4.4.3 | Aard van de overeenkomst | 96 |
| 4.4.4 | Gebruik | 97 |
| 4.4.5 | Bijschrijven | 98 |
| 4.4.6 | Gunstigste optie | 99 |
| 4.5 | Uitleg van de overeenkomst en de Principles | 101 |
| 4.5.1 | De uitlegeregels van hoofdstuk 5 PECL. | 102 |
| 4.5.1.1 | Impliciete afspraken of omissies (Hoofdstuk 6 PECL) | 105 |
| 4.6 | Rangorde bij tegenstrijdigheden in de situatie als onder de model koop-/aannemingsovereenkomst | 106 |
| 4.6.1 | De onderzoeksplicht van de verkrijger bij tegenstrijdigheden | 107 |
| 4.6.2 | Oude en nieuwe documenten: Errata | 109 |
| 4.6.3 | Strijdigheid overeenkomst met technische omschrijving | 110 |
| 4.6.4 | Strijdigheid verkoopbrochure met andere stukken | 111 |
| 4.6.5 | Strijdigheid stukken met artist impressions of maquettes | 112 |
| 4.6.5.1 | De zelfstandige waarde van artist impressions | 113 |
| 4.6.5.2 | Strijdigheid van artist impressions of maquettes met andere stukken | 115 |
| 4.6.6 | Waarde van monsters, modellen en modelwoningen | 116 |
| 4.6.6.1 | Monsters en modellen en het BW | 117 |
| 4.6.6.2 | Monsters en modellen onder de koop-/aannemingsovereenkomst | 118 |
| Hoofdstuk 5 Het sluiten van de overeenkomst | | 123 |
| 5.1 | Inleiding | 123 |
| 5.2 | Eis van schriftelijke vastlegging | 124 |
| 5.2.1 | Achtergrond en doel van de schriftelijkheidseis | 125 |
| 5.2.2 | Schriftelijkheidseis bij koop | 126 |
| 5.2.2.1 | Schriftelijke vastlegging en inhoud van het geschrift | 127 |
| 5.2.2.2 | Begrip tot bewoning bestemde onroerende zaak | 128 |
| 5.2.3 | Schriftelijkheidseis bij aanneming van werk | 132 |
| 5.2.3.1 | Het begrip woning | 133 |
| 5.2.3.2 | De bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort | 134 |
| 5.2.4 | De schriftelijkheidseis bij de koop-/aannemingsovereenkomst | 136 |
| 5.2.5 | Consequenties niet in acht nemen schriftelijkheidseis | 137 |
| 5.2.5.1 | Mondelinge overeenstemming | 138 |
| 5.2.5.2 | Reikwijdte van de schriftelijkheidseis | 145 |
| 5.3 | Bedenktijd | 147 |
| 5.3.1 | Achtergrond | 147 |
| 5.3.1.1 | De bedenktijd in het algemene verbintenissenrecht | 148 |
| 5.3.1.2 | De bedenktijd en de koop en aanneming van onroerende zaken | 150 |
| 5.3.1.3 | Afstand doen van de bedenktijd | 153 |

| | | |
|--------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5.3.1.4 | Herleving van de bedenktijd | 155 |
| 5.3.2 | Bedenktijd in de koop-/aannemingsovereenkomst | 156 |
| 5.3.2.1 | Vorm van de ontbinding | 157 |
| 5.3.2.2 | Datum van de ontbinding | 158 |
| 5.4 | Vormerkung | 159 |
| 5.4.1 | Inhoud en uitleg van de Vormerkung | 161 |
| 5.4.1.1 | Reikwijdte en duur van de bescherming door voorinschrijving | 161 |
| 5.4.1.2 | Wijze van voorinschrijving | 163 |
| 5.4.2 | Toepasselijkheid van de Vormerkung op de koop-/aannemingsovereenkomst | 164 |
| 5.4.2.1 | De Vormerkung en toekomstige goederen | 165 |
| 5.4.2.2 | Vormerkung en de koop-/aannemingsovereenkomst | 167 |
| 5.4.2.3 | Vormerkung standaard opnemen | 168 |
| 5.5 | De Principles en totstandkomingseisen | 169 |
| Hoofdstuk 6 | Zekerheidstelling en financiering | 173 |
| 6.1 | Inleiding | 173 |
| 6.2 | Waarborgsom of bankgarantie | 173 |
| 6.2.1 | Bankgarantie | 174 |
| 6.2.2 | Waarborgsom | 175 |
| 6.3 | Financiering | 176 |
| 6.3.1 | Financieringsvoorbehoud | 177 |
| 6.3.1.1 | Maximumbedrag | 178 |
| 6.3.1.2 | Normaal geldende voorwaarden | 179 |
| 6.3.2 | Inspanningsverplichting | 180 |
| 6.3.2.1 | Reikwijdte van de inspanningsverplichting | 182 |
| 6.3.2.2 | Te goeder trouw ten aanzien van de afwijzing | 185 |
| 6.3.2.3 | Aanvullende eisen voor het aantonen van en voldoen aan de inspanningsverplichting | 186 |
| 6.3.3 | Voor levering niet gestand blijven van hypotheekofferte | 189 |
| 6.3.4 | Doorhalen of schrappen van het financieringsvoorbehoud | 190 |
| 6.3.5 | Financieringsclausule: bestendig gebruikelijk beding of gewoonte-recht? | 193 |
| 6.3.5.1 | Bestendig gebruikelijke beding | 193 |
| 6.3.5.2 | Impliciete of stilzwijgende financieringsclausule | 195 |
| 6.3.5.3 | Gebruik, impliciete clausules en de schriftelijkheidseis | 196 |
| 6.3.6 | Nationale Hypotheek Garantie | 198 |
| 6.3.7 | Ontbinding en schadevergoeding | 200 |
| 6.3.7.1 | Ontbinding | 200 |
| 6.3.7.2 | Schadevergoeding | 202 |
| Hoofdstuk 7 | Betaling, subsidies en kostenwijziging | 205 |
| 7.1 | Betaling | 205 |
| 7.1.1 | De koop-/aanneemsom | 205 |

| | | |
|---------|------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.1.2 | Vergoeding over de grondkosten en de financieringsvergoeding | 207 |
| 7.1.3 | Betalings- en termijnregeling | 209 |
| 7.1.3.1 | Betalings- en termijnregeling volgens de overeenkomst | 210 |
| 7.1.3.2 | Betalings- en termijnregeling volgens het BW | 212 |
| 7.1.4 | Uitstel van betaling en uitstelrente | 212 |
| 7.1.4.1 | Onduidelijke bepaling | 214 |
| 7.1.5 | Te late betaling en boeterente | 216 |
| 7.1.6 | Opschorten betaling en de vijf procent-regel | 218 |
| 7.1.6.1 | Vrijval van het depot | 220 |
| 7.1.6.2 | Verlenging of handhaving van het depot | 220 |
| 7.1.6.3 | De rente over het depotbedrag | 221 |
| 7.1.6.4 | Geen recht tot inhouding | 223 |
| 7.1.6.5 | Opschorting van meer dan vijf procent op grond van art. 6:262 BW | 225 |
| 7.1.6.6 | De vijf procent-regel en de gemeenschappelijke delen van appartementen | 227 |
| 7.1.7 | Principles en betaling | 230 |
| 7.2 | Subsidies | 231 |
| 7.3 | Kostenwijzigingen | 234 |

Hoofdstuk 8 Levering van de grond 237

| | | |
|---------|------------------------------------------------------------------|-----|
| 8.1 | Inleiding | 237 |
| 8.2 | Levering van de grond | 237 |
| 8.2.1 | Wijze en tijdstip van levering | 237 |
| 8.2.1.1 | Wijze en tijdstip levering bij appartementen | 239 |
| 8.2.2 | Inhoud van de akte van levering | 240 |
| 8.2.3 | Erfpacht | 241 |
| 8.2.4 | Grond in eigendom van een derde | 242 |
| 8.2.5 | Boete bij niet meewerken | 242 |
| 8.2.5.1 | Anticipatieve ontbinding | 243 |
| 8.2.5.2 | Schadevergoeding en ontbinding | 246 |
| 8.3 | Lasten en beperkingen | 247 |
| 8.3.1 | Verwijzingen naar het Burgerlijk Wetboek | 248 |
| 8.3.2 | Bijzondere lasten en beperkingen | 249 |
| 8.3.3 | Uitdrukkelijk aanvaarden | 250 |
| 8.4 | Verontreiniging van de grond | 252 |
| 8.4.1 | Ontbinding en het proportionaliteitsbeginsel in de Principles | 256 |
| 8.5 | Levering van over- of ondermaat | 258 |
| 8.5.1 | De circa-bepaling | 259 |
| 8.5.2 | Verrekening van over- of ondermaat | 260 |
| 8.5.3 | Verrekening ondanks variant A | 260 |
| 8.5.3.1 | De praktijk van verrekening van over- en ondermaat | 261 |
| 8.5.3.2 | Redelijkheid en billijkheid en alle omstandigheden van het geval | 265 |
| 8.5.3.3 | Bewijs | 266 |
| 8.5.3.4 | Conclusie | 268 |

| | | |
|--------------------|-------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 8.5.4 | Art. 3 KA onredelijk bezwarend | 268 |
| 8.5.5 | Alternatief voor Optie A van art. 3 KA | 272 |
| 8.5.6 | Berekening schadevergoeding bij variant A | 273 |
| 8.5.6.1 | Grondprijs | 273 |
| 8.5.6.2 | Ex aequo et bono | 275 |
| 8.5.6.3 | Alle omstandigheden van het geval | 275 |
| 8.5.6.4 | Schadevergoeding en verschillende schade-elementen | 277 |
| 8.5.7 | Andere wegen om tot schadevergoeding te komen | 277 |
| Hoofdstuk 9 | Wijzigingen | 279 |
| 9.1 | Inleiding | 279 |
| 9.1.1 | Plaatsbepaling van wijzigingen in het contractenrecht | 280 |
| 9.1.2 | Wijziging | 280 |
| 9.1.3 | Een wijziging betekent niet altijd meer werk of meer kosten | 282 |
| 9.2 | Wijzigingen op verzoek van de verkrijger | 283 |
| 9.2.1 | Wijzigingen op verzoek van de verkrijger buiten art. 7 AV om | 285 |
| 9.2.2 | Wijzigingen op verzoek van de verkrijger volgens art. 7 AV | 285 |
| 9.2.3 | Verzoek tot wijziging | 287 |
| 9.2.4 | Het doorvoeren van de wijziging | 288 |
| 9.2.4.1 | Schriftelijk vastleggen van de wijziging | 289 |
| 9.2.4.2 | De prijs van de wijziging | 292 |
| 9.2.4.3 | Betaling van meerwerk en verrekening van minderwerk | 293 |
| 9.2.5 | Weigering van het verzoek tot wijziging | 294 |
| 9.2.5.1 | Wijziging ongewenst in verband met het stadium waarin de bouw zich bevindt | 295 |
| 9.2.5.2 | Wijziging in strijd met bouwplan of met normen waaraan de woning moet voldoen | 297 |
| 9.2.6 | Meerwerk door derden | 299 |
| 9.2.7 | Meerwerk en de Principles | 300 |
| 9.3 | Wijzigingen op initiatief van de ondernemer | 304 |
| 9.3.1 | Voorzienbaarheid | 304 |
| 9.3.2 | Informeren van de verkrijger over de wijziging | 305 |
| 9.3.3 | Wijziging ten opzichte van de situatietekening | 307 |
| 9.3.3.1 | Overheidsvoorschrift of andere gegronde reden | 309 |
| 9.3.4 | Noodzakelijke wijziging | 310 |
| 9.3.4.1 | Noodzakelijkheid | 311 |
| 9.3.4.2 | Geen afbreuk | 313 |
| 9.4 | Herstel, schadevergoeding en ontbinding | 314 |
| 9.4.1 | Herstel en schadevergoeding | 315 |
| 9.4.2 | Ontbinding | 316 |
| 9.4.2.1 | De proportionaliteitseis van art. 4 AV een onredelijk bezwarend beding | 318 |
| 9.5 | Clausules van niet-bindendheid | 320 |
| 9.6 | De wijzigingsbevoegdheid consumentvriendelijk? | 323 |
| 9.7 | Wijzigingsbevoegdheid volgens de Principles | 324 |

| | | |
|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Hoofdstuk 10 | Bouwtijd | 327 |
| 10.1 | Inleiding | 327 |
| 10.2 | De eerste fase: totstandkoming van de overeenkomst tot de start van de bouw | 328 |
| 10.2.1 | Beginnen met de bouw | 328 |
| 10.2.2 | Complex waarvan de woning deel uitmaakt | 329 |
| 10.2.3 | Start bouw bij appartementen | 330 |
| 10.2.4 | Ontbinden als niet tijdig wordt begonnen met bouwen | 332 |
| 10.2.4.1 | Wijze van ontbinden | 333 |
| 10.2.4.2 | Schadevergoeding bij ontbinding | 334 |
| 10.3 | De tweede fase: start van de bouw tot gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer | 335 |
| 10.3.1 | Het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer | 335 |
| 10.3.2 | Regelmatig voortzetten | 336 |
| 10.4 | De derde fase: gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer tot de oplevering | 337 |
| 10.4.1 | Start van de bouwtijd van art. 6 KA | 338 |
| 10.4.2 | Werkdagen en niet-werkdagen | 342 |
| 10.4.2.1 | Werkdagen en feest-, rust- en vakantiedagen | 343 |
| 10.4.3 | Onwerkbare werkdagen door onwerkbaar weer | 344 |
| 10.4.3.1 | Bewijslastverdeling van onwerkbare werkdagen | 345 |
| 10.4.3.2 | Bewijs onwerkbaar weer | 345 |
| 10.4.3.3 | Naijling | 347 |
| 10.4.4 | Meerwerk en bestekswijzigingen leidend tot vertraging | 348 |
| 10.4.5 | Overmacht en vertraging | 349 |
| 10.4.5.1 | Overmacht en werkstakingen | 350 |
| 10.5 | Schadevergoeding wegens te late oplevering | 353 |
| 10.5.1 | Boetebeding en de wet | 354 |
| 10.5.2 | De Raad van Arbitrage en het boetebeding | 355 |
| 10.5.2.1 | Soort schade | 357 |
| 10.5.3 | Matiging of toekennen van meer vergoeding | 359 |
| 10.5.3.1 | Matiging | 360 |
| 10.5.3.2 | Naast of in plaats van de korting geen schadevergoeding uit dezelfde oorzaak | 363 |
| 10.5.4 | Schadevergoeding ondanks overmacht | 364 |
| 10.5.5 | Aanspraak maken op vergoeding binnen redelijke termijn | 364 |
| 10.5.6 | Boetebeding in de Principles | 367 |
| 10.6 | Ontbinding wegens te late oplevering | 368 |
| Hoofdstuk 11 | De oplevering | 369 |
| 11.1 | Inleiding | 369 |
| 11.2 | Oplevering volgens het BW | 370 |
| 11.3 | Oplevering volgens de koop-/aannemingsovereenkomst | 371 |
| 11.3.1 | Aankondiging van de oplevering | 372 |

| | | |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 11.3.2 | Opneming | 374 |
| 11.3.3 | Aanvaarding | 376 |
| 11.3.4 | Aankondiging, opneming en aanvaarding in het BW | 381 |
| 11.4 | Oplevering van appartementen | 382 |
| 11.4.1 | Oplevering van de privégedeelten | 382 |
| 11.4.2 | Oplevering gemeenschappelijke ruimten | 384 |
| 11.5 | Andere manieren van oplevering | 384 |
| 11.5.1 | Ingebruikname van de woning | 385 |
| 11.5.2 | Oplevering zonder afgifte sleutels | 386 |
| 11.5.3 | De voorschouw of vooropname | 387 |
| 11.5.4 | De sleutelovereenkomst | 388 |
| 11.6 | Rechtsgevolgen van de oplevering | 389 |
| 11.6.1 | Risico-overgang en ingebruikname voor oplevering | 390 |
| 11.7 | Oplevering volgens de Principles | 392 |
| 11.7.1 | Gehele of gedeeltelijke oplevering | 393 |
| 11.7.2 | Aanvaarding en keuring | 394 |
| 11.7.3 | Tijdstip van oplevering | 394 |
| 11.7.4 | Weigering van oplevering | 395 |
| 11.7.5 | Risico-overgang | 396 |
| 11.7.6 | Conclusie | 397 |
| Hoofdstuk 12 | Aansprakelijkheid van de ondernemer voor fysieke tekortkomingen | 399 |
| 12.1 | Inleiding | 399 |
| 12.2 | Tekortkomingen | 399 |
| 12.2.1 | Het begrip tekortkoming | 400 |
| 12.2.2 | Kwaliteitsstandaard | 402 |
| 12.2.2.1 | Voorschriften van overheid en nutsbedrijven | 403 |
| 12.2.2.2 | Het ijkmoment van de regelgeving | 404 |
| 12.2.2.3 | Goed en deugdelijk werk | 407 |
| 12.2.3 | Tekortkomingen en de Principles | 411 |
| 12.3 | Zichtbaarheid en deskundigheid | 413 |
| 12.3.1 | Zichtbaarheid | 414 |
| 12.3.1.1 | In het rapport opgenomen | 415 |
| 12.3.1.2 | Aan de dag treden | 416 |
| 12.3.1.3 | Redelijkerwijs had moeten onderkennen | 417 |
| 12.3.2 | De invloed van de eigen deskundigheid van de verkrijger | 420 |
| 12.3.3 | De invloed van ingeschakelde deskundigheid | 421 |
| 12.3.4 | De koopovereenkomst en de invloed van de ingeschakelde deskundige | 423 |
| 12.3.5 | Samenvatting: zichtbaarheid, deskundigheid en de koop-/aannemingsovereenkomst | 427 |
| 12.4 | Aansprakelijkheid tijdens de bouw | 427 |
| 12.4.1 | Constateren van gebreken tijdens de bouw | 428 |
| 12.4.2 | Controle tijdens de bouw en de PELSC | 432 |

| | | |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| 12.4.2.1 | Bemoeienis en de PELSC | 434 |
| 12.5 | Aansprakelijkheid voor in het opleveringsrapport opgenomen tekortkomingen | 435 |
| 12.5.1 | In het rapport opgenomen | 436 |
| 12.5.1.1 | Status van het opleveringsrapport | 436 |
| 12.5.2 | Onverwijld herstel | 437 |
| 12.5.3 | Uitsluiting aansprakelijkheid in tweede lid | 438 |
| 12.5.4 | Achtergrond van uitsluiting van aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken | 439 |
| 12.5.4.1 | Rechtsverwerking | 440 |
| 12.5.4.2 | Het BW en de uitsluiting van de aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken | 441 |
| 12.5.5 | Wenselijkheid van uitsluiting van aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken | 442 |
| 12.6 | Aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode | 447 |
| 12.6.1 | Het begrip onderhoudsperiode | 448 |
| 12.6.2 | Onderhoudsperiode: een garantieperiode | 448 |
| 12.6.3 | Onderhoudsperiode: een bestendig gebruikelijk beding | 449 |
| 12.6.4 | Begin en duur van de onderhoudsperiode | 450 |
| 12.6.5 | Schriftelijk mededelen | 451 |
| 12.6.6 | Herstel | 452 |
| 12.6.7 | Verhouding tot art. 17 lid 2 AV | 452 |
| 12.7 | Aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode | 452 |
| 12.7.1 | Aansprakelijkheid voor afwijkingen | 453 |
| 12.7.1.1 | Soort afwijkingen | 454 |
| 12.7.1.2 | Bij oplevering zichtbare afwijkingen | 455 |
| 12.7.2 | Aansprakelijkheid voor ernstige gebreken | 456 |
| 12.7.2.1 | Ernstig gebrek volgens Oud BW | 456 |
| 12.7.2.2 | Aantasting van de hechtheid | 458 |
| 12.7.2.3 | Ongeschikt voor zijn bestemming | 459 |
| 12.7.3 | Aansprakelijkheid voor verborgen gebreken | 460 |
| 12.7.3.1 | Aansprakelijkheid voor kenbare verborgen gebreken volgens het BW | 461 |
| 12.7.4 | Melden van het gebrek binnen een redelijke termijn | 461 |
| 12.7.4.1 | Redelijke termijn en rechtsverwerking | 462 |
| 12.8 | Samenloop tussen algemene voorwaarden en de garantie- en waarborgregeling | 466 |
| 12.8.1 | De garanties in de garantie- en waarborgregeling | 467 |
| 12.9 | Aansprakelijkheid na oplevering volgens het BW | 469 |
| 12.9.1 | Aansprakelijkheid volgens Titel 7.12 BW | 470 |
| 12.9.1.1 | Aansprakelijkheid na oplevering | 470 |
| 12.9.1.2 | Verschillen tussen de algemene voorwaarden en het BW | 471 |
| 12.9.2 | Aansprakelijkheid volgens Titel 7.1 BW | 472 |
| 12.9.2.1 | Non-conformiteit bij koop | 473 |
| 12.9.2.2 | Verschillen tussen de algemene voorwaarden en het BW | 473 |

| | | |
|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Hoofdstuk 13 | Conclusies en aanbevelingen | 475 |
| 13.1 | Conclusies | 475 |
| 13.1.1 | De overeenkomst als autonome rechtsbron | 475 |
| 13.1.2 | Nationaal recht en de overeenkomst | 476 |
| 13.1.3 | Invulling of uitleg van de overeenkomst | 477 |
| 13.1.3.1 | Toepasselijke maar niet in de overeenkomst opgenomen dwingende en regelende bepalingen uit het BW | 477 |
| 13.1.3.2 | Invulling van de overeenkomst door middel van ongeschreven recht | 478 |
| 13.1.4 | Afwijken van (dwingend of regelend) nationaal recht | 480 |
| 13.1.4.1 | Afwijkingen in de overeenkomst | 480 |
| 13.1.4.2 | Afwijkingen in de toepassing van het gemene recht op de koop-/aannemingsovereenkomst | 482 |
| 13.1.5 | De inhoud van de overeenkomst in vergelijking tot de Europese beginselen | 482 |
| 13.1.6 | Algemene conclusie | 483 |
| 13.2 | Aanbevelingen | 484 |
| 13.2.1 | Aard van de overeenkomst | 484 |
| 13.2.1.1 | Gemengde overeenkomst | 484 |
| 13.2.1.2 | Art. 12 KA: Nietigheid bij afwijken van de overeenkomst | 485 |
| 13.2.2 | Sluiten van de overeenkomst | 486 |
| 13.2.2.1 | Vorm van de ontbinding bij een beroep op de bedenktijd | 486 |
| 13.2.2.2 | Opnemen van de mogelijkheid tot voorinschrijving in de koop-/aannemingsovereenkomst | 487 |
| 13.2.3 | Financiering | 488 |
| 13.2.4 | Betaling en kostenwijziging | 489 |
| 13.2.4.1 | Verduidelijking van art. 5 KA over uitstel van betaling en uitstelrente | 489 |
| 13.2.4.2 | Rente over de vijf procent | 490 |
| 13.2.4.3 | Art. 8 AV over kostenwijzingen | 492 |
| 13.2.5 | Levering van de grond | 492 |
| 13.2.5.1 | Alternatief voor optie A van art. 3 KA | 492 |
| 13.2.5.2 | Schadeberekening bij ondermaat | 493 |
| 13.2.6 | Wijzigingen | 494 |
| 13.2.7 | Bouwtijd | 494 |
| 13.2.7.1 | Regelmatig voortzetten en het ontbreken van een sanctie | 494 |
| 13.2.7.2 | Oplevertermijn voor de gemeenschappelijke delen van een appartementencomplex | 495 |
| 13.2.7.3 | Uitleg van het boetebeding | 496 |
| 13.2.7.4 | Matiging | 496 |
| 13.2.8 | Oplevering | 497 |
| 13.2.9 | Aansprakelijkheid van de ondernemer voor tekortkomingen | 497 |
| 13.2.9.1 | Verschillende versies bouwbesluit van toepassing op dezelfde overeenkomst | 498 |

| | | |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 13.2.9.2 | Wenselijkheid van uitsluiting van aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken | 498 |
| | Literatuurlijst | 501 |
| | Summary | 551 |
| | Trefwoordenregister | 555 |
| | Curriculum vitae | 559 |

Hoofdstuk 1

Inleiding

De meeste nieuwbouwwoningen, eengezinswoningen of appartementen worden in Nederland gekocht onder vigeur van de koop-/aannemingsovereenkomst, althans indien een consument de koper is. Dit is de overeenkomst die zowel de koop van de grond als de bouw van de woning omvat. Deze studie gaat over de *model* koop-/aannemingsovereenkomst met de daarbij behorende algemene voorwaarden. Bij de koop en verkoop van nieuwbouwkooptoningen in Nederland wordt deze modelovereenkomst het meest gebruikt. Het model is in breed overleg opgesteld en beoogt een regeling te bieden voor alle rechten en verplichtingen van partijen. De koop-/aannemingsovereenkomst naar dit model wordt vaak afgesloten met de garantie- en waarborgregeling van het Garantie Instituut Woningbouw (GIW)¹ en wordt daarom ook wel, hoewel terminologisch niet geheel juist, de GIW koop-/aannemingsovereenkomst genoemd.² Van de model koop-/aannemingsovereenkomst bestaan twee versies: één voor eengezinswoningen en één voor appartementen. Deze beide versies verschillen niet ten principale behoudens de voor appartementen typische bepalingen.

De model koop-/aannemingsovereenkomst wordt onderworpen aan een rechtsvergelijkend onderzoek. De vraag die daarbij moet worden beantwoord is hoe de regeling van de koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden zich verhoudt tot het Nederlandse en het Europees verbintenissenrecht. Onderzocht wordt in hoeverre de koop-/aannemingsovereenkomst voldoet aan de eisen die voortvloeien uit het Nederlands en Europees verbintenissenrecht.

In dit hoofdstuk wordt het onderwerp van het onderzoek ingeleid. Allereerst wordt in § 1.1 het onderwerp afgebakend. In § 1.2 wordt de opzet van deze studie uiteengezet. In § 1.3 wordt dieper ingegaan op het hiervoor reeds genoemde toetsings-

- 1 Met de garantie- en waarborgregeling krijgt de verkrijger een bouwkundige kwaliteitsgarantie van de ondernemer, alsmede een tweetal waarborgen van het GIW. In de eerste plaats een insolventiewaarborg, op grond waarvan de verkrijger ervan is verzekerd dat zijn woning bij faillissement van de bouwer tijdens de bouw (tot een bepaalde grens) zonder meerkosten wordt afgebouwd. In de tweede plaats een gebrekenwaarborg, op grond waarvan het GIW na de oplevering de bouwkundige kwaliteitsgarantie van de ondernemer overneemt, indien de ondernemer met de nakoming van een arbitraal vonnis van de GIW arbiter in gebreke blijft. De GIW-garantie van de ondernemer aan de verkrijger komt bovenop de rechten die de verkrijger al heeft op grond van de koop-/aannemingsovereenkomst.
- 2 In § 1.6 van dit hoofdstuk wordt dieper ingegaan op de achtergrond en geschiedenis van de model koop-/aannemingsovereenkomst, in deze paragraaf wordt dit onderwerp slechts genoemd in het kader van de afbakening van deze studie.

kader (het Europeesrechtelijk toetsingskader komt voorts nog uitgebreid aan bod in hoofdstuk 2). In § 1.4 wordt ingegaan de methodologie van het onderzoek. In § 1.5 komen de gebruikte bronnen en de gehanteerde terminologie aan bod. Tot slot wordt, voor een beter begrip van de achtergrond van de beschreven voorwaarden, in § 1.6 ingegaan op de geschiedenis en achtergrond van de model koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden.

1.1 AFBAKENING VAN HET ONDERWERP

Om deze studie wat omvang en duur betreft binnen redelijke grenzen te houden is een aantal beperkingen gehanteerd. Om te beginnen is alleen onderwerp van studie geweest de zogenaamde model koop-/aannemingsovereenkomst van het GIW. Andere modellen vallen derhalve buiten het bereik van deze studie. Een verdere beperking is dat enkel wordt uitgegaan van de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger op basis van deze modelovereenkomst en andere rechtsverhoudingen die in dezelfde ‘situatie’ een rol kunnen spelen (bijvoorbeeld die tussen leveranciers en verkrijger of leveranciers en ondernemer) buiten beschouwing blijven. Voorts wordt uitgegaan van de situatie die in de praktijk het meest voorkomt: de ondernemer verwerft grond en draagt naar eigen inzicht zorg voor het ontwerp en de bouw van één of meer woningen. De verkrijger komt hierbij pas in beeld wanneer het ontwerp gereed is. Particulier opdrachtgeverschap valt dan ook buiten het bereik van deze studie. Een derde beperking is dat alleen de situatie aan de orde komt waarin de ondernemer een professionele partij is en de verkrijger een consument.³ Bedrijfsmatige verkrijging, bijvoorbeeld, komt niet aan bod.⁴

Samengevat: Centraal in deze studie staat de rechtsverhouding tussen verkrijger en ondernemer op basis van de model koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden, waarbij de ondernemer grond verwerft en naar eigen inzicht zorg draagt voor het ontwerp en de bouw, waarbij derhalve de verkrijger pas in beeld komt als het ontwerp gereed is, en waarbij sprake is van een consumententransactie.

3 De vraag wanneer precies sprake is van een consumententransactie en wat daarvan de consequenties zijn komt aan de orde in § 3. 2.2 van hoofdstuk 3.

4 **Meer uitgebreid datgene wat buiten het bereik van deze studie valt: de situatie waarin de verkrijger een grotere invloed op het bouw- en ontwerpproces heeft dan in het algemeen onder de koop-/aannemingsovereenkomst gangbaar is; de situatie waarin een verkrijger zelf grond koopt en zelf een huis ontwerpt (of laat ontwerpen) om vervolgens ook zelf een aannemer in te schakelen; de situatie waarin de verkrijger geen consument is; de rechtsverhouding tussen de ondernemer en onderaannemers, de rechtsverhouding tussen de ondernemer en leveranciers of welke andere partij dan ook; de rechtsverhouding tussen de verkrijger en leveranciers, producenten of onderaannemers; vorderingen die de verkrijger kan instellen tegen de ondernemer of andere betrokken partijen op grond van onrechtmatige daad; consumentenkoop en productaansprakelijkheid; appartementsrechten en de verhouding tussen een verkrijger en de VvE; de GIW garantie- en waarborgregeling; onderwerpen met betrekking tot het algemene procesrecht of het arbitragerecht.**

Deze situatie is typerend voor de wijze waarop de meeste woningbouwprojecten worden ontwikkeld. Met de in deze paragraaf genoemde beperkingen wordt het gros van de gevallen waarin de model koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij horende algemene voorwaarden worden gehanteerd, bestreken.

1.2 OPZET VAN DE STUDIE

Dit onderzoek is zo opgezet dat de chronologie van het bouw- en contracteringsproces zoveel mogelijk wordt gevolgd. Drie hoofdstukken leiden de bespreking echter in. Deze hoofdstukken zijn van belang voor de model koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij horende algemene voorwaarden in het algemeen. Het gaat daarbij om: hoofdstuk 2, waarin het Europees rechtelijk toetsingskader aan de orde komt, hoofdstuk 3, waarin wordt ingegaan op de aard en de inhoud van de overeenkomst en hoofdstuk 4, waarin wordt stilgestaan bij de uitleg van de overeenkomst.

Na deze drie inleidende hoofdstukken wordt in de hoofdstukken 5 tot en met 12 ingegaan op de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden zelf en de daarin opgenomen bepalingen. In hoofdstuk 13 wordt tot slot een overzicht gegeven van de conclusies en aanbevelingen die volgen uit dit onderzoek.

Het sluiten van de overeenkomst komt in hoofdstuk 5 aan de orde. Hier wordt bewust niet gesproken van de ‘totstandkoming van de overeenkomst’ omdat dat de indruk zou kunnen wekken dat ook leerstukken als aanbod en aanvaarding en dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden aan bod komen. Die leerstukken worden evenwel buiten beschouwing gelaten omdat, waar het de hantering van de model koop-/aannemingsovereenkomst betreft, blijkens de jurisprudentie geen beroep op de met deze leerstukken verband houdende bepalingen wordt gedaan.

In de hoofdstukken 6 en 7 wordt ingegaan op de financiële aspecten van de koop-/aannemingsovereenkomst: zekerheidsstelling en financiering door de verkrijger komen in hoofdstuk 6 aan de orde en betaling en subsidie- en kostenwijzigingen in hoofdstuk 7. In hoofdstuk 8 wordt de levering van de grond behandeld. Hoofdstuk 9 gaat over wijzigingen: wijzigingen in opdracht van de verkrijger (meer- en minderwerk) en wijzigingen op initiatief van de ondernemer. In hoofdstuk 10 wordt ingegaan op de bouwtijd en in hoofdstuk 11 op de oplevering van de woning. In Hoofdstuk 12 komt de aansprakelijkheid van de ondernemer voor tekortkomingen aan de orde.

Met de onderwerpen van de hoofdstukken 5 tot en met 12 wordt nagenoeg de gehele rechtsverhouding tussen verkrijger en ondernemer bestreken. Deze hoofdstukken hebben betrekking op de regelingen in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden. Hoewel er wat voor te zeggen zou zijn geweest om nog een extra stap te zetten, de bespreking van de remedies in geval van niet-nakoming, is daar toch vanaf gezien. Daaraan ligt een zowel een theoretische als een praktische reden ten grondslag. Theoretisch gezien valt dit onderwerp buiten de koop-/aannemingsovereenkomst zelf en blijkt dat de wijze waarop onder de

koop-/aannemingsovereenkomst met remedies bij niet nakoming wordt omgegaan niet verschilt van die in het gemene recht. Praktisch gezien is de studie al zo uitgebreid dat een onderzoek naar dit onderwerp de omvang van de studie zou hebben overschreden.

1.3 HET TOETSINGSKADER

Ieder hoofdstuk bevat een bespreking van de bepalingen van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden aan de hand van de literatuur en jurisprudentie. In deze bespreking wordt, waar mogelijk, een vergelijking getrokken met de UAV 1989, de UAV-gc 2005, het BW en de Principles of European Contract Law (PECL) en de Principles of European Law on Service Contracts (PELSC). Soms vindt deze bespreking plaats samen met de bepaling uit de modelovereenkomst, soms in een aparte paragraaf. De paragrafen en hoofdstukken zijn steeds afgesloten met conclusies en indien mogelijk aanbevelingen die uit de vergelijking naar voren komen.

Samengevat luidt de centrale vraag van deze studie: *hoe verhouden, waar het gaat om de rechtsverhouding tussen verkrijger en ondernemer⁵, de koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden zich tot het Nederlandse verbintenissenrecht in het algemeen, tot het Nederlands en het Europees consumentenrecht in het bijzonder en tot het algemene (in ontwikkeling zijnde) Europees verbintenissenrecht?*

In de hiernavolgende subparagrafen wordt nader ingegaan op het Nederlands recht als toetsingskader en op het Europeesrechtelijk toetsingskader.

1.3.1 Het Nederlands recht als toetsingskader

In die gevallen waarin een verdere uitleg van de model koop-/aannemingsovereenkomst (met bijbehorende algemene voorwaarden) te vinden is in het BW, in de gevallen waarin een bepaling in die modelovereenkomst of bijbehorende algemene voorwaarden verwijst naar het BW, in de gevallen waarin een parallel is te trekken tussen een bepaling in de modelovereenkomst of bijbehorende algemene voorwaarden en het BW, of in gevallen waarin juist een opvallend verschil bestaat tussen de modelovereenkomst of bijbehorende algemene voorwaarden en het BW, wordt in dit onderzoek ingegaan op het BW in verhouding tot de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden. Het kan daarbij gaan om een vergelijking met zowel dwingend als regelend recht, dan wel om een vergelijking met niet-toepasselijk recht in het BW.

Relevant in dit verband zijn enkele bepalingen uit Boek 3, Boek 6 en Titel 7.1 (koop) en vrijwel alle bepalingen uit Titel 7.12 (aanneming van werk). Daarnaast komen in aanmerking algemene leerstukken, zoals beginselen met betrekking tot

5 Zie § 1.1 van dit hoofdstuk voor een afbakening van deze twee begrippen.

de uitleg van een overeenkomst, de redelijkheid en billijkheid en rechtsverwerking.

Meer concreet gaat het in deze studie, wat de toets aan het BW betreft, om het volgende:

- In *hoofdstuk 2* komt de implementatie van de Richtlijn oneerlijke bedingen in Boek 6 BW aan bod. Op de vraag of de model koop-/aannemingsovereenkomst oneerlijke bedingen bevat in de zin van de richtlijn en de wet wordt ingegaan in de hoofdstukken 6 tot en met 12. In deze hoofdstukken komen de afzonderlijke bepalingen van de model koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden uitgebreid aan de orde.
- In *hoofdstuk 3* wordt ingegaan op de vraag of een overeenkomst op basis van de model koop-/aannemingsovereenkomst als een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 BW moet worden gezien. Voorts wordt ingegaan op meer algemene leerstukken als de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, op de vraag wat moet worden verstaan onder het begrip consument en op de vraag of een overeenkomst op basis van de model koop-/aannemingsovereenkomst een resultaatsverbintenis is.
- In *hoofdstuk 4* wordt ingegaan op de uitleg van de modelovereenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden en worden de in dit kader relevante bepalingen en leerstukken uit het Nederlands recht behandeld.
- In *hoofdstuk 5* komt de eerste fase van het tot stand komen van de rechtsverhouding tussen verkrijger en ondernemer aan de orde: het sluiten van de koop-/aannemingsovereenkomst. Behandeld worden hier de eisen neergelegd in de wet voor het tot stand komen van die consumentenovereenkomst en het leerstuk van de bedenktijd.
- In de *hoofdstukken 6 tot en met 12* wordt ingegaan op de koop-/aannemingsovereenkomst (en bijbehorende algemene voorwaarden) zelf en komen andere dan de hiervoor genoemde relevante bepalingen uit de boeken 3, 6 en 7 van het BW aan de orde waarbij, indien nodig, wordt verwezen naar de achtergrond, plaats en uitleg van die bepalingen in het Nederlands recht.

1.3.2 Het Europees toetsingskader

Het Europees toetsingskader in deze studie wordt gevormd door de Richtlijn oneerlijke bedingen, geïmplementeerd in Boek 6 BW, en de zogenaamde Principles, die weliswaar geen recht in formele zin vormen, maar het uitvloeisel zijn van een initiatief van wetenschappers op zoek naar de “common ground” in het Europees contractenrecht, en tot de literatuur moeten worden gerekend.⁶

6 Meer over de herkomst en status van deze Principles in hoofdstuk 2.

De Europese richtlijnen

Andere richtlijnen dan de Richtlijn oneerlijke bedingen, die op het eerste gezicht ook voor de hand lagen, zijn de Richtlijn productaansprakelijkheid (85/374), de Richtlijn consumentenkoop (1999/44) en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29).

De Richtlijn productaansprakelijkheid is echter alleen van toepassing op de rechtsverhouding tussen verkrijger en producent en valt buiten de aan rechtsverhouding tussen verkrijger en ondernemer ten grondslag liggende de koop-/aannemingsovereenkomst.

De Richtlijn consumentenkoop en de regeling van de consumentenkoop in o.a. de artikelen van Titel 7.1 van het BW zijn van toepassing op de rechtsverhouding tussen verkrijger en producent/verkoper en hebben in beginsel alleen betrekking op de koop van roerende zaken.⁷ Dit beginsel lijdt maar beperkt uitzondering: ook als roerende zaken na bijvoorbeeld het inbouwen ervan onroerend worden (denk aan een keuken), is de richtlijn consumentenkoop van toepassing. Nu het onderzoek zich richt op de rechtsverhouding tussen verkrijger en ondernemer, heeft de richtlijn consumentenkoop niet of slechts in zeer uitzonderlijke gevallen, betekenis. Deze richtlijn blijft derhalve eveneens buiten beschouwing.

Van de bepalingen van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken⁸ zal slechts een deel van de richtlijn, het onderwerp misleidende reclame en agressieve handelspraktijken, betrekking kunnen hebben op de rechtsverhouding tussen verkrijger en ondernemer. In die gevallen waarvan van misleiding sprake kan zijn, zal het misleidende karakter van de gedraging niet zijn terug te voeren op de koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij behorende algemene voorwaarden, maar veelal op bijvoorbeeld gedragingen van de ondernemer of door hem verstrekt misleidend foldermateriaal. Voorts blijkt uit de jurisprudentie niet dat er rond de koop van nieuwbouwwoningen sprake is van praktijken die gedekt worden door de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Het is om die reden dat er voor gekozen is deze richtlijn niet mee te nemen in dit onderzoek. Een bespreking van de richtlijn op zich past niet in deze studie, nu het onderwerp gevormd wordt het model zelf en de daarom heen gevormde praktijk.⁹

De Principles

De Principles die in deze studie aan bod komen zijn de Principles of European Contract Law (PECL) en de Principles of European Law on Service Contracts (PELSC). Op het verschil tussen beide principles wordt verderop nog teruggekomen. Andere, met deze Principles vergelijkbare literatuur¹⁰, komt in dit onderzoek niet aan bod omdat het niet past in het hiervoor geschetste kader van dit onder-

7 Zie art. 1 van de richtlijn (1999/44/EEG) en art. 7:5 BW.

8 2005/29/EG.

9 Daar komt nog bij dat het toetsen van materiaal of gedraging waarvan de exacte inhoud niet bekend is, leidt tot een wel zeer theoretische beschrijving van fictieve gevallen waarbij eventueel sprake zou kunnen zijn van strijd met deze richtlijn.

10 Zoals de Unidroit Principles, de Gandolfi Code, het Common Core Project en de Ius Commune Casebooks.

zoek¹¹, dan wel omdat onwaarschijnlijk is dat die Principles in de toekomst nog van waarde zullen zijn.¹²

Dit ligt anders bij de PECL en de PELSC, die het contractenrecht beschrijven en dus van toepassing zijn op de koop-/aannemingsovereenkomst. Een ander argument om deze beide Principles in deze studie te betrekken is dat de Europese Commissie heeft aangegeven de Principles te zien als één van de opties tot verdere harmonisatie van het Europees privaatrecht.¹³ Daarnaast blijkt uit rechtspraak dat de PECL (en de Unidroit Principles) dienen als inspiratiebron¹⁴ en aldus bijdragen aan een verdere harmonisering van het Europees recht.¹⁵ Ook bij hercodificatie spelen de PECL een rol als inspiratiebron, zoals al gebeurd is bij de herziening van het Duitse Burgerlijk Wetboek.¹⁶ De PECL zijn, met andere woorden, van

11 **Zo hebben de Unidroit Principles en de Gandolfi Code alleen betrekking op handelsrelaties.** De Unidroit Principles zijn ontworpen door het Institute for the Unification of Law en bevatten de Principles van handelscontracten, Bonell 1999. Het initiatief tot het schrijven van de Gandolfi Code is tegelijkertijd met het initiatief tot het schrijven van de Unidroit Principles en de PECL ontstaan. Het project draagt de naam Académie des Privatistes Européens en heeft tot doel het ontwerpen van een Europees Contractenwetboek. De Europese Commissie noemt de Gandolfi Groep en de PECL-groep in haar stukken over de harmonisatie van het Europees privaatrecht (COM (2001) 398 def., p. 6, voetnoot 7 en 8). Het Gandolfi Wetboek is voornamelijk gebaseerd op het Italiaanse contractenrecht en op de zgn. McGregor Code (McGregor 1993). Dit is een ontwerpwet van de Engelse en Schotse Law Commissions om tot een gemeenschappelijk Engels-Schots contractenrecht te komen. Deze ontwerpwet is nooit met veel warmte onthaald en ook nooit wet geworden. Het eerste deel van het Gandolfi Project werd gepubliceerd in 2001 (Gandolfi 2001). Op verscheidene deelgebieden van het recht hebben zich ook initiatieven tot het ontwerpen van beginselen ontplooid of zijn werkgroepen bezig met het in kaart brengen van het recht van de Europese lidstaten. Ook zijn er groepen die zich in meer inhoudelijke zin bezighouden met de invulling van een uniform privaatrecht (o.a. de Study Group on Social Justice in European Private Law).

12 **Een voorbeeld in dit verband is de Gandolfi Code.** Omdat deze zo weinig enthousiast ontvangen is en slechts zeer beperkt een aantal rechtsstelsels incorporeert is het zeer onwaarschijnlijk dat dit optioneel wetboek in de toekomst nog een belangrijke rol zal gaan spelen. Ter vergelijking: over de PECL zijn na publicatie tientallen artikelen verschenen, over de Gandolfi Code is buiten Italië nauwelijks iets gepubliceerd.

13 COM (2001) 398 def.

14 Ter illustratie: HR 13 juli 2001, NJ 2001, 497; HR 18 april 2003, NJ 2003, 431; HR 12 december 2003, LJN: AL8443; HR 19 december 2003, LJN: AM2960; HR 18 april 2005, LJN AF4604; HR 9 april 2004, LJN AO3170; HR 28 juni 2002, LJN AE2383; HR 17 januari 2003, LJN AF0168; HR 22 december 2005, LJN AU4784; HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208; HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (in beide laatstgenoemde uitspraken verwijst de annotator naar de PECL en/of de Unidroit Principles).

15 Berger 2001, p. 23.

16 Zie Smits 2005 p. 570. De Unidroit Principles zijn ook gebruikt bij de hercodificatie in bijv. Litouwen. Bron: Hondius 2000a, p. 485-493.

invloed op de vorming van (een eenvormig) recht in Europa. Zij bieden dan ook een goede indicatie van de koers die het Europees privaatrecht in de toekomst zal gaan volgen.¹⁷

Nog een reden om te kiezen voor een rechtsvergelijking met de Principles is dat, zoals Hondius het omschrijft: ‘ze beschouwd worden als een meetlat waartegen het recht van de lidstaten van de Europese Unie kan worden gemeten’.¹⁸ En dat is wat ook in deze studie zal gebeuren, waar het de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden betreft.

De Principles bieden een goed beeld van de verschillende privaatrechtelijke stelsels in Europa. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat in de Principles in de meeste gevallen wordt gekozen voor een oplossing die de ‘common core’ van het Europees privaatrecht bevat, maar die oplossing wijkt soms ook sterk af van die gemeenschappelijke basis als die oplossing als de ‘beste’ oplossing wordt gezien.¹⁹

Daarnaast is het niet onwaarschijnlijk dat de Principles in de toekomst als een optioneel BW kunnen gaan functioneren.²⁰ Dit is al één van de doelstellingen van de PECL zelf, maar ook de Europese Commissie noemt het invoeren van een optioneel wetboek een mogelijkheid.²¹ Redenen genoeg om de Principles serieus te nemen.

1.4 METHODOLOGIE

Bij het beantwoorden van de hierboven weergegeven onderzoeksvraag, namelijk samengevat hoe verhoudt de koop-/aannemingsovereenkomst zich tot het nationale en Europees verbintenissenrecht, wordt literatuur- en jurisprudentieonderzoek en de rechtsvergelijking als onderzoeksmethode gehanteerd. Het antwoord op de onderzoeksvraag is gegeven met behulp van rechtsvergelijkend literatuur- en jurisprudentieonderzoek. De rechtsvergelijking betrof de vergelijking van de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden met de Nederlandse wettelijke regelingen van het algemeen verbintenissenrecht, aanneming van werk en koop. Daartoe was deze zogenaamde interne rechtsvergelijking niet beperkt: ook de autonome regelingen van de aannemingsovereenkomst (UAV 1968 en 1989) en van de geïntegreerde overeenkomst (UAV-gc 2005) zijn in het onderzoek meege-

17 Smits waarschuwt voor overschatting van de PECL en vindt het te ver gaan de PECL te zien als een voorloper van een Europees BW (Smits 2001b, onder nr. 6). Hij gelooft wel in een trage en gefragmenteerde harmonisatie door middel van de PECL, maar vindt de Principles te algemeen om als basis voor een BW te dienen. Hij wijst daarbij ook op het verschil tussen ‘common law’ en ‘civil law’, dat niet makkelijk te overbruggen zal zijn (Smits 2001b, p. 235-243).

18 E.H. Hondius in Busch & Hondius 2002, p. 13.

19 Een afwijking is bijv. art. 6:111 BW. Zie voor meer gedetailleerde kritiek: Smits 2005, p. 570.

20 De keuze is dan tussen een opt-in en een opt-out wetboek. Zie ook Smits 2005, p. 567-590 (onder nr. 4.1).

21 Actieplan, 15 maart 2003, Pb EG 2003 C 63/1, onder nr. 90 e.v. en Mededeling COM (2001) 398 def. 11.7.2001, onder nr. 16 e.v.

nomen. Naast deze interne rechtsvergelijking vond voorts een vergelijking plaats met Europese literatuur en rechtsontwikkelingen, te kennen uit de richtlijn oerlijke bedingen en de Europese Principles. Buiten beschouwing bleef een vergelijking van de koop-/aannemingsovereenkomst met vergelijkbare buitenlandse rechtsstelsels. De reden voor deze keuze is gelegen in de tijd die ter beschikking stond en de wetenschap dat aan de Universiteit van Tilburg reeds door mr. M. Dierikx werd gewerkt aan een rechtsvergelijkend onderzoek naar de model koop-/aannemingsovereenkomst.²²

Het onderzoek heeft zich voorts ook gericht op de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage. De Raad van Arbitrage is sinds de invoering van de model koop-/aannemingsovereenkomst aangewezen als forum voor (samengevat) de geschillen die betrekking hebben op de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden²³ en heeft in dit kader talloze uitspraken gedaan. Een groot deel van deze uitspraken zijn niet gepubliceerd²⁴ en tot heden nog nimmer onderwerp van een samenhangende studie zijn geweest. Deze zo goed als onbekende jurisprudentie is geheel in kaart gebracht in dit onderzoek.

1.5 BRONNEN EN TERMINOLOGIE

In deze paragraaf wordt kort stilgestaan bij een aantal praktische punten. Aan bod komen de gebruikte modelovereenkomst met bijbehorende algemene voorwaarden, de vraag welke versie van het model wordt gebruikt, de gehanteerde terminologie en de gebruikte jurisprudentie.

Gebruikte voorwaarden

De model koop-/aannemingsovereenkomst met bijbehorende algemene voorwaarden zijn er, zoals reeds opgemerkt, voor twee verschillende soorten woningen: de eengezinswoning en het appartement. Het model voor eengezinswoningen wordt aangeduid met de letter E, dat voor appartementen met de letter A. De letter wordt gevolgd door een jaartal dat aangeeft welke versie het betreft. Regelmatig worden de modelovereenkomst en de algemene voorwaarden aangepast aan de nieuwe wet- en regelgeving.

De meest recente set is voorzien van de codes E.2007 en A.2007. De daaraan voorafgaande versie was van september 2003 en had derhalve de codes E.2003 en

22 Dierikx 2008.

23 Naast de Raad van Arbitrage is tot 1 januari 2008 de Afdeling Arbitrage van het GIW bevoegd geweest te oordelen over geschillen met betrekking tot (samengevat) de GIW Garantie- en Waarborgregeling. Vanaf 1 januari 2008 is in de plaats van beide arbitrage-instituten het Arbitrage Instituut GIW Woningen (AIG) als instantie bevoegd tot geschilbeslechting in het leven geroepen. De consument heeft sinds dat moment de keuze tussen de gewone rechter en het AIG als geschilbeslechter. Per 1 januari 2010 zal het AIG echter worden opgeheven en worden naar alle waarschijnlijkheid de Raad van Arbitrage en de Geschillencommissie Consumentenzaken de bevoegde instanties.

24 Behoudens de weergave daarvan in de Hoofdstukken Bouwrecht.

A.2003. Omdat de versie van 2007 nog maar kort wordt gehanteerd, is de versie van september 2003 in de rechtspraak nog het meest aan de orde. De komende jaren worden door de bevoegde arbitrale instanties nog veel geschillen behandeld waarop de voorwaarden van 2003 van toepassing zijn. In deze studie wordt de versie van 2007 gehanteerd, waarbij telkens wordt verwezen naar de bepalingen in de versie van 2003.

Uitgegaan wordt van de overeenkomst voor eengezinswoningen. De koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementen wijkt slechts op onderdelen af van die van eengezinswoningen (meestal in nummering van de artikelen, soms ook inhoudelijk). Indien sprake is van een afwijking, wordt daarop gewezen.

Terminologie

Geprobeerd is zoveel mogelijk de terminologie als gebruikt in de koop-/aannemingsovereenkomst en de bijbehorende algemene voorwaarden te gebruiken. Waar gesproken wordt van de model koop-/aannemingsovereenkomst wordt de model koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinswoningen bedoeld. Uitdrukkelijk wordt gesproken van *model* koop-/aannemingsovereenkomst. In de literatuur wordt ook wel de benaming *standaard* koop-/aannemingsovereenkomst gebruikt, maar aangezien de koop-/aannemingsovereenkomst geen standaardregeling is in de zin van art. 6:214 BW, is deze benaming verwarrend. Bij verwijzingen naar de artikelen uit de koop-/aannemingsovereenkomst wordt de afkorting KA gehanteerd.

Waar gesproken wordt van algemene voorwaarden worden de algemene voorwaarden behorend bij de model koop-/aannemingsovereenkomst bedoeld. Bij verwijzingen naar artikelen uit de algemene voorwaarden wordt de afkorting AV gehanteerd.

Sporadisch wordt verwezen naar de GIW garantie- en waarborgregeling. Daar waar artikelen uit de garantie- en waarborgregeling zijn bedoeld wordt de afkorting GWR gehanteerd.

De verkrijger, opdrachtgever of koper wordt aangeduid met de term ‘verkrijger’. Dit is degene met wie de koop-/aannemingsovereenkomst wordt gesloten en die uiteindelijk de te bouwen woning verkrijgt.

De professionele wederpartij van de verkrijger, de aanbieder van de woningen en de kavels, kan in de praktijk een projectontwikkelaar, aannemer of ondernemer zijn, die in deze studie wordt aangeduid als ‘ondernemer’.

Regelmatig wordt gesproken over ‘de Raad’. Hiermee wordt bedoeld alle afzonderlijke scheidsgerechten van de Raad van Arbitrage voor de Bouw en niet zozeer de Raad als collectief of geheel.

Bestudeerde jurisprudentie

De jurisprudentie die in dit onderzoek wordt behandeld, is vooral afkomstig van de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Omdat de model koop-/aannemingsovereenkomst van voor 2007 een clausule bevat die naar dit arbitrageforum verwijst, werden tot voor kort vrijwel alle geschillen die onder dit model speelden door de Raad van Arbitrage behandeld. Maar ook uitspraken gedaan door de burgerlijke

rechter komen aan de orde. Waar dit van belang is voor een beter begrip van de koop/-aannemingsovereenkomst wordt verwezen naar (gepubliceerde) uitspraken van de Afdeling Arbitrage van het GIW.²⁵ Als uitspraken gepubliceerd zijn, staat de bron vermeld in de voetnoot. Indien geen vindplaats is weergegeven bij de uitspraak kan ervan worden uitgegaan dat deze niet is gepubliceerd. Via de website van de Raad van Arbitrage²⁶ en de door de Raad uitgegeven cd-rom kunnen vrijwel al deze, gepubliceerde en niet gepubliceerde, uitspraken worden opgevraagd. Ook zijn via het kenniscentrum van het Instituut voor Bouwrecht veel uitspraken terug te vinden.²⁷ In veel gevallen zijn (samenvattingen van) de uitspraken ook opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht*.

Soms wordt bij gebrek aan andere uitspraken teruggevallen op uitspraken gedaan door de Raad van Arbitrage in het kader van de UAV 1989 of de AVA 1992 of op uitspraken van andere rechtsprekende instanties in het kader van het algemene recht. Daar waar verwezen wordt naar uitspraken gedaan in het kader van de UAV 1989 en de AVA 1992 is dit vermeld.

1.6 KORTE GESCHIEDENIS VAN DE KOOP-/AANNEMINGSOVEREENKOMST EN DE BIJBEHORENDE ALGEMENE VOORWAARDEN

In deze paragraaf wordt de geschiedenis van de model koop/-aannemingsovereenkomst en de bijbehorende algemene voorwaarden behandeld.²⁸ Allereerst wordt opgemerkt dat de totstandkoming van de koop/-aannemingsovereenkomst met algemene voorwaarden onafhankelijk van de oprichting van het GIW en de invoering van de GIW garantie- en waarborgregeling heeft plaatsgevonden. Wel heeft het GIW inspraak gehad bij de redactie van de regeling en heeft een aantal leden van de juridische werkgroep van het GIW zitting gehad in de Commissie en de Werkgroep koop/-aannemingsovereenkomst, in het leven geroepen door de

25 Per 1 januari 2007 is het Arbitrage Instituut GIW Woningen (AIG) ingesteld, zie www.arbitrageinstituut.nl. Het AIG is het langverwachte 'ene loket'. Partijen die na 1 januari 2007 een koop/-aannemingsovereenkomst hebben gesloten kunnen o.a. hun geschil aanhangig maken bij het AIG. Uitspraken van het Arbitrage Instituut GIW woningen waren ten tijde van het schrijven van deze studie nog niet voorhanden en zijn er dan ook niet in verwerkt. Per 1 januari 2010 zal het GIW, en daarmee ook het AIG en de Afdeling Arbitrage van het GIW, verdwijnen. Vanaf dat moment zullen waarschijnlijk geschillen met betrekking tot de koop/-aannemingsovereenkomst behandeld worden door de Raad van Arbitrage voor de Bouw en de Geschillencommissie Consumentenzaken.

26 www.raadvanarbitrage.nl.

27 www.ibr.nl/kenniscentrum.

28 De informatie in deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op het (niet helemaal volledige) archief van de KNB inzake de koop/-aannemingsovereenkomst. Daarnaast is aanvullende informatie verkregen van mr. P.L. Alers van de Vereniging Eigen Huis en mr. R van Veen, advocaat voor o.a. het Garantie Instituut Woningbouw. Zie over de geschiedenis van de model koop/-aannemingsovereenkomst ook: Van Wijngaarden 1990, p. 17.

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB). De model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden zijn echter niet, zoals wel wordt verondersteld, opgesteld of uitgegeven door het GIW.

Per 1 januari 2010 is het GIW opgeheven.²⁹ De organisaties die voorheen verantwoordelijk waren voor het uitvoeren van de garantieregeling (de zgn. aangesloten organisaties), Woningborg, SWK en Bouwfonds, voeren vanaf dat moment de waarborgen voor de kopers van nieuwbouwwoningen zelfstandig uit en geven een eigen garantiecertificaat af. Deze verandering heeft naar alle waarschijnlijkheid wel gevolgen voor de garantie- en waarborgregeling, maar niet voor de model koop-/aannemingsovereenkomst en de daarbij horende algemene voorwaarden. Een blik op de koop-/aannemingsovereenkomsten die momenteel door andere organisaties worden gebruikt, leert dat deze inhoudelijk gelijk zijn aan de hier besproken model koop-/aannemingsovereenkomst. Het is waarschijnlijk dat ook in de toekomst de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden in zijn huidige vorm gebruikt zullen blijven worden, zij het met gebruik van andere garantieregelingen dan die van het GIW.

Begin 1972 kwam vanuit de Koninklijke Notariële Broederschap (KNB)³⁰ het initiatief om een commissie samen te stellen die zich zou gaan buigen over een uniform koop-/aannemingscontract.³¹ De KNB meende dat veel kopers van nieuwbouwwoningen teleurgesteld waren geraakt als gevolg van onvoldoende informatie en te weinig kennis van zaken omtrent koop- en aannemingsovereenkomsten. De oorzaak van het gebrek aan kennis aan de kant van de kopers was onder meer te vinden in de complexiteit van en de diversiteit aan koop-/aannemingsovereenkomsten.³² Uniformering was volgens de KNB noodzaak, daar naast de diversiteit en het niet voldoen van een aantal modelcontracten aan de ‘eenvoudige eisen van duidelijkheid’³³, een aantal contracten bovendien ‘eenzijdig in het voordeel van de verkoper’ waren opgesteld.³⁴ Het op te stellen model diende niet specifiek te zijn en niet alleen bedoeld voor gebruik in combinatie met de garantieregeling van het (in 1972 nog) op te richten Garantie Instituut Woningbouw: ook woningen die niet onder deze vigeur vallen moesten kunnen worden gebouwd en verkocht op basis van de model koop-/aannemingsovereenkomst.³⁵

Op 28 november 1972 vindt in Den Haag het eerste overleg over de uniformering van de koop-/aannemingsovereenkomst plaats. Het gaat om een ‘inleidende be-

29 Persbericht GIW d.d. 9 februari 2009.

30 Tegenwoordig genaamd de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.

31 Zie de brieven van 22 maart 1972 van de NBM (mr. J.M. Middag) aan de KNB (mr. P.C.T. Hengeveld) en 28 maart 1972 van de KNB aan de NBM.

32 Verslag van de vergadering van 28 november 1972.

33 Brief van 28 maart 1972 van de KNB aan de NBM.

34 Interview in *De Telegraaf* van 2 december 1972 (‘Notarissen willen standaardcontract’), waarin de secretaris van de KNB, mr. P.C.T. Hengeveld, wordt geïnterviewd over het initiatief van de KNB.

35 Expliciet uiteengezet in de brief van 25 maart 1975 van de KNB aan de NVB.

spreking om te komen tot een commissie ter bevordering van de uniformiteit van koop- en aannemingscontracten'.³⁶ In deze vergadering zijn de volgende organisaties vertegenwoordigd: de Raad van Bestuur Bouwbedrijf, de Nederlandse Vereniging van Bouwondernemers (NVB), de Nederlandse Bond van Makelaars in Onroerend Goed (NBM)³⁷ en de KNB. Tijdens de vergadering wordt de noodzaak aan uniformering vastgesteld en wordt voorgesteld een commissie samen te stellen bestaande uit steeds twee vertegenwoordigers van de bouwwereld, de makelaardij en het notariaat om een uniforme koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden te ontwikkelen.³⁸ Bij het opstellen van deze koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden zou moeten worden uitgegaan van wat men 'de koper te bieden heeft': 'niet alleen de inhoud van het overeengekomene, maar ook de kwaliteit, de termijn van oplevering en van het zogenaamde 'eerste onderhoud', de betalingstermijn e.d. dienen ondubbelzinnig vastgelegd te worden'.³⁹

Tijdens deze vergadering werd ook het belang van de notarissen bij het uniformeren van de koop-/aannemingsovereenkomst uiteengezet. Volgens de KNB is er (samengevat) een tendens zichtbaar waarbij de notaris steeds eerder bij het koopproces wordt betrokken. Het is de taak van de notaris partijen goed voor te lichten. Onduidelijkheden en problemen kunnen worden voorkomen door goede voorwaarden te ontwikkelen. Uit de vergaderstukken blijkt ook dat de NVB bezig is met de oprichting van het GIW 'om de verkrijgers van nieuwbouwwoningen achteraf rechtszekerheid te bieden'. Die rechtszekerheid kan de koper worden geboden door een goede uniforme koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden, aldus het verslag van de eerste vergadering.⁴⁰

Eind 1972 wordt ook de Consumentenbond bij het overleg betrokken.⁴¹ Tevens wordt samengewerkt met het in oprichting zijnde GIW en haar juridische werkgroep: verschillende leden van de Commissie koop-/aannemingsovereenkomst hebben ook zitting in de juridische werkgroep van het GIW.⁴²

36 Verslag van de vergadering van 28 november 1972. Zie ook brieven van 22 maart 1972 van de NBM (mr. J.M. Middag) aan de KNB (mr. P.C.T. Hengeveld), 28 maart 1972 van de KNB aan de NBM en 9 mei 1972 van de Raad van Bestuur Bouwbedrijf aan de KNB.

37 De NBM vertegenwoordigt ook de NFM (Nederlandse Federatie van Makelaars), zie de brief 29 maart 1973 van de NBM aan de KNB.

38 Verslag van de vergadering van 28 november 1972.

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Dit blijkt uit brieven van 2 december 1972 van de Consumentenbond aan de KNB, 4 december 1972 van de NVB aan de leden van de voorbereidingscommissie van het Garantie Instituut Woningbouw i.o., de leden van de juridische werkgroep van het Garantie Instituut Woningbouw i.o., de leden van het bestuur van de NVB, de leden en plaatsvervangend leden van het bestuur van de contactcommissie voor Onroerende Zaken en de Raad van Bestuur Bouwbedrijf en 22 december 1972 van de Consumentenbond aan de KNB.

42 Brief van 2 maart 1973 van de Stichting Bouwcentrum en ratiobouw aan de KNB.

De tweede vergadering van de Commissie koop-/aannemingsovereenkomst vindt plaats op 6 maart 1973. Bij deze bijeenkomst zijn aanwezig vertegenwoordigers van de KNB, de NVB, de NBM, het Bouwfonds Nederlandse Gemeenten en de Consumentenbond.⁴³ In de vergadering wordt de werkmethode en samenstelling van de werkgroep tot het opstellen van de model koop-/aannemingsovereenkomst en de bijbehorende algemene voorwaarden besproken.

Aan bod komen de vormgeving van de modelovereenkomst en de algemene voorwaarden, de prioriteitspunten, de naam van de modelovereenkomst en de wijze waarop aan de opstelling van die modelovereenkomst en de algemene voorwaarden gewerkt zal gaan worden.⁴⁴

Onderwerpen die in ieder geval geregeld moeten worden zijn volgens de commissie de rechten van de koper, de verplichtingen van de verkoper en de risico-aansprakelijkheid.⁴⁵ Niet de bedoeling is dat de modelovereenkomst zaken regelt die ook in de (garantie)voorwaarden van het Garantie-instituut komen. Wat de naam van de modelovereenkomst betreft wordt gekozen voor ‘koop-/aannemingscontract’. Andere aangedragen suggesties als koop-afbouwcontract en koopbouwcontract wekken volgens de commissie ten onrechte de suggestie dat de bepalingen over aanneming van werk in het BW niet van toepassing zouden zijn op de overeenkomst.⁴⁶

De werkwijze bij het opstellen van de model koop-/aannemingsovereenkomst is als volgt. Uit de ‘Commissie koop-/aannemingsovereenkomst’ wordt een werkgroep gevormd waarin van elke organisatie één vertegenwoordiger plaatsneemt.⁴⁷ Deze Werkgroep koop-/aannemingsovereenkomst ontwerpt de overeenkomst en de algemene voorwaarden die uiteindelijk weer door de commissie zullen worden beoordeeld en vastgesteld.⁴⁸ De werkgroep zal proberen in twee à drie vergaderingen een model koop-/aannemingsovereenkomst te ontwikkelen, inclusief de algemene voorwaarden.⁴⁹ De commissieleden zullen andere modellen van koop- en aannemingsovereenkomsten verzamelen, aan de hand waarvan de model koop-/aannemingsovereenkomst kan worden opgesteld.⁵⁰

43 Verslag van de vergadering van 6 maart 1973.

44 Ibid.

45 Ibid.

46 Ibid.

47 De NVB suggereert in de vergadering dat de werkgroep ook zou kunnen werken zonder vertegenwoordiging van de zijde van de bouwondernemers. Dit wordt door de commissie verworpen. Zie het verslag van de vergadering van 6 maart 1973.

48 Dit blijkt uit de brief van 28 augustus 1974 van de KNB aan de Vereniging Eigen Huis en de brief van 5 september 1974 van de KNB aan de kandidaat-notaris mr. C. Venemans, die namens de notarissen in de commissie zal plaatsnemen.

49 De vergaderingen van de werkgroep worden gepland voor 20 maart 1973, 2 april en 16 mei 1973. De werkgroep zal bestaan uit de volgende personen: mevr. mr. E. Stork (consumenten), drs. H. Gras (bouwondernemers), J. van Werkhoven (make-laars), P.B. van Hussen (notarissen) en mevr. mr. A. Klein.

50 Verslag van de vergadering van 28 november 1972. In de vergadering van 6 maart 1973 worden de volgende modellen als ‘studieobject’ genoemd: het koopakte-mo-

Op 16 mei 1973 wordt door de Commissie koop-/aannemingsovereenkomst het eerste concept van de model koop-/aannemingsovereenkomst van de Werkgroep besproken.⁵¹ Uitgangspunt voor het model is een door één van de werkgroepleden opgesteld concept. Dit concept werd ontleend aan een bestaande model koop-/aannemingsovereenkomst, aangevuld met bepalingen uit de algemene verkoopvoorwaarden van de Nederlandse Bond van Bouwondernemers. Het concept werd in vier vergaderingen van de werkgroep telkens aangepast. Na de aanpassingen door de commissie in de vergadering van 16 mei wordt ook de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven⁵² en het Ministerie van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening⁵³ om advies gevraagd. Vervolgens worden op 4 december 1973 in een volgende vergadering van de commissie de concepten wederom aangepast en worden deze ook naar de juridische werkgroep van het GIW gestuurd.⁵⁴ In augustus 1974 zijn de modellen door de commissie, mede naar aanleiding van de opmerkingen van het GIW en de Vereniging Eigen Huis, voor de laatste maal aangepast en worden deze 'als definitief bestempeld'.⁵⁵ In de laatste vergadering van de commissie wordt besloten dat de algemene voorwaarden zullen worden vastgesteld door een notaris en de modelovereenkomsten en de bijbehorende algemene voorwaarden zullen worden gedrukt en beschikbaar gesteld voor gebruik door onder meer aannemers, makelaars en notarissen.⁵⁶ De koop-/aannemingsovereenkomst en de bijbehorende algemene voorwaarden worden in december 1974 ter gelegenheid van de oprichting van het GIW gepresenteerd.⁵⁷ Het drukken en verspreiden van de modellen laat echter nog enige tijd op zich wachten. In afwachting van een steeds verder uitgestelde druk van de stukken verspreiden de Consumentenbond, de Vereniging Eigen Huis en de KNB de modellen al wel onder hun leden. Nadat de problemen met de drukker zijn opgelost en enkele kleine wijzigingen op verzoek van het GIW zijn aangebracht⁵⁸, is pas begin augustus 1976, bijna anderhalf

del met aannemingsovereenkomst van de NBM en de algemene verkoopvoorwaarden vastgesteld door de NV Bouwfonds Nederlandse Gemeenten met algemene bepalingen voor de koop-bouw van woningen.

- 51 Zie brief 10 mei 1973 van de KNB aan de leden van de Commissie koop-/aannemingsovereenkomst
- 52 Brieven van 7 augustus 1973, 10 september 1973 en 10 december 1973 van de Raad van Arbitrage aan de KNB, alsmede de brief van 10 september 1973 van de KNB aan de Raad van Arbitrage.
- 53 Zie brief van 31 augustus 1973 van de KNB aan de minister van Justitie, alsmede het verslag van de vergadering van 4 december 1973.
- 54 Verslag vergadering 4 december 1973. Een aantal van de leden van die werkgroep hebben overigens ook zitting in de Commissie koop-/aannemingsovereenkomst. De juridische werkgroep van het GIW bestaat uit: mevr. mr. E. Stork, mr. Th. P.L. Kouwenhoven, drs. H. Gras, mr. R.A.M. Thunnissen en drs. F.H.J. Nierstrazs.
- 55 Verslag vergadering 15 augustus 1974.
- 56 Ibid. De eerste versies van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden zijn vastgesteld door notaris Van Orsouw uit Utrecht.
- 57 Dit blijkt o.a. uit een brief van 1 september 1975 van de KNB aan de Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken.
- 58 Brief van 24 december 1975 van de NVM aan de leden van de Commissie koop-/aannemingsovereenkomst.

jaar na de presentatie van de overeenkomst, de druk en verspreiding een feit.⁵⁹ De NVM neemt de distributie van de modelovereenkomst onder de belanghebbenden op zich.⁶⁰

Besloten wordt dat de commissie zich vervolgens zal gaan richten op het ontwerpen van een koop-/aannemingsovereenkomst voor 'flatgebouwen'. De werkwijze voor het opstellen hiervan zal gelijk zijn aan de werkwijze die is gehanteerd voor eengezinswoningen. De Vereniging Eigen Huis zal ook zitting nemen in de commissie, hetgeen reden is de samenstelling van de werkgroep te wijzigen. In oktober 1975 vindt de eerste vergadering plaats. Besloten wordt de tekst van het model voor eengezinswoningen zoveel mogelijk in stand te houden. Slechts daar waar dat nodig is in verband met het karakter van appartementsrechten en daar waar wijzigingen een verbetering inhouden, zal het model worden aangepast, mits die aanpassingen niet tot misvattingen omtrent de bedoeling van de wijziging aanleiding kunnen geven.

De werkgroep heeft voor deze modelovereenkomst en bijbehorende voorwaarden aanzienlijk meer tijd en vergaderingen nodig dan bij het eerdere model voor eengezinswoningen.⁶¹ In totaal wordt tien keer vergaderd over een periode van ruim een jaar, voordat de werkgroep een eerste concept van de modelovereenkomst en bijbehorende algemene voorwaarden naar de Commissie stuurt.⁶² Daarna buigt de Commissie zich er nog gedurende bijna een jaar in zes vergaderingen over.⁶³ Het grootste knelpunt is het vaststellen van een termijn- en betalingsregeling.⁶⁴

Pas in januari 1978 komen ook deze modelovereenkomst en bijbehorende algemene voorwaarden van de drukker en worden die door de NVM verspreid voor fl. 0,50 per stuk.⁶⁵

Parallel aan het initiatief van de KNB tot het ontwerpen van de eerste model koop-/aannemingsovereenkomst en daarbij behorende algemene voorwaarden, loopt de oprichting van het GIW. Met de oprichting van het GIW werd begonnen in 1972.⁶⁶ Het initiatief tot de oprichting kwam van de Nederlandse Vereniging

59 Brief van 4 augustus 1976 van de NVM aan de Commissie koop-/aannemingsovereenkomst, de KNB, de NVB, Bouwfonds Nederlandse Gemeenten, de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis.

60 Dit blijkt onder meer ook uit de brief van 4 augustus 1976 en een brief van 20 november 1975 van de NVM aan de opstellers van de modelovereenkomst en algemene voorwaarden.

61 Vergaderingen van de werkgroep van 7 maart 1975, 10 april 1975, 13 mei 1975, 27 mei 1975, 17 juni 1975, 29 juli 1975, 10 februari 1976, 3 maart 1976, 7 april 1976, 21 april 1976, 21 juli 1976, 22 november 1976.

62 Zie het verslag van de werkgroep van 21 april 1976.

63 Zie de verslagen van de Commissie van 29 oktober 1975, 10 december 1975, 24 mei 1976, 8 juni 1976, 13 juli 1976, 29 juli 1976, 5 november 1976, 22 maart 1977 en de verslagen van de werkgroep.

64 Meer hierover in hoofdstuk 7 over de Betalings- en termijnregeling in art. 5 KA.

65 Brief van 12 januari 1978 van de NVM aan de KNB.

66 Dit blijkt (indirect) uit een brief van 4 december 1972 van de NVB aan de leden van de voorbereidingscommissie van het Garantie Instituut Woningbouw i.o., de

van Bouwondernemers. Doel was het verbeteren van de positie van kopers van woningen.⁶⁷ Dieper ingaan op de ontstaansgeschiedenis van het GIW en de GIW Garantie- en waarborgregeling gaat het hiervoor geschetste kader van dit onderzoek te buiten.

Sedert de totstandkoming zijn de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden regelmatig herzien, telkens in breed overleg. Die herzieningen betroffen evenwel geen ingrijpende inhoudelijke wijzigingen. De modelovereenkomst en de bijbehorende algemene voorwaarden van vandaag zijn goeddeels gelijk aan de eerste versies van 1976 (eengezinswoningen) en 1978 (appartementen).

De meest recente wijzigingen dateren van september 2003 en januari 2007. In september 2003 heeft een aanpassing plaatsgevonden naar aanleiding van wetsvoorstel 23 095, dat betrekking had op de Titels Koop en Aanneming van werk in Boek 7 van het BW. Nieuwe dwingendrechtelijke bepalingen voor consumentenovereenkomsten, zoals de bedenktijd en de 5%-regel, noopten tot de toevoeging van een aantal artikelen. De meest recente wijzigingen dateren van januari 2007, waarbij de arbitrageclausule werd aangepast en de artikelen werden hernummerd.

De herziening van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden vond tot nu toe altijd plaats op initiatief van het GIW door een commissie waarin vertegenwoordigers van zowel consumenten als ondernemers zitting hadden. Met de opheffing van het GIW zal de herziening van de voorwaarden door een andere organisatie moeten worden geïnitieerd. Nog onduidelijk is op welke wijze dit vorm zal krijgen.

leden van de juridische werkgroep van het Garantie Instituut Woningbouw i.o., de leden van het bestuur van de NVB, de leden en plaatsvervangend leden van het bestuur van de contactcommissie voor Onroerende Zaken en de De Raad van Bestuur Bouwbedrijf. Zie ook het verslag van de vergadering van de commissie koop-/aannemingsovereenkomst van 28 november 1972.

67 Aanvankelijk waren in het GIW de volgende organisaties vertegenwoordigd: groep A (algemeen belang): VNG, Stichting Bouwcentrum, BNA, Bond van Ned. Stedenbouwkundigen, Bemiddelende Organen (i.v.m. de gemeentegarantie), prof. ir. P.A. de Lange (later prof. ir. L.P. Sikkel) op persoonlijke titel en KIVI/ONRI; groep B (bouwbelangen): NV Bouwfonds Ned. Gemeenten, Bouwfonds Zuid Nederlandse Gemeenten NV, ROZ, Nederlandse Vereniging van Bouwondernemers (NVB); groep C (consumentenbelangen): VEH, Consumentenbond, Konsumentenkontakt, VAC's. VROM had een waarnemer afgevaardigd. Voorzitter van het bestuur was oud-minister van Volkshuisvesting Schut. Directeur van het GIW was destijds J.J.A. Berger.

Hoofdstuk 2

Het Toetsingskader

2.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt het toetsingskader van deze studie uiteengezet. Dit kader wordt gevormd door het nationale en Europees recht. Het nationaal rechtelijk toetsingskader wordt voor het grootste deel bekend verondersteld en behoeft dan ook geen verdere inleiding. Op het Europeesrechtelijk kader wordt in dit hoofdstuk wel nader ingegaan, waarbij in het kader van de richtlijn oneerlijke bedingen ook de implementatie van die richtlijn in het Nederlandse recht aan bod komt. Het Europeesrechtelijk kader waaraan getoetst wordt betreft twee onderdelen: het positieve Europees recht en het recht neergelegd in de zogenaamde ‘Principles’ of ‘Beginselen’. Beide onderwerpen komen aan bod in respectievelijk § 2.2 en § 2.3.

2.2 HET EUROPEES PRIVAATRECHT

Bij het positieve Europees privaatrecht gaat het om de wet- en regelgeving afkomstig van de Europese Unie en dan met name om de door de Unie uitgevaardigde richtlijnen.¹ Van alle richtlijnen die uit ‘Europa’ komen wordt, zoals reeds opgemerkt in de inleiding, de koop-/aannemingsovereenkomst alleen getoetst aan de richtlijn oneerlijke bedingen. Andere richtlijnen worden buiten beschouwing gelaten.

Voor een goed begrip van de plaats van de richtlijn in het recht wordt in de volgende subparagrafen ingegaan op de ontwikkelingen in het Europees privaatrecht tot nu toe.² De nadruk ligt op de regelgeving die van belang is voor nieuwbouwwoningen en de koop-/aannemingsovereenkomst. Het gaat hierbij uitdrukkelijk niet om publiekrechtelijke voorschriften of om grensoverschrijdende onroerend-goedtransacties.

Allereerst komt aan bod de ontwikkeling van het Europees privaatrecht in het algemeen (§ 2.2.1), daarna wordt ingegaan op het Europees privaatrechtelijk bouwrecht (§ 2.2.2) In § 2.2.3 komt vervolgens de richtlijn oneerlijke bedingen aan bod. In § 2.2.4 wordt ingegaan op de vraag of de richtlijn van toepassing is op de koop-/aannemingsovereenkomst, in § 2.2.5 wordt tot slot stilgestaan bij de vraag of het feit dat de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden in breed overleg tot stand zijn gekomen van invloed is op de vraag of de overeenkomst onredelijk bezwarende bedingen kan bevatten.

1 Over dit begrip: Benacchio & Pasa 2005, p. 25-30.

2 In § 2.3.1 wordt ingegaan op de toekomst van het Europees privaatrecht.

2.2.1 Enkele opmerkingen over de ontwikkeling van het Europees privaatrecht

De afgelopen jaren is er vanuit Brussel een gestage stroom regelgeving op het gebied van het Europees privaatrecht gekomen.³ Voor het vermogensrecht heeft dit gezorgd voor twintig richtlijnen die het vermogensrecht in enge zin betreffen.⁴ De richtlijnen zijn gebaseerd op art. 94 of 95 EG-Verdrag die een uitwerking zijn van art. 3 EG-verdrag betreffende de interne markt.⁵ Het primaire motief voor het opstellen van de regelgeving is het bevorderen van grensoverschrijdende transacties en het voorkomen van concurrentievervalsing of het verstoren van concurrentieverhoudingen.⁶ Europees regelgeving is primair gericht op het creëren van vergelijkbare voorwaarden voor de verkoper, het belang van de consument komt daarna.⁷ Het belang van Europees wet- en regelgeving wordt duidelijk bij het zien van de volgende cijfers: van de 653 artikelen uit de Boeken 3, 6 en 7.1 van het Burgerlijk Wetboek zijn 65 het gevolg van Europees richtlijnen.⁸ Dat is tien procent.⁹ Ter vergelijking: het percentage Nederlandse wet- en regelgeving dat door Europa wordt beïnvloed ligt over de gehele linie rond de 12,5 procent.¹⁰

2.2.2 Europees privaatrechtelijk bouwrecht

Met de harmonisatie van het Europees privaatrechtelijk bouwrecht heeft de Europese Unie zich rond 1990 ook enige tijd beziggehouden. In 1990¹¹ werd het

3 Zie voor een overzicht en bespreking: Hartkamp 2007a, p. 335-450 (met name de pagina's 380-448 zijn van belang).

4 Richtlijn Misleidende Reclame (1984), Richtlijn Colportage (1985), Richtlijn Productaansprakelijkheid (1985), Richtlijn Zelfstandige Handelsagenten (1986), Richtlijn Consumentenkrediet (1986), Richtlijn Pakketreizen (1990), Richtlijn Oneerlijke Bedingen in Consumentenovereenkomsten (1993), Richtlijn Teruggave Cultuurogoederen (1993), Richtlijn Time Share (1994), Richtlijn Bescherming Consument bij Afstandsovereenkomsten (1997), Richtlijn Wijziging Bijlage Cultuurogoederen (1997), Richtlijn Vergelijkende Reclame (1997), Richtlijn Afwikkeling Betaling en Effectentransacties (1998), Richtlijn Verkoop en Garanties Consumptiegoederen (1999), Richtlijn Wijziging Productaansprakelijkheid (1999), Richtlijn Elektronische Handel (2000), Richtlijn Bestrijding Betalingsachterstand (2000), Richtlijn Financiële Zekerheidsovereenkomsten (2002), Richtlijn Verkoop op Afstand van Financiële Diensten (2002), Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (2005).

5 Smits 2006, p. 63.

6 Art. 94 EG-verdrag: De Raad stelt op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité met eenparigheid van stemmen richtlijnen vast voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt.

7 Zie ook Smits 2004, p. 492-493.

8 Smits 2004, p. 493.

9 Zie ook Drion 2005, p. 79 en Bovens & Yesilkagit 2005, p. 520-529 voor meer cijfers over de invloed van Europa op het Nederlandse recht.

10 Bovens & Yesilkagit 2005, p. 520-529.

11 'Study of responsibilities, guarantees and insurance in the construction industry

Rapport Mathurin gepubliceerd.¹² Opdrachtgever voor het rapport was de Europese Commissie, die dit deed naar aanleiding van een resolutie van het Europees Parlement waarin werd aangedrongen op standaardisatie van onder andere bouwcontracten en garanties in de bouw.¹³

In dit rapport werd de regelgeving in de (toen) twaalf lidstaten op het gebied van aansprakelijkheden, garanties en verzekeringen in de bouw geïnventariseerd.

Het rapport bestaat samengevat grotendeels uit inventarisaties van deelgebieden of functies waaruit het bouwproces bestaat en het recht van de twaalf lidstaten ten aanzien van die gebieden. Tevens bevat het rapport een uitgebreide consultatie van belanghebbenden in de bouw over de noodzaak en wenselijkheid van harmonisatie. Daarnaast is een aantal aanbevelingen gegeven voor harmonisatie. De voor de koop-/aannemingsovereenkomst belangrijkste aanbeveling betreft die voor het geven van een minimum garantiebepaling voor onroerend goed. Grote nadruk ligt op de in art. 100a EEG-Verdrag (huidige art. 95 EG-Verdrag) genoemde consumentenbescherming en de taak van de Europese Unie op dat vlak. Een duidelijke scheiding tussen het bouwconsumentenrecht en het bouwrecht voor professionele partijen wordt in het rapport echter niet gemaakt.¹⁴ Dit wordt betreurd omdat die verschillen juist zo wezenlijk zijn voor de beantwoording van de vraag of harmonisatie wenselijk en mogelijk is.¹⁵

Het rapport werd over het algemeen in de bouwrechtwereld slecht ontvangen.¹⁶ Dit had met name te maken met het feit dat er geen bouwjuristen betrokken waren bij het opstellen ervan, maar ook met het al eerder genoemde ontbreken van een duidelijke scheiding tussen het consumentenbouwrecht en het bouwrecht van louter professionele partijen. Het effect van het rapport bleef uiteindelijk beperkt.¹⁷ Er verschijnen als reactie op het rapport nog enkele officiële documenten¹⁸, maar uiteindelijk wordt er niets gedaan met de aanbevelingen.

with a view to harmonisation at community level', 2 februari 1990, III/8326/89-EN.

- 12 Volledige naam: 'Study of responsibilities, guarantees and insurance in the construction industry with a view to harmonisation at community level'. Het rapport is geschreven door Claude Mathurin.
- 13 Resolutie van 12 oktober 1988, PbEG C/290, 14 november 1988.
- 14 Zie Donders 1991, p. 262. Zie ook Thunnissen 1990 en Thunnissen 1991, p. 171 e.v.
- 15 Met het oog op de bevoegdheid van de Europese Unie.
- 16 Zie Van Velten 1998, p. 28. Lees ook het commentaar van Donders in Donders 1991, p. 261-265.
- 17 Dit blijkt uit het feit dat er nooit meer iets mee is gedaan en er geen strategieën of rapporten op gevolgd zijn.
- 18 Op het rapport volgt de zgn. 'Caronna-paper', een EG-werkdocument (bron: Van Velten 1998, p. 28). In 1993 verschijnt een discussienota van de Europese Commissie over eventueel te ondernemen actie ten aanzien van de harmonisatie van aansprakelijkheden en garanties in de bouw met als titel 'Discussienota van de diensten van de Commissie inzake een eventuele communautaire actie' (bron: Van Velten 1998, p. 28). Hierop volgt weer een questionnaire gebaseerd op de nota. Deze moet ervoor zorgen inzicht te geven in de aanwezige nationale regelingen van de lidstaten en eventuele aanwezige garantieregelingen zoals bijv. die van het GIW.

2.2.3 Richtlijn oneerlijke bedingen

De Richtlijn oneerlijke bedingen¹⁹ is aangenomen door het Europees Parlement op 5 april 1993.²⁰ De richtlijn ziet op in consumententransacties opgenomen oneerlijke bedingen in overeenkomsten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.²¹ De invoering van de richtlijn was een belangrijke stap op weg naar een eenvormig Europees privaatrecht.²² Het is de eerste richtlijn die een centraal thema van het Europees contractenrecht regelt.²³ Al in 1975 was de Europese Commissie bezig met deze richtlijn. Toen eind jaren zeventig zowel Duitsland, Frankrijk als het Verenigd Koninkrijk met (uiteenlopende) maatregelen op dit terrein kwamen, werd het werk hieraan (tijdelijk) stopgezet.²⁴ Na een consultatiepaper in 1984 en veel kritiek op die paper kwam er in 1993 dan toch de Richtlijn oneerlijke bedingen in de vorm zoals we die nu kennen.²⁵

De richtlijn beoogt minimumharmonisatie.²⁶ Lidstaten kunnen derhalve strengere regels opstellen. Dit mag ingevolge art. 8 van de richtlijn alleen voor zover deze strengere regels niet in strijd zijn met het EG-Verdrag. Deze minimumharmonisatie komt de harmonisatie van het Europees recht uiteraard niet ten goede, als gevolg hiervan kunnen nationale regels immers nog steeds verschillen.²⁷

19 Richtlijn 93/13, PbEG L 95/29.

20 Over de geschiedenis van de richtlijn: Pasa & Benacchio 2005, p. 46-61.

21 Art. 3 van de richtlijn:

1. Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

2. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben. Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling sluit de toepassing van dit artikel op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst. Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen.

3. De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.

22 Van Velten 1998, p. 43. Ook: Hondius 1993b, p. 108. Over de impact van de richtlijn oneerlijke bedingen op de integratie van het Europees Privaatrecht Zie het 'special issue' over dit onderwerp van de *European Review of Private Law (ERPL)*, 1995 p.173-379.

23 De Richtlijn Productaansprakelijkheid bestrijkt immers op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht.

24 Bron: Hondius 1993b, p. 108.

25 Ibid.

26 Art. 8 van de richtlijn.

27 Zie hierover o.a. Hondius 1997a, p. 124-125 en Bank 1993, p. 89-90.

2.2.3.1 Implementatie

De lidstaten werden verplicht de richtlijn uiterlijk op 31 december 1994 te hebben geïmplementeerd in de nationale regelgeving.²⁸ In tegenstelling tot de meeste gevallen werd deze richtlijn in Nederland al voordat hij was aangenomen 'geïmplementeerd' bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992. Dit gebeurde in de artt. 231, 6:236-238 en 240 BW. De grote vraag die hierna speelde was of deze (vroegtijdige) implementatie inhoudelijk wel juist had plaatsgevonden. De Nederlandse regering was van mening dat dit wel het geval was.²⁹ Verschillende wetenschappers bleken het hier niet mee eens.³⁰ Aan deze onzekerheid kwam in 1998 een einde toen de Europese Commissie in april van dat jaar aankondigde een inbreukprocedure te gaan starten tegen Nederland.³¹ De Commissie stelde dat de richtlijn onvoldoende was omgezet omdat de bestaande wettelijke regeling minder bescherming bood dan de richtlijn.³²

De kritiek van de Commissie betrof de volgende onderwerpen:

- De bescherming van de richtlijn gold ook voor onduidelijk geformuleerde kernbedingen en dit was niet als zodanig in de wet opgenomen;
- De wet dient te bepalen dat algemene voorwaarden of bedingen helder en begrijpelijk geformuleerd moeten worden (het zgn. Transparanzgebot), dit ontbrak in het BW;
- De contra proferentemregel, de regel dat uitleg van onduidelijke bedingen in het voordeel van de consument dient te geschieden, ontbrak in de wettelijke regeling.

Op 10 april 1999 diende de Nederlandse regering alsnog een wetsvoorstel in tot implementatie van de genoemde punten.³³ Een aantal dagen later echter, elf om precies te zijn³⁴, diende de Commissie toch een verzoekschrift in bij het Hof van Justitie tot vaststelling van de schending van de verplichting tot omzetting.

28 Art. 10 van de richtlijn. Voor literatuur over implementatie in andere lidstaten zie o.a. over Duitsland: Reich 1997, p. 165-172, over Spanje: Lete 1997, p. 205-212, in Engeland: Willet 1997, p. 223-236, Posch 1997, p. 135-142, Pasa & Benacchio 2005, p. 51-55.

29 Nota naar aanleiding van het verslag, 18 juni 1999, Kamerstukken II 1998/99, 26 470, nr. 5, Zie o.a. Loos 2001a, p. 242.

30 Zie voor kritiek o.a. Hondius 1997b, p. 193-196, Wissink 1995, p. 1-4, Hondius 1993b, p. 111, Bank 1993, p. 90.

31 6 april 1998.

32 De regering wees de Europese Commissie ten tijde van de inbreukprocedure met name op de mogelijkheid van het invoeren van art. 3:35 BW (bescherming gerechtvaardigd vertrouwen), art. 6:233 sub a (de inhoudstoetsing) en 6: 248 lid 2 en BW (de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid). Zie HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-144/99, Commissie/Nederland en de Conclusie van A-G Tizzano van 23 januari 2001.

33 Kamerstukken II 1998/99, 26 740, nr. 1-2.

34 21 april 1999. Op basis van art. 169 EG-Verdrag (toen art. 226).

Het Hof deed uitspraak in mei 2001³⁵ en oordeelde dat de Nederlandse regering niet heeft kunnen aantonen dat de Nederlandse wet met de artt. 4 lid 2 en 5 van de richtlijn overeenstemde. In zijn oordeel ging het Hof in op de wijze van implementatie van een richtlijn en verwees daarmee naar eerdere rechtspraak.³⁶ Ook oordeelde het Hof dat de door de richtlijn beoogde doelstelling niet kon worden bereikt door een systematische uitleg van het Nederlandse recht³⁷ of door richtlijnconforme interpretatie.³⁸ Nederland moest de richtlijn alsnog correct implementeren door het doorvoeren van een wetswijziging.³⁹

In oktober 1999 was de wetswijziging een feit.⁴⁰ De belangrijkste wijziging naar aanleiding van de kritiek van de Commissie betrof het nieuwe artikel 6:238 lid 2 BW.⁴¹ Deze bepaling bevat in de eerste zin het Transparenzgebot en in de tweede zin de contra proferentemregel.

Art. 6:231 sub a BW⁴² werd daarnaast aangevuld waardoor het Transparenzgebot ook ziet op kernbedingen.⁴³ Aan art. 6:240 lid 1 BW⁴⁴ werd toegevoegd dat de

35 HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-144/99, Commissie/Nederland. Zie ook de conclusie van A-G Tizzano, 23 januari 2001.

36 In r.o. 17-18 van de uitspraak (HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-144/99, Commissie/Nederland) verwees het naar HvJ EG 23 maart 1995, zaak C-365/93, Jur. P. I-499 (Commissie/Griekenland). Volgens vaste rechtspraak was volgens het Hof niet noodzakelijkerwijs een wetswijziging nodig voor implementatie. Wel is dan vereist dat het betrokken nationale recht daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn verzekert, dat de uit het nationale recht voortvloeiende rechtssituatie voldoende bepaald en duidelijk moet zijn, en dat de begunstigen in staat moeten zijn kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig te gelde kunnen maken voor hun nationale rechterlijke instanties.

37 In r.o. 19 en 20 wordt verwezen naar de conclusie van A-G Tizzano onder de nrs. 25-31. Hierin is een uitgebreide motivering van deze stellingen opgenomen.

38 Zie r.o. 21 in het arrest van het Hof nr. 36 in de conclusie van A-G Tizzano. Anders van mening is: Wissink 1999, p. 679-680, die verwijst naar Hijma 1997b, p. 415 e.v., Wessels & Jongeneel 1997, nr. 21-22.

39 Wissink noemt dit een 'wetswijziging zonder rechtswijziging', Wissink 1999, p. 680.

40 Wet van 28 oktober 1999, Stb. 1999, 468.

41 Art. 6:238 lid 2 BW: Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.

42 Art. 6:231 sub a BW: **Algemene voorwaarden: een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd;**

43 Zoals geregeld in art. 4 lid 2 van de richtlijn.

44 Art. 6:240 lid 1 BW: **Op vordering van een rechtspersoon als bedoeld in lid 3 kunnen bepaalde bedingen in bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend worden verklaard; de artikelen 233 onder a, 236 en 237 zijn van overeenkomstige toepassing. Voor de toepassing van de vorige zin wordt een beding in algemene voorwaarden dat in strijd is met een dwingende wetsbepaling, als onredelijk bezwarend aangemerkt. Bij de beoordeling van een beding blijft de uitlegregel van art. 238 lid 2, tweede zin, buiten toepassing.**

contra proferentemregel van art. 6:238 lid 2 BW niet geldt in het kader van de abstracte toetsing van algemene voorwaarden door belangenorganisaties.⁴⁵ In de literatuur bestaat echter nog steeds discussie over een aantal implementatievragen.⁴⁶

2.2.3.2 Enkele inhoudelijke aspecten van de Richtlijn

Om in de volgende hoofdstukken bondig in te kunnen gaan op de richtlijn oneerlijke bedingen in relatie tot de model koop-/aannemingsovereenkomst is van belang een aantal inhoudelijke aspecten wat nader toe te lichten.

Zoals opgemerkt, ziet de richtlijn op een wijziging van de wetgeving met betrekking tot consumententransacties opgenomen oneerlijke bedingen in overeenkomsten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.⁴⁷ Drie elementen zijn dus van belang voor de toepasselijkheid van de richtlijn: het moet gaan om (1) een consumententransactie, om (2) oneerlijke bedingen waarover (3) niet afzonderlijk is onderhandeld. De vraag wanneer er sprake is van een consumententransactie komt aan bod in hoofdstuk 3 in verband met de aard van de koop-/aannemingsovereenkomst, op de twee andere aspecten wordt thans dieper ingaan.⁴⁸

2.2.3.3 Oneerlijk

Wat is een oneerlijk beding? Art. 3 lid 1⁴⁹ van de richtlijn geeft aan dat een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk wordt beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.⁵⁰ Voor de beoordeling hiervan moet rekening

45 Conform art. 7 lid 2 van de richtlijn.

46 Zie Smits 2001a, p. 853-855. Smits is van mening dat de wet ook moet worden aangepast omdat het toepassingsbereik van de wet en de richtlijn nog niet overeenkomen. Zo is de richtlijn van toepassing op alle consumentenovereenkomsten, zowel op mondelinge overeenkomsten als op bedingen die niet in algemene voorwaarden staan. Daarnaast vindt Smits het nu niet duidelijk genoeg dat de contra proferentemregel ook van toepassing is op mondelinge overeenkomsten. Tot slot werpt hij de vraag op of de sanctie in de richtlijn 'niet bindend' vergelijkbaar is met 'vernietigbaarheid'. Ook: Smits 2000a, p. 238. Kritiek op de formulering: art. 6:238 geldt slechts voor schriftelijke bedingen die zijn opgesteld 'teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen'.

47 Art. 3 van de richtlijn.

48 Omdat het begrip 'consument' ook in het kader van het BW en de titels 7.1 en 7.12 een rol speelt, is een gezamenlijke behandeling van dit begrip in hoofdstuk 3 beter op zijn plaats.

49 Art. 3 lid 1 van de richtlijn: Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

50 Over de uitleg van de term oneerlijk: Lete 1997, p. 209, Hondius 1995, p. 246 e.v.,

worden gehouden met alle omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst, de andere bedingen van de overeenkomst en de aard van de goederen en diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.⁵¹

Ter indicatie van wat oneerlijk is, is een ‘indicatieve en niet uitputtende lijst’ van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt als bijlage gevoegd bij de richtlijn.⁵² Aanvankelijk waren lidstaten verplicht deze lijst op te nemen, later is dit idee weer losgelaten.⁵³ De status van de lijst is niet geheel duidelijk, met name de vraag of de lijst een ‘zwart’ dan wel ‘grijs’ karakter heeft.⁵⁴ Omdat het gaat om een indicatieve lijst met bedingen die ‘als onredelijk *kunnen* (cursief EB) worden aangemerkt’, is het waarschijnlijk dat het een grijze lijst betreft.⁵⁵ In de considerans is aangegeven dat lidstaten de lijst in de nationale wetgeving mogen aanvullen en beperkter mogen formuleren. De bedingen op de lijst komen in grote lijnen overeen met de artt. 6:236 en 6:237 BW.

2.2.3.4 Oneerlijk en onredelijk bezwarend

De Richtlijn oneerlijke bedingen hanteert de term ‘oneerlijk’, het BW hanteert daarentegen de term ‘onredelijk bezwarend’, houden deze termen hetzelfde in?

Zoals hierboven uiteengezet moet ingevolge art. 3 lid 1 van de Richtlijn een beding als oneerlijk worden beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

Onder a in art. 6:233 BW wordt uiteengezet wanneer sprake is van een onredelijk bezwarend beding.⁵⁶ De vraag of een beding onredelijk bezwarend is, hangt af van de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen

Brandner & Ulmer 1991, p. 658 e.v.

51 Wissink 1995, p. 2. Vergelijkbaar met art. 6:233 sub a BW.

52 Zie lid 3 van art. 3 van de richtlijn. De bedingen op de lijst komen in grote lijnen overeen met de artt. 6:236 en 237 BW.

53 Hondius 1993b, p. 110. Zie over de status van de lijst en de vraag of deze in zijn geheel moet worden opgenomen ook HvJ EG 7-05-2002, C-478/99 Commissie vs. Zweden, jurisprudentie 2002 p. I04147, waarin werd vastgesteld door het Hof van Justitie dat ingevolge art. 3 lid 3 van de richtlijn de lijst een indicatieve niet uitputtende lijst van bedingen is die niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk moeten worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet op voorkomt, oneerlijk kan worden bevonden. Daarnaast kan de volle werking van de richtlijn worden verzekerd in een voldoende nauwkeurig en duidelijk wettelijk kader zonder dat de lijst in de bijlage bij de richtlijn wordt opgenomen in de bepalingen ter omzetting van de richtlijn. De lijst dient als informatiebron.

54 Wissink 1995, p. 2, Hondius 1993b, p. 110.

55 Vergelijkbaar: Wissink 1995, p. 2.

56 **Art. 6:233 onder a BW: Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.**

en de overige omstandigheden van het geval. De zwarte en grijze lijst dienen als indicatieve niet limitatieve leidraad bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van onredelijk bezwarendheid.

Gezien bovenstaande beschrijvingen zal de uitleg van de termen oneerlijk en onredelijk bezwarend in de praktijk neerkomen op hetzelfde. Ook uit de literatuur is niet gebleken dat vermoed wordt dat tussen beide begrippen een verschil van interpretatie kan bestaan.⁵⁷

2.2.3.5 Niet afzonderlijk onderhandeld

Voor toepasselijkheid van de richtlijn moet het gaan om bedingen waarover Niet afzonderlijk is onderhandeld door partijen. Zijn bedingen wel afzonderlijk onderhandeld dan vallen zij daarmee per definitie niet onder de regeling van de richtlijn. Aanvankelijk zag het voorstel van de Commissie op bedingen in het algemeen, ongeacht de vraag of deze gestandaardiseerd waren of niet. Na druk van onder meer Duitsland is dit echter beperkt tot niet afzonderlijk onderhandelde bedingen.⁵⁸

Wanneer is sprake van niet afzonderlijk onderhandelde bedingen? Het tweede lid van art. 3 van de richtlijn geeft in dit verband uitsluitel.⁵⁹ Volgens art. 3 van de richtlijn dient er sprake te zijn van van tevoren opgestelde bedingen waar de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud heeft kunnen hebben. Het artikel wijst met name op zgn. toetredingsovereenkomsten. Hierbij zijn de algemene voorwaarden door een der partijen eenzijdig opgesteld en de wederpartij heeft die voorwaarden in haar geheel te aanvaarden.⁶⁰ Bij het lezen van deze verwijzing, maar ook als gesproken wordt over ‘niet afzonderlijk onderhandelde bedingen’ gaat de eerste gedachte uit naar algemene voorwaarden.⁶¹ Maar niet alleen contractstukken met de titel ‘algemene voorwaarden’ bevatten bedingen waarover ‘niet afzonderlijk onderhandeld’ is. Ook modelcontracten bevatten dit soort bedingen. De richtlijn kan dan ook van toepassing zijn op andere contractsbedingen

57 Zie o.a. Hondius 1997b, p. 193-196 waarin andere bezwaren wel voor het voetlicht komen. en lees ook het verhaal hierboven over de onvolledige implementatie van de richtlijn oneerlijke bedingen op andere punten dan de begrippen oneerlijk en onredelijk bezwarend.

58 Bron: Hondius 1993b, p. 109.

59 Art. 3 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen: Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben. Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling sluit de toepassing van dit artikel op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst.

Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen.

60 Algra & Gokkel 1999.

61 Zie Wissink 1995, p. 2; Hondius 1993b, p. 109.

dan algemene voorwaarden in de zin waarin wij ze kennen. Zo ziet de richtlijn bijvoorbeeld ook op mondelinge bedingen.⁶²

2.2.4 De richtlijn oneerlijke bedingen en de koop-/aannemingsovereenkomst

De bepalingen in de Richtlijn oneerlijke bedingen zijn van toepassing op bedingen die voldoen aan de voorwaarden neergelegd in art. 3 van de richtlijn.⁶³ Het eerste lid van art. 3 geeft aan wanneer sprake is van een oneerlijk beding. Is sprake van een oneerlijk beding dan zijn het, aldus artikel 6 van de richtlijn, de lidstaten die bepalen dat deze oneerlijke bedingen de consument ‘niet binden’.⁶⁴ Van een oneerlijk beding kan sprake zijn als niet afzonderlijk is onderhandeld over het beding, en als het (samengevat) in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen partijen aanzienlijk verstoort. Of sprake is van een beding dat in strijd is met de goede trouw en het evenwicht tussen partijen verstoort komt thans niet aan de orde. Daar wordt wel op ingegaan in de hoofdstukken 5 en verder waarin de afzonderlijke bedingen opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden worden behandeld. In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden bedingen bevatten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en of op deze bedingen derhalve de richtlijn oneerlijke bedingen van toepassing is.

De praktijk wijst uit dat over het algemeen de model koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden zonder voorafgaande onderhandeling tussen partijen, door de ondernemer aan de verkrijger worden voorgelegd.

62 Richtlijn 93/13/EEG. In de aanhef staat ‘... dat de consument in het kader van een mondelinge overeenkomst dezelfde bescherming moet genieten als in dat van een schriftelijke overeenkomst’.

63 Art. 3 Richtlijn oneerlijke bedingen:

1. Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.

2. Een beding wordt steeds geacht niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest wanneer het, met name in het kader van een toetredingsovereenkomst, van tevoren is opgesteld en de consument dientengevolge geen invloed op de inhoud ervan heeft kunnen hebben. Het feit dat sommige onderdelen van een beding of een afzonderlijk beding het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling sluit de toepassing van dit artikel op de rest van een overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst. Wanneer de verkoper stelt dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, dient hij dit te bewijzen.

3. De bijlage bevat een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt.

64 In art. 6:233 onder a BW is opgenomen dat een beding dat voor de wederpartij onredelijk bezwarend is, vernietigbaar is.

Uit de koop-/aannemingsovereenkomst zelf blijkt allereerst dat het de bedoeling is geweest van de opstellers van de modellen dat door partijen geen wijzigingen worden aangebracht. In art. 12 KA is opgenomen dat afwijkingen van het model in beginsel nietig zijn.⁶⁵ Wil een ondernemer ten nadele van de verkrijger afwijken van de koop-/aannemingsovereenkomst dan dient dit eerst goedgekeurd te worden door een aangesloten organisatie.⁶⁶ Hieruit blijkt dat afwijken van het model, of zelf onderhandelen over de afzonderlijke bedingen, niet de bedoeling van de opstellers is geweest. Een vraag die voor deze paragraaf niet van belang is, maar in hoofdstuk 3 wel aan de orde wordt gesteld, is welke status een bepaling als opgenomen in art. 12 KA heeft en of deze bepaling wel rechtskracht toekomt.

Ten tweede lijkt ook de praktijk uit te wijzen dat over bedingen in de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden niet afzonderlijk wordt onderhandeld. Daar waar de overeenkomst enige vrijheid aan partijen laat om een keuze te maken ten aanzien van de inhoud van hun rechtsverhouding, blijkt de onderhandelingsruimte van de consument namelijk zeer beperkt. In de koop-/aannemingsovereenkomst worden aan partijen enkele keuzeopties geboden. Een voorbeeld van zo'n optie is terug te vinden in art. 3 KA waarin twee opties zijn opgenomen met betrekking tot al dan niet verrekening van geleverde over- of ondermaat. Aannemelijk is het dat het veelal de ondernemer is die kiest voor de voor hem gunstigste optie (optie A) zonder ruimte te laten voor onderhandeling met de verkrijgers. In geval van art. 3 KA wordt verrekening van over- of ondermaat vaak uitgesloten.⁶⁷

De koop-/aannemingsovereenkomst bevat dus bedingen die niet afzonderlijk zijn onderhandeld. Sterker nog: de inhoud van de koop-/aannemingsovereenkomst (en de algemene voorwaarden) zal in het grootste deel van de gevallen in zijn geheel niet zijn onderhandeld. De bedingen in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden kunnen derhalve oneerlijke bedingen zijn in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen en kunnen wanneer zij oneerlijk zijn, vernietigbaar zijn.

65 Art. 12 KA: Afwijkingen van het in het hoofd van deze akte genoemde model van de koop-/aannemingsovereenkomst en van de daarin van toepassing verklaarde algemene voorwaarden, die ten nadele van de verkrijger zijn, zijn nietig behoudens voorafgaande uitdrukkelijke toestemming verleend door of namens de waarborgende instelling als bedoeld in artikel 8. Bij het ontbreken van deze toestemming geldt de oorspronkelijke in het model opgenomen bepaling.

66 In totaal zijn er drie bij het GIW 'aangesloten organisaties die een samenwerkingsovereenkomst hebben met het GIW: Bouwfonds MAB, Stichting Waarborgfonds Koopwoningen (SWK) en Woningborg BV. Deze organisaties verstrekken de waarborgcertificaten aan de verkrijgers, voeren de garantie- en waarborgregeling uit en verstrekken de insolventiewaarborg. Bruggeman 2006, p. 13.

67 D.m.v. het doorhalen van optie B en het dus van toepassing verklaren van optie A. Meer over dit onderwerp in § 8.5 van hoofdstuk 8.

2.2.5 De betrokkenheid van belangenorganisaties en de oneerlijkheid van bedingen

Een vraag die in het kader van de richtlijn oneerlijke bedingen van belang is, is of het feit dat de modellen tot stand zijn gekomen door een samenwerkingsverband tussen belangenorganisaties van consumenten en ondernemers en de overheid, van invloed is op de beoordeling van de onredelijk bezwarendheid van een beding. Voor de vernietigbaarheid van een beding is vereist dat het beding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Bij het beoordelen van de onredelijk bezwarendheid moeten alle omstandigheden van het geval worden meegewogen.⁶⁸ Eén omstandigheid die bij die inhoudelijke toetsing mee kan spelen is de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen.⁶⁹ Bij dit criterium speelt een rol of er verschillende belangenorganisaties betrokken zijn geweest bij totstandkoming, of dat de voorwaarden eenzijdig door de ondernemer zelf of zijn belangenorganisatie zijn opgesteld.⁷⁰ Zijn de voorwaarden eenzijdig opgesteld dan zal een rechter of arbiter strenger toezien op onredelijk bezwarende bedingen. Bij voorwaarden waarbij wel alle relevante organisaties betrokken zijn geweest zal een rechter eerder geneigd zijn aan te nemen dat een overeenkomst met een consument-‘onvriendelijk’ beding op een andere plaats in de overeenkomst daarvoor ‘compensatie’ biedt. De voorwaarden zijn immers het resultaat van onderhandelingen tussen (professionele) belangenorganisaties. Dit betekent echter niet dat voorwaarden waarbij bij de totstandkoming wel alle relevante belangenorganisaties betrokken zijn geweest, nooit een onredelijk bezwarend beding kunnen bevatten. Ondanks het feit dat voorwaarden in overleg tot stand zijn gekomen, zullen zij door een arbiter of rechter wel kritisch bekeken moeten worden. Daarbij kan het feit dat de voorwaarden tweezijdig zijn opgesteld wel worden meegewogen, maar is dit feit niet doorslaggevend.⁷¹

Een paar voorbeelden van uitspraken waarbij de onredelijk bezwarendheid van een beding in een algemene voorwaarden die tot stand waren gekomen in gesprekken met vertegenwoordigende organisaties van beide partijen, een rol speelde. In RvA 19 juni 1997⁷² was de Raad erg stellig met zijn oordeel:

‘Niet valt in te zien hoe de bewuste bepaling onredelijk bezwarend jegens opdrachtgevers/consumenten zou kunnen zijn, nu de bewuste bepaling onderdeel is van algemene voorwaarden die deel uitmaken van de zogenaamde standaard GIW aannemingsovereenkomst en die overeenkomstig het model zijn zoals vastgesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, de Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen, de Nederlandse Vereniging van Bouwondernemers, de Consumentenbond en de Vereniging Eigen huis’.⁷³

68 Art. 6:233 onder a BW.

69 Art. 6:233 onder a BW, Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 357. zie ook RvA 29 september 2006, nr. 27.868 waarin deze omstandigheid ook werd meegewogen.

70 Chao-Duvis 2002, p. 368-370.

71 Wessels & Jongeneel 1997, p. 87.

72 RvA 19 juni 1997, nr. 17.754, BR 1998, p. 778.

73 Vergelijkbaar maar minder stellig: RvA 9 oktober 2008, nr. 29.372, 29.381,

Even stellig was Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven. Door de geschillencommissie werd vergelijkbaar geoordeeld in een totaal andere situatie:

‘Voor een beroep op vernietigbaarheid [...] in verband met art. 6:233 onder a is geen plaats, omdat de Algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen met instemming van de Consumentenbond.’⁷⁴

Een stuk genuanceerder was de Raad in een uitspraak uit 2003.⁷⁵ Ondanks het feit dat deze overeenkomst en algemene voorwaarden in breed overleg tot stand waren gekomen stelde de Raad dat onder omstandigheden de overeenkomst onredelijk bezwarende bedingen kan bevatten. Hij oordeelde dat:

‘Gelet op de inhoud van de algemene bepaling inzake de vernietigbaarheid van onredelijk bezwarende bedingen (art. 6:233 aanhef en onder a BW) speelt bij de beoordeling daarvan tevens de wijze waarop de algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen een rol. De onderhavige algemene voorwaarden⁷⁶ zijn breed gedragen algemene voorwaarden die tot stand gekomen zijn via overleg tussen producenten en consumentenorganisaties. Daarop gelet, mag worden aangenomen dat in bedoeld overleg de opvatting leefde dat het niet instellen van een rechtsvordering binnen de termijn vijf jaar na omekomst van een termijn van zes maanden na de oplevering van een werk het verval van het recht rechtvaardig is.’

Dit neemt echter niet weg dat onder omstandigheden het argument dat de voorwaarden in overleg tot stand zijn gekomen terzijde moet worden geschoven en dat een beroep op art. 6:233 wordt gehonoreerd. De Raad merkte hierover het volgende op: ‘Onder de omstandigheden van dit geval, waarvan een tijdig ingestelde rechtsvordering bij het GIW ter zake hetzelfde gebrek deel uitmaakt, komt aan aannemer geen beroep toe op de in voormeld overleg breed gedragen opvatting dat het niet instellen van een rechtsvordering als de onderhavige binnen de in de algemene voorwaarden genoemde termijn het verval van het recht rechtvaardigt, omdat niet kan worden aangenomen dat in dat breed overleg ook rekening is gehouden met een situatie zoals die zich in casu voordeed. Het vorenstaande brengt mee dat arbiters het beroep op vernietiging van het betreffende beding in de concrete omstandigheden van dit geval, als bedoeld in art. 6:233 aanhef en onder a BW honoreren.’

De kans dat de koop-/aannemingsovereenkomst een beroep op de onredelijk bezwarendheid van een beding wordt gehonoreerd, moet gezien bovenstaande uitspraken niet groot worden geacht, maar is zeker niet uitgesloten. Het feit dat de voorwaarden in breed overleg tot stand zijn gekomen garandeert niet dat er geen onredelijk bezwarende bedingen voorkomen in deze voorwaarden, maar geeft par-

29.383.

74 Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven 29 september 1998, TvC 1999, p. 260.

75 RvA 10 januari 2003, nr. 23.741, BR 2003, p. 354. vergelijkbaar: RvA 22 september 2006, nr. 27.868.

76 I.c. de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden.

tijen die zich tegen vernietiging van een beding wegens onredelijk bezwarendheid verzetten, wel het voordeel van de twijfel.⁷⁷

2.2.6 Bedingen toegevoegd aan de overeenkomst buiten het model om

Aan de model koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden worden soms door ondernemers artikelen of voorwaarden toegevoegd. Op de inhoud van deze aangehechte voorwaarden en de omvang van het gebruik ervan is weinig zicht, maar het vermoeden lijkt gerechtvaardigd dat meer dan eens voorwaarden worden toegevoegd (het kan dan bijvoorbeeld gaan om beperkingen als anti-speculatiebedingen). Zeer wel denkbaar is dat ook deze extra voorwaarden onredelijk bezwarend zijn of onredelijk bezwarende voorwaarden bevatten. Om deze bedingen te kunnen toetsen op oneerlijkheid of onredelijke bezwarendheid dienen zij echter wel bedingen te zijn waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.

In twee uitspraken van de Raad werd geoordeeld over de onredelijke bezwarendheid van bepalingen die geen onderdeel van de modelovereenkomst uitmaken.

In een geschil uit 2004 oordeelde arbiter dat sprake was van een onredelijk bezwarend beding (en dus indirect dat hier sprake was van een beding waarover niet afzonderlijk was onderhandeld).⁷⁸ Het betrof hier een clausule opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst die een afwijking van het model inhield. De afwijking van het model was goedgekeurd door de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen en voldeed daarmee aan de eisen van art. 12 KA dat een afwijking van het model moet zijn goedgekeurd door een aangesloten organisatie.⁷⁹ In het beding was opgenomen dat de ondernemer aansprakelijkheid voor alle fluctuaties in de waterstanden uitsloot. Ondernemer bouwde echter lager dan het advies van het Hoogheemraadschap voorschreef. Arbiter overwoog dat nu de ondernemer de huizen verkocht aan consumenten die niet van dit specifieke risico op de hoogte zijn, de ondernemer handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid en het beding dat de aansprakelijkheid uitsloot vernietigbaar was in de zin van art. 6:233 sub a BW. Dat het artikel was goedgekeurd door SWK heeft volgens arbiter geen betekenis nu SWK niet op de hoogte was van het advies van het Hoogheemraadschap. In hoger beroep werd het risico van overstroming anders gewaardeerd en achtten arbiters de bepaling niet onredelijk bezwarend.⁸⁰

In een geschil uit 2005 betrof het een Anti-speculatiebeding.⁸¹ Verkrijger betoogde dat het anti-speculatiebeding onredelijk bezwarend was omdat hij zich door zijn medische klachten genoodzaakt zag vroegtijdig te verhuizen. Door zijn ziekte moest verkrijger regelmatig dagen het bed houden, door de (kleine) afmetingen van de woonkamer veroorzaakte plaatsing van een bed in die woonkamer voor verkrijger en zijn partner problemen voor de leefbaarheid van de woning. Arbiter

77 Ook: Chao-Duivis 2002, p. 369.

78 RvA 26 november 2004, nr. 22.296, BR 2004, p. 699.

79 Meer over dit onderwerp in § 3.3.5 van hoofdstuk 3.

80 RvA 10 april 2006, nr. 70.879.

81 RvA 6 april 2005, nr. 26.229.

wijst het beroep op de onredelijke bezwarendheid af en weegt in zijn oordeel mee dat sprake is van een subjectieve beleving aangezien plaatsing van een bed in de woonkamer zeer wel mogelijk was. Tevens veroorzaakte de vroegtijdige verhuizing en het anti-speculatiebeding geen vermogensvermindering maar slechts een geringere vermogenswinst.

Bovenstaande uitspraken illustreren dat consumenten ook buiten de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden geconfronteerd kunnen worden met bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en die mogelijk aan te merken zijn als een onredelijk bezwarend beding. Ook bedingen die op deze wijze tot stand zijn gekomen, komen voor toetsing op onredelijke bezwarendheid in aanmerking. Opgemerkt moet worden dat bij een beroep op onredelijke bezwarendheid de consument altijd het BW (art. 6:233 BW) als grondslag van zijn vordering dient te nemen en niet de richtlijn oneerlijke bedingen. Deze richtlijn is immers in het BW geïmplementeerd.

2.3 EUROPESE BEGINSELEN

Voor dit onderzoek wordt de koop-/aannemingsovereenkomst getoetst aan zgn. ‘Beginselen’ of ‘Principles’ van het Europees recht. Ingegeven door de verdergaande Europeanisering van het privaatrecht⁸² hebben wetenschappers in Europa op verschillende terreinen van het recht onderzoek gedaan naar de gemeenschappelijke basis van het recht van de landen van de Europese Unie. Als uitvloeisel van deze onderzoeken is een aantal ‘ontwerpwetboeken’ ontwikkeld dat de beginselen van het recht in Europa door middel van met wetteksten vergelijkbare beginselen uiteenzet. De termen ‘Beginselen’ of ‘Principles’ zijn niet helemaal correct nu deze allereerst geen betrekking hebben op (van kracht zijnde) wettelijke bepalingen maar in feite behoren tot de literatuur en ten tweede omdat zij geen beginselen bevatten maar modelbepalingen van het contractenrecht en dus veel gedetailleerder zijn dan beginselen in de meest gebruikte zin van het woord.⁸³

Een van de bekendste werken op dit gebied is de ‘Principles of European Contract Law’ (PECL). In § 2.3.1 wordt, om het belang van bovenomschreven beginselen aan te geven, allereerst ingegaan op de ontwikkeling van het Europees privaatrecht tot nu toe en de toekomst van datzelfde privaatrecht. Daarna wordt in § 2.3.2 ingegaan op de beginselen die voor dit onderzoek zijn gebruikt.

2.3.1 Verleden, heden en toekomst van het Europees privaatrecht

De laatste decennia zijn bronnen van het privaatrecht door de Europese regelgeving sterk toegenomen. Een belangrijk deel van het nationale recht is nu van Europese oorsprong.⁸⁴ Over de huidige stand van het Europees privaatrecht, in de woorden van de Europese Commissie ‘acquis’⁸⁵, zijn de meningen verdeeld. Smits

82 Zie hierover § 2.3.1 van dit hoofdstuk.

83 Over dit laatste: Twigg-Flesner 2008, p. 13.

84 Zie ook Krans 2004, p. 501-514, Smits 2004, p. 497.

85 Het ‘acquis’ staat voor het geheel aan regels van de EU. Zie hierover zeer uitge-

omschrijft het huidige acquis als fragmentarisch, willekeurig, ten dele inconsistent en ineffectief.⁸⁶ De wetgeving is fragmentarisch, omdat de wetgever slechts willekeurige thema's behandelt, ingegeven door actualiteit, pressie van belangengroeperingen of toeval. De richtlijnen zijn slechts gericht op bepaalde thema's, denk aan het consumentenrecht, zonder een systematische of complete benadering van het privaatrecht te geven.

Verder omschrijft Smits de richtlijnen als innerlijk inconsistent: er is sprake van tegenstrijdigheden tussen richtlijnen onderling en van bijvoorbeeld hantering van verschillende termijnen en definities zonder dat verschil te motiveren. Voorts is Smits van mening dat de regelgeving ineffectief is als gevolg van de veel gehanteerde minimumharmonisatie. Lidstaten kunnen immers nog steeds strengere eisen stellen en doen dit vaak ook. Hierdoor blijft sprake van verschillen in regelgeving in de lidstaten wat de totstandkoming van een interne markt niet bevordert.⁸⁷ Ook 'Brussel' is zich bewust van de tekortkomingen van het huidige acquis en van zijn eigen fragmentarische en inconsistente benadering van het privaatrecht. Mede daarom is Europa al sinds lange tijd bezig met het zoeken van methoden voor uniformering of harmonisering⁸⁸ van het Europees privaatrecht.

In het kader van de ontwikkeling van het Europees privaatrecht spelen drie vragen een belangrijke rol. Allereerst is er de vraag of de Europese Commissie op basis van haar huidige mandaat de bevoegdheid bezit tot het opstellen van regelgeving op het gebied van het Europees privaatrecht. Over dit onderwerp is veel geschreven. Velen zijn het erover eens dat nog lang niet vaststaat of hiervoor voldoende rechtsbasis bestaat op basis van het huidige Europees recht. Voordat kan worden overgegaan tot uniformering zal deze rechtsgrond moeten worden gecreëerd of moet het huidige mandaat zeer ruim worden geïnterpreteerd.⁸⁹ Daarnaast is de vraag of uniformering noodzakelijk of wenselijk is van groot belang. Men kan zich afvragen of uniformering van rechtsregels nodig is om handel tussen lidstaten te bevorderen of concurrentievervalsing tegen te gaan. Tot slot speelt de vraag of de instrumenten gekozen door de Raad om uniformering te bewerkstelligen effectief zijn. Ook over deze laatste twee vragen is reeds uitvoerig geschreven door anderen. Verwezen wordt naar (een fractie van) de relevante literatuur.⁹⁰ Het voert

breid: Benacchio & Pasa 2005, p. 20-22.

86 Smits 2004, p. 494; Smits 2006, p. 63 e.v. Zie ook de reactie van Drion 2006, p. 1203-1206. Ook H.B. Krans over het fragmentarische en willekeurige aspect: Krans 2004, p. 503.

87 Smits 2004, p. 494; Smits 2006, p. 63 e.v.

88 Zie Smits 2006, p. 70 voor het verschil tussen de begrippen uniformering en harmonisering. Het door hem gemaakte onderscheid doet enigszins gekunsteld aan. Beide termen betekenen hetzelfde: het uniform worden of maken van recht.

89 Meer over de rechtsbasis van Europa tot het nemen van maatregelen op dit terrein o.a. Hardy 2005, p. 40-60; Bouwes 2005, p. 944-948; Smits & Hardy 2002, p. 827-833, Twigg-Flesner 2008, p. 25-34.

90 Een verre van volledig overzicht van enkele artikelen: In meer algemene zin o.a. Hartkamp e.a. 2004, Hondius 1993a, en Keus 1993. Zie over de noodzaak en wenselijkheid van uniformering en de effectiviteit van de gekozen instrumenten m.n. Legrand 1997, p. 44 e.v. en ook o.a. de Mot & de Geest 2002, p. 881-890 (de voor-

te ver om in deze studie naar de koop-/aannemingsovereenkomst diep in te gaan op alle hierboven genoemde onderwerpen. Voor een goed begrip van de betekenis van de Principles en dus van de vergelijking van die Principles met de bepalingen in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden zijn deze zeer specialistische vragen niet relevant. Wel is van belang om in te gaan op stand van zaken van het Europees privaatrecht tot nu toe en de toekomst van het Europees privaatrecht. Hieronder volgt hierover een uiteenzetting.

2.3.1.1 De eerste aanzet tot harmonisatie

Al in 1976 schrijft Hondius dat harmonisatie en unificatie van het recht tegenwoordig hoog op de prioriteitenlijst van inter- en supranationale instellingen staan.⁹¹ Hoe die harmonisatie vorm zal krijgen is in 1976 nog onduidelijk. In 1989 dient het Europees Parlement een resolutie in waarin het pleit voor het tot stand komen van een Europees Burgerlijk Wetboek.⁹² In april 1994 volgde een tweede resolutie van dezelfde strekking.⁹³ Aan deze oproep wordt, evenals aan de eerste, geen gehoor gegeven. De Europese Commissie komt pas in actie na de Europese Raad van Tampere in 1999⁹⁴ en een derde resolutie van het Parlement in 2000.⁹⁵

Hierna volgt in 2001 de eerste uitgebreide publicatie van de Europese Commissie ten aanzien van het uniformeren van het Europees verbintenissenrecht.⁹⁶ Het betreft een discussiestuk met als titel ‘Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over het Europees verbintenissenrecht.’⁹⁷ De mededeling is bedoeld om het debat over het Europees verbintenissenrecht te verbreden en te weten te komen of de verschillen in het verbintenissenrecht van de lidstaten leiden tot een belemmering van de interne markt. Tevens wil de Commissie achterhalen of de sectorale ofwel fragmentarische benadering tot inconsistenties of problemen leidt in verband met een uniforme toepassing van het Europees recht.⁹⁸ De Raad komt zelf met vier mogelijke oplossingen voor het geval mocht blijken dat sprake is van problemen. Deze luiden als volgt: 1) Niets doen en het oplossen van de problemen overlaten aan de markt, 2) Het bevorderen van niet-bindende gemeenschappelijke beginselen, 3) Het herzien en verbeteren van het huidige acquis teneinde dit coherenter te maken, 4) Het goedkeuren van een nieuw

en nadelen van harmonisatie worden besproken op p. 883 e.v.), Hesselink 2003, p. 2086-2094; Smits 2001c, p. 73-74, Smits 2000b, Smits 2007, p.281-297 en nog vele andere publicaties van de hand van J.M. Smits over dit onderwerp. Ook: Hartkamp 2007b, p. 2482-2483, Hesselink 2007b, p. 2484-2485.

91 Hondius 1977, p. 3.

92 Resolutie A2-157/89, Pb EG 1989, C 158/400.

93 **Resolutie A3-00329/94, Pb EG 1994, C 205/518. In deze resolutie wordt uitdrukkelijk steun gevraagd voor het werk van de Lando-Commissie, meer over de Lando-Commissie en haar werk in § 2.3.2.**

94 Conclusie 39 van de Europese Raad van Tampere, 15 en 16 oktober 1999.

95 Resolutie b5-0228/2000, Pb EG 2000, C 377/323.

96 Lees hierover o.a. Loos 2002, p. 18-20.

97 COM (2001) 398 def. 11.7.2001.

98 Zie de Mededeling: COM (2001) 398 def. 11.7.2001, p. 6 e.v.

alomvattend instrument op het niveau van het gemeenschapsrecht dat op verschillende manieren zou kunnen worden ingevuld. Als antwoord op dit document volgt wederom een resolutie van het Parlement⁹⁹ waarin zij samengevat nogmaals het belang van harmonisatie onderstreept.

2.3.1.2 Actieplan

In 2003 volgt op de eerste mededeling van de Europese Commissie het Actieplan.¹⁰⁰ Het Parlement betuigt in een resolutie zijn steun¹⁰¹ en ook de Raad van Ministers¹⁰² juicht het initiatief toe. In het Actieplan worden de resultaten van de discussie die gevolgd is op het eerste document van de Commissie uiteengezet.¹⁰³ Uit de reacties op het document blijkt dat niet de verschillen in het verbintenisrecht van de lidstaten als storend worden ervaren maar vooral het EG-recht zelf.¹⁰⁴ In het Actieplan wordt geconcludeerd dat geen behoefte bestaat aan het afstappen van de tot dan toe sectorspecifieke en dus enigszins versnipperde aanpak.¹⁰⁵ De drie belangrijkste voorstellen van de Commissie om tot verbeteringen te komen zijn: (1) Het verbeteren van de coherentie van het acquis op het terrein van het verbintenisrecht door het opstellen een zgn. ‘gemeenschappelijk referentiekader’ (GRK), (2) Het stimuleren van het opstellen en gebruiken van meer standaardcontracten en (3) Het verder onderzoeken of problemen op het gebied van het Europees verbintenisrecht eventueel niet-sectorspecifieke oplossingen vereisen zoals een zogenaamd ‘optioneel instrument.’

Allereerst enkele opmerking over het voorgestelde optionele instrument. Hiermee wordt bedoeld een modelcontract dan wel model-BW dat door partijen van toepassing kan worden verklaard (opt-in) of van toepassing is als men niets anders overeenkomt (opt-out). Dit laatste is in feite een model-Burgerlijk-Wetboek voor Europa.¹⁰⁶ Door de Europese Commissie wordt echter aangegeven dat dit optionele instrument in feite geen model-BW betreft¹⁰⁷, deze opmerking lijkt echter uit politiek oogpunt opgenomen, de uitwerking in de praktijk wijst sterk in de richting van een Europees model-Burgerlijk-Wetboek.

99 Resolutie C5-0471/2001, Pb EG 2002, C 140 E/538.

100 15 maart 2003, Pb EG 2003 C 63/1.

101 Resolutie 2 september 2003, (P5 TA (2003) 0355).

102 Verslag van de Raad van Ministers, 22 september 2003, persbericht 12 339/03.

103 Zie over het Actieplan o.a. Hesselink 2003, p. 2086-2094 en Hesselink 2004b, p. 397-419, Keus 2004, p. 196-208.

104 **De reacties op de mededeling zijn te vinden op <http://europea.eu.int/comm/consu-ners>.** De Europese Commissie ontving 160 reacties van overheden, bedrijfsleven, wetenschap, consumentenorganisaties en beroepsorganisaties.

105 Lees voor deze conclusies o.a. de samenvatting op p. 1 en 2 van het Actieplan.

106 Lees ook Smits 2004, p. 498 e.v.

107 Mededeling van de Commissie 11.10.2004 COM (2004) 651 def., p. 10. Zie ook het Groenboek van de Commissie over de omzetting van het Verdrag van Rome, COM (2002) 654 def, p. 14.

Tot slot enkele opmerkingen over het gemeenschappelijk referentiekader. Wat het karakter is van het gemeenschappelijk referentiekader en hoe het er uit zou moeten zien, wordt niet geheel duidelijk uit het Actieplan.¹⁰⁸ Volgens het Actieplan bestaat het GRK uit gemeenschappelijke beginselen en termen.¹⁰⁹ Dit betekent dat ten eerste begrippen dienen te worden gedefinieerd, denk aan ‘schade’ of ‘overeenkomst’, maar ook het definiëren van het begrip ‘consument’ zou behulpzaam kunnen zijn bij het opstellen van nieuwe Europese regelgeving. Het tweede doel van een GRK is het opstellen van algemene regels ten aanzien van het burgerlijk recht. Het gaat daarbij om regels met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten, geldigheid, uitleg, nakoming en niet-nakoming etc.¹¹⁰ Dit tweede doel van het GRK houdt in feite in het formuleren van Europese regels, vergelijkbaar met de Principles of European Contract Law. De PECL bevatten immers ook algemene (rechts)regels met betrekking tot dezelfde onderwerpen.¹¹¹ Ten derde wil de Europese Commissie in het GRK ook de ‘beste oplossingen’¹¹² vaststellen.¹¹³ Het is dan niet de bedoeling een gemeenschappelijke basis van het recht te vinden waar alle lidstaten zich in kunnen vinden maar om aan te geven welke regels ‘het beste’ zijn. Smits¹¹⁴ stelt mijns inziens terecht dat de Commissie daarmee in feite bezig is een Europees Burgerlijk Wetboek op te stellen, vergelijkbaar met het ook gepropageerde formuleren van een ‘optioneel instrument,’ iets waarop tijdens de consultatie niet overwegend positief is gereageerd.

De vorm en inhoud van zowel het GRK als het optioneel instrument blijken nog niet uitgekristalliseerd. Op het voorstel het bestaande acquis te verbeteren wordt over het algemeen enthousiast gereageerd door de wetenschap.¹¹⁵ Over de oplossingen die de Commissie daarvoor onder andere aandraagt, nl. het opstellen van een zgn. ‘gemeenschappelijk referentiekader’ (GFR)¹¹⁶ zijn schrijvers minder enthousiast. Ook het creëren van een ‘optioneel instrument’ of een ‘optional code’ wordt niet onverdeeld positief ontvangen.¹¹⁷

108 Zie ook Hesselink 2003, p. 2088.

109 Actieplan no. 59.

110 Actieplan no. 63.

111 Of het formuleren van Principles het probleem van het huidige inconsistente en onduidelijke acquis oplost, laat ik hier buiten beschouwing, zie ook Smits 2004, p. 499 over de voor- en nadelen van dergelijke beginselen.

112 Zie over de discussie wat ‘beste’ inhoudt en de politieke keuzes die daaraan ten grondslag liggen o.a. Hesselink 2003, p. 2089, Hesselink 2004a, p. 675-697 en Grundmann & Stuyck 2002, p. 181 e.v.

113 Actieplan nr. 62.

114 Smits 2004, p. 499.

115 Zie hierover Smits 2004, p. 498.

116 In het Engels: Common Frame of Reference (CFR).

117 Zie Smits 2004, p. 498.

2.3.1.3 The way forward en het Groenboek

In 2004 volgt op het Actieplan een derde mededeling van de Commissie ten aanzien van het ‘Europees verbintissenrecht en de herziening van het acquis’ onder de titel ‘Verdere maatregelen’ in het Engels: ‘The way forward.’¹¹⁸ Hierin wordt beschreven hoe de uitvoering van het Actieplan heeft plaatsgevonden en hoe de in het Actieplan voorgenomen plannen verder zijn uitgewerkt. In het rapport wordt aangegeven dat de Commissie het GRK op dit moment ziet als een niet-bindend instrument, maar dat onderzocht zal worden of behoefte is aan een bindend instrument.¹¹⁹ Ook wordt de werkwijze voor het opstellen van het GRK uiteengezet en wordt in Annex 1 de mogelijke structuur aangegeven.¹²⁰ Verder wordt bericht over enkele acties aangaande het bevorderen van het gebruik van standaardvoorwaarden (zoals opgepakt in het Actieplan).¹²¹

In het najaar van 2005 komt de Europese Commissie met een voortgangsverslag waaruit duidelijk wordt dat niet het algemeen contractenrecht de komende jaren aandacht verdient, maar het gebied van de consumentenovereenkomsten.¹²² Het ontwikkelen van een GRK zou in het kader van deze consumentenovereenkomsten moeten plaatsvinden. Begin 2007 publiceert de Europese Commissie het Groenboek over de herziening van het consumentenacquis waarin dit idee verder wordt uitgewerkt.¹²³ Het Groenboek is bedoeld om de beleidsopties met betrekking tot de herziening van het consumentenacquis voor te leggen aan de belangstellende partijen.¹²⁴ Uit het Groenboek blijkt ook dat de Commissie, in tegenstelling tot haar beleid bij voorgaande richtlijnen, de voorkeur geeft aan volledige harmonisatie boven minimumharmonisatie.¹²⁵ Op het Groenboek volgt in 2008 de ontwerp richtlijn Consumer Rights.¹²⁶ De ontwerp richtlijn is gebaseerd op artikel 95 EG-Verdrag en dient derhalve ter bevordering van de interne markt. Met de richtlijn wordt beoogd volledige harmonisatie van de kernbegrippen van het Europees consumentenrecht te bewerkstelligen wat moet leiden tot een eenvormiger Europees consumentenrecht. Omdat de richtlijn nog slechts in concept is verschenen is het waarschijnlijk, mede gezien de kritiek die op het voorstel is geuit¹²⁷, dat gedurende het wetgevingsproces de inhoud van de richtlijn nog verandert, en om die reden worden het ontwerp en haar inhoud niet meegenomen in dit onderzoek.

118 11.10.2004, COM (2004) 651 def.

119 11.10.2004, COM (2004) 651 def., p. 6.

120 11.10.2004, COM (2004) 651 def., p. 10 e.v.

121 Meer over de inhoud van ‘The way forward’ o.a. in Smits, Kornet & Hardy 2004.

122 23.9.2005 COM (2005) 456.

123 08.02.2007, COM (2006) 744 def.

124 08.02.2007, COM (2006) 744 def., p. 6.

125 08.02.2007, COM (2006) 744 def., p. 10-12.

126 08.10.2008, COM (2008) 614/4.

127 Zie over het ontwerp o.a. Loos 2008, p. 173-178. Over het Europees beleid ten aanzien van de herziening van het consumentenacquis: Rutgers & Sefton-Green 2008, p. 427-442, Terryn 2007, p. 105-110.

2.3.1.4 Joint Network on European Private Law en het gemeenschappelijk referentiekader

In mei 2005 is het Joint Network on European Private Law (CoPECL) opgericht. Dit netwerk bestaande uit verschillende universiteiten, instituten en andere organisaties¹²⁸ moet een voorstel doen voor het door de Europese Commissie voorgestelde Gemeenschappelijk Referentiekader (GRK). Eind 2007 verschijnt van het Joint Network het ‘Ontwerp Gemeenschappelijk Referentiekader’ (OGRK, of Draft Common Frame of Reference of DCFR).¹²⁹ Het voorstel bestaat uit de ‘Principles’, de ‘Common Principles of European Contract Law.’ Het OGRK dient als een ontwerp voor het door de Europese Commissie op te stellen ‘politieke’ GRK dat het uiteindelijke GRK moet gaan vormen.¹³⁰

De beginselen van het OGRK bevatten de ‘beste oplossingen’ die in de verschillende lidstaten en het bestaande acquis zijn terug te vinden en zijn voor een deel gebaseerd op de reeds bestaande PECL.¹³¹ Het OGRK heeft betrekking op het algemene verbintenissenrecht en is ontworpen los van de herziening van het consumentenacquis dat naar aanleiding van het Groenboek in gang is gezet.¹³²

Het OGRK bestaat uit acht boeken en twee annexes die zijn gewijd aan bepalingen over verschillende juridische onderwerpen met betrekking tot het verbintenissenrecht.¹³³ Het ontwerp is nog niet compleet, sommige hoofdstukken moeten nog worden aangevuld, en heeft nog geen toelichting. Het OGRK bevat bepalingen die letterlijk uit de PECL komen, maar ook bepalingen die ten opzichte van de PECL op belangrijke punten zijn gewijzigd. In het OGRK is een transponeringstabel opgenomen waardoor snel is na te gaan welk PECL -artikel overeenkomt met het OGRK-artikel.

In de literatuur is veel kritiek geuit op het OGRK.¹³⁴ Wetenschappers vinden o.a. dat de verschillende onderdelen van het OGRK grote inconsistenties vertonen¹³⁵, dat onnodig is afgeweken van de PECL¹³⁶, dat onnodig is afgeweken van

128 De groep bestaat uit: The Study Group on a European Civil Code, de Acquis Group, The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law, The Association Henri Capitant together with the Société de Législation Comparée and the Conseil Supérieur du Notariat, The Common Core Group, The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (TILEC - Tilburg Law and Economics Center), The ‘Database Group’; The Academy of European Law (ERA). Zie website van het CoPECL.: http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Schulte-Noelke/Institute_Projekte/ag/dms/copecl/dms_php?p=home&UID=50eb41821660315ebbd73370fce078e&UID=50eb41821660315ebbd73370fce078e.

129 Von Bar, Clive en Schulte-Nölke 2009. Zie ook www.law-net.eu.

130 Von Bar, Clive en Schulte-Nölke 2009, p. 3-4.

131 Twigg-Flesner 2008, p. 151-155.

132 Hondius 2008, p. 134.

133 Von Bar, Clive en Schulte-Nölke 2009.

134 Zie o.a. Smits 2008b, p. 145-148, Schulze & Wilhelmsson 2008, p. 154-168, Grundmann 2008, p. 225-247.

135 Hondius 2008, p. 142.

136 Hondius 2008, p. 142, Schulze & Wilhelmsson 2008, p. 164-165.

het bestaande acquis¹³⁷ en dat onduidelijk is wat de methodologie achter het ontwerp is geweest (waarom luiden de regels van het GRK zoals ze luiden?).¹³⁸

Zoals uit bovenstaande beschrijving blijkt, is Europa al een eind op weg om te komen tot een verdere uniformering of harmonisatie van het privaatrecht. Of de werkzaamheden van de commissie ten aanzien van het GRK en het ‘optionele instrument’ uiteindelijk zullen leiden tot een eenvormig contractenrecht of zelfs een Europees Burgerlijk Wetboek is op dit moment onduidelijk, maar lijkt gezien de bedrijvigheid van de Commissie en het Parlement op dit gebied onvermijdelijk.¹³⁹

Aangezien de betekenis van de inhoud van het OGRK nog vervangen gaat worden door het ‘politieke’ GRK, wordt in deze studie geen aandacht besteed aan de tekst ervan. Wel zal worden ingegaan op de PECL en de PELSC waarop delen van het OGRK zijn gebaseerd en waarover al meer informatie voorhanden is.

2.3.2 Europese beginselen

Zoals hierboven bleek ontplooit de Europese Commissie sinds enkele jaren allerlei initiatieven op het gebied van een uniform Europees privaatrecht. Al veel langer worden initiatieven op dit terrein genomen door onafhankelijke private groepen van met name wetenschappers. De initiatieven op het gebied van het Europees privaatrecht hebben bijna allemaal tot doel het in kaart brengen van de overeenkomsten en verschillen tussen de Europese rechtsstelsels¹⁴⁰ of het ontwerpen van een optioneel of ‘ontwerp’-wetboek of een optioneel (handels)contract.¹⁴¹

In dit onderzoek kunnen niet alle private initiatieven op het gebied van het Europees privaatrecht aan bod komen. Zoals in de inleiding (hoofdstuk 1) opgemerkt lenen sommige initiatieven zich niet voor een vergelijking met de koop-/aannemingsovereenkomst¹⁴² enerzijds omdat de geproduceerde beginselen geen

137 Smits 2008b, p. 146.

138 Smits 2008a, p. 110 en Smits 2008b, p. 147.

139 Hierover ook: Keus 2004, p. 200-204.

140 Tot de eerste groep behoren het Trento Common Core Project (Zie www.ius.unin.it/common-core/books.html) en de Ius Commune Casebooks, ook wel aangeduid als de Van Gerven Casebooks (Zie E.H. Hondius in Busch & Hondius 2002, p. 16). De Trento Groep heeft inmiddels een serie aan boeken uitgegeven waarin rechtsvergelijkingen op het gebied van het contractenrecht zijn opgenomen (I.c.: Zimmermann & Whittaker 2000, Gordley 2001, Bussani & Palmer 2000, Werro & Palmer 2004, Kieninger & Graziadei 2004, Sefton-Green 2005; Graziadei e.a. 2005). De Ius Commune Casebooks (Zie <http://law.kuleuven.be/casebook/index.php>) zijn een samenwerkingsverband tussen de Universiteiten van Maastricht en Leuven en brengen evenals de Trento Groep rechtsvergelijkende boeken uit op het gebied van het Europees privaatrecht. Aan de boeken schrijven wetenschappers uit de gehele Europese Unie mee. Tot nu toe verschenen reeds boeken over onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking en contractenrecht (Van Gerven e.a. 1998, Van Gerven e.a. 2000, Beale e.a. 2002, Beatson & Schrage 2003).

141 Zie hierover ook uitgebreid Twigg-Flesner 2008.

142 Zoals het Common Core Project en de Ius Commune Casebooks.

betrekking hebben op de koop-/aannemingsovereenkomst¹⁴³, anderzijds omdat onwaarschijnlijk is dat die Principles in de toekomst nog van waarde zullen zijn.¹⁴⁴ Deze initiatieven worden hier dan ook buiten beschouwing gelaten.

Wel aan bod komen de Principles of European Contract Law (PECL) en de door de Study Group on a European Civil Code geproduceerde stukken: de PELSC.¹⁴⁵ De Principles of European Law on Service Contracts (PELSC) bouwen voort op de PECL van de Lando-commissie. Thans wordt ingegaan op de achtergrond van beide Principles. In de hoofdstukken over de afzonderlijke bepalingen van de koop-/aannemingsovereenkomst komen de bepaling in de Principles zelf aan bod.

2.3.2.1 Principles of European Contract Law

De Principles of European Contract Law zijn een verzameling rechtsregels die de beginselen van het Europees contractenrecht bevatten. De Principles zijn het best te omschrijven als een door wetenschappers ontwikkeld ontwerp voor een Europees Wetboek van Contractenrecht. De Principles omvatten het algemene recht en gaan niet in op speciale verhoudingen zoals consumentenovereenkomsten of speciale contracten zoals de koop-/aannemingsovereenkomst.¹⁴⁶ Bij het opstellen van de Principles is gebruikgemaakt van zowel het recht van de lidstaten, als van verdragen en rechtsbronnen van buiten Europa, bijvoorbeeld de Uniform Com-

143 In het geval van bijvoorbeeld de Unidroit Principles.

144 Een voorbeeld van de laatste categorie is de Gandolfi Code. Omdat deze zo weinig enthousiast ontvangen is en slechts zeer beperkt enkele rechtsstelsels heeft geïncorporeerd is het zeer onwaarschijnlijk dat dit optioneel wetboek in de toekomst nog een belangrijke rol zal gaan spelen. Ter vergelijking: over de PECL zijn na publicatie tientallen artikelen verschenen, over de Gandolfi Code is buiten Italië nauwelijks iets gepubliceerd.

145 Op verscheidene deelgebieden van het recht hebben zich ook initiatieven tot het ontwerpen van beginselen ontplooid of zijn werkgroepen bezig met het in kaart brengen van het recht van de Europese lidstaten (Op het gebied van het onrechtmatige-daadsrecht is de European Group on Tort Law actief (www.egtl.org/members.htm). De groep staat onder supervisie van Helmut Koziol en Jaap Spier en heeft de Principles of Tort Law ontworpen. Op het gebied van het familierecht: Commission on European Family Law, <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>. Trust recht: Hayton e.a. 1999, Insolventierecht: McBryde e.a. 2003). Ook zijn er groepen die zich in meer inhoudelijke zin bezighouden met de invulling van een uniform privaatrecht. Een voorbeeld hiervan is de Study Group on Social Justice in European Private Law die van mening is dat harmonisatie van het privaatrecht geen zuiver technische operatie om tot een eenvormige markt te komen, zou moeten zijn. Het proces moet een politieke dialoog op gang brengen die duidelijk maakt wat de (politieke) basiswaarden van de Europese Unie zijn waardoor de nadruk bij het ontwikkelen van een Europees privaatrecht op de rechtvaardigheid ervan komt te liggen ('Social Justice in European Contract Law: a manifesto', ELJ, Vol. 10, no. 6, november 2004, p. 653-674).

146 Zie ook Lando & Beale 2000, p. xxv.

mercial Code uit de Verenigde Staten. Geen enkel rechtssysteem heeft echter als uitgangspunt gediend.¹⁴⁷

Het initiatief tot het ontwikkelen van de PECL is afkomstig van de Deen Ole Lando. De PECL zijn ontstaan vanuit het idee om in plaats van het internationale privaatrecht te harmoniseren, het positieve recht te harmoniseren.¹⁴⁸ Op deze wijze zouden de regels van het internationaal privaatrecht overbodig worden. Eind 1980 begon het inhoudelijke werk van de Commission on European Contract Law, kortweg de Lando-Commissie.¹⁴⁹ Het Europees Parlement diende, zoals beschreven, in 1989 en 1994 resoluties in waarin het pleit voor de totstandkoming van een Europees Burgerlijk Wetboek.¹⁵⁰ In de laatste resolutie vraagt zij uitdrukkelijk steun voor het werk van de Lando-Commissie.¹⁵¹

In 1995 kan de Lando-Commissie haar eerste resultaat tonen: een eerste deel van de studie in boekvorm waarin artikelsgewijs nakoming en niet-nakoming aan bod komen.¹⁵² Het boek verschijnt eerst in het Engels en vervolgens ook in andere talen. De Engelse uitgave bevat tekst en toelichting over het nationale recht van de lidstaten. In 2000 verschijnt het tweede onderdeel (in één band samen met het al verschenen eerste deel).¹⁵³ In 2003 verschijnt het derde en laatste onderdeel van de serie.¹⁵⁴ Hiermee heeft de Lando-Commissie alle belangrijke facetten van het algemeen contractenrecht behandeld.

Doel

Ole Lando omschrijft de Principles als een antwoord op de behoefte aan een unieke infrastructuur voor het contractenrecht als reactie op het steeds maar uitbreidende gemeenschapsrecht dat regels geeft voor specifieke contracten.¹⁵⁵ Het

147 Lando & Beale 2000, p. xxvi. Zie voor een beschrijving van de wijze waarop de Principles zijn opgesteld: E.H. Hondius in Busch & Hondius 2002, p. 16-17 en Hondius 2000b, p. 428-429.

148 Wie het idee van de Principles of European Contract Law heeft bedacht is niet geheel duidelijk. Hondius schrijft het idee toe aan de man die het project leidde en verder uitwerkte Ole Lando. Lando zelf daarentegen zegt dat dr. Winfried Haschield van de Europese Commissie met het idee kwam. Dr. Winfried Haschield was 'Head of the Division in the Directorate General for the Internal market of the Commission of the European Communities'. Hoe dan ook, in 1974 kreeg één van beide heren tijdens een diner na een symposium over de harmonisatie van het internationale privaatrecht een tot dan toe vrij unieke ingeving. Zie E.H. Hondius in Busch & Hondius 2002, p. 13 en p. xi. Anders: Hondius 2000b, p. 428, Lando & Beale 2000.

149 Zie Lando 1978, p. 267-288 en ook: Lando & Beale 2000, p. xi. Zie voor een overzicht van de mensen die meewerkten aan het opstellen van de Principles: Lando & Beale 2000, p. xvii-xix.

150 Resolutie 26 mei 1989, Pb EG 1989, C 158/400.

151 DOC-DE/PR/250326, PE 207.670/13.

152 Lando & Beale 1995.

153 Lando & Beale 2000.

154 Lando & Beale 2003.

155 Lando & Beale 2000, p. xxi.

eerste lid van art. 1:101 geeft het hoofddoel van de Principles weer, namelijk dat deze bedoeld zijn als algemene regels van contractenrecht in de Europese Unie, gebaseerd op het recht van vijftien lidstaten.¹⁵⁶

In de introductie worden nog vijf redenen gegeven het opstellen van de Principles. Samengevat komt het erop neer dat (1) met de Principles een basis wordt gegeven voor Europese wetgeving¹⁵⁷ en de Principles kunnen dienen als basis voor een toekomstig Europees Wetboek van Contractenrecht¹⁵⁸, (2) de Principles helpen bij door de lidstaten gewenste harmonisatie van het Europees recht.¹⁵⁹ De Principles kunnen verder (3) behulpzaam zijn bij contractsvorming tussen partijen uit verschillende lidstaten. Zij kunnen dienen als ‘neutrale regels.’¹⁶⁰ Zij kunnen (4) dienen als de uitgeschreven ‘vindbare’ regels van de algemene beginselen van het recht¹⁶¹ en (5) de Principles kunnen helpen zaken te beslissen die niet of onvoldoende in het nationale recht zijn geregeld. Door de Principles te gebruiken als inspiratiebron ter invulling van deze hiaten wordt een oplossing gekozen die geldt als de ‘common core of European systems.’¹⁶² Lando noemt ook vijf voordelen die voortvloeien uit de Principles die nauw aansluiten bij het doel van de Principles.¹⁶³ De belangrijkste hiervan zijn het faciliteren van grensoverschrijdende handel en het versterken van de interne markt.¹⁶⁴

Toepasselijkheid

Het eerste hoofdstuk van de PECL bevat de algemene bepalingen. In Section 1 wordt de reikwijdte van de Principles behandeld in de artt. 1:101 t/m 1:107. Art. 1:101 ziet op de toepasselijkheid van de PECL.¹⁶⁵ Deze zijn van toepassing wanneer partijen hiervoor gekozen hebben. Dit kan doordat zij de PECL hebben opgenomen in hun contract of overeenstemming hebben bereikt over de toepasselijkheid van de PECL.¹⁶⁶ De PECL kunnen verder van toepassing zijn als partijen niet expliciet de toepasselijkheid zijn overeengekomen maar op hun overeenkomst de ‘algemene regels van het recht’ van toepassing hebben verklaard of de ‘lex mercatoria’¹⁶⁷, als partijen geen rechtsstelsel op hun overeenkomst van toepassing

156 Comment onder B bij art. 1:101 PECL, p. 95.

157 Smits wijst erop dat wil dit doel worden verwezenlijkt de PECL en (bestaande) richtlijnen wel op elkaar aan moeten kunnen sluiten. Enerzijds moeten de PECL aansluiten bij al bestaande richtlijnen (dit doen ze maar in zeer beperkte mate) anderzijds moet bij nieuwe richtlijnen rekening worden gehouden met de PECL, wat tot op heden niet het geval is. J Smits 2001b, onder nr. 5.

158 Lando & Beale 2000, p. xxiii (onder A).

159 Lando & Beale 2000, p. xxiv (onder E).

160 Lando & Beale 2000, p. xxiii (onder B).

161 Lando & Beale 2000, p. xxiv (onder C).

162 Lando & Beale 2000, p. xxiv (onder D). In gelijke zin: Smits 2001b, onder nr. 4.

163 Zie de onder c t/m d genoemde redenen die alle samenhangen met harmonisatie van recht.

164 Lando & Beale 2000, p. xxi (onder A en B).

165 Zie hierover ook Busch & Hondius 2000, p. 838-839.

166 Art. 1:101 lid 2 PECL.

167 Art. 1:101 lid 3 onder a PECL.

hebben verklaard¹⁶⁸, of als de wel van toepassing verklaarde rechtstelsels geen oplossing bieden.¹⁶⁹

2.3.2.2 Principles of European Law on Service Contracts

De opvolger van de Lando-Commissie is de Study Group on a European Civil Code, ook wel de ‘Von Bar Group’ genoemd.¹⁷⁰ Tijdens een congres over een Europees Burgerlijk Wetboek in 1997 in Scheveningen werd de groep opgericht. Onder leiding van professor Christian Von Bar bekijkt een studiegroep de erfenis van de Lando-Commissie en de mogelijkheden voor het vormen van een Europees Burgerlijk Wetboek.¹⁷¹

Er zijn binnen de groep voorstellen gedaan om het toekomstige wetboek onder te verdelen in zes boeken. Dit zou er dan als volgt uit moeten zien: Boek 1: algemene bepalingen, Boek 2: contracten in het algemeen, Boek 3: verbintenissen in het algemeen, Boek 4: specifieke contracten en extracontractuele verbintenissen, Boek 5: eigendomsrechten, Boek 6: consumentenbescherming.¹⁷² Ook zijn inmiddels Principles verschenen op het gebied van o.a. onrechtmatige daad, e-commerce en ongerechtvaardigde verrijking. Van veel onderwerpen zijn ook reeds ontwerp teksten beschikbaar.¹⁷³

Omdat dienstenovereenkomsten van belang worden geacht voor zowel nationale als internationale handel wordt als onderdeel van de Study Group on a European Civil Code, de Tilburg Working Team on Services ingesteld.¹⁷⁴ Het team werkt nauw samen met het Amsterdamse Working Team dat bezig is met het opstellen van beginselen voor ‘long term commercial contracts en met het Working Team van Utrecht dat werkt aan Principles on Sales Law.¹⁷⁵ Het resultaat van de Tilburgse Werkgroep verschijnt in 2007: de Principles of European Law on Service Contracts (PELSC).¹⁷⁶ De PELSC bestaan uit zeven hoofdstukken en 97 artikelen. Het boek bevat naast een uitgebreid hoofdstuk Algemene Bepalingen (hoofdstuk 1), hoofdstukken over aanneming van werk (hoofdstuk 2), bewerking van zaken (hoofdstuk 3), bewaarneming (hoofdstuk 4), ontwerp (hoofdstuk 5), dienstverleningsovereenkomsten (hoofdstuk 6) en behandeling (hoofdstuk 7). De tekst van

168 Art. 1:101 lid 3 onder b PECL.

169 Art. 1:101 lid 4 PECL. Zie ook de comments op dit artikel voor meer informatie, p. 95-97.

170 www.sgecc.net.

171 Over de oprichting van de Study Group on a European Civil Code: Hartkamp 2000, p. 334, Loos 2004, p. 571-572. De groep bestaat uit Europese wetenschappers. Ook heeft een aantal oud-Lando leden zitting. Zie ook Von Bar 2000, p. 1-12.

172 Bron: www.sgecc.net.

173 Zie de website van de Study Group on a European Civil Code voor actuele informatie: www.sgecc.net.

174 Loos 2004, p. 571. Loos noemt daar ook alle leden van de werkgroep.

175 Loos 2004, p. 571-572.

176 Barendrecht, e.a. 2007 en ook Barendrecht, Van Gulijk, Jansen & Loos 2008, p. 690-692.

de artikelen is opgenomen in zowel Engels, Nederlands, Frans, Duits als Zweeds. De vrij uitgebreide toelichting is alleen in het Engels beschikbaar. Voor de koop-/aannemingsovereenkomst zijn alleen van belang de hoofdstukken 1 (algemene bepalingen) en 2 (aanneming).

Het doel van de PELSC is vrijwel identiek aan het doel van de PECL, al wordt deze door de Study Group niet zo uitgebreid uiteengezet als Lando deed bij zijn Principles.¹⁷⁷

De PELSC en de PECL zijn nauw met elkaar verweven.¹⁷⁸ De PECL bevatten (o.a.) het algemeen verbintenissenrecht terwijl de PELSC op een aantal bijzondere contractsvormen ingaan en daarin regelmatig verwijzen naar de PECL.

De toepasselijkheid van de beginselen wordt voor aanneming van werk weergegeven in art. 2:101 PELSC.¹⁷⁹ Uiteraard zijn de Principles toepasselijk als partijen daarvoor hebben gekozen. De algemene bepalingen zijn toepasselijk op die overeenkomsten die in de PELSC zijn opgenomen en op andere dienstverleningsovereenkomsten die niet onder de hoofdstukken 2 t/m 7 vallen.¹⁸⁰

In de inleiding van de algemene bepalingen wordt voorts uitgebreid stilgestaan bij de gehanteerde terminologie, bronnen, de relatie van de PELSC met andere Principles en worden een aantal basisbeginselen weer gegeven.¹⁸¹ Daar waar deze van belang zijn voor de vergelijking met de koop-/aannemingsovereenkomst komen deze in de volgende hoofdstukken aan bod.

177 Barendrecht e.a. p. VII e.v.

178 Loos 2004, p. 578.

179 Art. 2:101 PELSC: (1) Dit Hoofdstuk is van toepassing op overeenkomsten waarbij een partij, de aannemer, gehouden is een gebouw of andere onroerende zaak te vervaardigen, of een bestaand gebouw of bestaande andere onroerende zaak wezenlijk aan te passen overeenkomstig een door de opdrachtgever verstrekt ontwerp.

(2) Dit Hoofdstuk is van toepassing op overeenkomsten op grond waarvan een aannemer gehouden is een roerende zaak of onstoffelijk voorwerp te vervaardigen overeenkomstig een door de opdrachtgever verstrekt ontwerp, voor zover nodig aangepast aan de bijzondere aard van de overeenkomst.

(3) Dit Hoofdstuk is van toepassing op overeenkomsten op grond waarvan een aannemer gehouden is een gebouw of ander onroerende zaak te vervaardigen, aannemingswerkzaamheden te verrichten aan een bestaand gebouw of bestaande andere onroerende zaak, of een roerende zaak of onstoffelijk voorwerp te vervaardigen overeenkomstig een door de dienstverlener verstrekt ontwerp, voor zover nodig aangepast aan de bijzondere aard van de overeenkomst.

(4) Indien een partij op basis van een overeenkomst gehouden is een zaak te vervaardigen en een andere dienst te leveren, is dit Hoofdstuk van toepassing op de gedeelten van de overeenkomst die de vervaardiging van de zaak betreffen, voor zover nodig aangepast aan de bijzondere aard van de overeenkomst.

180 Barendrecht e.a. p. 132.

181 Barendrecht e.a. p. 127 e.v.

2.3.3 Conclusie

In deze paragraaf is uiteengezet waarom de koop-/aannemingsovereenkomst getoetst zal worden aan zowel de Principles of European Contract Law (PECL) als de Principles on European Service Contracts (PELSC). Uit de ontwikkelingen op het gebied van het Europees privaatrecht, zowel door de Europese Commissie als door onafhankelijke wetenschappers uit heel Europa, blijkt dat het verbintenisrecht in Europa in de toekomst steeds meer geüniformeerd zal worden. Deze uniformering kan vorm krijgen vanuit de Europese Commissie, en daarmee van bovenaf, door middel van meer (uniforme) richtlijnen op het gebied van het Europees privaatrecht, maar ook door het opstellen van al dan niet optionele beginselen, modelcontracten of wetboeken. De uniformering kan ook ‘sluipend’ plaats vinden doordat private initiatieven er voor zorgen dat harmonisatie bijna ongemerkt plaatsvindt door het vergelijken van rechtsstelsels, het zoeken naar overeenkomsten en verschillen, en het formuleren van beginselen.¹⁸² Hoe het ook zij, de ontwikkelingen op dit gebied hebben de noodzaak en het nut van een toetsing aan Europese Beginselen aangetoond.¹⁸³

Dat voor dit onderzoek is gekozen voor de PECL en de PELSC heeft allereerst te maken met het feit dat zij zich het beste lenen voor een vergelijking.¹⁸⁴ Daarnaast speelt een rol dat deze beginselen in brede kring goed zijn ontvangen en dus waarde lijken te hebben voor de toekomst.¹⁸⁵ Daarnaast bevatten de PECL en de PELSC op dit moment, in tegenstelling tot het OGRK, de meeste achtergrondinformatie naar de betekenis van de beginselen en wordt nu al regelmatig in literatuur en rechtsvergelijkingen teruggevallen op de Principles.

182 Zie o.a. Berger 2001, p. 21-34.

183 Zie uitgebreid over deze vorm en het nut van rechtsvergelijken: Lerner 2008, p. 949-972.

184 Zie ook hoofdstuk 1.

185 Zie o.a. Barendrecht, van Gulijk, Jansen & Loos 2008, p. 689.

Hoofdstuk 3

Aard en inhoud van de overeenkomst

3.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk komen de aard en de inhoud van de overeenkomst tussen ondernemer en verkrijger aan de orde. Beide onderwerpen zijn van belang voor een goed begrip van de inhoud van de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger. De aard hiervan is van invloed op de uitleg van de inhoud overeenkomst. Aard en inhoud van de overeenkomst zijn op hun beurt van invloed op de vraag welke wetsbepalingen van toepassing zijn. De inhoud van de overeenkomst als zodanig is onderwerp van de volgende hoofdstukken; in dit hoofdstuk komt aan de orde uit welke onderdelen de inhoud wordt gevormd. In § 3.2 wordt ingegaan op aspecten die betrekking hebben op de aard van de overeenkomst. In § 3.3 wordt ingegaan op een zeer praktisch aspect, namelijk de inhoud van de overeenkomst: uit welke documenten bestaat de overeenkomst van partijen.

3.2 AARD VAN DE OVEREENKOMST

Voor een goed begrip van de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden en de positie van die overeenkomst en voorwaarden in het stelsel van Nederlands- en Europeesrechtelijke regels is van belang in te gaan op een aantal onderwerpen die betrekking hebben op de aard van de overeenkomst. In deze paragraaf komen drie onderwerpen aan bod. In § 3.2.1 wordt ingegaan op het feit dat de koop-/aannemingsovereenkomst een overeenkomst is waarbij één der partijen een consument is. In § 3.2.2 wordt ingegaan op de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een resultaatverbintenis is en zo ja, wat hiervan de gevolgen zijn. In § 3.2.3 komt de vraag aan bod of de koop-/aannemingsovereenkomst is aan te merken als een set van algemene voorwaarden en tot slot komt in § 3.2.4 de vraag aan bod of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is.

3.2.1 Consumentenovereenkomst

Het consumentenrecht omvat het recht tussen enerzijds de consument en anderzijds de professionele wederpartij.¹ Het gaat bij het consumentenrecht niet om een eenvoudig aan te duiden pakket van regels, zoals bijv. bij het personen- en familierecht samengevat in Boek 1 van het BW, maar om door het hele civiele recht gewezen bepalingen en aspecten die rekening houden met de bijzondere positie van de consument.

1 Hondius omschrijft de professionele wederpartij als de producent of tussenschakel: Hondius 1976.

Als gevolg van de veronderstelde ongelijkheid in positie tussen consumenten en professionele partijen zijn, met name in de afgelopen eeuw, in het recht nadere regels opgesteld die rekening houden met de bijzondere positie van een consument.²

Het is voor de toepasselijkheid van beschermende wet- en regelgeving van belang vast te stellen wanneer sprake is van een consumententransactie. In deze paragraaf wordt allereerst ingegaan op het begrip consument (§ 3.2.1.1), vervolgens wordt stilgestaan bij de objectieve en subjectieve leer aangaande dit begrip (§ 3.2.1.2) Tot slot wordt ingegaan op gemengde transacties; aankopen die deels in het kader van het beroep of bedrijf worden gedaan en deels in de hoedanigheid van consument (§ 3.2.1.3).

3.2.1.1 Het begrip consument

Wat is een consument? Het Burgerlijk Wetboek omschrijft het begrip ‘consument’ in artt. 7:2 BW, 7:5 lid 1 BW en 7:765 BW als: ‘[...] een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.’³ Met de in deze artikelen gehanteerde omschrijving sluit het wetsartikel aan bij de omschrijving van het begrip consument in de zwarte en grijze lijst (artt. 6:237 en 6:238 BW), bij de omschrijving in de titel over lastgeving (titel 7.7), borgtocht (titel 7.14) en verzekering (titel 7.17).⁴

In Europese regelgeving wordt het begrip consument ook omschreven. In een groot deel van de Europese richtlijnen wordt een nagenoeg eenduidige omschrijving van het begrip consument gegeven⁵, namelijk⁶: ‘[...] een consument is iedere natuurlijke persoon die bij de onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn beroep of bedrijf.’⁷

2 Over die ontwikkeling: Pasa & Benacchio 2005, p. 5-25. Meer over de geschiedenis van het consumentenrecht: Hondius & Rijken 1996, Hondius 1992, Hondius 1980, p. 849-856, Hondius 1976.

3 **Kritiek op de wetssystematiek is er van Hensen, die het feit dat art. 7:2 BW het begrip consument hanteert voordat in art. 7:5 BW de definitie daarvan wordt gegeven, niet fraai vindt:** Hensen 1992, p. 1485.

4 MvT Kamerstukken II 1992-1993, 23 095, nr. 3, p. 39. Ook: Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 135, p. 130.

5 Afwijkend van de meest gangbare omschrijving is de omschrijving in de Richtlijn pakketreizen (90/314/EEG, PbEG 1990, L 158/59). Zie over het begrip ook Rinke 2009, p. 383 e.v.

6 Art. 5 lid 1 van het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, PbEG, 1980, L 226/1, art. 1 lid 2 onder a Richtlijn consumentenkoop (1999/44/EG, PbEG 1999, L 171/12), art. 2 onder b Richtlijn oneerlijke contractbedingen (93/13/EEG, PbEG 1993, L 095/29) en art. 2 Richtlijn koop op afstand (97/7/EG, PbEG 1997, L 144/19) vergelijkbaar: Boek 7, art. 5 lid 1 BW.

7 Het Hof van Justitie EG sprak zich uit over uitleg van deze definitie in HvJ EG 20 januari 2005, Zaak C-464/01, Jurisprudentie 2005, p. I-00439 (Gruber -Bay Wa AG). Volgens het Hof moet het begrip eng worden uitgelegd. Een persoon die een

In de literatuur heerst onenigheid over de vraag hoe de wettelijke definitie van consument te begrijpen.⁸ Er zijn twee stromingen te onderscheiden: een subjectieve en een objectieve benadering.⁹ Op het eerste gezicht lijkt een uitvoerige beschrijving van deze twee benaderingen de reikwijdte van dit onderzoek te buiten te gaan. Immers, beschreven wordt slechts die situatie waarin sprake is van een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten tussen een consument en een professionele wederpartij. De discussie over de subjectieve en objectieve leer is echter ook van belang voor de beantwoording van de vraag wat rechtens is met betrekking tot het begrip consument bij zogenaamde gemengde aankopen. Regelmatig worden koop-/aannemingsovereenkomsten gesloten met betrekking tot een woning die ook een bedrijfsruimte bevat. Is dan sprake van een consumententransactie en zijn alle consumentenbeschermende bepalingen dan van kracht? Of is sprake van een ‘persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf’? Om deze vraag te beantwoorden wordt allereerst ingegaan op de objectieve en subjectieve leer aangaande het begrip consument (§ 3.2.1.2) om vervolgens in te gaan op de zogenaamde gemengde transacties (§ 3.2.1.3).

3.2.1.2 De subjectieve en de objectieve leer

De subjectieve benadering van het begrip consument is de heersende leer¹⁰ en vloeit voort uit de parlementaire geschiedenis van Boek 6¹¹ waarnaar ook wordt verwezen in het kader van de invoering van art. 7:5 BW over consumentenkoop.¹² Bij de subjectieve benadering wordt het antwoord op de vraag of sprake is van een consument of consumententransactie bepaald aan de hand van de bestemming die de koper aan de gekochte zaak wil geven. Een stoel gekocht door een bepaalde persoon kan in het ene geval een consumentenkoop zijn, als de koper deze koopt voor zijn woning, en in het andere geval een bedrijfsmatige koop, als de koper deze koopt voor bijvoorbeeld de wachtkamer van zijn praktijk.¹³ Beslissend is de bedoeling van de koper, niet van belang is wat de verkoper wist omtrent deze bedoeling.

goed koopt dat ten dele wel en ten dele niet voor beroepsmatig gebruikt is bestemd kan zich in beginsel niet op de bepalingen van het EEX beroepen (omdat hij geen consument is in de zin van die regeling), tenzij het beroepsmatige gebruik dermate marginaal is dat het in de globale context van de betrokken verrichting onbetekend is; dat het niet-beroepsmatige aspect zwaarder weegt is daarbij irrelevant. Om vast te stellen of sprake is van een onbeduidende rol van het beroepsmatige aspect moet de rechter met alle relevante feitelijke gegevens die objectief uit het dossier blijken rekening houden.

8 Mortelmans & Watson 1995, p. 229-246, Joustra 1996, p. 201, Temmink 1996, p. 9-50.

9 Vertegenwoordiger van de subjectieve benadering is o.a. Hartkamp en vertegenwoordigers van de objectieve benadering zijn Hijma en Loos.

10 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 77 en 79.

11 Invoering PG boek 6, p. 1648 e.v.

12 MvA Kamerstukken II, PG Boek 7, p. 64.

13 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 77.

De onzekerheid die voor de wederpartij voortvloeit uit de subjectieve benadering is volgens de minister niet van groot belang.¹⁴ De bedoeling die de koper heeft met het gekochte is veelal al duidelijk uit aard van de prestatie, uit het verkoopsgesprek of kan worden afgeleid uit de betalingsgegevens of het afleveradres. Als de verkoper geen onzekerheid wil over hoedanigheid van de koper kan hij naar de bedoelingen van de koper vragen.¹⁵ Hartkamp is, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis¹⁶, een aanhanger van de subjectieve benadering. Bij grensgevallen, bijvoorbeeld de accountant die zijn bedrijfspand laat schilderen, is Hartkamp van mening dat handelen in het kader van ‘beroep of bedrijf’ ruim moet worden opgevat.¹⁷ Op die manier is dus niet snel sprake van een consumenten-transactie.

Bij de objectieve benadering is sprake van een consumentenkoop als de verkoper er gezien de uitwendige omstandigheden van mocht uitgaan dat hij te maken had met een consument. Hijma¹⁸ en Loos¹⁹ zijn aanhangers van de objectieve leer. Hijma stelt dat de objectieve benadering aansluit bij de ratio van de ‘consumentenkoop’. Daar waar de koper ondeskundig en verkoper deskundig is, is sprake van een evenwichtsongelijkheid die door de bescherming van de consument-koper moet worden rechtgetrokken. Hijma is van mening dat ook de tandarts die een stoel koopt voor zijn wachtkamer een consument is ten aanzien van die koop. Hij baseert zich hierbij op de tekst van de wet die volgens hem gericht is op het ‘handelen’ van de koper en niet zozeer op zijn bedoelingen.²⁰ De subjectieve benadering brengt volgens hem veel onzekerheden met zich voor de verkoper. Loos²¹ stelt dat voor de objectieve opvatting aansluiting kan worden gezocht bij het ‘normaal gebruik’ van de zaak. Uit de aard en het onderwerp van de overeenkomst volgt dat de wederpartij bij de aankoop van bijv. een roman wordt vermoed consument te zijn en bij de aankoop van een drillboor een partij die deze koopt ter uitoefening van een ‘beroep of bedrijf.’ Een groot nadeel van de objectieve benadering is dat de consument die een product koopt dat naar zijn aard bestemd is voor de uitoefening van een beroep of bedrijf, en de schijn dat de aankoop voor zijn beroep dan wel bedrijf bestemd is, niet wegneemt, niet beschermd wordt als consument.²²

14 Parl. Gesch. Boek 6 (inv. 3, 5 en 6) p. 1655 en p. 1659.

15 Parl. Gesch. Boek 6 (inv. 3, 5 en 6) p. 1655 en p. 1659.

16 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 366-367.

17 Ibid.

18 Asser/Hijma 5-1 2007, nr. 78.

19 Loos 2004, p. 21.

20 Asser/Hijma 5-1 2007, nr. 78. Vergelijkbaar: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2006, p. 186.

21 Loos 2004, p. 21.

22 Overigens lijkt de geschiedenis met betrekking tot het begrip consument zich te herhalen nu bij het invoeren van de Algemene Voorwaarden regeling in Boek 6 van het BW dezelfde discussie over het begrip consument een rol speelde, Reehuis & Slob 1990, PG Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1654 e.v. en Wessels & Jongeneel 1997, pp. 123-126.

Wat van deze leren te denken? De benaming van beide opvattingen is verwarrend. Immers, de objectieve leer gaat uit van feiten die niet objectief zijn, namelijk de door de koper gewekte verwachtingen of schijn, en de subjectieve leer van de daadwerkelijke stand van zaken, namelijk waarvoor is het gekochte bedoeld.

Abstraheert men van de benaming dan lijkt de objectieve leer de meest bruikbare. Het meest voor de hand liggende gebruik van het object, of het gebruik zoals dat is aangekondigd door of mocht worden afgeleid uit het gedrag van de koper, is bepalend. Bij de subjectieve leer weet de verkoper niet welk regime (consumentenbescherming of niet) nu van toepassing is. Een groot nadeel van de objectieve leer is evenwel, zoals hierboven al besproken, dat een consument die de schijn tegen heeft geen consument te zijn, niet beschermd wordt. Dit nadeel weegt zwaarder dan het nadeel van de verkoper die niet altijd zal weten met wat voor een soort koper hij van doen heeft. De subjectieve leer lijkt dan ook de meest rechtvaardige oplossing.

Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat een koper een bedrijfsruimte koopt met de bedoeling die ruimte niet als bedrijfsruimte te gaan gebruiken maar om er in het kader van zijn hobby oude auto's te gaan opknappen. Onder de subjectieve leer zou discussie kunnen ontstaan over de vraag of de verkrijger nu consumentenbescherming geniet ten aanzien van zijn aankoop. Als de verkrijger onder de objectieve leer aankondigt de ruimte als hobbyruimte te willen gaan gebruiken, moet voor de ondernemer duidelijk zijn dat sprake is van een consumentenkoop ten aanzien van zowel de woning als de bedrijfsruimte.

3.2.1.3 Gemengde aankopen

Maar wat als (bekend is bij de verkoper dat) de koper de zaak zowel privé als zakelijk koopt, bijvoorbeeld in geval van een woning met daaraan gekoppeld een bedrijfsruimte? In geval van zowel de subjectieve als de objectieve leer ontstaat dan onduidelijkheid.

Volgens Hijma gaat het dan om de vraag welke koop, de consumentenkoop of de reguliere koop, overheerst. Hij vindt dat bij een transactie waarvan de consumentenkoop minstens 50% van de transactie beslaat, sprake is van een consumentenkoop. In andere gevallen moet steeds naar de omstandigheden van het geval worden gekeken en het karakter van het in onderhavige probleem.²³

Volgens Loos kunnen andere omstandigheden in een geval van dubbel gebruik van een zaak een aanwijzing opleveren.²⁴ Zo'n omstandigheid zou kunnen zijn wat de verkoper mocht begrijpen uit de handelingen van de koper. Hij noemt als voorbeeld het afleveradres, dat een zakelijk adres of privé-adres kan zijn. In geval van huizenkoop valt dan te denken aan de naam van de koper of van het bedrijf waarop het pand gekocht wordt. Loos zoekt tevens aanknopings bij een (hieronder te bespreken) uitspraak van het Europees Hof en vindt dat sprake is van consumentenkoop bij '(wellicht aanmerkelijk) minder dan 25% aan bedrijfsmatig gebruik.'²⁵

23 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 79.

24 Loos 2004, pp. 21-22, Loos 2001, p. 9 e.v.

25 Loos 2005, p. 772 en ook Loos 2006, p. 57.

Het Hof van Justitie heeft een aantal keren het begrip consument kunnen verhelderen en gaf in één daarvan ook de grens aan bij deels privé- en deels zakelijke transacties. Het begrip consument moet volgens het Hof restrictief worden uitgelegd. Ingevolge de uitspraak *Cape/Idealservice*²⁶ zijn alleen natuurlijke personen consument en vereist is voorts dat zij bij het sluiten van de overeenkomst handelen buiten het kader van hun beroepsactiviteit. Daarbij doet niet terzake of de overeenkomst gesloten is in het kader van de dagelijkse praktijk van de persoon (hij is deskundig op dit gebied van de transactie, zoals bijvoorbeeld de tandarts die tandarts-apparatuur koopt), dan wel buiten die dagelijkse praktijk valt (de persoon is niet deskundig, bijvoorbeeld de tandarts die stoelen koopt voor zijn wachtruimte).²⁷ Het Hof hanteert dus de hierboven beschreven subjectieve theorie.

In de zogenaamde *Gruber-uitspraak*²⁸ deed het Hof van Justitie uitspraak over transacties die deels zakelijk en deels privé zijn. Het ging hierbij om de vraag of de koper zich op het EEX-Verdrag kon beroepen, of dat hij hier geen recht op had omdat hij geen consument was in de zin van het verdrag.²⁹ Volgens het Hof moet het begrip consument restrictief worden uitgelegd. Een persoon die een goed koopt dat deels wel en deels niet voor beroepsmatig gebruik is bestemd, kan zich in beginsel niet op de bepalingen van het EEX-Verdrag beroepen (omdat hij geen consument is in de zin van die regeling), tenzij het beroepsmatige gebruik zo marginaal is dat het in de globale context van de betrokken verrichting onbetekenend is; dat het niet-beroepsmatige aspect zwaarder weegt is daarbij irrelevant. Om vast te stellen of sprake is van een onbetekende rol van het beroepsmatige aspect moet de rechter met alle relevante feitelijke gegevens die objectief uit het dossier blijken rekening houden.

Volgens de *Gruber-zaak* vallen in beginsel kopers die overeenkomsten sluiten met een gemengd zakelijk-privé karakter, naar Europese normen, niet onder het begrip consument. Deze kopers vallen slechts dan onder dit begrip als het zakelijk karakter van de transactie ‘onbetekenend’ van aard is. Wanneer is sprake van een onbetekenend zakelijk deel? In ieder geval is het zakelijk deel van een transactie niet onbetekenend als deze 40 procent van de transactie betreft, zoals in de *Gruber-zaak* het geval was. Loos oppert dat gedacht moet worden aan ‘(wellicht

26 HvJ EG 22 november 2001, C-541/99 en C-542/99, Jur. 2001, p. I-9049 (*Cape/Idealservice*).

27 HvJ EG 14 maart 1991, zaak 361/89, Jur. 1991, p. I-1189 (*Strafhofzaak Di Pinto*).

28 HvJ EG 20 januari 2005, Zaak c464/01, Jur. 2005, p. I-00439 (*Gruber -Bay Wa AG*).

29 Het EEX-Verdrag hanteert nagenoeg dezelfde definitie voor het begrip consument als de artt. 7:2 en 7:766 BW. De EEX-Verordening: ‘een consument is iedere natuurlijke persoon die bij de onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn beroep of bedrijf’. Art. 5 lid 1 van het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, PbEG, 1980, L 226/1. Dit begrip sluit aan bij omschrijvingen in veel andere richtlijnen: art. 1 lid 2 onder a Richtlijn consumentenkoop (1999/44/EG, PbEG 1999, L 171/12), art. 2 onder b Richtlijn oneerlijke contractbedingen (93/13/EEG, PbEG 1993, L 095/29) en art. 2 Richtlijn koop op afstand (97/7/EG, PbEG 1997, L 144/19) vergelijkbaar: Boek 7, art. 5 lid 1 BW.

aanmerkelijk) minder dan 25 procent.’ wil sprake zijn van een onbetekenend deel van de transactie die een zakelijk karakter heeft, en dus van een consumenten-transactie.³⁰

De vraag is of de Gruber-uitspraak maatgevend is voor het gehele Europees (privaat)recht en wellicht ook het Nederlands recht. Het feit dat het Hof uiteenzet dat de beperkte uitleg van het begrip consument zoals neergelegd in de EEX verordening, doet vermoeden dat deze uitleg ook van toepassing is op de in andere Europese richtlijnen en in het BW, nu deze wetgeving nagenoeg dezelfde omschrijving van het begrip consument bevat.³¹ Voor de koop-/aannemingsovereenkomst betekent dit dat wil een verkrijger als consument worden aangemerkt, dan mag het zakelijk aandeel in de koop-/aannemingsovereenkomst in ieder geval niet meer dan 25 procent bedragen.

Indien partijen twisten over de vraag of sprake is van een consumententransactie of niet is het in beginsel aan de partij die aanvoert dat sprake is van koop door een consument om dit te bewijzen.³²

3.2.2 Resultaatsverbintenis

Een vraag die op deze plaats beantwoord moet worden is of uit de koop-/aannemingsovereenkomst een resultaats- dan wel een inspanningsverbintenis voortvloeit. Voor een antwoord op die vraag wordt zowel literatuur over de aannemings- als de koopovereenkomst bestudeerd.

Vrij algemeen wordt aangenomen dat de aannemingsovereenkomst een resultaatsverbintenis is.³³ Meestal wordt in het kader van de aannemingsovereenkomst de term resultaatsverbintenis zo opgevat dat de aannemer, behoudens in geval van overmacht, gehouden is het overeengekomen resultaat te doen ontstaan.³⁴ Ingevolge art. 7:750 lid 1 BW is de hoofdverplichting van de aannemer een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen. De term ‘tot stand brengen’ wijst volgens Van den Berg in de richting van een resultaatsverbintenis.³⁵

Maar dat is niet het hele verhaal. De reikwijdte van de prestatieplicht van de aannemer wordt immers in grote mate beperkt door de mate van gedetailleerdheid waarmee de opdrachtgever de eisen formuleert waaraan het werk moet voldoen, alsmede door de mate waarin hij de aannemer keuzevrijheid laat bij het realiseren van die eisen.³⁶ Naarmate de aannemer meer invloed heeft op het ontwerp en de

30 Loos 2005, p. 772.

31 Loos 2005, p. 772. Afwijkend van de meest gangbare omschrijving is de omschrijving in de Richtlijn pakketreizen (90/314/EEG, PbEG 1990, L 158/59).

32 Broekema-Engelen, 1993, p. 709-711, Hondius & Serrasis-Perrick 1979, p. 773.

33 Asser/Van den Berg 5-IIIc, 2007, nr. 85, evenzo: Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, 5-III, 1994, nr. 513.

34 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, 5-III, 1994, nr. 513.

35 Asser/Van den Berg 5-IIIc, 2007, nr. 85.

36 Asser/Van den Berg 5-IIIc, 2007, nr. 85.

uitvoering is eerder sprake van een resultaatsverbintenis.³⁷ Naarmate de aannemer minder invloed uit kan oefenen op het ontwerp en de uitvoering is eerder sprake van een inspanningsverbintenis.

De koopovereenkomst wordt beschouwd als een resultaatsverbintenis.³⁸ In de koopovereenkomst is naast de resultaatsverplichtingen echter ook een inspanningsverplichting aanwijsbaar, omdat de verkoper alles moet doen om tot het resultaat te komen, namelijk het overdragen van het eigendom.³⁹

Uit het bovenstaande kan opgemaakt worden dat uit de koop-/aannemingsovereenkomst een resultaatsverbintenis voortvloeit. Daar onder de koop-/aannemingsovereenkomst zowel ontwerp als uitvoering volledig in handen van de ondernemer zijn en hij daarmee is gehouden het beoogde resultaat te doen ontstaan, kan aansluiting gezocht worden bij de aannemingsovereenkomst waarbij de ondernemer een grote invloed heeft op ontwerp en uitvoering en de koopovereenkomst.⁴⁰ Levert hij niet het overeengekomen resultaat, dan is hij tekortgeschoten in de nakoming van de verbintenis.

3.2.3 De koop-/aannemingsovereenkomst als algemene voorwaarden

In het kader van de aard van de overeenkomst is ook het antwoord op de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een algemene voorwaarde is in de zin van art. 6:231 BW van belang.⁴¹ Art. 6:231 BW geeft antwoord op de vraag wat onder algemene voorwaarden wordt verstaan:

Art 6:231 sub a BW

Algemene voorwaarden: een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd;

Drie aspecten van dit artikel verdienen nadere toelichting. Allereerst de term ‘algemene voorwaarden,’ vervolgens het vereiste dat het moet gaan om bedingen opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen (het zgn. bestemmingscriterium), en tot slot het feit dat de regeling niet van toepassing is op zogenaamde kernbedingen. Hieronder komen deze drie onderwerpen aan bod.

37 Asser/Van den Berg 5-IIIc, 2007, nr. 85, evenzo: Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen, 5-III, 1994, nr. 514, zie ook Van den Berg e.a. 1996, p. 65.

38 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 269.

39 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 269.

40 Zoals bij de aannemingsovereenkomst waarbij ontwerp en uitvoering in grote mate de verantwoordelijkheid is van de ondernemer/aannemer: Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III, 1994, nr. 513.

41 De vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst bedingen bevat waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en dus algemene voorwaarden zijn in de zin van de richtlijn oneerlijke bedingen is reeds aan bod gekomen in hoofdstuk 2.

3.2.3.1 Algemene voorwaarden

Art. 6:231 BW spreekt van algemene voorwaarden. Zoals in hoofdstuk 2 reeds uiteengezet is zijn de artt. 6:231 BW e.v. een (anticiperende) uitwerking van de Richtlijn oneerlijke bedingen.⁴² De vraag is echter of de implementatie van de richtlijn voldoende heeft plaatsgevonden door de term algemene voorwaarden te gebruiken. De richtlijn gebruikt de term algemene voorwaarden niet maar spreekt van ‘bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.’ Een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, is niet per definitie een algemene voorwaarde in de zin van het BW. Bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, komen naast algemene voorwaarden zoals wij die in het Nederlandse recht kennen, ook op andere plaatsen voor. Smits is dan ook van mening dat de omschrijving in de richtlijn breder is dan die in de wettelijke regeling.⁴³ Hij vindt dat de richtlijn ook van toepassing is op bedingen die niet in algemene voorwaarden staan, en dus dat de richtlijn een breder bereik heeft dan Afdeling 3 van Boek 6. Volgens hem moet de wet verder worden aangepast.⁴⁴

3.2.3.2 Het bestemmingscriterium

De voorwaarden moeten bestemd zijn om (ongewijzigd) in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen.⁴⁵ Dit wordt het bestemmingscriterium genoemd. De bestemming staat vast als wordt aangekondigd dat de algemene voorwaarden zullen worden gebruikt, bijvoorbeeld door middel van een verwijzing op het briefpapier.⁴⁶ Daarnaast geldt voor algemene voorwaarden die door een branchevereniging zijn opgesteld ten behoeve van haar leden, dat deze per definitie aan het bestemmingscriterium voldoen.⁴⁷ Ook het gebruik van modellen door notarissen of advocaten opgesteld, kan naar de letter van de wet en volgens de literatuur vallen onder de algemene-voorwaardenregeling.⁴⁸ Ook als onderdelen van modelcontracten zoals het NVM-koopcontract worden overgenomen in overeenkomsten zijn deze, zolang ze niet speciaal voor *deze* overeenkomst is opgesteld, te beschouwen als algemene voorwaarden.⁴⁹

Bedingen moeten meermaals worden gebruikt wil sprake zijn van algemene voorwaarden, maar hierbij is niet van belang of de betreffende gebruiker deze voorwaarden vaker gebruikt heeft.⁵⁰ Als dit wel het geval zou zijn, zou dit een beperking van de werkingssfeer van de Richtlijn oneerlijke bedingen inhouden

42 De artikelen werden recht voordat de richtlijn van kracht werd. Op de vaststelling van de richtlijn is echter geanticipeerd door de Nederlandse wetgever.

43 Zie Smits 2001a, p. 853-855.

44 Ibid.

45 Aldus art. 6:231 BW, zie ook Asser/Hartkamp 2005 4-II, nr. 346.

46 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 346.

47 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 346 en Hijma 1997a, nr. 13.

48 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 347, Jongeneel 1991a, p. 813-816 en Van Erp & Jongeneel 1992, p. 127-130.

49 Loos 2001b, p. 4.

50 Loos 2001b, p. 4, Jongeneel 1991b, nr. 101.

waarin geen enkele eis wordt gesteld aan de frequentie waarmee de bedingen worden gebruikt.⁵¹ Ook tegen slechts eenmaal door een partij gehanteerde oneerlijke bedingen wordt de consument dus beschermd.⁵²

Aangezien de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden regelmatig en ongewijzigd worden gehanteerd voldoen zij aan het in art. 6:231 BW neergelegde bestemmingscriterium.

3.2.3.3 Kernbedingen

Geen deel van de algemene voorwaarden zijn kernbedingen in de zin van de wet.⁵³ Bij kernbedingen gaat het om bedingen die zo essentieel zijn voor het bestaan van de overeenkomst zelf dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of ‘zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn’.⁵⁴

Deze bepaling is neergelegd in art. 6:238 BW en vloeit voort uit art. 4 lid 2 van de richtlijn oneerlijke bedingen. Niet voldoende is dat een beding een voor beide partijen belangrijk punt behandelt.

Wanneer is er dan wel sprake van een kernbeding? In ieder geval zijn de essentialia van de overeenkomst, zonder welke de overeenkomst bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid (art. 6:227) niet tot stand komt, aan te merken als kernbedingen.⁵⁵ Maar er zijn meer onderdelen van de overeenkomst die als kernbeding kunnen worden aangemerkt.⁵⁶ Zo hoort de prijs van een overeenkomst niet altijd tot de essentialia van een overeenkomst, maar is het wel een kernbeding.⁵⁷ Bedingen die de prestaties van partijen nader beschrijven zijn geen kernbedingen⁵⁸, evenals bedingen die op de zwarte of de grijze lijst (van art. 6:236 en 6:237 BW) staan.⁵⁹

In geval van de koop-/aannemingsovereenkomst zijn de bepalingen omtrent de prijs, de verkoop van de grond of de uitgifte van de erfpacht en de aanneming van het werk kernbedingen.⁶⁰ Zonder deze bepalingen zou de overeenkomst niet (kunnen) worden gesloten. In de model koop-/aannemingsovereenkomst zijn de

51 Hierover ook: Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 347; Smits 2000a, p. 238.
52 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 347. Ook: Loos 2001a, p. 242 en Smits 2000a, p. 238. Anderzijds kan gezegd worden dat de wettelijke regeling meer bescherming biedt omdat niet als eis wordt gesteld dat over het beding niet is onderhandeld. Een onderhandeld beding hoeft niet aan het toepassingsgebied van de regeling te worden onttrokken, zie Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 347.
53 Over kernbedingen ook: Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 348, Loos 2001b, p. 5.
54 PG Boek 6, p. 1527.
55 PG Inv. Boek 6, p. 1521 e.v.
56 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 348 en nr. 78 en 79
57 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 348
58 PG Inv Boek 6, p. 1521 en p. 1527.
59 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 348. en ook Loos 2006b, p. 6.
60 Ook: Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 348, Loos 2001b, p. 5.

volgende drie bepalingen kernbedingen: allereerst de onder de kop van de overeenkomst genoemde bepalingen onder I KA waarin het perceel wordt aangeduid.⁶¹ Het gedeelte waarin de aanvaarding van de lasten en beperkingen is opgenomen is geen kernbeding. Ten tweede wordt onder II KA verwezen naar de bouw van de woning (de aanneming van werk), hetgeen ook deel uitmaakt van de kern van de overeenkomst.⁶² Opgemerkt dient te worden dat het onder II opgenomen ‘naar de eisen van goed en deugdelijk werk’ geen kernbeding is. Deze zinsnede geeft slechts aan hoe, onder welke voorwaarden, of naar welke kwaliteit de woning gebouwd zal worden. Aangezien kernbedingen zo beperkt mogelijk moeten worden beschreven is dit onderdeel geen kernbeding. Ten slotte wordt onder III KA de prijs genoemd; de opbouw van de prijs wordt vervolgens uitgebreid uiteengezet. De prijs is zonder twijfel ook een kernbeding.⁶³

De hierboven genoemde bepalingen zijn de drie kernbedingen van de overeenkomst. Alle overige bepalingen in de overeenkomst zijn bedingen die de prestaties van partijen nader beschrijven en niet als kernbedingen gekwalificeerd kunnen worden.⁶⁴ Dit geldt bijvoorbeeld voor de opleveringstermijn (art. 6 KA) en de termijn- en betalingsregeling (art 5 KA). Zij bevatten wel belangrijke zaken maar niet de kern van de zaak.

De conclusie van het bovenstaande is dat de model koop-/aannemingsovereenkomst, met uitzondering van de genoemde kernbedingen, te beschouwen is als een set van algemene voorwaarden in de zin van de wet.

3.2.4 Gemengde overeenkomst

De koop-/aannemingsovereenkomst heeft zowel betrekking op koop als op aanneming van werk. De koop-/aannemingsovereenkomst bevat bepalingen die betrekking hebben op de koop van de grond en bepalingen die betrekking hebben op de bouw van de woning (de aanneming van werk). De vraag die zich als gevolg

61 **Onder I KA: De ondernemer verkoopt aan de verkrijger, die koopt van de ondernemer: een perceel/de percelen grond ter grootte van circa..... overeenkomstig de bij.....notaris..... gedeponeerde situatietekening aangeduid met het/de bouwnummer(s)..... gelegen met de -voor zover aanwezig- daarop in aanbouw zijnde opstallen, kadastraal bekend.**

Bij deze aanvaardt de verkrijger uitdrukkelijk de lasten en beperkingen omschreven in een bij..... deze overeenkomst behorende en aan deze akte gehechte door partijen ondertekende bijlage.

62 **Onder II KA: De verkrijger geeft opdracht en de ondernemer neemt aan conform de betreffende technische omschrijving en tekening(en) en voor zover aanwezig staten van wijziging, al welke tot deze overeenkomst behoren en door beide partijen zijn gewaarmerkt, op boven omschreven grond, de daarop geprojecteerde/in aanbouw zijnde opstal(len) (af) te bouwen naar de eis van goed en deugdelijk werk, met inachtneming van de voorschriften van overheid en nutsbedrijven.**

63 Over de opbouw en uitleg van dit artikel gaat hoofdstuk 7. In deze paragraaf gaat het slechts om de constatering dat sprake is van een kernbeding.

64 Zoals hierboven genoemd en waarbij verwezen werd naar PG Inv Boek 6, p. 1521 en p. 1527.

hiervan opdringt is of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is in de zin van artikel 6:215 BW. Deze vraag is zowel dogmatisch als praktisch relevant en speelt tevens regelmatig een rol in de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage.

De praktische relevantie van de vraag dient evenwel gerelativeerd te worden omdat de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden uitputtend de relevante onderwerpen behandelen en derhalve maar zeer zelden op het BW dient te worden teruggevallen. De aansprakelijkheid van de ondernemer na oplevering is uitputtend geregeld in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden zelf. Voor gebreken in de onderhoudsperiode is de ondernemer in ieder geval aansprakelijk, omdat hij gedurende deze onderhoudsperiode tegen tekortkomingen garandeert.⁶⁵ Voor aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode is de ondernemer niet aansprakelijk behoudens de in art. 18 lid 2 AV genoemde gevallen.⁶⁶ Doet zich een geval voor dat niet onder art. 18 lid 2 AV valt, dan is aansprakelijkheid uitgesloten. Alleen al om die reden staat een beroep op art. 7:17 BW (of elke andere BW bepaling) niet open, er wordt immers van aanvullend recht afgeweken en wel door middel van een zo volledige regeling dat voor art. 7:17 BW en andere artikelen geen plaats meer is.⁶⁷

Een uitzondering op de regel dat de koop-/aannemingsovereenkomst een uitputtende regeling biedt, vormt de zgn. voorinschrijving of Vormerkung zoals neergelegd in art. 7:3 BW. Dit onderwerp is niet in de koop-/aannemingsovereenkomst geregeld en is opgenomen in de Titel Koop maar niet in de Titel Aanneming van werk. In dat geval is de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is, wel relevant. Is de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst dan is de Vormerkung van art. 7:3 BW op de gehele koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing en is deze dus inschuifbaar. Op dit onderwerp wordt ingegaan in § 5.4.2.2 van hoofdstuk 5.

Voor de Raad van Arbitrage komt de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is regelmatig aan bod in verband met een beroep op art. 7:17 BW betreffende de aansprakelijkheid van de verkoper voor non-conforme levering. Vrijwel altijd oordeelt de Raad dat de koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is.⁶⁸ Art. 7:17 BW wordt alsdan geoordeeld niet van

65 Zie hoofdstuk 12.

66 Zie eveneens hoofdstuk 12.

67 Zie enkel RvA 17 februari 2005, nr. 26.483 waarin arbiter dezelfde redenering volgt. In RvA 11 september 2008, nr. 28.536 wordt door arbiter in een overweging ten overvloede deze redenering ook gevolgd. Arbiter doet de zaak echter af met de mededeling dat de koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is en derhalve een beroep op de bepalingen in afdeling 7.1 BW niet opgaat voorzover de verkrijger gebreken aanvoert die betrekking hebben op het aannemingsdeel van de overeenkomst.

68 O.a. RvA 16 augustus 2005, no. 26.202, RvA 8 oktober 2007, nr. 28.684, RvA 2 juni 2003, nr. 24.524, RvA 17 februari 2005, nr. 26.483, RvA 10 mei 2000, nr. 70.445, RvA 8 mei 2001, nr. 22.019, RvA 15 november 2002, nr. 22, 725, RvA

toepassing te zijn op het aannemingsgedeelte van de koop-/aannemingsovereenkomst⁶⁹, omdat het artikel immers deel uitmaakt van de Titel Koop.⁷⁰

Omdat de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is zo regelmatig bij de Raad aan de orde komt, wordt hij hier toch behandeld. In § 3.2.4.1 wordt eerst ingegaan op de vraag wat moet worden verstaan onder een gemengde overeenkomst, waarna in § 3.2.4.2 wordt behandeld welke rechtsregels van toepassing zijn als sprake is van een gemengde overeenkomst. In § 3.2.4.3 wordt ingegaan op de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is.

3.2.4.1 Een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 BW

Op de vraag wat een gemengde overeenkomst is, geeft art. 6:215 BW in wezen geen antwoord: ‘Voldoet een overeenkomst aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten, dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens en voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.’ De Parlementaire Geschiedenis vermeldt niets over de uitleg van het artikel⁷¹, zodat voor een verdere invulling van het begrip beroep gedaan moet worden op de literatuur en de rechtspraak.

Hartkamp geeft eerst, in aansluiting op de omschrijving in de wet, aan dat het moet gaan om een overeenkomst die voldoet aan de omschrijving van twee of meer bijzondere overeenkomsten. Daarna geeft hij een aantal voorbeelden van situaties waarin géén sprake is van een gemengde overeenkomst. Van een gemengd contract is geen sprake als tegelijkertijd verschillende nauw met elkaar verband houdende overeenkomsten worden gesloten, die toch elk afzonderlijk een benoemde overeenkomst vormen.⁷² Van een dergelijk contract kan volgens Asser/Hartkamp sprake zijn indien een huis in aanbouw wordt gekocht met de afspraak dat de aannemer het huis afbouwt. Volgens Hartkamp hangt het in dat geval af van de contractuele voorwaarden of sprake is van een gemengde overeenkomst of niet.⁷³

29 april 2003, nr. 23.996, RvA 30 september 2004, nr. 24.859, RvA 11 september 2008, nr. 28.536. Zie ook RvA 24 januari 2006, nr. 26.771 en RvA 1 september 2008, nr. 29.265 (verkrijger deed in deze laatste twee geschillen een beroep op art. 7:23 BW),

69 De Titel Koop is wel van toepassing op het koop-gedeelte (de grond), zie o.a. RvA 9 november 2004, nr. 24.915.

70 Dierix is juist van mening dat alleen de Titel Koop van belang is voor de koop-/aannemingsovereenkomst omdat volgens haar de koop-/aannemingsovereenkomst naar haar aard een koopovereenkomst is, Dierix 2008, p. 56-57.

71 De PG vermeldt slechts dat uit het oogpunt van overzichtelijkheid en begrijpelijkheid het aanvankelijk uit twee leden bestaande artikel is veranderd in een artikel bestaand uit één geheel. Reehuis & Slob 1991, p. 1431.

72 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 48.

73 Ibid.

Ook is geen sprake van een gemengde overeenkomst indien de overeenkomst niet geheel beantwoordt aan de omschrijving van twee of meer benoemde overeenkomsten of wanneer een bepaald contractstype domineert en een aan een ander contractstype ontleend element daaraan ondergeschikt is.⁷⁴

Kortmann meent dat de door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten in de praktijk zelden in volmaakt zuivere vorm voorkomen en dat niet steeds een gemengde overeenkomst moet worden aangenomen indien een overeenkomst ook trekken van een ander type overeenkomst vertoont.⁷⁵ Hij is ook van mening dat indien aspecten uit beide overeenkomsten behoren tot de hoofdverplichtingen, er sprake is van een gemengde overeenkomst.⁷⁶ Ook Van Schaick spreekt van een gemengde overeenkomst als er sprake is van het creëren van meer hoofdverplichtingen die onder verschillende bepalingen vallen.⁷⁷

In het kader van de arbeidsovereenkomst is Verhulp van mening dat indien een complex van bedingen in twee contracten uiteenvalt art. 6:215 BW toepassing zou missen.⁷⁸ Op ieder deel is dan de afzonderlijke regelgeving van toepassing. Van een gemengde overeenkomst is volgens Verhulp nog geen sprake indien twee overeenkomsten in één akte staan of op dezelfde dag zijn gesloten, ook al bestaat er een relatie tussen de beide overeenkomsten.⁷⁹

3.2.4.2 Toepasselijke rechtsregels bij een gemengde overeenkomst

Als sprake is van een gemengde overeenkomst ‘dan zijn de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst van toepassing, behoudens ...etc.’, aldus art. 6:215 BW. Welke bepalingen op het gemengde contract van toepassing zijn, is niet eenvoudig te zeggen. Bijna steeds moet een keuze worden gemaakt tussen twee of meer op het gemengde contract toepasselijke rechtsregels omdat de verschillende wetsbepalingen meestal tot onderlinge verschillen zullen leiden.⁸⁰ Er zijn verschillende antwoorden in omloop.

74 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 48. Maijer meent in het kader van de vennootschaps- en lastgevingsovereenkomst dat één van de twee overeenkomsten, nl. de vennootschapsovereenkomst overheerst en dat in dat geval dus geen sprake is van een gemengde overeenkomst, Asser/Maeijer 5-V, nr. 88. Wessels meent aan de hand van een arrest van de Hoge Raad dat niet strikt voldaan hoeft te worden aan de eis van geheel voldoen aan de omschrijving van twee of meer bijzondere overeenkomsten. Ook bij een overeenkomst die niet geheel aan de omschrijving voldoet, kan art. 6:215 BW worden toegepast. Wessels 1993, p. 9. Hij baseert zich hierbij op HR 22 januari 1993, RvdW 1993, 37.

75 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994 nr. 132.

76 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994 nr. 132.

77 Asser/Van Schaick 5-IV 2004, nrs 123 en 124, Van Schaick behandelt dit onderwerp in het kader van de bewaarnemingsovereenkomst.

78 Verhulp 2003 T&C BW, p. 2675.

79 Verhulp 2003 T&C BW, p. 2675.

80 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 49.

Volgens de cumulatietheorie moeten in beginsel de regels van al de contracten die vertegenwoordigd zijn naast elkaar worden toegepast.⁸¹ Dit lijkt, gezien de in art. 6:215 gehanteerde woorden ‘naast elkaar’ de meest logische oplossing.⁸² Volgens Hijma kan, in zoverre de bepalingen niet verenigbaar blijken, in het licht van de concrete rechtsvraag tussen de concurrerende koop- en aannemingsregels worden gekozen.⁸³

Castermans en Krans merken op dat de wetgever de betrekkelijke waarde van art. 6:215 BW heeft benadrukt en dat de eerste zin van art. 6:215 BW, wijzend op cumulatie, niet meer is dan een eerste aanwijzing.⁸⁴ Dit houdt in dat per geval moet worden beoordeeld welke regel heeft te gelden, cumulatie (de hoofdregel: regels zijn naast elkaar geldig) of alternativiteit (regel is geldig afhankelijk van de keuze van de rechtsgrond). Een derde mogelijkheid is exclusiviteit (één van de regels overheerst de andere).⁸⁵ Het artikel is volgens Castermans en Krans zo ruim geschreven, dat veel ruimte lijkt te bestaan voor het aannemen van exclusiviteit. Maar deze ruimte is er niet volgens hen. Ook Snijders is die mening toegegaan.⁸⁶ De gedachte achter samenloop is volgens hem dat iedere rechtsregel zoveel mogelijk tot zijn recht dient te komen en dat er dus deugdelijke argumenten dienen te worden aangevoerd, wil men tot de conclusie komen dat het toepassingsbereik van de ene rechtsregel door de andere wordt ingeperkt. Hij noemt de drie samenloopregels van cumulatie, alternativiteit en exclusiviteit slechts vuistregels.⁸⁷

Hartkamp noemt verder aan theorieën o.a. de absorptietheorie voor die gevallen waarin sprake is van één overheersend contractstype, waarbij de rechtsregels van het overheersende contract van toepassing zijn.⁸⁸ Voorts noemt Hartkamp de sui-generistheorie. Deze theorie beschouwt het gemengde contract als een onbenoemd contract, dat in beginsel slechts onderworpen is aan de algemene voor alle overeenkomsten geldende normen, terwijl de voor benoemde contracten geldende wetsbepalingen eventueel voor analogische toepassing in aanmerking komen.

Hartkamp meent terecht dat alle theorieën op bezwaren stuiten en dat de vraag of een bepaald wetsvoorschrift toepasselijk is in elk concreet geval moet worden beantwoord aan de hand van de strekking van dat voorschrift in verband met de aard van de overeenkomst.⁸⁹

81 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 49.

82 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 50.

83 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 18. Zie ook: Rechtbank Arnhem 9 april 2008, LJN: BC9925.

84 Castermans & Krans 2003, p. 106.

85 Zie ook Snijders 1973, p. 454.

86 Snijders 1973, p. 454.

87 Snijders 1973, p. 454. In dezelfde zin Reehuis & Slob, De invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW, p. 1432.

88 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 49.

89 Ibid.

Ondanks de genoemde bezwaren lijkt het toepassen van de cumulatietheorie op gemengde overeenkomsten het meest voor de hand te liggen. De in aanmerking komende bepalingen zijn alle van toepassing op de gehele overeenkomst tenzij er een goede reden is om ze buiten toepassing te laten, aldus de wettekst.⁹⁰ In dat geval moet tussen de concurrerende koop- en aannemingsregels worden gekozen.⁹¹

3.2.4.3 De koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst?

De vraag is nu of de model koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is en wat de gevolgen zijn van deze kwalificatie. De wet en de door Hartkamp⁹² en Kortmann⁹³ gegeven omschrijvingen lijken in de richting te wijzen van een gemengde overeenkomst. De koop-/aannemingsovereenkomst voldoet aan de omschrijving van twee of meer bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming.⁹⁴ Er is geen sprake van een contractstype dat domineert of een aan een ander contractstype ontleend element dat daaraan ondergeschikt is.⁹⁵ Tot de hoofdverplichtingen behoren aspecten uit beide overeenkomsten: zowel de koop of levering van de grond als de bouw van de woning (aanneming) zijn aan te merken als hoofdverplichtingen.⁹⁶ Dit alles wijst in de richting van een gemengde overeenkomst.⁹⁷

Hartkamp geeft de aankoop van een huis in aanbouw echter als voorbeeld van een overeenkomst waarbij het van de contractuele bepalingen af zal hangen of dit een gemengde overeenkomst is, of van een overeenkomst bestaande uit twee zelfstandige overeenkomsten; koop van een gedeeltelijk gebouwd huis en een aannemingsovereenkomst tot afbouw van de woning.

Hijma gaat dieper in op de vraag hoe een combinatie van een koop- en aannemingsovereenkomst moet worden getypeerd. Hij spreekt in dat geval steeds van twee gekoppelde contracten⁹⁸ of van 'splitsbare gevallen':⁹⁹ koop van de grond en aanneming van de opstal.¹⁰⁰ Hij meent dat van een minder duidelijke situatie sprake is als de te leveren zaak nog door de leverancier moet worden vervaardigd.

90 Reehuis & Slob 1991, p. 1432.

91 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 18 en ook Rechtbank Arnhem 9 april 2008, LJN: BC9925.

92 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 48.

93 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 132

94 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 48.

95 Zoals genoemd in Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 48.

96 Zoals genoemd in: Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 132 en ook Asser/Van Schaick 5-IV 2004, nr. 123 en 124, in het kader van de bewaarnemingsovereenkomst

97 Zie ook Rechtbank Arnhem 9 april 2008, LJN: BC9925 waarin een gemengd contract werd aangenomen met betrekking tot de koop en aanneming van een op maat gemaakte droger.

98 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 17.

99 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 18.

100 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 17.

In dat geval zijn vier oplossingen denkbaar: koop van een (toekomstige) zaak, aanneming van werk, een gemengd contract of een contract sui generis.¹⁰¹ Onder de model koop-/aannemingsovereenkomst speelt deze complexiteit echter niet nu duidelijk is dat de koop-/aannemingsovereenkomst bestaat uit een deel koop en een deel aanneming van werk.

Concreter in het oordeel over de koop-/aannemingsovereenkomst zijn andere schrijvers: In hun artikel over gemengde overeenkomsten noemen Castermans en Krans¹⁰² als voorbeeld van een gemengde overeenkomst de koopovereenkomst die ook een aannemingsovereenkomst is.¹⁰³

Vermeij noemt de koop-/aannemingsovereenkomst een overeenkomst met een samengesteld karakter en geen gemengde overeenkomst.¹⁰⁴ Van der Boom stelt dat de koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is maar een gekoppelde overeenkomst.¹⁰⁵

Dierikx is van mening dat de koop-/aannemingsovereenkomst naar haar aard een koopovereenkomst is, omdat (samengevat) de zaak economisch vervangbaar is en de verkrijger geen substantiële invloed heeft op de uitvoering van het werk.¹⁰⁶ Zij is dan ook van mening dat slechts de Titel Koop op de koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing is.¹⁰⁷

Een aanwijzing voor het karakter van de model koop-/aannemingsovereenkomst kan worden gevonden in de omstandigheden waarin de overeenkomst wordt gebruikt. De situaties waarin de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden meestal worden gebruikt, wijzen namelijk in de richting van een gemengde overeenkomst. De koop van de grond en de aanneming van werk vormen een onlosmakelijk geheel. Niet alleen kunnen verkrijgers de grond niet zonder de aanneming van de woning kopen, ook kunnen zij de aanneming van werk niet op een ander perceel laten verrichten. De koop en aanneming zijn een 'package deal' en vormen een onlosmakelijk geheel. Omdat onder de model koop-/aannemingsovereenkomst de koop niet zonder de aanneming en de aanneming niet zonder de koop zal plaatsvinden wijst het er op dat de model koop-/aannemingsovereenkomst toch een gemengde overeenkomst is in de zin van art. 6:215 BW.

Als de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is, is de vraag welke bepalingen uit de titels koop en aanneming op de (gehele) overeenkomst van toepassing zijn. In beginsel zijn de bepalingen van beide afdelingen op de overeenkomst van toepassing, aldus art. 6: 215 BW. Dit lijkt slechts uitzondering indien er bepalingen in de Titel Koop of de Titel Aanneming zijn die

101 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 18.

102 Castermans & Krans 2003, p. 104 e.v.

103 Castermans & Krans 2003, p. 104.

104 Vermeij 2006, p. 612

105 Van der Boom 1990, p. 58.

106 Dierikx 2008, p. 56-57.

107 Dierikx 2008, p. 57.

niet wel-verenigbaar zijn met elkaar of waarvan de strekking zich in verband met de aard van de overeenkomst verzet tegen toepassing. In dat geval moet namelijk gekozen worden tussen die bepalingen. De kans dat sprake is van strijdige bepalingen is met de invoering van Titel 7.12 en aanvullingen van Titel 7.1 in september 2003 afgenomen. De verschillen tussen beide titels is toen kleiner geworden.¹⁰⁸ Dit neemt niet weg dat nog steeds een kleine kans aanwezig is dat verschillen kunnen leiden tot onverenigbaarheid, zo kent de Titel Aanneming van werk een opzeggingsbevoegdheid in art. 7:764 BW, die de afdeling koop niet kent. Toch is, zoals uit de inleiding al bleek, de relevantie hiervan voor de model koop-/aannemingsovereenkomst niet groot nu dit model vrijwel altijd het BW als aanvullend recht heeft uitgesloten. De consequentie van deze opvatting voor het onderhavige onderzoek wordt dan ook getrokken: de verschillen worden, gezien de geringe relevantie, niet verder onderzocht. Volstaan wordt met de opmerking dat bij onverenigbaarheid van bepalingen een keuze moet worden gemaakt. Het ligt voor de hand dat die rechtsregel wordt gekozen die in de concrete omstandigheden het best aansluit bij die situatie.

3.3 INHOUD VAN DE OVEREENKOMST

In deze paragraaf komt de inhoud van de overeenkomst aan de orde. De inhoud van de overeenkomst hangt nauw samen met het leerstuk van de uitleg van de overeenkomst. Verweven met de inhoud en uitleg is ook de rangorde tussen de verschillende contractstukken. De uitleg van de overeenkomst en de rangorde van verschillende contractstukken komen aan bod hoofdstuk 5. In deze paragraaf wordt kort weergegeven waaruit de rechtsverhouding van partijen bestaat of kan bestaan.

Allereerst wordt ingegaan op een aantal contractstukken die altijd deel uitmaken van de overeenkomst: de koop-/aannemingsovereenkomst (§ 3.1) en de algemene voorwaarden (§ 3.2). Daarna wordt stilgestaan bij de GIW Garantie- en Waarborgregeling (in § 3.3), en worden enkele andere stukken toegelicht die een rol spelen in de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger die door o.a. ondertekenen of verwijzen deel van de overeenkomst worden (§ 3.4). Vervolgens wordt in §3.5 ingegaan op de mogelijkheid of onmogelijkheid (straffeloos) af te wijken van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden.

3.3.1 De koop-/aannemingsovereenkomst

De koop-/aannemingsovereenkomst vormt de kern van de overeenkomst. Hierin worden de koop van de grond, de bouw van de woning en de prijs die daarvoor betaald dient te worden, geregeld. In de aanhef wordt eerst aangegeven welke partijen de overeenkomst sluiten.¹⁰⁹ Vervolgens wordt onder I de koop van het

108 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 17.

109 Aanhef koop-/aannemingsovereenkomst:

Ondergetekenden:hierna te noemen 'de ondernemer', ingeschreven bij

stuk grond omschreven. Onder II wordt aangegeven op basis van welke ontwerpen de woning wordt gebouwd en onder III wordt de totale koop-/aanneemsom weergegeven.¹¹⁰ In veertien artikelen die volgen na de aanhef legt de koop-/aannemingsovereenkomst de verplichtingen van partijen en de voorwaarden waaronder de overeenkomst wordt gesloten vast. Beide partijen dienen de overeenkomst te tekenen.

3.3.2 De algemene voorwaarden

De algemene voorwaarden behorend bij de koop-/aannemingsovereenkomst bestaan uit 23 artikelen. Hierin worden de verplichtingen en voorwaarden verder uitgewerkt. In de algemene voorwaarden zijn belangrijke onderwerpen geregeld zoals wijzigingen en meerwerk, werkbare werkdagen en oplevering.

Op verschillende plaatsen in de koop-/aannemingsovereenkomst wordt naar de algemene voorwaarden verwezen en/of worden ze toepasselijk verklaard. De eerste verwijzing staat in de aanhef van de koop-/aannemingsovereenkomst.¹¹¹ Vervolgens wordt in art. 2 KA¹¹² verwezen naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Hierin staat dat de ondernemer verklaart op de datum van ondertekening de overeenkomst, de algemene voorwaarden en de GIW Garantie- en waarborgregeling ter hand gesteld te hebben gekregen.¹¹³ Daarnaast verklaart art.

het GIW via (Aangesloten Organisatie); enhierna te noemen ‘de verkrijger’, zijn per..... overeengekomen als volgt:

- I. De ondernemer verkoopt aan de verkrijger, die koopt van de ondernemer: een perceel/de percelen grond ter grootte van circa overeenkomstig de bij..... notaris gedeponeerde situatietekening aangeduid met het/de bouwnummer(s) gelegen met de - voor zover aanwezig - daarop in aanbouw zijnde opstallen, kadastraal bekend. Bij deze aanvaardt de verkrijger uitdrukkelijk de lasten en beperkingen omschreven in een bij deze overeenkomst behorende en aan deze akte gehechte door partijen ondertekende bijlage.
 - II. De verkrijger geeft opdracht en de ondernemer neemt aan conform de betreffende technische omschrijving en tekening(en) en voor zover aanwezige staten van wijziging, al welke tot deze overeenkomst behoren en door beide partijen zijn gewaarmerkt, op boven omschreven grond, de daarop geprojecteerde/in aanbouw zijnde opstal(len) (af) te bouwen naar de eis van goed en deugdelijk werk, met inachtneming van de voorschriften van overheid en nutsbedrijven.
 - III. De totale koop-/aanneemsom bedraagt (enz.).
- 110 De koop-/aanneemsom wordt daarbij onderverdeeld in een bedrag voor de grond, een bedrag voor het bouwen van de woning, en een bedrag aan rentes en vergoedingen die de verkrijger moet betalen (meer hierover in hoofdstuk 7).
- 111 Bij deze koop-/aannemingsovereenkomst horen:
- algemene voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld door het GIW in augustus 2003;
 - algemene toelichting bij de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld door het GIW in augustus 2003.
- 112 In de versie van 2003 was dit art. 1a KA.
- 113 Art. 2 KA: De verkrijger verklaart dat op de datum van ondertekening door hem van deze overeenkomst deze ook daadwerkelijk aan hem ter hand is gesteld, inclusief de daarbij behorende algemene voorwaarden, algemene toelichting en de toepas-

15 KA¹¹⁴ in het eerste lid uitdrukkelijk de algemene voorwaarden van toepassing op de overeenkomst.¹¹⁵ Aan het einde van de overeenkomst verklaart de verkrijger in de koop-/aannemingsovereenkomst, onder de plek waar hij de koop-/aannemingsovereenkomst tekent, dat hij de algemene voorwaarden heeft ontvangen.¹¹⁶ Hieronder moet hij opnieuw zijn handtekening zetten, ditmaal voor de ontvangst van de algemene voorwaarden.

3.3.2.1 Voorgedrukte van toepassingsverklaring

Willen algemene voorwaarden van toepassing zijn dan dient aan een aantal bepalingen uit het BW te zijn voldaan.¹¹⁷ In het kader van dit onderzoek voert het te ver om uitgebreid in te gaan op alle aspecten van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in zijn algemeenheid. De praktijk wijst uit dat zich bij gebruik van de koop-/aannemingsovereenkomst niet of nauwelijks problemen voordoen als het gaat om dit onderwerp.

Eén onderwerp dient echter, in het kader van de praktijk van het toepasselijk verklaren van algemene voorwaarden bij de koop-/aannemingsovereenkomst, nader te worden toegelicht: het van toepassing verklaren van de algemene voorwaarden door middel van het ondertekenen van een voorgedrukt formulier.

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar indien de gebruiker (de ondernemer) de wederpartij (de verkrijger) niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om kennis te nemen van die voorwaarden. Wat wordt verstaan onder een redelijke mogelijkheid tot kennismaken wordt uitgewerkt in art. 6:234 BW.¹¹⁸ Van toepassing op de koop-/aannemingsovereenkomst is de onder a van het artikel genoemde wijze: de voorwaarden moeten aan de verkrijger ter hand zijn gesteld.

Onder het begrip ‘ter hand stellen’ wordt verstaan de feitelijke overhandiging van de algemene voorwaarden. Hieraan is voldaan als sprake is van feitelijk ter hand stellen. Dit kan indien partijen de overeenkomst in elkaars aanwezigheid aangaan, door het meesturen of faxen van de algemene voorwaarden bij de offerte

selijke GIW garantie- en waarborgregeling. Gedurende één kalenderweek na deze terhandstelling heeft de verkrijger het recht de koop-/aannemingsovereenkomst te ontbinden (bedenktijd). Als de datum van ontbinding geldt de datum waarop de verkrijger de ontbindingsverklaring heeft uitgebracht.

114 In de versie van 2003 was dit art. 14 KA.

115 **Art. 15 KA: Op de koop-/aannemingsovereenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld door het GIW in augustus 2003.**

116 ‘De verkrijger verklaart een afschrift te hebben ontvangen van: 1. de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld door het GIW in augustus 2003;’

117 De Richtlijn Oneerlijke bedingen waarop de wettelijke regeling omtrent algemene voorwaarden (deels) is gebaseerd regelt niets op dit punt.

118 Art. 6:234 lid 1 onder a BW: De gebruiker heeft aan de wederpartij de in art. 233 onder b bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij a. hetzij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld.

of overeenkomst óf door overhandigen of meesturen van een brief met op de achterzijde daarvan de algemene voorwaarden.¹¹⁹

Het *bewijs* dat algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld, kan problematisch zijn. Als partijen twisten over de vraag of algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld of niet, is het aan de gebruiker aan te tonen dat terhandstelling tijdig heeft plaatsgevonden.¹²⁰ Het bewijs is in de meeste gevallen geleverd indien de wederpartij zelf schriftelijk heeft verklaard, bijvoorbeeld bij offerte bevestiging, dat hij de algemene voorwaarden in goede orde heeft ontvangen.¹²¹ Het staat de wederpartij uiteraard wel vrij tegenbewijs te leveren. Een schriftelijke verklaring waarin wordt verklaard dat de algemene voorwaarden zijn ontvangen, wordt ook gebruikt in de koop-/aannemingsovereenkomst zoals hierboven omschreven. De verklaring wordt gegeven aan het einde van de koop-/aannemingsovereenkomst in art. 15 KA én in art. 2 KA¹²² en de verkrijger dient bij deze verklaring (extra) zijn handtekening te zetten.

Het Hof Arnhem¹²³ oordeelde dat een voorgedrukte tekst afkomstig van de gebruiker van de algemene voorwaarden, waarin de koper verklaart dat hij de algemene voorwaarden heeft ontvangen en *de ondertekening van het document als voldoende bewijs voor die ontvangst geldt*, gekwalificeerd dient te worden als een onredelijk bezwarend beding in de zin van de wet (art 6:236 onder k BW¹²⁴) en dus vernietigbaar is. Het gaat dan namelijk om een beding waarbij iets wordt afgesproken over bewijs (in dit geval: bewijs van het ontvangen hebben van de algemene voorwaarden). Dergelijke bedingen, afkomstig van de gebruiker van de algemene voorwaarden, worden geacht onredelijk bezwarend te zijn. Het Hof heeft die regel onverkort van toepassing geacht.

In de koop-/aannemingsovereenkomst is dan wel sprake van het tekenen voor ontvangst van de algemene voorwaarden, er is echter niets gesteld over het bewijs van ter hand stellen dat geleverd zou zijn door ondertekening. De bewijspositie van de verkrijger wordt dan ook niet aangetast en er is om die reden dan ook geen sprake van een onredelijk bezwarend beding. De verkrijger kan daarom ondanks

119 Zie ook Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 335a.

120 HR 11 juli 2008, NJ 2008, 416.

121 Zie b.v. HR 28 januari 2005, RvdW 2005, 23, HR 21 september 2007, NJ 2009, 50.

122 Art. 1a KA versie 2003.

123 Hof Arnhem 3 februari 1998, NJ 2002/246.

124 Art. 6:236 aanhef en onder k BW: Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding k). dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend.

zijn handtekening altijd nog aanvoeren dat hij de algemene voorwaarden niet heeft ontvangen. Hij zal dan bijv. wel getuigen moeten kunnen laten horen die kunnen verklaren dat hij, ondanks ondertekening, nooit algemene voorwaarden heeft gekregen. Dit is een zeer lastige situatie voor de verkrijger. Anderzijds, hij had niet moeten tekenen voor ontvangst als hij niets ontvangen heeft.¹²⁵

Dit probleem doet zich bij de koop-/aannemingsovereenkomst niet snel voor aangezien de algemene voorwaarden tot 2007 doorgaans in boekvorm, dus bij elkaar gebonden, werden aangeboden. Sinds 2007 worden de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden los van elkaar aangeboden; de GIW-garantie- en waarborgregeling zijn voorts apart in een boekwerkje opgenomen. In de praktijk blijken zich nauwelijks problemen voor te doen met betrekking tot de vraag of de voorwaarden al dan niet zijn ontvangen.¹²⁶

3.3.2.2 Algemene voorwaarden en de Principles

Ook de Principles kennen bepalingen aangaande algemene voorwaarden of ‘niet afzonderlijk onderhandelde bedingen,’ zoals ze daar genoemd worden. Er is zowel een artikel dat de toepasselijkheid zonder inhoudelijke toets behandelt, vergelijkbaar met het BW, als een artikel dat de voorwaarden inhoudelijk toetst, zoals zowel in de Richtlijn oneerlijke bedingen als in het BW gebeurt.¹²⁷

Over de toepasselijkheid gaat art. 2:104 PECL. Volgens dit artikel dienen niet afzonderlijk onderhandelde voorwaarden onder de aandacht van de wederpartij te worden gebracht. Dit artikel is vergelijkbaar met art. 6:232 BW waarin als vereiste voor de toepasselijkheid van de voorwaarden wordt gesteld dat een redelijke mogelijkheid moet zijn geboden kennis te nemen van de voorwaarden. Ingevolge art. 6:234 BW zijn voorwaarden vernietigbaar als niet de redelijke mogelijkheid is geboden kennis te nemen van de artikelen. In art. 2:104 PECL is opgenomen dat als niet is voldaan aan de daar genoemde condities de gebruiker van die voorwaarden deze voorwaarden niet mag inroepen.¹²⁸

125 Vergelijkbaar oordeelde de Raad in RvA 2 oktober 2001, nr. 22.615 waar arbiter opmerkte dat op het moment dat iemand voor ontvangst tekent, ook verwacht mag worden dat hij de stukken heeft ontvangen.

126 Van dergelijke gevallen is geen jurisprudentie bekend.

127 De Richtlijn Oneerlijke bedingen geeft geen voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om algemene voorwaarden van toepassing te kunnen verklaren op een overeenkomst. De Richtlijn handelt slechts over oneerlijke bedingen opgenomen in algemene voorwaarden die reeds (volgens nationaal recht) onderdeel zijn van die overeenkomst.

128 Naast art. 2:104 PECL gaat ook art. 4:110 PECL over niet afzonderlijk onderhandelde bedingen. Art. 4:110 PECL gaat over het nietig verklaren van niet afzonderlijk onderhandelde voorwaarden als deze voorwaarden een duidelijke onbalans in de verplichtingen van partijen veroorzaakt. Of sprake is van een onbalans is een inhoudelijke toetsing van een beding en komt op deze plek niet aan de orde. De vraag of een gebruiker de voorwaarden mag inroepen, en dus of de voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst is van zeer praktische aard en wordt hier wel behandeld.

Art. 2:104 PECL

(1) Op bepalingen van een overeenkomst die niet afzonderlijk zijn onderhandeld, kan een partij tegen een andere partij die deze niet kende slechts een beroep doen indien zij redelijke maatregelen heeft genomen om ze vóór of bij het sluiten van de overeenkomst onder de aandacht van de andere partij te brengen.

(2) Een bepaling wordt niet passend onder de aandacht van een partij gebracht door loutere verwijzing ernaar in een contractueel stuk, zelfs niet indien die partij het stuk ondertekent.

Een aantal aspecten van art. 2:104 PECL is in het kader van de koop-/aannemings-overeenkomst en de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van belang. Allereerst gaat het artikel over niet afzonderlijk onderhandelde voorwaarden. In § 3.2.3 van dit hoofdstuk werd al duidelijk dat van dergelijke voorwaarden of bedingen sprake is bij zowel de koop-/aannemingsovereenkomst als de algemene voorwaarden.¹²⁹ Daarnaast dienen deze voorwaarden voor het sluiten van de overeenkomst onder de aandacht van de verkrijger te worden gebracht, wil de gebruiker deze voorwaarden kunnen invoeren. Het artikel spreekt van het niet kunnen invoeren van de voorwaarden. Art. 6:233 BW spreekt van vernietigbaarheid.

Van groot belang voor de uitleg van het artikel is de vraag wat moet worden verstaan onder ‘onder de aandacht brengen.’ De toelichting op het artikel stelt dat hieraan is voldaan als de gebruiker voldoende stappen heeft ondernomen om de voorwaarden onder de aandacht te brengen. Hiervan is o.a. sprake als de voorwaarden onderdeel uitmaken van de overeenkomst zelf.¹³⁰ Onvoldoende is het tekenen van een clause waarin wordt verwezen naar de algemene voorwaarden of slechts een verwijzing zonder ondertekenen.¹³¹ In de koop-/aannemingsovereenkomst wordt zoals hierboven omschreven op verschillende plaatsen verwezen naar de algemene voorwaarden en wordt ook getekend voor ontvangst.¹³² Als de voorwaarden en de koop-/aannemingsovereenkomst niet in één (gebonden) boekje worden aangeleverd en ondertekend, is dit verwijzen en tekenen volgens de PECL dus onvoldoende voor toepasselijkheid. Als niet is voldaan aan de hierboven omschreven vereisten, worden de voorwaarden geen deel van de overeenkomst en wordt het contract beoordeeld zonder de algemene voorwaarden.¹³³

3.3.3 De Garantie- en Waarborgregeling

In bijna alle gevallen waarin de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden worden gebruikt, is ook de GIW Garantie- en Waarborgregeling op de overeenkomst van toepassing. Om de Garantie- en Waarborgregeling op

129 Schrama is van mening dat er wel een verschil is in reikwijdte tussen de PECL en de wettelijke regeling: Schrama 2002, p. 88. Dit verschil zit hem volgens haar in de (beperkttere) term ‘algemene voorwaarden’ in het BW en de (bredere) term ‘niet individueel onderhandeld’ in de PECL.

130 Lando & Beale 2000, p. 149.

131 Ibid.

132 In § 3.2.3 van dit hoofdstuk.

133 Lando & Beale 2000, p. 150.

de overeenkomst van toepassing te verklaren wordt op verschillende plaatsen in de koop-/aannemingsovereenkomst verwezen naar de regeling of wordt de regeling van toepassing verklaard. Dit gebeurt allereerst in art. 2 KA (2007).¹³⁴

In art. 9 KA¹³⁵ verklaart de ondernemer dat de woning deel uitmaakt van een door het GIW geregistreerd project en vermeldt daarbij het registratienummer van de woning. In het tweede lid van art. 15 KA wordt de van toepassing zijnde Garantie- en Waarborgregeling nader aangeduid. Hier wordt het nummer van de toepasselijke versie weergegeven.¹³⁶ Vervolgens verklaart de verkrijger in hetzelfde artikel dat o.a. de GIW Garantie- en Waarborgregeling op de overeenkomst van toepassing is. Ook in dit artikel wordt de toepasselijke versie genoemd.¹³⁷ En tot slot tekent de verkrijger onder de plaats waar hij de koop-/aannemingsovereenkomst ondertekent nogmaals voor de ontvangst van (o.a.) de GIW Garantie- en waarborgregeling.¹³⁸

134 art. 1a KA in de versie van 2003. Art. 2 KA (2007): De verkrijger verklaart dat op de datum van ondertekening door hem van deze overeenkomst deze ook daadwerkelijk aan hem ter hand is gesteld, inclusief de daarbij behorende algemene voorwaarden, algemene toelichting en de toepasselijke GIW garantie- en waarborgregeling. Gedurende één kalenderweek na deze terhandstelling heeft de verkrijger het recht de koop-/aannemingsovereenkomst te ontbinden (bedenktijd). Als de datum van ontbinding geldt de datum waarop de verkrijger de ontbindingsverklaring heeft uitgebracht.

135 In de versie van 2003 was dit geregeld in art. 8 KA .

136 Art. 9 KA (2007):

1. De ondernemer verklaart dat de woning, dat het onderwerp is van deze overeenkomst, deel uitmaakt van een door het GIW geregistreerd project en door deze instelling is ingeschreven onder registratienummer ... en verbindt zich tegenover de verkrijger ter zake van deze woning de verplichtingen uit de Garantie- en Waarborgregeling van deze instelling te zullen nakomen.

2. De ondernemer verplicht zich tegenover de verkrijger om overeenkomstig de toepasselijke Garantie- en waarborgregeling terstond doch uiterlijk binnen twee weken na ontvangst van de door de verkrijger ondertekende akte het schriftelijk verzoek te doen tot afgifte van een waarborgcertificaat aan de verkrijger.

137 Art. 15 KA (2007):

1. Op de koop-/aannemingsovereenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld door het GIW in augustus 2003.

2. Waar in deze overeenkomst en de daarin van toepassing verklaarde algemene voorwaarden gesproken wordt van Garantie- en waarborgregeling, wordt gelezen: GIW Garantie- en Waarborgregeling Eengezinshuizen E.2003.

138 De verkrijger verklaart een afschrift te hebben ontvangen van:

1. de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld door het GIW in augustus 2003;

2. de GIW Garantie- en Waarborgregeling Eengezinshuizen E.2003 en de bijbehorende Bijlage A, versie 01-01-2003, en

3. de Algemene Toelichting bij de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen en bijbehorende algemene voorwaarden, vastgesteld door het GIW in augustus 2003.

Bij de Garantie- en Waarborgregeling kunnen voor de toepasselijkheid ervan dezelfde vragen gesteld worden als in geval van de hierboven omschreven algemene voorwaarden. Ook hier geldt dat voor de toepasselijkheid en de ontvangst van de Garantie- en Waarborgregeling wordt getekend door de verkrijger en dat de Garantie- en Waarborgregeling in hetzelfde boekje wordt meegeleverd als de algemene voorwaarden. Tevens krijgt de verkrijger als bewijs voor de in de GIW Garantie- en Waarborgregeling afgegeven waarborg het waarborgcertificaat. De verkrijger heeft recht op dit waarborgcertificaat indien de ondernemer bij het GIW is ingeschreven en de bouw van de woning is geaccepteerd door één van de aangesloten organisaties. Het certificaat wordt dan verstrekt door de verzekeringsinstelling. Wanneer art. 9 KA is opgenomen in de overeenkomst is sprake van een woning met GIW waarborg en -garantie en heeft de verkrijger recht op het certificaat.¹³⁹

3.3.4 Andere contractstukken

Naast de koop-/aannemingsovereenkomst, de algemene voorwaarden en de Garantie- en Waarborgregeling kunnen nog meer stukken of documenten deel uitmaken van de overeenkomst. Aan deze stukken kunnen dan, ingeval daadwerkelijk sprake is van contractstukken, rechten worden ontleend. Een vraag die zich in de praktijk regelmatig voordoet, is welke van die stukken nu tot de contractstukken behoren.

In het kader van de verkoop van nieuwbouwwoningen worden (potentiële) verkrijgers vaak overspoeld met folders, brochures en prospectussen die plattegronden bevatten, tekeningen van de woning, situatieschetsen, bouwnummers, typen en prijzen en meer- en minderwerk keuzeopties. De overeenkomst noch de algemene voorwaarden geven aan welke betekenis gehecht moet worden aan al deze verschillende informatiebronnen. Het vinden van een juist antwoord op wat de status van deze stukken is, is van groot belang voor het vaststellen van de (omvang) van de rechten en verplichtingen van verkrijger en ondernemer. De vraag of sprake is van een gebrek en of er daadwerkelijk niet is geleverd wat is overeengekomen is uiteraard afhankelijk van de vraag wát is overeengekomen.

Aan de hand van jurisprudentie van de Raad is een antwoord te geven op de vraag of een document deel uitmaakt van de overeenkomst. Globaal zijn de volgende

139 Kort over de afgegeven waarborgen: De door het GIW afgegeven waarborg dekt twee belangrijke risico's af: de insolventiewaarborg en de gebrekenwaarborg. De insolventiewaarborg houdt in dat het GIW bij een tijdens de bouw voorkomend faillissement van de ondernemer er in beginsel zorg voor draagt dat het huis wordt afgebouwd. In dat geval loopt de verkrijger tot een bepaald bedrag geen financiële risico's. Indien het huis niet kan worden afgebouwd heeft de verkrijger tot een bepaald maximum recht op schadevergoeding. De 'gebrekenwaarborg' zorgt ervoor dat het GIW zorgt voor herstel van gebreken als de ondernemer, na een vonnis van het GIW daartoe, alsnog niet overgaat tot herstel. Ook waarborgt het GIW het herstel van gebreken die zich manifesteren terwijl de ondernemer door insolventie niet meer kan presteren.

hoofdbepalingen over de vraag of tekeningen, folders en ander extra materiaal deel uitmaken van de overeenkomst, op te maken uit de jurisprudentie. Documenten maken deel uit van de overeenkomst als:

- ernaar wordt verwezen in andere contractstukken;
- ze zijn ondertekend of geparafeerd;
- ze het enige materiaal zijn;
- de betreffende folder of tekening zeer gedetailleerd is.

In de volgende paragraaf worden deze onderwerpen behandeld.

3.3.4.1 Verwijzen

Wordt in de overeenkomst, de algemene voorwaarden of andere contractstukken verwezen naar tekeningen, technische omschrijvingen, brochures, folders, of staten van wijziging dan maken deze deel uit van de overeenkomst.¹⁴⁰ Ook kan door middel van een door een notaris gewaarmerkt formulier worden verwezen naar de stukken die deel uitmaken van de overeenkomst.

Bijna elke overeenkomst waarbij is gebruikgemaakt van de model koop-/aannemingsovereenkomst bevat een technische omschrijving met de (technische) specificaties van het gekochte.¹⁴¹ Zowel de afmetingen als de meer specifieke technische details en gebruiksmogelijkheden worden hierin weergegeven. Samen met de tekeningen vormen zij het complete bouwplan van het huis. Daarnaast is ook vaak onderdeel van de overeenkomst een (technische) tekening van de woning. De tekeningen bevatten in getekende vorm de uitvoering van het huis. Zij vormen de visuele aanvulling van de technische omschrijving omdat niet alle details in woorden zijn weer te geven zoals in de technische omschrijving gebeurt. Ze bevatten de opzet en plattegrond van het huis, de (oppervlakte)maten en andere details. Daarnaast wordt bijna altijd gebruikgemaakt van ‘staten van wijziging’. De staten van wijziging zijn één of meer lijsten met wijzigingen die tijdens de bouw zijn doorgevoerd. Deze lijsten liggen tijdens de bouw op de bouwplaats ter inzage zodat de verkrijgers kunnen zien welke wijzigingen zijn of worden doorgevoerd. Ingevolge art. 6 AV¹⁴² is de ondernemer gerechtigd tijdens de bouw van de woning wijzigingen in het bouwplan aan te brengen.¹⁴³ De wijzigingen die op de staten van wijziging staan, zijn onderdeel van de overeenkomst indien zij voldoen aan de vereisten van art. 6 AV.

In de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden wordt in verschillende artikelen verwezen naar de technische omschrijving, de tekeningen en

140 O.a. RvA 25 oktober 2005, nr. 25.931. A contrario: RvA 15 juni 2006, nr. 24.944 (r.o. 6.1 onder c).

141 Niet altijd zie o.a. RvA 2 mei 2003, nr. 24.359 waarin de ondernemer er niet in slaagde te bewijzen dat het bestek en de staten van wijzigingen bij verkrijger bekend waren en dus onderdeel waren van de overeenkomst.

142 In de versie van 2003 en 2007.

143 Meer over art. 6 AV en de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer in hoofdstuk 9.

de staten van wijziging. Zo worden ze onder II KA en art. 18 lid 2 AV¹⁴⁴ genoemd. Omdat er in de koop-/aannemingsovereenkomst naar deze stukken wordt verwezen zijn zij, voor zover zij zijn bijgevoegd bij de overeenkomst, altijd onderdeel van de overeenkomst. De stukken zijn dan te beschouwen als aanvaard door de wederpartij.¹⁴⁵

Wel moet duidelijk zijn om welke technische omschrijving en/of tekeningen het gaat. Als er maar één technische omschrijving is en vaststaat dat partijen deze zijn overeengekomen is er geen probleem. Als verwarring kan ontstaan over de vraag welke omschrijving de juiste is, dan wel over of de omschrijving wel is overeengekomen kan een nadere aanduiding van het stuk behulpzaam zijn.¹⁴⁶ Zo kan in de kop of titel van het document zijn opgenomen dat het gaat om de technische omschrijving behorend bij dat specifieke huis of type huis. Ook kunnen de stukken, om bewijsrechtelijke problemen te voorkomen, worden ondertekend of geparafeerd. Hierop wordt nader ingegaan in de volgende paragraaf.

3.3.4.2 Ondertekenen

Het ondertekenen of paraferen door beide partijen van tekeningen, omschrijvingen, brochures of folders of de technische omschrijving zorgt ervoor dat deze deel uitmaken van de overeenkomst.¹⁴⁷ Ook de transportakte wordt ondertekend door partijen en behoort derhalve ook tot de overeenkomst.¹⁴⁸

Documenten die vaak geparafeerd worden om er zeker van te zijn dat ze deel uitmaken van de overeenkomst zijn folders en verkoopbrochures. Veelal krijgen verkopers verschillende folders van het bouwproject in handen. Het kan dan gaan om folders van verschillende typen woningen of folders van het hele project. Het kan ook zijn dat van folders verschillende versies in omloop zijn.¹⁴⁹ In dat geval, maar eigenlijk altijd, verdient het daarom aanbeveling (de juiste) folders te paraferen.

Een contractsonderdeel dat soms apart wordt ondertekend of geparafeerd, wat als aanvullend artikel is opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst of algemene voorwaarden of waarnaar wordt verwezen is het anti-speculatiebeding. Ook errata moeten veelal ondertekend worden willen deze deel uitmaken van de overeenkomst.

144 In de overeenkomst van 2003 was dit geregeld in art. 16 AV.

145 Vergelijk ook art. 6:231 onder c BW, en ook Loos 2001b, p.11-12.

146 Zie o.a. RvA 20 juli 2006, nr. 27.831 waarin onvoldoende duidelijk werd verwezen.

147 Zie o.a. RvA 7 februari 2003, nr. 23.924 en RvA 25 januari 2005, nr. 26.219. In de Algemene Toelichting wordt partijen aangeraden de bijlagen bij de koop-/aannemingsovereenkomst te ondertekenen, zie p. 1 Algemene Toelichting Eengezinshuizen versie 2007.

148 Zie RvA 12 maart 2002, nr. 23.142 waarin in alleen de transportakte werd verwezen naar (uitvoering en het aanbrengen van) de beschoeiing van de waterkant en waaruit arbiter opmaakte dat dit ook tussen partijen was overeengekomen.

149 Zie bijv. RvA 20 juli 2006, nr. 27.831.

Uit jurisprudentie blijkt dat nogal eens verwarring bestaat over de vraag of een document nu is ondertekend en of wel wordt verwezen naar exact dát document of die folder.¹⁵⁰ Ook als documenten wel duidelijk zijn ondertekend of gewaarmerkt, kan nog worden getwist over de vraag wat de rechtskracht is. Zo werd in een geschil¹⁵¹ voor de Raad door de verkrijger ontkend dat hij een exemplaar van de technische omschrijving had ontvangen. Omdat er een waarmerkingsformulier voorhanden was waarop partijen uitdrukkelijk verklaarden een exemplaar van de technische omschrijving te hebben ontvangen was het aan de verkrijger aan te tonen dat dit niet zo was.¹⁵² Hij faalde hierin. Hij voerde nog aan dat hij als leek een huis kocht en daarom van hem niet mocht worden verwacht dat hij wist welke formulieren hij wel en niet had ontvangen en wat de inhoud van de stukken was. Terecht merkte arbiter op dat op het moment dat iemand voor ontvangst tekent, ook verwacht mag worden dat hij de stukken heeft ontvangen.

3.3.4.3 Enige materiaal of zeer gedetailleerd materiaal

Naast de hierboven genoemde wijze waarop een document deel kan uitmaken van de overeenkomst zijn er twee bijzondere gevallen waarbij zonder verwijzing, ondertekening of parafering toch sprake is van een contractstuk. De eerste situatie betreft de volgende: als ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de verkoopbrochure of een ander document het enige materiaal is dat aan de verkrijger is overhandigd, geldt dit ook als deel van de overeenkomst. De verkrijger kan dat namelijk zijn informatie slechts uit de brochure halen en baseert zijn beslissing de overeenkomst te sluiten slechts op die informatie, aldus de Raad van Arbitrage.¹⁵³

150 RvA 20 juli 2006, nr. 27.831: In een aan de koop-/aannemingsovereenkomst toegevoegd artikel werd aangegeven welke stukken deel uitmaakten van de overeenkomst. De stukken waren door de ondernemer gewaarmerkt en vervolgens gedeponereerd bij de in deze overeenkomst genoemde notaris. In de overeenkomst werd verwezen naar 'Verkoopdocumentatie (inclusief tekeningen, situatietekeningen en technische omschrijving) type M'. Bij verkrijgers rees twijfel over wat hieronder moest worden verstaan. Zij verzochten vervolgens de notaris om aan te geven of deze documentatie bestond uit twee brochures, namelijk één met het opschrift 'Wonen tussen stad en dorp' en één met het opschrift 'Woningtype M'. Aanvankelijk bevestigde de notaris dit om hier enkele dagen later per fax weer op terug te komen. Weliswaar waren beide brochures gedeponereerd maar uitsluitend de brochure 'Woningtype M' maakte deel uit van de gedeponereerde verkoopdocumentatie. De andere brochure betreft slechts een sfeerimpressie en heeft geen formele status. Uiteindelijk stelt arbiter dat de brochure 'blijkbaar voor veel verwarring heeft gezorgd' en destilleert zijn antwoord op de vraag of de ondernemer ook is tekortgeschoten in de nakoming (waar het geschil aanvankelijk om ging), uit een aantal andere contractstukken. Bovenstaand voorbeeld illustreert echter wel dat onduidelijk verwijzen voor veel verwarring kan zorgen.

151 RvA 2 oktober 2001, nr. 22.615.

152 Om welke vorm of soort waarmerkingsformulier het gaat wordt niet duidelijk uit de uitspraak.

153 RvA 13 februari 1992, nr. 15.262, BR 1992, p. 419: De Raad oordeelde dat nu de verkoopbrochure en het kopersbestek twee verschillende opties vermeld, de ver-

De tweede situatie waarbij een document deel van de overeenkomst kan gaan uitmaken zonder nadere ondertekening is die waarbij de verkoopbrochure of prospectus of een ander document zo gedetailleerd is dat deze de facto een uitvoerige algemene technische omschrijving bevat die goed weergeeft hoe de woning eruit komt te zien en welke voorzieningen aanwezig zullen zijn.¹⁵⁴ Zo kan het voorkomen dat de verkoopbrochure stellige en precieze of gedetailleerde informatie bevat omtrent bijv. bepaalde eigenschappen van het huis. Ook als deze omschrijvingen of informatie in de technische omschrijving niet terugkomen, kan de opdrachtgever toch vaak vertrouwen op de in de brochure gegeven informatie.¹⁵⁵

3.3.5 Afwijken van de overeenkomst

De koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden zijn ‘modellen.’ Partijen kunnen van deze modellen afwijken. De koop-/aannemingsovereenkomst bevat op dit punt een opvallende regeling. Indien partijen willen afwijken van de koop-/aannemingsovereenkomst zijn de artt. 12 KA Eengezinswoningen¹⁵⁶ en 14 KA Appartementen¹⁵⁷ van belang. Beide artikelen luiden exact hetzelfde, vanaf nu wordt slechts gesproken over art. 12 KA.¹⁵⁸

In art. 12 KA is opgenomen dat afwijkingen van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden ten nadele van de verkrijger, in beginsel nietig zijn:

Art. 12 KA

Afwijkingen van het in het hoofd van deze akte genoemde model van de koop-/aannemingsovereenkomst en van de daarin van toepassing verklaarde algemene voorwaarden, die ten nadele van de verkrijger zijn, zijn nietig behoudens voorafgaande uitdruk-

-
- koopbrochure als leidend moest worden beschouwd daar ten tijde van de verkoop van de woning alleen de verkoopfolder ter beschikking was gesteld. Vergelijkbaar: RvA 5 februari 1997, nr. 18.609, BR 1997, p. 1038. Of RvA 18 september 2001, nr. 21.140 en 21.043, RvA 9 december 1987, BR 1988, p. 154 (Waarover ook Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994 5-III, nr. 495.)
- 154 RvA 19 april 1984, nr. 10.889, BR 1984, p. 917.
- 155 RvA 19 april 1984, nr. 10.889, BR 1984, p. 917: de koop-/aannemingsovereenkomst was gesloten op basis van de verkoopfolder die zeer gedetailleerde informatie bevatte over de te realiseren geluidsnormen. De folder was deel van de overeenkomst, ook al werd hiernaar in de overeenkomst niet expliciet verwezen. Als een folder of prospectus zeer gedetailleerd is, zal aan omschrijvingen en mededelingen daarin waarde moeten worden gehecht.
- 156 Art. 11 KA Eengezinswoningen (2003).
- 157 Art. 13 KA Appartementen (2003).
- 158 Art. 12 KA Eengezinswoning/art. 14 KA Appartementen: Afwijkingen van het in het hoofd van deze akte genoemde model van de koop-/aannemingsovereenkomst en van de daarin van toepassing verklaarde algemene voorwaarden, die ten nadele van de verkrijger zijn, zijn nietig behoudens voorafgaande uitdrukkelijke toestemming verleend door of namens de waarborgende instelling als bedoeld in art. 8. Bij het ontbreken van deze toestemming geldt de oorspronkelijke in het model opgenomen bepaling.

kelijke toestemming verleend door of namens het GIW als bedoeld in artikel 9. Bij het ontbreken van deze toestemming geldt de oorspronkelijke in het model opgenomen bepaling.

Afwijkingen zijn niet nietig als voor de afwijking voorafgaand uitdrukkelijk toestemming is verleend door of namens de waarborgende instelling. Bij het ontbreken van deze toestemming is de wijziging nietig en geldt de oorspronkelijk in het model opgenomen bepaling. Uit de tekst van art. 12 KA lijkt op te maken dat afwijken van het model ten gunste van de verkrijger wel mogelijk is en dat geen nietigheid over deze wijzigingen wordt uitgeroepen noch dat zij worden vervangen door de oorspronkelijke bepalingen. Het blijkt dat in de praktijk regelmatig, ondanks art. 12 KA, wordt afgeweken van de modelovereenkomst.

In deze paragraaf wordt voor een goed begrip allereerst ingegaan op de praktijk van het schrappen, doorhalen of vervangen van bepalingen uit de modelovereenkomst (§ 3.3.5.1). Vervolgens wordt ingegaan op het karakter van art. 12 KA. In § 3.3.5.2 wordt eerst stilgestaan bij het Derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW om in § 3.3.5.3 in te gaan op de vraag of art. 12 KA te kwalificeren is als een derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW. In § 3.3.5.4 wordt tot slot ingegaan op de vraag of een sanctie als nietigheid kan worden opgelegd door de waarborgende instelling.

3.3.5.1 De praktijk van art. 12 KA

Het komt in de praktijk zeer regelmatig voor dat wordt afgeweken van de model koop-/aannemingsovereenkomst en het komt ook zeer regelmatig voor dat voor de Raad een beroep op art. 12 KA wordt gedaan.¹⁵⁹ Bij het afwijken van de model koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden kan aan drie verschillende soorten afwijkingen worden gedacht. Het kan dan gaan om afwijkingen opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst of algemene voorwaarden zelf, om afwijkingen ten opzichte van de overeenkomst en algemene voorwaarden opgenomen in andere contractstukken, of om het schrappen van art. 12 KA. Hieronder wordt ingegaan op deze drie situaties.

Ten eerste kan afwijken plaatsvinden in de overeenkomst en voorwaarden zelf, bijvoorbeeld door het toevoegen van artikelen¹⁶⁰, het vervangen van artikelen, door doorhalen van artikelen¹⁶¹ of door bij de artikelen ‘niet van toepassing’ te schrijven. Het gaat dan veelal om wijzigingen in de rechtspositie van de verkrijger. Bij het schrappen van artikelen in het model kan sprake zijn van een afwijking ten nadele van de verkrijger.¹⁶² Dit hoeft echter niet aangezien het schrappen van

159 Zie de hierna genoemde jurisprudentie.

160 Zie o.a. RvA 22 mei 2008, nr. 28.708 met opmerking van Chao-Duivis bij deze uitspraak in Ezine en Kenniscentrum van het IBR d.d. 12 juni 2008.

161 Zie bijv. RvA 13 januari 2005, nr. 25.571, waarin art. 7 KA werd geschrapt, in hoofdstuk 6 wordt meer jurisprudentie genoemd waarin art. 7 KA werd geschrapt.

162 In RvA 13 januari 2005, nr. 25.571 oordeelde de Raad dat het schrappen van art. 7

een clause die enkel verplichtingen voor de verkrijger met zich brengt juist ten voordele van deze verkrijger uitvalt. Een onderwerp met betrekking tot het afwijken van de modelovereenkomst waar regelmatig over wordt geprocedeerd, heeft betrekking op het al dan niet verrekenen van de aansluitkosten van nutsvoorzieningen.¹⁶³ In de algemene voorwaarden is in art. 12 AV¹⁶⁴ opgenomen dat de aansluitkosten en ingebruikstelling van energie, gas, water en riolering in de koop-/aanneemsom zijn inbegrepen.

Andere geschillen over het afwijken van de overeenkomst waarbij de afwijkingen als nietig werden beschouwd op basis van art. 12 KA betroffen het wijzigen van de bouwtijd na het ondertekenen van de overeenkomst¹⁶⁵ en het ten nadele afwijken van de regeling met betrekking tot het recht op meer- en minderwerk.¹⁶⁶ Over het algemeen worden dit soort afwijkingen door de Raad aangemerkt als ten nadele van de verkrijger en dus bij ontbreken van toestemming nietig beschouwd. Dit was anders in een geschil uit 1997.¹⁶⁷ Hier speelde de vraag of het afwijken van het opgenomen arbitrale beding een nadelige afwijking was en dus nietig. Arbitrer was van mening dat dit geen nadelige afwijking was en achtte de bepaling dan ook niet nietig. Ook in het kader van het financieringsvoorbehoud oordeelt de Raad regelmatig over het schrappen van artikelen ten nadele van de verkrijger.¹⁶⁸

in beginsel ten nadele is van de verkrijger en derhalve ‘met argusogen’ moet worden bekeken in het licht van art. 13 KA (het betrof hier een overeenkomst voor appartementen van voor 2007). Dit betekende volgens arbitrer echter niet dat art. 7 KA nooit zonder voorafgaande toestemming zou mogen worden doorgehaald. Omdat de verkrijger had aangegeven onvoldoende inkomen, maar wel vermogen, te hebben voor een hypothecaire lening hadden partijen indien zij wel een financieringsvoorbehoud hadden willen opnemen ook van de overeenkomst moeten afwijken. Omdat de verkrijger aangaf wel over voldoende vermogen te kunnen beschikken heeft hij voor het opnemen van een financieringsvoorbehoud geen aanleiding gezien. Derhalve komt arbitrer tot de conclusie dat niet ten nadele van de verkrijger is afgeweken van het model.

163 RvA 17 december 2002, nr. 24.216: In een geschil voor de Raad in december 2002 stuurde de verkopend makelaar een fax naar de verkrijger waarin hij hen erop attent maakte dat de aansluitkosten voor rekening van de kopers zouden komen. Deze kosten kwamen neer op f 3472,13. Arbitrer oordeelde dat wel mocht worden afgeweken van art. 12 AV, mits vooraf toestemming was verleend door het GIW. Nu niet vooraf aan de kopers (schriftelijk) was medegedeeld dat deze toestemming was verkregen waren verkrijgers de kosten niet verschuldigd. In een vergelijkbaar geschil (RvA 23 januari 1997, nr. 17.934) ging het om een in de technische omschrijving opgenomen afwijking van de in art. 12 AV opgenomen bepaling omtrent de aansluitkosten van de nutsvoorzieningen. Arbitrer achtte deze afwijking ingevolge art. 12 KA nietig. In dit geval werd de bepaling die in art. 12 KA (2007) staat opgenomen in art. 9 KA.

164 Zowel in de versie voor eengezinswoningen als appartementen, evenals de versies van 2007 en 2003 is dit geregeld in art. 12 AV.

165 RvA 28 maart 2002, nr. 22.595.

166 RvA 16 oktober 2000, nr. 22.399.

167 RvA 9 juni 1997, nr. 18.953.

168 Het financieringsvoorbehoud, opgenomen in art. 7 KA, geeft de verkrijger het recht de overeenkomst (kosteloos) te ontbinden als hij geen passende financiering kan

Ten tweede kan worden afgeweken van de modellen in andere contractstukken. In technische omschrijvingen of andere documenten wordt in die gevallen veelal de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer uitgebreid ten opzichte van art. 4 en art. 6 AV.¹⁶⁹ Zo komt het regelmatig voor dat in technische omschrijvingen of verkoopfolders clausules worden opgenomen die een voorbehoud maken ten aanzien van (kleine) wijzigingen of die de maatgeving van de woning weergeven 'onder voorbehoud van wijzigingen.'¹⁷⁰ In die gevallen gaat het vaak om zeer praktische wijzigingen in de uitvoering of het ontwerp van de woning, maar zij veroorzaken ook een wijziging in de rechtspositie van de verkrijger. Clausules die een afwijking van de tekeningen of uitvoering toestaan of een voorbehoud maken ten aanzien van de tekeningen of omschrijvingen staan op gespannen voet met de (beperkte) wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer geregeld in de art. 4 en 6 AV. In de art. 4 en 6 AV zijn strikte regels opgenomen die moeten worden nageleefd wil de ondernemer rechtsgeldig en zonder sanctieering een wijziging kunnen doorvoeren.¹⁷¹ Door het opnemen van clausules die wijzigingen wel toestaan, wordt in strijd gehandeld met de beperkte contractuele wijzigingsbevoegdheid én met art. 12 KA.

Ten derde kan van het model worden afgeweken door art. 12 KA zelf te schrappen. In dat geval is afgeweken van het model maar is art. 12 KA er niet (meer) om dit te sanctioneren. In een geschil¹⁷² waarin ook van het model was afgeweken¹⁷³, merkte arbiter op dat nu het artikel waarin afwijken van de modelovereenkomst nietig werd bepaald, niet was geschrapt¹⁷⁴, de voorwaarden uit het oorspronkelijke model golden.¹⁷⁵

vinden. Zie over het financieringsvoorbehoud hoofdstuk 6.

- 169 Over de wijzigingsbevoegdheid van art. 6 AV, clausules met voorbehoud en afwijkingen. O.a. RvA 15 april 1998, nr. 20.033, BR 1999, p. 159, RvA 8 november 1999, nr. 21.103, RvA 21 september 1998, nr. 19.566, RvA 9 december 1999, nr. 21.409; RvA 21 maart 2003, nr. 25.046, RvA 5 juli 2002, nr. 24.514.
- 170 RvA 5 oktober 1998, nr. 18.676: ondernemer deed een beroep op een clause opgenomen in de verkoopbrochure die hem carte blanche gaf ten aanzien van het aanbrengen van wijzigingen in het werk. Ondernemer stelde tevens dat de koopbeslissing van verkrijgers gebaseerd was op de folder met de clause en de koop-/aannemingsovereenkomst pas later werd getekend. Derhalve ging volgens hem de clause boven art. 6 AV. Arbiter oordeelde terecht dat de rang tussen de verschillende bepalingen niet louter chronologisch is bepaald en dat art. 6 AV prevaleerde. Op grond van art. 12 KA was de clause in de brochure nietig.
- 171 Op de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer én de status van zgn. clausules van niet-bindendheid wordt ingegaan in hoofdstuk 9.
- 172 RvA 23 januari 1997, nr. 17.934.
- 173 Van art. 12 AV over de aansluitkosten van de nutsvoorzieningen. De aansluitkosten van de nutsvoorzieningen werden voor rekening van de verkrijger gebracht door in de technische omschrijving een andere bepaling op te nemen dan in de algemene voorwaarden.
- 174 I.c. in art. 9 AV.
- 175 Vergelijkbaar: RvA 27 december 2006, nr. 71.002 waarin twee strijdige bepalingen waren opgenomen over de kosten van het aansluiten van de nutsvoorzieningen.

Het vreemde aan deze uitspraak is dat arbiter van mening lijkt te zijn dat als art. 12 KA zelf geschrapd is, afwijken ten nadele van de verkrijger zonder sancties kan plaatsvinden. Enerzijds is dit logisch, partijen zijn immers niets overeengekomen over een sanctie op afwijken van model, anderzijds kan door het schrappen van die ene bepaling het evenwicht, in dit door veel belangenorganisaties in overleg tot stand gekomen model, volkomen zoekraken. Een overeenkomst waarin art. 12 KA geschrapd is zal nooit door de waarborgende instelling zijn goedgekeurd, maar met het schrappen van het artikel is ook geen enkele goedkeuring vereist. In die gevallen kan zodanig afgeweken worden van de model koop-/aannemingsovereenkomst dat van een evenwichtige regeling geen sprake meer is. Dit voorbeeld laat zien dat de bescherming van de consument door een model relatief is.

Tot slot van deze paragraaf verdient een bijzonder geschil nog de aandacht: in dit geschil was sprake van een aannemingsovereenkomst waarbij ook de Garantie- en Waarborgregeling het GIW van toepassing was.¹⁷⁶ Het contract bepaalde, vergelijkbaar met art. 12 KA, dat afwijkingen van dat modelcontract die ten nadele zijn van de opdrachtgever, nietig zijn. Echter, het modelcontract gaat uit van de veronderstelling dat de (ondeskundige) opdrachtgever niet of nauwelijks betrokken zal zijn bij de gang van zaken op de bouw. Arbiters is in dit geval gebleken dat opdrachtgever juist zeer nauw betrokken is geweest bij zowel de totstandkoming van het ontwerp als bij het bouwproces. Het onderhavige geschil dient mede in het licht van deze, van een gebruikelijke modelovereenkomst afwijkende, rolverdeling te worden gezien en dus kan verkrijger geen beroep doen op art. 12 KA voor die bepalingen waarin was afgeweken van de modelovereenkomst. Mijns inziens een zeer juiste uitspraak, in lijn met de aard van de overeenkomst en de bedoeling van het beding, namelijk bescherming van de zwakkere partij.

3.3.5.2 Karakter van art. 12 KA: een Derdenbeding?

Voor een beter begrip van artikel 12 KA en van de volgende paragrafen¹⁷⁷, wordt in deze paragraaf stilgestaan bij het (mogelijke) karakter van een beding als opgenomen in art. 12 KA. Art. 12 KA lijkt op het eerste gezicht een derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW.¹⁷⁸ Dat het derdenbeding in beeld komt heeft te maken

Arbiter oordeelt dat nu is opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst dat afwijkingen ten nadele van de verkrijger nietig zijn, verkrijgers er op mochten vertrouwen dat zij de aansluitkosten niet hoefde te voldoen. Daarnaast merkt arbiter op (r.o. 25) dat de inhoud van de overeenkomst en de algemene voorwaarden niet duidelijk zijn met betrekking tot de vraag voor wiens rekening de kosten van de nutsvoorzieningen komen en dat dit derhalve voor rekening van de ondernemer dient te komen. Dat verkrijgers geen consumenten zijn doet daar volgens arbiter niet aan af.

176 RvA 2 mei 2006, nr. 23.787.

177 Waarin wordt ingegaan op zowel de bevoegdheid van het GIW in te grijpen in de contractuele relatie tussen verkrijger en ondernemer, als op de sanctie nietigheid en de vraag of het GIW die sanctie wel mag opleggen,

178 Art 6:253 lid 1 BW: Een overeenkomst scheidt voor een derde het recht een prestatie

met de inhoud van art. 12 KA: hier wordt in de overeenkomst A-B (verkrijger en ondernemer) iets bepaald ten behoeve van C (het GIW), althans dat lijkt het geval te zijn (waarover hierna meer).

Een beding ten behoeve van een derde is een afspraak waarbij de ene partij, de bedinger of stipulator genaamd, van de andere partij, de belover, promisor of promittens, iets, doorgaans een prestatie, ten behoeve van een derde bedingt.¹⁷⁹ De prestatie van de belover kan bestaan uit een geven, een doen of een nalaten.¹⁸⁰ Het derdenbeding waarbij een prestatie wordt bedongen doet een verbintenis ontstaan ten laste van de belover en ten behoeve van de derde-bevoordeelde. Het recht van de derde op de voor hem bedongen prestatie vindt zijn grondslag in het tussen de bedinger en de belover gesloten beding en in de aanvaarding van het voor hem bedongene door de derde. Krachtens deze verbintenis heeft de derde het recht zijn aanspraak op de prestatie jegens de belover geldend te maken.¹⁸¹

Nadat de derde het beding heeft aanvaard, is hij partij bij de overeenkomst. De overeenkomst wordt door de aanvaarding een driepartijen overeenkomst.¹⁸² Indien de belover zijn verplichtingen jegens de derde niet nakomt, kunnen in beginsel zowel de bedinger als de derde nakoming vorderen.¹⁸³ Ook kunnen zij gezamenlijk de overeenkomst ontbinden, zowel de bedinger als de derde kunnen dit niet zelfstandig.¹⁸⁴

Hiervoor werd uiteen gezet wat een derdenbeding is. De vraag is nu of art. 12 KA een derdenbeding is in de zin van art. 6:253 BW.

De overeenkomst die in dit geval een prestatie schept voor een derde is (uiteraard) de koop-/aannemingsovereenkomst. De partij van wie deze prestatie gevorderd wordt, lijkt de ondernemer te zijn. De formulering van art. 12 KA wijst de ondernemer niet met zoveel woorden aan als de partij die de prestatie moet leveren, maar hij zal degene zijn die de overeenkomst ten nadele van de verkrijger zou willen wijzigen. Hij is tevens degene die de overeenkomst gebruikt en aan de verkrijger zal aanbieden, de praktijk wijst echter uit dat de verkrijger nauwelijks tot geen invloed heeft op de inhoud van de overeenkomst, en zeker niet op dit beding. De bedinger zou in dit geval de verkrijger moeten zijn, in werkelijkheid is het zo dat de verkrijger niets 'bedingt' of bijdraagt aan de inhoud van de overeenkomst.

De derde lijkt dan ook de waarborgende instelling. Deze derde zou dan het recht hebben de volgende prestatie van een der partijen te vorderen: het niet wijzigen van de overeenkomst ten nadele van de verkrijger zonder toestemming, op

van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen, indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt.

179 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 418.

180 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 418.

181 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 419. Meer over derdenbedingen ook in Cahen 2004, p. 41 e.v.

182 Art. 6:254 lid 1 BW.

183 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 425.

184 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 427.

straffe van nietigheid. Als de derde (de waarborgende instelling) het bedongene (niet afwijken zonder toestemming) heeft aanvaard¹⁸⁵, ontstaat tussen de waarborgende instelling van het GIW en de belover (de ondernemer) een verbintenis: inhoudende dat de waarborgende instelling nakoming van deze verbintenis bij de belover afdwingen.¹⁸⁶ In feite is in art. 12 KA geregeld dat bij niet-nakoming van het beding, nakoming afgedwongen wordt door het nietig verklaren van de nieuwe bepalingen en het van toepassing verklaren van de originele artikelen.

Op basis van de wettelijke regeling heeft de derde, als de belover nakoming weigert, het recht nakoming te vorderen en heeft het recht op schadevergoeding.¹⁸⁷

Op het eerste gezicht lijkt art. 12 KA inderdaad te voldoen aan de vereisten van art. 12 KA en dus lijkt sprake van een derdenbeding. Een aantal aspecten van art. 12 KA wijst er echter op dat van een derdenbeding als neergelegd in art. 6:253 BW geen sprake is.

Allereerst is het vreemd dat de derde voor wie het beding tussen verkrijger en ondernemer lijkt te zijn opgesteld (de waarborgende instelling) niet iets vraagt voor hemzelf, maar voor de verkrijger (de bedinger in de onderhavige driepartijenverhouding). Het lijkt dan ook dat art. 12 KA meer weg heeft van een afspraak tussen de aangesloten organisatie en de ondernemer ten behoeve van de verkrijger, dan van een afspraak tussen ondernemer en verkrijger ten behoeve van de aangesloten organisatie.

Het is de vraag of de opstellers van de model koop-/aannemingsovereenkomst en dus ook art. 12 KA, wel hebben stilgestaan bij het karakter van art. 12 KA. Het is de vraag of zij het artikel hebben willen opstellen als een derdenbeding en of zij zich er bewust van zijn geweest dat art. 12 KA kan worden uitgelegd als een derdenbeding. Getwijfeld kan worden of het de intentie van de opstellers was om door middel van art. 12 KA (als derdenbeding) een driepartijen overeenkomst te maken. De waarborgende instelling is bij de meeste koop-/aannemingsovereenkomst niet betrokken, zij geven slechts waarborgen af maar krijgen geen concrete overeenkomsten onder ogen, laat staan dat zij die checken op afwijkingen.

Art. 12 KA lezend zou de gedachte kunnen postvatten dat het een derdenbeding is. Dat zou echter een onjuiste gedachte zijn nu het beding meer weg lijkt te hebben van een afspraak tussen de ondernemer en de waarborgende instelling ten behoeve van de verkrijger dan tussen ondernemer en de verkrijger ten behoeve van de waarborgende instelling. Daar kan aan worden toegevoegd dat de praktijk uitwijst dat derdenbedingen doorgaans in andere context worden gebruikt.¹⁸⁸ Art. 12 KA lijkt dan ook in zijn huidige vorm niet plaats te horen in de model koop-/aanne-

185 Aanvaarding kan vormvrij geschieden en duidelijkheid hierover kan al bestaan als de derde de belovende partij aan zijn belofte wil houden, zie Cahen 2002, p. 258, nr. 273.

186 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 426.

187 Op basis van art. 6:74 BW, zie Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 426.

188 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 420.

mingsovereenkomst. Willen de opstellers van de model koop-/aannemingsovereenkomst voorkomen dat hun voorwaarden in gewijzigde vorm worden gebruikt dan zullen nadere afspraken tussen ondernemer en de waarborgende instellingen dan wel het GIW noodzakelijk zijn. Op dit onderwerp wordt dieper ingegaan in de volgende paragraaf.

3.3.5.3 Nietigheid als sanctie

Volgens art. 12 KA is de sanctie op niet nakomen van de in dat artikel neergelegde afspraak nietigheid. Door te bepalen dat een rechtshandeling nietig is, wordt te kennen gegeven dat als gevolg van een daaraan klevend gebrek de beoogde rechtsgevolgen niet intreden.¹⁸⁹ Het is de vraag of dit een sanctie is die de waarborgende instelling kan opleggen.

De sanctie nietigheid is immers een sanctie die aan de wetgever is voorbehouden. Het is de rechter die de nietigheid vervolgens uitspreekt.¹⁹⁰ Partijen kunnen contractueel geen vernietigingsgronden overeenkomen.¹⁹¹ Rechtshandelingen die van rechtswege nietig zijn, zijn rechtshandelingen waaraan de *wet* het beoogde rechtsgevolg zonder meer ontzegt.¹⁹² Het BW bevat een systematische behandeling van het leerstuk der nietigheden.¹⁹³ In Titel 3.2 is het leerstuk geregeld terwijl andere bepalingen van Boek 3 e.v. hierop afgestemd zijn. Het is dus niet aan het GIW, zijn waarborgende instelling, of partijen om een sanctie als nietigheid op te leggen of in te roepen.

Als het GIW en zijn aangesloten organisaties en waarborgende instellingen willen dat hun modelovereenkomsten ongewijzigd worden gebruikt, kunnen zij dit dan ook niet bewerkstelligen door middel van art. 12 KA en de daarin opgenomen nietigheidssanctie.¹⁹⁴ In de vorige paragraaf werd de vraag ook opgeworpen of het GIW, los van het hier genoemde feit dat een sanctie als nietigheid niet door hem kan worden opgelegd, in strijd met de contractsvrijheid van partijen handelt door op dusdanige wijze in te grijpen in de contractuele relatie van verkrijger en ondernemer.

Er zijn twee oplossingen denkbaar waardoor, zonder art. 12 KA, de aangesloten organisatie en het GIW ongewijzigd gebruik van de koop-/aannemingsovereenkomst wel zouden kunnen bewerkstelligen.

De eerste oplossing betreft een overeenkomst tussen waarborgende instellingen en de bij hun aangesloten ondernemers. Deze twee partijen kunnen bij overeenkomst afspraken maken over het niet ten nadele van de verkrijgers wijzigen van de inhoud van de door die ondernemers te gebruiken model koop-/aannemingsovereenkomst. Door middel van bijvoorbeeld een boeteclausule of uitsluiting van het (in de toekomst) bouwen met GIW garantie als sanctie, kunnen de

189 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 456.

190 Uitgebreid over nietigheid: Van Schaik 1994.

191 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 454.

192 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 459.

193 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 457.

194 Zie ook Chao-Duivis bij RvA 22 mei 2008, nr. 28.708 in Ezine en Kenniscentrum van het IBR d.d. 12 juni 2008.

ondernemers gedwongen worden tot het ongewijzigd gebruik van de modelovereenkomst. De overeenkomst waarbij ondernemers zich jegens de waarborgende instelling verbinden het ongewijzigde model te gebruiken, kan deel uitmaken van de lidmaatschapsvoorwaarden van het GIW. Het nadeel van deze constructie is dat de (benadeelde) consument hier niet wijzer van wordt, hij heeft bij een ongeoorloofde afwijking immers nog steeds een contract met de ondernemer met voor hem nadelige bepalingen. Het voordeel is dat door deze oplossing niet door middel van een derdenbeding wordt ingegrepen in de inhoud van de overeenkomst tussen ondernemer en verkrijger door achteraf een bepaling nietig te verklaren of een andere van toepassing. Tevens word niet het (onmogelijke) middel van nietigheid gebruikt. Wel moet worden opgemerkt dat de waarborgende instelling nog steeds invloed uitoefent op de inhoud van de overeenkomst. De vraag is of dit niet óók in strijd is met de contractsvrijheid van partijen. Men zou echter kunnen verdedigen dat als een consument een overeenkomst wil afsluiten die nadelig voor hem is zou hij hier ook vrij in moeten zijn.¹⁹⁵ Een andere mogelijkheid is dat het GIW en haar waarborgende instelling slechts GIW garantie afgeven voor die overeenkomsten die volgens het model zijn gesloten. Partijen zijn zo vrij af te wijken van het model, maar verkrijger verspeelt zo wel zijn GIW garantie. Het GIW oefent echter geen (directe) invloed meer uit op de inhoud van de overeenkomst. Dit laatste lijkt de eenvoudigste en ook meest effectieve oplossing waardoor ook de consument het best wordt beschermd.

3.3.5.4 Conclusie ten aanzien van art. 12 KA

Art. 12 KA lijkt niet thuis te horen in de model koop-/aannemingsovereenkomst. De vorm waarin het beding nu is gegoten doet vermoeden dat een afspraak tussen de waarborgende instelling en de ondernemer ten behoeve van de verkrijger is opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst zonder dat sprake is van een derdenbeding in de zin van art. 6:254 BW. Een tweede obstakel volgt uit de in art. 12 KA opgenomen nietigheidssanctie die ten eerste niet door het GIW of zijn waarborgende instelling kan worden uitgesproken omdat deze sanctie is voorbehouden aan de wetgever, in de tweede plaats heeft een dergelijke sanctie dusdanig vergaande gevolgen dat de vraag is of dit niet strijd met de contractsvrijheid van partijen tot gevolg heeft. Tot slot wijst de praktijk (weergegeven in § 3.5.1) uit dat bij het schrappen van art. 12 KA uit de overeenkomst, de verkrijger helemaal niet meer wordt beschermd. In dat geval schiet de regeling als opgenomen in art. 12 KA in het geheel zijn doel voorbij.

Willen de opstellers van de model koop-/aannemingsovereenkomst voorkomen dat de voorwaarden in gewijzigde vorm worden gebruikt en op deze wijze de (consumenten)bescherming van verkrijgers beter kunnen garanderen, dan zullen nadere afspraken tussen ondernemer en de waarborgende instellingen dan wel het GIW noodzakelijk zijn.

195 Behoudens uiteraard dwingend wettelijke bepalingen.

Hoofdstuk 4

Uitleg van de overeenkomst

4.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk gaat over uitleg van de overeenkomst. Het komt voor dat stukken die deel uitmaken van de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger op punten onduidelijk of onderling tegenstrijdig zijn. De onduidelijkheden of tegenstrijdigheden kunnen zich bevinden in de koop-/aannemingsovereenkomst of algemene voorwaarden zelf, maar doen zich meestal voor in de andere contractstukken zoals de technische omschrijving of de tekeningen. Tegenstrijdigheden en onduidelijkheden kunnen conflicten oproepen over de inhoud en uitleg van de overeenkomst. Deze conflicten komen zeer veel voor, getuige de vele uitspraken van de Raad van Arbitrage op dit punt en de delen 12a en 12b van *Hoofdstukken Bouwrecht*.¹

In *Hoofdstukken Bouwrecht* wordt onderscheid gemaakt tussen onduidelijkheden en tegenstrijdigheden door de problematiek onder te verdelen in twee delen, 12a en 12b. Onduidelijkheden worden omschreven als het geval waarin het schriftelijke stuk op zichzelf genomen niet duidelijk is.² Deze kunnen ontstaan op punten van uitvoering, het gebruikte materiaal of bepaalde eigenschappen. Tegenstrijdigheden worden omschreven als die gevallen waarin twee of meer op zichzelf duidelijke schriftelijke stukken met elkaar in strijd zijn.³ Terecht wordt in *Hoofdstukken Bouwrecht* opgemerkt dat deze begrippen niet altijd even goed zijn te onderscheiden. Een tegenstrijdigheid kan een onduidelijkheid zijn maar een onduidelijkheid hoeft geen tegenstrijdigheid te zijn.

In dit hoofdstuk is gepoogd de onderwerpen onduidelijkheden en tegenstrijdigheden zoveel mogelijk op te splitsen. Onduidelijkheden worden opgelost door middel van uitleg van de overeenkomst, tegenstrijdigheden door het vaststellen van rangorde én uitleg van de overeenkomst. § 4.2 t/m 4.5 gaan over uitleg van de overeenkomst, § 4.6 gaat over rangorde bij tegenstrijdigheden.

4.1.1 Uitleg en eensgezinde partijen

Allereerst een opmerking van procesrechtelijke aard over de uitleg van de overeenkomst: Als partijen het eens zijn over de uitleg van een beding of een bepaling heeft de rechter zich in principe aan deze uitleg te houden. Art. 24 Rv bepaalt dat de rechter gehouden is binnen de grenzen van de rechtsstrijd te blijven. Hij zal zich

1 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a en 2005b en ook Chao-Duivis & Koning 2001, p. 2.

2 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, p. 1.

3 Ibid.

moeten beperken tot beantwoording van de rechtsvraag die hem is voorgelegd en is daarbij gebonden aan de uitleg waarover tussen partijen eenstemmigheid bestaat. De Raad van Arbitrage oordeelt in gelijke zin.⁴ De Hoge Raad heeft evenwel uitgemaakt dat een rechter onder omstandigheden een uitleg van de overeenkomst mag geven die niet door partijen is aangedragen of verdedigd.⁵ Toch betekent dit niet dat de rechter vrij is in het omgaan met die betekenis.

4.2 UITLEG EN HAVILTEX

Onder uitleg wordt verstaan het vaststellen van de betekenis van de door de contractanten afgelegde verklaringen en van de daardoor ontstane rechtsgevolgen.⁶ Zijn partijen het niet eens over de uitleg van de overeenkomst, dan is van belang hoe de overeenkomst moet worden uitgelegd. Onder het uitleggen van de overeenkomst wordt volgens de heersende leer verstaan ‘het vaststellen van de betekenis der door de contractanten afgelegde verklaringen en dus van de daardoor ontstane rechtsgevolgen.’⁷ Of, iets minder bondig: ‘het vaststellen van de betekenis, die in verband met de omstandigheden van het concrete geval moet worden gehecht aan de verklaringen, door twee of meer personen aan elkaar afgelegd met het oogmerk een overeenkomst aan te gaan, en daardoor het vaststellen van de door die verklaringen in het leven geroepen rechtsgevolgen.’⁸

Over de uitleg van overeenkomsten deed de Hoge Raad al in 1949 een uitspraak waarbij hij vaststelde dat de redelijkheid en billijkheid hierbij een rol spelen.⁹ In het Haviltex-arrest¹⁰ van 1981 werkt de Hoge Raad zijn standpunt betreffende uitleg verder uit door te stellen dat contractsuitleg niet aankomt op een zuiver taalkundige interpretatie maar op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

De Raad van Arbitrage hanteert bij de uitleg van overeenkomsten ongeveer dezelfde formule als in het Haviltex-arrest. Wat is overeengekomen hangt af ‘van hetgeen partijen hebben verklaard alsmede van hetgeen zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen opmaken, zulks met inachtneming van het bepaalde in art. 6:248 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek.’¹¹

4 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 650 en RvA 15 november 1990, nr. 70.012, BR 1991, p. 156.

5 HR 23 juni 1995, NJ 1995, 566, m.nt. HJS. Zie hierover ook Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 288.

6 Van Rossum 2006, p. 47.

7 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 280.

8 Ibid.

9 HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72, m.nt. PhANH. Verder ook: Haviltex en HR 20 januari 1984, NJ 1987, 295 en HR 23 september 1988, NJ 1989, 35.

10 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).

11 RvA 15 augustus 2005, nr. 70.934 (r.o. 12 eerste alinea).

Wat partijen van elkaar mogen verwachten is afhankelijk van een aantal omstandigheden. Het in het Haviltex-arrest gehanteerde criterium is erg open geformuleerd en geeft weinig uitleg over wat partijen in een concreet geval nou echt kunnen en mogen verwachten.¹² *Hoofdstukken Bouwrecht* bevat een meer concrete uiteenzetting van het leerstuk van de uitleg en geeft een aantal aan het oude BW ontleende vuistregels.¹³ Het onderwerp wordt hierin uitgebreid behandeld waarbij aansluiting wordt gezocht bij art. 1379 oud BW e.v. Ook Hartkamp komt tot een aantal vergelijkbare vuistregels, zowel in meer algemene zin als ook gebaseerd op art. 1379 e.v. oud BW.¹⁴ De Werkgroep Standaardregelingen in de bouw heeft in zijn rapport Harmonisatie van Standaardvoorwaarden in de Bouw¹⁵ ook een aantal aanbevelingen gedaan inzake de uitleg van overeenkomsten waarop standaardvoorwaarden van toepassing zijn.

Voor zover van belang voor de model koop-/aannemingsovereenkomst en bijbehorende algemene voorwaarden wordt in § 4.4 ingegaan op de door *Hoofdstukken Bouwrecht*, Hartkamp en de Werkgroep Standaardvoorwaarden genoemde principes, die in feite een nadere uitwerking zijn van de Haviltex-norm. Voor een uitgebreide uitleg van de art. 1379 e.v. en het leerstuk van de uitleg van overeenkomsten in het algemeen verwijs ik naar respectievelijk *Hoofdstukken Bouwrecht*¹⁶ en Hartkamp.¹⁷

Omdat de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden modelovereenkomsten zijn dient allereerst een bijzonder aspect van de uitleg uiteengezet worden: de objectieve uitleg van modelovereenkomsten (§ 4.3).

4.3 OBJECTIEVE UITLEG VAN MODELVOORWAARDEN: INLEIDING

De basis van het leerstuk van de uitleg wordt zoals hierboven reeds beschreven, gevormd door het in 1981 gewezen Haviltex-arrest.¹⁸ Een in de literatuur gevoerde en in de rechtspraak nader uitgewerkte discussie in het kader van de uitleg en het Haviltex-arrest is die over de aard van de contractstukken waarop het Haviltex-criterium betrekking zou hebben. Dat wil zeggen: gaat het in dat arrest om ‘modelovereenkomsten’ of ‘modelakten’? Met andere woorden: welke invloed op de uitleg heeft het feit dat partijen zelf geen invloed hebben op de bewoordingen en inhoud van deze modellen? Moeten modellen subjectief dan wel objectief wor-

12 Volgens Tjittes is de Haviltex-formule ‘welhaast onleesbaar, zoals het een formule betaamt’, Tjittes 2003, p. 122.

13 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 651 e.v.

14 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 279 e.v.

15 Harmonisatie van Standaardvoorwaarden in de Bouw, Rapport Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw, Deventer: Kluwer-Samsom 1981, p. 54-57. Ook verschenen als Bouwrecht Monografie deel 5.

16 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 651 e.v.

17 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 279 e.v.

18 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).

den uitgelegd?¹⁹ Bij een subjectieve uitleg spelen de Haviltex-omstandigheden een grote rol. Het gaat dan om de verwachtingen van partijen over en weer, af te leiden uit alle omstandigheden van het geval. Bij objectieve uitleg speelt de uitleg zoals deze in de praktijk gebruikelijk is een veel grotere rol en speelt de bedoeling van partijen een kleine tot geen rol. De Haviltex-criteria zijn ook bij de objectieve uitleg van belang, in die zin dat de aard van de overeenkomst (i.c. het zijn van een model) bij de uitleg ervan het belangrijkste criterium is. Of zoals in het hieronder aan te halen arrest DSM-Fox²⁰ werd geoordeeld: ‘Tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm bestaat geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang.’²¹ Over DSM/Fox meer in § 4.3.2.

Wat houdt objectieve uitleg precies in en hoe vindt objectieve uitleg plaats? De Werkgroep Standaardvoorwaarden in de Bouw bedoelt met de objectieve uitleg dat indien partijen naar bepaalde standaardvoorwaarden verwijzen, mag worden aangenomen dat zij het oog hebben op de standaardvoorwaarden zoals deze in de praktijk, de commentaren en de (arbitrale) rechtspraak worden geïnterpreteerd.²² Het staat uiteraard partijen vrij van deze voorwaarden af te wijken en een afwijkende interpretatie aan deze voorwaarden te geven.²³ De hoofdregel zou volgens de Werkgroep een objectieve interpretatie van de voorwaarden moeten zijn. De Werkgroep is ook van mening dat de totstandkomingsgeschiedenis van de regelingen, de ‘historische interpretatie.’ in de uitleg mag worden betrokken. Daarbij is wel vereist dat de overwegingen die bij de totstandkoming een rol hebben gespeeld hetzij op authentieke wijze naar buiten zijn gebracht hetzij op andere wijze objectief achterhaalbaar zijn.²⁴

In deze paragraaf wordt ingegaan op de objectieve uitleg. In § 4.3.1 komt de objectieve uitleg van CAO-bepalingen aan bod, in § 4.3.2 wordt ingegaan op DSM/Fox om tot slot in § 4.3.3 in te gaan op de vraag wat de betekenis is van de objectieve uitleg voor de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden.

4.3.1 De objectieve uitleg van CAO-bepalingen

De Hoge Raad²⁵ wees in 1993 een tweetal arresten waarin werd geoordeeld dat CAO-bepalingen in beginsel aan de hand van hun bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst en een eventueel daaraan gehechte toelichting worden uitgelegd. De Hoge Raad heeft hiermee werknemers willen

19 Ook Breedveld-de Voogd 2007, p. 151. Zie ook Van Wechem & Wissink 2004, p. 21-22.

20 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493, m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox).

21 Hierover ook: Breedveld-de Voogd 2007, p. 153.

22 Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw 1981, p. 54-55.

23 De Werkgroep Standaardvoorwaarden in de Bouw verwijst hierbij naar RvA 18 juni 1970, nr. 5.473, BR 1970, p. 631.

24 Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw 1981, p. 55.

25 HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 en HR 24 september 1993, NJ 1994, 174 m.nt. PAS.

beschermen tegen de voor hen niet kenbare bedoelingen en verwachtingen van de CAO-partijen.²⁶ Na deze uitspraken vroegen enkele auteurs zich af of bedoeld werd op een zuiver grammaticale uitleg van CAO-bepalingen.²⁷

In 2002 en 2003 volgt nog een aantal arresten²⁸ die de uitleg van CAO-bepalingen verder preciseerden.²⁹ In deze uitspraken geeft de Hoge Raad, samengevat, aan dat geen strikt grammaticale uitleg gewenst is maar een objectief tekstuele uitleg.³⁰ Deze objectief tekstuele uitleg houdt in dat ‘in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel van een daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst van doorslaggevende betekenis zijn’. En voorts: ‘daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de CAO, voor zover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden’.³¹

De uitleg van de bepalingen kan ook buiten de tekst van de CAO en de toelichting worden gevonden. Zo werd door de Hoge Raad de uitleg van de overeenkomst gekoppeld aan de aard van de overeenkomst en de aard van de arbeid waarop de overeenkomst betrekking had.³² In het arrest *Royal Nederland Verzekering Maatschappij/K*³³ werd voor de objectieve uitleg een artikel uit het WPNR gebruikt. In dit artikel werd door de opstellers van het BBR een toelichting gegeven op het BBR. De Hoge Raad achtte de WPNR-publicatie een bron waaruit de strekking van het BBR kon worden afgeleid.

4.3.2 DSM/Fox: de vloeiende overgang tussen Haviltex en CAO-bepalingen.

Uit het DSM/Fox-arrest van de Hoge Raad wordt de samenhang of vloeiende overgang tussen de Haviltex-norm en de zgn. CAO-norm duidelijk.³⁴ De CAO-norm

26 Van de Heijden 1994, p. 4, A-G Bakels bij HR 31 mei 2002, JAR 2002/153 en Sagel 2003, p. 13.

27 Zie hierover Sagel 2000, p. 24-25 en Sagel 2003, p. 14, die o.a. verwijst naar Duk: Duk 1998, 225. Ook: Valk 1994, p.111-113.

28 HR 31 mei 2002, JAR 2002/153 (De Heel/Huisman) en HR 28 juni 2002, JAR 2002/168 (Motel Akersloot), HR 20 december 2002, JAR 2003/17 (FNV/Recitel), HR 14 februari 2003, JAR 2003/72 (Stichting Thuiszorg/Bulters), HR 11 april 2003, JAR 2003/108 (Baron/Terra Nigra).

29 Over deze uitspraken: Sagel 2003, p. 12-25.

30 Van Rossum stelt echter, anders dan Breedveld-de Voogd (diss.), dat uit DSM/Fox blijkt dat deze uitleg naast de Haviltex-criteria bestaat: Van Rossum 2006, p. 49.

31 HR 31 mei 2002, JAR 2002/153 (De Heel/Huisman).

32 O.a. HR 20 december 2002, JAR 2003/17 (FNV/Recitel), waarin de uitleg werd gezocht in de aard van de overeenkomst, HR 11 april 2003, JAR 2003/108 (Baron/Terra Nigra) waarin waarde werd gehecht aan de aard van de arbeid.

33 HR 27 februari 2004, NJ 2005, 498.

34 Over DSM/Fox (HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493) Van Wechem & Wissink 2004, p. 21-22.

is, aldus de Hoge Raad, geen uitzondering op de Haviltex regels maar feitelijk een uitvloeisel ervan.³⁵ De kern van DSM/Fox komt tot uitdrukking in de volgende overweging:

‘de hiervoor in 4.2-4.4 weergegeven rechtspraak [bedoeld is CAO-rechtspraak, EB] heeft als gemeenschappelijke grondslag dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, geëvalueerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie, heeft de Hoge Raad een uitwerking van die vage norm gegeven voor de boven aangegeven, in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende, typen van gevallen. In deze typologie heeft de CAO-norm betrekking op geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij de uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan.’

De aard van het contractstuk pleit voor een objectieve interpretatie van het contract.³⁶ De objectieve maatstaven winnen als het ware aan gewicht als het gaat om CAO-overeenkomsten. Volgens Breedveld-De Voogd staan daarbij Haviltex en CAO-norm niet naast elkaar, maar er is als het ware sprake van een glijdende schaal binnen de Haviltex-norm.³⁷ Die schaal loopt van een objectieve naar een zeer subjectieve uitleg met daarbinnen alle denkbare aspecten die bij uitleg van overeenkomsten een rol kunnen spelen. Het gaat om een vloeiende overgang binnen de Haviltex-norm en niet om een keuze tussen Haviltex en CAO-uitleg.³⁸

In DSM/Fox wordt de inhoud van de objectieve uitleg ook nader toegelicht:

‘In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.’

Hier blijkt eveneens dat de objectieve uitleg meer is dan een zuiver taalkundige uitleg. Ook betrokken moeten worden de betekenis die deze bewoordingen normaal gesproken hebben, de context van het geschrift als geheel, bezien in de desbetreffende kring van het maatschappelijk verkeer. Tjittes spreekt in het kader van DSM/Fox van ‘een herwaardering van de tekstuele uitleg,’ maar geeft in zijn verhaal aan dat uitleg niet alleen tekstueel is.³⁹

35 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 286a.

36 In DSM wordt hierover gezegd: ‘Tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm bestaat geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang.’

37 Breedveld-de Voogd 2007, p. 153 en 407.

38 Breedveld-de Voogd 2007, p. 153 en 407. Vergelijkbaar in grote lijnen: Tjittes 2007, p. 419 die spreekt over de ‘objectieve Haviltex-norm’.

39 Tjittes 2007, p. 417-423.

4.3.3 De model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden en de objectieve uitleg

De vraag is nu welke uitlegmethode dient te worden toegepast als het gaat om de uitleg van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden. Over de vraag op welke soort overeenkomsten de CAO-norm (en dus de objectieve uitleg) betrekking heeft, is in de literatuur enige discussie geweest.⁴⁰

DSM/Fox geeft een indicatie: ‘De CAO-maatstaf geldt bij geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan.’⁴¹

De CAO-norm vindt in ieder geval toepassing op overeenkomsten waarbij partijen door toetreding of op andere wijze worden gebonden aan de door anderen reeds gesloten overeenkomst, geen invloed hebben op de totstandkoming daarvan, en waarbij afwijking is uitgesloten.⁴¹ Van Rossum noemt het enkele feit dat derden worden gebonden niet voldoende voor toepassing van de CAO-norm. Volgens haar is een bijkomende gemeenschappelijke factor een zekere massaliteit en het streven naar uniformiteit in de uitleg, naast het feit dat de mogelijkheid tot individuele afwijkingen bij het aangaan van de overeenkomst is uitgesloten.⁴²

De model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden voldoen in grote lijnen aan alle drie hierboven genoemde criteria voor de toepassing van een objectieve uitleg of CAO-uitleg. Sprake is van een door anderen al opgestelde (niet gesloten) overeenkomst, waarbij partijen geen (directe) invloed hebben op de totstandkoming daarvan behoudens via belangenorganisaties die bij de opstelling en herziening van de voorwaarden betrokken zijn. Afwijking van de modellen is (deels) uitgesloten (in art. 12 KA 2007 is afwijking ten nadele van de verkrijger uitgesloten).

Breedveld-De Voogd concludeert echter dat op de meeste overeenkomsten gewoon (alle) Haviltex-criteria moeten meewegen en dat een voorgeschreven objectieve uitleg zoals bedoeld door de CAO-maatstaf alleen geldt voor CAO en daaraan analoge gevallen. Als voorbeeld van een analoog geval noemt zij een sociaal plan.⁴³ Binnen de Haviltex-context pleit zij voor een meer objectief georiënteerde uitleg als het gaat om modelovereenkomsten.⁴⁴

Met Breedveld-De Voogd kan gesteld worden dat enige nuancering ten aanzien van het toepassen van de CAO-norm op een grote groep toetredingsovereenkomsten op zijn plaats is. In de literatuur is gewezen op de verschillen tussen algemene voorwaarden zoals de koop-/aannemingsovereenkomst en CAO's.⁴⁵ Het gebruik van algemene voorwaarden en modelovereenkomsten moet door een der partijen bedongen worden. CAO's worden echter wettelijk opgelegd. Daarnaast worden en

40 Zie o.a. uitgebreid Tjittes 2007.

41 Van Rossum 2006, p. 52.

42 Van Rossum 2006, p. 52-53.

43 Breedveld-de Voogd 2007, p. 154-155.

44 Breedveld-de Voogd 2007, p. 157.

45 Zie Chao-Duivis & Koning, 2001, p. 7 en ook Breedveld-de Voogd 2007, p. 167 e.v.

hoeven algemene voorwaarden niet in hun totaliteit te worden gebruikt. Partijen kunnen ervoor kiezen om hiervan af te wijken. Bij CAO's kan dit niet. De mogelijkheid dat bij algemene voorwaarden dus naast een objectieve uitleg ook nog andere factoren, o.a. de bedoeling van partijen, een rol kunnen spelen blijft open.⁴⁶

De Hoge Raad gaf de bedoelingen van partijen ook een belangrijke rol in een uitspraak⁴⁷ over de NVM-voorwaarden waarin voor de uitleg door een der partijen naar de bedoeling van de opstellers werd verwezen. Deze bedoeling zou kunnen blijken uit toelichtingen, maar ook uit door de opstellers gepubliceerde artikelen waarin deze de voorwaarden toelichten. De Hoge Raad wees uitleg door middel van het achterhalen van de bedoeling der partijen van de hand, niet omdat de bedoeling niet kenbaar zou zijn voor partijen, maar vanwege de autonomie van partijen. Vanwege het verschil in rechtskarakter tussen CAO en modelvoorwaarden is de bedoeling der partijen belangrijker. Partijen kiezen immers zelf voor het gebruik van de voorwaarden en zijn bij CAO's niet vrij in die keuze.⁴⁸ Toch is dit onderscheid nihil in geval van de model koop-/aannemingsovereenkomst. Omdat veel gemeenten bouwen onder GIW-garantie voorschrijven en daarbij altijd de model koop-/aannemingsovereenkomst wordt gebruikt is de keuzevrijheid van partijen zeer beperkt.⁴⁹ Tevens wordt de keuzevrijheid van partijen beperkt doordat wijzigen van de overeenkomst vrijwel onmogelijk is, o.a. door het gebruik van de regeling in art. 12 KA.⁵⁰

De koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden zullen naar hun aard in beginsel objectief moeten worden uitgelegd. Op de glijdende schaal van de uitleg⁵¹ die van objectief naar subjectief loopt staat de uitleg van de koop-/aannemingsovereenkomst op die schaal aan de kant van de objectieve uitleg. Tjittes geeft als voorbeeld van een overeenkomst die op de glijdende schaal aan de kant van de objectieve uitleg staat de NVM-koopakte. De koop-/aannemingsovereenkomst sluit hier, qua aard, vrijwel naadloos bij aan.

Het feit dat de koop-/aannemingsovereenkomst objectief moet worden uitgelegd, houdt in dat de uitleg dient plaats te vinden op grond van niet alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen normaal gesproken hebben, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in de desbetreffende kring van het maatschappelijk verkeer, bij de uitleg van groot belang.⁵² De bedoeling der partijen speelt hierbij een rol. Als partijen wijzigingen hebben aangebracht in de algemene voorwaarden, (al dan niet met toestemming van een waarborgende

46 Zie Chao-Duivis & Koning 2001, p. 7.

47 HR 23 december 2005, RvdW 2006, 17 (De Rooy/Van Olphen).

48 Hierover ook: Breedveld-De Voogd 2007, p. 167.

49 Zie over dit verplicht voorschrijven van bouwen onder GIW-garantie door gemeenten de uitspraak van Rechtbank Breda, 23 mei 2007, LJN: BA5601, 159210/ HA ZA 06-651.

50 Zie hierover § 3.3.5 van hoofdstuk 3.

51 Over de glijdende schaal: Van Wechem & Wissink 2004, p. 21-22.

52 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox).

instelling van het GIW op basis van art. 12 KA) bijvoorbeeld door doorhalen of bijschrijven, dienen deze wijzigingen naast de objectieve methode subjectief te worden meegewogen.⁵³

De bedoeling van de opstellers van de voorwaarden is voor de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden van minder belang. Bij de model koop-/aannemingsovereenkomst en de bijbehorende algemene voorwaarden zijn geen verslagen van de totstandkomingsvergaderingen naar buiten gebracht. De enige bron van informatie is de zeer summiere algemene toelichting op de overeenkomsten die doorgaans bij de contractstukken wordt geleverd. Bij de uitleg van de taalkundige betekenis van de bewoordingen kan ook jurisprudentie van de RvA worden betrokken. Van belang is immers wat de betekenis van de bewoordingen is in de ‘desbetreffende kring van het maatschappelijk verkeer’.

Over de uitleg van onduidelijkheden in tekeningen of technische omschrijving wordt anders gedacht dan bij die in algemeen gebruikte voorwaarden of (model) overeenkomsten. Deze uitleg is ruimer dan een objectieve uitleg en gaat op de glijdende schaal richting de subjectieve uitleg. De uitlegmethoden voor deze stukken komen hieronder in § 4.4 aan bod.

4.4 VERDERE UITWERKING VAN DE HAVILTEX-CRITERIA

Bij uitleg van overeenkomsten aan de hand van de Haviltex-criteria kan een aantal aspecten behulpzaam zijn. Wat partijen zijn overeengekomen is af te leiden aan de hand van verschillende aspecten.

Hieronder komen achtereenvolgens aan de orde: duidelijke bewoordingen (§ 4.4.1), uitleg door het vaststellen van de bedoeling der partijen (§ 4.4.2), uitleg aan de hand van de aard van de overeenkomst (§ 4.4.3), uitleg aan de hand van het gebruik (§ 4.4.4), het bijschrijven in de overeenkomst (§ 4.4.5) en tot slot uitleg aan de hand van de gunstigste optie (§ 4.4.6).

4.4.1 Duidelijke bewoordingen

De hoofdregel bij uitleg van de overeenkomst is dat indien de bewoordingen van de overeenkomst duidelijk zijn hiervan niet mag worden afgeweken. Deze regel is gebaseerd op art. 1387 oud BW, het eerste artikel waarmee de uitlegregel in het oude BW begint, en sluit nauw aan bij de tekstuele uitlegmethode. Uit jurisprudentie aangehaald in *Hoofdstukken Bouwrecht* blijkt dat deze regel herhaaldelijk is toegepast door de Raad van Arbitrage.⁵⁴

Hartkamp is echter van mening dat bewoordingen op zichzelf nooit duidelijk zijn.⁵⁵ En hij is hier niet de enige in.⁵⁶ De betekenis van woorden en verklaringen

53 Zie ook Breedveld-De Voogd 2007, p. 155 die er echter via een andere weg komt namelijk eerst via Haviltex ook de objectieve uitleg laten meewegen.

54 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 650.

55 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 285.

56 Zie o.a. Van Schaik 1991, p. 272-277 en Grosheide 2000, p. 100.

wordt eerst duidelijk door uitleg of door context.⁵⁷ Hij meent dat geen onderscheid kan worden gemaakt tussen duidelijke en onduidelijke wilsverklaringen en dat elke overeenkomst eerst duidelijk wordt door uitlegging.⁵⁸ Grosheide is het hier niet mee eens en onderbouwt zijn stelling met de mededeling dat over het merendeel van de contracten niet wordt geprocedureerd.⁵⁹ De gulden middenweg is wellicht dat bewoordingen *niet altijd* duidelijk zijn.

De Raad van Arbitrage buigt zich regelmatig over de uitleg van bewoordingen en de vraag of deze bewoordingen ‘duidelijk’ zijn.⁶⁰ In wezen verschilt de wijze waarop de Raad van Arbitrage bewoordingen uitlegt en de vraag beantwoordt of bewoordingen duidelijk zijn, niet van de wijze waarop de rechter dit doet.⁶¹

4.4.2 De bedoeling der partijen

Zijn bewoordingen niet duidelijk, dan prevaleert de bedoeling van partijen boven de letterlijke zin der woorden. Deze regel is afkomstig van art. 1379 oud BW en ook door de Raad van Arbitrage herhaaldelijk toegepast.⁶² Hartkamp zoekt voor het uitleggen van de bedoeling der partijen aansluiting bij de omstandigheden die een rol speelden bij de totstandkoming van de overeenkomst. Het gaat volgens hem om de door de overeenkomst in het leven geroepen (rechts)gevolgen door de overeenstemmende wilsverklaring der contractanten. Deze wilsovereenstemming kan tot stand komen door gesproken of geschreven woorden en door houding of handelingen.⁶³ Hieruit kan de wil en bedoeling der partijen worden opgemaakt.

57 Over context: Nieuwenhuis 2007, p. 380.

58 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 285.

59 Grosheide 2000, p. 100-107.

60 Dat bewoordingen zonder meer duidelijk waren oordeelde arbiters in RvA 6 september 2000, nr. 20.592, r.o. 27.: ‘... arbiters zijn van oordeel dat deze tekst niet voor tweeërlei uitleg vatbaar is [...]. De twijfel, die bij het lezen van de tweede zin zou kunnen ontstaan, wordt weggenomen door de vierde zin ...’.

61 Zie voor voorbeelden van uitspraken waarin de Raad zich boog over in contractstukken gebruikte bewoordingen: RvA 16 oktober 2001, nr. 22.276 (over de betekenis die mocht worden gehecht aan het woord ‘resideren’), RvA 22 mei 1998 nr. 18.263 (waarin de betekenis van de woorden ‘zeer luxueus’ aan bod kwam), RvA 9 december 1987, nr. 12.566, BR 1988, p. 154 (betekenis van de term ‘optimale geluidsisolatie’), RvA 6 november 1995, nr. 17.634, BR 1996, p. 348 (wat mag men verwachten van de temperatuur in een ‘tuinkamer’ als als meerwerk wordt aangeboden een zogenaamde ‘comfortverbeterende maatregel’), RvA 21 februari 2006, nr. 26.849 (over de term ‘representatieve uitstraling’), RvA 21 juni 2005, nr. 26.320 (‘maximaal op het uitzicht georiënteerd’), RvA 11 oktober 2001, nr. 22.589 (over de bewoordingen die waren gebruikt voor het beschrijven van de kleur van de gevelstenen), RvA 5 januari 2009, nr. 29.529 (over de betekenis van het woord ‘twee-onder-1-kap’).

62 Zie Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2005a, nr. 652 e.v. en Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287.

63 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 280.

De rechter is vrij in de keuze welke middelen hij gebruikt om de bedoeling der partijen op te sporen.⁶⁴

Art. 1386 oud BW lijkt een verdere uitwerking van art. 1379 oud BW. Dit laatste artikel stelt dat indien een overeenkomst in algemene bewoordingen is gesteld de uitleg beperkt dient te blijven tot wat partijen voornemens waren te regelen.⁶⁵ In *Hoofdstukken Bouwrecht* wordt erop gewezen dat indien één der partijen beweert iets bedoeld te hebben, aan die bedoeling slechts waarde kan worden gehecht indien de wederpartij dit zo heeft kunnen begrijpen.⁶⁶

Als een beding op twee manieren is op te vatten dient dit eerder uitgelegd te worden in de zin waarin het van enige uitwerking kan zijn dan waarin het geen of minder gevolg heeft. Ook deze regel is afkomstig uit het oude BW, en wel uit art. 1380.⁶⁷ Als de uitleg van een clause in het geheel geen of weinig betekenis heeft zou deze uitleg kunnen worden afgewezen als niet aannemelijk. Immers, waarom zouden partijen de clause anders opnemen.⁶⁸ *Hoofdstukken Bouwrecht* noemt nog het enkele beroep dat bij uitleg van de overeenkomst wordt gedaan op de goede trouw, 'een redelijke oplossing,' de ratio of de 'kennelijke vergissing.'⁶⁹ Dit komt zeer weinig voor maar sluit naar mijn mening aan bij de hierboven genoemde uitlegmethoden.

In het geval van gebruik van de model koop-/aannemingsovereenkomst met bijbehorende algemene voorwaarden zal het ten alle tijden gaan om een professionele ondernemer tegenover een niet professionele verkrijger, oftewel een consument. In deze gevallen zal vaak alleen sprake zijn van stukken afkomstig van de ondernemer. Bij de beoordeling van de bedoeling van partijen dient hiermee dus rekening te worden gehouden. Ook moet meegewogen worden dat de verkrijger (doorgaans) ondeskundig is op het gebied van dit soort juridische overeenkomsten én op het gebied van bouwkundige tekeningen en teksten. De uitleg van onduidelijke technische bepalingen of tegenstrijdigheden en de vraag of de verkrijger deze kon en mocht begrijpen wordt hierdoor beïnvloed. De Raad oordeelde in een groot aantal gevallen dat het overgaan van het risico van de verkrijger naar de ondernemer in het bijzonder geldt in gevallen waarbij de tekeningen (of andere contractstukken) voor een ondeskundige verkrijger misleidend hebben gewerkt.⁷⁰

64 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 288.

65 Zie hierover Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 658.

66 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 652.

67 Zie hierover ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 653 en Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287.

68 Zie ook RvA 3 december 1998, nr. 19.517, BR 1999, p. 169.

69 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 659.

70 O.a. RvA 14 maart 1995, nr. 16.961 en RvA 10 mei 2004, nr. 26.333.

4.4.3 Aard van de overeenkomst

Is de bedoeling van partijen niet expliciet duidelijk dan moet een beding worden uitgelegd in de zin die met de aard van de overeenkomst het meest overeenstemt.⁷¹ Deze regel komt overeen met art. 1381 oud BW. Chao-Duivis⁷² meent dat, nu deze uitlegbepaling niet wordt genoemd in *Hoofdstukken Bouwrecht*, deze door de Raad niet gehanteerd wordt. Wel komt hij voor als uitlegmethode bij de gewone rechter. Art. 1381 oud BW vertoont zeer veel overeenkomst met de bepaling van art. 1384 oud BW waar staat dat alle bedingen in de overeenkomst in onderling verband moeten worden gebracht.⁷³ Over dit artikel is slechts één oude uitspraak van de Raad gevonden uit 1931.⁷⁴

Jurisprudentie met betrekking tot de koop-/aannemingsovereenkomst waarbij de aard van de overeenkomst expliciet bij de uitleg van die overeenkomst wordt betrokken, blijkt er weinig te zijn. Zoals in hoofdstuk 3 uitgebreid beschreven, en ook hierboven aangehaald, is duidelijk dat onder de koop-/aannemingsovereenkomst het consumentrechtelijke aspect een grote rol speelt. Consumenten genieten verdergaande bescherming dan andere partijen omdat zij doorgaans ondeskundiger worden geacht. Expliciet is hiervan weinig terug te vinden in de uitspraken van de Raad, impliciet blijkt uitleg van de overeenkomst in het licht van de consumentrechtelijke aard, wel voor te komen. Hieronder volgen enkele voorbeelden.

De aard van de overeenkomst kwam uitdrukkelijk aan bod in RvA 2 mei 2006, nr. 23.787. In dit geschil hadden partijen een aannemingsovereenkomst gesloten met daarop van toepassing de Garantie- en waarborgregeling van het GIW. Arbitr merkt op dat in dit geval geen sprake is geweest van de voor de GIW Garantie- en waarborgregeling ‘typerende verhouding’ tussen ondernemer en verkrijger. Het contract gaat uit van de veronderstelling dat de (leek-) verkrijger niet of nauwelijks betrokken is bij de gang van zaken tijdens de bouw. Arbitr is gebleken dat deze verkrijger juist zeer nauw betrokken is geweest bij zowel de totstandkoming van het ontwerp als bij het bouwproces. Het onderhavige geschil dient volgens arbitr dan ook mede in het licht van deze, van de gebruikelijke modelovereenkomst afwijkende rolverdeling, te worden gezien. Als gevolg hiervan achtte arbitr enkele consumentenbeschermende maatregelen uit de garantie- en waarborgregeling niet op de verkrijger van toepassing. Arbitr liet zien zich bewust te zijn van de aard van de koop-/aannemingsovereenkomst, maar had hier niet veel aan, want de uitleg van de overeenkomst week in dit geval af van de aard van de overeenkomst door de veranderde feitelijke situatie.

Het consumentrechtelijke karakter van de koop-/aannemingsovereenkomst en de consequenties die dit heeft voor de onderzoeksplicht van de verkrijger komt aan bod in RvA 3 november 2003, nr. 23.936. Verkrijger stelt dat een bepaling

71 Zie hierover ook Chao-Duivis & Koning 2001, p. 9.

72 Chao-Duivis & Koning 2001, p. 9.

73 Over 1384 Oud BW: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 655.

74 RvA 1931, nr. 842, Jaarverslag 1931, p. 86.

over uitstelrente⁷⁵ te ingewikkeld is voor een leek.⁷⁶ Arbitrator is van mening dat het argument van verkrijger dat de onderhavige bepaling niet voor alle consument-verkrijgers direct duidelijk is, niet betekent dat het op de weg van ondernemer had gelegen om voor het sluiten van de overeenkomst nog eens uitdrukkelijk te kennen te geven dat de verkrijger uitstelrente over de grondkosten verschuldigd is. Het ligt immers op de weg van (ook) de consument-verkrijger, zeker waar het gaat om een zeer grote aanschaf als een woning, bij voor hem onduidelijke bepalingen in de overeenkomst daarover vóór ondertekening vragen te stellen aan de ondernemer. Verder staan de consument-verkrijger consumentenorganisaties ten dienste die hem over de inhoud van dergelijke overeenkomsten goed kunnen informeren.⁷⁷

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat de Raad, impliciet of expliciet, ook de aard van de overeenkomst meeweegt bij de uitleg van overeenkomsten.

4.4.4 Gebruik

Men kan voor de uitleg van de overeenkomst ook aansluiting zoeken bij datgene wat gebruikelijk is in het land, op de plaats of de tak van handel en nijverheid waarin de overeenkomst is aangegaan.⁷⁸ Vergelijkbaar hiermee is art. 1382 oud BW dat stelt bij de uitleg aansluiting te zoeken bij wat gebruikelijk is.⁷⁹

Bij de koop-/aannemingsovereenkomst zal de plaats niet van grote invloed zijn op de uitleg van de overeenkomst. Bij internationale bouwcontracten kan het gebruik van een land een rol spelen. In het kader van de koop-/aannemingsovereenkomst zal dit probleem zich echter niet vaak voordoen, hoogstens in de grensstreek zal sprake zijn van een grensoverschrijdende overeenkomst waarin landelijke gebruiken een rol kunnen spelen. In de in *Hoofdstukken Bouwrecht* genoemde jurisprudentie⁸⁰ speelt deze regel een rol in samenhang met andere regels. Met betrekking tot gebruiken in een bepaalde tak van handel valt dan in het kader van de model koop-/aannemingsovereenkomst te denken aan een uitleg die overeenstemt met (bouwrechtelijke) consumentenbescherming of de branchegebruiken, zoals o.a. hierboven beschreven. De Raad verwees uitdrukkelijk naar gebruik in een geschil waarin betwist werd of een arbitrale clause was overeengekomen. Hij merkte op ‘wat betreft de koop-/aannemingsovereenkomst is het in het algemeen eerder regel dan uitzondering dat de Raad bevoegd is daaruit voortvloeiende geschillen te beoordelen. Dat verkoopster een en ander in deze anders heeft willen regelen, behoort naar het oordeel van appèlarbiters dan ook duidelijk aan haar wederpartij(en) kenbaar te worden gemaakt.’⁸¹

75 Zie over uitstelrente hoofdstuk 7.

76 Hij lijkt impliciet een beroep te doen op art.6:237 lid 2 BW waarin is opgenomen dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld en dat bij twijfel over de betekenis van een beding, de voor de wederpartij gunstigste uitleg prevaleert.

77 RvA 10 mei 2004, nr. 26.333.

78 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287.

79 Zie Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2005a, nr. 654 voor enkele voorbeelden van uitspraken waarbij het gebruik een rol speelde.

80 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2005a, nr. 654.

81 RvA 15 augustus 2005, nr. 70.934.

Vergelijkbaar waren de overwegingen in een geschil waarin de vraag wat onder het gebruiksoppervlak moest worden verstaan allereerst werd beantwoord aan de hand van hetgeen partijen onder de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze onder het begrip ‘gebruiksoppervlak’ mochten verstaan.⁸² Arbitrator oordeelde vervolgens dat volgens *gangbare maatstaven* het gebruiksoppervlak wordt gemeten tussen de muren van de hoofdconstructie en de gevels, terwijl de gemeenschappelijke leidingkokers niet worden meegerekend.⁸³

4.4.5 Bijschrijven

Het individueel overeengekomene prevaleert boven een uitleg met behulp van datgene wat gebruikelijk is. De regel is dat wat in gedrukte algemene voorwaarden is bijgetypt of bijgeschreven prevaleert in geval van afwijking boven de overige inhoud.⁸⁴ Dit geldt ook voor ‘individuele’ bedingen, ongeacht of zij mondeling zijn overeengekomen dan wel zijn overeengekomen in correspondentie tussen partijen.⁸⁵

Uitzonderingsbepalingen hoeven volgens Hartkamp niet zo beperkt mogelijk te worden toegepast. Of dit zo is, hangt af van de strekking van de regeling. Dit geldt zowel voor wettelijke als voor contractuele regelingen.⁸⁶

Art. 1387 oud BW bepaalt dat indien een overeenkomst een geval of voorbeeld uitdrukt om een verbintenis duidelijk te maken, partijen niet geacht worden de overeenkomst te hebben willen inkorten of beperken tot dat genoemde geval. Uit deze opmerking volgt dus dat redeneringen a contrario altijd gevaarlijk zijn.⁸⁷ Het uitgedrukte geval dient dus slechts als voorbeeld en sluit andere gevallen niet uit. Er is geen jurisprudentie bekend over dit onderwerp.

Opgemerkt moet worden dat, zoals in § 3.3.5 van hoofdstuk 3 al werd beschreven, als gevolg van art. 12 KA afwijken van de overeenkomst ten nadele van de verkrijger nietig is. In diezelfde paragraaf is uitgebreid ingegaan op de rechtskracht van

82 RvA 21 september 1998, nr. 19.566, BR 1999, p. 433. Met betrekking tot de term gebruiksoppervlak overwoog de Raad in het hierboven genoemde geval dat een balkon wél tot het gebruiksoppervlak moest worden gerekend. Dit omdat bij andere appartementen binnen hetzelfde complex het oppervlak van het (dak)terras volgens de verkoopfolder ook tot het gebruiksoppervlak werd gerekend. De op de begane grond gelegen berging werd daarentegen niet meegerekend daar verkrijger er volgens arbitrator niet op bedacht hoefde te zijn dat een in het geheel niet in de overeenkomst genoemd oppervlak bij het gebruiksoppervlak zou horen.

83 De definitie die het Bouwbesluit gaf over het gebruiksoppervlak werd daarbij terzijde geschoven omdat deze zich niet verenigde met deze (wel vermelde) gegevens. In art. 1.1 lid 2 verwijst het Bouwbesluit 2003 naar NEN 2580 die een uitgebreide (zeer technische) berekening geeft van het gebruiksoppervlak en biedt dan ook geen concrete hulp bij het vaststellen van een definitie van dit begrip.

84 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287.

85 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287. Over mondelinge afspraken en de verhouding van deze afspraken tot de eis van schriftelijkheid. Zie § 2 van hoofdstuk 5.

86 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287.

87 Ibid.

deze bepaling en de vraag is of een dergelijke sanctie wel op de wijze zoals neergelegd in art. 12 KA, kan worden afgedwongen. Is dit niet het geval, dan is de hier beschreven uitlegregel die stelt dat het individueel overeengekomen prevaleert boven het gebruikelijke ook van belang voor de model koop-/aannemingsovereenkomst. Zou art. 12 KA, in tegenstelling tot hetgeen is opgemerkt in hoofdstuk 3, leiden tot nietigheid, dan verdient het aanbeveling als er in de overeenkomst wordt bijgeschreven dit bijschrift, om nietigheid te voorkomen, niet ongunstiger te laten zijn voor de verkrijger.

‘Bij schrijven’ in de koop-/aannemingsovereenkomst of algemene voorwaarden kan ook in de vorm van het schrappen van artikelen. Over bij schrijven is geen jurisprudentie bekend, over schrappen doet de Raad wel regelmatig uitspraak in het kader van het financieringsvoorbehoud. Het financieringsvoorbehoud, opgenomen in art. 8 KA, geeft de verkrijger het recht de overeenkomst (kosteloos) te ontbinden als hij geen passende financiering kan vinden.⁸⁸ In een geschil uit 2005⁸⁹ oordeelde de Raad dat het schrappen van art. 8 KA in beginsel ten nadele is van de verkrijger en daarom ‘met argusogen’ moet worden bekeken in het licht van art. 12 KA. De arbiter kwam tot de conclusie dat het schrappen van het voorbehoud niet altijd ten nadele van de verkrijger hoeft te zijn, en in dit geval ook niet was.

4.4.6 Gunstigste optie

Een veel gebezigde vuistregel is dat bij onduidelijkheden of tegenstrijdigheden in de contractstukken uitleg moet plaatsvinden ten nadele van degene die het beding of de overeenkomst heeft bedongen en ten gunste van degene die zich eraan heeft verbonden.

Deze regel wordt in het oude BW gehanteerd in art. 1385 BW. Hartkamp spreekt over uitleg van het beding ten gunste van de niet-professionele verkrijger.⁹⁰ Deze regel is opgenomen in art. 6:238 lid 2 BW in het kader van de wettelijke regeling omtrent algemene voorwaarden en consumentenbescherming. Hierin is samengevat opgenomen dat voor overeenkomsten met consumenten geldt dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn. Is dit niet het geval dan wordt het beding in het voordeel van de consument uitgelegd.⁹¹

Voordat de bescherming van de consument voorrang kreeg bij de uitleg van onduidelijke bepalingen werd in de bouwwereld een discussie gevoerd over de vraag wie wat bedongen had als het ging om modelvoorwaarden zoals de UAV, maar ook de koop-/aannemingsovereenkomst.

De Hoge Raad⁹² oordeelde in 1977 dat het bij professioneel geformuleerde algemene voorwaarden voor de hand ligt dat het beding wordt uitgelegd ten nadele

88 Zie over het financieringsvoorbehoud en het schrappen van art. 8 KA hoofdstuk 6.

89 RvA 13 januari 2005, nr. 25.571.

90 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287. Hij verwijst hierbij naar verschillende uitspraken waaronder de uitspraak HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125.

91 Kort: Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287.

92 HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 (Ram/Matser).

van degene die de voorwaarden *schreef* of *deed schrijven*. De Werkgroep Standaardvoorwaarden in de Bouw pleit er met betrekking tot eenzijdig vastgestelde standaardvoorwaarden voor uitleg van onduidelijkheden ten nadele van degene die de voorwaarden *toepasselijk heeft verklaard*.⁹³

In het geval van de model koop-/aannemingsovereenkomst met algemene voorwaarden gaat het om een door middel van meerzijdig overleg tot stand gekomen overeenkomst.⁹⁴ De Werkgroep doet in het kader van de UAV 1968 een uitspraak over de uitleg van een meerzijdig tot stand gekomen overeenkomst. De Werkgroep is van mening dat bij uitleg van de UAV 1968 in het voordeel van de niet direct bij de totstandkoming betrokkene de evenwichtige afweging van de wederzijdse belangen teniet kan worden gedaan en voorts in strijd kan komen met de eenduidigheid in de uitleg van de standaardvoorwaarden en daardoor met de noodzakelijke rechtszekerheid ten aanzien van de verhoudingen in de bouwwereld. Gelet op de wijze waarop de UAV 1968 materieel tot stand is gekomen ziet zij geen reden om in meer algemene zin de in meerzijdig overleg tot stand gekomen standaardvoorwaarden ten voordele of ten nadele van één der contractanten uit te leggen.⁹⁵ Dit sluit niet uit dat in het concrete geval de goede trouw eraan in de weg kan staan dat een contractant zich op een bepaalde clause beroept.⁹⁶

In *Hoofdstukken Bouwrecht* wordt kritiek geuit op de uitleg door de Werkgroep.⁹⁷ Volgens de auteurs dient ook de uitleg van de standaardvoorwaarden plaats te vinden aan de hand van de uitlegeregels in het oud BW waarin o.a. uitleg plaatsvindt ten nadele van degene die de regel heeft bedongen. In *Hoofdstukken Bouwrecht* wordt er ook, naar mijn mening terecht, op gewezen dat in gevallen waarbij overeenkomsten van aanneming van werk en architectenovereenkomsten van toepassing zijn, beide partijen zowel bedingen als verbinden.⁹⁸ In het geval van de model koop-/aannemingsovereenkomst is dit, weliswaar in veel beperktere mate, ook zo. De ondernemer verbindt zich iets te bouwen, de verkrijger verbindt zich te betalen. En zo zijn nog wel andere voorbeelden van verbinden en bedingen te noemen, denk bijvoorbeeld aan opdrachten tot meerwerk door de verkrijger. De auteurs van *Hoofdstukken Bouwrecht* prefereren een andere term dan 'bedingen' en leggen een specifiek beding dan ook uit ten nadele van degene van wie de formulering afkomstig is.⁹⁹ Volgens hen hanteert de Raad deze methode ook, aan deze bewering wordt een lange lijst uitspraken ten grondslag gelegd welke met name betrekking hebben op andere situaties dan die van de model koop-/aannemingsovereenkomst, waarbij

93 Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw 1981, p. 56.

94 In hoofdstuk 2, § 2.2.6. wordt ingegaan op de vraag hoeveel invloed het tot stand komen in breed overleg heeft op de vraag of de overeenkomst onredelijk bezwarende bedingen bevat.

95 Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw 1981, p. 56.

96 Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw 1981, p. 57.

97 Zie hierover expliciet Van Wijngaarden 2001, *Hoofdstukken Bouwrecht* 12a, nr. 649a, p. 3 en nr. 666, p. 77 en in meer algemene zin de inhoud en opzet van *Hoofdstukken Bouwrecht* 12a.

98 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2005a, nr. 656

99 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2005a, nr. 656.

de overeenkomst en algemene voorwaarden in breed overleg zijn geformuleerd en andere contractstukken doorgaans van de ondernemer afkomstig zijn.¹⁰⁰ Hetzelfde geldt voor onduidelijkheden in de tekeningen, ook deze komen voor risico van degene van wie ze afkomstig zijn.¹⁰¹ Dat is in de situaties waarbij de model koop-/aannemingsovereenkomst wordt gebruikt altijd de ondernemer.

De Raad oordeelde in de lijn wat de auteurs in *Hoofdstukken Bouwrecht* zeggen in een geschil waarin twee strijdige bepalingen waren opgenomen over de kosten van het aansluiten van de nutsvoorzieningen.¹⁰² Arbitreren oordeelt o.a. dat (r.o. 25) de inhoud van de overeenkomst en de algemene voorwaarden niet duidelijk zijn met betrekking tot de vraag voor wiens rekening de kosten van de nutsvoorzieningen komen en dat dit daarom voor rekening van de ondernemer dient te komen. Dat verkrijgers in dit geval geen consumenten zijn, doet daar volgens arbitreren niet aan af. Ook in RvA 31 maart 2006¹⁰³ kwam de Raad tot het oordeel dat als de bepaling onduidelijk was, deze ten nadele van de ondernemer moest worden uitgelegd. De vraag speelde of nu wel of geen schuifpuien waren overeengekomen aan de patiozijde. Arbitreren was van mening dat deze wel waren overeengekomen, en dat anders 'naar het oordeel van arbitreren sprake [was] van een tegenstrijdigheid in deze brochure, die voor rekening van verweerster, van wier zijde de brochure afkomstig was, dient te blijven.' Dit is in lijn met de hierboven besproken hoofdregel in het algemene recht.

Hierboven werden al onder in de paragraaf over de aard van de overeenkomst uitgebreid voorbeelden gegeven waarin de arbiter de consumentrechtelijke aard meenam in zijn uitleg (ten voordele van de verkrijger). Deze uitspraken sluiten ook aan bij de onder dit kopje genoemde regel dat uitleg veelal in het voordeel van de consument moet geschieden bij onduidelijkheden, daar de voorwaarden altijd van de ondernemer afkomstig zullen zijn. Ook bij gebruik van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden zal bij onduidelijkheid over de uitleg van een of meer bedingen rekening moeten worden gehouden met de voor de (consument-) verkrijger meest gunstige uitleg of optie.

4.5 UITLEG VAN DE OVEREENKOMST EN DE PRINCIPLES

Hoofdstuk 5 van de PECL bevat bepalingen omtrent de uitleg van de overeenkomst.¹⁰⁴ In dit hoofdstuk zijn de gemeenschappelijke uitlegeregels van de EU-landen neergelegd.¹⁰⁵ In zeven artikelen, artt. 5:101 t/m 5:107, worden de regels voor uitleg van de overeenkomst uiteengezet. Art. 5:101 en art. 5:102 PECL bevatten de belangrijkste regels aangaande uitleg. In de artikelen 5:103 e.v. worden aanvul-

100 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 656.

101 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a, nr. 670.

102 RvA 27 december 2006, nr. 71.002.

103 RvA 31 maart 2006, nr. 27.435.

104 Over de uitlegeregels in PECL in vergelijking met Nederlands recht zie o.a.: Wissink 2000, p. 465-470, Van Rossum 2006, p. 65-68, kort: Tanja-van den Broek 2002, p. 435.

105 Over deze regels in vergelijking met Engels recht: McKendrick 2004, p. 27-45.

lende richtlijnen gegeven.¹⁰⁶ Het gaat in deze artikelen niet zozeer om regels in de zin van wetgeving maar meer om ‘guidelines.’¹⁰⁷ Welke regels voorrang genieten hangt af van de omstandigheden van het geval.¹⁰⁸ In dat opzicht is er geen verschil met de Nederlandse uitlegregels, die ook het karakter van richtlijnen hebben en geen ‘hard and fast rules zijn’.¹⁰⁹ Het enige verschil is dat de Nederlandse rechter bij hun oordeel altijd de Haviltex-criteria in acht moeten nemen, terwijl de vergelijkbare regel neergelegd in art. 5:101 ook in de PECL een richtlijn is en dus niet altijd in acht genomen hoeven te worden.¹¹⁰

Naast de algemene uitlegregels in hoofdstuk 5, kennen de PECL een voor het Nederlands recht bijzondere regel voor gaten in het contract of zogenaamde implied terms, in art. 6:102 van hoofdstuk 6. De grens tussen omissies, tegenstrijdigheden en onduidelijkheden is, zoals ook al uit de hierboven beschreven situatie in het Nederlandse recht bleek, een vage grens. Of zoals omschreven door Wissink: de grens tussen uitleg of interpretatie van de overeenkomst en het zoeken naar impliciete afspraken (implied terms) in een contract, is niet duidelijk.¹¹¹ De richtlijnen voor interpretatie van zowel hoofdstuk 5 als hoofdstuk 6 van de PECL moeten worden gewogen door de rechter.

Hieronder worden alle artikelen uiteengezet en vergeleken met het hierboven beschreven Nederlands recht. Begonnen wordt met de regels van de artikelen 5:101 t/m 5:107 PECL, daarna wordt ingegaan op art. 6:106 PECL over lacunes in contracten.¹¹²

4.5.1 De uitlegregels van hoofdstuk 5 PECL.

Zoals gezegd bevatten de artikelen 5:101 en 5:102 PECL de belangrijkste regels ten aanzien van uitleg van overeenkomsten.

Art. 5:101 PECL

(1) Een overeenkomst dient te worden uitgelegd overeenkomstig de gemeenschappelijke wil van partijen, ook indien deze verschilt van de letterlijk betekenis van de woorden.

(2) Is aangetoond dat de ene partij de overeenkomst in een bepaalde zin begreep en de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst niet onkundig kon zijn van de wil van de eerste partij, dan dient de overeenkomst te worden uitgelegd zoals begrepen door de eerste partij.

106 Zie ook Busch & Hondius 2002, p. 241.

107 Lando & Beale 2000, p. xxxiv en ook Busch & Hondius 2002, p. 241.

108 Lando & Beale 2000, p. xxxiv.

109 Ook: Wissink 2002, p. 242.

110 Wissink 2002, p. 243.

111 Wissink 2002, p. 241.

112 Een rechtsvergelijkend overzicht van uitleg van overeenkomsten is te vinden in: Zweigert & Kötz 1998, p. 400-409.

(3) Kan geen wil worden aangetoond overeenkomstig lid (1) en (2), dan dient de overeenkomst te worden uitgelegd overeenkomstig de betekenis die redelijke personen van dezelfde hoedanigheid als partijen daaraan in dezelfde omstandigheden zouden geven.

Zoals in de meeste Europese landen ook het geval is, worden bij de uitleg van overeenkomsten volgens de PECL de subjectieve en de objectieve methode gecombineerd.¹¹³ De subjectieve omstandigheden (leden 1 en 2) bestaan uit datgene wat impliciet of expliciet is op te maken uit het contract. De meer objectieve maatstaven (lid 3) worden bepaald door de redelijkheid en billijkheid en de goede trouw.¹¹⁴

In art. 5:101 PECL is als basisregel opgenomen dat de rechter moet kijken naar de ‘common intentions of the parties,’ oftewel wat partijen wilden overeenkomen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

Hierbij moet, evenals in het Nederlands recht (Haviltex) niet alleen gekeken worden naar de letterlijke betekenis van de woorden. Het is zelfs zo dat bij tegenstrijdigheden tussen de tekst en de bedoeling, de bedoeling voor de tekst gaat.¹¹⁵

Het tweede lid spreekt in feite voor zich. Als een partij bij het sluiten van de overeenkomst een bepaalde betekenis toekende aan het contract en de andere partij was hiervan op de hoogte, moet het contract worden uitgelegd volgens de betekenis die de eerste partij eraan toekent.

In de toelichting bij het derde lid van art. 5:101 PECL is opgenomen dat een rechter niet tegen elke prijs op zoek moet gaan naar de bedoeling der partijen. Als een bedoeling niet kan worden gevonden dient het derde lid van art. 5:101 PECL te worden toegepast en moet de rechter de overeenkomst uitleggen naar de bedoeling die ‘reasonable persons placed in the same circumstances would have given to the contract.’

Art. 5:101 PECL moet gelezen worden in samenhang met art. 5:102 PECL. Om de bedoelingen van partijen te achterhalen moet de rechter aandacht besteden aan de relevante omstandigheden zoals weergegeven in art. 5:102 PECL.¹¹⁶ In dit artikel is een niet-limitatieve lijst opgenomen van omstandigheden die kunnen bijdragen aan het vaststellen van de bedoeling der partijen (common intentions of the parties) of de ‘redelijke bedoeling’ van het contract (reasonable meaning).

Art. 5:102 PECL

Bij de uitlegging van de overeenkomst dient in het bijzonder te worden gelet op:

- (a) de omstandigheden waarin ze werd gesloten, inbegrepen de voorafgaande onderhandelingen;
- (b) de gedragingen van partijen, ook na het sluiten van de overeenkomst;
- (c) de aard en de strekking van de overeenkomst;
- (d) de betekenis die partijen reeds aan gelijkaardige bedingen hebben gegeven en de tussen hen gebruikelijke handelwijzen;

113 Lando & Beale 2000, p. 288.

114 Ibid.

115 Ibid.

116 Ibid.

- (e) de betekenis die in de betrokken bedrijfstak gewoonlijk aan de bepalingen wordt gegeven, en de uitleg die gelijkaardige bedingen reeds eerder hebben gekregen;
- (f) gewoonten; en
- (g) de eisen van de goede trouw.

De in dit artikel genoemde omstandigheden zijn vrijwel identiek aan de wegingsfactoren in het Nederlandse recht. Een van de belangrijkste omstandigheden die meegewogen moet worden, en die vergelijkbaar is met het Nederlandse recht (art. 6:248 BW) is het onder g opgenomen ‘good faith and fair dealing.’

In grote lijnen lijken de regels neergelegd in de PECL, in het bijzonder in art. 5:101 PECL, overeen te stemmen met de Nederlandse uitlegregels neergelegd in de Haviltex-uitspraak. Wissink brengt hier enige nuance op aan door te stellen dat de PECL meer de nadruk legt op de gemiddelde/redelijke persoon en het Nederlandse recht meer op de kenbare bedoelingen van partijen.¹¹⁷ Deze andere benadering lijkt echter niet van groot gewicht.¹¹⁸

Art. 5:102 PECL geeft een aantal omstandigheden dat meeweegt in de uitleg, de Haviltex-formule spreekt van ‘alle relevante omstandigheden.’ De omstandigheden van art. 5:102 PECL en de omstandigheden die meewegen bij de Haviltex-formule lopen in de praktijk nauwelijks uiteen.¹¹⁹

In de artikelen 5:103 t/m 5:107 PECL worden nog meer uitlegregels gegeven die ook nauw aansluiten bij de Nederlandse praktijk. De artt. 5:103 en 5:104 PECL hebben met name betrekking op de uitleg van modelvoorwaarden of algemene voorwaarden.

In art. 5:103 PECL¹²⁰ is de contra-proferentemregel neergelegd; de partij die de voorwaarden heeft geschreven of deze gebruikt draagt het risico van onduidelijkheden of omissies.¹²¹ In het Nederlandse recht is deze regel neergelegd in art. 6:238 lid 2 BW en afkomstig uit de Richtlijn oneerlijke bedingen.¹²² De regel heeft specifiek betrekking op modelcontracten en algemene voorwaarden, maar speelt bij de bouw van nieuwbouwwoningen ook een rol bij onduidelijkheden in andere stukken, daar deze vrijwel altijd afkomstig zijn van de ondernemer.

Over apart onderhandelde afspraken die prevaleren boven de standaardtekst van modellen, gaat art. 5:104 PECL.¹²³ Bij dit soort afwijkingen van het model is het redelijk aan te nemen dat deze afwijkingen de bedoeling der partijen weergeeft. Het Nederlandse recht hanteert vrijwel dezelfde regel.¹²⁴ De regel van art.

117 Wissink 2002, p. 246.

118 Ibid.

119 Zie uitgebreid Wissink 2002, p. 248.

120 Art. 5:103 PECL: In geval van twijfel over de betekenis van een niet afzonderlijk onderhandelde bepaling dient deze bij voorkeur te worden uitgelegd in het nadeel van de partij die ze heeft aangebracht.

121 Lando & Beale 2000, p. 294.

122 RL 1993/13/EEG.

123 Art. 5:104 PECL: Bepalingen waarover afzonderlijk onderhandeld is, gaan voor op niet afzonderlijk onderhandelde bepalingen.

124 Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 287.

5:104 PECL gaat zelfs op als de afwijking mondeling is overeengekomen.¹²⁵ Of dit naar Nederlands recht ook zo is, is in ieder geval wat de koop-/aannemingsovereenkomst betreft, de vraag. Als gevolg van de eis neergelegd in art. 7:2 BW dienen koopovereenkomsten van onroerend goed schriftelijk te worden aangegaan. Deze schriftelijkheidseis heeft in ieder geval betrekking op de essentialia van de koop. Zolang de mondelinge overeenkomst geen essentialia bevat is een afwijking van de schriftelijke stukken dus leidend. Meer over mondelinge afspraken en de schriftelijkheidseis naar Nederlands recht en volgens de PECL in hoofdstuk 5, § 2.

In art. 5:105 PECL¹²⁶ is de regel opgenomen dat de uitleg moet geschieden met het oog op het gehele contract. Termen en artikelen dienen coherent te worden uitgelegd. De uitlegregel kan ook worden toegepast of een set van voorwaarden¹²⁷, zoals bijv. de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden samen.

In art. 5:106 PECL¹²⁸ is de regel opgenomen dat bij de uitleg ervan moet worden uitgegaan dat partijen enig effect hebben beoogd met het hun contract. Als een artikel dubbelzinnig lijkt te zijn en op twee manieren geïnterpreteerd zou kunnen worden, enerzijds zodat het geen gevolg meer heeft en anderzijds zodat er wel gevolgen voortvloeien uit de clausule verdient, de uitleg met gevolg de voorkeur. Hetzelfde geldt als een van de uitlegmogelijkheden zou leiden tot een absurd resultaat.¹²⁹

Zowel de regel neergelegd in art. 5:105 als in art. 5:106 PECL wordt ook in het Nederlandse recht toegepast.

Art. 5:107 PECL¹³⁰ gaat over discrepanties tussen contracten opgesteld in meerdere talen, zonder dat een taal als de leidende is aangewezen.¹³¹ Deze uitlegregel is van weinig belang voor de koop-/aannemingsovereenkomst, maar zeer soms komen vertalingen van de tekst van de koop-/aannemingsovereenkomst voor. In dat geval is denkbaar dat de Nederlandse tekst voor gaat omdat het oorspronkelijke model in die taal is opgesteld.

4.5.1.1 Impliciete afspraken of omissies (Hoofdstuk 6 PECL)

Art. 6:102 PECL bevat een regel die nauw aansluit bij de uitlegregels van hoofdstuk 5 en daarom in deze paragraaf behandeld wordt. Hoofdstuk 6 van de PECL gaat over de inhoud van de overeenkomst.

125 Lando & Beale 2000, p. 295.

126 Art. 5:105 PECL: Bepalingen dienen te worden uitgelegd met inachtneming van de gehele overeenkomst waarin ze voorkomen.

127 Lando & Beale 2000, p. 296.

128 Art. 5:106 PECL: Bepalingen dienen bij voorkeur te worden uitgelegd in een zin waarin zij wettig zijn of gevolg hebben, eerder dan in een zin waarin dit niet zo is.

129 Lando & Beale 2000, p. 297.

130 Art. 5:107 PECL: Is een overeenkomst opgesteld in twee of meer talen zonder dat bepaald is dat een van de versies gezaghebbend is, dan heeft, in geval van verschil tussen hen, de uitleg overeenkomstig de oorspronkelijke versie de voorkeur.

131 Meer over deze regel: Wissink 2002, p. 256-257.

Art.6:102 PECL handelt over impliciet in de overeenkomst opgenomen afspraken, ook wel ‘contractual gaps’ genoemd. Als een contract door middel van de uitlegeregels van art. 5:101 kan worden uitgelegd, heeft het geen lacunes. Alleen als de uitlegeregels hoofdstuk 5 geen uitkomst bieden, komt art. 6:102 PECL in beeld.

Art. 6:102 PECL

Naast uitdrukkelijke bepalingen kan een overeenkomst stilzwijgend aangegeve bepalingen bevatten die voortvloeien uit:

- (a) de wil van de partijen;
- (b) de aard en strekking van de overeenkomst;
- (c) de eisen van de goede trouw.

Deze gaten in het contract moeten ingevolge art. 6:102 PECL worden ingevuld met in achtneming van de bedoeling van partijen (a), de aard en het doel van het contract (b) en de redelijkheid en billijkheid (c).

De onder c genoemde richtlijn om gaten in het contract in te vullen houdt in dat de rechter kijkt naar wat partijen, zich gedragend in lijn met redelijkheid en billijkheid, in redelijkheid zouden zijn overeengekomen als ze het probleem wel zouden hebben behandeld.

Art. 6:102 PECL komt in grote lijnen overeen met het Nederlandse art. 6:248 BW over redelijkheid en billijkheid.¹³² Hoewel de artikelen verschillen, is de toepassing en uitkomst ervan vrijwel identiek.¹³³

Uit bovenstaande blijkt dat de uitlegeregels van hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6 PELSC nauw aansluiten bij de uitlegeregels van het Nederlandse recht. Bij toepassing van de PELSC op de koop-/aannemingsovereenkomst zal dan ook nauwelijks een verschil in gehanteerde uitlegmethoden en uitkomst ontstaan.

4.6 RANGORDE BIJ TEGENSTRIJDIGHEDEN IN DE SITUATIE ALS ONDER DE MODEL KOOP-/AANNEMINGSOVEREENKOMST

In het geval van tegenstrijdigheden kan uitleg van de overeenkomst op de wijze zoals beschreven in § 4.2 t/m 4.4 niet altijd uitkomst bieden. In dat geval zal een zekere rangorde tussen contractstukken meer duidelijkheid kunnen geven.

In sommige bouwcontracten wordt er al rekening mee gehouden dat tussen de verschillende op de overeenkomst van toepassing zijnde stukken tegenstrijdigheden kunnen bestaan.¹³⁴ Vooraf wordt dan in de voorwaarden een clause opgenomen die de rangorde van de verschillende stukken bepaalt. Een dergelijke clause

132 Meer over deze regel: Wissink 2002, p. 263-265.

133 Wissink 2002, p. 265.

134 Zie bijv. paragraaf 2 lid 4 en 5 UAV 1989.

is over het algemeen echter verre van bindend.¹³⁵ De model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden kennen een dergelijke regeling niet.¹³⁶

In de situatie als die bij het gebruik van de model koop-/aannemingsovereenkomst, waarbij de ondernemer aan verkrijgers woningen aanbiedt die zo goed als volledig ontworpen zijn door de ondernemer, wordt vaak gewerkt met een (zelfde) type woning dat op verschillende wijzen is uitgevoerd of ingedeeld. Het is dan mogelijk dat de verkoopbrochure deze verschillende opties op verschillende tekeningen aangeeft. Er kunnen zich ook tegenstrijdigheden voordoen in kopersinformatie zonder dat sprake is van ‘versies’ van woningen of verschillende meeropties voor de woning. Zo kunnen tekeningen en technische omschrijvingen of artist impressions en plattegronden verschillen vertonen.

Uit de jurisprudentie en de literatuur is een aantal gezichtspunten te destilleren met behulp waarvan tot een oplossing is te komen wanneer sprake is van tegenstrijdigheden. Achtereenvolgens worden behandeld de onderzoeksplicht van de verkrijgers bij onduidelijkheden en tegenstrijdigheden (§ 4.6.1), de rangorde tussen oude en nieuwe documenten en de bijzondere positie van errata (§ 4.6.2), de rangorde bij strijdigheid van overeenkomst en technische omschrijving (§ 4.6.3), de rangorde bij strijdigheid van de verkoopbrochure en andere stukken (§ 4.6.4), strijdigheid van artist impressions of maquettes met andere stukken (§ 4.6.5) en tot slot de waarde van monster, modellen en modelwoningen (4.6.6).

4.6.1 De onderzoeksplicht van de verkrijger bij tegenstrijdigheden

Bij de vaststelling van de rangorde tussen contractstukken (en dus de uitleg van de overeenkomst), speelt de mate waarin op de verkrijger een onderzoeksplicht rust ten aanzien van de onduidelijkheid, een belangrijke rol. Afhankelijk van het belang dat de verkrijger hecht aan het onderwerp dat door de onduidelijkheid wordt getroffen, rust op de verkrijger ter zake van die onduidelijkheid een onderzoeksplicht naar de werkelijke situatie. Indien de verkrijger aangeeft veel belang te hechten aan bijv. een bepaalde indeling en op verschillende tekeningen andere situaties constateert, is het aan hem hierover een opmerking te maken of een aantekening te laten plaatsen bij de totstandkoming van de overeenkomst.¹³⁷

Uit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage¹³⁸ blijkt dat regelmatig in het kader van tegenstrijdigheden in de contractstukken, door arbiters wordt gekeken

135 Zie hierover Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005b, nr. 677.

136 In een aannemingsovereenkomst tussen consumenten en een aannemer worden nog wel eens zulke bepalingen opgenomen. Zie bijv. RvA 11 december 2006, nr. 28.055, waarin arbiter op basis van de rangorde-regeling concludeerde dat de verkoopbrochure niet voorging op het bestek.

137 RvA 20 juni 2002, nr. 23.795. Vergelijkbaar maar dan over uitleg van de overeenkomst omdat verkrijger meende dat een bepaling in de koop-/aannemingsovereenkomst onbegrijpelijk was voor een leek/consument: RvA 3 november 2003, nr. 23.936.

138 Uit praktisch oogpunt is ervoor gekozen deze paragraaf zo veel mogelijk toe te

naar de omvang van de onderzoeksplicht van de verkrijger. Uit die jurisprudentie blijkt ook dat bovengenoemde regel die stelt dat de omvang van de onderzoeksplicht bepaald wordt door de mate van belang die de verkrijger hecht aan het onderwerp waarover onduidelijkheid is, ook door de Raad wordt gehanteerd. In die lijn oordeelde arbiter in het geval waarin de verkrijger dacht een hoek- of eindwoning te hebben gekocht, maar dit na oplevering niet het geval bleek.¹³⁹ Aangezien de ondernemer de woning nooit verkocht had onder de naam ‘hoekwoning’ had het volgens arbiter op de weg van verkrijger gelegen onderzoek te doen naar de daadwerkelijke situering van de woning.¹⁴⁰ Vergelijkbaar is een geschil over een tuinmuur waarbij sprake was van tegenstrijdige tekeningen in de folder ‘technische omschrijving en verkoopinformatie’.¹⁴¹

In een aantal andere gevallen namen arbiters de onderzoeksplicht wel mee in hun overwegingen maar oordeelden zij dat geen sprake was van een geschonden onderzoeksplicht.¹⁴² Ook geen onderzoeksplicht werd aanwezig geacht in een geschil over onderling tegenstrijdige tekeningen in een verkoopbrochure.¹⁴³

spitsen op de situatie als onder de model koop-/aannemingsovereenkomst, er zal dan ook met name in worden gegaan op jurisprudentie van de Raad van Arbitrage met betrekking tot dit onderwerp.

139 RvA 4 augustus 2003, nr. 24.376.

140 Verkrijger had niet geïnformeerd naar de bouwplannen op het belendende perceel. Bij oplevering bleek de garage van verkrijger aan de garage van de burens vast te zitten. Ondernemer had nimmer aangegeven dat sprake was van een hoek- of eindwoning. Arbiter is van oordeel dat verkrijgers een onderzoeksplicht hebben; het terrein naast hun woning lag braak en zij waren ervan op de hoogte dat ook hier gebouwd zou gaan worden. Arbiter stelt dat als het zo belangrijk was voor verkrijgers een hoek- of eindwoning te kopen, zij juist hiernaar meer onderzoek hadden moeten doen.

141 RvA 3 januari 2005, nr. 27.087. Aan de buitenkant van de folder is als terrasbegeering een spouwmuur getekend voor een buiten-binnensituatie. Aan de binnenkant van de folder is op die plaats geen binnenruimte bij de burens en ook geen muur weergegeven. Verkrijgers dachten op basis hiervan recht te hebben op een gemetselde geïsoleerde muur in de tuin als erfafscheiding met de tuin van de burens. Arbiter is van oordeel dat op basis van deze informatie een dergelijke muur niet is overeengekomen en dat verkrijger hiernaar onvoldoende onderzoek heeft gedaan.

142 RvA 3 november 1999, nr. 21.146, BR 2000, p. 146 (Arbiter oordeelde dat indien in de overeenkomst de kadastrale nummers worden vermeld dit voor de verkrijger geen onderzoeksplicht met zich brengt om de tekeningen op te vragen en na te gaan welk deel hem nu werkelijk in eigendom zal worden overgedragen.) RvA 28 januari 2004, nr. 70.689 (Sprake was van onderlinge tegenstrijdigheid in de contractstukken omtrent de uitvoering van een bordestappetje. Appèlarbiters waren van oordeel dat verkrijgers hebben mogen afgaan op de meest duidelijke tekening in de brochure, welke naar het oordeel van arbiter de plattegrond van de woning is. De tekening is naar het oordeel van arbiter zo eenduidig dat deze onmogelijk twijfel kan hebben opgeroepen bij verkrijgers. Had de tekening wel twijfel opgeroepen dan was nadere inspectie van de brochure op zijn plaats geweest. Ondernemer wordt veroordeeld de trap alsnog uit te voeren op de wijze zoals vermeld op de plattegrond).

143 RvA 28 januari 2004, nr. 70.689.

Geconcludeerd kan worden dat onder de koop-/aannemingsovereenkomst, evenals onder het algemeen verbintenissenrecht bij de vaststelling van de betekenis van tegenstrijdige informatie, de onderzoeksplicht van de verkrijger een belangrijke rol speelt, de jurisprudentie heeft naar zijn aard een casuïstisch karakter.

4.6.2 Oude en nieuwe documenten: Errata

Een bijzondere positie onder de contractstukken neemt het erratum in. In een erratum wordt een correctie gegeven van een in een folder of ander contractstuk beschreven situatie of werkwijze. Errata komen zeer veelvuldig voor. Deze kunnen gebruikt worden ingeval verschillende documenten tegenstrijdige informatie bevatten, of als achteraf blijkt dat er een fout in de folder is gesloten of toch een wijziging in het bouwplan moet plaatsvinden. De regel ‘nieuw voor oud’ is er een die bij uitstek van toepassing is op errata.

Errata die vóór ondertekening van de koop-/aannemingsovereenkomst worden verstrekt, zijn in principe deel van de overeenkomst en gaan boven de in het gecorrigeerde document genoemde situatie of werkwijze.¹⁴⁴ Om bewijsproblemen te voorkomen moet in andere contractstukken verwezen worden naar het betreffende erratum¹⁴⁵ of moet het erratum worden ondertekend of geparafeerd.¹⁴⁶

Errata die na het sluiten van de overeenkomst worden uitgegeven hebben geen rechtskracht tenzij verkrijgers het erratum uitdrukkelijk aanvaardden.¹⁴⁷ Dit kan door bijv. ondertekening van het erratum door beide partijen of door het bevestigen van de rechtskracht van het erratum in een (aangetekende) brief aan de ondernemer. Een voorbeeld: in geschil¹⁴⁸ waarin de rangorde tussen de verkoopfolder en een later toegevoegd erratum speelde, oordeelde de Raad dat daar waar de koop-/aannemingsovereenkomst eerder was gesloten dan de datum waarop het erratum was rondgestuurd het erratum geen deel uitmaakte van de overeenkomst. Daaraan deed niet af dat ondertekening van de aktes in sommige gevallen na het verzenden

144 O.a. RvA 13 maart 2006, nr. 26.836, RvA 22 januari 1999, nr. 21.031, RvA 4 april 2003, nr. 25.141, een aantal van de verkrijgers uit RvA 1 oktober 2003, nr. 25.793.

145 Dit gebeurde in RvA 1 oktober 2003, nr. 25.793.

146 In RvA 2 november 2005, nr. 27.913 werd voordat de overeenkomst werd gesloten het erratum bij de verkoopbrochure gevoegd omdat de informatiebrochure en de verkoopbrochure tegenstrijdigheden bevatten. Door verkrijgers werd het erratum ondertekend, maar volgens hen wel onder voorbehoud dat later over de in het erratum genoemde wijziging zou worden gesproken. Arbitreren achtte echter het erratum deel van de overeenkomst en kon hieruit niet opmaken dat het tekenen onder voorbehoud had plaatsgevonden. Het erratum was derhalve geldend.

147 Zie bijv. RvA 5 oktober 1998, nr. 18.676. In RvA 22 januari 1999, nr. 21.031 moest voor het erratum worden getekend. Slechts enkele verkrijgers hadden dit erratum ontvangen voor of tijdens het tekenen van de koop-/aannemingsovereenkomst of hiervoor naderhand getekend. Ook stelden in RvA 1 oktober 2003, nr. 25.793 enkele verkrijgers het erratum niet te hebben ontvangen. Ondernemer kon niet bewijzen dat dit wel zo was.

148 RvA 5 oktober 1998, nr. 10.676.

van het erratum plaatsvond. De tussen partijen bereikte wilsovereenstemming was namelijk daarvoor al een feit.

Als het erratum geen onderdeel van de overeenkomst is, is sprake van een wijziging ten opzichte van het (aanvankelijk) overeengekomene. In die gevallen heeft de verkrijger recht op schadevergoeding of herstel als de wijziging niet voldoet aan de in art. 4 AV of 6 AV gestelde eisen.¹⁴⁹ Het wel aanvaarden van een erratum, bijv. door ondertekening, kan gevolgen hebben voor het recht op schadevergoeding.¹⁵⁰

4.6.3 Strijdigheid overeenkomst met technische omschrijving

De koop-/aannemingsovereenkomst kent het woord ‘bestek’ niet en spreekt van een technische omschrijving. De technische omschrijving is een vereenvoudigde versie van wat onder de UAV 1989 vaak als bestek wordt aangeduid.¹⁵¹ In jurisprudentie over de koop-/aannemingsovereenkomst wordt vaak het woord bestek gebruikt terwijl dan de technische omschrijving zal zijn bedoeld.

De hoofdregel bij tegenstrijdigheden tussen technische omschrijvingen en de overeenkomst is: Een speciaal technisch voorschrift prevaleert boven een algemene omschrijving.¹⁵² Dus meer gedetailleerdere uitwerkingen van bepalingen in de overeenkomst, opgenomen in de technische omschrijving of andere contractstukken, gaan vóór de bepaling in de overeenkomst of algemene voorwaarden. In dat geval is over het algemeen geen sprake van strijdigheid.

Is een bepaling in de technische omschrijving strijdig met een qua gedetailleerdheid vergelijkbare bepaling in de overeenkomst of algemene voorwaarden, dan prevaleert in het algemeen de overeenkomst.¹⁵³ In *Hoofdstukken Bouwrecht* wordt deze stelling onderbouwd met veel rechtspraak omtrent de UAV 1968 en 1989 en strijdigheden met bestekken, de lezer zij verwezen naar dat overzicht.¹⁵⁴

In par. 2 lid 4 en 5 van de UAV 1989 wordt, zoals reeds eerder opgemerkt, bepaald dat bij verschillen tussen UAV en bestek, de UAV prevaleert, tenzij uitdrukkelijk in het bestek is opgenomen dat de bepaling een bewuste afwijking van de UAV is en voorrang heeft boven de UAV. De koop-/aannemingsovereenkomst kent een dergelijke regeling niet, integendeel, in art. 12 KA is opgenomen dat afwijken van de modelovereenkomst ten nadele van de verkrijger zonder toestemming van de waarborgende instelling, nietig is. In § 3.3.5 van hoofdstuk 3 is reeds uitgebreid ingegaan op deze bepaling en is in twijfel getrokken of een bepaling als art. 12 KA wel thuishoort in de model koop-/aannemingsovereenkomst en of

149 Vergelijk RvA 5 februari 1997, nr. 18.840, RvA 22 januari 1999, nr. 21.031.

150 Wel kan de verkrijger nog recht hebben op verrekening van minderwerk.

151 par. 1 lid 1 UAV 1989.

152 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005b, nr. 667. De regel is afkomstig van jurisprudentie omtrent de UAV en de strijdigheid tussen overeenkomsten en bestekken.

153 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005b, nr. 686.

154 Ibid.

de bepaling wel nietigheid als sanctie kan hanteren. Wordt aangenomen dat art. 12 KA geen rechtskracht heeft, dan kan op basis van de in deze paragraaf behandelde hoofdregel ten aanzien van tegenstrijdigheden tussen overeenkomst en technische omschrijving aangenomen worden dat een meer gedetailleerde technische omschrijving prevaleert boven de overeenkomst. Bij strijdigheid van een meer algemene bepaling in de technische omschrijving met een qua gedetailleerdheid vergelijkbare omschrijving uit de model- overeenkomst of algemene voorwaarden, prevaleren de overeenkomst en algemene voorwaarden boven de technische omschrijving.

4.6.4 Strijdigheid verkoopbrochure met andere stukken

Bij tegenstrijdigheden tussen technische omschrijving en de verkoopbrochure speelt veelal ook de vraag of de brochure wel deel uitmaakt van de overeenkomst. De vraag of een document deel uitmaakt van de overeenkomst is uitgebreid aan bod gekomen in § 3.3.4 van hoofdstuk 3 en wordt dan ook niet verder behandeld.

Ervan uitgaande dat een brochure onderdeel van de overeenkomst is, rijst de vraag hoeveel waarde aan de brochure mag worden gehecht. Veelal zal een brochure een rooskleuriger beeld schetsen dan de (soms later overeengekomen) technische omschrijving. De vraag is dan welke stukken voorrang genieten. Uit jurisprudentie van de Raad valt op te maken dat in een aantal gevallen aan informatie in verkoopbrochures rechten kunnen worden ontleend, ondanks tegenstrijdigheden met andere stukken.

In een geschil uit 1992¹⁵⁵ oordeelde de Raad dat nu de verkoopbrochure en het kopersbestek twee verschillende opties vermeldde de verkoopbrochure als leidend moest worden beschouwd daar ten tijde van de verkoop van de woning alleen de verkoopfolder ter beschikking was gesteld.¹⁵⁶

In een ander geval, waarbij de overeenkomst twee mogelijkheden ten aanzien van een woningscheidende wand aangaf, oordeelde de Raad dat nu de ondernemer kort voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de verkrijger een verkoopfolder had doen toekomen met daarin uitdrukkelijk de uitvoering van de woningscheidende wand vermeld, deze verkoopfolder als leidend moest worden beschouwd.¹⁵⁷

Bij een tegenstrijdigheid tussen een in de verkoopfolder aangegeven spouwmuur en een in het bestek aangegeven bouwmuur werd door arbiter geoordeeld dat de verkrijger deze tegenstrijdigheid niet had hoeven onderkennen en op de verkoopfolder mocht afgaan.¹⁵⁸

Een ander geval betrof de rangorde tussen de verkoopbrochure en de splitsingsakte.¹⁵⁹ Verkrijgers meenden op basis van de verkoopfolder een appartement

155 RvA 13 februari 1992, nr. 15.262, BR 1992, p. 419.

156 Vergelijk § 3.3.4.3 van hoofdstuk 3.

157 RvA 7 maart 1984, nr. 10.816, BR 1984, p. 747.

158 RvA 1974, nr. 7237, Jaarverslag 1974, p. 107.

159 RvA 7 mei 1998, nr. 19.799.

te hebben gekocht met boven hen een vrij dak. Later bleek dat als gevolg van een meerwerkopdracht de bovenburen een betegeld terras zouden krijgen en dat daardoor van een vrij dak geen sprake zou zijn. Als bewijs voor de legitimiteit van deze meerwerkopdracht legt de ondernemer de splitsingsakte van de appartementen over. Verkrijgers menen dat zij op basis van de verkoopbrochure recht hebben op een vrij dak zonder dakterras. Arbitreren stelt vast dat de verkoopbrochure als technische omschrijving als bedoeld in de koop-/aannemingsovereenkomst heeft te gelden. Aangezien ondernemer geen door partijen gewaarmerkte splitsingsakte heeft overgelegd, oordeelt arbitreren dat deze niet tot de contractstukken behoort. Tevens stelt arbitreren dat zelfs al is de splitsingsakte bij transport getoond, de verkrijgers dan nog niet opmerkzaam zijn gemaakt op een wijziging ten opzichte van de verkoopbrochure.

De algemene lijn die uit bovenstaande uitspraken valt te destilleren is dat de verkoopfolder rechtskracht heeft als het de enige bron van informatie is vlak voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst of als de informatie zeer gedetailleerd of zeer duidelijk is.¹⁶⁰

4.6.5 Strijdigheid stukken met artist impressions of maquettes

Regelmatig komt het voor dat maquettes of artist impressions worden geproduceerd om de verkrijger een beter of realistischer beeld van zijn aankoop te geven. Artist impressions geven in getekende of geschilderde vorm een beeld van de toekomstige situatie. Ook maquettes op de makelaars- of verkoopkantoren en billboards langs de weg of bij het project schetsen een dergelijk beeld.

Ook al zijn artist impressions en maquettes bedoeld om een beter beeld van de woning te geven, zij zijn bronnen van verwarring en misverstand. Deze verwarring ontstaat doordat impressietekeningen een speciale status genieten binnen het scala aan contractstukken. Enerzijds hebben zij beperkte betekenis als zij (officieel) deel uitmaken van de overeenkomst, anderzijds hebben zij ook betekenis als ze niet officieel deel uitmaken van de overeenkomst.

Voor zowel artist impressions als maquettes gelden de in § 3.3.4 van hoofdstuk 3 genoemde regels, erop neerkomende dat als naar deze wordt verwezen of ze zijn ondertekend zij deel uitmaken van de overeenkomst. Zo zijn bijv. artist impressions meestal opgenomen in folders of verkoopbrochures. Zijn deze folders onderdeel van de overeenkomst dan kan aan de artist impression in de folder ook betekenis toekomen. Welke betekenis hangt wederom af van de uitleg van de overeenkomst.

Vragen die in de jurisprudentie regelmatig aan bod komen, hebben betrekking op de rangorde van de impressietekeningen ten opzichte van andere stukken bij tegenstrijdigheden en op de status of waarde van de stukken als zelfstandige bron van de inhoud van de overeenkomst. Beide onderwerpen zijn nauw met elkaar verweven maar worden hieronder zoveel mogelijk afzonderlijk uiteengezet.

160 Zie ook § 3.3.4.3 van hoofdstuk 3.

4.6.5.1 De zelfstandige waarde van artist impressions

Aan de hand van jurisprudentie van de Raad wordt een beeld geschetst van de waarde die verkrijgers aan artist impressions mogen hechten. Uit deze uitspraken van de Raad blijkt dat de Raad in het ene geval wel, en in het andere geval niet een beroep op een artist impression of maquette honoreert. Uit de volgende drie uitspraken valt in meer algemene zin op te maken welke waarde aan artist impressions mogen worden gehecht.

Het eerste geschil is uit 2005. Hierin oordeelde de Raad dat verkrijgers waakzaam moeten zijn en niet zonder meer op de indruk van de artist impression mogen afgaan.¹⁶¹ In het tweede geschil werd over artist impressions gezegd dat een in de verkoopfolder opgenomen perspectieftekening met zich brengt dat de verkrijger erop mag vertrouwen dat de indruk die door de tekening werd gewekt *in grote lijnen* [cursief EB] in overeenstemming zou zijn met de werkelijkheid, dit ondanks de mededeling in de brochure dat deze tekeningen alleen bedoeld waren om een indruk te geven. In dit geschil speelde ook mee dat in geen enkel ander (contract) stuk desbetreffende uitvoering was af te leiden.¹⁶²

Uit de derde uitspraak uit 2000¹⁶³ valt het volgende algemene gezichtspunt af te leiden: verkrijger was van mening dat de gevel anders was uitgevoerd dan op de artist impression. Arbitreren vermeldde in zijn uitspraak het volgende: In de verkoopbrochure was opgenomen dat aan de maquettefoto's geen rechten konden worden ontleend en ook 'dat in het algemeen aan dergelijke afbeeldingen slechts een indicatieve waarde moet worden toegekend, welke van betekenis kan zijn indien de technische omschrijving en de tekening onvoldoende duidelijkheid verschaffen.' Arbitreren oordeelde niet over de vraag of deze tekeningen ook echt alleen indicatieve waarde hadden. Hij stelde slechts dat in dit geval geen sprake was van onvoldoende duidelijkheid in de technische stukken en dat verkrijger daardoor een andere gevel had verkregen dan hij mocht verwachten op basis van de contractstukken.

De Raad hechtte ook (zelfstandige) waarde aan een artist impression in een geschil waarbij verkrijgers uit andere stukken geen tegenstrijdige of andere informatie konden opmaken. De Raad oordeelde dat het vertrouwen van verkrijgers op de artist impression terecht was. Verrijgers meenden recht te hebben op een parkeerplaats op hun privéterrein.¹⁶⁴ Deze uitspraak is in lijn met de regels omtrent de inhoud van de overeenkomst die reeds in hoofdstuk 3 aan bod kwamen.

161 RvA 10 augustus 2005, nr. 70.893.

162 RvA 5 februari 1997, nr. 18.609, BR 1997, p. 1038, arbiter kent een schadevergoeding toe van f 4.000,-. Vergelijkbaar maar in andere context: RvA 13 februari 1992, nr. 15.262, BR 1992, p. 419.

163 RvA 6 september 2000, nr. 20.592.

164 RvA 20 september 2005, nr. 26.813 en RvA 8 augustus 2005, nr. 26.813: Bij het sluiten van de overeenkomst is aan hen een verkoopbrochure overhandigd waarin in de artist impression voor de garage een geparkeerde auto is weergegeven. Ook is in de verkoopbrochure een situatieschets opgenomen waaruit de ligging van de woning kan worden afgeleid. Op de situatieschets was geen schaalverdeling aange-

De Raad oordeelde dat kopers geen rechten konden ontlenen aan de artist impressions in de volgende gevallen:

In een geschil¹⁶⁵ over de afstand tussen een waterpartij en de grens van het perceel oordeelde de Raad dat de geschilderde afbeelding op een reclamebord zo grofschalig en weinig gedetailleerd was dat hieruit niet kon worden afgeleid op welke afstand van het water de perceelsgrens liep.

Verkrijgers van een appartementencomplex aan de rivier meenden in een ander geschil op basis van de maquette en de artist impression in de verkoopbrochure dat ze uitzicht zouden hebben op de rivier.¹⁶⁶ Na oplevering bleek echter een door de gemeente aangeplante bomenrij het uitzicht op de rivier te belemmeren. Ondernemer is van mening dat verkrijgers hier geen rechten aan kunnen ontlenen omdat het een artist impression betreft, en omdat zij bij bezichtiging van het bouwterrein reeds de situatie met de bomen hebben waargenomen. Arbiters deelt de mening van de ondernemer. Verkrijgers hadden in redelijkheid niet mogen afgaan op de tekeningen en de maquette, temeer daar onbetwist vaststaat dat ze zich van de bestaande situatie op de hoogte hebben gebracht.

In een geschil uit 2001 speelde een aantal opgenomen 'clausules van niet-bindendheid' naast de artist impression een rol.¹⁶⁷ Op de brochure die verkrijgers ontvingen, werd naast het appartementencomplex een vijver getoond. Deze werd uiteindelijk niet geleverd. Bij de tekening was een voorbehoud gemaakt bij het 'schilderij'. Hierin stond: 'de groenvulling en de omgeving op de afbeelding berusten op fantasie van de kunstenaar. Het gebouw zelf is zo realistisch mogelijk weergegeven, hoewel kleuren kunnen afwijken.' In het document waren daarnaast nog meer clausules opgenomen die aangaven dat aan de artist impression geen rechten konden worden ontleend.¹⁶⁸ Wat wellicht een rol kan hebben gespeeld in dit oordeel is dat het in de artist impression ging om de inrichting van het gebied dat buiten het perceel van het complex viel en dat verkrijgers hadden kunnen begrijpen dat ondernemer hier geen invloed op kon uitoefenen.¹⁶⁹

bracht en de schets was niet dusdanig gedetailleerd dat op basis daarvan kan worden geconcludeerd dat de in de artist impression weergegeven auto niet geparkeerd kon worden. Een op een informatieavond verkregen situatieschets die wel de exacte maten van de voortuin weergaf, bevestigde het beeld van de artist impression, namelijk dat verkrijgers voor de garage een ruime parkeerplaats mochten verwachten. Arbiters waren van oordeel dat verkrijgers erop mochten vertrouwen dat zij gemakkelijk een auto met gebruikelijke afmetingen voor de garage konden parkeren. Er paste nu alleen een kleine auto.

165 RvA 9 april 2002, nr. 70.558.

166 RvA 7 september 2001, nr. 21.917. Hoger beroep: RvA 28 januari 2004, nr. 70.620.

167 RvA 5 juni 2001, nr. 22.071.

168 Op de tekeningen was geen vijver vermeld. Kadastraal behoorde het terrein van de vijver toe aan de gemeente die daar een fietspad en sloot heeft neergelegd met daaronder leidingen. O.a. op basis van de clausules komt arbiters tot de conclusie dat aan de tekening op de voorkant geen rechten kunnen worden ontleend.

169 Hetzelfde geldt voor clausules van niet-bindendheid, die hebben vrijwel alleen rechtskracht als zij de inrichting van het openbaar gebied betreffen. Meer hierover

Een curieus geval betrof een geschil uit 1999 waar de ondernemer een beroep deed op de artist impression. Hierop was het kleine keukenraam op gelijke hoogte met het grote raam afgebeeld. Dit in tegenstelling tot de detailtekening en een technische tekening die ook gebruikt was ter verkrijging van de bouwvergunning. Hierop stond het kleine raam hoger afgebeeld. De ondernemer leverde het huis vervolgens op met ramen op gelijke hoogte en stelde dat verkrijgers op basis van de artist impressions hadden moeten doorvragen en hadden mogen verwachten dat een en ander er zo uit zou zien. Arbitraris verwierp dit verweer, mede omdat onder de artist impression was opgenomen dat aan de tekening geen rechten konden worden ontleend.¹⁷⁰ Ook kan meegespeeld hebben dat de artist impression strijdig was met (een aantal) andere contractstukken.

Uit bovenstaande uitspraken valt op te maken dat verkrijgers niet te veel waarde mogen hechten aan artist impressions of maquettes maar dat zij er wel vanuit mogen gaan dat deze in grote lijnen overeenstemmen met de werkelijkheid. Indien geen andere stukken deel uitmaken van de overeenkomst waaruit meer of tegenstrijdige informatie valt af te leiden kan aan een artist impression meer waarde worden gehecht. Geen waarde komt toe aan artist impressions wanneer de werkelijke situatie afwijkt van de sfeertekening, wanneer het gaat om invulling van het buitengebied, of wanneer het gaat om details die moeilijk uit de betreffende tekening zijn af te leiden.

4.6.5.2 Strijdigheid van artist impressions of maquettes met andere stukken

Het is geen vaste regel dat de technische omschrijving vóór de impressietekeningen gaat. De Raad neemt o.a. in aanmerking het stuk waarnaar de niet-deskundige verkrijger in de eerste plaats zal kijken. Dat kan soms de technische omschrijving zijn en soms de tekening.¹⁷¹

Zo prevaleerde een artist impression eens boven een technische omschrijving onder andere doordat de technische omschrijving onvolledig en onduidelijk was.¹⁷² In een ander geval oordeelde de Raad bij een discrepantie tussen de tekeningen in de verkoopbrochure en een zogenaamde artist impression van de woning dat meer betekenis moet worden toegekend aan de tekeningen in de brochure. Daarbij moet rekening worden gehouden dat in de betreffende zaak ook duidelijk bij de artist impression was vermeld dat hieraan geen rechten konden worden ontleend.¹⁷³ Als in andere stukken sprake is van meer gedetailleerde informatie dan de artist impression gaan die voor.¹⁷⁴

hoofdstuk 9 over wijzigingen.

170 RvA 3 november 1999, nr. 21.685.

171 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2005b, nr. 691.

172 RvA 28 december 1995, nr. 17.421.

173 RvA 3 november 1999, nr. 21.685, BR 2000, p. 148. Over de status van dergelijke clausules van niet-bindendheid bij tekeningen gaat uitgebreid hoofdstuk 9 over wijzigingen.

174 O.a. RvA 20 september 2005, nr. 26.813, impliciet af te leiden uit RvA 19 april

Uit bovenstaande uitspraken blijkt ten eerste dat artist impressions een indicatie geven van de uitvoering van het huis, dat de werkelijkheid ‘in grote lijnen moet overeenstemmen met deze tekeningen’ en dat ze vooral als aanvulling op andere stukken gebruikt kunnen worden. Dit neemt niet weg dat zij ook zelfstandige betekenis kunnen hebben, en geen aanvullende functie meer vervullen bij strijdigheden met andere stukken. Deze situatie zal zich niet vaak voordoen aangezien andere documenten vaak gedetailleerder of duidelijker zullen zijn.

Ten tweede blijkt uit de uitspraken dat artist impressions beperkte waarde hebben als het gaat om de inrichting van de buitenruimte. Dit geldt zowel voor inrichting op als buiten het terrein van de woning, tenzij in andere stukken naast de artist impression ook voorzieningen in de tuin of daarbuiten worden genoemd of hiervoor betaald is. Daarnaast kunnen aan artist impressions geen rechten worden ontleend voor zover zij niet overeenstemmen met de bestaande situatie.

4.6.6 Waarde van monsters, modellen en modelwoningen

Bij de bouw van nieuwbouwwoningen wordt niet vaak gebruik gemaakt van zogenaamde monsters, proefstukken of modellen of modelwoningen om te laten zien hoe een woning of een bepaald onderdeel van een woning uitgevoerd gaat worden. Het komt echter wel eens voor dat monsters of modelwoningen worden getoond. Dit gebeurt meestal om gevelstenen of tegels in de badkamer of keuken te laten zien. Daarnaast komt het in zeer zeldzame gevallen voor dat modelwoningen worden gebouwd om (potentiële) kopers te interesseren. Dit komt voornamelijk voor bij de bouw van recreatiewoningen op (grotere) recreatieterreinen. De vraag die in die gevallen moet worden beantwoord is uiteraard wat de status van een dergelijk monster of model is. De koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden regelen niets als het gaat om monsters of modelwoningen. Het kan voorkomen dat naar monsters of de modelwoning wordt verwezen in de contractstukken. In dat geval kunnen zij deel uitmaken van de overeenkomst, maar dit komt maar zelden voor.¹⁷⁵

Om te weten hoe met modellen en monsters moet worden omgegaan als er niet naar wordt verwezen in de overeenkomst, moet worden teruggevallen op het Burgerlijk Wetboek. Het vierde lid van art. 7:17 BW geeft bijzonderheden voor het geval een model (of monster) is getoond. Dit artikel is opgenomen in de Titel Koop van Boek 7.

Of een beroep op art. 7:17 BW open staat is afhankelijk van de vraag of art. 7:17 BW van toepassing is op de (gehele) koop-/aannemingsovereenkomst. Dit is het geval als de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is in de zin van art. 6:216 BW en art. 7:17 lid 4 BW niet, niet ‘wel verenigbaar is met de bepalingen van de titel aanneming van werk. Vooralsnog heeft de Raad

1984, nr. 10.889, BR 1984, p. 917.

175 Het kwam wel voor in RvA 11 oktober 2001, nr. 22.589. Hier werd in de technische omschrijving in de verkoopbrochure verwezen naar een baksteen van appelbloesem/geel ‘volgens monster goedkeuring gemeente/directie’.

de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is, ontkennend beantwoord. In hoofdstuk 3, § 3.2.4 kwam dit onderwerp reeds uitgebreid aan bod. Als gevolg van het feit dat de koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is, is Titel 7.1 niet van toepassing op het aannemingsgedeelte (de bouw van de woning) van de overeenkomst.¹⁷⁶

Om drie redenen wordt toch ingegaan op artikel 7:17 lid 4 BW. Allereerst omdat zowel de koop-/aannemingsovereenkomst als Titel 7.12 niets regelen met betrekking tot monsters en modellen. Ten tweede omdat de bepalingen van artikel 7:17 lid 4 BW niet strijdig zijn of ‘niet wel verenigbaar’ met de bepalingen van Titel 7.12. Mocht de Raad tot de conclusie komen dat de koop-/aannemingsovereenkomst wel een gemengde overeenkomst is, zoals betoogd in hoofdstuk 3, dan is de bepaling van artikel 7:17 lid 4 BW van belang nu de koop-/aannemingsovereenkomst zelf niets regelt op dit punt. Dit in tegenstelling tot de andere leden van artikel 7:17 BW, die sowieso niet van toepassing zijn op de koop-/aannemingsovereenkomst nu de overeenkomst de in de andere leden van artikel 7:17 BW geregelde zaken, wel (uitputtend) regelt. Ten derde omdat de bepalingen van artikel 7:17 lid 4 BW analoog op de koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing kunnen zijn.

4.6.6.1 Monsters en modellen en het BW

Zoals gezegd worden de monsters en modellen behandeld in art. 7:17 lid 4 BW.¹⁷⁷ Volgens dit artikel is het zo dat als een monster of model getoond is, de zaak met dat monster of model moet overeenstemmen. Dit tenzij dit monster slechts als aanduiding werd verstrekt zonder dat de zaak daaraan hoefde te beantwoorden. Uitleg van de overeenkomst moet dan vaststellen of het monster als aanduiding werd verstrekt.¹⁷⁸

Niet altijd is duidelijk voor een koper of een bij het sluiten van een overeenkomst getoond exemplaar als model heeft te gelden dan wel dat het een meer beperkte functie heeft. Zo oordeelde de rechter al eens dat geen sprake was van een ‘bindende vaststelling van de eigenschappen van het te leveren goed.’¹⁷⁹ Er was wel een monster getoond maar dit diende slechts als zogenaamd showmonster, bestemd om een globale indruk te geven van het aangeboden. De uitspraak sloot aan bij de slotzin van art. 7:17 lid 4 BW ‘tenzij dit monster slechts als aanduiding werd verstrekt.’

Welke status een getoond monster heeft en of het monster dus slechts dient als aanduiding dan wel een verstrekkender betekenis heeft, hangt sterk af van de omstandigheden waaronder het monster is getoond en welke andere gegevens zijn verstrekt. Een verwijzing in de contractstukken naar een monster is bijv. een zeer

176 Zie m.b.t. monsters en modellen en de vraag of art. 7:17 lid 4 BW op de koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing is o.a. ook RvA 8 mei 2001, nr. 22.019.

177 Art. 7:17 lid 4 BW: Is aan de koper een monster of model getoond of verstrekt, dan moet de zaak daarmee overeenstemmen, tenzij het slechts bij wijze van aanduiding werd verstrekt zonder dat de zaak daaraan behoefde te beantwoorden.

178 Vergelijkbaar: Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 110.

179 Kantongerecht 's-Hertogenbosch 26 augustus 1974, Prg 1975, p. 958.

sterke aanwijzing dat het monster niet als aanduiding heeft te gelden, tenzij de overeenkomst uiteraard anders vermeldt.¹⁸⁰ Verder kunnen verstrekte kleurnummers die een veel preciezere omschrijving geven dan het monster, het vermoeden doen rijzen dat het monster slechts een beperkte functie had. In dat geval prevaleert de meer gedetailleerde omschrijving.¹⁸¹

Wanneer een monster of model is getoond of verstrekt legt art. 7:17 lid 4 BW de bewijslast inzake de functie van dat monster bij de verkoper.¹⁸² Het is dan aan de verkoper te bewijzen wat de functie van het getoonde model was.¹⁸³ Weer moet uitleg van de overeenkomst bij het bewijzen van de functie van de modelwoning uitkomst bieden.

4.6.6.2 Monsters en modellen onder de koop-/aannemingsovereenkomst

De Raad van Arbitrage heeft de afgelopen jaren enkele uitspraken gedaan met betrekking tot modelwoningen en monsters.

In het algemeen valt uit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage op te maken dat als in de koop-/aannemingsovereenkomst of andere contractstukken verwezen is naar het model of monster, het beroep van verkrijgers op het niet bouwen conform datzelfde monster, wordt gehonoreerd. Staat zonder voorbehoud in de overeenkomst dat gebouwd wordt ‘conform monster,’ dan is het moeilijk voor de ondernemer aan te tonen dat de functie van het monster beperkt was.¹⁸⁴

Een dergelijk oordeel gaf de Raad in een geval waarin werd verwezen naar een proefstuk (opgezet ter goedkeuring door de gemeente) en waar dit proefstuk werd beschreven in de technische omschrijving. Uiteindelijk werd niet het voegwerk geleverd zoals getoond en beschreven.¹⁸⁵ Verkrijgers beroepen zich op het tot de contractstukken behorende kleurenschema waarin een witte platvolle voeg ‘naar proefstuk’ is vermeld. Ondernemer stelt dat in de technische omschrijving al de mogelijkheid besloten lag een andere kleur voeg dan de in het kleurenschema genoemde witte voeg toe te passen, namelijk indien en voor zover de architect of de gemeente dat wenste. Arbitrator is met verkrijgers van oordeel dat de in de technische omschrijving aangegeven werkwijze, waarbij de architect of de gemeente een door aannemster op te zetten proefstuk dient goed te keuren, niet kan betekenen dat ondernemer niet langer gebonden is aan haar met verkrijger aangegane contractuele verplichtingen. Het opzetten van een proefstuk in de zin van de technische omschrijving houdt naar het oordeel van arbitrator in het tonen van een proefstuk met de overeengekomen witte voeg, welk proefstuk vervolgens gekeurd moet worden. Het toepassen van een andere kleur voeg is naar het oordeel van arbitrator te beschouwen als een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen

180 Zie § 3.3.4.3 van hoofdstuk 3.

181 Zie Paquay 1992, p. 146.

182 Art.7:17 lid 4 BW.

183 Asser/Hijma 5-1 2007, nr. 110.

184 Zie Sandee 1995, p. 337-339 voor voorbeelden van clauses die een beperking van de functie van het monster inhouden.

185 RvA 25 januari 2005, nr. 26.219.

van ondernemer. Ook het feit dat de gemeente een aangepaste bouwvergunning heeft afgegeven na de gewijzigde kleur van de voeg doet hier niets aan af.¹⁸⁶

In een geschil¹⁸⁷ uit 2001 was in de overeenkomst verwezen naar de modelwoning. Volgens verkrijger was in de koop-/aannemingsovereenkomst overeengekomen dat de ondernemer zich had verplicht de bouw uit te voeren conform de kwaliteit van de op kavel 1 gebouwde modelwoning en naar de eisen van goed en deugdelijk werk. Volgens hem was daar wat betreft de gebreken in het opnamerapport geen sprake van, zodat hij ook op grond van art. 7:17 BW herstel vorderde. Arbitrer achtte dit standpunt onjuist. Verkrijger heeft namelijk niet aangetoond dat voor wat betreft de gebreken die in het rapport worden genoemd geen sprake is van uitvoering conform de kwaliteit van de op kavel 1 gebouwde modelwoning of uitvoering naar goed en deugdelijk werk. Het enkel noemen van een aantal gebreken is daarvoor niet voldoende.¹⁸⁸ Uit deze uitspraak valt op te maken dat de Raad de genoemde modelwoning wel beschouwde als deel van de overeenkomst, maar dat hij niet aangetoond achtte dat de kwaliteit van de woning van verkrijger niet overeenkwam met de kwaliteit van de modelwoning.

In een geschil uit 2006 waarbij zowel een monster als een modelwoning was getoond was in de technische omschrijving opgenomen dat het gevelmetselwerk 'volgens monster' in baksteen werd uitgevoerd.¹⁸⁹ Verkrijgers stelden echter allemaal dat geen monster was getoond. Verderop in de omschrijving werd aange-

186 Meer uitspraken over monsters en modellen: RvA 20 april 2005, nr. 25.794: In het bestek is bepaald dat de gevelsteen (van de uitbreiding) conform de bestaande gevel moet zijn, conform monster. Arbitrer is van oordeel dat een dusdanig andere kleur steen is gebruikt dat niet aanneemelijk is dat het verschil wegtrekt met de jaren. Ondernemer stelt dat voorafgaand aan het werk bleek dat de specifieke steen niet meer op de markt voorhanden was. Verkrijger stelt dat de stenen nog wel verkrijgbaar waren. Arbitrer meent dat de ondernemer, als deskundige, zich voorafgaand aan de bouw de duidelijk afwijkende kleur en structuur had moeten realiseren en met inachtneming daarvan beter marktonderzoek had moeten verrichten, dan wel te dien aanzien met de verkrijger overeenstemming had moeten bereiken. Ondernemer is aansprakelijk voor de schade. Hij dient € 5000,- te betalen aan waardevermindering omdat het kleur- en structuurverschil afbreuk doet aan het uiterlijk aanzien van de woning. RvA 25 juni 2004, nr. 24.677: In een ander geschil was verkrijgers een monster getoond kleurnuance bruin-paars. Er was bij de gevel sprake van ongewenste kleurschakeringen in het onderste deel van de gevel en een bovenrand rondom het complex welke volledig rood was en scherp afstak bij de rest van de gevel. De ondernemer had daarnaast zelf aangegeven een bonte sortering bakstenen te hebben gebruikt welke in kleur sterk varieerde. Arbitrer was van oordeel dat ondernemer het werk deels heeft uitgevoerd in een rode steen die in kleurstelling afwijkt van wat (d.m.v. het monster) was overeengekomen.

187 RvA 8 mei 2001, nr. 22.019.

188 Bovendien bevatten de algemene voorwaarden een aansprakelijkheidsregeling voor gebreken die tijdens of na de oplevering aan het licht komen. Dat in de onderhavige overeenkomst daarvan wordt afgeweken of dat op de betreffende overeenkomst de wettelijke regeling van Boek 7 van toepassing is, heeft de verkrijger niet gesteld en komt arbitrer bovendien onaannemelijk voor.

189 RvA 17 maart 2006, nr. 27.153.

geven dat de steen wit-geelachtig zou zijn. Verkrijgers stelden tevens dat door de ondernemer, dan wel een vertegenwoordiger, was gewezen op een woning vlakbij het verkoopcentrum die representatief zou zijn voor het aanzien van de nog te bouwen woningen. Deze woning was uitgevoerd in een lichtgele steen. De woningen van verkrijgers waren opgebouwd uit een mengeling van gele, schimmelwitachtige en donkere stenen, die door arbiter niet als wit-geel of geelachtig werden gekwalificeerd. Arbiter kwam tot een oordeel dat niet was geleverd wat was overeengekomen. Dit baseerde hij klaarblijkelijk op zowel de modelwoning waarnaar werd verwezen als de beschrijving in de technische omschrijving.

Zoals blijkt uit bovenstaande uitspraken wordt algemeen aangenomen dat als een monster is getoond en/of genoemd in de overeenkomst zonder enig voorbehoud, de levering conform dit monster of model dient plaats te vinden. In dat geval wordt de functie van het model afgeleid uit het feit dat (zonder voorbehoud of afwijking in andere contractstukken) naar het monster of model is verwezen in de overeenkomst.

Uit jurisprudentie valt af te leiden dat in twee gevallen de functie van een monster of model beperkter kan zijn: Ten eerste als niet in de contractstukken is verwezen naar het monster of het model, ten tweede als er wel naar is verwezen maar andere omstandigheden kunnen wijzen op een beperktere functie.

Een voorbeeld van het eerste geval: In de overeenkomst werd niet verwezen naar de modelwoning. Verkrijgers meenden wel recht te hebben op uitvoering conform de modelwoning. Bij hun terras was geen geluidsscherm geplaatst welke bij de modelwoning wel stond. Zij meende op basis van de modelwoning én de tekeningen (waarop een streepje volgens hen het scherm aangaf) recht te hebben op dit geluidsscherm. Arbiter was van mening dat geen rechten aan de modelwoning konden worden ontleend. Ook hadden verkrijgers op basis van hun verkeerde interpretatie van de tekening, het streepje betrof een tussenmuur, geen recht op het geluidsscherm.¹⁹⁰

Een voorbeeld van het tweede geval is te vinden in een uitspraak van de Raad uit 1996. De Raad vond een aanwijzing voor de gedachte dat de functie van een modelwoning beperkt was, ondanks dat zonder voorbehoud naar de modelwoning werd verwezen, in het feit dat de technische omschrijving een volledige beschrijving van het huis bevatte. De verwijzing naar de technische omschrijving en naar dit model bracht volgens arbiter met zich dat aan de modelwoning geen andere betekenis toekomt dan dat deze bepalend is voor zover de uitvoering van de modelwoning kan worden aangemerkt als een aanvulling op de technische omschrijving. Bij strijdigheid van de technische omschrijving met de modelwoning prevaleert de technische omschrijving.¹⁹¹

Een ander voorbeeld waarbij de functie van het monster beperkt werd geacht is te vinden in de hierboven al genoemde uitspraak uit 2006.¹⁹² In de overeenkomst

190 RvA 1 juli 2002, nr. 23.552.

191 RvA 1 februari 1996, nr. 17.407.

192 RvA 17 maart 2006, nr. 27.153.

werd zowel verwezen naar een monster (in dit geval een gevelsteen) als naar een modelwoning. Vast stond dat geen monster was getoond. Arbitreren leidde vervolgens de kleur van de gevelstenen af uit de in de contractstukken gegeven omschrijving van een nabij gelegen modelwoning. Uit de uitspraak lijkt af te leiden dat de functie van het gevelsteenmonster beperkt was nu deze niet werd getoond aan verkrijgers.

Hoofdstuk 5

Het sluiten van de overeenkomst

5.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk gaat over het sluiten van de overeenkomst. De wetgever heeft de consument-koper en de consument-aannemer van onroerend goed op een aantal manieren extra bescherming willen bieden bij het sluiten van overeenkomsten. Bij de invoering en herziening van de Titels 7.1 (Koop) en 7.12 (Aanneming van werk) van Boek 7 BW zijn voor de koop van onroerend goed en de aanneming van bouwwerken door consumenten drie beschermingsbepalingen ingevoerd die betrekking hebben op het sluiten van de overeenkomst: de eis dat overeenkomsten aangaande de koop van onroerend goed of de bouw van een woning door consumenten schriftelijk dienen te worden aangegaan (de schriftelijkheidseis, behandeld in § 5.2), dat de consument na het sluiten van de overeenkomst deze binnen drie dagen zonder opgave van reden mag ontbinden (de bedenktijd, behandeld in § 5.3) en dat de consument de mogelijkheid heeft de overeenkomst voordat sprake is van overdracht, in te schrijven in de openbare registers (de ‘Vormerkung’, § 5.4). In § 5.5 wordt ingegaan op de in de PECL en PELSC beschreven wijze van tot stand komen van overeenkomsten en wordt deze wijze vergeleken met de totstandkoming van de koop-/aannemingsovereenkomst.

Dit hoofdstuk betreft niet de algemene leerstukken die bij het tot stand komen van een overeenkomst een rol kunnen spelen.¹ Hoewel deze leerstukken in het kader van de koop-/aannemingsovereenkomst uiteraard van groot belang zijn, blijken ze in de jurisprudentie over koop-/aanneming vrijwel nooit aan bod te komen. Als uit de casuspositie blijkt dat een beroep op dwaling of misbruik van omstandigheden kans van slagen zou hebben gehad, blijkt eveneens dat daar geen beroep op wordt gedaan.² In die gevallen wordt altijd teruggevallen op het leerstuk van de uitleg van de overeenkomst (behandeld in hoofdstuk 4) of wordt een beroep gedaan op verborgen of ernstige gebreken of non-conforme levering (behandeld in hoofdstuk 12).

Voordat wordt ingegaan op de drie besproken onderwerpen, een kort woord over de geschiedenis van de wet waarmee deze onderwerpen werden ingevoerd. Het oorspronkelijk ontwerp voor Titel 12 van Boek 7 van H. Drion werd al in 1973

-
- 1 Niet aan bod komen aanbod en aanvaarding, wilsovereenstemmingen, wilsgebreken en de leerstukken van dwaling en bedrog, en misbruik van omstandigheden.
 - 2 Het feit dat vrijwel nooit een beroep op dwaling wordt gedaan kan ermee te maken hebben dat verkrijgers vóór hun aankoopbeslissing goed geïnformeerd worden over prijs, uitvoering en kwaliteit van de woning. Zie Dierikx 2008, p. 213.

gepubliceerd.³ In april 1989 verscheen een voorontwerp met enkele wijzigingen en aanvullingen op het ontwerp van 1973.⁴ Het wetsvoorstel voor de aanvulling en invoering van de Titels 7.1 en 7.12 werd echter pas ingediend bij de Tweede Kamer op 16 april 1993.⁵ Dat het wetsvoorstel pas 1 september 2003 in werking trad, had met name te maken met de kritiek dat het voorstel aanvankelijk te weinig was toegesneden op de koop van onroerende zaken⁶ en de discussie die de invoering van de bedenktijd met zich bracht.⁷ Die discussie ging voornamelijk over de vraag of de bescherming van de consument vorm moest worden gegeven door middel van een bedenktijd of door de tussenkomst van een notaris al in een vroeg stadium van de koop verplicht te stellen.⁸

5.2 EIS VAN SCHRIFTELIJKE VASTLEGGING

Partijen zijn in beginsel vrij een overeenkomst te sluiten in de vorm die zij wensen, zie art. 3:37 lid 1 BW.⁹ Volgens dit artikel kan een wilsverklaring in iedere vorm geschieden tenzij anders is bepaald.¹⁰ Op dit beginsel van vormvrijheid zijn enkele

3 Volgens Drion was dit ontwerp voor het overgrote deel al in 1966 gereed gekomen, BR 1974, p. 160.

4 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007, nr. 141.

5 Voorstel van wet aanvulling Titel 7.1 (Koop) en invoering van Titel 7.12 (Aan-neming van werk), Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 1-2. Interessant over de parlementaire geschiedenis is A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van on-roerend goed', *Ars Notariatus* 120, Deventer Kluwer, p. 121 e.v.

6 Zie Huijgen 2002, p. 1003 en Kleijn & Van Velten 1985.

7 Zie o.a. Van Velten, 2005a, p. 197 en Loos 2002, p. 356. Meer over de invoering van de bedenktijd in § 5.3 van dit hoofdstuk.

8 Vergelijkbaar Loos 2006, p. 179, Huijgen 2006, p. 1055 e.v.

9 Het beginsel van vormvrijheid heeft betrekking op de wijze waarop de overeenkomst wordt gesloten. Het beginsel van contractsvrijheid daarentegen heeft betrekking op de inhoud van de overeenkomst: Partijen zijn vrij overeenkomsten te sluiten met wie zij willen, op het door hen gewenste moment en met de door hen gewenste inhoud (Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 45a). De contractsvrijheid wordt begrensd door dwingende wetsbepalingen, waaronder art. 3:40 BW.

10 Art. 3:37 leden 1 t/m 5 BW:

1. Tenzij anders is bepaald kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen.

2. Indien bepaald is dat een verklaring schriftelijk moet worden gedaan, kan zij, voor zover uit de strekking van die bepaling niet anders volgt, ook bij exploit geschieden.

3. Een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt. Nochtans heeft ook een verklaring die hem tot wie zij was gericht, niet of niet tijdig heeft bereikt, haar werking, indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt.

4. Wanneer een door de afzender daartoe aangewezen persoon of middel een tot een ander gerichte verklaring onjuist heeft overgebracht, geldt het ter kennis van

uitzonderingen gemaakt in de wet.¹¹ Een van deze uitzonderingen betreft de koop van onroerende zaken door consumenten en het sluiten van een overeenkomst van aanneming van werk voor de bouw van een woning door een consument. Voor de koop van een onroerende zaak staat het vormvereiste in art. 7:2 lid 1 BW.¹² Voor aanneming van werk geldt dezelfde eis van schriftelijke vastlegging, opgenomen in art. 7:766 lid 1 BW.¹³ Beide artikelen zijn ingevoerd bij de aanvulling en invoering van de Titels 7.1 en 7.12 in Boek 7, per 1 september 2003.¹⁴

Alvorens in te gaan op bijzonderheden van de eis van schriftelijkheid bij koop (§ 5.2.2) en aanneming van werk (§ 5.2.3) wordt ingegaan op de achtergrond en het doel van de schriftelijkheidseis bij de koop van onroerend goed door consumenten (§ 5.2.1). In (§ 5.2.4) wordt ingegaan op de toepasselijkheid van de schriftelijkheidseis op de koop-/aannemingsovereenkomst. In § 5.2.5 komen de gevolgen van het niet nakomen van de schriftelijkheidseis aan bod.

5.2.1 Achtergrond en doel van de schriftelijkheidseis

Het belang van het schriftelijk vastleggen van de koopakte van een onroerende zaak is in de literatuur voor, tijdens en na de invoering van de Titels 7.1 en 7.12 uitvoerig besproken.¹⁵

De invoering van de schriftelijkheidseis houdt ten eerste en vooral verband met de (gelijktijdige) invoering van de bedenktijd¹⁶: zonder schriftelijke vastleg-

de ontvanger gekomene als de verklaring van de afzender, tenzij de gevolgde wijze van overbrenging door de ontvanger was bepaald.

5. Intrekking van een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon eerder dan of gelijktijdig met de ingetrokken verklaring bereiken.

11 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 10.

12 Art. 7:2 lid 1 BW: De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan.

13 Art. 7:766 BW:

1. een overeenkomst als bedoeld in artikel 765 wordt schriftelijk aangegaan.

2. de tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de opdrachtgever ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de aannemer van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de opdrachtgever het recht de overeenkomst te ontbinden. Komt, nadat de opdrachtgever van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde te bouwen woning opnieuw een overeenkomst tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.

3 de leden 1-2 zijn niet van toepassing indien de overeenkomst strekt tot de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort, en de overeenkomst niet met de koop van deze grond in verband staat.

14 Over de geschiedenis van de invoering is uitgebreid geschreven zie o.a.: Wedekind 1994, p. 365 e.v., Loos 2002, p. 356 e.v.

15 Zie o.a. Van den Berg 2002, p. 1014-1027 en ook Kleijn & Van Velten 1985, p. 106 e.v.

16 Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 4, verslag van een schriftelijk overleg p. 20.

ging kan geen aanvangsmoment voor de bedenktijd worden bewezen. Ten tweede heeft schriftelijke vastlegging een zogenaamde waarschuwendende functie.¹⁷ Partijen moeten de overeenkomst op schrift stellen en worden hierdoor, en door de ondertekening, nog eens aan het denken gezet over de consequenties van de koop.¹⁸ Tevens wordt door het schriftelijk vastleggen van de overeenkomst de rechtszekerheid van beide partijen versterkt.¹⁹ De wetgever merkt hierover op dat ‘een schriftelijke overeenkomst (...) de koper, zowel als zijn wederpartij, in de periode tot de levering de nodige zekerheid dient te bieden.’²⁰

5.2.2 Schriftelijkheidseis bij koop

In art. 7:2 lid 1 BW is de schriftelijkheidseis van de koopovereenkomst van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan door een consument-koper geregeld.

Art. 7:2 lid 1 BW

De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan.

De bepaling is van dwingend recht. Afwijken ten nadele van de consument is ingevolge lid 4 van art. 7:2 BW²¹ slechts mogelijk bij standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW.²² De regeling van art. 7:2 BW is niet van toepassing op de overeenkomst van huurkoop en de koopovereenkomst die ten overstaan van een notaris tot stand is gekomen op een openbare veiling, aldus lid 5 van art. 7:2 BW.²³ Art. 7:2 BW is (ingevolge lid 3 van ditzelfde artikel)²⁴ ook van toepassing

17 Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 13, Loos 2002, p. 360.

18 Ook kan volgens Van Rossum door het schriftelijk vastleggen van de koop de discussie omtrent de vraag of sprake is van een consument of niet (handelt de koper in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf of niet) worden voorkomen. Van Rossum 2003, p. 266.

19 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 6.

20 Ibid.

21 Art. 7:2 lid 4 BW: Van het in de leden 1-3 bepaalde kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in art. 214 van Boek 6.

22 Een standaardregeling in de zin van de wet is ingevolge art. 6:214 lid 2 BW: ‘Een standaardregeling wordt vastgesteld, gewijzigd en ingetrokken door een daartoe door Onze Minister van Justitie te benoemen commissie. Bij de wet worden nadere regelen gesteld omtrent de wijze van samenstelling en de werkwijze van de commissies’. De koop-/aannemingsovereenkomst is geen standaardregeling in de zin van de wet.

23 Art. 7:2 lid 5 BW: De leden 1-4 zijn niet van toepassing op huurkoop en koop op een openbare veiling ten overstaan van een notaris. Zij zijn evenmin van toepassing op een koop als bedoeld in art. 48a onder a.

24 Art. 7:2 lid 3 BW: De leden 1-2 zijn van overeenkomstige toepassing op de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een

op de verkoop van appartementsrechten en lidmaatschaps- of deelnemingsrechten van coöperatieve flatverenigingen.²⁵ Hiermee wordt ook de koper van economisch eigendom van een woning beschermd en niet alleen de juridisch eigenaar. Voor timeshare-overeenkomsten (ook een vorm van economisch eigendom) bestaat al het vereiste van schriftelijkheid (art. 7:48b BW).

Blijkens art. 7:2 BW moet, wil sprake zijn van de wettelijke verplichting tot het schriftelijk vastleggen van de koop in de zin van dit artikel, voldaan zijn aan een aantal vereisten. Er moet sprake zijn van de koop van een *tot bewoning bestemde onroerende zaak* door een *consument*. In § 3.2.1 van Hoofdstuk 3 is reeds uitgebreid stilgestaan bij het begrip consument, en dat is ook het begrip dat hier in art. 7:2 BW wordt bedoeld. Met de in dit artikel gehanteerde omschrijving sluit het wetsartikel aan bij de omschrijving van het begrip consument in de meeste BW regelingen en het Europese recht. Voor een verdere uiteenzetting van het begrip wordt verwezen naar § 3.2.1 van hoofdstuk 3.

Eerst wordt ingegaan op de vraag wat wordt verstaan onder schriftelijke vastlegging (§ 5.2.2.1), daarna wordt ingegaan op de term ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’ (§ 5.2.2.2).

5.2.2.1 Schriftelijke vastlegging en inhoud van het geschrift

Wat moet worden verstaan onder schriftelijke vastlegging? Schriftelijk wil zeggen een tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan, aldus art. 7:2 lid 2 BW.²⁶ Art. 7:2 BW stelt geen verdere eisen aan de inhoud of de vorm van de akte. Volgens art. 156 lid 1 Rv is een akte een ondertekend geschrift dat bestemd is tot bewijs te dienen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het dient te gaan om een door beide partijen ondertekend schriftelijk stuk waarin de essentialia van de koop zijn vermeld.²⁷ Het document moet door beide partijen worden getekend, alleen de koper laten tekenen is niet voldoende.²⁸ Een door partijen in persoon ondertekende briefwisseling waarin met betrekking tot de kernpunten overeenstemming bereikt, is geen koopakte in de zin van art. 7:2 lid 2 BW.²⁹ Een elektronisch tot stand gekomen overeenkomst is daarentegen wel een schriftelijke overeenkomst in de zin van dit artikel.³⁰ Op de elektronische of per e-mail gesloten overeenkomsten wordt hier niet ingegaan, omdat deze wijze van het sluiten van overeenkomsten bij de koop-/aannemingsovereenkomst niet of nauwelijks voorkomt.

-
- tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan.
- 25 Kamerstukken II 2002/03, 23 095, nr. 5, p. 6 (MvT). Zie ook Wedekind 1994, p. 365-366, Loos 2002, p. 357.
- 26 Hierover ook Breedveld-de Voogd 2003, p. 115.
- 27 Van Velten 2004b, p. 312.
- 28 Behoudens het geval van executoriale verkoop uit de hand als bedoeld in art. 6:268 lid 2 BW. Zie hierover Van Velten 2004b, p. 312. Deze situatie zal zich bij nieuwbouw niet snel voordoen.
- 29 Kamerstukken I 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 5. Een emailwisseling voldoet ook niet aan de eisen, Vzng. Rechtbank Leeuwarden 29 juni 2006, 76280 / KG ZA 06-151, LJN: AX9937.
- 30 Kamerstukken I 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 8.

Wat de inhoud van de schriftelijke overeenkomst moet bevatten, is niet duidelijk. Moet alles wat partijen zijn overeengekomen schriftelijk worden vastgelegd? En wat is de rechtskracht van (later) gedane toezeggingen in het licht van de schriftelijkheidseis? Is wat niet in het geschrift is opgenomen niet overeengekomen?

Over de vraag wat de inhoud van het schriftelijke stuk dient te bevatten, is enige discussie geweest. Over de (minimale) inhoud van het schriftelijke stuk antwoordde de minister dat ten minste in de akte moeten zijn opgenomen het object, de prijs en de personalia van koper en verkoper.³¹ Daarnaast zou het voor de hand liggen aldus ook bedingen over de zakenrechtelijke toestand, obligatoire beperkingen, publiekrechtelijke beperkingen, financiering, garantie en bouwtechnische toestand op te nemen in het schriftelijke document.³²

Kritiek op dit antwoord is er van Breedveld-De Voogd die meent dat het enige wat partijen moeten opnemen, is ‘datgene waarover zij wilsovereenstemming hebben bereikt.’³³ Omdat de gewenste inhoud en de vorm van de voorgeschreven schriftelijke akte niet geheel blijken op te maken uit de wetbepaling noch uit de parlementaire geschiedenis, pleit Loos³⁴ voor een bij AMvB of standaardregeling vast te stellen minimale inhoud.³⁵ Dit komt volgens hem de rechtszekerheid ten goede. Breedveld-De Voogd waarschuwt echter dat het stellen van aanvullende eisen aan de inhoud van de overeenkomst met grote terughoudendheid moet worden behandeld omdat dit de contractsvrijheid van partijen aantast.³⁶ Bij de evaluatie van de wet wordt ook bekeken of het nodig is aan de inhoud van de akte aanvullende eisen te stellen.³⁷

Het verdient aanbeveling om naast de essentialia van de koop, ook alle andere zaken waarover wilsovereenstemming is bereikt op te nemen in de koopovereenkomst. Op die manier wordt onduidelijkheid over wat is overeengekomen en of dit rechtsgeldig is overeengekomen in ieder geval vermeden.

Meer over de reikwijdte van de schriftelijkheidseis, de status van mondelinge afspraken en de omvang van de inhoud van de schriftelijke vastlegging is opgenomen in § 5.2.5.

5.2.2.2 Begrip tot bewoning bestemde onroerende zaak

De bescherming door middel van schriftelijke vastlegging is in art. 7:2 BW beperkt tot ‘tot bewoning bestemde onroerende zaken.’³⁸ Aan dit begrip zitten twee

31 Over de inhoud ook Huijgen 2006, p. 1059.

32 Kamerstukken II 2002/2003, 23 095, nr. 38a, p. 4 e.v.

33 Zie ook Breedveld-De Voogd 2003, p. 118.

34 Loos 2002, p. 361.

35 Over deze oplossing stelde de Eerste Kamer ook vragen aan de minister. Voorlopig verslag, Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178a, p. 2.

36 Breedveld-De Voogd 2004, p. 36.

37 Nadere MvA, Bijlage Handelingen I, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 3.

38 Ook de bedenktijd geldt alleen voor ‘tot bewoning bestemde onroerende zaken,’ de voorinschrijving (Vormerkung) in de openbare registers is van toepassing op alle registergoederen.

aspecten: het moet gaan om een onroerende zaak, en deze zaak moet bestemd zijn voor bewoning.

Onroerende zaken zijn duurzaam met de grond verenigde gebouwen of werken.³⁹ Omdat is gekozen voor de omschrijving ‘onroerende zaak’ vallen bijv. woonwagens en woonboten buiten het toepassingsbereik van de regeling. Er is in de literatuur veel kritiek geweest op het feit dat de schriftelijkheidseis geen bescherming biedt aan kopers van woonwagens en woonboten. Veel schrijvers bevelen aan de schriftelijkheidseis uit te breiden tot alle registergoederen.⁴⁰ Voor toepasselijkheid van de schriftelijkheidseis van de art. 7:2 lid 1 BW⁴¹ op overeenkomsten onder de vigeur van koop-/aannemingsovereenkomst heeft dit geen consequenties omdat het bij gebruik van dit contract altijd gaat om onroerende zaken. Dit onderwerp blijft dan ook verder buiten beschouwing.

Onder een tot bewoning bestemde onroerende zaak moet worden verstaan een ‘gebouw of gedeelte daarvan dat woondoeleinden dient.’⁴² Aanvankelijk bevatte het wetsvoorstel de zinsnede ‘tot woning bestemde onroerende zaak.’ Uit een oogpunt van gelijke terminologie tussen dit wetsvoorstel (23 095) en het wetsvoorstel over timeshare (24 449) is dit later gewijzigd in ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’.⁴³ Beide begrippen betekenen hetzelfde.⁴⁴ Door op te nemen in art. 7:2 BW dat de eis van schriftelijkheid voor ‘tot bewoning bestemde’ onroerende zaken geldt, is de bestemming van de onroerende zaak van belang.⁴⁵ Wat moet worden verstaan onder ‘tot bewoning bestemd’?

Over het bestemmingscriterium zegt de parlementaire geschiedenis⁴⁶: ‘Een tot woning bestemde onroerende zaak moet worden omschreven als een gebouw of gedeelte daarvan, dat woondoeleinden dient. Maatgevend is de feitelijke situatie ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomst.’ Voor de beantwoording van de vraag of aan het bestemmingscriterium is voldaan, is beslissend de bestemming die de verkoper op het moment van de totstandkoming van de koopovereenkomst aan de onroerende zaak heeft gegeven.⁴⁷ Niet relevant is de bestemming die de koper aan de zaak wil geven. Deze uitleg houdt in dat, als de consu-

39 Art. 3:3 lid 1 BW.

40 O.a. Van Velten 1994a, p. 385, Huijgen 2002, p. 1007 e.v., Loos 2002, p. 35 e.v., Croes, 2001, p. 335, Van Rossum 2003, p. 266.

41 En art. 7:766 BW.

42 Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 5, p. 8.

43 Zie Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 7, p. 2 en Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 3 en 4.

44 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4.

45 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 135.

46 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 12.

47 Bijlage Handelingen II 1995/96, 23 095, nr. 5 en nr. 8 en p. 12-13. Verslag van een schriftelijk overleg, Bijlage Handelingen II 2000/2001, 23 095, nr. 10, p. 19 en 23, Bijlage Handelingen II 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 8. Het bestemmingsplan en de daarin aangegeven bestemming speelt dus ook geen rol. Zie over het bestemmingsplan: Breedveld-De Voogd 2006, p. 225, Van Velten 2004b, p. 314.

ment een bedrijfspand koopt, hij niet wordt beschermd door de schriftelijkheids-eis, zelfs niet als hij het pand zal gaan verbouwen tot woonhuis.⁴⁸ Ook de aankoop van een woning die als ‘studentenhuis’ in gebruik is, valt niet onder het begrip omdat deze koop zou neerkomen op de koop van een onroerende zaak waarin een kamerverhuurbedrijf wordt geëxploiteerd.⁴⁹ Of dit antwoord van de minister ook opgaat als ouders een huis voor hun kind kopen waarin het tijdens zijn studie kan wonen, blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis. Zolang alleen het kind het huis bewoont, lijkt het te gaan om een consumententransactie. Verhuren de ouders ook kamers aan andere studenten, dan is er geen sprake meer van een consumententransactie. Tweede woningen of recreatiewoningen zijn wel ‘voor bewoning bestemde onroerende zaken.’⁵⁰

Grote onduidelijkheid ontstaat over de vraag of sprake is ‘van een tot bewoning bestemde onroerende zaak’ als de gekochte zaak deels woning- deels bedrijfspand is. In de parlementaire geschiedenis is terug te vinden dat ‘... Indien een bepaald pand gedeeltelijk is bestemd voor woondoeleinden en gedeeltelijk voor andere doeleinden, zoals het uitoefenen van een vrij beroep, moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld of zulk een pand als een tot woning bestemde onroerende zaak kan gelden’.⁵¹

Van welke omstandigheden deze beoordeling afhangt, is voor een deel op te maken uit voorbeelden in de parlementaire geschiedenis: Een woonhuis met daaraan een bijgebouw dat als kantoor wordt gebruikt kan wel onder het begrip vallen.⁵² Een woonwinkelpand of een pand dat voor vijftig procent als praktijkruimte wordt gebruikt, valt weer niet onder het begrip ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak.’⁵³

Veel duidelijkheid over wat nu precies wel en wat niet onder de regeling valt, schept de omschrijving in combinatie met de uitspraken van de minister echter niet.⁵⁴ Deze problematiek is dezelfde als bij gemengde kooptransacties en de afbakening van het begrip consument, beschreven in § 3.2.1.3 van hoofdstuk 3.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat voor de omschrijving ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’ is gekozen omdat de wetgever van mening was dat de praktijk uitwees dat buiten de consumentenkoop van een woning geen behoefte bestond aan een verplichte schriftelijke vastlegging, en omdat dit niet paste in het uitgangspunt van het beleid dat het marktproces niet meer dient te worden beperkt

48 Over deze problematiek ook Van Velten 2004b, p. 313 e.v.

49 Voorlopig verslag, Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 4, p. 5 en MvA Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 12. Kritiek op dit voorbeeld door Breedveld-De Voogd 2006, p. 224 voetnoot 5.

50 Kamerstukken II, p. 8, p. 12, Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 135 en ook Vzng. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, 76280 / KG ZA 06-151, LJN: AX9937.

51 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 12.

52 Kamerstukken II, p. 8, p. 12. Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 135.

53 Zie MvA p. 8 en 12-13 en het verslag van een wetgevingsoverleg met de vaste kamercommissie, Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 14, p. 19 en p. 23.

54 Zie ook Van Velten 2004b, p. 314.

dan gelet op een evenwichtigheid in de verhouding tussen partijen noodzakelijk is.⁵⁵ Deze argumentatie snijdt geen hout doordat in het artikel zelf uitdrukkelijk wordt uitgegaan van ‘consumentenkoop’ van onroerend goed. De bestemming van het pand zou dus helemaal geen rol hoeven spelen, slechts de hoedanigheid van de kopers is van belang. Die hoedanigheid kan mede afgeleid worden aan de bestemming van het pand, maar niet alleen daarvan.

Uit de voorbeelden genoemd in de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat het begrip ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’ niet erg ruim kan worden uitgelegd.⁵⁶ Breedveld-de Voogd komt naar aanleiding van de antwoorden van de minister met een overzicht van vijf elementen waaraan moet zijn voldaan, wil sprake zijn van een ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’: 1) het moet gaan om een gebouw, 2) het moet tot bewoning bestemd zijn, 3) de feitelijke bestemming is maatgevend, 4) het voorgenomen gebruik van de koper doet niet terzake, 5) het is niet relevant of de koper de zaak zelf in gebruik neemt.⁵⁷

Er is in de literatuur kritiek geuit op de door de wetgever gegeven uitleg van het bestemmingscriterium. Loos⁵⁸ is van mening dat de uitleg dat de bescherming niet geldt voor een als woonhuis te gebruiken woonwinkelpand of bedrijfspand niet strookt met de wetsbepaling zelf. Een bedrijfspand is volgens hem geen woning, maar kan wel een ‘tot bewoning bestemde’ onroerende zaak zijn. Ook de uitleg dat een studentenhuus niet valt onder het begrip ‘tot bewoning bestemd’ is vreemd aangezien studentenhuizen ook ‘tot bewoning bestemde onroerende zaken zijn.’⁵⁹ Des te vreemder is de gekozen formulering wanneer in ogenschouw wordt genomen dat de koop van een voor commerciële exploitatie bestemd woonhuis toch al niet beschermd wordt door de regeling omdat het in dat geval niet gaat om de koop door een consument.

Door een onduidelijk begrip als ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’ te gebruiken, wordt de uitleg van de regeling niet eenvoudiger. Als de schriftelijkheidseis zou worden beperkt tot ‘de koop van onroerende zaken door consumenten,’ steekt slechts één vraag de kop op, namelijk ‘wat moet worden verstaan onder het begrip ‘consument’’. Door te kiezen voor het bestemmingscriterium naast het begrip consument zijn onnodig veel extra vragen opgeroepen. Een herformulering van de schriftelijkheidseis naar ‘de koop van registergoederen door personen die niet handelen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf’ zou een aantal onduidelijkheden en onwenselijkheden, klevend aan deze bepaling wegnemen. Allereerst zullen door te kiezen voor ‘registergoederen’ in plaats van onroerende zaken ook kopers van o.a. woonboten beschermd worden bij hun aankoop. Ten tweede worden door het bestemmingscriterium te schrappen discussie over de door de

55 Verslag schriftelijk overleg, Bijlage Handelingen II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 27 e.v.

56 Ook: Breedveld-De Voogd 2006, p. 224.

57 Breedveld-De Voogd 2006, p. 224.

58 Loos 2002, p. 363.

59 Vergelijkbaar: Breedveld-De Voogd 2006, p. 224.

verkoper bedachte bestemming ontweken. Zoals hierboven reeds opgemerkt is de bestemming irrelevant om te gebruiken als middel om vast te stellen of er sprake is van een consumententransactie.⁶⁰ Die vaststelling vindt namelijk al plaats bij de vraag of de persoon die de zaak koopt ‘consument’ is. Wordt voor de uitleg van dit begrip in half zakelijke/half privé-transacties aansluiting gezocht bij het Europese Hof en de Gruber-uitspraak⁶¹, dan is ook een stuk duidelijker of sprake is van een consumententransactie. Hoewel de Gruber-uitspraak nog verdere uitwerking behoeft om de grensgevallen van consumententransacties beter te kunnen aangeven⁶², is de uitspraak in ieder geval al een stuk duidelijker dan het antwoord van de minister op de vraag wat rechtens is indien sprake is van gemengde transacties.⁶³

Ter gelegenheid van de evaluatie van de wet, vijf jaar na inwerkingtreding ervan (dus na 1 september 2008), wordt bezien of er aanleiding bestaat het schriftelijkheidsvereiste voor onroerende zaken in het algemeen verplicht te stellen.⁶⁴

5.2.3 Schriftelijkheidseis bij aanneming van werk

Art. 7:766 lid 1 BW regelt de schriftelijkheidseis bij de bouw van een woning of bestanddeel daarvan (aanneming van werk) bij consumentenopdracht.⁶⁵ Op grond van dit artikel en art. 7:765 BW moet de aannemingsovereenkomst die strekt tot ‘de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan’ in opdracht van een ‘natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’ schriftelijk tot stand komen.

Art. 7:765 BW

Deze afdeling is 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 de uitoefening van een beroep of bedrijf.

60 Zoals de minister stelt, zie verslag schriftelijk overleg, Bijlage Handelingen II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 27 e.v.

61 Zoals hierboven beschreven.

62 Zie wat in hoofdstuk 3 over het begrip ‘consument’ gezegd is, o.a. het volgende: In beginsel vallen kopers die overeenkomsten sluiten met een gemengd zakelijk-privé karakter, volgens Europese normen, niet onder het begrip ‘consument’. Slechts dan vallen deze kopers onder dit begrip als het zakelijk karakter van de transactie ‘onbetekenend’ van aard is. Wanneer is sprake van een onbetekenend zakelijk deel? In ieder geval niet bij de verhouding 60% privé, 40% zakelijk (zoals in de Gruber-zaak het geval was). Loos oppert dat gedacht moet worden aan ‘(wellicht aanmerkelijk) minder dan 25% en ook Loos 2005, p. 772.

63 Zie wat hierboven gezegd is onder het kopje ‘bestemming’ en Kamerstukken II, p. 8 en p. 12-13, en verslag van een wetgevingsoverleg met de vaste kamercommissie, Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 14, p. 19, en p. 23.

64 Bijlage Handelingen II, 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 3.

65 Art. 766 lid 1: Een overeenkomst als bedoeld in art. 765 wordt schriftelijk aangegaan.

De in art. 7:765 BW gegeven omschrijving van een consument sluit aan bij de omschrijving gehanteerd in art. 7:2 BW, voor een uiteenzetting van dit begrip wordt verwezen naar § 2.1 van hoofdstuk 3. Twee andere aspecten van de artt. 7:765 en 7:766 BW verdienen nadere aandacht.

De schriftelijkheidseis is ingevolge art. 7:765 BW van toepassing op ‘de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan’. Wat hieronder moet worden verstaan komt in § 5.2.3.1 aan de orde. Zoals hierboven kort werd beschreven is in het derde lid van art. 7:766 BW opgenomen dat de eis van schriftelijkheid niet van toepassing is op de overeenkomst van aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort, en de overeenkomst niet met de koop van deze grond in verband staat. Hierop wordt dieper ingegaan in § 5.2.3.2.

5.2.3.1 Het begrip woning

Art. 7:765 BW spreekt van ‘de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan.’ Wat moet worden verstaan onder dit begrip? In tegenstelling tot de in art. 7:2 BW gehanteerde omschrijving heeft het begrip ‘woning’ in de literatuur en tijdens de parlementaire behandeling niet tot veel discussie geleid.⁶⁶

Het moet, evenals bij de schriftelijkheidseis bij koop, gaan om een onroerende zaak.⁶⁷ Onder het begrip vallen evenals bij de regeling in Titel 7.1 wel recreatiewoningen en tweede woningen, maar niet woonboten of woonwagens omdat deze niet onroerend zijn.⁶⁸

De omschrijving van art. 7:766 BW lijkt aan te sluiten bij de in art. 7:2 BW gehanteerde omschrijving ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak.’ Aanvankelijk was in art. 7:2 BW gekozen voor de zinsnede ‘tot woning bestemde onroerende zaak.’ In verband met inconsistenties met andere bepalingen uit afdeling 7.1 is dit later veranderd in ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak.’⁶⁹ Dit had een zuiver taalkundige bedoeling en geen juridische consequenties.⁷⁰ Het begrip ‘woning’ sluit dan ook aan bij de omschrijving ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’ zoals gehanteerd in art. 7:2 BW (zie § 5.2.2.3 voor omschrijving). Een tot ‘bewoning bestemde onroerende zaak’ is een ‘woning’ (onroerende zaak).⁷¹ Onder een tot *woning* bestemde onroerende zaak moet worden verstaan een ‘gebouw of gedeelte daarvan dat woondoeleinden dient’.⁷²

66 Voor uitleg van het begrip woning kan geen aansluiting worden gezocht bij het begrip zoals gehanteerd in art. 1:88 lid 1 BW. Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 5, p. 8.

67 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 39.

68 Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 5, p. 8.

69 O.a. Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 5, p. 8.

70 Zie o.a. Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 4, p. 6.

71 Van Velten wisselt beide termen Van Velten, ‘2004b, p. 313 onder het kopje ‘woning’ en verder.

72 Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 5, p. 8.

Waar de grens tussen een gemengde woning en bedrijfspand, en dus de beschermende werking van art. 7:766 BW loopt, wordt niet duidelijk uit de wetsbepaling. Dezelfde problematiek speelde bij de terminologie van art. 7:2 BW en de ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak’. Zie ook hierover § 5.2.1.3 van hoofdstuk 3.

5.2.3.2 De bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort

Het derde lid van art. 7:766 BW geeft aan dat de leden 1 en 2 niet van toepassing zijn indien de overeenkomst strekt tot de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever al toebehoort, en de overeenkomst niet met de koop van deze grond in verband staat.

Art. 7:766 lid 3 BW

De leden 1–2 zijn niet van toepassing indien de overeenkomst strekt tot de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort, en de overeenkomst niet met de koop van deze grond in verband staat.

De gevallen die met dit artikel worden bestreken, betreffen, volgens de parlementaire geschiedenis⁷³, consumenten, die zelf de grond al in hun bezit hebben en daarna een architect en/of aannemer inschakelen om er een huis te laten bouwen. De uitzondering heeft uitsluitend betrekking op de kleine groep van consumenten die de grond zelf koopt en zelf een huis laat ontwerpen en bouwen. Zij worden niet beschermd door de eis van schriftelijkheid en de bedenktijd. Dit is een vreemde uitzondering in de wet. Weliswaar betreft het een kleine groep mensen die zelf hun grond kopen en zelf hun huis laten bouwen, maar het gaat wel om consumenten. Niet alleen is het vreemd in verband met het doel van de wet, namelijk het beschermen van consumenten, ook is het oneerlijk ten opzichte van andere consumenten die ook een huis laten bouwen, zij het onder een andere vigeur (bijvoorbeeld de koop-/aannemingsovereenkomst). Deze groep is echter in het kader van dit onderzoek naar de koop-/aannemingsovereenkomst van geen belang. De bescherming van de consument-koper door middel van de schriftelijkheidseis en de bedenktijd wordt immers uitsluitend gegeven in geval van een koop-/aannemingsovereenkomst⁷⁴ (waarbij de koop van de grond en de bouw van de woning één geheel vormen) dan wel bij de koop van een toekomstige woning (zonder dat de overeenkomst is opgesplitst in een aannemings- en koopdeel, doch waar slechts sprake is van een koopovereenkomst).⁷⁵ De bepaling zou van toepassing zijn op zowel de koop als de aanneming en beide zouden op basis van art. 7:766 BW kunnen worden ontbonden gedurende de bedenktijd.

73 O.a. Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 6 p. 3 en Kamerstukken II 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 19.

74 Zie Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 6 p. 3. En ook Van Velten 2004b, p. 316.

75 Van Velten 2004b, p. 316.

Volgens Loos⁷⁶ en Breedveld-De Voogd⁷⁷ klopt bovenstaande uitleg van het artikel niet. Volgens hen is (samengevat) de bepaling zo geformuleerd dat bij de splitsing van een koop-/aannemingsovereenkomst in een losse koopovereenkomst en een losse aannemingsovereenkomst de schriftelijkheidseis (en bedenktijdregeling) niet geldt voor het koopgedeelte (de grond) en wel voor het aannemingsgedeelte. De koper zou volgens hen alleen de aannemingsovereenkomst op basis van de bedenktijd kunnen ontbinden.

De minister is het niet eens met deze uitleg. In antwoord op vragen uit de Kamer zegt hij uitdrukkelijk: ‘Indien een koop-/aannemingsovereenkomst is gesplitst in een aparte koopovereenkomst en een aparte aannemingsovereenkomst, staat de aanneming juist wel met de koop van de grond in verband en zijn de leden 1 en 2 van art. 7.12.16 (schriftelijkheidseis en bedenktijd) dus juist wel van toepassing, en wel op de koop- en op de aannemingsovereenkomst’.⁷⁸

Breedveld-De Voogd legde zich niet neer bij deze uitleg. Zij is van mening dat art. 7:766 lid 2 BW uitsluitend de mogelijkheid tot ontbinding van de aannemingsovereenkomst biedt en niet van de koopovereenkomst. De slotzinsnede van lid 3 bewerkstelligt dan ook alleen dat bij samenhangende aparte overeenkomsten de aannemingsovereenkomst zonder opgave van redenen kan worden ontbonden: ‘wanneer de minister dit anders had gewild had hij de bepaling anders moeten redigeren.’⁷⁹

De regeling van het derde lid van art. 7:766 BW blinkt niet uit in duidelijkheid. Toch valt niet exact op te maken waarop Loos en Breedveld-De Voogd hun redenering baseren, dat alleen de aannemingsovereenkomst kan worden ontbonden. Met de uitleg van de minister erbij lijkt duidelijk dat de regeling enkel niet van toepassing is op de aannemingsovereenkomst waarbij de aanneming geen verband houdt met de koop.

Het enige problematische aan de regeling zou kunnen zijn dat het koopgedeelte van de overeenkomst betrekking heeft op de grond, en de grond niet onder het begrip ‘woning’ valt. Dit volgt echter niet uit het betoog van Loos en Breedveld-De Voogd. En wordt dit probleem door de regeling van lid 3 nu niet juist ondervangen? Naar mijn mening wel. Ook deze overeenkomsten moeten schriftelijk worden aangegaan en kunnen (in hun geheel) binnen de bedenktijd worden ontbonden op basis van art. 7:766 BW. De opmerking van Breedveld-De Voogd dat door de redactie van lid 3 de koper slechts de aannemingsovereenkomst kan ontbinden en niet het koopgedeelte treft volgens mij dan ook geen doel. Zowel de uitleg van de minister⁸⁰ als de formulering van lid 3 wijzen erop dat zowel de koop- als de aannemingsovereenkomst kunnen worden ontbonden, zolang deze maar verband met elkaar houden.

76 Loos 2002, p. 366.

77 Breedveld-De Voogd 2006, p. 225.

78 Kamerstukken I 2002/03, 23 095, nr. 38a, p.19-20.

79 Breedveld-de Voogd 2006, p. 226.

80 Kamerstukken I 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 19-20.

De vraag is of dit probleem wel speelt bij de koop-/aannemingsovereenkomst. Als wordt aangenomen dat de model koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is, speelt het probleem helemaal niet.⁸¹ Immers, dan is de regeling van art. 7:766 BW ook van toepassing op het koopgedeelte van de overeenkomst.

Wel kan onduidelijkheid ontstaan bij koop-/aannemingsovereenkomsten waarbij drie partijen betrokken zijn. Dit komt regelmatig voor: de verkoper van de grond is dan meestal de gemeente, een aannemer verzorgt de bouw van het huis. Toch is ook bij deze constructie sprake van ‘voldoende verband’ om deze onder de regeling van art. 7:766 leden 1 en 2 BW te laten vallen. Immers, het zal bij koop-/aannemingsovereenkomsten bijna altijd gaan om zgn. ‘package deals’. De verkrijger koopt dát huis op díe kavel. Er kan veelal geen ander huis op dezelfde kavel worden gebouwd en vaak zal hetzelfde huis ook niet op (veel) andere kavels worden gebouwd. Bij gebruik van de model koop-/aannemingsovereenkomst kan dus altijd, ook buiten de contractuele bepaling van art. 2 KA, de gehele overeenkomst gedurende de bedenktijd worden ontbonden.

5.2.4 De schriftelijkheidseis bij de koop-/aannemingsovereenkomst

De model koop-/aannemingsovereenkomst zelf meldt niets over de wijze waarop deze tot stand zou moeten komen en eventuele in acht te nemen vormvereisten. Voor de beantwoording van de vraag aan welke (vorm)vereisten voldaan moet worden bij het sluiten van een koop-/aannemingsovereenkomst moet dan ook worden gekeken naar de wet. Zowel de artikelen in de afdeling koop (art. 7:2 BW) als aanneming (art. 7:766 BW) zijn van belang voor de koop-/aannemingsovereenkomst. Welke afdeling is waarop van toepassing? En is dat wel relevant, aangezien zowel voor koop als voor aanneming de schriftelijkheidseis geldt?

Uit bovenstaand betoog in § 5.2.3 blijkt dat de wetgever art. 7:766 BW de schriftelijkheidseis (en bedenktijd) op basis van het derde lid van het artikel ook, of juist, van toepassing acht op de (gehele) koop-/aannemingsovereenkomst.

De kritiek van Loos en Breedveld-De Voogd dat op basis van het derde lid alleen het aannemingsgedeelte kan worden ontbonden, gaat volgens mij niet op. Zou de stelling van Loos en Breedveld-De Voogd wel opgaan, dan zou de koper nog kunnen proberen het koopgedeelte van de overeenkomst op basis van art. 7:2 BW te ontbinden. Echter, omdat dit artikel van toepassing is op ‘tot bewoning bestemde onroerende zaken’ en dit begrip restrictief wordt uitgelegd, is het zo dat het artikel niet van toepassing is op de koop van de grond. Deze is immers niet een ‘tot bewoning bestemde onroerende zaak.’

De vraag of de schriftelijkheidseis nu wel of niet op de gehele koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing is en of de koper nu wel of niet de hele overeenkomst kan ontbinden, is niet van groot belang nu bij gebruik van de model koop-/aannemingsovereenkomst dit probleem niet speelt. In deze koop-/aannemingsovereenkomst is de ontbinding op basis van de bedenktijd contractueel overeengekomen (in art. 2 KA) en dus niet afhankelijk van de reikwijdte van de

81 Zie hierover hoofdstuk 3.

artikelen in het BW. Ten aanzien van de ontbinding op basis van de bedenktijd zullen zich dan ook geen problemen voordoen, en deze lijken zich tot nu toe ook niet voor te doen.

5.2.5 Consequenties niet in acht nemen schriftelijkheidseis

Uit art. 3:39 BW lijkt voort te vloeien dat bij het niet nakomen van de schriftelijkheidseis sprake is van nietigheid. In dit artikel staat dat tenzij uit de wet anders voortvloeit, rechtshandelingen die niet in de voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig zijn.⁸² Volgens de minister is de overeenkomst in het geval van art. 7:766 BW inderdaad nietig: ‘.. zolang niet aan het vormvereiste is voldaan, is de koop niet rechtsgeldig tot stand gekomen.’⁸³

Bij de invoering van de schriftelijkheidseis is de vraag wel gesteld of sprake was van nietigheid dan wel vernietigbaarheid. Uit de bepaling van art. 3:39 BW volgt dat als het geschonden voorschrift uitsluitend het belang van één van de partijen beoogt te beschermen de overeenkomst niet nietig is, maar vernietigbaar.⁸⁴

Kan in het geval van de onderhavige overeenkomst het gevolg ook vernietigbaarheid zijn? Enerzijds zou betoogd kunnen worden dat het schriftelijkheidsvereiste voornamelijk in het leven is geroepen met het oog op de bedenktijdregeling.⁸⁵ Die regeling is uitsluitend van belang voor de koper en ziet niet op het belang van de verkoper.⁸⁶ Anderzijds dient het schriftelijkheidsvereiste ook om duidelijkheid te verschaffen voor zowel de verkoper als derden, bijvoorbeeld eventuele andere gegadigden.⁸⁷ Het belang van de verkoper en koper bij schriftelijke vaststelling is de aanvang van de bedenktijd.⁸⁸ Het belang van derden (bijvoorbeeld andere (potentiële) kopers) is duidelijkheid, omdat het recht van levering van de woning pas ontstaat op het moment dat de koopovereenkomst op correcte wijze tot stand is gekomen.⁸⁹ Het voorschrift beoogt dus niet alleen het belang van één van de partijen te beschermen.⁹⁰ De sanctie op het niet schriftelijk aangaan van de overeenkomst is dus nietigheid.⁹¹ Huijgen zegt hierover: ‘vragen rondom aanbod - en aanvaarding - zoals de vraag wanneer nu precies wilsovereenstemming bestond ten aanzien van de essentialia van de koop, te weten zaak en prijs - doen dan niet meer terzake. Immers, zolang geen schriftelijk stuk tussen partijen is opgemaakt,

82 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 136, Breedveld-de Voogd 2004, p. 34, Van Gastel 2006, p. 44.

83 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13.

84 PG Boek 3, p. 189 e.v.

85 Over de ratio van het vormvoorschrift ook: Breedveld-de Voogd 2007, p. 46-49.

86 O.a. Breedveld-De Voogd 2004, p. 34, Breedveld-de Voogd 2003, p. 117 e.v.

87 MvA Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13 en MvA Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 178 b, p. 11.

88 Nuance hierop weer door Breedveld-de Voogd 2003, p. 117 e.v.

89 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 217 e.v.

90 O.a. Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 219, van Velten 2005a, p. 197, Bakker 2006, p. 1063-1068.

91 Uitgebreid hierover ook: Breedveld-de Voogd 2007 p. 49-54.

hetgeen wil zeggen door beide partijen is ondertekend, is er eenvoudigweg geen koopovereenkomst tot stand gekomen.⁹²

5.2.5.1 Mondelinge overeenstemming

Hierboven werd beschreven dat het gevolg van het niet voldoen aan de schriftelijkheidseis nietigheid is. Maar wat nu als partijen mondeling al wel tot overeenstemming zijn gekomen en de koop alleen nog schriftelijk hoeft te worden vastgelegd? Zijn partijen, en met name is de verkoper, gebonden aan een reeds bereikte mondelinge overeenstemming? Is er precontractuele gebondenheid in combinatie met dit vormvoorschrift van schriftelijkheid? De relevantie van deze vraag laat zich als volgt illustreren: stel dat een verkoper bijvoorbeeld van een tweede koper een betere prijs geboden krijgt en met hem in zee gaat? Bij een nieuwbouwwoning is dit scenario niet heel waarschijnlijk, maar wel is mogelijk dat een verkoper een andere (potentiële) koper tegen het lijf loopt die wel meteen wil tekenen of simpelweg ‘geen moeilijke vragen stelt.’ Voor de koper maakt deze vraag veel minder uit, omdat als hij de overeenkomst tekent hij daarna direct kan ontbinden op basis van de bedenktijd. Hij heeft dus geen belang bij de vraag of zijn mondelinge toezegging ook bindend is, omdat hij zelfs de schriftelijke overeenkomst nog kan ontbinden, zij het binnen een beperkte tijdsduur. Voor de verkoper maakt dit wel uit, hij kan geen beroep doen op de bedenktijd.

Gezien bovenstaande uiteenzetting over de ‘hardheid’ van de schriftelijkheidseis lijkt het antwoord eenvoudig: zonder schriftelijk stuk geen koopovereenkomst.⁹³ Enige nuance blijkt echter op zijn plaats. Zowel de parlementaire geschiedenis als recente rechtspraak laten zien dat ook mondelinge overeenstemming, ondanks de schriftelijkheidseis en de nietigheidssanctie, gevolgen heeft. Hieronder volgt allereerst een uitzetting van de parlementaire geschiedenis op dit punt, daarna wordt ingegaan op de jurisprudentie op dit gebied.

Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag aan de orde geweest welke gevolgen en status een mondelinge overeenstemming heeft als uiteindelijk geen schriftelijke overeenkomst wordt bereikt.

Naar aanleiding van het wetsvoorstel stelde de NVM de vraag of een verkoper zich na een mondeling akkoord mocht terugtrekken.⁹⁴ De minister gaf als antwoord dat als sanctie op het vormvereiste dan wel nietigheid stond: ‘... Dit brengt echter niet met zich mee dat de verkoper zich na het bereiken van mondelinge overeenstemming met de koper zonder meer zou mogen terugtrekken. Denkbaar is immers dat op de verkoper een verplichting rust tot medewerking aan het tot stand brengen van de koop door het opmaken van de daarvoor vereiste akte’.

92 Huijgen 2003, p. 35, Huijgen 2008, p. 26. Evenzo: Breedveld-De Voogd 2007, p. 40 e.v.

93 Ook zo: Hijma in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 136.

94 Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 4, p. 5.

Later wordt nogmaals teruggekomen op de status van een mondeling akkoord.⁹⁵ De minister gaat in op wat onder een mondeling akkoord moet worden verstaan wil er sprake van zijn dat op de verkoper de plicht rust mee te werken aan het opmaken van een akte. Onder een mondeling akkoord zou kunnen worden verstaan: 'het geval dat, het vormvereiste van art. 2 lid 1 weggedacht, het mondelinge akkoord de beoogde, rechtens bindende hoofdovereenkomst zou opleveren, alsook het geval waarin zulks (nog) niet zo is. Hoe dit ook zij, zolang ter zake van de koop niet is voldaan aan het in art. 2 lid 1 neergelegde vormvereiste van schriftelijkheid, is de koop nietig overeenkomstig de hoofdregel van art. 39 van Boek 3.'

De minister vervolgt: 'De beantwoording van de vraag naar de gebondenheid van de verkoper aan een mondeling akkoord is sterk afhankelijk van de waardering van de omstandigheden van het aan de orde zijnde geval. Daarom is in de memorie van antwoord gesteld dat denkbaar is dat op de verkoper een verplichting rust tot de medewerking die noodzakelijk is voor de totstandbrenging van de overeenkomst. Zo zal het verschil maken of zich al dan niet het hierboven bedoelde geval voordoet dat, zou geen vormvereiste voor de koop gelden, dat akkoord de beoogde, rechtens bindende hoofdovereenkomst zou opleveren. Zou dit geval zich wel voordoen, dan zal de verkoper in beginsel gehouden zijn om de noodzakelijke medewerking voor totstandbrenging van de overeenkomst te verlenen. Zou het mondelinge akkoord nog niet voldoende omvatten om de beoogde, rechtens bindende hoofdovereenkomst op te leveren, dan bestaat de mogelijkheid dat de verkoper tot voortzetting van de onderhandelingen verplicht is'.⁹⁶

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de beantwoording van de vraag naar de gebondenheid van de verkoper aan een mondeling akkoord sterk afhankelijk is van de waardering van de omstandigheden van het aan de orde zijnde geval. Hierbij spelen de in de rechtspraak en doctrine ontwikkelde regels met betrekking tot de precontractuele aansprakelijkheid een rol.⁹⁷ De partijen zullen hun gedrag mede moeten laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst, in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.⁹⁸ De verkoper die zich na volledige mondelinge overeenstemming terugtrekt, handelt tegenover de (aspirant) koper 'onbehoorlijk,' aldus de minister.⁹⁹

Ondanks het vormvereiste van schriftelijkheid dat als sanctie nietigheid met zich brengt, blijkt de minister toch uit te gaan van het ontstaan van (rechts)verplichtingen bij mondelinge overeenstemming. De mogelijkheid bestaat dat dan de verkoper kan worden verplicht mee te werken aan het tot stand brengen van een schriftelijke akte. Dit lijkt tegenstrijdig.

95 Kamerstukken II, 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 7.

96 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 8.

97 Ibid.

98 Ibid.

99 Kamerstukken II 2003/04, aanhangsel, p. 383-384.

Uit een grote hoeveelheid jurisprudentie blijkt ook dat de regel ‘geen schriftelijk stuk is geen verplichtingen’ niet onverkort op gaat.¹⁰⁰ Wat dan wel rechtens is in situaties waarin al mondelinge overeenstemming is bereikt maar partijen (nog) niet tot een schriftelijke overeenkomst komen, is niet eenduidig te geven. Inmiddels, bijna vijf jaar na invoering van het schriftelijkheidsvereiste, zijn over deze kwestie veel uitspraken gedaan.¹⁰¹

Deze uitspraken zijn samengevat onder te verdelen in twee groepen: een strikte uitleg van art. 7:2 lid 1 BW en een niet-strikte uitleg. De strikte uitleg houdt in dat er in beginsel zonder schriftelijk stuk geen overeenkomst tot stand is gekomen en dat slechts in bijzondere gevallen de verkoper wel gedwongen zou kunnen worden tot het opmaken van de koopakte of tot dooronderhandelen. De niet-strikte uitleg houdt in dat aan mondelinge afspraken, ondanks de eis van schriftelijke vastlegging, wel gevolgen verbonden kunnen worden. De verkoper kan dan gedwongen worden door te onderhandelen of de koopovereenkomst toch te ondertekenen.

Welke leer gevolgd moet worden blijkt niet uit de rechtspraak. Hieronder volgt een uiteenzetting van de jurisprudentie op dit gebied, daarna wordt ingegaan op de meningen in de literatuur over dit onderwerp en de rechtspraak.

Voor de strikte leer werd o.a. gepleit in een uitspraak uit 2006 van de Rechtbank Dordrecht.¹⁰² De rechter gaat hierbij uitgebreid in op de parlementaire geschiedenis en merkt op dat:

‘ ... de uit de parlementaire geschiedenis blijkende opvattingen van de regering [...] niet past in het [...] wettelijke systeem, dat erop neerkomt dat het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste leidt tot nietigheid van de koop. Deze uit art. 3:39 BW voortvloeiende nietigheid betekent dat de koop van aanvang aan van rechtswege nietig is en dat de wet daaraan zonder meer de daarmee beoogde rechtsgevolgen onthoudt. Daarmee is onverenigbaar dat aan een dergelijke, nietige rechtshandeling - zoals in de parlementaire geschiedenis staat - toch rechtsgevolg wordt verbonden, in die zin dat, in geval sprake is van een mondeling akkoord dat – het vormvereiste van art. 7:2 lid 1 BW weggedacht – een rechtens bindende hoofdovereenkomst zou opleveren, de verkoper in beginsel gehouden zou zijn om de noodzakelijke medewerking voor totstandkoming van de overeenkomst te verlenen door mee te werken aan het opmaken van de daarvoor vereiste akte.’¹⁰³

100 Zie jurisprudentie hieronder genoemd.

101 Zie over deze uitspraken: Van Velten 2005a, p.197-198, Van Velten 2005b, p. 729 e.v., Bosman 2005, p. 748-751, Van Gastel 2006, p. 44-45, Huijgen 2006, p. 1056 e.v., Van Velten 2008, p. 106-108, Breedveld-de Voogd 2009, p. 6-9, Van Rossum 2009, p. 81-82.

102 Rechtbank Dordrecht 2 februari 2005, NJF 2005, 142.

103 Ibid.

Ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem¹⁰⁴ ging van de strikte uitleg van art. 7:2 lid 1 BW uit.¹⁰⁵ De voorzieningenrechter merkt op dat in het kader van de rechtszekerheid moet worden vastgehouden aan een strikte uitleg van de schriftelijkheidseis. De voorzieningenrechter gaat vervolgens in op de uitspraak van de minister dat het niet schriftelijk nakomen van een mondeling gemaakte afspraak ‘onbehoorlijk’ zou zijn.¹⁰⁶ De rechter overweegt hier tegenover dat onbehoorlijk iets anders is dan onrechtmatig. Hoogstens zou de minister, aldus de rechter, bedoeld kunnen hebben dat de kosten van de potentieel koper vergoed zouden moeten worden. Aan enkel mondelinge overeenstemming kan echter geen aanspraak op levering worden ontleend.

Voor een niet-strikte uitleg van art. 7:2 BW werd gekozen in een geschil voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem.¹⁰⁷ Hier werd door verkoper en koper overeenstemming bereikt over de verkoop van een huis. De verkoopster was de weduwe van de eigenaar van het huis. Zij en de eigenaar hadden samen een minderjarige zoon. De overleden eigenaar had nog drie meerderjarige dochters uit een eerder huwelijk. Nadat partijen mondeling een verkoopprijs overeengekomen waren en de meerderjarige dochters en de bewindvoerder van de minderjarige zoon akkoord waren met de overeengekomen verkoopprijs, trok verkoper zich terug. Koper stelt o.a.:

‘... Gelet op het bepaalde in art. 7:2 BW dient een koopovereenkomst van een woning in beginsel op straffe van nietigheid schriftelijk te worden aangegaan, maar, zo stelt eisers [koper, EB], uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:2 BW blijkt dat de nietigheid van de koop niet met zich meebrengt dat de verkoper zich na het bereiken van

-
- 104 Vznr. Rechtbank Haarlem 24 mei 2006, LJN: AX4870. Letterlijk staat er: ‘... moet worden aangenomen dat eiser onder het huidige recht aan de enkele mondelinge wilsovereenstemming geen aanspraak op levering kan ontleen’, r.o. 6.
- 105 In lijn met de strikte uitleg van art. 7:2 lid 1 BW deden de volgende instanties uitspraak: Rechtbank Dordrecht 2 februari 2005, NJF 2005, 142, Vznr. Rb. Utrecht 17 maart 2005 Notafax 2005, nr. 69, Vznr. Rb. Haarlem 24 mei 2006, NJF 2006, 421, Vznr. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, LJN: AX9937, Rb Breda 24 oktober 2007, zaaknr./rolnr. 174890/ HA ZA 07-829, Rechtbank Amsterdam 9 juli 2008, LJN: BD6779, Hof ‘s-Gravenhage 19 april 2007, NJF 2007, 525, Hof ‘s-Hertogenbosch 8 juli 2008, LJN: BF0457.
- 106 R.o.6 van Vznr. Rechtbank Haarlem 24 mei 2006, LJN: AX4870.
- 107 Vznr. Rb. Arnhem 7 juli 2006 LJN: AY 4055, 141654. Ook een niet strikte uitleg en dus gebondenheid aan mondelinge afspraken worden gegeven in: Vznr. Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, NJF 2004, 592, Vznr. Rb. Zutphen 8 juli 2005, LJN: AU0149, Rb. Leeuwarden 5 oktober 2005, 67015/ HA ZA 04-995, Vznr. Rb. Zutphen 22 november 2005, NJF 2006, 377. In Vznr. Rechtbank Haarlem 9 juli 2004, NJF 2004, 503 oordeelde de rechter ook dat zonder schriftelijk stuk geen overeenkomst tot stand was gekomen, echter was in dat geval expliciet schriftelijk overeengekomen dat totdat beide partijen de definitieve overeenkomst hadden getekend er geen overeenkomst zou zijn. De rechter liet in het midden of de verkoper zonder deze clausule wel gedwongen zou kunnen worden tot het meewerken aan het schriftelijk vastleggen van de overeenkomst.

de mondelinge overeenstemming met de koper zonder meer zou mogen terugtrekken. Eisers [koper, EB], stelt voorts dat partijen op alle punten van de koopovereenkomst overeenstemming hadden bereikt, zodat het gerechtvaardigd vertrouwen was gewekt dat de mondelinge overeenstemming tussen partijen tot een koopovereenkomst zou leiden. [...]'.¹⁰⁸ De voorzieningenrechter haalt in zijn oordeel uitgebreid de (hierboven beschreven) parlementaire geschiedenis aan¹⁰⁹ en komt tot de volgende conclusie: 'zoals hierboven werd overwogen is tussen eisers en deelgenoten, waaronder *verkoopster* [cursief aangevuld door EB], mondeling overeenstemming bereikt. Het is niet gesteld of gebleken dat de partijen het over enig punt nog niet eens waren. Geconstateerd moet daarom worden dat de partijen mondeling een koopovereenkomst hebben gesloten die afgezien van het schriftelijkheidsvereiste perfect was. Gezien de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis is er daarom grond voor het oordeel dat *verkoopster* [EB] op grond van die overeenstemming verplicht is mee te werken aan de schriftelijke totstandbrenging van de overeenkomst ...'.¹¹⁰

De voorzieningenrechter leidt uit de parlementaire geschiedenis af dat indien een 'perfecte' mondelinge overeenkomst tot stand is gekomen partijen gehouden zijn mee te werken aan een schriftelijke vastlegging.

In een geschil voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden¹¹¹ nam de rechter ook in zijn oordeel mee of sprake was van een perfecte mondelinge dan wel schriftelijke (anders dan de vereiste akte) overeenstemming. Hier kwam de rechter tot de conclusie dat uit de e-mailwisseling van partijen niet bleek dat een perfecte overeenkomst tot stand was gekomen (afgezien van de schriftelijkheidseis). Hij zag dan ook geen grond om de verkoper tot medewerking aan het ondertekenen van een schriftelijk stuk te dwingen.

In een geschil voor de Rechtbank Zutphen¹¹² werd ook een niet-strikte uitleg gehanteerd. De redenering van de rechter was in dit geval anders dan in bovenstaande uitspraken. Partijen waren mondeling tot een akkoord gekomen. In de conceptkoopakte werd door verkopers een anti-speculatiebeding opgenomen dat tijdens de mondelinge onderhandelingen niet ter sprake was gekomen. Verkoper weigerde de woning te verkopen zonder het beding en stelde dat geen overeenkomst was gesloten nu niet voldaan was aan de schriftelijkheidseis van art. 7:2 BW. De voorzieningenrechter oordeelde, de parlementaire geschiedenis uitzettend in zijn betoog, dat onder deze omstandigheden de verkoper onbehoorlijk handelde door te weigeren medewerking te verlenen aan het opmaken van de schriftelijke koopakte en dat koper een gerechtvaardigd belang had bij zijn eis de akte op te laten maken zonder beding. De verkoper werd daarom gedwongen mee te werken aan het schriftelijk tot stand komen van de overeenkomst.

108 R.o. 3.2.

109 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13 en Kamerstukken II 1995/96 23 095, nr. 8, p.7-8.

110 R.o. 4.10.

111 Vzng. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, LJN: AX9937. r.o. 5.5-5.7. Vergelijkbaar: Vzng. Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 2005, NJF 2006/117.

112 Vzng. Rechtbank Zutphen 8 juli 2005, LJN: AU0149.

Van Velten en Huijgen pleiten voor een strikte uitleg van art. 7:2 lid 1 BW waarbij slechts in zeer uitzonderlijke gevallen bij het ontbreken van een schriftelijk stuk toch kan worden aangenomen dat sprake is van een rechtsgeldige overeenkomst.¹¹³ Zij doen dit naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden waarin een niet-strikte uitleg aan art. 7:2 lid 1 BW werd gegeven.¹¹⁴ Van Velten en Huijgen menen: niet getekend is nietig.¹¹⁵ Hun kritiek op de uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden houdt samengevat in dat slechts in zeer bijzondere gevallen partijen zijn gehouden door te onderhandelen en/of schriftelijk een koopovereenkomst te sluiten.¹¹⁶ Volgens Van Velten dient het uitgangspunt te zijn: consumentenkoop van onroerend goed komt slechts tot stand indien door beide partijen een contract is ondertekend.¹¹⁷ Een aantal schrijvers is het niet met Van Velten en Huijgen eens.

Loos is van mening dat een verkoper zich niet zomaar mag terugtrekken als mondelinge overeenstemming is bereikt.¹¹⁸ Als slechts de formaliteit van het schriftelijk vastleggen ontbreekt, zou de verkoper gedwongen moeten kunnen worden mee te werken aan deze schriftelijke vastlegging. Is nog geen volledige overeenstemming bereikt of de mondelinge overeenstemming omvat nog niet voldoende om een rechtens bindende overeenkomst op te kunnen leveren, dan bestaat de mogelijkheid dat de verkoper verplicht is tot dooronderhandelen op grond van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid.¹¹⁹ Van deze situatie is slechts sprake wanneer de koper er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de koopovereenkomst tot stand zou komen en het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien de verkoper zich na het bereiken van een mondeling akkoord nog zou terugtrekken. Dit gerechtvaardigd vertrouwen is er volgens Loos bij mondelinge overeenstemming vrijwel altijd.¹²⁰ Tenzij expliciet is overeengekomen dat pas een rechtsgeldige overeenkomst tot stand komt als de koopovereenkomst door beide partijen is getekend. Het gerechtvaardigd vertrouwen ontstaat dan pas na tekenen.¹²¹

113 Van Velten 2005b, p. 729-730.

114 Vznr. Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, NJF 2004, 592. Twee (ex-)echtgenoten willen hun huis verkopen. Na voltooiing van de verkooponderhandeling bedenkt de man zich en wil de woning zelf gaan bewonen. De koper wil ondertekening van het koopcontract. De voorzieningenrechter stemt hiermee in omdat op een verkoper de verplichting kan rusten tot medewerking aan het tot stand brengen van de overeenkomst. De voorzieningenrechter meent dat een verkoper na mondelinge overeenstemming gehouden is tot ondertekening, tenzij bijzondere omstandigheden tot een ander oordeel mochten leiden.

115 Van Velten 2005a, p. 197-198, Huijgen 2003, p. 34, Huijgen 2008, p. 26-27.

116 H.A. Bosman zegt over de uitspraak van de Rechtbank Dordrecht (strikte uitleg) dat deze helder is geformuleerd, Bosman 2005, p. 748.

117 Van Velten 2005a, p. 198 en Van Velten 2006, p. 563.

118 Loos 2006, p. 179-182. Ook in: Loos 2003a, p. 260.

119 Hesselink en van Kooten schetsen deze mogelijkheid ook: Hesselink & Van Kooten 1996, p. 73-76.

120 Loos 2006, p. 180.

121 Deze situatie deed zich voor in Rb. Haarlem 9 juli 2004, NJF 2004, 503. Bij dit

Rijntjes¹²² schrijft naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Dordrecht, waarin de strikte leer werd aangehangen, dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een verkoper zich na het bereiken van mondelinge overeenstemming niet zomaar mag terugtrekken. Hij meent dat het terzijde schuiven van deze parlementaire geschiedenis kort door de bocht is en dat met de schriftelijkheidseis juist is beoogd de koper te beschermen, wat door de strikte uitleg niet gebeurt.¹²³ Loos zit ook op deze lijn. Hij meent dat de bedoeling van de wetgever niet zo eenvoudig opzij geschoven kan worden. Omdat de schriftelijkheidseis in het leven is geroepen in verband met de bedenktijd en deze beide regelingen de consument beogen te beschermen, gaat het volgens hem te ver om aan de nietigheidssanctie de conclusie te verbinden dat mondelinge afspraken geen enkele betekenis hebben en het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid toepassing mist.¹²⁴

Bakker merkt naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Arnhem¹²⁵ op dat de verplichting een schriftelijke overeenkomst te sluiten na mondelinge overeenstemming niet uit de parlementaire geschiedenis kan worden gehaald maar zou voortvloeien uit de precontractuele goede trouw.¹²⁶ Hondius zit op dezelfde lijn, zij het in iets andere bewoordingen.¹²⁷ Bakker is echter wel kritisch op dit punt omdat volgens hem uit jurisprudentie blijkt dat sinds Plas/Valburg in 1982 slechts in enkele gevallen aansprakelijkheid en schadevergoeding wegens afgebroken onderhandelingen is aangenomen.¹²⁸ Hij meent dat in dat licht bezien het vreemd is dat in de parlementaire geschiedenis tot uitgangspunt is genomen dat indien mondelinge overeenstemming is bereikt, de verkoper *in beginsel* gehouden is tot medewerking aan het opstellen van de koopovereenkomst.¹²⁹ Ook Huijgen wijst erop dat indien een vormvoorschrift bestaat niet snel gehoudenheid tot dooronderhandelen zal worden aangenomen wegens strijd met de precontractuele goede trouw.¹³⁰ Bakker merkt nog op dat het feit dat de minister het zich terugtrekken van de verkoper als ‘onbehoorlijk’ bestempeld geen succesvol beroep op de schending van de precontractuele goed trouw zal opleveren.¹³¹

geschil was expliciet schriftelijk overeengekomen dat voordat beide partijen de definitieve overeenkomst hadden getekend er geen overeenkomst zou zijn. Volgens Loos staat een dergelijk beding in de weg aan een vordering op basis van de precontractuele aansprakelijkheid. Dit baseert hij op HR 24 november 1995, NJ 1996, 162 (Van Engen/Mirror Group). Loos 2006, p. 179 en voetnoot 14.

122 Rijntjes 2005, p. 115-117.

123 Ibid.

124 Loos 2006, p. 181. Vergelijkbaar: Hesselink & van Kooten 1996, p. 80.

125 Vzng. Rb. Arnhem 7 juli 2006, LJN: AY4055,141654.

126 Voortvloeiend uit Beliën/Staat: HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569, m.nt. CJHB, HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 en HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467, zie Bakker 2006, p. 1063 e.v. Vergelijkbaar: Loos 2003a, p. 259.

127 Hondius 2004, p. 5244.

128 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 163.

129 Bakker 2006, p. 1065.

130 Huijgen 2004, nr. 65, p. 13.

131 Bakker 2006, p. 1065.

Samenvattend: de aanhangers van de niet-strikte uitleg van art. 7:2 lid 1 BW zijn óf van mening dat de parlementaire geschiedenis deze niet-strikte uitleg rechtvaardigt, dan wel dat dit voortvloeit uit de precontractuele gebondenheid. Aanhangers van de strikte leer stellen dat niet, of alleen onder bijzondere omstandigheden aan een mondelinge afspraak rechtsgevolg kan worden verbonden.

Uit bovenstaand verhaal blijkt dat nog niet duidelijk is wat nu rechtens is met betrekking tot mondelinge overeenkomsten en de schriftelijkheidseis. Zowel de (lagere) rechtspraak als de literatuur is verdeeld.¹³²

Het vereiste van schriftelijkheid is in het leven geroepen om in de eerste plaats de consument te beschermen en deze een steviger positie in het maatschappelijk verkeer te geven, en om niet vervolgens zonder omhaal weer opzij te worden gezet bij een mondelinge toezegging. Een strikte uitleg van de schriftelijkheidseis is dan ook, ook met het oog op de rechtszekerheid, gepast. Als mondelinge toezeggingen wel rechtsgevolg zouden hebben, of dit nu gebaseerd wordt op de precontractuele gebondenheid of op grond van de parlementaire geschiedenis, zou dit van de schriftelijkheidseis een dode letter maken.¹³³

Breedveld-De Voogd toont in haar proefschrift aan dat precontractuele gebondenheid, in die gevallen waarvoor een vormvoorschrift geldt, niet vormvrij kan plaatsvinden.¹³⁴ Met andere woorden: als voor de hoofdovereenkomst een vormvoorschrift geldt, geldt dit vormvoorschrift ook voor een voorovereenkomst. Gebondenheid aan mondelinge afspraken kan niet de bedoeling van het vormvoorschrift zijn geweest.

Het feit dat een koper na een mondelinge toezegging verrast kan worden door een verkoper die zich terugtrekt en daarmee feitelijk minder beschermd wordt dan zonder vormvereiste doet daaraan niet af. Een effectieve bescherming en de toepassing van de bedenktijd kunnen het best plaatsvinden als aan de schriftelijkheidseis strikt wordt vastgehouden.

In de situatie waarbij de koop-/aannemingsovereenkomst wordt gebruikt zullen partijen in veel gevallen voor het sluiten van de overeenkomst zelf eerst een schriftelijk 'reserveringscontract' of een schriftelijke 'voorovereenkomst' sluiten. Problemen met mondelinge toezeggingen zullen zich dan niet snel voordoen.

5.2.5.2 Reikwijdte van de schriftelijkheidseis

Hierboven werd de situatie beschreven waarin de verkoper zich voor het schriftelijk vastleggen van de overeenkomst terugtrok. Wat is rechtens ten aanzien van vooraf mondeling gemaakte afspraken die niet in het schriftelijke stuk zijn opgenomen? Zijn deze dan nietig? Er zijn drie mogelijkheden.¹³⁵

De eerste, door Breedveld-de Voogd aangedragen mogelijkheid is, wanneer als uitgangspunt wordt aangenomen dat de gehele inhoud van de overeenkomst

132 Ook: Breedveld-De Voogd 2008, p. 519-528.

133 Letterlijk zo: Breedveld-De Voogd 2007, p. 528.

134 Breedveld-De Voogd 2007, p. 67 e.v.

135 Breedveld-De Voogd 2007, p. 95,

in de akte moet worden opgenomen, de gehele overeenkomst nietig is als een deel hiervan in de akte ontbreekt.

De tweede, en mijns inziens meest logische mogelijkheid, is dat de schriftelijke vastlegging (de vorm en) de inhoud van de wilsovereenstemming achteraf vaststelt. Wat is overeengekomen blijkt dus slechts uit het geschrift. Staat een mondelinge afspraak of toezegging niet in het geschrift dan is dat deel van de mondelinge overeenkomst niet overeengekomen, omdat de eis van schriftelijke vastlegging zoals hiervoor uiteengezet, een constitutief vereiste vormt voor het geldig tot stand komen van de afspraak.

Deze theorie werkt alleen bevredigend zolang het niet op schrift gestelde geen essentialia van de koop betreft. Breedveld-De Voogd komt in dat kader met het voorbeeld van twee partijen die overeenkomen een woning gestoffeerd te verkopen. De stoffering van de woning is voor de koper van doorslaggevend belang, omdat hij dan meteen de woning kan betrekken. In de akte worden de prijs en het object opgenomen, maar niet de overeengekomen stoffering. Omdat de stoffering voor de koper een essentieel bestanddeel is van de koop, en deze niet is opgenomen in de overeenkomst, is sprake van een nietige overeenkomst.

De derde mogelijkheid is dat zowel de mondelinge als de schriftelijke afspraken geldig zijn. Deze oplossing druist echter in tegen zowel de aard als de ratio van de schriftelijkheidseis, omdat het vormvoorschrift onder meer in het leven is geroepen om koper te behoeden voor overhaaste beslissingen en hij zo de mogelijkheid heeft de koopovereenkomst aan een deskundige te laten zien. Zowel de mondelinge als de schriftelijke afspraken geldig achten lijkt derhalve niet de juiste oplossing.¹³⁶

In de ideale situatie zouden partijen alles schriftelijk moeten vastleggen waarover zij overeenstemming hebben bereikt. In dat geval ontstaan geen hiaten tussen mondelinge en schriftelijke afspraken.

Bij gebruik van de koop-/aannemingsovereenkomst worden regelmatig, zowel voor als na het sluiten van de overeenkomst, mededelingen of beloftes gedaan over zaken die niet in de overeenkomst zijn vastgelegd.¹³⁷

Naast het feit dat dit soort mededelingen vaak moeilijk te bewijzen zijn, lijken ze gezien de door mij aangehangen interpretatie van de schriftelijkheidseis van art. 7:2 BW ook niet rechtsgeldig. Niets is echter minder waar, de schriftelijkheidseis geldt slechts voor de essentialia van de koop en voor de bedingen waarbij partijen willen afwijken van het aanvullende recht.¹³⁸ De schriftelijkheidseis heeft geen betrekking op mededelingen en is daarvoor dan ook niet noodzakelijk.¹³⁹ Bewijsrechtelijk kan het wel wenselijk zijn toezeggingen of mededelingen schriftelijk vast te leggen.

136 Breedveld-De Voogd 2007, p. 95-96.

137 Zie o.a. RvA 4 januari 2007, nr. 28.460, RvA 20 maart 2007, nr. 28.741.

138 Breedveld-De Voogd 2007, p. 99.

139 Ibid.

5.3 BEDENKTIJD

Na het sluiten van de koop-/aannemingsovereenkomst kan de koper ingevolge art. 7:2 lid 2 BW¹⁴⁰, art. 7:766 lid 2 BW¹⁴¹ en art. 2 KA de overeenkomst nog binnen een aantal dagen kosteloos en zonder opgaaf van redenen ontbinden. Dit wordt ‘de bedenktijd’ genoemd. De bedenktijd voor de koop en aanneming van onroerend goed is bij de aanvulling en wijziging van de Titels 7.1 en 7.12 BW in september 2003 ingevoerd en is van dwingend recht.¹⁴² De bedenktijd is in de koop-/aannemingsovereenkomst overgenomen in art. 2 KA en uitgebreid van drie dagen tot een kalenderweek. Omdat de koop-/aannemingsovereenkomst zelf de bedenktijd regelt, wordt in deze paragraaf weinig aandacht besteed aan de wettelijke regeling. Eerst wordt kort ingegaan op het doel en de achtergrond van de bedenktijd (§ 5.3.1). Allereerst in het algemeen (§ 5.3.1.1), daarna bij koop en aanneming van onroerend goed (§ 5.3.1.2). Vervolgens wordt in § 3.1.3 ingegaan op afstand doen van de bedenktijd en in § 5.3.1.4 op herleving van de bedenktijd. Tot slot wordt ingegaan op de regeling in de koop-/aannemingsovereenkomst (§ 5.3.2).

5.3.1 Achtergrond

In deze paragraaf wordt ingegaan op het doel en de geschiedenis van de bedenktijd in het algemene Nederlandse recht, daarna wordt ingegaan op de het doel en de achtergrond van de bedenktijd bij de koop en aanneming van onroerend goed.

140 Art. 7:2 lid 2 BW: De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de koper ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.

141 Art. 7:766 lid 2 BW: De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de opdrachtgever ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de aannemer van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de opdrachtgever het recht de overeenkomst te ontbinden. Komt, nadat de opdrachtgever van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde te bouwen woning opnieuw een overeenkomst tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.

142 Art. 7:2 lid 4 BW. Literatuur over de bedenktijd: Huijgen 2002, p. 1003-1010, Kleijn 1992, Frenk 1996, Loos 2002, p. 356-367, Loos 2003c Hensen 1992, Van Velten 2003b, Hijma 2003, Croes 2001, Van Velten 2004a, Van Velten 1994a, Wedekind 1991, Bartels & Sander 1998, Kleijn & Van Velten 1985, Van Velten 2003c, Huijgen 2006, Van den Berg 2002, Van Mourik 1975, Bartels 1996. Na invoering: Van Velten 2004b, Van Rossum 2003, Breedveld-De Voogd 2004.

5.3.1.1 De bedenktijd in het algemene verbintenissenrecht

In 1975 is de eerste wettelijke bedenktijd in Nederland ingevoerd in de Colportagewet.¹⁴³ In 1985 werd de colportagerichtlijn ingevoerd die eenzelfde regeling met betrekking tot de bedenktijd met zich bracht.¹⁴⁴ Daarna volgden nog vijf wettelijke bedenktijdregelingen waarvan er vier gebaseerd zijn op een Europese richtlijn; de bedenktijd bij de koop van timeshares¹⁴⁵, bij overeenkomsten op afstand¹⁴⁶, de koop van woningen en aanneming van werk¹⁴⁷, het afsluiten van een levensverzekering¹⁴⁸ en de verkoop op afstand van financiële diensten.¹⁴⁹

In alle gevallen in de wet waarbij een bedenktijd is opgenomen, geldt deze alleen voor consumenten.¹⁵⁰ De bedenktijd is bij uitstek een instrument van consumentenbescherming. Door het niet verbinden van inhoudelijke eisen aan de ontbinding is het een uitermate ongecompliceerd instrument, dit in tegenstelling tot andere wettelijke ontbindingsmogelijkheden. Zoals Hijma zegt: een simpel ‘ik doe het toch maar niet’, is voldoende voor een ontbinding op basis van de bedenktijd.¹⁵¹ Dit is, aldus Hijma, ‘consumentenbescherming in optima forma.’¹⁵²

De meeste bedenktijdregelingen zijn dusdanig vormgegeven dat de partij, die de bedenktijd mag invoeren een consument moet zijn en de partij tegen wie de bedenktijd wordt ingeroepen een professionele partij.¹⁵³

Het uitgangspunt is dat de consument beschermd moet worden vanwege de ongelijkwaardigheid van partijen.¹⁵⁴ De bescherming van de consument heeft betrekking op een tweetal zaken, samengevat: een gebrek aan informatie en een gebrek aan weerstand.¹⁵⁵ Bij gebrek aan weerstand waartegen de bedenktijd moet beschermen valt te denken aan overrompelde kopers, kopers die geen weerstand

143 Art. 25 Colportagewet.

144 RL 85/577/EEG, PbEG L 372.

145 Ingevoerd op 11 juli 1997 in art. 7:48c BW, gebaseerd op de richtlijn 94/47/EG, PbEG L 280.

146 Ingevoerd op 1 februari 2001, in art. 7:46a sub a BW, gebaseerd op RL 97/7/EG, PbEG L 144.

147 In de art. 7:2 lid 2 en 7:766 lid 2 BW, niet gebaseerd op een Europese richtlijn.

148 In art. 50q WTV, ingevoerd op 20 mei 1993, vervangen op 1 juli 1994 door art. 53 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Wtv), Stb 1994, 252, gebaseerd op de richtlijnen 90/619/EEG (PbEG L 330) en 92/96/EEG (PbEG L 360).

149 Art. 7:46a BW, ingevoerd op 23 september 2002, gebaseerd op art. 6 van Richtlijn 2002/65/EG (PbEG L 271).

150 Dit in tegenstelling tot bijv. een enkele bedenktijd opgenomen in het Duitse recht. Zie hierover Hijma & Valk 2004, p. 18.

151 Hijma & Valk 2004, p. 19.

152 Ibid.

153 O.a. bij colportage, koop op afstand, en levensverzekeringen. Uitzondering op deze regel is de koop en aanneming van onroerend goed door een consument waar geen professionele wederpartij is vereist, ik kom hier later nog op terug.

154 Hierover ook Hijma & Valk 2004, p. 19.

155 Hijma & Valk 2004, p. 20 e.v.

kunnen bieden aan agressieve handelwijzen of kopers die bijvoorbeeld prijs en kwaliteit op het moment van aankoop niet hebben vergeleken. De bedenktijd heeft voor die gevallen vooral de functie van een afkoelingsperiode. Bij bescherming tegen een gebrek aan informatie valt te denken aan informatie over het aangeschafte product zelf, zijn eigenschappen of externe omstandigheden, bijvoorbeeld de financiering ervan.

Werden hierboven het doel en vooral de voordelen van de bedenktijd geschetst, er zijn ook nadelen verbonden aan een bedenktijd. Allereerst voor de wederpartij van de consument: hij is eenzijdig gebonden aan de overeenkomst. Kan de koper eenvoudig ontbinden, de verkoper niet. Dit brengt rechtsonzekerheid met zich voor verkoper of aannemer. Een bedenktijd mag dan ook, om de rechtsonzekerheid te beperken, nooit te lang duren of een onzekere duur hebben, bijv. ‘een redelijke termijn.’¹⁵⁶ Over het algemeen duren de wettelijke bedenktijden tussen de drie en dertig dagen.¹⁵⁷ Drie dagen is de bedenktijd voor de koop van onroerend goed of aanneming van werk, dertig dagen de (beoogde) bedenktijdtermijn voor het afsluiten van een levensverzekering.¹⁵⁸

Een tweede relatief nadeel aan de bedenktijd is dat er voor de koper of opdrachtgever andere oplossingen zouden kunnen zijn die hem een betere bescherming bieden dan de bedenktijd. Bij de koop van onroerend goed heeft de discussie gespeeld of een bedenktijd in dat geval wel effectief zou zijn en of een vroege notariële tussenkomst niet meer en betere bescherming zou bieden.

In de literatuur is aangegeven dat het invoeren of hanteren van een bedenktijd een derde nadeel met zich kan brengen.¹⁵⁹ Door de bedenktijd zou de koper aangetaast kunnen worden in zijn rechtsmiddelen. Het feit dat de koper gedurende de bedenktijd gelegenheid krijgt nadere informatie in te winnen zou de indruk kunnen wekken dat de spreekplicht van de verkoper ten opzichte van de onderzoeksplicht van de koper afneemt. Immers, de koper heeft nu de tijd zijn aankoop goed te onderzoeken. In samenhang daarmee is mogelijk dat de bedenktijd de functie krijgt van een ‘controleperiode.’¹⁶⁰ Het onderzoek dat een koper kan laten verrichten móet hij in de controleperiode dan ook laten verrichten om te voorkomen dat hem later wordt tegengeworpen dat hij slecht onderzoek heeft gedaan en gebreken impliciet heeft aanvaard.

156 Ibid.

157 Colportage: acht dagen (art. 25 lid 2 Cw); timeshares: tien dagen (art. 7:48c lid 1 BW); overeenkomst op afstand: zeven werkdagen (art. 7:46d lid 1); financiële diensten: veertien kalenderdagen (art. 7:46a BW).

158 Aanvankelijk bedroeg de termijn’ ten minste twee weken, ingevolge art. 53 WTV. De WTV is per 1 januari 2007 vervallen en daarvoor in de plaats is de Wet op financieel toezicht gekomen. Hierin is de termijn van dertig dagen opgenomen in art. 4:28 lid 2 BW.

159 Castermans 1992, p. 271-274, Chao-Duvis 1995, p. 49-50, Valk 1998, p. 14-15, Dammingh 1998, p. 567-571, Hartlief & Reurich 1999, p. 49-51, Hijma & Valk 2004, p. 25 e.v., Oranje & Schreurs 2002, p. 951 en Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 4 en p. 18-19.

160 Zie Hijma & Valk 2004, p. 25.

De schrijvers zijn het erover eens dat een verschuiving in de onderzoeks- en spreekplicht en het ontstaan van een controleperiode met vergaande rechtsgevolgen onwenselijk is.¹⁶¹ De bedenktijd is een extra instrument om de koper te beschermen en het zou tegen haar aard en bedoeling indruisen als via een achterdeur de consument van zijn extra bescherming zou worden beroofd. Uit (het gebrek aan) jurisprudentie blijkt (nog) niet dat van een verschuiving in plichten sprake is.

Een meer algemeen en dogmatisch nadeel aan de bedenktijd is dat het zou indruisen tegen het systeem van de wet dat uitgaat van het principe ‘pacta sunt servanda.’¹⁶² Dat argument laat ik rusten vanwege het ontbreken van praktisch belang voor de koop-/aannemingsovereenkomst.

5.3.1.2 De bedenktijd en de koop en aanneming van onroerende zaken

Zoals hierboven al opgemerkt, kent de koop en aanneming van onroerend goed door een consument sinds september 2003 ook een wettelijke bedenktijd. Deze bedenktijd is een van drie instrumenten die bij de invoering van de Titels 7.1 en 7.12 BW in het leven is geroepen om de consument-koper van onroerend goed beter te beschermen.¹⁶³ De bedenktijd is neergelegd in de artt. 7:2 lid 2 en 7:766 lid 2 BW.¹⁶⁴ In samenhang hiermee is de schriftelijkheidseis ingevoerd. Zonder schriftelijke vastlegging is het namelijk vrijwel onmogelijk aan te geven wanneer de bedenktijd van een koper is ingegaan en dus ook wanneer deze is afgelopen.

De bedenktijd bij koop en aanneming van werk van onroerend goed is primair ingevoerd om de koper te behoeden voor overhaaste beslissingen onder druk van een overspannen huizenmarkt, de bedenktijd is een ‘afkoelingsperiode.’ Tevens kan de bedenktijd ruimte geven voor het verkrijgen van extra informatie: de koper kan eventueel bouwkundigen of financieel deskundigen raadplegen.¹⁶⁵

Hierboven werd opgemerkt dat de bedenktijd meestal geldt voor consumenten met als wederpartij een professional.¹⁶⁶ De bedenktijd voor de koop van onroerende zaken is hierbij een atypisch geval. Zij is één van de weinige regelingen waarbij de partij waartegen de bedenktijd wordt ingeroepen ook een consument kan zijn. Bij aanneming van werk zal de aannemer vrijwel altijd een professional zijn.

De invoering van de bedenktijd in de artt. 7:2 lid 2 en 7:766 lid 2 BW is onderwerp geweest van veel discussie.¹⁶⁷ Niet ter discussie stond dat de consument-koper be-

161 O.a. Hijma & Valk 2004, p. 26.

162 Mok 1997, p. 15, Nieuwenhuis 2001, p. 333.

163 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 134.

164 Over deze artikelen: Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 183-184.

165 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 136.

166 Hijma & Valk 2004, p. 19.

167 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 7, p. 1-3; Nota naar aanleiding van het Eindverslag, Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 1-2; Verslag van een schriftelijk overleg, p. 2-9, 17-27; Verslag wetgevingsoverleg, p. 4-12, 16-18, 21-24; brief van de Minister van Justitie, Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 15, p. 1-3; Voorlopig verslag, p. 1-6, 5-8, 10; MvA, p. 1, 2-6, 10-12, 16-17, 20-21.

ter beschermd moest worden, wel de vraag of de bescherming van de consument moest worden vormgegeven door middel van een vroege tussenkomst van een notaris in het koopproces óf door invoering van een bedenktijd.¹⁶⁸ Deze discussie is weinig wetstechnisch geweest maar zeer politiek en heeft door de grote verdeeldheid tussen parlement en regering nogal wat vertraging opgelopen.¹⁶⁹ Zelfs na invoering van de bedenktijd in september 2003 bleef de discussie voortwoeden.¹⁷⁰

Voorstanders van de bedenktijd zijn van mening dat de bedenktijd en de daarmee samenhangende schriftelijkheidseis zorgen voor een evenwichtige verhouding tussen het belang van de koper en de verkoper; de koper kan nog informatie inwinnen, de verkoper hoeft niet al te lang te wachten op zekerheid omtrent de verkoop.¹⁷¹

De tegenstanders van de bedenktijd trekken in twijfel of de koper wel voldoende en effectief wordt beschermd door deze constructie.¹⁷² Zij vragen zich af of drie dagen bedenktijd voldoende tijd is om bijv. deskundigen te raadplegen¹⁷³ of om 'af te koelen'.¹⁷⁴ Ook wordt door tegenstanders gesteld dat koopovereenkomsten gemakkelijk te antedateren zijn om de bedenktijd te ontduiken en dat de relatieve onbekendheid van het fenomeen bedenktijd tot moeilijk voorspelbare gevolgen zou kunnen leiden.¹⁷⁵ Critiek is er ook op het ontbreken van bescherming voor de consument-verkoper.¹⁷⁶

Voorstanders van de tussenkomst door een notaris zijn van mening dat deze tussenkomst de rechtszekerheid ten goede komt en dat dientengevolge kopers beter beschermd worden door deze constructie dan door de bedenktijd. Als gevolg van het vroeg inschakelen van de deskundige notaris kunnen gerechtelijke procedures worden voorkomen.¹⁷⁷ De notaris kan ervoor zorg dragen dat geen wilsgebreken aanwezig zijn, daadwerkelijk wilsovereenstemming bestaat, er geen strijd bestaat met dwingende wetbepalingen, bijzondere lasten en beperkingen tijdig bekend

168 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5 (MvA).

169 Hensen voorspelde deze vertraging al in 1992: Hensen 1992, p. 1485.

170 Zie onder andere een veelheid aan artikelen verschenen in *Notariaat Magazine* in oktober, november en december 2005 en februari en maart 2006. Uit de bedenktijd kwam echter zeer weinig jurisprudentie voort (twee voorbeelden: Hof Arnhem, 7 maart 2006, LJN: AV48964. Rechtbank 's-Gravenhage 25 januari 2006, NJF 2006, 183, RN 2006, 32), dit in tegenstelling tot de invoering van de schriftelijkheidseis die wel voor een stroom aan jurisprudentie zorgde.

171 Loos 2002, p. 358. Oneens met dit vermeende evenwicht: Huijgen 2002, p. 1006.

172 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 136; Loos 2003b, p. 6-23, Loos 2002, p. 356-367, Hensen 1992, p. 1484-1490, Huijgen 2002, p. 1007, Van Rossum 2003, p. 274.

173 Huijgen 2002, p. 1003 e.v., Hijma 2003, p. 813, Croes 2001, p. 338-339.

174 Van Rossum 2003, p. 268.

175 Loos 2002, p. 358, Loos 2003b, p. 7.

176 Zie o.a. Loos 2006, p. 179, Selderbeek-Doyer 2008, p. 179-180 en p. 185-186.

177 Hensen 1992, p. 1484-1490, Luijten 1993, p. 129-134, De Boer 1993, p. 1243-1244, Frenk 1996, p. 14.

zijn¹⁷⁸ en de toestemming van eventuele derden (bijv. partners) niet ontbreekt.¹⁷⁹ Ook zou Nederland met het instellen van verplichte notariële tussenkomst aansluiten bij de meeste andere West-Europese landen.¹⁸⁰

Tegenstanders van de notariële inschakeling zijn van mening dat tussenkomst door een notaris teveel ingrijpt in het marktproces. Daarnaast zijn schrijvers van mening dat het niet invoeren van een notariële tussenkomst te maken heeft gehad met de wens van belangenorganisaties en de regering de monopoliepositie van het notariaat terug te dringen.¹⁸¹ Het terugdringen van (wettelijke) monopolieposities heeft ook te maken met de wens van de regering om zoveel mogelijk marktwerking te stimuleren.¹⁸² Ook zijn enkele schrijvers van mening dat consumenten zelf zouden moeten kunnen kiezen of zij een notaris willen inschakelen.¹⁸³ Het inschakelen van een notaris zou kostenverhogend werken omdat de notaris een taakverzwaring krijgt.¹⁸⁴ Tevens is de kritiek dat niet zozeer juridische maar vooral feitelijke gebreken tot problemen leiden bij de koop van onroerend goed en dat dus een notaris deze niet zal voorkomen.¹⁸⁵ Geopperd wordt dat ook andere deskundigen de koper goed zouden kunnen bijstaan zoals een makelaar, een advocaat of een bouwkundige.¹⁸⁶

Voorstander van de invoering van een notariële tussenkomst waren met name de wetenschappelijke literatuur en de Tweede Kamer. De regering had een voorkeur voor de bedenktijd en dreigde zelfs met intrekking van het wetsvoorstel als hierin verandering zou worden gebracht.¹⁸⁷ Uiteindelijk is gekozen voor de invoering van de bedenktijd als instrument van bescherming.

Naar mijn mening biedt de bedenktijd de consument weinig concrete bescherming. Een bedenktijd van drie dagen is zo voorbij. De mogelijkheid binnen de bedenktijd een deskundige te raadplegen, één van de doelen van de bedenktijd, is bovendien gering aangezien op een termijn van drie werkdagen met moeite een bouwkundige is te vinden die een huis (grondig) kan komen inspecteren of een juridisch deskundige die het koopcontract kan beoordelen. Tot slot is het is de vraag of in een overspannen huizenmarkt (al is daar niet altijd sprake van) de (door de wetgever zo gewenste) bezinning in een dergelijke korte periode wel voldoende intreedt.

Een vroege notariële tussenkomst biedt wel een betere garantie dát de koper überhaupt geïnformeerd wordt over de juridische implicaties van de koop, en dat hij tijdig en juist geïnformeerd wordt. Daar staat tegenover dat de notariële tus-

178 Hensen 1992, p. 1489.

179 Frenk 1996, p. 14. Vergelijkbaar: Van Rossum 2003, p. 268-269.

180 Loos 2002, p. 358 en Van Velten 1994a, p. 383 e.v.

181 Hensen 1992, p. 1490, Van Dam 1994, p. 9-10.

182 Loos 2002, p. 359 en Verslag van een schriftelijk overleg, Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 17-18.

183 Van Rossum 2003, p. 268.

184 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4.

185 Frenk 1996, p. 14.

186 Van Rossum 2003, p. 268.

187 Lees hierover Loos 2002, p. 357-358.

senkomst de keuzevrijheid van de consument ten aanzien van de door hem al dan niet in te schakelen adviseurs in grote mate beperkt en tot gevolg zou hebben dat notarissen een monopoliepositie verwerven ten aanzien van deze handeling. Ik pleit dan ook zeker niet voor een vroege notariële tussenkomst, wellicht dat de bedenktijd de consument bescherming biedt die hem zowel financieel als praktisch tot minder verplicht dan een notariële tussenkomst doet.¹⁸⁸

Of een bedenktijd wel de nodige en gewenste bescherming biedt, is de vraag. Een verlenging van de wettelijke bedenktijd zou de effectiviteit kunnen verhogen. Met een verlenging moet echter wel voorzichtig om worden gesprongen. Een al te lange verlenging zorgt immers voor veel (rechts)onzekerheid bij verkopers. Een bedenktijd van zeven dagen, of één kalenderweek (zoals neergelegd in de koop-/aannemingsovereenkomst) zou wellicht een overzichtelijke periode zijn.

5.3.1.3 Afstand doen van de bedenktijd

Gezien het dwingendrechtelijk karakter van de bedenktijd kan contractueel geen afstand gedaan worden van het recht op bedenktijd. Het contractueel afstand doen van de bedenktijd zou een overeenkomst opleveren die strijdig is met de wet, en dus een nietige overeenkomst (ingevolge art. 3:39 BW).

Wel kan de koper, bijv. door zoals hierboven beschreven, nakoming te eisen, afstand doen van zijn recht op bedenktijd. Zoals hierboven reeds werd opgemerkt blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat een actie tot nakoming (gedurende de bedenktijd) door de verkoper door de minister in strijd wordt geacht met het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijd.¹⁸⁹ Over een nakomingsactie door de koper zegt de minister dat zulk een activiteit rechtsverwerking impliceert.¹⁹⁰ Tegen het door de koper, na het sluiten van de overeenkomst, afstand doen van zijn recht op bedenktijd blijkt volgens de parlementaire geschiedenis geen bezwaar te bestaan.¹⁹¹

Hijma is het eens met de minister dat afstand van recht mogelijk is.¹⁹² Hij is van mening dat uitgangspunt bij de bedenktijd is dat de koper zijn rechtspositie niet ‘verkwanselt’ uit angst dat de verkoper met een ander in zee gaat. Als de overeenkomst is gesloten, is die angst verdwenen. Partijen zijn volgens hem dan weer in balans. Huijgen meent daarentegen dat afstand van recht, met het oog op het dwingendrechtelijke karakter van de bepaling vreemd is.¹⁹³

188 In geval van bestaande bouw zou een verplichte woning APK ook een methode kunnen zijn om op korte termijn aan kopers (en verkopers) inzicht te verschaffen in de (technische) staat van de woning. Mijns inziens dient echter terughoudend om te worden gegaan met het opleggen van (wettelijke) verplichtingen die de consument (koper en verkoper) geld kosten.

189 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, 23 095, nr. 8, p. 4.

190 Ibid.

191 Ibid.

192 Hijma & Valk 2004, p. 49.

193 Huijgen 2006, p. 1055 e.v.

Het juridisch bureau van de KNB heeft een zeer uitgebreid antwoord gegeven op de vraag of men afstand kan doen van recht en onder welke omstandigheden:

‘De beantwoording van deze vraag hangt sterk af van de feiten. In de parlementaire geschiedenis wordt op diverse plaatsen een opmerking hierover [afstand van de bedenktijd, EB] gemaakt. Zo wordt een levering binnen de drie dagen bedenktijd gezien als een afstand van de bevoegdheid om te ontbinden zo al niet als rechtsverwerking. Opgemerkt wordt dat de notaris in zo’n geval op grond van zijn ambtsplicht de koper moet vragen of deze zich bewust is van de ontbindingsmogelijkheid en hem zonodig daarover informeren. Voorts wordt opgemerkt dat denkbaar is dat de koper eigener beweging afstand doet van de bedenktijd. Zijn adviseurs zullen hem hiervan moeten weerhouden. Indien de koper toch hierop blijft staan, moet één en ander duidelijk uit de akte blijken. Het is in elk geval in strijd met het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijd dat de koper op instigatie van de verkoper afstand daarvan doet. In gevallen waarbij de koper afstand heeft gedaan van zijn recht tot ontbinding, is dan ook uiterste voorzichtigheid geboden!’¹⁹⁴

Ik ben het eens met Huijgen. De bedenktijd dient immers als afkoelingsperiode. Is de koper wel voldoende ‘afgekoeld’ om zelf afstand van zijn recht te kunnen doen? Mijn inziens druist het afstand kunnen doen van het recht in tegen de aard van de beschermingsregel.

Over de vraag hoe de afstand van het recht op bedenktijd moet worden vormgegeven zijn wetgever en literatuur het niet eens. De minister neemt bijna automatisch rechtsafstand aan als een eis tot nakoming (door de koper) of nakoming (door de verkoper) in de bedenktijd plaatsvindt. De afstand van recht vindt dan stilzwijgend plaats.

De literatuur¹⁹⁵ en de KNB¹⁹⁶ zijn van mening dat afstand van recht uitdrukkelijk moet plaatsvinden. Bij uitdrukkelijke afstand is bepalend of de verkoper redelijkerwijs mocht aannemen dat de koper, zich bewust van zijn terugtreedrecht, dit wilde opgeven.¹⁹⁷ Hijma is van mening dat of hiervan sprake is afhangt van de omstandigheden van het geval.¹⁹⁸ Hij vindt dat niet te snel afstand moet worden aangenomen. Als sprake is van een professionele verkoper dient deze zich ervan te vergewissen dat de koper inderdaad afstand doet van zijn recht op bedenktijd. Bij een niet-professionele verkoper zal de vraag of de verkoper zich voldoende heeft vergewist afhangen van de omstandigheden van het geval.¹⁹⁹ Ook al lijkt de minister afstand van het recht op bedenktijd vrij eenvoudig aan te nemen, slechts

194 ‘De meest gestelde vragen over de Wet koop onroerende zaken en aanneming,’ KNB 2003/1, nr. 10.

195 Tjittes 1992, nr. 14-18, Hijma & Valk 2004, p. 50.

196 Zie het citaat hierboven uit ‘De meest gestelde vragen over de Wet koop onroerende zaken en aanneming’, KNB 2003/1, nr. 10.

197 Tjittes 1992, nr. 14-18.

198 Hijma & Valk 2004, p. 50.

199 Hijma gaat nog kort in op de vraag of als geen sprake is van afstand van recht sprake kan zijn van rechtsverwerking. Dit lijkt hem bij een professionele koper ook niet het geval, Hijma & Valk 2004, p. 50.

het uitdrukkelijk afstand doen van dat recht heeft, blijkens de literatuur, met het oog op consumentenbescherming, gevolgen.

5.3.1.4 Herleving van de bedenktijd

De vraag of de bedenktijd herleeft als de koopovereenkomst of koop-/aannemingsovereenkomst na ondertekening wordt gewijzigd, is er een die de praktijk en literatuur pas na de wettelijke invoering van de bedenktijd is gaan stellen. Huijgen is van mening dat er inzake dit probleem een strikte en een liberale visie is.²⁰⁰ De strikte visie houdt in dat in beginsel iedere wijziging opnieuw schriftelijk moet worden vastgelegd en in beginsel een nieuwe overeenkomst doet ontstaan die ertoe leidt dat een nieuwe bedenktijd gaat lopen na elke wijziging. De liberale visie houdt in dat een wijziging van punten van betrekkelijk gering belang niet weer leidt tot een nieuwe bedenktijd.²⁰¹ Huijgen is van mening dat bij het vormvereiste van schriftelijkheid goed verdedigbaar blijft dat een overeenkomst tot stand komt door wilsovereenstemming en dat een kleine wijziging hier dus niets aan afdoet.²⁰² De wijziging van de koopprijs of wijziging van een der contractspartijen vind hij te ingrijpend om de bedenktijd niet te laten herleven.²⁰³

Breedveld-de Voogd gaat ervan uit dat als een wijziging van de overeenkomst weer tot een nieuwe bedenktijd leidt en tot wijziging van de koopakte, dit tot problemen zou kunnen leiden.²⁰⁴

Als de wijziging van de overeenkomst na de koop, maar voor of tijdens de levering wordt vermeld, en dus de bedenktijd weer opnieuw gaat lopen, dan zou de koper (tot drie dagen na) de levering nog kunnen ontbinden. Heeft dit consequenties voor de verplichtingen van de koper? Een andere situatie geeft ook problemen: een stel koopt samen een woning maar nog voor levering gaan zij uit elkaar. Een van hen wil het huis wel alleen kopen, daarvoor moet echter de koopovereenkomst worden gewijzigd, de koopovereenkomst moet op de naam van de nieuwe koper worden gezet.²⁰⁵ De verkoper weigert dit omdat dan de bedenktijd weer gaat lopen. Nu moeten de twee exen samen regelen dat de een de helft van het huis van de ander koopt.²⁰⁶

Bij kleine wijzigingen van de koopovereenkomst lijkt een herleving van de bedenktijd mij niet noodzakelijk en ook niet gewenst. Kleine wijzigingen komen regelmatig voor, een koper zou door steeds het doorvoeren van een nieuwe wijziging de bedenktijd doen herleven. Het herleven van de bedenktijd bij wijziging van de essentialia is wel gewenst. Wijzigt de koopprijs, de koper of het object van de koop (het oppervlak aan grond neemt bijvoorbeeld fors af), dan is met het oog op de consumentenbescherming een herleving van de bedenktijd wel gewenst. Bij

200 Huijgen 2006, p. 1062.

201 Ibid.

202 Ibid.

203 Ibid.

204 Zij doet dit n.a.v. door de KNB aan de minister gestelde vragen. Breedveld-de Voogd 2004, p. 39-40.

205 Breedveld-de Voogd 2004, p. 39.

206 Ibid.

dit soort essentiële wijzigingen moet een koper nog de gelegenheid hebben zich te bedenken en de overeenkomst te ontbinden. Herleving, of het ‘doorlopen’ van de bedenktijd na levering van het onroerend goed acht ik onwenselijk. Dit zou, mede met het oog op de rechtszekerheid, niet mogelijk moeten zijn.

5.3.2 Bedenktijd in de koop-/aannemingsovereenkomst

Partijen kunnen los van de wettelijke regeling een (langere) contractuele bedenktijd overeenkomen. Zij kunnen dan zelf zowel de eisen als de gevolgen van een contractuele bedenktijd bepalen.²⁰⁷

Wanneer een wettelijke bedenktijd door partijen bij overeenkomst wordt verlengd, is sprake van een mengvorm van een wettelijke en contractuele bedenktijd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het contractueel verlengen van een wettelijke bedenktijd mogelijk is en zelfs wordt aangemoedigd.²⁰⁸ Door het contractueel verlengen van de bedenktijd is het terrein van de wettelijke bedenktijd verlaten omdat de wet zelf niet de bedenktijd verlengbaar verklaart.²⁰⁹ Dit is het geval met de in de koop-/aannemingsovereenkomst geregelde bedenktijd die een uitvloeisel is van de in artt. 7:2 lid 2 en 7:766 lid 2 BW geregelde bedenktijd.²¹⁰

De bedenktijd is in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen in art. 2 KA van het model van 2007.²¹¹ Dit artikel is, zoals gezegd, in september 2003 na de invoering van de bedenktijdartikelen in het BW toegevoegd aan de model koop-/aannemingsovereenkomst. In de versie van de koop-/aannemingsovereenkomst van september 2003 was de bedenktijd opgenomen in art. 1a KA.

Art. 2 KA (2007)

De verkrijger verklaart dat op de datum van ondertekening door hem van deze overeenkomst deze ook daadwerkelijk aan hem ter hand is gesteld, inclusief de daarbij behorende algemene voorwaarden, algemene toelichting en de toepasselijke GIW garanties en waarborgregeling. Gedurende één kalenderweek na deze terhandstelling heeft de verkrijger het recht de koop-/aannemingsovereenkomst te ontbinden (bedenktijd). Als de datum van ontbinding geldt de datum waarop de verkrijger de ontbindingsverklaring heeft uitgebracht.

207 Hijma & Valk 2004, p. 13 e.v. Enigszins vergelijkbaar met de contractuele bedenktijd is een koop op proef. Het verschil tussen koop op proef en een bedenktijd is dat bij de eerste het voortbestaan van de overeenkomst afhankelijk is van de resultaten van een proefneming of proefperiode, terwijl bij een bedenktijd de koper volledig vrij is de overeenkomst te ontbinden binnen die bedenktijd. Zie Hijma & Valk 2004, p. 14.

208 Kamerstukken I 23 095, nr. 38 a, p. 3 en p. 20.

209 Hijma & Valk 2004, p. 15.

210 Kort hierover ook: Hijma & Valk 2004, p. 15.

211 Van de versie 2007. In de versie van september 2003 was deze regeling opgenomen in art. 1a KA. De artikelen in beide versies luiden exact hetzelfde.

Ingevolge art. 2 KA heeft de koper gedurende één kalenderweek bedenktijd. De verkoper heeft geen bedenktijd.²¹² De bedenktijd begint te lopen op de datum van ondertekening van de koop-/aannemingsovereenkomst.²¹³ In art. 2 KA is opgenomen dat op die datum van ondertekening deze overeenkomst is ter hand gesteld samen met de daarbij behorende algemene voorwaarden, algemene toelichting en de toepasselijke GIW garantie- en waarborgregeling.

Als de bedenktijd nog loopt, kan de koop niet worden ingeschreven in de openbare registers (ingevolge art. 7:3 BW), tenzij de koopovereenkomst is opgesteld en mede ondertekend door een notaris.²¹⁴ Bij gebruik van de koop-/aannemingsovereenkomst is de overeenkomst in de meeste gevallen niet opgesteld en mee ondertekend door een notaris en dus zal inschrijving gedurende de bedenktijd niet veel plaatsvinden.

Hieronder komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen met betrekking tot de bedenktijd in de koop-/aannemingsovereenkomst aan bod: de vorm van de ontbinding op basis van de bedenktijd (§ 5.3.2.1) en de datum van ontbinding (§ 5.3.2.2).

5.3.2.1 Vorm van de ontbinding

Gedurende de bedenktijd kan de koper de overeenkomst ontbinden.²¹⁵ Hij hoeft voor die ontbinding geen reden op te geven.²¹⁶

Voor het invoeren van die ontbinding bestaan ingevolge de wettelijke regeling geen vormvereisten en dat kan, ingevolge art. 3:37 BW, in elke vorm geschieden.²¹⁷ De ontbindingsregeling in de koop-/aannemingsovereenkomst lijkt echter wel een vormvereiste te kennen. In art. 2 KA is opgenomen dat de koper een ontbindingsverklaring moet uitbrengen. Het gebruik van dit woord doet vermoeden dat dit een schriftelijke verklaring is. Er wordt echter niets specifiek bepaald over de vorm van de ontbindingsverklaring en aangezien ontbinding op basis van de wettelijke regeling vormvrij is, is het het meest waarschijnlijk dat de ontbinding op basis van art. 2 KA ook mondeling kan worden ingeroepen.²¹⁸

212 Kritiek op de beperkte bescherming van de consument-verkoper hebben o.a. Hensen 1992, p. 1485, Loos 2006, p. 179, Le Roy 2005, p. 254 en Van Dam, 1994, p. 9-10.

213 Vergelijkbaar lid 2 van art. 7:2 BW.

214 Aldus art. 7:3 lid 2 BW.

215 Over de alternatieven die bij een bedenktijd kunnen worden gegeven in plaats van ontbinding Hijma in Hijma & Valk 2004, p. 29 e.v.

216 Zie hierover o.a. Loos 2006, p. 179, Bartels & Sander 1998, p. 87.

217 Art. 37 lid 1: Tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen, met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden, en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen.

218 Vergelijkbaar art. 7:2 BW: MvA Bijlage Handelingen Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 14, p. 11 en p. 20. Ook Hijma & Valk 2004, p. 6.

De reden dat geen vormvereiste is opgenomen voor ontbinding is gelegen in het feit dat als wel een vereiste zou zijn opgenomen, een niet voldoen aan de vereisten ingevolge art. 3:39 BW zou kunnen leiden tot nietigheid van de ontbinding.²¹⁹ De wetgever heeft het de koper dus makkelijker willen maken. Het mondeling ontbinden van een overeenkomst is echter niet aanbevelenswaardig aangezien bewijsproblemen kunnen ontstaan. Ontbinding kan dan ook het beste schriftelijk worden ingeroepen.²²⁰ Het feit dat de koop-/aannemingsovereenkomst en de wettelijke regeling geen vormvoorschrift kennen voor ontbinding maakt het voor de consument, ook al leek het de wetgever makkelijker de ontbinding volgens de wet vormvrij te laten, de facto niet makkelijker. Integendeel, de consument is beter beschermd door de schriftelijke ontbinding, omdat dit hem in een betere bewijspositie brengt, mits deze schriftelijke ontbinding aangetekend wordt verzonden. Het nadeel van het opnemen van een schriftelijke ontbinding als constitutief vereiste is dat bij een mondelinge ontbinding die door beide partijen is geaccepteerd, de vraag kan rijzen of nu wel of niet ontbonden is. Dit probleem is vergelijkbaar met de onduidelijkheid die in lagere rechtspraak nu bestaat omtrent de schriftelijkheidseis bij de koop van woningen.²²¹ Uit bewijsrechtelijk oogpunt is een aangetekende schriftelijke ontbinding op basis van de bedenktijd echter het meest wenselijk.

5.3.2.2 Datum van de ontbinding

Ingevolge de laatste zin van art. 2 KA geldt als datum van de ontbinding, de datum waarop de verkrijger de ontbindingsverklaring heeft uitgebracht. De zgn. verzendtheorie is dus van toepassing op de bedenktijd op basis van de koop-/aannemingsovereenkomst.

Het is opvallend dat voor art. 2 KA voor de verzendtheorie is gekozen, omdat voor de wettelijke bepalingen omtrent de bedenktijd, zowel in art. 7:2 als art. 7:766 BW, de ontvangsttheorie geldt. Ingevolge art. 3:37 lid 3 BW²²² moet een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring (in dit geval ontbinding), om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt. Ingevolge dit artikel moet de schriftelijke ontbinding op basis van art. 7:2 en 7:766 BW *binnen* drie dagen na terhandstelling van de koopakte aan de koper hebben bereikt. Bij de invoering van de bedenktijd in het BW is de vraag gerezen of hierdoor de bedenktijd niet zo kort zou worden dat in feite nog nauwelijks van een effectieve bedenktijd zou kunnen worden gesproken.²²³ Het BW kent, in tegenstelling tot de koop-/aannemingsovereenkomst,

219 Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 5.

220 MvA p. 11, Nota naar aanleiding van het eindverslag, p. 7.

221 zie § 5.2.5 van hoofdstuk 5.

222 Art. 37 lid 3 BW: Een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt. Nochtans heeft ook een verklaring die hem, tot wie zij was gericht, niet of niet tijdig heeft bereikt haar werking, indien dit niet of niet tijdig bereiken het gevolg is van zijn eigen handeling, van de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt.

223 Voorlopig verslag Kamerstukken II, 2000/02, 23 095, nr. 10, p. 4 en p. 19. Uitge-

ook een veel kortere bedenktijd, drie dagen tegenover één kalenderweek in de koop-/aannemingsovereenkomst.

Art. 2 KA is met de bedenktijd van een kalenderweek en de hantering van de verzendtheorie dus consumentvriendelijker dan de wettelijke regeling en ook niet te kort om efficiënt te zijn.

Ontbinding van de overeenkomst heeft geen terugwerkende kracht.²²⁴ Gedurende de bedenktijd ontstaat een overeenkomst waaruit normale prestatieverbintenissen voortvloeien.²²⁵ Partijen kunnen in beginsel dus nakoming vorderen. In beginsel, want uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat een actie tot nakoming door de verkoper door de minister in strijd wordt geacht met het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijd.²²⁶ Over een nakomingsactie door de koper zegt de minister dat zulk een activiteit rechtsverwerking impliceert.²²⁷ In feite ontstaat gedurende de bedenktijd een status quo tussen partijen, alleen te doorbreken door de koper. Deze mag niet worden doorbroken door de verkoper. Wordt deze doorbroken door de koper dan is de bedenktijd geëindigd en de koop ‘definitief’ geworden. Op dit onderwerp is reeds ingegaan in § 5.3.1.3.

De vraag is nu wat de invloed is van een contractueel opgenomen ontbindende of opschortende voorwaarden op de (ingang en looptijd van de) bedenktijd. De koop-/aannemingsovereenkomst kent een aantal ontbindende voorwaarden waaronder bijvoorbeeld de mogelijkheid de overeenkomst te ontbinden als geen passende financiering wordt verkregen (art. 8 KA). Het al dan niet opnemen van een ontbindende of opschortende voorwaarde is zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis, zonder betekenis voor de aanvang van de bedenktijd van de koper, deze worden pas relevant na het verstrijken van de bedenktijd.²²⁸

5.4 VORMERKUNG

In art. 7:3 BW is de mogelijkheid gecreëerd dat de koper de koop van het onroerend goed vóór levering kan inschrijven in de openbare registers.²²⁹ Dit recht komt overeen met de zogenaamde Duitse Vormerkung en de Engelse ‘priority notice’ en wordt ook in Nederland vaak met deze termen aangeduid.

breid over de effectiviteit van bedenktijd: Loos 2003c, p. 6-23.

224 Ingevolge art. 3:38, 6:22, 6:258, 6:269 BW. Ook Bartels & Sander 1998, p. 94, Loos 2003b, p. 161, Huijgen 2006, p. 1062. Anders: Hijma & Valk 2004, p. 39.

225 Hijma & Valk 2004, p. 44.

226 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, 23 095, nr. 8, p. 4.

227 Nota naar aanleiding van het Eindverslag, 23 095, nr. 8, p. 4.

228 MvA Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 11; Van Velten 2004b, p. 312.

229 **De koopovereenkomst kan worden ingeschreven in de openbare registers als bedoeld in de art. 3:16-31 BW.** Voor de inschrijving is krachtens art. 26 Kadasterwet een notariële verklaring nodig met daaraan gehecht de koopakte. Zie uitgebreid hierover Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 142.

De mogelijkheid voor consumenten de koop vooraf in te schrijven is het derde element van consumentenbescherming, naast de schriftelijkheidseis en de bedenktijd, dat bij de herziening en invoering van de Titels 7.1 en 7.12 is ingevoerd.²³⁰ Voor de regeling van de voorinschrijving van de koopovereenkomst is gepleit door consumentenorganisaties²³¹, de ROZ²³² en de literatuur.²³³

In vergelijking tot de bedenktijd is over dit onderwerp voor de invoering ervan betrekkelijk weinig geschreven.²³⁴ Na invoering ervan heeft het artikel in de literatuur echter wel tot veel discussie geleid.²³⁵ De Vormerkung zou volgens schrijvers een inbreuk zijn op de systematiek van het BW. Het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten zou door de invoering van de Vormerkung vervagen.²³⁶ Echter naast de Vormerkung kent het BW ook andere bedingen met zakelijke werking zoals bijv. de kwalitatieve verplichting (6:252 BW) en het adagium ‘koop breekt geen huur’ (art. 7:226 BW).²³⁷ In september 2008 wordt ook dit onderdeel van Titel 7.1 BW geëvalueerd door de wetgever. Het voert te ver uitgebreid in te gaan op alle kritiek zolang deze niet direct betrekking heeft op de koop-/aannemingsovereenkomst.

In de volgende paragrafen volgt eerst een beschrijving van de inhoud en uitleg van art. 7:3 BW (§ 5.4.1), waarna dieper wordt ingegaan op de koop-/aannemingsovereenkomst en de Vormerkung (§ 5.4.2).

-
- 230 De belangen van de (eerste) koper werden door de wetgever onvoldoende beschermd door alleen art. 3:298 BW omdat deze bepaling een veel beperktere strekking heeft dan art. 7:3 BW. Zie o.a. verslag schriftelijk overleg, Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 30. Art. 3:298 BW gaat alleen over botsende rechten op levering, art. 7:3 BW daarentegen gaat bijv. ook over botsende rechten tussen enerzijds het recht van ingeschreven koop en anderzijds pacht- of huurrechten en bescherming bij beslag of faillissement. Tevens gaat bij de Vormerkung het ingeschreven recht voor, terwijl bij art. 6:298 BW het oudste recht voorgaat. Meer hierover in Van Rossum 2003, p. 272.
- 231 Rapport consumentenorganisaties december 1985, p.8 e.v., Rapport ROZ mei 1987.
- 232 Bijlage Handelingen II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 5.
- 233 Zie voor een overzicht van de schrijvers die deze aanbeveling deden Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 142.
- 234 Zie o.a.: Kleijn & Van Velten 1985, p. 63-65 en p.106 e.v, Nieskens-Isphording 1997, p. 459-460, Van Velten 1994b, p. 397-401.
- 235 Bartels & Heyman 2004, p. 938-941, Bartels 2006, p. 1068-1077, Broekveld 2004a, p. 930-937, Broekveld 2004b, p. 959-967, Broekveld 2006, p. 559-565, Bartels & Heyman 2006, p. 121-123, Krans 2003, p. 176-178, Dammingh 2004, p. 293-303, Dammingh 2006a, p. 25-26, Hockx 2006, p. 342-345, Dammingh 2006b, p. 346, Roes 2006, p. 466, Koenecke 2006, p. 465.
- 236 O.a. Huijgen 2002, p. 1005-1006, Van Rossum 2003, p. 271 e.v.
- 237 Van Rossum 2003 p. 271.

5.4.1 Inhoud en uitleg van de Vormerkung

Iedere koper kan, ingevolge art. 7:3 lid 1 BW, iedere koop van een (niet-toekomstig) registergoed in de openbare registers inschrijven.²³⁸

Art. 7:3 lid 1 BW

De koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in afdeling 2 van titel 1 van Boek 3, tenzij op het tijdstip van de inschrijving levering van dat goed door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest wegens de in artikel 97 van Boek 3 vervatte uitsluiting van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen. Bij de koop van een tot woning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan kan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, van het in de vorige zin bepaalde niet ten nadele van de koper worden afgeweken.

Dit recht is niet beperkt tot de koop van een woning door een consument, maar heeft betrekking op alle registergoederen door alle kopers.²³⁹ Een eengezinswoning is een registergoed, en ook een appartementsrecht wordt overeenkomstig art. 5:117 lid 1 BW aangemerkt als een registergoed. Beide kunnen dus worden ingeschreven.²⁴⁰

Het recht van ‘Vormerkung’ is, ingevolge de laatste zin van art. 7:3 lid 1 BW, van dwingend recht op de ‘koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak’ door ‘een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.’ Met het gebruik van deze beide termen sluit de regeling aan bij de termen gehanteerd in art. 7:2 BW. Voor een uitleg van de reikwijdte van die begrippen verwijs ik dan ook naar § 5.2.2.2 en § 5.2.2.3 waar de betekenis van deze begrippen uitgebreid aan bod komen.

Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat het feit dat de Vormerkungsregeling van dwingend recht is voor consumenten niet betekent dat de consument van dit recht gebruik móet maken, maar dat de consument-koper dit recht niet bij overeenkomst kan worden ontzegd.

Hieronder wordt dieper ingegaan op de reikwijdte van de voorinschrijving (§ 5.4.1.1) en de wijze van voorinschrijving (§ 5.4.1.2). In § 5.4.2 komen de voorinschrijving en de koop-/aannemingsovereenkomst aan bod.

5.4.1.1 Reikwijdte en duur van de bescherming door voorinschrijving

De Vormerkung beschermt de koper na het sluiten van de koop maar vóór de levering tegen derden die een recht verwerven dat aan de koper zou kunnen worden tegengeworpen.²⁴¹ Na de inschrijving van de koop kunnen samengevat de vol-

238 Hierover Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 141.

239 Aldus het eerste lid van art. 7:3 BW.

240 Er ontbreekt in art. 7:3 BW, in tegenstelling tot art. 7:2 lid 3 BW, een bepaling waarbij ook lidmaatschapsrechten van of deelneming aan een coöperatieve vereniging kan worden ingeschreven. Deze koopovereenkomsten zijn dus niet inschrijfbaar.

241 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 141.

gende zaken niet tegen de koper worden ingeroepen: een na die inschrijving tot stand gekomen of ingeschreven vervreemding, bezwaring, onder bewindstelling, verhuring, verpachting, kettingbeding, beslag en faillissement, surseance van betaling, of schuldsanering. Een eerder ingeschreven koop kan uiteraard wel tegen de koper worden ingeroepen. De bepaling heeft in het bijzonder tot doel de koper te beschermen tegen levering van de zaak door de verkoper aan derden en beslaglegging en faillissement.²⁴²

Wat de precieze gevolgen zijn van een voorinschrijving bij de hierboven omschreven situaties, met name daar waar het gaat om beslag en de rangorde bij schuldeisers, is niet geheel duidelijk en heeft in de literatuur tot veel discussie geleid.²⁴³ Het voert te ver op deze plaats uitgebreid in te gaan op deze problematiek, ten eerste omdat het overgrote deel van de nieuwbouwwoningen onder GIW-garantie wordt gebouwd. Faillissement of surséance van betaling, of nadelige gevolgen daarvan voor de koper, doen zich bijna nooit voor in die gevallen. Ten eerste omdat de GIW Garantie- en Waarborgregeling bescherming biedt in die gevallen waarbij de ondernemer na de eigendomsoverdracht failliet gaat. Ten tweede moet worden opgemerkt dat de garantie- en waarborgregeling die zekerheid niet biedt voor die gevallen waarin de ondernemer al vóór de eigendomsoverdracht failliet gaat. Het is echter wel zo dat in het geval de ondernemer onder GIW-garantie bouwt, hij altijd vooraf financieel wordt doorgelicht door de Aangesloten Organisaties.

242 Ingevolge lid 3 van art. 7:3 BW: Tegen de koper wiens koop is ingeschreven kunnen niet worden ingeroepen:

- a. een na de inschrijving van die koop tot stand gekomen vervreemding of bezwaring door de verkoper, tenzij deze vervreemding of bezwaring voortvloeit uit een eerder ingeschreven koop of plaatsvond uit hoofde van een recht op levering dat volgens art. 298 van Boek 3 ging voor dat van de koper en dat de koper op het tijdstip van de inschrijving van de koop kende of ten aanzien waarvan op dat tijdstip het proces-verbaal van een conservatoir beslag tot levering was ingeschreven;
- b. vervreemdingen of bezwaringen die plaatsvinden als vervolg op de onder a bedoelde vervreemding of bezwaring door de verkoper;
- c. een onderbewindstelling die na de inschrijving van de koop is tot stand gekomen of die, zo zij tevoren was tot stand gekomen, toen niet in de openbare registers was ingeschreven, dit laatste tenzij de koper haar op het tijdstip van de inschrijving van de koop kende;
- d. een na de inschrijving van de koop tot stand gekomen verhuring of verpachting;
- e. een na de inschrijving van de koop ingeschreven beding als bedoeld in art. 252 van Boek 6;
- f. een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na de inschrijving van de koop is ingeschreven;
- g. een faillissement of surseance van betaling van de verkoper of toepassing ten aanzien van hem van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, uitgesproken na de dag waarop de koop is ingeschreven.

243 Zie Dammingh 2006a, p. 27 e.v., Broekveld 2004a, p. 930-937, Broekveld 2004b, p. 959-967, Broekveld 2006, p. 559-565, Bartels & Heyman 2004, p. 938-941, Bartels & Heyman 2006, p. 121-123, Zwitser 1994 en Van Velten, 1994 a, b en c.

Ten derde vindt vaak ABC-levering van de grond plaats welke ook niet inschrijfbaar is o.g.v. art. 7:3 BW jo. 3:97 BW, en waarbij in de meeste gevallen de gemeente de eigendom van de grond nog heeft, wat een aantal risico's aangaande faillissement uitsluit.²⁴⁴ De Vormkerung is voor de koop-/aannemingsovereenkomst vooral van belang in geval van levering aan derden tussen koop en levering.

De inschrijving behoudt zijn werking gedurende zes maanden. Daarna verliest de inschrijving met terugwerkende kracht haar werking indien de zaak niet binnen die zes maanden na inschrijving aan de koper is geleverd. In welk geval de koop bovendien niet geacht wordt kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers.²⁴⁵ Inschrijving van de koop van dezelfde onroerende zaak tussen dezelfde partijen is vervolgens gedurende zes maanden na verloop van die eerste inschrijving niet mogelijk (lid 5).²⁴⁶

Beide partijen moeten instemmen met de voorinschrijving. Vooral de instemming van de verkoper is van belang omdat het voor hem betekent dat hij gedurende de voorinschrijving beschikkingsonbevoegd wordt.²⁴⁷ Het zou kunnen dat de verkoper aan deze voorinschrijving dan ook voorwaarden verbindt. Een dergelijke voorwaarde zou kunnen zijn dat de voorinschrijving pas plaatsvindt als de waarborgsom bij de notaris is gestort.²⁴⁸

5.4.1.2 Wijze van voorinschrijving

Voor inschrijving in de openbare registers van een koopovereenkomst is vereist dat een koopakte is opgemaakt. Dit geldt ongeacht de hoedanigheid van de koper of de aard van de onroerende zaak (art. 7:3 lid 6 BW). Voor de inschrijving is, ingevolge art. 26 Kadasterwet, een notariële verklaring nodig met daaraan gehecht de koopakte.²⁴⁹ Onder de koopovereenkomst moet een verklaring van een notaris

244 Van Velten 1994b, p. 399: 'Met name voor de bouwpraktijk is deze vorm van kopersbescherming derhalve minder van belang omdat daar de verkochte grond, (...), vaak nog ten name van een gemeente zal staan, welke tenaamstelling echter veel risico's uitsluit, terwijl bovendien in de meeste gevallen de garantieregeling van het GIW (...) afdoende bescherming zal bieden tegen verdere gevaren'. Ook: Van Velten 2005d, p. 45.

245 Lid 4 van art. 7:3 BW: De inschrijving van de koop verliest de in lid 3 bedoelde werking met terugwerkende kracht, indien het goed niet binnen zes maanden na de inschrijving aan de koper geleverd is. In dat geval wordt bovendien de koop niet geacht kenbaar te zijn door raadpleging van de openbare registers.

246 Art. 7:3 BW lid 5: Nadat de inschrijving haar werking heeft verloren, kan gedurende zes maanden geen koop tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde goed worden ingeschreven.

247 Hensen 1992, p. 1488.

248 Ibid.

249 Aldus Art. 7:3 lid 6 BW: Inschrijving van de koop vindt slechts plaats indien onder de koopakte een ondertekende en gedateerde verklaring van een notaris is opgenomen die zijn naam, voornamen, standplaats en kwaliteit bevat en waarin verklaard wordt dat de leden 1, 2 en 5 niet aan inschrijving in de weg staan. Kritiek op deze

zijn opgenomen met daarin vermeld zijn volledige naam, plaats van vestiging en kwaliteit. In de verklaring moet zijn opgenomen dat de leden 1, 2 en 5 van art. 7:3 BW niet aan inschrijving in de weg staan.²⁵⁰ De notaris geeft daarmee aan dat de verkoper beschikkingsbevoegd is, de bedenktijd verstreken is en dat niet in een periode van zes maanden voorafgaand aan deze koop ook een koop tussen dezelfde partijen ten aanzien van hetzelfde registergoed was ingeschreven. Gedurende de bedenktijd kan inschrijving slechts plaatsvinden indien de koopakte is opgesteld en mede ondertekend door een in Nederland gevestigde notaris (art. 7:3 lid 2 BW).²⁵¹

5.4.2 Toepasselijkheid van de Vormerkung op de koop-/aannemingsovereenkomst

Bestaat de mogelijkheid van voorinschrijving ook voor de koop-/aannemingsovereenkomst? Dit staat niet onbetwist vast. Twee complicaties spelen een rol bij deze vraag.

Ten eerste is het artikel, aldus het eerste lid, niet van toepassing op toekomstige registergoederen. Aangezien bij gebruik van de koop-/aannemingsovereenkomst de woning in de meeste gevallen nog gebouwd moet worden is ook hier de vraag of de voorinschrijving van registergoederen wel mogelijk is bij gebruik van de koop-/aannemingsovereenkomst.

Ten tweede heeft de voorinschrijving van art. 7:3 BW betrekking op de *koop* van registergoederen. De vraag is dus of dit artikel ook van toepassing is op koop-/aannemingsovereenkomsten. Wederom speelt hier de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is²⁵², of dat sprake is van een overeenkomst die naar haar aard een koopovereenkomst is²⁵³, of dat sprake is van geen van beide situaties en dus de titel koop niet kan worden toegepast op in ieder geval het aannemingsgedeelte van de koop-/aannemingsovereenkomst.²⁵⁴

bepaling en de vraag hoe deze uitgelegd zou moeten worden (met andere woorden: wat moet worden ingeschreven?): Dammingh 2006a, p. 25-26. Oneens hiermee: Hockx 2006, p. 342-345, Dammingh 2006b, p. 346, Roes 2006, p. 466, Koenecke 2006, p. 465.

250 Huijgen 2003, p. 45, Huijgen 2008, p. 38

251 Lid 2 van art. 7:3 BW: Gedurende de bedenktijd, bedoeld in art. 2 lid 2, kan inschrijving slechts plaatsvinden indien de koopakte is opgesteld en mede ondertekend door een in Nederland gevestigde notaris.

252 En dus zowel de Titel Koop als de Titel Aanneming van werk van toepassing zijn. Zie o.a. Hijma in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 19.

253 Hijma maakt in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 17-19 een onderscheid tussen overeenkomsten waarbij de te bewerken materialen door de verkrijger worden bezorgd (aanneming van werk volgens hem) en die waarin de te bewerken materialen door de verkoper worden verzorgd (koop). In geval van de koop-/aannemingsovereenkomst is sprake van de laatste situatie en zou dus de Vormerkung (nog los van de vraag of sprake is van een toekomstig goed) wel op de koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing zijn.

254 Op de vraag wat de aard van de koop-/aannemingsovereenkomst is en óf de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is, wordt zeer uitgebreid

Beide vraagstukken komen aan de orde. Eerst wordt ingegaan op de vraag wat moet worden verstaan onder de uitsluiting voor toekomstige goederen en de gevolgen hiervan voor de koop-/aannemingsovereenkomst (§ 5.4.2.1). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of de Vormerkung ook van toepassing is op de koop-/aannemingsovereenkomst (§ 5.4.2.2).

5.4.2.1 De Vormerkung en toekomstige goederen

Art. 7:3 BW zegt letterlijk: ‘De koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de openbare registers, bedoeld in Afdeling 2 van Titel 1 van Boek 3, tenzij op het tijdstip van de inschrijving levering van dat goed door de verkoper nog niet mogelijk zou zijn geweest wegens de in art. 97 van Boek 3 vervatte uitsluiting van levering bij voorbaat van toekomstige registergoederen.’

Het eerste lid van art. 97 van Boek 3 luidt: ‘Toekomstige goederen kunnen bij voorbaat worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken of het registergoederen zijn.’

Registergoederen kunnen dus niet bij voorbaat worden geleverd als het om toekomstige registergoederen gaat. Heeft de wetgever hiermee bedoeld dat zowel absoluut als relatief toekomstige goederen²⁵⁵ niet inschrijfbaar zijn op basis van art. 7:3 BW? Ingevolge art. 3:97 BW is de levering van relatief toekomstige goederen uitgesloten.²⁵⁶ Absoluut toekomstige goederen kunnen echter wel worden geleverd, en dus op basis van art. 7:3 lid 1 BW wel worden vooringeschreven. De reden dat een relatief toekomstig goed niet kan worden ingeschreven is terug te vinden in de parlementaire geschiedenis; inschrijving ervan zou kunnen leiden tot registervervuiling.²⁵⁷ Om vergelijkbare redenen is ook het inschrijven van het goed gedurende de bedenktijd alleen onder voorwaarden mogelijk.²⁵⁸

Ook de literatuur is van mening dat absoluut toekomstige goederen kunnen worden ingeschreven.²⁵⁹ Huijgen zegt daarover dat niet inschrijfbaar zijn koopovereenkomsten ten aanzien van (relatief) toekomstige goederen, dat wil zeggen goederen waarover de verkoper nog niet beschikkingsbevoegd is.²⁶⁰ Bartels zegt in het kader van het inschrijven van een nog niet bestaand erfpachtsrecht over de levering van toekomstige goederen dat niet in de wet staat dat de koop van een toekomstig registergoed niet kan worden ingeschreven, maar slechts dat inschrijving niet mogelijk is als op dat moment niet zou kunnen worden geleverd in verband met art. 3:97 BW.²⁶¹ De verkoper moet op het moment van verkoop van de onroerende zaak in staat zijn het, in dit voorbeeld beperkte recht, te leveren. Dat

ingegaan in § 3.2.3 van hoofdstuk 3.

- 255 Over relatief en absoluut toekomstige goederen Asser/Mijnssen/De Haan/Van Dam/Ploeger 3-I 2006, nr. 78 e.v.
- 256 Asser/Mijnssen/de Haan/van Dam/Ploeger 3-I, 2006, nr. 225.
- 257 TM, PG Boek 3, p. 401-402 (over art. 3:97 lid 1 BW).
- 258 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 143.
- 259 O.a. Van Velten 1994b, p. 399, Huijgen 2003, p. 41, Huijgen 2008, p. 34, Bartels 2006, p. 1069 e.v.
- 260 Huijgen 2003, p. 41, Huijgen 2008, p. 34.
- 261 Bartels 2006, p. 1069 e.v.

het beperkte recht niet bestaat (toekomstig is), is zijns inziens geen beletsel voor de inschrijving.

Er is in beginsel dus geen beletsel in het feit dat de goederen die doorgaans bij een koop-/aannemingsovereenkomst moeten worden ingeschreven (absoluut) toekomstig zijn. Wel is het zaak dat de ondernemer op het moment van voorinschrijving beschikkingsbevoegd is. Heeft hij de grond niet in zijn bezit maar is deze nog in handen van de gemeente, dan is sprake van een relatief toekomstige zaak en kan de ondernemer hier niet over beschikken. Voorinschrijving is in die situatie dan ook niet mogelijk.²⁶²

Een ander probleem met betrekking tot de Vormerkung doet zich voor ingeval een bestaand bedrijfspand dat verbouwd wordt tot appartementen en door middel van de koop-/aannemingsovereenkomst wordt verkocht, als er dan nog moet worden gesplitst in appartementsrechten. Het appartementsrecht is in dat geval een toekomstig goed. Over dit probleem is na invoering van de Vormerkung veel geschreven.²⁶³

Als een koper een appartementsrecht koopt in een gebouw dat nog niet gesplitst is, is de koop of koop-/aannemingsovereenkomst nog niet inschrijfbaar, omdat de verkoper nog niet kan nakomen in verband met art. 3:97 BW.²⁶⁴ Volgens Bartels is inschrijving onmogelijk als voorafgaand aan de levering of vestiging eerst nog een andere goederenrechtelijke handeling moet plaatsvinden. Wel suggereert hij koop van het onverdeelde aandeel in te schrijven in de registers.²⁶⁵ Ook Van Velten²⁶⁶ raadt aan het onverdeelde aandeel in te schrijven in de openbare registers. De aantekening van de koop van de grond kan dan ten behoeve van de koper gesteld worden bij het bestaande kadastrale perceel met vermelding dat de koop betrekking heeft op een onverdeeld aandeel daarvan. De aantekening van het appartementsrecht, dus die met betrekking tot het (bestaande ongesplitste) gebouw, moet de aantekening gesteld worden bij alle in de splitsing te betrekken kadastrale percelen.²⁶⁷ Als (in samenwerking met het kadaster) al een kadastrale aanduiding voor het toekomstige appartement is gereserveerd kan deze in de koopovereenkomst worden vermeld. Als de koper laat aantekenen dat hij recht heeft op een deel van het onverdeelde aandeel is hij ook beschermd op grond van art. 7:3 lid 3 BW als binnen zes maanden na de (voor)inschrijvingsperiode het appartementsrecht wordt gevestigd.²⁶⁸ Na de splitsing kan het appartementsrecht niet nogmaals worden ingeschreven omdat dan wel een nieuw registergoed is gevormd, maar de koopovereenkomst (of koop-/aannemingsovereenkomst) dezelfde blijft, aldus Van Velten.²⁶⁹

262 Ook: Van Velten 1994b, p. 399.

263 Van Velten 2005c, p. 305-306.

264 Zie Bartels 2006, p. 1069.

265 Bartels 2006, p. 1070.

266 Van Velten 2005c, p. 305-306.

267 Van Velten 2005c, p. 305.

268 Van Velten 2005c, p. 306.

269 Ibid.

5.4.2.2 Vormerking en de koop-/aannemingsovereenkomst

De Vormerking is geregeld in art. 7:3 BW. Dit artikel heeft betrekking op de koop van registergoederen. De koop-/aannemingsovereenkomst omvat zowel koop (van de grond) als aanneming van werk (de bouw van het huis). Kan voorinschrijving ook plaatsvinden als sprake is van een koop-/aannemingsovereenkomst?

Over de toepasselijkheid van art. 7:3 BW op koop-/aannemingsovereenkomsten geeft alleen Huijgen een mening. Hij stelt dat het artikel van toepassing is op koop-/aannemingsovereenkomsten en dat dus nog te bouwen nieuwbouwwoningen kunnen worden ingeschreven in de openbare registers.²⁷⁰ Volgens hem is in de eerste plaats de koop-/aannemingsovereenkomst een bijzondere vorm van een koopcontract.²⁷¹ In tweede plaats blijkt volgens hem uit de parlementaire geschiedenis dat art. 7:3 BW uitgaat van een ruim bereik in die zin dat alle registergoederen inschrijfbaar zijn. Ten derde blijkt volgens hem uit het bepaalde in art. 7:766 BW dat de kopersbescherming zoals wij die kennen uit art. 7:2 BW (bedenktijd en schriftelijkheidseis) tevens van toepassing is op de koop-/aannemingsovereenkomst. Gelet op deze zelfde ratio van kopersbescherming in art. 7:3 BW als in art. 7:2 BW acht hij de bescherming van art. 7:3 BW ook van toepassing op de koop-/aannemingsovereenkomst.²⁷²

Bartels geeft een reactie op de opmerking van Huijgen dat ‘... alle overeenkomsten die aan een partij een recht op levering van een registergoed verschaffen inschrijfbaar [zijn] in de openbare registers, behoudens het recht van de huurkoper’.²⁷³ Bartels is van mening dat dit ook zo zou moeten zijn, maar vraagt zich af of dit wel geldend recht is.²⁷⁴

De redenering van Huijgen kan niet overtuigen. Het argument dat de bedenktijd in zowel de Titel aanneming van werk als de Titel koop is neergelegd en zij hetzelfde doel dienen, vind ik onvoldoende om ervan uit te gaan dat de inschrijving van de overeenkomst dus ook bij koop-/aannemingsovereenkomsten mogelijk is. Mij lijkt dat als dit de bedoeling zou zijn geweest, dit uitdrukkelijk zou zijn geregeld in de wet. Zoals bijv. wel het geval is met de bedenktijd die zowel in de Titel Aanneming van werk als Koop is opgenomen, of zoals is gebeurd in art. 7:8 BW (in de Titel Koop) waar naar een tweetal artikelen wordt verwezen in de Titel Aanneming van werk die ook bij koop-/aanneming van nieuwbouwwoningen door een consument gelden. Had de wetgever die ook voor de Vormerking gewild dan had hij ook uitdrukkelijk kunnen verwijzen naar de Vormerking. Het lijkt dus niet waarschijnlijk dat de Vormerking rechtsreeks ook op aanneming van werk van toepassing is. Via een omweg zou een verkrijger bij de koop-/

270 Huijgen 2005, p. 763.

271 Ibid. Deze mening is in feite parallel aan die van Hijma in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 17-19 als de door hem aangewezen wegingsfactoren worden toegepast op de situatie van de koop-/aannemingsovereenkomst.

272 Huijgen 2005, p. 763.

273 Huijgen schrijft dit in Huijgen 2005, p. 766. Bartels citeert dit onderdeel en reageert hierop in Bartels 2006, p. 1069.

274 Bartels 2006, p. 1069.

aannemingsovereenkomst wel een beroep op art. 7:3 BW kunnen doen. Ik deel het standpunt van Huijgen dat de koop-/aannemingsovereenkomst in feite naar haar aard een bijzondere koopovereenkomst is, via die weg zou een beroep op art. 7:3 BW wel open staan. Indien de koop-/aannemingsovereenkomst geen verkapte koopovereenkomst is, is er in ieder geval iets voor te zeggen dat het een gemengde overeenkomst is. Op dit onderwerp werd in hoofdstuk 3 uitgebreid ingegaan.²⁷⁵ Aangezien de bepalingen van art. 7:3 BW niet ‘niet wel verenigbaar zijn’ met de bepalingen van de Titel Aanneming van Werk, zou in beginsel op de gehele koop-/aannemingsovereenkomst ook art. 7:3 BW van toepassing moeten zijn. De koop-/aannemingsovereenkomst zou dus ook inschrijfbaar moeten zijn in de zin van art. 7:3 BW.

5.4.2.3 Vormerkung standaard opnemen

Het NVM- model voor de koop van woningen bevat sinds de invoering van de Vormerkung in de wet de mogelijkheid aan te geven of al dan niet gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot voorinschrijving. In art. 14 van het NVM-model kunnen partijen, in de praktijk zal dat de koper zijn, aangeven of zij de notaris opdracht willen geven de overeenkomst zo spoedig mogelijk in te schrijven.

Art. 14 NVM koopakte

Partijen geven de notaris hiermee wel/niet*) opdracht deze overeenkomst zo spoedig mogelijk in de openbare registers in te laten schrijven, doch niet eerder dan De aan deze inschrijving verbonden kosten komen voor rekening van koper/verkoper.

De vraag is of een dergelijke clause ook nuttig zou kunnen zijn voor de model koop-/aannemingsovereenkomst. Uiteraard is het erg netjes om de koper op deze wijze op zijn (wettelijke) mogelijkheden te wijzen. De vraag is of de koper door in de overeenkomst aan te geven dat hij de notaris geen opdracht geeft tot voorinschrijving, afziet van zijn recht op voorinschrijving zo, dat hij niet in een later stadium alsnog gebruik kan maken van zijn recht op voorinschrijving. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de verkrijger op deze wijze afstand kan doen van zijn recht op voorinschrijving, nu art. 7:3 BW dwingend recht is.

Een tweede vraag is of een voorinschrijving door middel van een aantekening in de koop-/aannemingsovereenkomst zo eenvoudig te regelen is. Het komt immers regelmatig voor dat de grond bij het sluiten van de overeenkomst nog in het bezit is van de gemeente. Al met al lijkt het mij niet noodzakelijk een mogelijkheid vergelijkbaar met het NVM model op te nemen. Verkrijgers kunnen ook zonder deze clause een beroep op dit recht doen.

275 Zie § 3.2.3 van hoofdstuk 3 voor een uitgebreide onderbouwing van het standpunt dat de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is.

5.5 DE PRINCIPLES EN TOTSTANDKOMINGSEISEN

De PECL kennen geen bepalingen vergelijkbaar of in lijn met de hier besproken onderwerpen. Zij kennen zelfs geen enkele bepaling over het aangaan van de overeenkomst. Waarom dergelijke bepalingen ontbreken is onduidelijk.

De PECL kennen, buiten de leerstukken van aanbod en aanvaarding, wel bepalingen over de vorm van tot stand komen van overeenkomsten. Dit is geregeld in de artikelen 2:101 t/m 2:103 PECL. Zaken als bedenktijd en Vormerkung kennen de Principles niet.

Art. 2:101 PECL gaat over de vereisten of de vorm waarin een overeenkomst tot stand moet komen:

Art. 2:101 PECL

- (1) Een overeenkomst is gesloten indien :
- (a) de partijen de wil hebben rechtens gebonden te zijn, en
 - (b) voldoende overeenstemming bereiken, zonder enig ander vereiste.
- (2) Een overeenkomst behoeft niet schriftelijk te worden gesloten of door geschrift te worden bewezen en is aan geen enkel ander vormvereiste onderworpen. Zij kan worden bewezen door alle bewijsmiddelen, getuigen inbegrepen.

Overeenkomsten kunnen ingevolge art. 2:101 leden 1 en 2 PECL vormvrij worden aangegaan. Slechts van belang is dat partijen de intentie hebben zich te binden ('intention to be legally bound') en overeenkomst hebben bereikt ('reach a sufficient agreement'), aldus lid 1 onder a en b. In het tweede lid is, bijna ten overvloede, opgenomen dat de overeenkomst niet op schrift hoeft te worden gesteld en er op geen enkele andere wijze vereisten gelden voor het rechtsgeldig aangaan van een overeenkomst.

In de toelichting op de Principles wordt uiteengezet wat moet worden verstaan onder een contract (p. 137). In de artikelen 2:102 en 2:103 PECL worden de begrippen opgenomen onder a en b van art. 2:101 PECL verder uiteengezet. Art. 2:102 PECL gaat in op de 'intention', art. 2:103 PECL op 'sufficient agreement'.

In de toelichting op het artikel is onder A opgenomen wat moet worden verstaan onder een contract als genoemd in art. 2:101 PECL.²⁷⁶

- overeenkomsten waarbij twee of meer partijen verplichtingen aangaan;
- overeenkomsten waarbij de ene partij een aanbieding van een andere partij aanvaardt door te verklaren de eisen gesteld door de aanbieder in te willigen of de actie onderneemt die de aanbieder van hem verwacht (als onderdeel van de overeenkomst);
- overeenkomsten waarbij slechts één partij een prestatie verschuldigd is en waarbij de belofte tot het leveren van die prestatie geaccepteerd moet worden door de andere partij;
- beloften waartoe één partij is gebonden zonder aanvaarding ervan door de andere partij, zoals weergegeven in art. 2:107 PECL.

276 Lando & Beale 2000, p. 137.

In art. 2:102 PECL is uiteengezet wat onder het in art. 2:101 onder a PECL opgenomen ‘intention’ moet worden verstaan.²⁷⁷ De wil van partijen om zich te binden moet worden afgeleid uit de verklaringen of gedragingen van de ene partij zoals deze redelijkerwijs door de andere partij kon worden begrepen.

In de toelichting is opgenomen dat een partij soms een verklaring kan afgeven waarin hij aangeeft wel moreel, maar niet juridisch gebonden te willen zijn.²⁷⁸

Partijen moeten dus de intentie hebben zich juridisch te binden wil sprake zijn van een rechtsgeldige overeenkomst. In de toelichting bij de Principles wordt verder nog ingegaan op de schijn van de intentie om juridisch gebonden te zijn en de waarde die moet worden gehecht aan zwijgen of niet-handelen.²⁷⁹

Het onder b van art. 2:101 PECL opgenomen ‘sufficient agreement’ of ‘voldoende overeenstemming’ wordt uiteengezet in art. 2:103 onder a en b PECL.²⁸⁰

Er is sprake van overeenstemming als de voorwaarden voldoende zijn gedefinieerd zodat het contract kan worden afgedwongen. Óf als de voorwaarden kunnen worden vastgesteld door middel van de Principles zelf. In lid 2 van art. 2:103 PECL is weergegeven dat er geen voldoende overeenstemming is bereikt als een der partijen weigert het contract te sluiten tenzij de andere partij akkoord gaat met een aantal bijzondere voorwaarden. Zonder dat overeenstemming wordt bereikt over die bijzondere voorwaarden is er geen contract.

Het sluiten van een contract kan ingevolge de Principles vormvrij geschieden. De bepalingen opgenomen in de artikelen 2:101-103 PECL lijken sterk op de in het BW opgenomen bepalingen van 3:33 BW en 3:37 BW.²⁸¹ De vormvrijheid, de wilsvorming door partijen en de intentie zich juridisch te binden komen ook in die artikelen aan bod. Zowel de Principles als het BW kennen niet het vereiste van ‘causa’ zoals het engelse recht dat kent.²⁸²

277 Art 2:102 PECL: De wil van een partij om rechtens gebonden te zijn bij overeenkomst, dient te worden bepaald op grond van de verklaringen en de gedraging van die partij, zoals deze door de andere partij redelijkerwijs zijn begrepen.

278 Afhankelijk van de gebruikte woorden, de omstandigheden, ‘letters of intent’ en ‘letters of comfort’ kunnen worden beschouwd als verklaringen die alleen moreel bindend zijn en niet juridisch. Dit is echter wel volledig afhankelijk van de gebruikte bewoordingen en de omstandigheden. Onder omstandigheden kan een partij echter wel aansprakelijk zijn als hij heeft gehandeld in strijd met de goede trouw, ingevolge art. 2:301 PECL. Lando & Beale 2000, p. 143-144.

279 Lando & Beale 2000, p. 144.

280 Art. 2:103 PECL:

(1) Er is voldoende overeenstemming indien de bepalingen van een overeenkomst:
(a) door partijen voldoende zijn bepaald om tenuitvoerlegging van de overeenkomst mogelijk te maken, of

(b) op grond van deze Beginselen kunnen worden bepaald.

(2) Weigert evenwel een van de partijen een overeenkomst te sluiten zolang er geen overeenstemming is over een bepaalde zaak, is er geen overeenkomst gesloten voordat er overeenstemming is over deze zaak.

281 Zie ook: Schrama 2002, p. 76 e.v.

282 Zie ook: Schrama 2002, p. 79.

De Principles kennen geen apart artikel of artikelen voor het sluiten van overeenkomsten aangaande onroerend goed op zich of onroerend goed door consumenten, zoals in het Nederlandse recht wel is geregeld in art. 7:2 BW.

De PELSC regelen ‘koop’ niet, en hebben voor overeenkomsten aangaande aanneming van werk ook geen vormvereisten opgenomen. In de PELSC zijn in ieder geval in de afdeling aanneming van werk geen bepalingen opgenomen die overeenkomsten gesloten door een consument anders behandelen dan die door professionele partijen. Dit is enigszins verbazingwekkend aangezien het Europese recht en ook het Nederlandse recht tegenwoordig veel aandacht besteden aan de (extra) bescherming van de consument.

De koop van onroerend goed door consumenten kan dan ook, tenzij partijen anders overeenkomen, vormvrij geschieden. Vooralsnog is een koper van een nieuwbouwwoning dus beter beschermd onder de model koop-/aannemingsovereenkomst en/of het Nederlandse recht, dan onder de PECL en de PELSC.

Hoofdstuk 6

Zekerheidstelling en financiering

6.1 INLEIDING

Na het sluiten van de overeenkomst komen voor de koper drie belangrijke verplichtingen in beeld. In sommige gevallen zal hij moeten zorgen voor zekerheidstelling ten behoeve van de ondernemer door het storten van een waarborgsom of bankgarantie, in bijna alle gevallen zal hij moeten zorgen dat hij een passende hypothecaire geldlening krijgt zodat hij de koop-/aaneemsom kan voldoen en in alle gevallen zal hij de betalingstermijnen (tijdig) moeten voldoen. Kan hij geen hypothecaire geldlening krijgen, en heeft hij zich (samengevat) voldoende ingespannen voor het verkrijgen van een hypothecaire geldlening, dan kan hij de overeenkomst (kosteloos) ontbinden. Over deze onderwerpen gaat dit hoofdstuk. In § 6.2 komen de waarborgsom en de bankgarantie aan bod en in § 6.3 wordt ingegaan op de financiering van de woning door middel van het verkrijgen van een hypothecaire geldlening.

6.2 WAARBORG SOM OF BANKGARANTIE

In de koop-/aannemingsovereenkomst bevat art. 4¹ bepalingen met betrekking tot het storten van een waarborgsom door de verkrijger of het afgeven van een bankgarantie. Deze bankgarantie of waarborgsom dient als zekerheid voor nakoming van de betalingsverplichtingen van de verkrijger. In plaats van de bankgarantie kan, ingevolge optie B van art. 4 lid 1 KA, ook nog worden gekozen voor de mogelijkheid om een pandrecht aan de ondernemer te verlenen op het bouwdepot van hetzelfde bedrag. Dit komt echter nauwelijks voor.²

Met betrekking tot de zekerheidstelling door middel van een bankgarantie of waarborgsom is weinig jurisprudentie bekend.³ In veel gevallen vraagt de ondernemer geen zekerheidsstelling aan de verkrijger; het ondertekenen van de overeenkomst

1 In de versie voor Appartementen en Eengezinswoningen wordt dit onderwerp ook in art. 4 KA geregeld. De artikelen zijn in beide versies exact hetzelfde geformuleerd. In de koop-/aannemingsovereenkomst 2003 was dit voor beide versies geregeld in art. 3 KA.

2 Dit is vreemd aangezien het vestigen van een pandrecht een stuk goedkoper is dan het afgeven van een bankgarantie. Denkbaar is dat banken niet meewerken aan het vestigen van een pandrecht en liever een bankgarantie afgeven. Dit kan zijn ingegeven doordat een pandrecht een beperking van het recht van de bank inhoudt en door het feit dat hij meer verdient aan een bankgarantie dan aan een pandrecht.

3 Dit is niet alleen zo bij koop-/aannemingsovereenkomst maar ook bij koopovereenkomsten en aannemingsovereenkomsten. Zie Van Emden 2004, p. 781.

is voor ondernemers vaak genoeg zekerheid. Om nakoming af te kunnen dwingen heeft de ondernemer niet meer nodig. Uit de praktijk blijkt ook dat een bankgarantie of waarborgsom in de overeenkomst vaak wel wordt gevraagd, maar dat deze niet wordt gegeven. Veel banken weigeren het afgeven van bankgaranties omdat zij menen dat met de toezegging dat de hypothecaire geldlening wordt verstrekt al genoeg zekerheid is gegeven.

In die gevallen waarin wel een bankgarantie of waarborgsom wordt gevraagd doen zich, gebaseerd op het gebrek aan jurisprudentie over dit onderwerp, nauwelijks problemen voor.

Zoals gezegd regelt art. 4 KA de zekerheidstelling door de verkrijger. Het eerste lid van art. 4 KA biedt twee mogelijkheden met betrekking tot het storten van een waarborgsom of het afgeven van een bankgarantie. Bij het sluiten van de overeenkomst dienen partijen een keuze te maken voor optie A dan wel optie B.

Art. 4 lid 1 KA, optie A en B

(A) Ter zake van deze overeenkomst is geen waarborgsom verschuldigd.

(B) Binnen twee maanden na ondertekening van deze overeenkomst door de verkrijger, doch (indien dit tijdstip eerder valt) uiterlijk ter gelegenheid van het notarieel transport, moet hij aan de onder I genoemde notaris een waarborgsom voldoen ter hoogte van 10% van de aanneemsom. Dit bedrag dient als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de verkrijger jegens de ondernemer uit hoofde van deze aannemingsovereenkomst. In plaats van de hiervoor genoemde waarborgsom kan de verkrijger binnen de gestelde twee maanden, doch (indien dit tijdstip eerder valt) uiterlijk ter gelegenheid van het notarieel transport, een bankgarantie doen stellen voor hetzelfde bedrag dan wel een pandrecht aan de ondernemer verlenen op het bouwdepot voor hetzelfde bedrag. Een bankgarantie dient te voldoen aan art. 23 van de algemene voorwaarden.

Wordt gekozen voor optie A dan is geen bankgarantie of waarborgsom vereist. Wordt gekozen voor optie B dan is het aan de verkrijger te kiezen of hij de waarborgsom wil storten of de bank wil vragen om een bankgarantie af te geven. De bankgarantie is de meest gebruikelijke vorm van zekerheidstelling door de verkrijger. De bankgarantie wordt zowel in ditzelfde artikel, als in art. 23 AV geregeld. De waarborgsom is geregeld in art. 4 KA. Achtereenvolgens worden beide vormen van zekerheidstelling hieronder besproken.

6.2.1 Bankgarantie

Een bankgarantie is, evenals een waarborgsom, een zekerheidsgarantie: een voorwaardelijk aanvaarde verplichting tot schadevergoeding die bestaat uit de betaling van een in het kader van de bankgarantie overeengekomen bedrag.⁴ De verplichting tot betaling rust op de bank die de bankgarantie heeft verstrekt. De bank zal op haar beurt weer van de verkrijger zekerheid verlangen in de vorm van bijvoorbeeld een krediet of een pandrecht.⁵

4 Slegers 2002, p. 144.

5 Slegers 2002, p. 145-146.

Ingevolge art. 4 lid 1 onder B KA dient de verkrijger binnen twee maanden, doch uiterlijk ter gelegenheid van het notarieel transport, een schriftelijke bankgarantie te doen stellen. Dat wil zeggen een bankgarantie ter waarde van tien procent van de aanneemsom. De bankgarantie dient te voldoen aan de eisen als genoemd in art. 23 AV.⁶ De bankgarantie dient tijdig aan de notaris ter hand gesteld te worden en aan een aantal voorwaarden te voldoen.⁷ Zo dient hij onvoorwaardelijk te zijn, voort te duren tot de oplevering, afgegeven te zijn door een te goeder naam bekend staande in Nederland gevestigde financiële instelling en de clause te bevatten dat bij in gebreke blijven van de verkrijger om de aannemingstermijnen te betalen de desbetreffende financiële instelling op eerste verzoek van de ondernemer het bedrag van de garantie dan wel een evenredig deel daarvan aan de ondernemer zal overmaken. Dit bedrag strekt dan in mindering op de openstaande aanneemsom. Deze voorwaarden spreken in feite voor zich.⁸

Indien de verkrijger een bankgarantie in de zin van dit artikel aan de ondernemer heeft gesteld, vervalt deze per de datum van de betaling van de laatste aannemingstermijn. Hetzelfde geldt voor een eventueel pandrecht op het bouwdepot, aldus art. 4 lid 4 KA.

6.2.2 Waarborgsom

In plaats van een bankgarantie kan gekozen worden voor het afgeven van een waarborgsom. Wordt hiervoor gekozen, dan dient de verkrijger de waarborgsom, net als bij de bankgarantie, binnen twee maanden na ondertekening van de overeenkomst aan de in de overeenkomst onder I genoemde notaris te voldoen. Als het notarieel transport eerder dan twee maanden na ondertekening van de over-

6 In de algemene voorwaarden horend bij de koop-/aannemingsovereenkomst voor Appartementen is dit geregeld in art. 24 AV. In de voorwaarden van 2003 was dit voor Eengezinswoningen geregeld in art. 21 AV, voor Appartementen in art. 22 AV.

7 Over de inhoud van bankgaranties is veel geschreven. Deze discussie is echter voor de koop-/aannemingsovereenkomst niet interessant aangezien de voorwaarden gesteld aan een bankgarantie onder die vigeur in de overeenkomst zelf zijn vastgelegd.

8 Art. 23 AV:

Indien de verkrijger in plaats van een waarborgsom tot nakoming van zijn verplichtingen een schriftelijke bankgarantie jegens de ondernemer doet stellen tot hetzelfde bedrag als genoemd in art. 4 lid 1 van de koop-/aannemingsovereenkomst, dient deze bankgarantie:

- a. tijdig aan de notaris ter hand gesteld te worden;
- b. onvoorwaardelijk te zijn en voort te duren tot de oplevering;
- c. afgegeven te zijn door een te goeder naam bekend staande in Nederland gevestigde financiële instelling;
- d. de clause te bevatten dat bij in gebreke blijven van de verkrijger om de aannemingstermijnen te betalen de desbetreffende financiële instelling op eerste verzoek van de ondernemer het bedrag van de garantie dan wel een evenredig deel daarvan aan de ondernemer zal overmaken. Dit bedrag strekt alsdan in mindering op de openstaande aanneemsom.

eenkomst plaatsvindt, dient de waarborgsom eerder te worden gestort; uiterlijk ter gelegenheid van het notarieel transport. Ook de waarborgsom bedraagt tien procent van de aanneemsom.

Ingevolge het tweede lid van art. 4 KA⁹ machtigt de verkrijger de notaris om de waarborgsom van tien procent van de aanneemsom aan de ondernemer over te maken indien en zodra de laatste tien procent van de aanneemsom is vervallen. Dit mag alleen als de ondernemer ter gelegenheid van de aankondiging van de oplevering een zekerheid van 5% van de aanneemsom als bedoeld in art. 15 AV heeft gesteld. Dit bedrag strekt dan in mindering op de laatste aannemingstermijn. Als de ondernemer bij aankondiging van de oplevering geen zekerheid stelt van vijf procent van de aanneemsom kan de verkrijger de notaris machtigen om slechts vijftig procent van de waarborgsom, dus vijf procent van de totale aanneemsom, over te maken aan de ondernemer. De andere vijftig procent van de waarborgsom wordt als de laatste vijf procent van de aanneemsom in depot gestort van de notaris en gebruikt als depot in de zin van art. 15 AV.¹⁰ Meer over dit depot in § 7.1.6 van hoofdstuk 7.

6.3 FINANCIERING

Naast, uiteraard, het voldoen van de betalingstermijnen is het verkrijgen van een hypothecaire geldlening één van de belangrijkste taken van een verkrijger. Lukt het de verkrijger niet een hypothecaire geldlening te krijgen dan kan hij op basis van het in art. 8 KA¹¹ opgenomen financieringsvoorbehoud de overeenkomst ontbinden. Deze ontbinding is wel aan voorwaarden gebonden, voldoet de verkrijger niet aan deze voorwaarden dan is hij ingevolge lid 6 van art. 8 KA een boete verschuldigd aan de ondernemer.

-
- 9 Art. 4 lid 2 KA: De verkrijger machtigt de notaris om de waarborgsom van 10% van de aanneemsom aan de ondernemer over te maken indien en zodra de laatste 10% van de aanneemsom is vervallen, mits de ondernemer ter gelegenheid van de aankondiging van de oplevering een zekerheid van 5% van de aanneemsom als bedoeld in art. 15 van de Algemene Voorwaarden ten behoeve van de verkrijger heeft gesteld. Dit bedrag strekt alsdan in mindering op de laatste aannemingstermijn. De ondernemer legt het origineel van deze bankgarantie tijdig over aan de notaris en stuurt een kopie daarvan aan de verkrijger.
- 10 Art 4 lid 3 KA: Indien de ondernemer ter gelegenheid van de aankondiging van de oplevering geen zekerheid van 5% van de aanneemsom ten behoeve van de verkrijger stelt, geldt het volgende. De verkrijger machtigt de notaris reeds nu voor alsdan om 50% van de waarborgsom (= 5% van de aanneemsom) aan de ondernemer over te maken. Dit bedrag strekt in mindering op de laatste 10% van de aanneemsom. De andere 50% van de waarborgsom wordt ter gelegenheid van de oplevering automatisch omgezet in een depot van 5% van de aanneemsom als bedoeld in art. 15 van de Algemene Voorwaarden ten behoeve van de verkrijger.
- 11 In zowel de voorwaarden voor Appartementen als Eengezinswoningen is dit in de versie van 2007 opgenomen in art. 8 KA. In de versie van 2003 en eerder was dit (op exact dezelfde wijze) geregeld in art. 7 KA.

Drie aspecten van de financiering van de woning komen in deze paragraaf aan bod. In § 6.3.1 wordt het financieringsvoorbehoud behandeld, in § 6.3.2 komt de daarmee verbonden inspanningsverplichting van de verkrijger aan bod. In § 6.3.3 komt de situatie aan bod waarin aanvankelijk wel een hypothecaire geldlening werd verkregen, maar de offerte niet gestand wordt gedaan tot het moment van levering. Doorhaling of schrapping van art. 8 KA en haar gevolgen wordt behandeld in § 6.3.4. De vraag of de financieringsclausule een bestendig gebruikelijk beding is dan wel deel uitmaakt van het gewoonterecht komt aan bod in § 6.3.5. Ontbinding wegens het niet verkrijgen van Nationale Hypotheek Garantie wordt beschreven in § 6.3.6. Tot slot komen in § 6.3.7 de ontbinding en eventuele verplichting tot het betalen van schadevergoeding aan de orde.

6.3.1 Financieringsvoorbehoud

In art. 8 KA is in het eerste lid aanhef en onder a het financieringsvoorbehoud opgenomen, ook wel aangeduid als de ‘financieringsclausule’. Het opnemen van een financieringsvoorbehoud is zeer gebruikelijk bij het sluiten van een koopovereenkomst voor een bestaande woning of bij het sluiten van een koop-/aannemingsovereenkomst voor een nog te bouwen woning.¹²

Het financieringsvoorbehoud houdt in dat de overeenkomst wordt aangegaan onder de, bij niet-ervulling ontbindende, voorwaarde dat de verkrijger binnen twee maanden na ondertekening van de akte een hypothecaire geldlening verkrijgt. Dat wil zeggen dat als deze voorwaarde niet wordt vervuld en de verkrijger krijgt dus geen hypothecaire geldlening, deze het recht heeft de overeenkomst te ontbinden.

De ondernemer kan, zoals blijkt uit de toelichting op art. 8 KA, voorafgaand aan de ondertekening van de overeenkomst aan de verkrijger vragen hem enig inzicht te verschaffen in de financiële haalbaarheid van financiering van de woning door de verkrijger.¹³

Art. 8 lid 1 aanhef en onder a KA

Deze overeenkomst wordt aangegaan onder de bij niet-ervulling ontbindende voorwaarden:

a. dat de verkrijger binnen twee maanden na diens ondertekening van deze akte voor de financiering van de woning een hypothecaire geldlening verkrijgt tegen geen grotere maandelijkse verplichting aan rente en aflossing en/of rente en premie van een levensverzekering dan € , zulks onderbij de grote geldverstreckende instellingen normaal geldende voorwaarden en bepalingen;

Twee in dit artikel genoemde begrippen verdienen nadere toelichting. In de overeenkomst moeten partijen (1) een maximumbedrag van de maandelijkse verplichting

12 Zie o.a. HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoort/De Nijs), zie onder 5 conclusie A-G Hartkamp waar hij opmerkt dat het gebruik van een financieringsclausule zeer gebruikelijk is. Ook: Hof Leeuwarden, 29 maart 2005, LJN: AT2485.

13 Zie de Algemene Toelichting bij de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden.

ting zijn overeenkomen en (2) dient het te gaan om een hypothecaire geldlening onder ‘bij de grote geldverstreckende instellingen normaal geldende voorwaarden en bepalingen.’ De invulling van deze twee begrippen hangt nauw samen met de vraag of is voldaan aan de inspanningsverplichting (die aan bod komt in § 6.3.2). Het maximumbedrag komt hieronder in § 6.3.1.1 aan de orde, het begrip ‘bij de grote geldverstreckende instellingen normaal geldende voorwaarden en bepalingen’, wordt uiteengezet in § 6.3.1.2.

6.3.1.1 Maximumbedrag

In art. 8 lid 1 onder a KA kan door partijen worden aangegeven welk maximumbedrag per maand de aflossing van de hypothecaire geldlening moet gaan bedragen. Kan de verkrijger wel een hypothecaire geldlening krijgen, maar wordt het ingevulde maximumbedrag overschreden, dan heeft hij het recht de overeenkomst te ontbinden. Het genoemde hypotheekbedrag is inclusief rente en de premie van de levensverzekering. Veel hypotheekbedragen worden immers afgesloten onder de voorwaarde dat de verkrijger ook een levensverzekering afsluit tot zekerheidstelling. Het bedrag dat voor deze verzekering betaald moet worden mag worden opgeteld bij het hypotheekbedrag en worden meegerekend als maandlasten.¹⁴ Het maximumbedrag is het bedrag na belastingteruggave, het nettobedrag dus.

Het opnemen van een maximum maandbedrag heeft tot doel te normeren wat een ‘passende’ financiering is.¹⁵ Indien geen bedrag is ingevuld, zo oordeelde arbiter in een geschil uit 2005¹⁶, zal de verkrijger geen beroep kunnen doen op een (volgens de verkrijger) te hoge maandelijks betalingsverplichting. Er is dan geen limiet aan de maandlast, die geaccepteerd moet worden. In feite kan de verkrijger dan alleen ontbinden op basis van art. 8 KA als helemaal geen hypothecaire geldlening kan worden verkregen.

Het kan niet zo zijn dat als geen maximumbedrag is ingevuld geen financieringsvoorbehoud is overeengekomen. In hetzelfde geschil als hierboven genoemd¹⁷, stelde de ondernemer dat door het niet invullen van een maandbedrag geen financieringsvoorbehoud was overeengekomen en dat tevens door verkrijger tegen hem was gezegd dat ‘hij de financiering wel rond zou krijgen.’ Arbiter oordeelde dat uit die enkele mededeling niet kon worden afgeleid dat geen financieringsvoorbehoud is overeengekomen. Van ondernemer mocht, als professionele partij, worden verwacht dat hij verkrijger expliciet zou vragen of deze afzag van het financieringsvoorbehoud en, in geval van een bevestigend antwoord, dit duidelijk en ondubbelzinnig zou vastleggen.¹⁸ Een duidelijk oordeel lijkt mij, allereerst omdat het

14 Bruggeman 2006, p. 128.

15 RvA 13 mei 2005, nr. 26.082.

16 Ibid.

17 Ibid.

18 Vergelijkbaar maar dan een aannemingsovereenkomst: RvA 1 juni 2007, nr. 27.882.

enkel niet invullen van een gedeelte van een bepaling (zonder nadere afspraken) niet dusdanig verstrekkende consequenties kan hebben dat de gehele bepaling niet meer van toepassing is. Ten tweede omdat in het oog gehouden wordt dat de gemiddelde consument-verkrijger soms maar één of enkele keren in zijn leven met dit soort transacties en contractvoorwaarden in aanraking komt en zich niet snel zal realiseren wat het enkel niet invullen van een stippelijntje voor gevolgen zou kunnen hebben.

Minder duidelijk was een arbiter in een geschil uit 2000.¹⁹ Ook hier vulden partijen het maximumbedrag aan maandlasten niet in. Arbiter oordeelde toen dat het daardoor niet mogelijk was te beoordelen of verkrijger de overeenkomst kon ontbinden. Verkrijger voerde desondanks aan dat hij de financiering niet rond kon krijgen omdat hij geen aanspraak meer kon maken op een speciale actiekorting op de hypotheekrente van 0,2 procent. Arbiter achtte dit enkele argument onvoldoende voor ontbinding op basis van art. 8 KA.

Uit bovenstaande uitspraken kan geconcludeerd worden dat wil een der partijen een beroep doen op het financieringsvoorbehoud en de overeenkomst ontbinden, terwijl er geen maximumbedrag is ingevuld, verkrijgers (in een aantal gevallen) meer moeite zullen hebben aan te tonen dat geen hypothecaire geldlening kan worden verkregen en dat aan de inspanningsverplichting is voldaan. Immers, de hypothecaire geldlening is niet aan een maximum maandlast gebonden. Het is echter niet zo dat door het niet invullen van een maximumbedrag geen financieringsvoorbehoud is gemaakt. Als partijen geen financieringsvoorbehoud willen opnemen zal dat op andere, duidelijker wijze moeten geschieden. Meer hierover in § 3.4 van dit hoofdstuk.

6.3.1.2 Normaal geldende voorwaarden

De hypothecaire geldlening van verkrijger moet een hypothecaire geldlening zijn ‘onder normaal geldende voorwaarden en bepalingen.’ Dient de verkrijger bij een geldverstrekking instelling aan niet normaal geldende voorwaarden te voldoen, dan kan hij ook op basis van het financieringsvoorbehoud ontbinden. Onder normaal geldende voorwaarden lijkt in ieder geval niet te kunnen worden verstaan een persoonlijke lening. De jurisprudentie biedt hier duidelijkheid.

Een uitspraak uit 2005²⁰ geeft gedeeltelijk een antwoord op de vraag wat onder normaal geldende voorwaarden moet worden verstaan.²¹ De verkrijgers wilden de woning als beleggingsobject gebruiken en bij de financiering niet hun bedrijf betrekken. Arbiter oordeelde dat de bedoeling van verkrijgers bij het sluiten van de koop-/aannemingsovereenkomst was dat de woning verhuurd zou worden aan hun

19 RvA 17 juli 2000, nr. 19.920.

20 RvA 25 februari 2005, nr. 26.032.

21 De uitspraak gaat deels ook over de vraag of door verkrijgers is voldaan aan hun inspanningsverplichting, waarover meer in § 6.3.2. Ondernemer stelde dat verkrijgers niet aan hun inspanningsverplichting hadden voldaan doordat zij zichzelf in de positie hadden gebracht dat geen hypothecaire geldlening kon worden verkregen voor de woning.

zoon. Zij wilden een volledige financiering afsluiten die tevens aflossingsvrij was. Ondernemer wist dit al voor het sluiten van de overeenkomst. Aan een dergelijk beleggingsobject is een hoog risico verbonden voor een geldverstrekker. Deze zal hiervoor normaliter geen hypothecaire geldlening verstrekken onder de normaal geldende voorwaarden en bepalingen.²² Uit deze uitspraak blijkt dat als voor het verkrijgen van een hypothecaire geldlening zekerheidsstelling via het bedrijf van verkrijgers vereist is, geen sprake is van een hypothecaire geldlening onder ‘normaal geldende voorwaarden.’

6.3.2 Inspanningsverplichting

Wil de verkrijger succesvol ontbinden op basis van art. 8 KA dan zal hij aan bepaalde voorwaarden moeten voldoen. Niet alleen moet hij aantonen dat hij geen hypothecaire geldlening kan krijgen tegen het overeengekomen maximum maandbedrag tegen normaal geldende voorwaarden, zoals hierboven beschreven, beide partijen hebben ook de verplichting zich in te spannen voor het verkrijgen van de hypothecaire geldlening. Een inspanningsverplichting houdt in dat partijen verder verplicht zijn zich in te spannen een bepaald resultaat te verkrijgen, maar dat uit die inspanning niet per definitie het beoogde resultaat hoeft voort te komen. Deze verplichting wordt verwoord in lid 6 van art. 8 KA in de eerste zin waarin staat dat partijen zich verplichten ‘al het nodige te doen’ wat, samengevat, leidt tot het verkrijgen van een hypothecaire geldlening.

Art. 8 lid 6 KA

Partijen verplichten zich over en weer al het nodige te doen, wat tot vervulling van de in de leden 1 en 2 van dit artikel vermelde voorwaarde(n) kan leiden en na te laten wat de vervulling zou kunnen verhinderen. Indien aan het inroepen van ontbinding als bedoeld in lid 3 van dit artikel het niet nakomen van de hierboven vermelde verplichtingen ten grondslag ligt, zal de koop-/aannemingsovereenkomst van rechtswege zijn ontbonden en zal de in gebreke zijnde partij aan de andere als boete een bedrag verschuldigd zijn ter grootte van 10% van de koop-/aanneemsom. Het inroepen van de ontbinding zal geschieden bij aangetekende brief met bericht ‘handtekening retour’ of telefaxbericht met verzendbevestiging.

De inspanningsverplichting heeft in beginsel betrekking op beide partijen, zo blijkt uit de formulering van het zesde lid, maar zal in de praktijk van toepassing

22 Zie letterlijk r.o. 13. Verkrijgers waren van het grote risico en de bijzondere eisen van hypotheekverstrekker, tijdens het ondertekenen van de overeenkomst niet op de hoogte. Tevens kan verkrijgers niet verweten worden dat zij een te groot risico hebben aanvaard, waardoor zij geen financiering konden krijgen. Zij hebben voldoende financieringsinstellingen geraadpleegd maar bleken zonder inbreng van hun bedrijf niet onder de normaal geldende voorwaarden een hypothecaire geldlening te kunnen verkrijgen. Mede omdat zij niet te kwader trouw waren, en ondernemer op de hoogte was van de situatie en de daaraan verbonden moeilijkheden, hebben zij voldaan aan hun inspanningsverplichting en zijn zij geen boete verschuldigd voor ontbinding.

zijn op de verkrijger. Een denkbare inspanning aan de kant van de ondernemer zou het verstrekken van gegevens over het bouwproject kunnen zijn. Zijn verplichting houdt dus in dat hij, voor zover dat nodig is, zijn medewerking aan het verkrijgen moet verlenen.

De partij die niet heeft voldaan aan zijn inspanningsverplichting is als boete een bedrag verschuldigd ter grootte van tien procent van de koop-/aanneemsom (art. 8 lid 6 KA), waarover meer in § 3.7.

Ook de modelkoopakte van de NVM kent een financieringsclausule met een daarmee samenhangende inspanningsverplichting in art. 16 van de NVM-koopakte.²³ In art. 16.3 is opgenomen dat de koper ‘al het redelijk mogelijke’ zal doen om een toereikende financiering te krijgen.²⁴ De financieringsclausule in de NVM-koopovereenkomst is nagenoeg vergelijkbaar met die in de koop-/aannemingsovereenkomst die, zoals gezegd, de zinsnede ‘al het nodige doen’, kent.

Zonder een expliciet opgenomen zinsnede over de inspanningsverplichting, zoals opgenomen in de NVM-akte en de koop-/aannemingsovereenkomst, wordt ook van de verkrijger verwacht dat hij zich voldoende inspent om een hypothecaire geldlening te verkrijgen. Dit vloeit voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid.²⁵ In het arrest Krijnen/Netjes²⁶ zegt A-G Franken hierover. ‘Alleen een koper

23 Art. 16.1 NVM-koopakte: Deze overeenkomst kan door koper worden ontbonden indien uiterlijk:

a. op door of namens de daartoe aangewezen gemeentelijke instantie geen vergunning aan koper is verleend om met de zijnen de onroerende zaak te betrekken, tenzij hem daartoe een bindende toezegging door de bevoegde autoriteit is gedaan;

b. op koper voor de financiering van de onroerende zaak voor een bedrag van, zegge geen hypothecaire geldlening of het aanbod daartoe van een erkende geldverstrekende instelling heeft verkregen, zulks tegen geen hogere bruto jaarlast dan zegge, of een rentepercentage niet hoger dan, bij de volgende hypotheekvorm:.....

24 Art. 16.3 NVM-koopakte: Partijen verplichten zich over en weer al het redelijk mogelijke te doen teneinde de hierboven bedoelde vergunning en/of financiering en/of Nationale Hypotheek Garantie en/of toezegging(en) en/of andere zaken te verkrijgen.

De partij die de ontbinding inroept dient er zorg voor te dragen, dat de mededeling dat de ontbinding wordt ingeroepen, uiterlijk op de werkdag na de datum waarvan in de betreffende ontbindende voorwaarde sprake is door de wederpartij of diens makelaar is ontvangen.

Deze mededeling dient goed gedocumenteerd te geschieden bij ‘aangetekende brief met bericht handtekening retour’ of ‘telefaxbericht met verzendbevestiging’. Alsdan zijn beide partijen van deze overeenkomst bevrijd. De door koper reeds gedane stortingen worden vervolgens gerestitueerd.

Degenen die deze stortingen onder zich hebben worden daartoe bij deze verplicht, en voor zover nodig onherroepelijk gemachtigd.

25 Art. 6:248 lid 2 BW en art. 6:23 lid 2 BW.

26 HR 6 november 1987, NJ 1988, 212 (Krijnen/Netjes).

die serieus geprobeerd heeft een acceptabele financiering te verkrijgen, kan zich op een ontbindende voorwaarde beroepen; een koper die blijft stilzitten zou het zich anders wel bijzonder makkelijk maken onder zijn verplichtingen uit te komen. Dat geldt ongeacht of het met zoveel woorden is overeengekomen of niet. De Hoge Raad zelf zegt in datzelfde arrest dat een inspanningsverplichting inherent is aan een financieringsclausule.²⁷

6.3.2.1 Reikwijdte van de inspanningsverplichting

Wat houdt de inspanningsverplichting precies in? Met andere woorden: wat moet verkrijger hebben gedaan wil hij zonder boete de overeenkomst kunnen ontbinden? Het zesde lid van art. 8 KA geeft hier gedeeltelijk antwoord op. Volgens dit artikel moeten partijen al het nodige doen wat tot het verkrijgen van een hypothecaire geldlening kan leiden.

Verschillende aanvragen

Maar wat wordt bedoeld met ‘al het nodige doen’? Jurisprudentie en art. 8 lid 5 KA geven hier een antwoord op. Art. 8 lid 5 KA is geschreven voor de situatie dat een eerder wel gedaan aanbod van een financiering, later, ten tijde van de levering, niet meer wordt verlengd. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de verkrijger in de tussentijd zijn baan is kwijtgeraakt of gescheiden is waardoor de verkrijger geen of slechts een veel lagere hypotheek kan krijgen. Hoewel dit artikellid niet is geschreven met het oog de inspanningsverplichting van het zesde lid toe te lichten geeft het wel een goed beeld van de inspanning (in het geval dat geen verlenging plaatsvindt) van een verkrijger wordt verwacht.²⁸ Ingevolge lid 6 van art. 8 KA is de verkrijger dan verplicht een nieuwe hypothecaire geldlening aan te vragen. Naast de eerste (afgewezen) hypotheekaanvraag zal de verkrijger dus in ieder geval nog één aanvraag in moeten dienen bij een andere geldverstrekker.

De jurisprudentie van de Raad van Arbitrage en de gewone rechter geven verdere aanwijzingen bij de beantwoording van de vraag hoevél hypotheekverstrekkers geraadpleegd moeten worden.

De verkrijger zal in ieder geval *tijdig* en bij *meerdere* financiële instellingen een hypotheekaanvraag moeten in dienen.²⁹ Eén is dus, in beginsel (daarover

27 Hierover ook Hijma in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 145, en Dammingh 2002a, p. 780.

28 Art. 8 lid 5 KA: Indien de door de verkrijger geaccepteerde financieringsvoorwaarden niet (meer) door de geldgever worden verlengd en gestand worden gedaan tot en met de datum van levering, dan is de verkrijger verplicht een nieuwe hypothecaire geldlening aan te vragen zodra hem de vermoedelijke datum van levering door of namens de ondernemer is medegedeeld. De ondernemer draagt er zorg voor dat de verkrijger deze datum tijdig verneemt. Indien de verkrijger geen nieuwe geldlening kan verkrijgen tegen de in lid 1 sub a van dit artikel genoemde maandelijkse verplichting, heeft de verkrijger het recht alsnog vóór of uiterlijk op de datum van levering de ontbinding van de overeenkomst in te roepen bij aangetekende brief met bericht ‘handtekening retour’ of telefaxbericht met verzendbevestiging.

29 O.a. in RvA 21 oktober 2004, nr. 70.789 en HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80

hieronder meer), niet genoeg.³⁰ Meestal wordt aangenomen dat twee afwijzingen voldoende zijn voor een geslaagd beroep op het financieringsvoorbehoud.³¹ Ook andere omstandigheden, die hieronder aan bod komen, kunnen echter een rol spelen.

Eén aanvraag

Het feit dat twee offertes meestal als voldoende inspanning worden aangemerkt, neemt echter niet weg dat onder omstandigheden ook één hypotheekaanvraag kan wijzen op voldoende geleverde inspanning. Dit was bijvoorbeeld het geval in een geschil voor de Rechtbank Arnhem.³² Het ging hier om de financiering van een bedrijfspand, waarbij de bedrijfsgegevens een belangrijke rol speelde en de verkrijger de financieringsaanvraag had ingediend bij de bank die het beste op de hoogte was van de financiële situatie van het bedrijf. De termijn voor het verkrijgen van financiering bedroeg aanvankelijk slechts drie dagen en na verlenging nog steeds slechts negen dagen. De rechtbank oordeelde dat deze omstandigheden in aanmerking nemend de verkrijger zich voldoende had ingespannen.

Het is een belangrijke en regelmatig in jurisprudentie en literatuur³³ terugkerende vraag of verkrijgers als zij maar één instelling hebben geraadpleegd, toch succesvol een beroep op de ontbindende voorwaarden kunnen doen, ook als blijkt dat zij ook bij het doen van meerdere aanvragen nooit een hypothecaire geldlening zouden hebben gekregen. Met andere woorden: ook door het wel verrichten van voldoende inspanning zou geen financiering zijn verkregen. In het Tomlow-arrest³⁴ kwam deze vraag aan de orde en werd ontkennend beantwoord. Ook als blijkt dat mét wel voldoende inspanning geen hypothecaire geldlening zou zijn verkregen kan de verkrijger niet (kosteloos) ontbinden.

Er zijn echter ook omstandigheden denkbaar waarin de koper die niet aan zijn inspanningsverplichting voldoet, onvoldoende instanties raadpleegt, toch geen boete verschuldigd is omdat ook indien de benodigde inspanningen wel geleverd waren, geen financiering zou zijn verkregen.³⁵ Uit jurisprudentie blijkt dat dit alleen het geval is als de verkrijgers voldoende gegevens aanvoeren om aan te tonen dat daadwerkelijk geen financiering zou zijn verkregen.³⁶ In het Tomlow-arrest

(Schilperoort/De Nijs) in eerste aanleg Hof den Bosch 23 september 1986, NJ 1987, 696 en alle hieronder genoemde uitspraken.

30 Zie ook Dammingh 2002a, p. 781.

31 O.a. Hof Den Bosch 23 september 1986, NJ 1987, 696 en ook Rechtbank Arnhem 24 mei 2006, LJN: AY5374, Rechtbank Breda 21 april 2006, LJN: AW2873, Pres. Rechtbank Amsterdam 9 december 1999, KG 2000/18. Anders: Hof 's-Gravenhage 10 maart 1983, NJ 1984/137 waarin het tonen van ten minste drie offertes voldoende werd geacht.

32 Rechtbank Arnhem 24 mei 2006, LJN: AY5374.

33 Dammingh 2002a, p. 784 en Dammingh 2002b, p. 794 e.v.

34 HR 21 juni 1996, NJ 1996, 689 (Tomlow).

35 Zie r.o. 3.2 HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoort/De Nijs).

36 Zie onder 8 van het commentaar van A-G Hartkamp bij het Tomlow-arrest, HR 21 juni 1996, NJ 1996, 689. En het oordeel van de Rechtbank Breda die oordeelde dat verkrijgers zich ook bij één aanvraag en afwijzing voldoende hadden ingespannen

was duidelijk dat de verkrijger nooit financiering zou kunnen krijgen, naar alle waarschijnlijkheid heeft hij zijn stelling echter niet voldoende onderbouwd. Tevens zou kunnen hebben meegespeeld dat Tomlow al bij het aangaan van de overeenkomst wist dat hij het huis onmogelijk zou kunnen financieren. In dat geval verzette de redelijkheid en billijkheid zich tegen het inroepen van het financieringsvoorbehoud.³⁷ In de trant van de door de Raad (in het kader van de koop-/aannemingsovereenkomst) gebezigde terminologie zou een beroep op de ontbindende voorwaarden niet hebben opengestaan omdat hij zichzelf (bewust) in een positie heeft gebracht waarbij hij wist dat hij niet aan zijn verplichtingen kon voldoen (hierover meer in § 3.2.2).

Blijven inspennen

Een andere vraag, die samenhangt met het aantal te tonen hypotheekoffertes, is de vraag hoe lang verkrijger pogingen moet blijven ondernemen om een hypotheek te verkrijgen.

In een geschil uit 2005³⁸ speelde voor de Raad van Arbitrage de vraag of het raadplegen van drie financiële instellingen, die alle afwijzend reageerden, voldoende was. Arbitrator vond dit in dat geval niet voldoende omdat de finale termijn nog niet was verstreken. Gedurende deze termijn moet verkrijger nog alles in het werk stellen om de financiering rond te krijgen.

Deze regel lijkt alleen op te gaan als nog niet duidelijk is dat nergens (onder normaal geldende voorwaarden en bepalingen) een hypothecaire geldlening kan worden verkregen. Als na een aantal aanvragen te hebben gedaan duidelijk wordt dat nergens een hypothecaire geldlening verkregen kan worden lijkt het mij niet zinvol de verkrijger tot het verstrijken van de termijn langs banken te sturen. De meeste banken zullen vrijwel dezelfde voorwaarden hanteren voor het afgeven van een hypothecaire geldlening. Als een hypothecaire geldlening om duidelijke reden wordt afgewezen, bijvoorbeeld omdat iemand een (te hoge) BKR-registratie heeft of simpelweg bij lange na de benodigde inkomsten niet heeft om een dergelijke hypothecaire geldlening te kunnen betalen, lijkt mij duidelijk dat nergens een hypothecaire geldlening zal worden verkregen.

Gaat het om details, verkrijger heeft bij twee instellingen bijvoorbeeld op een paar duizend euro na te weinig inkomsten, dan is denkbaar dat nog wel een andere bank te vinden is die wel een positief hypotheekaanbod wil doen. In dat geval zou een verkrijger wel na een aantal afwijzingen verder moeten blijven zoeken naar een hypothecaire geldlening. In het eerste geval heeft hij m.i. voldoende aangetoond dat een hypothecaire geldlening onhaalbaar is.³⁹

Of een verkrijger bij aangetoonde onmogelijkheid van het verkrijgen van een hypothecaire geldlening ook aan de inspanningsverplichting heeft voldaan, hangt

omdat zij hadden aangetoond dat zij ook bij een tweede aanvraag geen hypothecaire geldlening hadden verkregen. Rechtbank Breda 21 april 2006, LJN: AW2873.

37 Zie onder 8 van het commentaar van A-G Hartkamp bij het Tomlow-arrest, HR 21 juni 1996, NJ 1996, 689.

38 RvA 25 februari 2005, nr. 26.032.

39 Zie hierover ook het commentaar van Chao-Duivis 1997, p. 906 e.v.

mede af van het tweede (in § 3.2.2 te bespreken criterium), namelijk of hij zichzelf in de positie heeft gebracht dat geen hypothecaire geldlening (meer) kan worden verkregen.

Concluderend: Het lijkt zinvol om aan te nemen dat als bewezen is dat verdere inspanning zinloos zou zijn geweest, een beroep op de financieringsclausule moet worden gehonoreerd en wel zonder dat een boete verschuldigd is. Mits uiteraard de verkrijger zichzelf niet in de positie heeft gebracht dat het verkrijgen van financiering onmogelijk werd of sprake is van het bewust misleiden van de hypotheekverstrekker door de verkrijger waardoor deze niet te goeder trouw is, zie hierover de volgende paragraaf.

6.3.2.2 Te goeder trouw ten aanzien van de afwijzing

Met het aanvragen van verschillende hypotheekoffertes heeft de verkrijger nog niet genoeg gedaan om aan zijn inspanningsverplichting te voldoen. De inspanningsverplichting houdt meer in dan alleen het tonen van twee of meer afwijzingen.⁴⁰ Uit jurisprudentie van de Raad blijkt dat verkrijgers zichzelf niet vrijwillig in een positie mogen brengen waardoor het verkrijgen van een hypothecaire geldlening moeilijk of onmogelijk wordt. Met andere woorden: de verkrijgers moeten te goeder trouw zijn ten aanzien van de afwijzing. In de bewoordingen van de gewone rechter: de redelijkheid en billijkheid verzetten zich dan tegen een succesvol beroep op de financieringsclausule.⁴¹

Een veel voorkomende situatie waarin de verkrijger niet wordt geacht te goeder trouw te zijn geweest bij het sluiten van de overeenkomst is die waarin hij zichzelf in een nadelige positie brengt door vrijwillige werkloosheid. Zo stelde een verkrijger dat hij, met ingang van de datum waarop hij de overeenkomsten had getekend, (vrijwillig) werkloos was geworden met als gevolg dat hij niet meer aan zijn financiële verplichtingen kon voldoen.⁴² Arbitrator oordeelde toen dat de verkrij-

40 Ook Dammingh 2002a, p. 781 e.v.

41 Onder 8 van het commentaar van A-G Hartkamp bij HR 21 juni 1996, NJ 1996, 689.

42 RvA 21 oktober 2004, nr. 70.789. In eerste aanleg: RvA 3 april 2003, nr. 25.121: Verkrijger heeft (vrij laat) slechts een bank geraadpleegd over een hypothecaire geldlening. Deze bank wees hem af. Daarna ondernam hij geen verdere pogingen. Ondernemer stelt dat verkrijger niet aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan. Verkrijger stelt dat ook al had hij zich wel ingespannen, hij toch geen hypothecaire geldlening had gekregen (ter hoogte van € 750.000) omdat hij werkloos was. Hij stelt dat indien de benodigde inspanningen wel waren verricht hij de hypothecaire geldlening ook niet had gekregen. Arbitrator oordeelt dat verkrijger op het moment van het ondertekenen wist dat hij werkloos was. Hiermee heeft hij welbewust een risico genomen dat niet voor rekening van de ondernemer komt. Voorts is onvoldoende komen vast te staan dat op het moment dat de ontbindende voorwaarden werden ingeroepen alle verdere inspanningen tevergeefs zouden zijn geweest. Met de eerdere aanvraag heeft verkrijger dit onvoldoende aannemelijk gemaakt nu de aanvraag dateert van ruim na het aflopen van de termijn waarbinnen kon worden ontbonden en de aanvraag nauwelijks informatie geeft over de inhoud van de aan-

ger zichzelf in een positie heeft gebracht die het rond krijgen van de financiering moeilijker maakt. Dit dient voor zijn risico te komen. Het enkele verzoek aan zijn huisbankier tot het verstrekken van een hypothecaire geldlening, al laat ingediend, is vooral gelet op het feit dat verkrijger had kunnen weten dat het verkrijgen van een hypothecaire geldlening moeilijk zou kunnen worden, onvoldoende geweest. Arbiters waren van oordeel dat verkrijger niet aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan.

Naast vrijwillige werkeloosheid zijn nog andere situaties te bedenken waarin de verkrijger zijn mogelijkheden een hypothecaire geldlening te verkrijgen, bewust of onbewust, benadeelt. Volgens Dammingh⁴³ kunnen kopers die spijt hebben van hun aankoop en de financieringsclausule aanwenden om te ontbinden, op allerlei manieren hun kans op een hypothecaire geldlening beïnvloeden. Zo is denkbaar dat niet alle inkomsten bij de hypotheekaanvraag worden meegenomen. Kopers hebben bijvoorbeeld een tweede inkomen of andere inkomsten dan uit dienstbetrekking niet opgegeven bij het aanvragen van een hypotheekofferte. Dammingh oppert zelfs dat verkrijgers doelbewust na het tekenen van de koopakte een hoge persoonlijke lening kunnen afsluiten om zo hun financiële positie nadelig te beïnvloeden.⁴⁴

In een hierboven in het kader van de normaal geldende voorwaarden, ook al beschreven geschil uit 2005⁴⁵ meende de ondernemer dat verkrijgers niet aan hun inspanningsverplichting hadden voldaan doordat zij zichzelf in de positie hadden gebracht dat geen hypothecaire geldlening kon worden verkregen voor de woning. De ondernemer kwam tot dit oordeel doordat de verkrijgers de woning als beleggingsobject wilden gebruiken en bij de financiering niet hun bedrijf wilden betrekken. Arbiters oordeelde anders: de bedoeling van verkrijgers bij het sluiten van de koop-/aannemingsovereenkomst was dat de woning verhuurd zou worden aan hun zoon. Zij wilden een volledige financiering afsluiten die tevens aflossingsvrij was. Ondernemer wist dit al voor het sluiten van de overeenkomst. Aan een dergelijk beleggingsobject is een hoog risico verbonden voor een geldverstrekker. Verkrijgers waren hiervan tijdens het ondertekenen van de overeenkomst niet op de hoogte. Verkrijgers kon niet verweten worden dat zij een te groot risico hebben aanvaard waardoor zij geen financiering konden verkrijgen. Mede omdat zij niet te kwader trouw waren, en ondernemer op de hoogte was van de situatie en de daaraan verbonden moeilijkheden, hebben zij voldaan aan hun inspanningsverplichting en zijn zij geen boete verschuldigd voor ontbinding.

6.3.2.3 Aanvullende eisen voor het aantonen van en voldoen aan de inspanningsverplichting

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat alleen het tonen van twee of meer afwijzingen door de bank niet voldoende is om te hebben voldaan aan de inspanningsver-

vraag en gronden waarop deze is afgewezen.

43 Dammingh 2002a, p. 782 e.v.

44 Ibid.

45 RvA 25 februari 2005, nr. 26.032.

plichting, ook andere factoren spelen een rol. De Raad van Arbitrage lijkt in zijn uitspraken ook zorgvuldig om te gaan met dit principe en ook andere omstandigheden mee te wegen bij de vraag of de verkrijger zich voldoende heeft ingespannen.

De gewone rechter doet dit in het kader van de NVM-koopakte, volgens Dammingh, vaak iets minder zorgvuldig en acht twee enkele afwijzingen vaak voldoende.⁴⁶ Hij wijst er in dat kader op dat ingevolge art. 16.3 NVM-koopakte de inroeping van de financieringsclausule ‘goed gedocumenteerd’ dient te zijn. Volgens de toelichting op dit artikel wordt hieronder verstaan twee afwijzingen van financieringsinstellingen.⁴⁷

Dammingh verstaat onder een goede documentatie meer dan twee afwijzingen. Hij is van mening dat aanvullende eisen gesteld moeten worden met betrekking tot het aantonen van de inspanning. Hij oppert om bij de beoordeling van de vraag of aan de inspanningsverplichting is voldaan ook mee te nemen de gegevens die de koper in het kader van de financieringsaanvragen aan de bank heeft verstrekt en alle relevante gegevens aangaande de inkomsten en schulden van de koper en zijn partner. Het meenemen van het beschikbare vermogen van de kopers vindt hij dan weer te ver gaan omdat dit niet volgt uit een redelijke uitleg van de financieringsclausule.

De koop-/aannemingsovereenkomst kent geen bepaling waarin is opgenomen dat het inroepen van de ontbinding op basis van de financieringsclausule ‘goed gedocumenteerd’ moet zijn, of een bepaling die op andere wijze aangeeft hoe en aan de hand van welke documenten en gegevens de inspanning van de verkrijger moet worden beoordeeld. En zoals gezegd, lijkt de Raad zorgvuldig de omstandigheden van het geval af te wegen bij het vaststellen of verkrijger zich voldoende heeft ingespannen. Toch zou een verdere precisering van wat onder de inspanningsverplichting wordt verstaan een hoop duidelijkheid kunnen verschaffen. Dit is niet alleen handig als het gaat om het achteraf, door een arbiter, vaststellen of is voldaan aan de vereisten, maar ook vooraf voor kopers die vrezen dat zij ontbinding zullen moeten gaan inroepen.

Het zou nuttig zijn als zwart op wit staat dat minimaal twee financiële instellingen geraadpleegd moeten worden, en onder omstandigheden meer dan twee. Die omstandigheden kunnen dan bijvoorbeeld zijn gelegen in het feit dat een hypotheekbedrag net niet wordt gehaald.

Verder zou het goed kunnen zijn om ter onderbouwing niet alleen de twee afwijzingen te verstrekken maar tevens de gegevens waarop die afwijzingen zijn gebaseerd.⁴⁸ Als bijvoorbeeld twee partners (met beiden een inkomen) de koop-/

46 Dammingh 2002a, p. 781.

47 Over de vraag of sprake is van een ‘goed gedocumenteerd’ beroep op het financieringsvoorbehoud gaat ook Rechtbank ’s-Hertogenbosch 22 november 2006, LJN: AZ2919. Twee afwijzingen op zich hoeft niet altijd voldoende te zijn, zo zal ook duidelijk moeten zijn om welk object het gaat waarvoor de hypothecaire geldlening is afgewezen Rechtbank Arnhem 24 mei 2006, LJN: AY5374.

48 Bij een zeer algemeen omschreven financieringsvoorbehoud oordeelde de rechter

aannemingsovereenkomst sluiten, is het zeer wel denkbaar dat als alleen één inkomen in de financieringsaanvraag is betrokken, niet aan de inspanningsverplichting is voldaan.⁴⁹ Tenzij uiteraard vooraf uitdrukkelijk in de ontbindende voorwaarden is opgenomen dat slechts één inkomen in de berekening moet worden betrokken.

Dammingh pleit er verder voor om bijvoorbeeld vast te leggen dat de aanvraag gebaseerd moet zijn op inkomen en uitgaven ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.⁵⁰ Zo kan voorkomen worden dat verkrijger zich bij vrijwillige werkeloosheid na het sluiten van de koop-/aannemingsovereenkomst op de ontbindende voorwaarden kan beroepen. Dit lijkt mij niet noodzakelijk, omdat dit soort gevallen al vallen onder het in de jurisprudentie ontstane maatstaf dat verkrijger zich niet zelf in de positie mag hebben gebracht dat geen financiering kan worden verkregen.

Daarnaast geeft hij aan dat partijen zouden kunnen opnemen dat vermogen, naast het inkomen, moet worden meegenomen in de berekening.⁵¹ Als partijen dit willen opnemen, moeten ze dit zeker doen. Ik pleit er echter niet voor dit als een standaardclausule of een keuzemogelijkheid op te nemen in de koop-/aannemingsovereenkomst.

In een geschil uit 2002⁵² stelde ondernemer dat partijen onterecht de overwaarde van hun oude woning niet in hun nieuwe woning wilden stoppen en dat hierdoor het in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen maximum aan maandlasten werd overschreden.⁵³ Arbitrator oordeelt, terecht mijns inziens, dat het financieringsvoorbehoud slechts één voorwaarde kent: een maximale maandlast van € 750,-. Geen minimum of maximum is opgenomen voor de door verweerders benodigde omvang van de hypothecaire financiering. Volgens arbitrator brengt de redelijkheid en billijkheid niet met zich dat verkrijgers hun eigen middelen moeten

dat het verstrekken van extra informatie omtrent de afwijzingen te ver ging; Pres. Rechtbank Amsterdam 9 december 1999, KG 2000/18.

49 Opgemerkt moet worden dat dit op gespannen voet zou kunnen staan met de privacybescherming van verkrijgers.

50 Dammingh 2002a, p. 782-783.

51 Ibid. In Rechtbank Breda 21 april 2006, LJN: AW2873 oordeelde de rechter, m.i. terecht, dat de inspanningsverplichting niet zo ver gaat dat verkrijgers hun onroerende zaken moeten verkopen ter verkrijging van een financiering. Dit is natuurlijk anders indien nadrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen dat de verkoop van een onroerende zaak moet worden betrokken bij de financieringsaanvraag.

52 RvA 13 december 2002, nr. 24.975.

53 Verkrijgers willen de overeenkomst ontbinden omdat zij geen hypothecaire geldlening kunnen krijgen voor het door hen gewenste en ingevulde maximum maandbedrag van € 750,-. Verkrijgers overleggen twee hypotheekoffertes waarbij de maandlasten boven de € 750,- uitkomen. Ondernemer stelt dat verkrijgers uit hun huidige woning een overwaarde van € 566.330,- hebben. Ondernemer acht het in strijd met de goede trouw dat verkrijgers de overwaarde niet aanwenden voor de aankoop van de nieuwe woning. Verkrijgers stellen dat de verkoopopbrengst van hun huidige woning ruim € 200.000,- verschilt met de opbrengst die zij verwachtten ten tijde van het tekenen van de koop-/aannemingsovereenkomst. De overwaarde van hun huidige woning hebben zij daarnaast nodig om een pensioengat te vullen.

aanwenden. Zij zijn vrijgelaten in de omvang van de uiteindelijk door hen benodigde financiering.⁵⁴ Verkrijgers kunnen terecht ontbinden.

De hierboven omschreven suggesties om de omvang van de inspanningsverplichting inzichtelijker te maken hebben deels ook betrekking op het te leveren bewijs dat verkrijger zich voldoende heeft ingespannen. Verkrijgers kunnen zich allerlei inspanningen op de hals halen, maar als deze vervolgens niet zijn te bewijzen is aan de inspanningsverplichting niet voldaan.

Als de verkrijger stelt zich voldoende te hebben ingespannen is het aan hem dit ook te bewijzen. Het enkel afleveren van twee afwijzingen levert blijkens de hierboven beschreven jurisprudentie, niet altijd voldoende bewijs.⁵⁵ De verkrijger kan dus maar beter zijn inspanningen en afwijzingen zo goed mogelijk documenteren. Het opnemen van een bepaling die de inhoud en omvang van die documentatieplicht uiteenzet levert meer duidelijkheid voor zowel de consument als de ondernemer.

6.3.3 Voor levering niet gestand blijven van hypotheekofferte

Het vijfde lid van art. 8 KA bevat een speciale regeling voor die gevallen waarin aanvankelijk wel een hypotheecaire geldlening werd verkregen maar waarbij dit hypotheekaanbod niet tot de levering de onroerende zaak gestand wordt gedaan. Simpelweg komt deze bepaling erop neer dat ook in dat geval een ‘hernieuwde’ inspanningsverplichting voor de verkrijger geldt.

In een geschil uit 2005⁵⁶ bevestigde de Raad de betekenis van dit vijfde lid: Volgens arbiter blijkt uit het artikel en de toelichting daarop ondubbelzinnig dat deze bepaling is geschreven voor het geval de geldigheid van een geaccepteerde hypotheekofferte is verstreken vóór de datum van levering. Indien vervolgens blijkt dat de geaccepteerde hypotheekofferte door de geldverstrekker niet meer wordt verlengd en gestand wordt gedaan, dient de verkrijger een nieuwe hypotheekofferte aan te vragen. Indien de verkrijger die nieuwe lening niet kan verkrijgen omdat de maandlast groter is dan de maandlast die is aangegeven in lid 1 sub a, heeft de verkrijger alsnog het recht de ontbinding van de overeenkomst in te roepen. In onderhavig geschil was van die situatie geen sprake volgens arbiter aangezien na het verstrijken van de overeengekomen termijn van twee maanden voor de financiering, een bankier een offerte aan verkrijgers heeft doen toekomen. Vaststaat dat verkrijgers deze offerte niet ondertekend aan hun bank hebben geretourneerd en dus niet hebben geaccepteerd. Hierdoor is geen sprake van een door verkrijgers

54 Daarin past dan ook niet een verplichting om (meer) eigen middelen aan te wenden dan verkrijgers wensen om de maandlast beneden het maximum te brengen. Daaraan doet niet af dat verkrijgers bij het aangaan van de overeenkomst hebben laten weten geen hogere financiering nodig te hebben dan € 750,- omdat zij over genoeg overwaarde beschikten uit de verkoop van hun huis.

55 Er zijn veel zaken waarbij verkrijger zijn inspanningen niet voldoende kon bewijzen: Rechtbank Dordrecht 26 juni 2002, PRG 2003/6033.

56 RvA 3 januari 2005, no. 25.391.

afgesloten hypothecaire geldlening die niet langer gestand wordt gedaan omdat op basis van de huidige inkomenssituatie geen financierer bereid is om een hypothecaire geldlening te verstrekken.

Verkrijgers doen voorts een beroep op de redelijkheid en billijkheid, omdat zij van opvatting zijn dat nagenoeg is voldaan aan de formele vereisten van art. 8 lid 5. Ook dit verweer faalt. Uit art. 8 lid 5 van de overeenkomst en de toelichting daarop blijkt dat een beroep op dit artikel uitsluitend slaagt indien de verkrijger een hypothecaire geldlening heeft afgesloten en die geldlening vervolgens niet langer gestand wordt gedaan door de geldverstrekker. In het onderhavige geschil hebben verkrijgers weliswaar een hypotheekofferte aangevraagd en verkregen, maar zij hebben die hypothecaire geldlening niet aanvaard. Niet gesteld kan worden dat verkrijgers daarom nagenoeg aan de vereisten van lid 5 hebben voldaan.

6.3.4 Doorhalen of schrappen van het financieringsvoorbehoud

Zoals hierboven in § 6.3.1.1 al opgemerkt, is het niet zo dat door het niet invullen van een maximumbedrag geen financieringsvoorbehoud is gemaakt. Als partijen het financieringsvoorbehoud willen schrappen uit het model zal dat op een andere, duidelijker wijze moeten geschieden. Zo mocht men, voordat de schriftelijkheidseis werd opgenomen in het BW, niet zonder meer aannemen dat bij een mondelinge (OG) koopovereenkomst de koper had afgezien van het financieringsvoorbehoud.⁵⁷ In diezelfde lijn liggen de uitspraken van de Raad van Arbitrage waarin geen maximumbedrag is ingevuld in de financieringsclausule.

Het komt regelmatig voor dat art. 8 KA wordt ‘doorgehaald’ (weggestreepd of geschrapt) of dat bepaalde artikelleden niet van toepassing worden verklaard. In dat geval is, in tegenstelling tot het niet invullen van het maximumbedrag, op duidelijke wijze afgezien van de financieringsclausule.⁵⁸

Allereerst moet worden opgemerkt dat het doorhalen van art. 8 KA een wijziging van de modelovereenkomst is. In hoofdstuk 3 is uitgebreid ingegaan op art. 12 KA⁵⁹ en de in dit artikel opgenomen voorwaarden en gevolgen voor het afwijken

57 O.a. Pres. Rechtbank Alkmaar 13 oktober 2000, KG 2000, 222.

58 In het kader van het in § 6.3.5 behandelde vraagstuk of een financieringsclausule een bestendig gebruikelijk beding is, moet het volgende worden opgemerkt. Een in een contract opgenomen keuzemogelijkheid (de keuze tussen een optie A of een optie B) kan nooit een bestendig gebruikelijk beding zijn. Immers uit de opzet van de clausule blijkt dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst uitdrukkelijk over die vraag moeten beslissen. Het doorhalen van een in een model opgenomen artikel is echter geen contractueel opgenomen optiemogelijkheid. In tegendeel, onder de koop-/aannemingsovereenkomst is het doorhalen van artikelen zelfs gesanctioneerd met nietigheid. Daar komt bij dat bij het doorhalen van een artikel partijen blijkbaar uitdrukkelijk zijn overeengekomen af te zien van het (bestendig gebruikelijke) beding.

59 Art. 13 KA Eengezinswoningen 2003 en art. 14 KA Appartementen voor de versie van 2007, art. 13 KA Appartementen 2003.

van de modelovereenkomst.⁶⁰ Het is, zoals in hoofdstuk 3 reeds opgemerkt, zeer de vraag of een bepaling als die van art. 12 KA in haar huidige vorm nietigheid van ten nadele van de verkrijger gewijzigde bepalingen tot gevolg kan hebben. Voor een volledig beeld dient echter in dit hoofdstuk, ondanks twijfel omtrent de rechtskracht van art. 12 KA, te worden ingegaan op het standpunt van de Raad van Arbitrage ten aanzien van het doorhalen van de financieringsclausule in het licht van art. 12 KA.

In één geschil waarin het artikel was doorgehaald deed de verkrijger een beroep op de nietigheid van de doorhaling zoals opgenomen in art. 12 KA.⁶¹ Arbiters oordeelde echter dat art. 8 KA⁶² onder omstandigheden ook zonder voorafgaande toestemming van een waarborgende instelling van het GIW zou mogen worden doorgehaald of aangepast. Het artikel voorziet alleen in financiering door middel van het verkrijgen van een hypothecaire geldlening. Omdat verkrijger niet van plan was een hypothecaire geldlening aan te vragen omdat zijn inkomen daarvoor niet toereikend was, mocht wel van de modelovereenkomst worden afgeweken. Partijen hadden (redelijkerwijze) wel van de modelovereenkomst moeten afwijken indien zij een financieringsvoorbehoud hadden willen opnemen. Gelet op de verklaring van de verkrijger dat hij dacht over voldoende geld te kunnen beschikken om het appartement te bekostigen, moet het ervoor worden gehouden dat hij hiervoor (voor het opnemen van het financieringsvoorbehoud) geen aanleiding heeft gezien. Volgens arbiters was niet afgeweken van het model ten nadele van de verkrijger. Arbiters overwogen dat, indien art. 8 KA wel van toepassing zou zijn, dit verkrijger ook niet zou helpen o.a. omdat hij geen enkele moeite gedaan heeft om een hypothecaire geldlening te krijgen, zodat hij ook niet aan zijn inspanningsverplichting van art. 8 lid 6 KA heeft voldaan. Verkrijger is dus de boete verschuldigd.

Dit is een vreemde opvatting van de Raad, want mocht de verkrijger alsnog een hypothecaire geldlening willen of nodig blijken te hebben, zoals in dit geval ook zo was, dan is het doorhalen van art. 8 KA, en het dus niet bieden van de mogelijkheid tot kosteloze ontbinding, wel degelijk een afwijking ten nadele van de verkrijger. Tevens is van belang dat aangezien art. 8 KA was doorgehaald, verkrijger ook niet behoefde te verwachten dat zijn inspanningsverplichting zou worden beoordeeld. Geen wonder dus dat hij geen inspanning had geleverd. Ook lijkt er geen sprake van een schending van de inspanningsverplichting te zijn als hij ook met (voldoende) inspanning geen hypothecaire geldlening had kunnen krijgen, zie hierover ook § 6.3.2.

60 Afwijken van het model ten nadele van de verkrijger is nietig tenzij sprake is van voorafgaande uitdrukkelijke toestemming verleend door de Stichting Garantie Instituut Woningbouw of namens deze stichting door de Stichting Woningborg. Meer hierover in § 3.3.5 van hoofdstuk 3.

61 RvA 13 januari 2005, nr. 25.571.

62 Het ging om voorwaarden van voor 2007, waarin dit nog in art. 7 KA was geregeld i.p.v. art. 8 KA.

Los van de vraag of doorhaling een (nietige) afwijking van de overeenkomst is, is van belang te weten wat de Raad voor oordeel geeft als feitelijk geen financieringsvoorbehoud is opgenomen.

In het geschil dat hierboven in het kader van de nietigheid al werd besproken en waarbij het gehele artikel was doorgehaald oordeelde arbiter dat de verkrijger de boete wegens ontbinding van de overeenkomst, in dit geval op basis van art. 21 AV, verschuldigd was.

In een ander geschil⁶³ werden bij het eerste lid van art. 8 KA de woorden ‘niet van toepassing’ gezet omdat de verkrijgers bij het sluiten van de overeenkomst de financiering al rond hadden. Na hun echtscheiding kunnen verkrijgers niet meer aan hun betalingsverplichtingen voldoen. Zij beriepen zich per brief onder andere op art. 8 lid 5 KA.⁶⁴ Bij die brief hebben verkrijgers een faxbericht van de hypotheekbank meegezonden waaruit blijkt dat deze bank de financiering aan verkrijgers in verband met de lopende echtscheidingsprocedure terugtrekt. Financiering is ook niet door een andere bank verstrekt, hoewel verkrijgers daartoe in elk geval één aanvraag hebben ingediend. Ondernemer heeft verkrijgers doen weten dat, nu art. 8 lid 1 KA niet van toepassing is, zij zich niet meer op ontbinding kunnen beroepen.⁶⁵ De Raad beslist echter dat verkrijgers zich nog wel op deze bepaling kunnen beroepen. Een verkrijger die aanvankelijk voor passende financiering heeft zorg gedragen immers kan het overkomen dat die financiering wordt ingetrokken. Het enige gevolg dat het niet invullen van de maandlasten van het eerste lid heeft, is dat een nieuw aan te vragen financiering niet aan een maximum maandlast is gebonden.⁶⁶ Enerzijds een rare uitspraak aangezien door het bijschrijven ‘niet van toepassing’ feitelijk geen financieringsvoorbehoud is opgenomen. Anderzijds begrijpelijk omdat uit de bedoeling van partijen blijkt dat zij enkel de woorden ‘niet van toepassing’ hebben ingevuld omdat zij al een financiering meenden te hebben gevonden en een beroep op ontbinding hen niet meer nodig leek.

63 RvA 29 oktober 2004, nr. 25.910.

64 Het gaat i.c. om voorwaarden van voor 2005 waarin het financieringsvoorbehoud was opgenomen in art. 7 KA. In art. 7 lid 5 KA staat o.a. dat indien de door de verkrijger geaccepteerde financieringsvoorwaarden niet (meer) worden verlengd en gestand worden gedaan tot en met de datum van levering, de verkrijger verplicht is een nieuwe hypothecaire geldlening aan te vragen.

65 Voorts heeft hij (conform art. 7 lid 6) 10% van de koop/aanneemsom (€ 31.000,-) aan verkrijgers in rekening gebracht, alsmede de door hem geleden renteschade (€ 13.999,20) en de kosten van de makelaar ad € 3.689,-.

66 Ondernemer beroept zich er nog op dat de Stichting Woningborg en de ontwerpers van de bepalingen van de koop-/aannemingsovereenkomst dezelfde mening is toegedaan als ondernemer. Dat laatste acht arbiter niet doorslaggevend. Nog daargelaten dat de Stichting Woningborg geen enkele motivering voor dat standpunt aanvoert, is niet de bedoeling van de ontwerpers van de contractuele bepaling doorslaggevend maar de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en wat zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

In een geschil⁶⁷ over een NVM-contract hadden partijen de in de modelakte opgenomen mogelijkheid van een financieringsclausule niet in hun eigen contract opgenomen. De rechter oordeelde dat de koper gebonden was aan de overeenkomst. Waarschijnlijk heeft meegespeeld dat de clausule (welbewust) niet was overgenomen uit een model waarin deze wel zat.

6.3.5 Financieringsclausule: bestendig gebruikelijk beding of gewoonterecht?

Een in de literatuur veelbesproken, met het hierboven (in § 6.3.4) omschreven samenhangende vraag, is of aangenomen mag worden dat ook indien geen expliciet financieringsvoorbehoud is opgenomen, deze kan worden beschouwd als een bestendig gebruikelijk beding in de zin van art. 1383 Oud BW, die voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW⁶⁸ of deel uitmaakt van het gewoonterecht en om die reden deel uitmaakt van de overeenkomst.⁶⁹

6.3.5.1 Bestendig gebruikelijke beding

In het Oud BW was een bepaling opgenomen die ervoor zorgde dat zogenaamde ‘bestendig gebruikelijke bedingen’ stilzwijgend onderdeel van de overeenkomst werden. Dit was neergelegd in art. 1383 Oud BW dat bepaalde: ‘bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon dezelve daarbij niet zijn uitgedrukt.’

In Van der Ven/Stevens⁷⁰ werd aangenomen dat de financieringsclausule geen bestendig gebruikelijk beding was. De Hoge Raad oordeelt dat ‘voor een geslaagd beroep op een bestendig gebruikelijk beding in iedere geval is vereist dat als uit de stellingen van de partij die zich op dat beding beroept, voortvloeit dat de wederpartij ermee bekend was of had behoren te zijn dat, ingeval zij op dit punt zou zwijgen, het beding als bestendig gebruikelijk van toepassing zou zijn’.

De rechtbank⁷¹ had in eerste aanleg geoordeeld dat aan deze voorwaarde slechts is voldaan als (a) partijen eerder met elkaar hebben gecontracteerd waarbij een financieringsclausule gold, of (b) wanneer beide partijen behoren tot een kring van personen waarin zo’n clausule steeds wordt gemaakt of pleegt te worden gemaakt, of (c) wanneer één van hen daartoe behoort en de wederpartij dat weet, in dier voege dat zij op het beding bedacht had behoren te zijn.⁷²

Het arrest was toentertijd vooral van belang omdat schrijvers meenden dat uit het arrest kon worden afgeleid dat het bestendig gebruikelijk beding een zogenaamde ‘subjectieve rechtsbron’ was.⁷³ Deze leer houdt in dat het beding bestendig

Het arrest was toentertijd vooral van belang omdat schrijvers meenden dat uit het arrest kon worden afgeleid dat het bestendig gebruikelijk beding een zogenaamde ‘subjectieve rechtsbron’ was.⁷³ Deze leer houdt in dat het beding bestendig

67 Hof Arnhem 5 maart 1997, NJ 1998, 921.

68 Zie o.a. Huijgen 2003, p. 33.

69 Breedveld-de Voogd 2007, p. 132.

70 HR 21 september 1990, NJ 1991, 799 (Van der Ven/Stevens).

71 Rb Leeuwarden 7 september 1988, rolnr. 3432/84.

72 De Hoge Raad voegt hieraan nog toe dat van een gebruikelijk beding ook sprake kan zijn binnen bepaalde etnische of godsdienstige groepen.

73 Hijma e.a. 2004, nr. 273. Anders: Hondius 1992, p. 132. Zie ook Breedveld-de

dig gebruikelijk is omdat het stilzwijgend door partijen is overeengekomen. In de objectieve leer gold het beding als een bestendig gebruikelijke omdat het in de betreffende bedrijfstak of beroepsgroep zo gebruikelijk was dat deze tot gewoonrecht was geworden.

De nogal verwarrende en zeer theoretische discussie over de uitleg van Van der Ven/Stevens en de subjectieve dan wel objectieve grondslag van bestendig gebruikelijke bedingen wordt door Hondius in zijn bijdrage in de Kleijn-bundel overzichtelijk gemaakt.⁷⁴

Hij maakt onderscheid tussen, tussen twee partijen bestaande bestendig gebruikelijke bedingen en in een bedrijfstak bestendig gebruikelijke bedingen. In het eerste geval doen partijen al jarenlang samen zaken onder dezelfde (algemene) voorwaarden. In het tweede geval is het beding gebruikelijk in een bepaalde branche en hoeven partijen nooit eerder te hebben gecontracteerd voor de vaststelling van de bestendigheid ervan.⁷⁵

De eerste groep bestendig gebruikelijke bedingen is voor de koop-/aannemingsovereenkomst niet van belang aangezien partijen niet regelmatig met elkaar dit soort overeenkomsten zullen sluiten. De tweede groep is wel interessant. Daarbij is van belang dat er twee vereisten zijn met betrekking tot dit beding, allereerst moet er van een bestaand bestendig gebruikelijk beding sprake zijn, ten tweede moet dat beding toepasselijk zijn op de desbetreffende situatie.⁷⁶

Hondius⁷⁷ geeft uitgebreid aan wanneer sprake kan zijn van een bestendig gebruikelijk beding binnen een bepaalde bedrijfstak. Samengevat komt het erop neer dat van een dergelijk beding sprake is als

het een voldoende duidelijk bepaalde clause is die in een bepaalde kring met betrekking tot een bepaald type overeenkomsten algemeen, regelmatig en gedurende geruime tijd wordt gebezigd.

Voldoende bepaald houdt in dat de clause binnen de branche enigszins uniform wordt gehanteerd.

De clause moet binnen een *bepaalde kring* gebruikelijk zijn, dat wil zeggen: een bepaalde bedrijfs- of beroepstak. De clause zal alleen in een *bepaald type overeenkomsten* worden gebruikt.

Toepassing van de clause moet *algemeen* zijn binnen de betrokken kring, dat wil zeggen door allen of nagenoeg allen binnen de kring gebruikt. De ondernemer dient het beding *regelmatig* toe te passen.

Het beding moet *geruime tijd algemeen zijn bedongen* of toegepast.

Bovenstaande criteria lijken erop te wijzen dat een financieringsclause, in tegenstelling tot de uitspraak in Van der Ven/Stevens, een binnen een bedrijfstak gehanteerd bestendig gebruikelijk beding is.

Voogd 2007, p. 132.

74 Hondius 1992, p. 127-133.

75 Hondius 1992, p. 128-129.

76 Hondius 1992, p. 130.

77 Hondius 1992, p. 130 e.v.

De bedrijfstak betreft in dit geval de koop en aanneming van (consumenten) nieuwbouwwoningen. De model koop-/aannemingsovereenkomst wordt bij 90 procent van de nieuwbouwwoningen gebruikt en bevat een financieringsclausule. De clausule wordt ook altijd in de overeenkomst in dezelfde bewoordingen gebruikt door vrijwel alle betrokken partijen. De clausule is dus voldoende bepaald. Tot slot wordt het beding al jaren algemeen bedongen of toegepast.

Wordt de bedrijfstak breder geformuleerd, bijvoorbeeld als de consumentenmarkt voor onroerend goed, dan blijkt dat de NVM-koopakte ook een financieringsclausule bevat die vrijwel overeenkomt met de bewoordingen in de model koop-/aannemingsovereenkomst. Naar mijn mening kan ook dan worden gesproken van een beding dat bestendig gebruikelijk is. Wellicht heeft bij het oordeel van de Hoge Raad meegespeeld dat in Van der Ven/Stevens beide partijen consumenten waren en er dus geen sprake was van regelmatig gebruik door beide partijen of één der partijen. Dit is uiteraard anders in geval van de koop-/aannemingsovereenkomst.

6.3.5.2 Impliciete of stilzwijgende financieringsclausule

Sinds de invoering van het Nieuw BW in 1992 kent het BW geen bepaling meer over het bestendig gebruikelijk beding. De vraag is of dan nog steeds kan worden aangenomen dat een clausule impliciet of stilzwijgend dan wel voortvloeiend uit de gewoonte of redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW, deel uitmaakt van een overeenkomst. De financieringsclausule zou dan deel uitmaken van het gewoonterecht.⁷⁸

Met een impliciete of stilzwijgende afspraak wordt bedoeld datgene wat partijen zelf (stilzwijgend) zijn overeengekomen. Dit komt overeen met de subjectieve benadering van het bestendig gebruikelijke beding van voor invoering van het Nieuw BW. De gewoonte of het gebruik valt dan onder de objectieve benadering van het bestendig gebruikelijk beding onder het Oud BW.⁷⁹

Hondius is van mening dat met het verdwijnen van het recht uit het Nieuw BW het nog steeds mogelijk is om een stilzwijgende afspraak omtrent een eerder gemaakt beding tussen partijen of een meer in het algemeen geldende gewoonte aan te nemen.⁸⁰ De gewoonte kan dan beperkt zijn tot een bepaalde beroepsgroep, een streek of een etnische of godsdienstige groep.⁸¹

De meer specifieke vraag is of het financieringsvoorbehoud een stilzwijgende of impliciete afspraak of een uit de gewoonte voortvloeiend beding is. De stilzwijgende afspraak tussen partijen is, blijkens het hierboven beschrevene, met betrekking tot de koop-/aannemingsovereenkomst niet interessant. De vraag of een financieringsclausule door gewoonte of gebruik deel kan uitmaken van een overeenkomst zonder dat deze expliciet is opgenomen is wel voor de koop-/aannemingsovereen-

78 Zo noemt Breedveld-de Voogd het: Breedveld-de Voogd 2007, p. 135

79 Hondius 1992, p. 131.

80 Hondius 1992, p. 131.

81 Zie voetnoot 26 in Hondius 1992, p. 131 en 135.

komst van belang. De hierboven vermelde criteria voor het vaststellen van een bestendig gebruikelijk beding binnen een bepaalde bedrijfstak kunnen onverkort worden gebruikt voor de vraag of de financieringsclausule een beding is dat door gebruik of gewoonte deel uitmaakt van de overeenkomst. Immers, het artikel uit het Oud BW en het begrip ‘bestendig gebruikelijk beding’ mogen zijn verdwenen, maar het leerstuk bestaat nog steeds, zij het onder de noemer voortvloeiend uit de redelijkheid/bilijkheid wegens ‘gebruik’ of ‘gewoonte’ of het gewoonterecht.⁸²

Bij een vergelijking tussen de hierboven omschreven criteria en de financieringsclausule kan de conclusie zijn dat door gewoonte deze clausule wel degelijk deel zou kunnen gaan uitmaken van de overeenkomst. Toch werd hierover in een uitspraak van het Hof Arnhem ontkennend geoordeeld. Het Hof zag in zo’n geval slechts reden de boete te matigen, maar geen aanleiding een impliciete financieringsclausule aan te nemen.⁸³ Niet snel mag worden aangenomen dat dus stilzwijgend een financieringsclausule is overeengekomen.⁸⁴

Ingeval sprake is van een mondelinge koopovereenkomst mag echter niet zonder meer worden aangenomen dat is afgezien van het opnemen van een financieringsclausule.⁸⁵ In dat licht kan wel degelijk worden gesproken van de financieringsclausule als bestendig gebruikelijk beding of beding dat door gewoonte en gebruik deel uitmaakt van de koop-/aannemingsovereenkomst.

6.3.5.3 Gebruik, impliciete clausules en de schriftelijkheidseis

Met de invoering van de schriftelijkheidseis in 2003 (art. 7:2 BW) is de vraag of de financieringsclausule deel uitmaakt van het gewoonterecht, wederom nieuw leven ingeblazen. Het vormvoorschrift van art. 7:2 BW brengt met zich dat partijen een beding dat zij willen overeenkomen moeten opnemen in hun schriftelijke overeenkomst.⁸⁶

Tenzij uiteraard de *aard van de overeenkomst* met zich brengt dat uit de gewoonte voortvloeit dat, zolang partijen niet het tegenovergestelde hebben bedongen, een financieringsclausule deel uitmaakt van de overeenkomst. Het vormvoorschrift heeft namelijk niet tot gevolg dat datgene wat op grond van art. 6:248 lid 1 BW geldt, ook moet worden opgenomen in de overeenkomst.⁸⁷ Wordt, zoals hierboven uitgebreid beschreven, ervan uitgegaan dat de aard van de koop-/aannemingsovereenkomst met zich brengt dat de financieringsclausule voortvloeit uit art. 6:248 lid 1 BW, dan heeft de schriftelijkheidseis geen consequenties. Van belang is dat partijen zich realiseren dat als zij een financieringsclausule geen deel

82 Vergelijkbaar: Breedveld-de Voogd 2007, p. 132.

83 Hof Arnhem 25 maart 1997, NJ 1998, 921. Ook Huijgen 2003, p. 33.

84 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 145.

85 Pres. Rechtbank Alkmaar 13 oktober 2000, KG 2000, 222 en ook Huijgen 2003, p. 34.

86 Zie over de inhoud van de schriftelijke overeenkomst § 5.2 van hoofdstuk 5. Ook hierover: Breedveld-de Voogd 2007, p. 133.

87 Zie ook hierboven onder § 6.3.5.2 en Breedveld-de Voogd 2007, p. 134.

willen laten uitmaken van de overeenkomst, dit wel expliciet moet worden overeengekomen.

Wordt aangenomen dat de aard van de overeenkomst niet met zich brengt dat de financieringsclausule geen deel uitmaakt van het gewoonterecht dan heeft de schriftelijkheidseis verdergaande consequenties.

Breedveld-de Voogd merkt terecht op dat het lijkt of de consequenties van het vormvereiste dan te ver gaan, maar dat dit slechts schijn is. Wanneer partijen mondeling een koop zouden overeenkomen, zou op basis van de wilsvertrouwensleer of uitleg van de overeenkomst wel ruimte kunnen zijn voor een impliciete financieringsclausule.⁸⁸ De vergaande implicatie is echter schijn als men bedenkt dat de financieringsclausule voor het tot stand komen en voortbestaan van de overeenkomst een belangrijke clausule is. Deze moet dan ook schriftelijk worden opgenomen. Breedveld-de Voogd illustreert haar stelling met een uitspraak van de Rechtbank Middelburg⁸⁹ waarin een financieringsclausule werd geacht stilzwijgend te zijn overeengekomen in een mondelinge overeenkomst, maar de rechter aangaf dat nu partijen de koop nog op schrift wilden stellen, de vraag of een dergelijke clausule moest worden opgenomen opnieuw aan de orde kon komen.

Is de financieringsclausule nu onderdeel van het gewoonterecht? Breedveld-de Voogd is, in het kader van de NVM-akte van mening dat dit niet zo is. Zij voert daartoe o.a. aan dat de financieringsclausule nog altijd een belangrijk punt van onderhandeling is tussen partijen en dat onder de NVM-akte kopers vaak hun huis liever zonder clausule voor een lagere prijs verkopen dan met clausule tegen een hogere prijs.⁹⁰

Bij de koop-/aannemingsovereenkomst is dit anders. De model koop-/aannemingsovereenkomst wordt gebruikt in bijna alle gevallen van (consumenten) nieuwbouw in Nederland. Dit model bevat een financieringsclausule die vrijwel altijd en ongewijzigd, op dezelfde wijze geformuleerd, wordt gebruikt. Onderhandeling over de opname van de clausule zoals bij het NVM-model vindt vrijwel nooit plaats. En het niet opnemen van de clausule is een afwijking van het model welke niet wordt aangemoedigd door de opstellers van de voorwaarden en die, als sprake is van een afwijking ten nadele van de verkrijger (wat mijns inziens zo is), zelfs gesanctioneerd is met nietigheid. Op deze gronden kan worden aangenomen dat de clausule deel uitmaakt van het gewoonterecht. In het licht van het bovenstaande en mede met het oog op het feit dat het gaat om een consumentenmodel en dit model in samenwerking met consumentenrechtelijke organisaties is opgesteld,

88 Ik laat hier de mogelijkheid van een impliciete financieringsclausule op basis van gebruik buiten beschouwing omdat deze, zoals hierboven al aangetoond, niet snel zal worden aangenomen. Op basis van 3:35 BW kan men bij mondelinge overeenkomsten echter nog wel tot de conclusie komen dat impliciete of stilzwijgende clausules, afgezien van de eis van schriftelijkheid, deel uitmaken van de overeenkomst.

89 Rechtbank Middelburg 24 september 2002, LJN: AF0594.

90 Breedveld-de Voogd 2007, p. 136.

mag een koper verwachten dat hij een beroep kan doen op een clause zoals de financieringsclause, ook wanneer deze niet expliciet is opgenomen. Is deze expliciet niet opgenomen of afgewezen of bijvoorbeeld doorgehaald, dan is uiteraard geen sprake van een overeengekomen financieringsclause.

6.3.6 Nationale Hypotheek Garantie

Naast de mogelijkheid te ontbinden op basis van het financieringsvoorbehoud kunnen nog twee andere ontbindende voorwaarden worden opgenomen. Deze zijn beide ook opgenomen in art. 8 KA.⁹¹ Het gaat dan om de mogelijkheid de overeenkomst te ontbinden wanneer niet binnen een bepaald aantal maanden na ondertekening een toezegging tot het verkrijgen van een bewonersvergunning is verkregen (geregeld onder b van lid 1)⁹² en als voor de financiering geen ‘Nationale Hypotheek Garantie’ (NHG) wordt verkregen (geregeld in lid 2 van art. 8 KA).

Het verkrijgen van een bewonersvergunning valt buiten de reikwijdte van dit hoofdstuk en komt dan ook niet hier, maar in het hoofdstuk over zekerheidstelling en financiering aan bod. In deze paragraaf wordt wel ingegaan op het verkrijgen van de NHG, dat samenhangt met de financiering.

De verkrijger kan er in het tweede lid van art. 8 KA voor kiezen het verkrijgen van een Nationale Hypotheek Garantie (NHG) bij de financiering als ontbindende voorwaarde op te nemen. Wordt geen NHG verkregen dan kan de verkrijger eveneens ontbinden.

Art 8 lid 2 KA

(A)*

2. Ter zake van de in lid 1 van dit artikel bedoelde financiering wordt geen Nationale Hypotheek Garantie verlangd.

(B)*

2. Ter zake van de in lid 1 van dit artikel bedoelde financiering wordt de Nationale Hypotheek Garantie verlangd in verband waarmee de overeenkomst wordt aangegaan onder de bij niet-ervulling ontbindende voorwaarde, dat de verkrijger binnen twee maanden na diens ondertekening van deze akte een Nationale Hypotheek Garantie verkrijgt voor een hypothecaire geldlening als omschreven in het eerste lid van dit artikel sub a.

De Nationale Hypotheek Garantie is een garantie die bij het afsluiten van een hypothecaire geldlening voor het aankopen of verbouwen van een woning kan worden aangevraagd door de verkrijger. De garantie wordt verstrekt door de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen. Het Waarborgfonds staat garant voor de terugbetaling van het hypotheekbedrag aan de hypotheekverstrekker als het aflossen van

91 In de voorwaarden van voor 2007 in art. 7 KA.

92 **Art. 8 KA lid 1 onder b: dat de verkrijger binnen maand(en) na diens ondertekening van deze akte een vergunning, althans de toezegging daartoe, om de woning na gereedkomen zelf te bewonen, verkrijgt.**

de hypothecaire geldlening door de verkrijger niet meer mogelijk is, en regelt met de verkrijger de afhandeling en betaling van een eventuele restantschuld.⁹³

Wil de verkrijger het niet verkrijgen van de Nationale Hypotheek Garantie als ontbindende voorwaarde opnemen in de overeenkomst dan dient hij te kiezen voor de in het tweede lid van art. 8 KA opgenomen optie B. Wordt gekozen voor optie A dan wordt het verkrijgen van NHG niet verlangd en is dit dus geen ontbindende voorwaarde.⁹⁴

De voorwaarden waaronder de ontbinding kan worden ingeroepen wanneer is gekozen voor optie B zijn anders dan de andere ontbindende voorwaarden uit art. 8 KA. Wordt de garantie verkregen, dan kan niet worden ontbonden. Wordt de garantie niet gegeven dan staat in het vierde lid van art. 8 wanneer en hoe kan worden ontbonden.⁹⁵

Als twee maanden na ondertekening nog geen garantie is verkregen, wordt de termijn geacht te zijn verlengd tot acht dagen na ontvangst van een door de ondernemer verzonden aangetekende brief. In die brief verzoekt de ondernemer de verkrijger zich erover uit te laten of hij ontbinding van de overeenkomst wenst in te roepen of niet. Dit houdt in dat zolang beide partijen niets hebben laten horen over de NHG en een mogelijke ontbinding, de termijn van ontbinding nog loopt. Laat de verkrijger nadat de termijn van twee maanden na ondertekening is verstreken weten dat hij geen ontbinding wil inroepen dan is de termijn verstreken en kan

93 Als de woning moet worden verkocht en de opbrengst van de woning lager is dan het bedrag dat nog moet worden terugbetaald ontstaat een restantschuld. Het Waarborgfonds betaalt deze restantschuld aan de geldverstrekker en sluit een regeling af met de oorspronkelijke verkrijger van het huis om de schuld af te betalen. Wanneer de verkrijger geen schuld heeft aan de gedwongen verkoop, bijvoorbeeld als het inkomen door werkloosheid of arbeidsongeschiktheid daalt of wegvalt, kan het Waarborgfonds dit bedrag kwijtschelden. Voorwaarde hiervoor is dat de verkrijger heeft meegeholpen de restantschuld zoveel mogelijk te beperken. Meer over de NHG op www.nhg.nl.

94 Dit betekent niet dat geen NHG kan worden verkregen. Het houdt slechts in dat het niet verkrijgen van de garantie geen recht op ontbinding geeft.

95 Art. 8 KA lid 3: Indien één van deze voorwaarden niet wordt vervuld heeft de verkrijger het recht bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging te verzenden aan de ondernemer uiterlijk binnen acht dagen na afloop van de voor de vervulling van de betreffende voorwaarde geldende termijn, de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen, waardoor de overeenkomst tussen partijen van rechtswege ontbonden zal zijn.

Art. 8 KA lid 4: Ingeval de voorwaarde met betrekking tot het verkrijgen van de Nationale Hypotheek Garantie als vermeld in lid 2 van dit artikel van toepassing is en die voorwaarde niet binnen twee maanden vervuld is en ook na ommekomst van die twee maanden onvervuld blijft, zal de termijn waarbinnen de verkrijger recht heeft de ontbinding van de overeenkomst in te roepen geacht worden tussen partijen verlengd te zijn tot acht dagen na ontvangst van een aan hem verzonden aangetekende brief van de ondernemer, waarin deze hem verzoekt of aanzegt zich er over uit te laten of hij al dan niet de ontbinding van de overeenkomst inroept.

hij in de toekomst niet meer ontbinden. Laat de verkrijger na die twee maanden weten wel ontbinding in te willen roepen omdat geen garantie wordt verkregen, dan kan hij volgens de regels van art. 8 lid 3 KA ontbinden. Stuurt de ondernemer een aangetekende brief waarin hij de verkrijger verzoekt te reageren op de vraag of ontbinding wordt ingeroepen, dan loopt de termijn waarbinnen ontbinding kan worden ingeroepen nog acht dagen na ontvangst van de brief. Reageert de verkrijger niet binnen die acht dagen, dan is ontbinding op grond van het niet verkrijgen van NHG niet meer mogelijk.

Voor de ondernemer is het verkrijgen van zekerheid omtrent een mogelijke ontbinding van belang. Wordt NHG verkregen dan heeft hij die zekerheid. Wordt deze niet (meteen) verkregen dan kan hij die zekerheid verkrijgen door het versturen van de aangetekende brief met het verzoek tot het geven van uitsluitel. Binnen acht dagen weet hij dan waar hij aan toe is; reageert de verkrijger niet dan is de termijn voor ontbinding verstreken en blijft de overeenkomst in stand. Reageert de verkrijger wel dan laat hij óf weten dat hij geen ontbinding wenst in te roepen, óf dat hij dit wel wil. In beide gevallen is er duidelijkheid.

6.3.7 Ontbinding en schadevergoeding

Wordt geen financiering verkregen en heeft de verkrijger zich voldoende ingespannen, dan kan hij (kosteloos) de ontbinding van de overeenkomst inroepen, aldus het derde lid van art. 8 KA. Roept hij ten onrechte, zonder te hebben voldaan aan de inspanningsverplichting, de ontbinding in, dan moet hij de ondernemer een boete betalen ingevolge art. 8 lid 6 KA. Beide onderwerpen, de ontbinding en de schadevergoeding, komen hieronder aan bod.

6.3.7.1 Ontbinding

Als de verkrijger de financieringsclausule wil inroepen en wil ontbinden dan zal hij dit moeten doen bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging, aldus het derde lid van art. 8 KA.⁹⁶

Art. 8 lid 3 KA

Indien één van deze voorwaarden niet wordt vervuld heeft de verkrijger het recht bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging te verzenden aan de ondernemer uiterlijk binnen acht dagen na afloop van de voor de vervulling van de betreffende voorwaarde geldende termijn, de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen, waardoor de overeenkomst tussen partijen van rechtswege ontbonden zal zijn.

Het beroep op ontbinding dient tijdig te geschieden. De verzending van de brief of fax dient uiterlijk binnen acht dagen na afloop van de voor de vervulling van de betreffende voorwaarden geldende termijn te geschieden. Dit houdt in dat na het

96 Vergelijkbaar art. 16.3 NVM-koopakte. Meer hierover in Dammingh 2002a, p. 784 en Dammingh 2002b, p. 794 e.v.

verstrijken van twee maanden na ondertekening de verkrijger nog acht dagen de tijd heeft om de ontbinding per brief aan de ondernemer kenbaar te maken.

Ondanks dat het vrij evident lijkt dat ontbinding tijdig moet worden ingeroepen blijkt dit in de praktijk toch nog wel te laat te gebeuren.⁹⁷ Zo ook in een geschil uit 2005⁹⁸: Vijf maanden na ondertekening van de overeenkomst delen verkrijgers ondernemer mee de koop-/aannemingsovereenkomst te willen beëindigen wegens het ontbreken van de benodigde financiële middelen door de (onvrijwillige) werkeloosheid van verkrijger. Ondernemer laat verkrijgers weten dat de termijn van art. 8 lid 1 sub a KA is verstreken, zodat een beroep op de ontbindende voorwaarde niet meer mogelijk is. Ondernemer sommeert verkrijgers herhaaldelijk medewerking te verlenen aan het verlijden van de akte van levering, bij gebreke waarvan verkrijgers volgens art. 22 AV een boete zijn verschuldigd van tien procent van de koop-/aanneemsom. Verkrijgers blijven volhouden dat zij de overeenkomst hebben ontbonden op grond van art. 8 lid 5 KA. Volgens verkrijgers moet die bepaling zo worden gelezen dat de overeenkomst kan worden ontbonden wegens het ingrijpend wijzigen van hun vermogenspositie in het geval de financieringsvoorwaarden niet meer door de geldgever worden verlengd of gestand worden gedaan.

Arbiter is met ondernemer van oordeel dat art. 8 lid 5 KA niet is geschreven voor het door verkrijgers beoogde doel. Uit het artikel en de toelichting daarop volgt ondubbelzinnig dat deze bepaling is geschreven voor het geval de geldigheid van een geaccepteerde hypotheekofferte is verstreken vóór de datum van levering. Indien vervolgens blijkt dat de geaccepteerde hypotheekofferte door de geldverstrekker niet meer wordt verlengd en gestand wordt gedaan, dient de verkrijger een nieuwe hypotheekofferte aan te vragen. Indien de verkrijger die nieuwe lening niet kan verkrijgen omdat de maandlast groter is dan de maandlast die is aangegeven in lid 1 sub a, heeft de verkrijger alsnog het recht de ontbinding van de overeenkomst in te roepen. Daar is volgens arbiters in dit geschil geen sprake van. Na het verstrijken van de overeengekomen termijn van twee maanden voor de financiering heeft de huisbankier van verkrijgers hen een offerte doen toekomen. Vaststaat dat verkrijgers deze offerte niet ondertekend aan hun bank hebben gerecentreerd. Arbiter kan verkrijgers niet volgen in hun stelling dat zij die offerte wel hebben geaccepteerd. Hierdoor is geen sprake van een door verkrijgers afgesloten hypothecaire geldlening die niet langer gestand wordt gedaan omdat op basis van de huidige inkomenssituatie geen financierer bereid is om een hypothecaire geldlening te verstrekken. Verkrijgers hebben daarom ten onrechte een beroep gedaan op ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst.

Verkrijgers doen voorts een beroep op de redelijkheid en billijkheid, omdat zij van opvatting zijn dat nagenoeg is voldaan aan de formele vereisten van art. 8 lid 5 KA. Ook dit verweer faalt. Uit art. 7 lid 5 KA van de overeenkomst en de toelichting daarop blijkt dat een beroep op dit artikel uitsluitend slaagt indien de verkrijger een hypothecaire geldlening heeft afgesloten en die geldlening vervol-

97 Zie o.a. RvA 19 juli 2002, nr. 23.434 en Rechtbank Rotterdam 18 april 2007, LJN: BA6187, HR 2 oktober 1992, NJ 1992, 769. (Deze laatste twee zaken gingen over de financieringsclausule in de NVM-akte).

98 RvA 3 januari 2005, no. 25.391 (geen ontbinding).

gens niet langer gestand wordt gedaan door de geldverstrekker. In het onderhavige geschil hebben verkrijgers weliswaar een hypotheekofferte aangevraagd en verkregen, maar zij hebben die hypothecaire geldlening niet aanvaard. Niet gesteld kan worden dat verkrijgers daarom nagenoeg aan de vereisten van lid 5 hebben voldaan.

In een ander geschil⁹⁹ vragen verkrijgers ondernemer of zij met betrekking tot het transport enig uitstel kunnen krijgen voor het verkrijgen van financiering omdat zij wel een financieringsaanbod hebben gekregen, maar de definitieve goedkeuring afhangt van een werkgeversverklaring van een van de verkrijgers. De ondernemer gaat hiermee akkoord. Enkele weken later berichten verkrijgers per brief dat zij geen werkgeversverklaring konden krijgen en derhalve de financiering niet rond krijgen. Ondernemer stelt dat de koopovereenkomst niet is ontbonden, dat zij de termijn van ontbindende voorwaarden hebben laten verlopen en dat zij een boete verschuldigd zijn. Arbiters oordelen echter anders. De brief waarin verkrijgers vragen om uitstel vragen dient opgevat te worden als een verzoek de termijn voor het verkrijgen van financiering te verlengen. Nu ondernemer dit heeft gehonoreerd tot medio december is de termijn niet verstreken. Op 20 december hebben verkrijgers een brief gestuurd waarin zij mededelen dat de aankoop niet doorgaat, volgens arbiter is door middel van deze brief de overeenkomst ontbonden. Echter, niet is gebleken dat verkrijgers enige inspanning hebben verricht, en dus is wel de boete verschuldigd.

6.3.7.2 Schadevergoeding

In het zesde lid van art. 8 KA is opgenomen dat als aan het invoeren van ontbinding het niet nakomen van de inspanningsverplichting ten grondslag ligt, zal de koop-/aannemingsovereenkomst van rechtswege zijn ontbonden. De in gebreke zijnde partij, meestal de verkrijger, is dan aan de ander als boete een bedrag verschuldigd ter grootte van tien procent van de koop-/aanneemsom.

Art. 8 lid 6 KA

Partijen verplichten zich over en weer al het nodige te doen, wat tot vervulling van de in de leden 1 en 2 van dit artikel vermelde voorwaarde(n) kan leiden en na te laten wat de vervulling zou kunnen verhinderen. Indien aan het invoeren van ontbinding als bedoeld in lid 3 van dit artikel het niet nakomen van de hierboven vermelde verplichtingen ten grondslag ligt, zal de koop-/aannemingsovereenkomst van rechtswege zijn ontbonden en zal de in gebreke zijnde partij aan de andere als boete een bedrag verschuldigd zijn ter grootte van 10% van de koop-/aanneemsom. Het invoeren van de ontbinding zal geschieden bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging.

In de laatste zin van dit zesde lid is opgenomen dat het invoeren van de ontbinding moet geschieden bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of

99 RvA 3 september 2003, nr. 24.485.

telexbericht met verzendbevestiging. Het is onjuist dat deze zin is opgenomen aangezien er boven staat dat de overeenkomst van rechtswege zal zijn ontbonden. Het één sluit het ander uit. Als partijen de ontbinding moet inroepen is immers geen sprake van een ontbinding van rechtswege. Waarschijnlijk hebben de opstellers beoogd dat inroeping van de ontbinding schriftelijk zal moeten geschieden en dus zal bij een herziening van de voorwaarden het woord 'rechtswege' worden weggelaten.¹⁰⁰

Zeer regelmatig komen er geschillen voor de Raad waarin verkrijgers menen wel (tijdig) ontbinding te hebben ingeroepen, maar waarbij arbiters tot de conclusie komen dat dit niet zo is.¹⁰¹In die gevallen wordt vaak pas bij (de poging) tot levering duidelijk dat de overeenkomst niet is ontbonden. Ondernemers doen dan vaak een beroep op de boeteclausule van art. 22 AV (waarin is opgenomen dat partijen gehouden zijn aan het meewerken bij het verleiden van de akte van levering), en niet op de boeteclausule van art. 8 KA. De boete in art. 22 AV is even hoog als die in art. 8 KA.

In een geschil¹⁰² waarbij de ondernemer zelf voorstelde de overeenkomst, ver na de termijn als genoemd in art. 8 lid 3 KA, te ontbinden wegens het niet verkrijgen van voldoende financiering, oordeelde arbiter dat de ondernemer niet vrij stond in een later stadium alsnog aanspraak te maken op de boete als genoemd in art. 22 AV.

De verschuldigde schadevergoeding als gevolg van het schenden van de inspanningsplicht wordt in het artikel een boete genoemd. Op het karakter van een boete wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 10, § 10.5 het kader van de bouwtijd. In dat kader wordt ook de vraag behandeld of matiging of aanvullende schadevergoeding kan worden gevorderd in geval van een boete.

100 Het artikel zou dan als volgt kunnen worden geredigeerd: 'Partijen verplichten zich over en weer al het nodige te doen, wat tot vervulling van de in de leden 1 en 2 van dit artikel vermelde voorwaarde(n) kan leiden en na te laten wat de vervulling zou kunnen verhinderen. Indien aan het inroepen van ontbinding als bedoeld in lid 3 van dit artikel het niet nakomen van de hierboven vermelde verplichtingen ten grondslag ligt, zal de in gebreke zijnde partij aan de andere als boete een bedrag verschuldigd zijn ter grootte van 10% van de koop-/aanneemsom. Het inroepen van de ontbinding zal geschieden bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telexbericht met verzendbevestiging.'

101 RvA 9 oktober 2006, nr. 27.555.

102 RvA 6 januari 2004, nr. 70.709.

Hoofdstuk 7

Betaling, subsidies en kostenwijziging

Dit hoofdstuk gaat, zoals uit de titel blijkt, over betaling van de koop-/aaneemsom, subsidies en kostenwijzigingen. Het belangrijkste onderdeel van dit hoofdstuk wordt gevormd door § 7.1 over betaling. In § 7.2 komt kort de, tegenwoordig niet meer zo belangrijke, subsidieregeling aan bod. Tot slot wordt in § 7.3 ingegaan op de in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen bepaling omtrent kostenwijzigingen.

7.1 BETALING

De betaling van de koop-/aaneemsom vindt plaats in termijnen die gekoppeld zijn aan de stadia in de bouw. In art. 5 KA¹ is een vrij ingewikkelde betalingsregeling opgenomen die samen met de Standaard Termijnregeling de betalingstermijnen regelt en voorts bepalingen bevat omtrent rentes en vergoedingen die de verkrijger moet betalen.

In deze paragraaf komen achtereenvolgens aan de orde de opbouw van de koop-/aaneemsom (§ 7.1.1), de vergoeding over de grondkosten en de financieringsvergoeding (§ 7.1.2), de betalings- en termijnregeling (§ 7.1.3), uitstel van betaling en uitstelrente (§ 7.1.4), te late betaling en boeterente (§ 7.1.5), opschorting van de laatste betalingstermijn (§ 7.1.6). In § 7.1.7 wordt tot slot ingegaan op de betalingsregeling opgenomen in de PELSC.

7.1.1 De koop-/aaneemsom

De koop-/aaneemsom is het totale bedrag dat de verkrijger, los van na het sluiten van de overeenkomst overeengekomen meerwerk, aan de ondernemer moet betalen.² De hoogte en opbouw van de koop-/aaneemsom is weergegeven onder III van de koop-/aannemingsovereenkomst.³

-
- 1 In de versie van 2003 en eerder was dit, voor zowel eengezinswoningen als appartementen, geregeld in art. 4 KA.
 - 2 De opbouw van de koop-/aaneemsom is ook beschreven in Bruggeman 2006, p. 137 e.v.
 - 3 Zowel in de versies van 2007 als 2003 en daarvoor is dit (op exact dezelfde wijze) opgenomen onder III van de koop-/aannemingsovereenkomst.

Onder III koop-/aannemingsovereenkomst

De totale koop-/aanneemsom bedraagt:

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| A. voor wat betreft de koopsom de ingevolge art. 5 lid 3 verschuldigde termijnen: | € |
| 1. grondkosten (inclusief omzetbelasting) | |
| 2. de overige verschuldigde termijnen (inclusief omzetbelasting) | € |
| B. voor wat betreft de aanneemsom de nog niet ingevolge art. 5 lid 1 verschuldigd geworden termijnen (inclusief omzetbelasting) | € |
| C. vergoeding (inclusief omzetbelasting) over de grondkosten en de overige verschuldigde termijnen, berekend overeenkomstig het bepaalde in art. 5 lid 4 | € |
| Totaal (A + B + C) | € ⁴ |

De koop-/aanneemsom is in dit artikel opgesplitst in drie onderdelen aangeduid met A, B en C.

Onderdeel A bevat de koopsom. De koopsom bestaat uit de aankoopkosten van de grond. Indien bij het sluiten van de overeenkomst al een deel van het huis is gebouwd, behoren tot de koopsom ook de op dat moment al verschuldigde termijnen. De termijnen zijn gekoppeld aan de bouwstadia. Verschuldigd zullen dus zijn die termijnen die verbonden zijn aan de al gebouwde delen van de woning.

Onderdeel B bevat de aanneemsom bestaande uit de nog niet verschuldigde termijnen. Dit zijn termijnen verbonden aan de fases van de bouw die nog niet gebouwd zijn. Dit deel van de totale koop-/aanneemsom zal in de toekomst in termijnen moeten worden betaald.⁵

Onderdeel C bestaat uit een vergoeding over de grondkosten en een vergoeding over de ingevolge art. 5 lid 4 KA al verschuldigde termijnen van de aanneemsom. De vergoeding over de al verschuldigde termijnen wordt ook wel financieringsvergoeding genoemd. In de volgende paragraaf (§ 7.1.2) wordt dieper ingegaan op zowel de vergoeding over de grondkosten als de financieringsvergoeding.

De optelsom van de onderdelen A, B en C vormt de totale koop-/aanneemsom. Alle bedragen zijn berekend inclusief omzetbelasting. De omzetbelasting is berekend conform de bepalingen van de Wet op de omzetbelasting 1968. Het percentage van die omzetbelasting dient in de laatste zin onder III te worden ingevuld.

-
- 4 Het artikel bevat nog de volgende zinnen:
De onder I en II vermelde koop- en aannemingsovereenkomst vormen tezamen één geheel.
De ondernemer draagt er zorg voor dat deze akte onder berusting van de onder I genoemde notaris wordt gesteld en dat een kopie van deze akte tezamen met de hierboven genoemde, door beide partijen gewaarmerkte bijlagen aan de verkrijger ter hand wordt gesteld.
De in de koop-/aanneemsom begrepen omzetbelasting is berekend naar een percentage van %, conform de bepalingen van de Wet op de omzetbelasting 1968.
- 5 Over de betaaltermijnen gaat § 7 1.3 van dit hoofdstuk.

Geschillen over de model koop-/aannemingsovereenkomst en de prijs komen niet veel voor, althans er is weinig jurisprudentie over. In een opmerkelijk geschil uit 1996⁶ kwam de ondernemer er na levering van de grond achter dat hij een woning met kelder had verkocht voor de prijs van een woning zonder kelder. Hij vorderde bijbetaling van het verschil. De verkrijger weigerde dit en stelde zich op het standpunt dat het bedrag dat hij voor de woning had betaald ook werd genoemd in een advertentie in de krant waarin de woning met kelder werd aangeboden. Ondernemer beriep zich vervolgens op een latere prijsverhoging. Arbitreren gaf de verkrijger gelijk en stelde dat de prijs vermeld in de koop-/aannemingsovereenkomst en in de in de akte van levering leidend was. Dit uitgangspunt kon slechts anders zijn indien sprake was van een klaarblijkelijke vergissing. Ondernemer kon niet hard maken dat sprake was van een vergissing.⁷

7.1.2 Vergoeding over de grondkosten en de financieringsvergoeding

Onder C in onderdeel III van de koop-/aannemingsovereenkomst is de zogenaamde vergoeding over de grondkosten en een vergoeding over de al verschuldigde termijnen, de financieringsvergoeding, opgenomen. In het vierde lid van art. 5 KA zijn drie opties opgenomen met betrekking tot het al dan niet in rekening brengen van deze financieringsvergoeding. Bij ondertekening van de overeenkomst dient een keuze te worden gemaakt voor een van de drie opties.

Art. 5 lid 4 KA

(A)*

4. Tot de koop-/aanneemsom behoort de vergoeding die de ondernemer berekent over de termijnen die per de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen reeds zijn verschuldigd. Deze vergoeding wordt berekend naar een percentage van % per jaar voor de grondkosten en % per jaar voor de overige termijnen:

- a. over het bedrag van de grondkosten (exclusief omzetbelasting) vanaf tot aan de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen;
- b. over de overige in lid 3 van dit artikel vermelde termijnbedragen (exclusief omzetbelasting) vanaf de veertiende dag na die waarop de bouw van de woning is aangevangen casu quo waarop de werkzaamheden zijn gereed gekomen tot de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeen komen.

Deze vergoeding, te vermeerderen met omzetbelasting, dient bij de levering te worden voldaan.

(B)*

4. Over de grondkosten en de termijnen die verschuldigd zijn per de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen, wordt geen vergoeding in rekening gebracht.

(C)*

6 RvA 10 juli 1996, nr. 17.791, BR 1996, p. 855.

7 **Duidelijkheid omtrent de prijs is een van de uitgangspunten waaraan een consumentenovereenkomst moet voldoen volgens Dierikx in Dierikx 2008, p. 83.** De koop-/aannemingsovereenkomst voldoet met haar duidelijke bepaling over de prijs aan dit uitgangspunt.

4. Er zijn nog geen termijnen van de aanneemsom vervallen. Over de grondkosten is per de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen geen vergoeding verschuldigd.

N.B. Waar bepalingen voorkomen voorzien van de aanduiding (A), (B) en (C) moet een keuze tussen de aldus aangeduide bepalingen worden gemaakt.

Wordt gekozen voor de opties B of C dan is geen financieringsvergoeding verschuldigd over de grondkosten of eventueel reeds vervallen termijnen en zal onder III C geen bedrag zijn ingevuld.⁸ In geval gekozen is voor optie A dient wel een vergoeding te worden betaald.

Als de ondernemer de vergoeding wil doorberekenen aan de verkrijger dient hij deze in te vullen onder C van art. III KA. Vult hij hier niets in, dan is de verkrijger ook geen vergoeding verschuldigd. In art. 5 lid 4 KA moet het rentepercentage en de periode waarover de vergoeding berekend wordt, worden ingevuld.

Voor het vaststellen van de verschillende periodes waarover verschillende rentes en vergoedingen verschuldigd zijn, is de per-datum van belang. De per-datum is een zogenaamde renterekendatum. Het is een door de ondernemer vastgesteld tijdstip voor het berekenen van de rentevergoedingen over de verschillende periodes. De per-datum hoeft niet de datum te zijn waarop de overeenkomst wordt gesloten. De per-datum kan bij alle verkrijgers van hetzelfde bouwproject hetzelfde zijn, dit hoeft echter niet. Bij grote projecten als VINEX-locaties kan de per-datum per bouwblok verschillen. Als het goed is staat de per-datum bovenaan de koop-/aannemingsovereenkomst.

De vergoeding over de grondkosten, opgenomen in art. 5 lid 4 KA, is in het leven geroepen voor die gevallen waarin de ondernemer de grond al koopt van de gemeente voordat de koop-/aannemingsovereenkomst wordt gesloten. De prijs voor de grond wordt vaak, op basis van een afspraak tussen de gemeente en de ondernemer, pas betaald nadat de verkrijger de grondkosten aan de ondernemer heeft betaald.

De ondernemer kan de gemeente voor deze uitgestelde betaling van de grond een (rente)vergoeding verschuldigd zijn. De vergoeding die de verkrijger aan de ondernemer betaalt is een doorberekening van die rentevergoeding van de ondernemer aan de gemeente.⁹ De verkrijger betaalt de grondkosten doorgaans bij de notariële levering van de grond.

De afhankelijkheid van de rentevergoeding die de verkrijger betaalt van de rentevergoeding die de ondernemer betaalt aan de gemeente blijkt niet uit de

8 In RvA 21 januari 1993, nr. 15.938 was gekozen voor optie B en was derhalve geen rentevergoeding verschuldigd. Ondernemer stelde dat de overeenkomst onjuist was ingevuld en dat verkrijger wel rente verschuldigd was. Arbitrer oordeelde dat nu optie A duidelijk was doorgehaald verkrijger geen rente verschuldigd was en stelde verkrijger in het gelijk.

9 De Vereniging Eigen Huis heeft kritiek op de hoogte van de door ondernemers gehanteerde financieringsvergoedingen en uitstelrentes. Zie Persbericht van 18 augustus 2006, 'Bouwers berekenen torenhoge rente,' op te vragen via de website met links naar het achterliggende onderzoek van de Vereniging Eigen Huis.

koop-/aannemingsovereenkomst. Het vermoeden wordt wel geuit dat ondernemers regelmatig rentevergoedingen in rekening brengen aan de verkrijger terwijl zij zelf geen rentevergoeding aan de gemeente hoeven te betalen. Het zou verdedigd kunnen worden gezien het karakter van deze overeenkomst dat het meer voor de hand ligt de rentevergoeding afhankelijk te doen zijn van een daadwerkelijke verplichting tot betaling van deze vergoeding door de ondernemer.

De vergoeding over de grondkosten, genoemd in C, loopt vanaf het onder III KA aangegeven moment, vermoedelijk het moment van verkoop van de grond door de gemeente of andere voorgaande rechtsverkrijgers aan de ondernemer, tot de per-datum. Vanaf de per-datum tot de juridische levering van de grond bij de notaris wordt deze vergoeding over de grond 'financieringsvergoeding' genoemd.¹⁰ De ondernemer heeft ook (op basis van art. 5 lid 4 sub b KA) het recht een financieringsvergoeding te vragen voor ten tijde van de per-datum reeds verstreken termijnbedragen. Deze vergoeding kan uiteraard alleen verlangd worden als door de verkrijger pas besloten wordt tot de koop over te gaan als er al een gedeelte van het huis staat. Ook deze kosten moeten worden weergegeven onder C van III.

De koper heeft recht op inzicht in de berekening van het bedrag dat is weergegeven onder C. Het is wel zo overzichtelijk als een specificatie van verstreken termijnen, de data waarop ze verstreken zijn en de percentages in een overzicht worden weergegeven.

7.1.3 Betalings- en termijnregeling

De betaling van de koop-/aaneensom dient, zoals reeds opgemerkt, in termijnen te geschieden. De betalingstermijnen zijn geregeld in art. 5 leden 1, 2 en 3 KA¹¹ en in de Standaard Termijnregeling. De termijnregeling vormt de basis van de gegevens in art. 5 lid 3 KA. In § 7.1.3.1 wordt de betaling volgens de overeenkomst behandeld. In § 7.1.3.2 wordt uiteengezet wat het Burgerlijk Wetboek aan eisen stelt aan de betalingsregeling bij aanneming van werk.

10 Omdat deze post in feite als koopsomverhogend bestanddeel wordt aangemerkt, is de vergoeding niet fiscaal aftrekbaar voor de verkrijger. De financieringsvergoeding over reeds vóór de per-datum verstreken termijnen van de aaneensom is om bovengenoemde reden evenmin fiscaal aftrekbaar voor de verkrijger, Bruggeman 2006, p. 140.

11 Art. 5 leden 1 en 2 KA:

1. De termijnen van de koop-/aaneensom zijn de volgende:
2. Behoudens het geval waarin de verkrijger recht op uitstel van betaling heeft zoals bedoeld in lid 5, dan wel lid 7, worden de in lid 1 bedoelde termijnen steeds opeisbaar veertien dagen na de dagtekening van een door of vanwege de ondernemer gedaan betalingsverzoek. Een betalingsverzoek geeft aan op grond van welk feit de ondernemer recht heeft op betaling, welke termijn het betreft en dat de betaling uiterlijk veertien dagen na de dagtekening door de ondernemer ontvangen dient te zijn.

7.1.3.1 Betalings- en termijnregeling volgens de overeenkomst

De Termijnregeling vermeldt de betalingsmomenten en de percentages van de koop-/aaneemsom die op die momenten moeten worden betaald. Zoals gezegd kan de ondernemer aan de hand van de termijnregeling art. 5 lid 3 KA invullen. Het gehele art. 5 KA is in beide overeenkomsten, dus zowel die voor Eengezinshuizen als die voor Appartementen, nagenoeg gelijk. De Standaard Termijnregelingen, en dus art. 5 lid 3 KA waarin de termijnregeling wordt ingevuld, verschillen echter.

Art. 5 lid 3 KA¹² geeft de exacte bedragen en de data waarop de termijnen opeisbaar worden weer. De Termijnregeling voor Eengezinshuizen geeft onder II een verdere verduidelijking van de in art. 5 lid 3 KA genoemde termijnen en de daarin genoemde bedragen. De Termijnregeling voor Appartementen doet dit onder III. Omdat de beide termijnregelingen enigszins verschillen, wordt hieronder eerst die voor eengezinshuizen behandeld en vervolgens die voor appartementen.

Termijnregeling voor Eengezinshuizen

In de Termijnregeling voor Eengezinshuizen wordt de betaling van de aanneemsom, dus exclusief het bedrag voor grondkosten en de vergoeding, verdeeld in zes termijnen. Samen met de termijn voor grondkosten en vergoeding kunnen zeven betalingstermijnen worden geteld.

Voor elke termijn is een vast percentage van de aanneemsom vastgesteld. De percentages gegeven in de termijnregeling zijn geen vast gegeven. Zij kunnen worden aangepast aan een afwijkende volgorde in het bouwproces.

Er zijn twee standaardafwijkingen waarbij de regeling zelf voorziet in een andere indeling van de termijnen, in alle andere gevallen kan alleen met toestemming van een van de waarborgende instellingen van het GIW worden afgeweken van het model van de regeling.¹³

De twee afwijkingen waarin de regeling zelf voorziet zijn het later aanbrengen of sluiten van gevels en meerwerk.¹⁴ Ingeval de gevels later worden aangebracht of gesloten kunnen de percentages van de termijnen 3 en 4 worden gehalveerd en kunnen er één of twee termijnen worden toegevoegd. Deze termijnen worden dan 'ruwbouwgevels begane grond gereed' of 'ruwbouwgevels verdiepingen gereed' genoemd.¹⁵ In geval van meerwerk mag bij opdracht 25 procent van de meerwerksom worden gedeclareerd als vergoeding voor algemene en voorbereidende kosten. Het resterende gedeelte dient te worden gedeclareerd na gereedkomen van het meerwerk dan wel bij de eerstkomende betalingstermijn daarna.¹⁶

12 In zowel de overeenkomst voor eengezinswoningen als appartementen.

13 Aldus voetnoot 1 bij de Termijnregeling voor Eengezinswoningen.

14 Ingevolge III en IV GIW-Termijnregeling voor Eengezinshuizen.

15 Onder III GIW-Termijnregeling voor Eengezinshuizen.

16 Aldus IV GIW-Termijnregeling voor Eengezinshuizen.

Termijnregeling voor Appartementen

De Termijnregeling voor Appartementen is in feite hetzelfde opgebouwd als die voor eengezinswoningen. Het enige verschil is echter dat in de aanneemsom een onderscheid is gemaakt tussen de kosten voor het hoofdgebouw en de kosten voor de bijgebouwen.¹⁷

Dit onderscheid tussen hoofd- en bijgebouwen wordt alleen gehanteerd indien sprake is van een of meer bijgebouwen en indien het aandeel van de bijgebouwen in de totale koop-/aanneemsom minder dan tien procent bedraagt. Onder bijgebouwen wordt, ingevolge voetnoot 1, verstaan:

‘Met bijgebouwen wordt voor de toepassing van deze termijnregeling uitsluitend bedoeld aparte, al dan niet met het woongebouw verbonden gebouwen, die wel onderdeel van de splitsing als bedoeld in de overeenkomst uitmaken maar die als zodanig een zelfstandige, niet-woonfunctie hebben en bedoeld zijn voor gemeenschappelijk gebruik door de appartementsgerechtigden in het hoofdgebouw.’

Het hoofdgebouw is het gebouw waarin de appartementen zich bevinden.

De betalingstermijnen worden in III en IV gesplitst in termijnen verbonden aan de bouw van het hoofdgebouw¹⁸ en de bijgebouwen.¹⁹ Voor het hoofdgebouw betreft het zeven termijnen, voor de bijgebouwen vier termijnen. In totaal zijn er inclusief de grondkosten en vergoeding twaalf of dertien betalingstermijnen. Voor het declareren van meerwerk geldt dezelfde regeling als bij eengezinshuizen.²⁰

Worden de privégedeelten eerder opgeleverd dan een bijgebouw dan moet de verkrijger een bankgarantie stellen voor de nog niet betaalde termijnen van het bijgebouw.

De eerste termijn voor de bijgebouwen dient te worden betaald nadat is begonnen met de bouw van het complex. Onder complex wordt verstaan: ‘de in de overeenkomst genoemde opstal(len) waarvan de bouw of afbouw mede door de verkrijger aan de ondernemer is opgedragen en welke in splitsing als bedoeld in de overeenkomst is/wordt (zijn/worden) betrokken’.²¹

Het komt zeer regelmatig voor dat de appartementen zelf, de privégedeelten, eerder klaar zijn dan de algemene ruimten. In het hoofdstuk over oplevering wordt uitgebreid uiteengezet dat voor de opleveringsgereedheid van de privégedeelten de extra eis geldt dat de algemene of gemeenschappelijke ruimten ‘veilig en blijvend benut kunnen worden.’²² Bij betaling van de termijnen voor appartementen geldt dat vijf procent van de aanneemsom mag worden ingehouden conform de opschortingsregel. Het is echter de vraag of deze vijf procent (verlengd) mag worden ingehouden als sprake is van gebreken aan gemeenschappelijke delen. Meer over dit onderwerp in dit hoofdstuk in § 1.6.

17 Dit gebeurt onder II Termijnregeling voor Appartementen.

18 Onder III Termijnregeling voor Appartementen.

19 Onder IV Termijnregeling voor Appartementen.

20 Onder V Termijnregeling voor Appartementen.

21 Aldus voetnoot 2 bij de Termijnregeling voor Appartementen.

22 Zie hoofdstuk 11 over oplevering.

7.1.3.2 Betalings- en termijnregeling volgens het BW

Bij de invoering van titel 7.12 BW is voor consumentopdrachten een bepaling opgenomen aangaande betaling van de opdracht tot aanneming van werk. Art. 7:767 BW bepaalt dat in geval van consumentenopdrachten slechts betalingen mogen worden overeengekomen die bij benadering overeenstemmen met de voortgang van bouw.²³ Deze regel geldt onverkort tenzij kan worden bedongen dat een waarborg van tien procent wordt gestort bij een notaris of vervangende zekerheid wordt gesteld.

Art. 7:767 BW

De opdrachtgever kan slechts worden verplicht tot het doen van betalingen die, althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw of met de waarde van de aan hem overgedragen goederen, behoudens dat kan worden bedongen dat hij ter verzekering van de nakoming van zijn verplichtingen een bedrag dat niet hoger is dan 10% van de aanneemsom, in depot stort bij een notaris dan wel voor dit bedrag vervangende zekerheid stelt. Het teveel betaalde geldt als onverschuldigd betaald.

De koop-/aannemingsovereenkomst sluit met art. 5 KA en de termijnregeling dus naadloos aan bij deze bepaling van dwingend recht.

7.1.4 Uitstel van betaling en uitstelrente

De termijnen van de aanneemsom zijn verschuldigd vanaf het versturen van de factuur over die termijn. De termijnen worden opeisbaar veertien dagen na de dagtekening van een door de ondernemer gedaan betalingsverzoek.²⁴ Een betalingsverzoek is een brief gericht aan de verkrijgers met daarin aangegeven op grond van welk feit de ondernemer recht heeft op betaling, welke termijn het betreft en de opmerking dat de betaling uiterlijk veertien dagen na de dagtekening door de ondernemer ontvangen dient te zijn.²⁵

Tot het moment van de levering van de grond zijn de termijnen niet binnen veertien dagen opeisbaar. Is de grond nog niet geleverd dan hoeft de verkrijger, ingevolge het vijfde lid van art. 5 KA, de reeds verstreken bouwtermijnen niet te voldoen maar heeft hij recht op uitstel van betaling.²⁶

Art. 5 lid 5 KA

Zolang de grond met de eventueel daarop reeds gebouwde opstallen niet aan de verkrijger is geleverd, heeft de verkrijger recht op uitstel van betaling van het verschuldigde deel van de koop-/aanneemsom, waar tegenover hij verplicht is aan de ondernemer rente te vergoeden van % per jaar voor de grondkosten en% per jaar voor de overige termijnen, te berekenen als volgt:

23 Hierover: Asser/Van den Berg 5 IIIC 2007, nr. 185.

24 Dit is bij zowel de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinswoningen als voor appartementen hetzelfde.

25 Aldus lid 2 van art. 5 KA.

26 Zie art. 5 lid 5 KA.

a.1. over het in lid 3 vermelde bedrag van de grondkosten (exclusief omzetbelasting) vanaf de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen tot aan de datum van levering;

a.2. over de overige in lid 3 vermelde termijnbedragen (inclusief omzetbelasting) vanaf de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen tot aan de datum van levering;

b. over de overige termijnen (inclusief omzetbelasting) vanaf de vervaldatum tot aan de datum van levering.

Deze rente dient eveneens bij de levering te worden voldaan. Op de dag van de levering wordt het op dat moment reeds verschuldigde deel van de koop-/aanneemsom opeisbaar.

Tegenover dit recht van uitstel van betaling staat dat de verkrijger verplicht is de rente te vergoeden over de grondkosten en de overige termijnen. Dit is de uitstelrente.²⁷ De rentepercentages over de grondkosten en termijnen kunnen verschillen en dienen dan ook afzonderlijk te worden ingevuld in art. 5 lid 5 KA. De verkrijger kan er ook voor kiezen wel te betalen voordat de grond is geleverd.²⁸ Betaalt hij de eerste termijnen al vóór levering dan is hij geen rente verschuldigd.²⁹

In een geschil over de betaling van uitstelrente had de verkrijger de uitstelrente in eerste instantie betaald maar vorderde deze terug. De ondernemer had de verkrijger niet eerder facturen voor reeds verschuldigde termijnen gestuurd dan een week voor de overdracht en had ook niet tussentijds aan de verkrijger medegedeeld dat bepaalde termijnen inmiddels verstreken. Door vlak voor de overdracht de facturen te versturen inclusief uitstelrente was verkrijger niet in de gelegenheid gesteld te kiezen voor het uitstellen van de betaling van de termijn en als gevolg daarvan betalen van uitstelrente of meteen betalen zonder rente. Tevens werd de verkrijger de mogelijkheid onthouden te controleren of een termijnbetalingsverzoek daadwerkelijk gegrond was. Arbitreren was van oordeel dat deze gevolgen strijdig waren met de ratio van art. 5 KA en dat de verkrijger derhalve geen uitstelrente was verschuldigd.³⁰

27 De uitstelrente is aftrekbaar voor de inkomstenbelasting en mag in aftrek worden genomen vanaf de datum waarop de koop-/aannemingsovereenkomst tot stand is gekomen. Dit is vanaf 1 september 2003 het moment waarop partijen de overeenkomst hebben ondertekend, Bruggeman 2006, p. 146.

28 Dan gelden echter de insolventiewaarborg van het GIW en de afbouwgarantie nog niet. Dat betekent dat de verkrijger óf een concurrente vordering heeft in een eventueel faillissement van de ondernemer óf een recht op levering. Ontbinding van de overeenkomst is bij betaling voor levering en faillissement moeilijker.

29 **Het direct betalen van de grondkosten kan voor een verkrijger goedkoper zijn omdat de uitstelrente vaak hoger is dan de gewone rente.**

30 In lid 2 van art. 5 KA is opgenomen dat een betalingsverzoek binnen veertien dagen na ontvangst moet worden betaald. Art. 5 lid 2 KA: Behoudens het geval waarin de verkrijger recht op uitstel van betaling heeft zoals bedoeld in lid 5, dan wel lid 7, worden de in lid 1 bedoelde termijnen steeds opeisbaar veertien dagen na de dagtekening van een door of vanwege de ondernemer gedaan betalingsverzoek. Een betalingsverzoek geeft aan op grond van welk feit de ondernemer recht heeft

Een vergelijkbare situatie betrof een geschil waarbij de verkrijger had aangegeven, teneinde uitstelrente te voorkomen, meteen de verschuldigde termijnen te willen voldoen.³¹ Ondernemer had hem dit ten zeerste afgeraden en stelde voor de Raad dat partijen waren ‘overeengekomen’ dat pas bij transport zou worden betaald. Arbitrator oordeelde anders. Nu ondernemer pas vlak voor transport de facturen had gestuurd had hij, om dezelfde redenen als in bovenstaande uitspraak, geen recht op uitstelrente.

Wil een ondernemer aanspraak maken op uitstelrente dan zal hij dus tijdig een betalingsverzoek met betrekking tot de verstreken termijn moeten versturen en de verkrijger duidelijk de keuze moeten geven tussen uitstel van betaling en het betalen van uitstelrente dan wel meteen betalen van de termijn.

7.1.4.1 Onduidelijke bepaling

De regeling van art. 5 lid 5 KA heeft grote financiële consequenties voor de verkrijger, de rente kan namelijk ongemerkt behoorlijk oplopen. De uitstelrente is vaak (veel) hoger dan de rente op een reguliere bankrekening. Het is denkbaar dat een verkrijger bij het sluiten van de overeenkomst misschien niet helemaal duidelijk is wat deze consequenties zijn.

Voor de Raad speelde eens een geschil omtrent dit artikel, waarbij de verkrijger stelde dat hij geen rente verschuldigd was, omdat hij als leek niet wist en niet hoefde te weten dat hij bij uitstel van betaling rente moest betalen.³² In deze zaak meende de verkrijger ten onrechte f 1890,- aan uitstelrente te hebben betaald. Hij deed, samengevat, een indirect beroep op de bescherming van consumenten tegen onduidelijke bepalingen. Arbitrator kwam tot het oordeel dat het feit dat de bepaling niet voor alle consument-verkrijgers direct duidelijk is, niet betekent dat de ondernemer voor het sluiten van de overeenkomst uitdrukkelijk de verkrijger had moeten inlichten over de uitstelrente over de grondkosten. Het was volgens de Raad aan de verkrijger, zeker waar het gaat om een zeer grote aanschaf als een woning, bij voor hem onduidelijke bepalingen in de overeenkomst daarover vóór ondertekening vragen te stellen aan de ondernemer. Verder staan hem consumentenorganisaties ten dienste, die hem over de inhoud van dergelijke overeenkomsten goed kunnen informeren.³³

op betaling, welke termijn het betreft en dat de betaling uiterlijk veertien dagen na de dagtekening door de ondernemer ontvangen dient te zijn.

31 RvA 19 maart 2001, nr. 70.478. Eerste aanleg: RvA 29 november 1999, nr. 20.361.

32 RvA 3 november 2003, nr. 23.936, vergelijkbaar: RvA 17 januari 2006, nr. 27.326.

33 Vergelijkbaar oordeelde de Raad in RvA 17 januari 2006, nr. 27.326.

In het BW³⁴ en de Richtlijn oneerlijke bedingen³⁵ is een bepaling opgenomen aangaande onduidelijke of onbegrijpelijke bedingen.³⁶ In het zogenaamde Transparenzgebot van art. 6:238 lid 2 is in de eerste volzin opgenomen dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld. In de tweede volzin staat dat bij twijfel over de betekenis van een beding de voor de wederpartij gunstigste uitleg prevaleert.³⁷ Dit wordt de contra-proferentemregel genoemd.³⁸ Uit art. 6:238 BW blijkt dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten worden geformuleerd, en als zij onduidelijk of voor tweeërlei uitleg vatbaar zijn, in het voordeel van de (consument) wederpartij moeten worden uitgelegd.³⁹

De vraag die in het kader van bovenstaande uitspraak gesteld moet worden is of art. 5 KA onduidelijk of onbegrijpelijk is geformuleerd en dus in het voordeel van de consument moet worden uitgelegd. In het voordeel van de consument wil zeggen dat geen uitstelrente verschuldigd is, omdat niet of niet eenvoudig uit de bepaling is op te maken dat de verkrijger deze rente daadwerkelijk moet betalen.

Art. 5 KA is m.i. niet eenvoudig, maar niet dusdanig onduidelijk of onbegrijpelijk dat de consument deze bepaling niet na enige bestudering zou kunnen begrijpen. Tevens staan er (zoals door de Raad opgemerkt) aan de verkrijger wegen open om de bepaling wel te kunnen begrijpen. Zo kan hij de ondernemer om uitleg vragen of zich tot consumentenorganisaties wenden. Zeker bij een zeer grote aanschaf als een woning, mag van de verkrijger enige alertheid worden verwacht. Wel moet het zo zijn dat de rente alleen verschuldigd is als de termijnbedragen tijdig worden gedeclareerd.

Een wijziging in de redactie van het artikel zou het artikel wel begrijpelijker kunnen maken en onduidelijkheid en extra (uitzoek)werk kunnen voorkomen. Het zou bijdragen aan de duidelijkheid, als in art. 5 KA expliciet wordt aangegeven of in dit specifieke geval wel of geen rente verschuldigd is. Dit kan door in het artikel een optiemogelijkheid op te nemen waarin kan worden aangegeven of de betaling van uitstelrente aan de orde is. Partijen zullen in dat geval bewust moeten kiezen

34 Art. 6:238 lid 2 BW.

35 Art. 5 van de richtlijn oneerlijke bedingen EG/93/13, Pb EG 21 april 1993, L 95: in het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.¹ In geval van twijfel over de betekenis van het beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Deze uitleggingregel is niet van toepassing in het kader van de in artikel 7, lid 2, bedoelde procedure.

36 Zie hoofdstuk 2, § 2.2.3 voor de implementatiegeschiedenis van het transparantiegebot. Ook kort: Wissink 1999, p. 679-680.

37 Dit is de correcte uitleg van deze bepaling zie o.a. Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287 en nr. 344. Jongeneel beweert dat een onduidelijk of onbegrijpelijk beding onredelijk bezwarend is: Wessels e.a. 2006, p. 321 e.v.

38 Deze regel en de uitleg van de overeenkomst of bepalingen in de overeenkomst komen aan bod in hoofdstuk 4.

39 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 287, nr. 344. Over de aard van dit artikel, of het gaat om een 'regel' of een 'gezichtspunt': Heering 2003, p. 99-102, Tjittes 2005, p. 19 e.v., Hijma 1999, p. 467 e.v.

voor óf uitstel van betaling en dus betaling van de rente óf voor directe betaling van (nog niet verschuldigde) termijnen en dus geen betaling van de rente. Daarbij zullen verkrijgers wel goed op de risico's van het wel betalen van de termijnen moeten worden gewezen, namelijk dat in dat geval de insolventiewaarborg van het GIW en de afbouwgarantie nog niet gelden.⁴⁰ Het artikel zou er dan als volgt uit kunnen zien:

Voorstel voor art. 5 lid 5 KA

A)*

Partijen komen tot het moment dat de grond met de eventueel daarop reeds gebouwde opstallen aan de verkrijger is geleverd, uitstel van betaling van het reeds verschuldigde deel van de koop-/aaneensom overeen.

Dit uitstel geldt tot het moment waarop de grond met de eventueel daarop reeds gebouwde opstallen aan de verkrijger wordt geleverd.

Tegenover dit recht op uitstel van betaling staat de verplichting tot het betalen van (uitstel)rente aan de ondernemer van % per jaar voor de grondkosten en% per jaar voor de overige termijnen, te berekenen als volgt:

a.1. over het in lid 3 vermelde bedrag van de grondkosten (exclusief omzetbelasting) vanaf de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen van deze overeenkomst tot aan de datum van levering;

a.2. over de overige in lid 3 vermelde termijnbedragen (inclusief omzetbelasting) vanaf de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen tot aan de datum van levering;

b. over de overige termijnen (inclusief omzetbelasting) vanaf de vervaldatum tot aan de datum van levering.

Deze rente dient bij de levering te worden voldaan. Op de dag van de levering wordt het op dat moment reeds verschuldigde deel van de koop-/aaneensom opeisbaar.

B)*

Partijen komen geen uitstel van betaling van het reeds verschuldigde deel van de koop-/aaneensom overeen.

Dit betekent dat de reeds verschuldigde termijnen van de koop-/aaneensom opeisbaar worden veertien dagen na de dagtekening van een door de ondernemer gedaan betalingsverzoek.

Doordat partijen overeenkomen dat geen uitstel van betaling zal plaatsvinden, is de verkrijger geen rentevergoeding verschuldigd.

7.1.5 Te late betaling en boeterente

Indien de verkrijger reeds opeisbare termijnen niet op tijd betaalt, is hij hierover boeterente verschuldigd. Het percentage van de rente wordt bij ondertekening vastgelegd in art. 5 lid 6 KA en zal vaak (veel) hoger liggen dan de andere rentepercentages van art. 5 KA omdat sprake is van een boete. De rente is verschuldigd vanaf de dag van opeisbaarheid van de betaling tot de dag van de uiteindelijke betaling. Deze rente wordt nog vermeerderd met omzetbelasting.⁴¹

40 Dat betekent dat de verkrijger óf een concurrente vordering heeft in een eventueel faillissement van de ondernemer óf een recht op levering. Ontbinding van de overeenkomst is bij betaling voor levering en faillissement moeilijker.

41 Lid 8 van art. 5 KA.

Art. 5 lid 6 KA

Indien en voor zover de verkrijger een reeds opeisbaar gedeelte van de koop-/aanneemsom of enige andere uit hoofde van de op deze overeenkomst van toepassing zijnde algemene voorwaarden opeisbare betaling niet op de daarvoor gestelde vervaldag heeft voldaan, en de bepalingen in het vorige lid van dit artikel niet van toepassing zijn, is de verkrijger daarover aan de ondernemer een rente van % per jaar verschuldigd, vanaf de dag van opeisbaarheid tot die der voldoening, zulks onverminderd de verdere rechten en verplichtingen van partijen uit deze overeenkomst en/of tussen partijen nader te maken afspraken.

De rente is logischerwijs niet verschuldigd indien lid 5 van art. 5 KA van toepassing is, en dus de reden van de te late betaling is gelegen in het feit dat de grond met de al gebouwde opstallen nog niet zijn geleverd. In het 7e lid van art. 5 KA wordt een uitzondering gegeven op het in lid 6 genoemde percentage.

Art. 5 lid 7 KA

Indien uitstel of vertraging van de betaling van opeisbare termijnen het gevolg is van de wijze van financiering van de woning of de wijze waarop door de geldverstrekker aan de financieringsregeling uitvoering wordt gegeven, zal de verkrijger in afwijking van lid 6 van dit artikel aan de ondernemer een rente verschuldigd zijn van ...% per jaar vanaf de dag van opeisbaarheid tot die der voldoening en voorts tegenover de ondernemer wegens dat uitstel of die vertraging niet in gebreke zijn, mits de financieringsregeling aan de ondernemer bekend is en hij daartegen geen bezwaar heeft gemaakt.

Ingeval de vertraging of uitstel van betaling veroorzaakt wordt door de wijze waarop door de geldverstrekker aan de financieringsregeling uitvoering wordt gegeven is een ander rentepercentage van toepassing. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat een bank op vaste data uitbetaalt en dat deze werkwijze zorgt voor een (consequent) te late betaling. Ook dit percentage wordt bij ondertekening ingevuld en zal veelal lager zijn dan het percentage genoemd in lid 6. Het zevende lid is alleen van toepassing als de ondernemer bekend is met de financieringsregeling die door de geldverstrekker gehanteerd wordt en hiertegen geen bezwaar heeft gemaakt. Is vooraf door de bank of de verkrijger aan de ondernemer niets medegedeeld over afwijkende betalingsregelingen dan is dus het percentage van lid 6 van toepassing.⁴²

In dat geval kan een verkrijger dus de dupe zijn van de werkwijze van een bank en rente moeten betalen over te laat betaalde termijnen, terwijl hij hierop geen invloed heeft. De praktijk wijst echter uit dat nauwelijks sprake is van dit soort situaties. Op de vraag of de ondernemer dan wel de notaris een waarschuwingsplicht heeft met betrekking tot deze clause wordt dan ook niet ingegaan.

42 De regeling van art. 5 lid 6 is vergelijkbaar met art. 9:508 lid 1 PECL. Omdat het artikel in feite voor zich spreekt wordt volstaan met het weergeven van daarvan: 'Bij te late betaling van een geldsom heeft de schuldeiser recht op rente over die som over de tijd tussen het tijdstip waarop betaling opeisbaar werd en het tijdstip van betaling aan de gemiddelde rentevoet zoals die geldt op de plaats waar de betaling verschuldigd is voor een lening op korte termijn in de betaalmunt door een handelsbank aan eerste klas leners.'

7.1.6 Opschorten betaling en de vijf procent-regel

De verkrijger kan de laatste termijn of de laatste termijnen van de aanneemsom tot drie maanden na oplevering maximaal vijf procent van de totale aanneemsom in depot storten bij een notaris.⁴³ Dit inhoudingsrecht is geregeld in art. 7:768 BW.⁴⁴

Art. 7:768 BW

1. De opdrachtgever kan, zonder beroep te doen op artikel 262 van Boek 6 en onder behoud van zijn recht op oplevering, maximaal 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn of laatste termijnen en dit bedrag in plaats van aan de aannemer te betalen, in depot storten bij een notaris.
2. De notaris brengt het bedrag in de macht van de aannemer nadat drie maanden zijn verstreken na het tijdstip van oplevering, tenzij de opdrachtgever van de in artikel 262 van Boek 6 toegekende bevoegdheid wenst gebruik te maken. In dat geval deelt de opdrachtgever aan de notaris mee tot welk bedrag het depot moet worden gehandhaafd.
3. De notaris brengt het bedrag voorts in de macht van de aannemer voor zover de opdrachtgever daarin toestemt, de aannemer vervangende zekerheid stelt of bij een uitspraak die partijen bindt, is beslist dat een depot niet of niet langer gerechtvaardigd is.
4. Indien de opdrachtgever aan de aannemer schadevergoeding verschuldigd is wegens de in lid 1 bedoelde depotstorting of de door de aannemer gestelde vervangende zekerheid, wordt deze gesteld op de wettelijke rente bedoeld in artikel 119 van Boek 6. Gedurende de drie maanden bedoeld in lid 2, is zij niet verschuldigd, zelfs niet indien geen gebreken worden geconstateerd.

Op grond van art. 7:769 BW⁴⁵ mag niet ten nadele van de consument van art. 7:768 BW worden afgeweken, derhalve is deze regeling overgenomen in art. 15 lid 1 AV. De wetgever heeft de consument met de invoering van het opschortingrecht, ook wel de ‘vijf procent-regel’ genoemd, zekerheid voor het herstel van bij oplevering of binnen drie maanden daarna geconstateerde gebreken willen geven.⁴⁶ Het artikel is ingevoerd per 1 september 2003 samen met enkele andere consumentenbeschermende maatregelen die werden opgenomen in Boek 7 BW, waaronder de bedenktijd.⁴⁷

-
- 43 Van Wijngaarden heeft kritiek op de hoogte van dit inhoudingsrecht. Hij acht twee procent ruim voldoende om de kosten van opleveringsgebreken te rechtvaardigen: Van Wijngaarden 1991, p. 177 e.v. Thunnissen is het hiermee niet eens en verwijst hiervoor o.a. naar het feit dat de vijf procent niet alleen de kosten moet dekken van herstel maar ook een stok achter de deur is: Thunnissen 1991, p. 178 en 180. Zie ook Van der Beek 2003, p. 175-180.
 - 44 Over dit artikel: Asser/Van den Berg 5 IIIC 2007, nr. 186.
 - 45 Art. 7:769 BW: Van deze afdeling en voor zover voor de toepassing van art. 768 nodig, van artikel 262 van Boek 6, kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in art. 214 van Boek 6.
 - 46 Asser/Hijma 5-I 2001, nr. 139. Discussie over wat nu het doel was van de vijf procent-regel werd gevoerd tijdens de Jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht 1990, BR 1991, p. 177 e.v.
 - 47 Zie hoofdstuk 5 over de bedenktijd en de andere consumentbeschermende maatregelen en een korte geschiedenis van de invoering van de Titels 7.1 en 7.12 BW.

In de koop-/aannemingsovereenkomst is het opschortingsrecht van art. 7:768 BW opgenomen in art. 15 AV.⁴⁸ Het artikel in de overeenkomst komt overeen met de wettelijke regeling.⁴⁹ Hieronder wordt met name aandacht geschonken aan de regeling in de koop-/aannemingsovereenkomst. Daar waar deze afwijkt van de regeling in de wet, wordt ook ingegaan op de wettelijke regeling.

Art. 15 lid 1 AV

De verkrijger kan, zonder een beroep te doen op artikel 262 van Boek 6 (voetnoot 3) van het Burgerlijk Wetboek en onder voorbehoud van zijn recht op oplevering, maximaal 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn of laatste termijnen en dit bedrag in plaats van aan de ondernemer te betalen, in depot storten bij een notaris.

De inhouding mag vijf procent van de aanneemsom betreffen, dus niet van de koop-/aanneemsom.⁵⁰ Het gaat om maximaal vijf procent, minder mag dus ook. Het opschorten van de betaling van de laatste 5% mag altijd, ook als helemaal geen sprake is van gebreken.⁵¹ Dit staat met zoveel woorden in de zinsnede dat verkrijger dit inhoudingsrecht heeft ‘zonder een beroep te doen op art. 6:262 BW’.⁵² Art. 15 lid 1 AV bevat de zinsnede dat inhouding door de verkrijger mag plaatsvinden ‘onder voorbehoud van zijn recht op oplevering.’ Het woord ‘voorbehoud’ zou in dat geval beter vervangen kunnen worden door ‘behoud’ wat taalkundig juist is en aansluit bij de formulering van art. 7:768 BW. Het ingehouden bedrag moet in depot bij een notaris worden gestort. Het depot geldt voor een periode van drie maanden na de oplevering.⁵³

Een aantal onderwerpen dat betrekking heeft op het depot van vijf procent van de aanneemsom wordt thans nader belicht. In § 1.6.1 komt de vrijval van het depot aan bod. In §1.6.2 wordt ingegaan op de verlenging of handhaving van het depot. In § 1.6.3 wordt ingegaan op de vraag wie rechthebbende is op de rente over het depotbedrag. In §1.6.4 wordt ingegaan op de situaties waarin geen recht tot inhouding van het depot bestaat en tot slot wordt in § 1.6.5 de vraag beantwoord of de 5%-regel ook betrekking heeft op de gemeenschappelijke delen van appartementen.

48 Dit is de versie van januari 2007. In de versie van september 2003, de eerste versie waarin dit opschortingsrecht werd meegenomen in de modellen, is dit geregeld in art. 14a AV (voor zowel appartementen als eengezinswoningen). Zowel in de algemene voorwaarden voor appartementen als voor eengezinswoningen is de 5%-regel in de versie van 2007 geregeld in art.15 AV.

49 Meer over de 5% regel bij de koop-/aannemingsovereenkomst in Bruggeman 2006, p. 149-154.

50 Kamerstukken II, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 11 (MvT).

51 Kamerstukken II, 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 42 (MvT).

52 In art. 15 lid 1 AV is bij art. 6:262 BW een voetnoot opgenomen ‘voetnoot 3’. In deze voetnoot wordt art. 6:262 BW weergegeven.

53 MvT, p. 11.

7.1.6.1 Vrijval van het depot

In beginsel brengt de notaris drie maanden na oplevering het ingehouden bedrag in de macht van de aannemer, tenzij de verkrijger het depot wil handhaven.⁵⁴ De vrijval van het depot na drie maanden is geregeld in art. 15 lid 3 AV en vloeit voor uit art. 7:768 lid 2 BW.

Art. 15 lid 3 AV

De notaris brengt een eventueel depot in de macht van de ondernemer nadat drie maanden zijn verstreken na het tijdstip van oplevering, tenzij de verkrijger van de in artikel 262 van Boek (voetnoot 3) van het Burgerlijk Wetboek toegekende bevoegdheid wenst gebruik te maken. In dat geval deelt de verkrijger aan de notaris mee tot welk bedrag het depot moet worden gehandhaafd.

In art. 15 lid 4 AV is opgenomen in welke andere gevallen dan na het verstrijken van de drie maanden, de notaris het depot in de macht van de aannemer moet stellen. Dit is vrijwel exact overgenomen van art. 7:768 lid 3 BW.

Art. 15 lid 4 AV

De notaris brengt het depot voorts in de macht van de ondernemer voor zover de verkrijger daarin toestemt, de ondernemer vervangende zekerheid stelt of bij een uitspraak die partijen bindt, is beslist dat een depot niet of niet langer gerechtvaardigd is.

Het depot kan, samengevat, vrijvallen: a) als de verkrijger toestemming tot uitbetaling geeft of, b) als de aannemer vervangende zekerheid stelt of, c) als er bij bindende uitspraak is beslist dat een depot niet langer gerechtvaardigd is. De notaris kan in die gevallen het bedrag alleen dan in de macht van de ondernemer brengen voor zover de verkrijger hiermee instemt.

7.1.6.2 Verlenging of handhaving van het depot

Wil de verkrijger het depot ná de eerste drie maanden handhaven dan zal hij dit aan de notaris moeten mededelen en moeten aangeven tot welk bedrag hij het depot wil handhaven, aldus het derde lid van art. 15 AV.

Hij zal dan aan de wettelijke vereisten van art. 6:262 BW moeten voldoen.⁵⁵ De verkrijger heeft slechts het recht het depot van een deel van de aanneemsom te verlengen indien de ondernemer zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst (nog steeds) niet is nagekomen.⁵⁶ Dat kan concreet inhouden dat aan het werk nog steeds gebreken kleven. Opschorting van de uitbetaling mag alleen indien deze

54 Hoe oplevering in zijn werk gaat, wat eronder moet worden verstaan en wat het 'tijdstip van oplevering' is wordt behandeld in hoofdstuk 11.

55 Art. 6:262 BW:

1. Komt een der partijen haar verbintenis niet na, dan is de wederpartij bevoegd de nakoming van haar daartegenover staande verplichtingen op te schorten.

2. In geval van gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming is opschorting slechts toegelaten, voor zover de tekortkoming haar rechtvaardigt.

56 Aldus lid 1 van art. 6:262 BW.

de tekortkoming rechtvaardigt.⁵⁷ Het niet herstelde gebrek of de afwijking in de uitvoering dient dus wel dusdanig ernstig te zijn dat het het (verlengd) inhouden van het depotbedrag rechtvaardigt. De inhouding moet dus proportioneel zijn ten opzichte van het gebrek. De inhouding hoeft echter niet volledig overeen te komen met de kosten van bijvoorbeeld het herstel.

Het in depot gehouden bedrag kan uiteindelijk worden verrekend met eventuele vorderingen van de verkrijger op de ondernemer in verband met niet herstelde gebreken en wijzigingen die waardevermindering tot gevolg hebben gehad. Dit ‘uitwinnen van het depot’ kan alleen plaatsvinden op basis van een partijenbindende beslissing.⁵⁸

Als de verkrijger de ondernemer een schadevergoeding verschuldigd is wegens het onterecht in depot houden van een deel van de aanneemsom, dan wordt deze gesteld op de wettelijke rente (als bedoeld in art. 6:119 BW). Dit is geregeld in art. 15 lid 5 AV.⁵⁹ Gedurende de eerste drie maanden dat het depot werd ingehouden op basis van het opschortingsrecht is de verkrijger geen rente verschuldigd. Ook niet als hij dit bedrag inhield zonder dat sprake was van gebreken.

Het inhouden van de vijf procent bij oplevering is een maatregel die de verkrijger kan inroepen om het herstel van al dan niet aanwezige gebreken af te dwingen. Een andere maatregel die de verkrijger bij oplevering ter beschikking staat is de verrekening van de boete wegens bouwijdoverschrijding of te late oplevering. De verkrijger heeft, op basis van art. 14 lid 4 AV het recht (een deel van) de laatste termijn te verrekenen met deze schadevergoeding wegens te late oplevering. Dit recht tot verrekening van de boete staat los van het recht van de verkrijger gebruik te maken van de vijf procent-regel. De vijf procent-regel betreft een opschorting van betaling terwijl de regel over bouwijdoverschrijding een verrekening is. De verkrijger zal om misverstanden te voorkomen duidelijk moeten aangeven welk bedrag hij inhoudt op basis van de vijf procent-regel en welk bedrag op basis van de verrekening van de schadevergoeding wegens te late oplevering.

7.1.6.3 De rente over het depotbedrag

Een vraag die niet in de koop-/aannemingsovereenkomst en niet in art. 7:768 BW is behandeld, is wie het recht heeft op de ten tijde van het depot geïnde rente.

57 Aldus lid 2 van art. 6:262 BW.

58 Aldus lid 6 van art. 15 AV: De verkrijger kan het depot alleen uitwinnen op basis van een beslissing die partijen bindt.

59 Art. 15 lid 5 AV: Indien de verkrijger aan de ondernemer schadevergoeding verschuldigd is wegens de in lid 1 bedoelde depotstorting of de door de ondernemer gestelde vervangende zekerheid, wordt deze gesteld op de wettelijke rente als bedoeld in artikel 119 van Boek 6) van het Burgerlijk Wetboek. Gedurende de drie maanden bedoeld in lid 3, is deze rente niet verschuldigd, zelfs niet indien geen gebreken zijn geconstateerd.

Storm schreef over dit onderwerp een bijdrage in WPNR.⁶⁰ Nu in de wet en de wetsgeschiedenis geen antwoord is te vinden op de vraag wie de rente toekomt valt zij terug op art. 15 van de Verordening beroeps- en gedragsregels van Notarissen. Ingevolge dit artikel dient de notaris de rente te vergoeden ‘aan de rechthebbende’. Een vraag die dan rijst is wie in dat geval de rechthebbende is.

Ten aanzien van het depotbedrag zou volgens Storm enerzijds geredeneerd kunnen worden dat de notaris het bedrag bewaart voor de verkrijger, anderzijds dat hij het bedrag in depot houdt voor de ondernemer. In het eerste geval is de verkrijger de rechthebbende, in het tweede geval de ondernemer.⁶¹

Art. 7:768 BW geeft geen antwoord op de vraag wie rechthebbende is, maar suggereert volgens Storm wel dat de ondernemer de rechthebbende van het depotbedrag is. Nu het artikel maar twee opties biedt, namelijk doorstorten van het bedrag aan de ondernemer of handhaven van het depot, biedt het geen grond voor terugbetaling aan de verkrijger.⁶² Aan de hand van drie verschillende situaties probeert ze haar antwoord op de vraag wie rechthebbende is, te toetsen.

In de eerste situatie brengt de verkrijger vijf procent van de aanneemsom in depot maar verlengt dit depot niet na drie maanden. Na de eerste drie maanden valt het depot dus vrij aan de ondernemer. Volgens Storm komt in dat geval ook de rente toe aan de ondernemer omdat er geen reden is de rente aan de verkrijger te vergoeden nu deze op grond van de overeenkomst terecht heeft betaald.

In de tweede situatie is sprake van gebreken na oplevering en kent een arbiter een schadevergoeding toe aan de verkrijger wegens gebreken. Als gevolg hiervan valt een deel van het depot vrij aan de ondernemer en een deel van het depot terug aan de verkrijger als schadevergoeding. Goed verdedigbaar is dat in een dergelijk geval de verkrijger een deel van de rente krijgt (naar rato van zijn aandeel in het depotbedrag) evenals de ondernemer. Storm meent echter dat art. 7:768 BW een dergelijke verdeling niet rechtvaardigt. Het artikel geeft de arbiter namelijk niet de mogelijkheid om een deel van het depot aan de verkrijger vrij te geven. Ingevolge het artikel zou het hele depot vrij moeten vallen aan de ondernemer, deze is echter een schadevergoeding verschuldigd welke ten laste van de ondernemer uit het depotbedrag moet worden voldaan. Dit brengt mee dat het bedrag aan schadevergoeding voor de verkrijger pas vanaf de uitspraak van de arbiter toekomt aan de verkrijger. Als gevolg hiervan heeft de verkrijger geen recht op de rente maar komt de ondernemer het gehele resterende depot bedrag toe.

In de derde situatie doet de verkrijger een beroep op zijn verlengd opschortingrecht in de zin van art. 6:262 BW, is er geen sprake van tussenkomst door een arbiter maar geeft de verkrijger het depot na verlenging alsnog vrij (bijvoorbeeld omdat de gebreken inmiddels door de ondernemer zijn verholpen). Deze situatie is het meest complex. De periode waarover rente ontstaat kan worden ingedeeld in twee delen. Het eerste deel betreft de opschorting in de eerste drie maanden na oplevering op basis van art. 7:768 BW, het tweede deel betreft de periode waarin sprake is van een verlengd depot op basis van art. 6:262 BW.

60 Storm 2008, p. 832-835.

61 Storm 2008, p. 833.

62 Ibid.

Voor een goed begrip wordt eerst ingegaan op de tweede periode. Voor die periode zijn twee oplossingen denkbaar. Houdt de verkrijger het depot terecht in (omdat er nog steeds gebreken aan de woning kleven) dan lijkt het gerechtvaardigd dat de verkrijger recht heeft op de rente over in ieder geval het gedeelte van de verlengde inhouding van het depot. Storm is van mening dat omdat de vijf procent-regel is ontworpen om de positie van de verkrijger te versterken, diens positie niet slechter mag worden dan bij een beroep op een opschortingsrecht in andere situaties dan de aannemingsovereenkomst.⁶³ Degene die in andere situaties dan de vijf procent-regel zijn betaling opschort houdt het opgeschorte bedrag op zijn eigen rekening en ontvangt over dat bedrag dan ook rente. Om de verkrijger minimaal de positie te geven die gelijkwaardig is aan degene die in een andere situatie opschort, zal de rente in ieder geval vanaf het beroep op het opschortingsrecht moeten toekomen aan de opdrachtgever.⁶⁴ Houdt de verkrijger het depotbedrag onterecht langer in depot dan is de verkrijger ingevolge art. 15 lid 5 AV als schadevergoeding de wettelijke rente over dat bedrag verschuldigd en valt de rente dus toe aan de ondernemer.

Met betrekking tot de vraag wie de rente toekomt over de eerste periode (de periode waarin het depot op grond van art. 7:768 BW werd gehandhaafd), zijn in de derde situatie zoals beschreven door Storm volgens haar twee mogelijkheden denkbaar:

- De eerste periode wordt ‘meegesleept’ door de tweede. Indien de rente in de tweede periode toekomt aan de verkrijger dient deze ook over de eerste periode aan hem toe te vallen. Volgens Storm is wederom de gedachte dat de verkrijger bij opschorting bij aanneming van werk niet slechter mag worden dan bij een ander opschortingsrecht.
- Voor de eerste periode geldt hetzelfde als in situatie I, het rentebedrag komt toe aan de ondernemer. Nu in de eerste periode het opschortingsrecht nog niet is ingeroepen wordt de verkrijger ook niet slechter dan in andere situaties waarin hij een opschortingsrecht heeft.⁶⁵

De door Storm beschreven situaties en bijbehorende oplossingen bieden voor zowel ondernemer als verkrijger een billijke en goed verdedigbare verdeling van de rente over het depotbedrag. Met betrekking tot het derde voorbeeld lijkt het het meest voor de hand liggen het rentebedrag over de eerste periode toe te laten komen aan de ondernemer. Deze oplossing sluit het best aan bij het systeem uiteen gezet in situatie I en geeft de ondernemer ook (terecht) de gelegenheid de rente te ontvangen over het geld waar hij recht op heeft.

7.1.6.4 Geen recht tot inhouding

Het recht tot opschorting van vijf procent van de aanneemsom bestaat niet in twee, in art. 15 lid 2 AV genoemde gevallen. In die gevallen is de verkrijger niet ge-

63 Storm 2008, p. 834.

64 Ibid.

65 Ibid.

rechtig om op grond van dit artikel of van art. 7:768 BW de betaling van verdere bedragen aan de ondernemer op te schorten.

Art. 15 lid 2 AV

2. Dit recht bestaat niet in de volgende gevallen:

a. indien de ondernemer bij de aankondiging van de oplevering ten behoeve van de verkrijger een bankgarantie van 5% van de aanneemsom als bedoeld in artikel 16 van de algemene voorwaarden aan de verkrijger stelt, die bij de oplevering ingaat. De notaris beoordeelt of deze bankgarantie aan de wet en de overeenkomst voldoet en treedt als bewaarder van het origineel van de bankgarantie op. Een kopie van de bankgarantie stuurt de notaris aan de verkrijger.

b. indien de ondernemer geen bankgarantie stelt én er door de verkrijger ten behoeve van de ondernemer een waarborgsom als bedoeld in artikel 4 van de overeenkomst is gestort. In dat geval is het depot van 5% reeds tot stand gekomen via het bepaalde in artikel 4 lid 3 van de koop-/aannemingsovereenkomst (contractuele conversie laatste 50% waarborgsom ten behoeve van de ondernemer in 5% depot ten behoeve van de verkrijger); In deze gevallen is de verkrijger niet gerechtigd om op grond van dit artikel of van artikel 768 van Boek 73) van het Burgerlijk Wetboek de betaling van verdere bedragen aan de ondernemer op te schorten.

Allereerst mag de verkrijger geen vijf procent van de aanneemsom in depot houden indien de ondernemer bij de aankondiging van de oplevering ten behoeve van de verkrijger een bankgarantie van vijf procent van de aanneemsom stelt. Ten tweede mag de verkrijger ook niet inhouden als de ondernemer geen bankgarantie stelt en er door de verkrijger ten behoeve van de ondernemer een waarborgsom als bedoeld in art. 4 KA is gestort. In dat geval wordt namelijk de waarborgsom omgezet naar het depot.

Wanneer de ondernemer bij de aankondiging van de oplevering ten behoeve van de verkrijger een bankgarantie van vijf procent van de aanneemsom stelt die bij de oplevering ingaat, heeft de verkrijger al een zekerheidstelling van de ondernemer en zou het opschorten van de betaling dubbelop zijn. De bankgarantie wordt evenals het depot ondergebracht bij een notaris.

Ingeval de ondernemer een bankgarantie stelt in plaats van het depot dient deze bankgarantie te voldoen aan de eisen neergelegd in art. 16 AV.⁶⁶ De bankgarantie dient aan te vangen per de datum van oplevering, onvoorwaardelijk te zijn en voort te duren tot drie in art. 16 AV genoemde momenten. Tevens dient hij te zijn afgegeven door een te goeder naam bekend staande en in Nederland gevestigde financiële instelling, aldus art. 16 AV. De vraag zou gesteld kunnen worden of deze eis niet in strijd is met regels van Europees mededingingsrecht.⁶⁷

Art. 16 AV

Voor het geval de ondernemer een bankgarantie stelt als bedoeld in artikel 15 van de algemene voorwaarden in plaats van het depot, dient deze bankgarantie te zijn afgegeven door een te goeder naam bekend staande en in Nederland gevestigde financiële

66 In de voorwaarden van 2003 was dit geregeld in art. 14B AV.

67 Het gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten dieper op dit onderwerp in te gaan.

instelling en dient deze aan te vangen per de datum van oplevering, onvoorwaardelijk te zijn en voort te duren totdat:

- drie maanden zijn verstreken na het tijdstip van oplevering, tenzij de verkrijger de notaris voordien schriftelijk meedeelt dat hij van de in artikel 262 van Boek (3) van het Burgerlijk Wetboek toegekende bevoegdheid wenst gebruik te maken. In dat geval deelt de verkrijger aan de notaris tevens mee tot welk bedrag de bankgarantie moet worden gehandhaafd;
- de verkrijger schriftelijk instemt met het vervallen van de bankgarantie;
- of bij een uitspraak die partijen bindt, is beslist dat de bankgarantie niet of niet langer gerechtvaardigd is. De verkrijger kan de bankgarantie alleen uitwinnen op basis van een beslissing die partijen bindt.

Het GIW heeft voor bovenstaande situatie twee verschillende model-bankgaranties opgesteld, die voldoen aan de in art. 16 AV gestelde eisen. Het betreft een model voor een individuele en een collectieve garantie. De individuele garantie kan worden gebruikt voor een enkele woning, een eengezinswoning of (privége-deelte van) een appartement. Het model voor de collectieve garantie kan worden gebruikt voor een heel project. Dit kan zijn een woonwijk, een rijtje huizen of een appartementencomplex. Beide modellen zijn een eenvoudige invuloefening van anderhalf A4-tje.

De tweede situatie waarin geen vijf procent in depot kan worden gehouden is die waarin de ondernemer geen bankgarantie stelt én er door de verkrijger ten behoeve van de ondernemer een waarborgsom als bedoeld in art. 4 KA is gestort. Op basis van lid 3 van art. 4 KA wordt dan een deel van de waarborgsom die de verkrijger ten behoeve van de ondernemer heeft gesteld omgezet in het opschortingsdepot van art. 15 AV. Deze situatie zal zich niet met grote regelmaat voordoen omdat uit de praktijk blijkt dat maar weinig ondernemers een waarborgsom of bankgarantie van de verkrijger vragen.

7.1.6.5 Opschorting van meer dan vijf procent op grond van art. 6:262 BW

Indien voor of bij oplevering blijkt dat de woning dusdanig ernstige gebreken bevat dat het depot van vijf procent onvoldoende is om de kosten van herstel van die gebreken te dekken, staat het de verkrijger vrij om meer dan vijf procent in te houden. Het inhouden van het meerdere boven vijf procent zal de verkrijger dan moeten baseren op art. 6:262 BW of op de overeenkomst zelf.

Uit de tekst van art. 7:768 BW valt niet op te maken dat het inhouden van meer dan vijf procent van de aanneemsom niet is toegestaan, indien is voldaan aan de vereisten van art. 6:262 BW. Uit de ratio van zowel art. 7:768 BW als 6:262 BW lijkt te volgen dat het toestaan van een groter opschortingsrecht dan vijf procent, indien is voldaan aan de vereisten van art. 6:262 BW, in de rede ligt. Immers, beide regelingen dienen ter bescherming van de verkrijger en ter aansporing tot nakoming. Aangezien het beperken van een opschortingsrecht valt onder het bereik van art. 6:236 onder c of 6:237 onder g BW, is het tevens niet waarschijnlijk dat het de bedoeling van het opschortingsrecht van art. 7:768 BW is, het opschortingsrecht van art. 6:262 BW te beperken. Uit de parlementaire geschiedenis volgt voorts dat

art. 7:768 BW van dwingend recht is en dit voor art. 6:262 BW ‘voor zover nodig voor de toepassing van de vijf procent-regeling’ dit ook is.⁶⁸ Hoewel het opschorten van meer dan vijf procent niet dient ter toepassing van art. 7:768 BW, maakt het wel waarschijnlijk dat in dit geval het recht van de consument op een beroep op art. 6:262 BW niet is beperkt.

Een voorbeeld van het inhouden van meer dan vijf procent op grond van zowel art. 6:262 BW als de overeenkomst zelf volgt uit een uitspraak van de Raad uit 2009.⁶⁹ Het geschil betrof de renovatie en splitsing in appartementen van een monumentaal pand. Verkrijgers van de appartementsrechten sloten met de ondernemer een koop-/aannemingsovereenkomst ten aanzien van de koop van het (bestaande) gebouw en aanneming met betrekking tot de bouw en renovatie van het pand. Verkrijgers schortten de uitbetaling van het depot van vijf procent op basis van de algemene voorwaarden op. Daarbij werd door hen op basis van art. 6:262 BW de uitbetaling van vijftien procent van de aanneemsom, gekoppeld aan de renovatie van de gevels, opgeschort omdat de gevels grote gebreken vertoonden.⁷⁰ In eerste aanleg oordeelde arbiter dat verkrijgers gerechtigd waren tot inhouding van twintig procent van de aanneemsom. Dit recht kwam verkrijgers toe omdat de gevels niet gereed waren en derhalve vijftien procent van de aanneemsom die betrekking had op de gevels nog niet opeisbaar was, en omdat de woning nog niet was opgeleverd mocht tevens de laatste vijf procent in depot worden gehouden. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep laten arbiters zich niet uit over de vraag of het recht van de verkrijgers meer dan vijf procent in te houden (direct) voortvloeit uit art. 6:262 BW. In hoger beroep spreken arbiters zelfs uitdrukkelijk van een zelfstandig recht van verkrijgers: ‘Appelarbiter stellen voorop dat in artikel 4 van (...) de koop-/aannemingsovereenkomst een schema voor het betalen van de termijnen van de koop-/aanneemsom is opgenomen. Daarin is bepaald dat opdrachtgever bij het gereedkomen van de gevelrenovatie, vijftien procent van die som dient te betalen aan onderneemster. De betaling van de koop-/aanneemsom is dus direct gekoppeld aan het gereedkomen van een onderdeel van het algemene gedeelte. Dit betekent (...), dat voor zover de gevelrenovatie niet mocht zijn voltooid, opdrachtgever een eigen recht heeft om deze termijn, of wel vijftien procent van de koop-/aanneemsom, niet te voldoen. Eén en ander naast de bevoegdheid om vijf procent van de koop-/aanneemsom in depot bij de notaris (te, EB) storten.’

Zoals hierboven opgemerkt lijkt uit de ratio van zowel art. 6:262 BW als 7:768 BW te volgen dat inhouding van meer dan vijf procent, mits voldaan aan de vereisten van art. 6:262 BW, is toegestaan.

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

69 Eerste aanleg: RvA 23 oktober 2008, nr. 30.656, hoger beroep: RvA 15 januari 2009, nr. 71.391, TBR 2009, p. 546, m.nt. Storm.

70 rov. 16 onder i en rov. 89 van RvA 23 oktober 2008, nr. 30.656.

7.1.6.6 De vijf procent-regel en de gemeenschappelijke delen van appartementen

Een vraag die de literatuur⁷¹ en de praktijk⁷² na invoering van de vijf procent-regel heeft beziggehouden is of het recht tot inhouding ook geldt voor gebreken aan de gemeenschappelijke of algemene delen van appartementen. Zoals hierboven reeds aangegeven heeft de verkrijger ingevolge zowel de (dwingendrechtelijk) regeling van art. 7:768 BW als de bepaling van art. 15 AV, recht vijf procent van de aanneemsom voor oplevering in depot te storten bij de notaris.

Zowel de Afdeling Arbitrage van het GIW als de Raad van Arbitrage hebben enkele uitspraken gedaan over de vijf procent-regel en de gemeenschappelijke delen. Voordat op deze uitspraken wordt ingegaan moet worden opgemerkt dat het in beginsel, op basis van art. 15 lid 2 AV, de Afdeling Arbitrage van het GIW is die bevoegd is over geschillen met betrekking tot de vijf procent-regel te oordelen. De Raad van Arbitrage heeft recentelijk echter een uitspraak gedaan waarin hij zichzelf bevoegd achtte over de vijf procent-regel te oordelen.⁷³ Omdat het arbitrage procesrecht met betrekking tot de koop-/aannemingsovereenkomst geen onderwerp van dit onderzoek is, wordt op de bevoegdheidsvraag van de verschillende scheidsrechters niet ingegaan. Hieronder wordt, voor zover van belang voor de vraag of het recht vijf procent van de aanneemsom in depot te storten ook betrekking heeft op de gemeenschappelijke delen van appartementencomplexen, ingegaan op de jurisprudentie van de Raad en de Afdeling Arbitrage van het GIW.

De Afdeling Arbitrage deed twee uitspraken omtrent de vijf procent-regel en gemeenschappelijke delen. In een geschil van begin 2006⁷⁴ oordeelde het dat het recht tot opschorting van betaling van de laatste vijf procent uitsluitend betrekking heeft op de privégedeelten van het appartementencomplex en dat verkrijgers derhalve dit recht niet hebben ten aanzien van gebreken aan de gemeenschappelijke delen. In dit geschil hielden de bewoners de laatste vijf procent van hun aanneemsom in depot bij de notaris omdat klachten aan de ramen en de achterpui niet door de ondernemer waren verholpen. Ingevolge de akte van splitsing behoorden de ramen en de gevels tot de gemeenschappelijke gedeelten van het complex.⁷⁵

71 Storm 2006, p. 758-759 en Bruggeman 2008, p. 109-118.

72 Afdeling Arbitrage GIW 10 maart 2006, nr. 15.528, BR 2007, p. 629 (m.nt. E.M. Bruggeman), Afdeling Arbitrage 22 juli 2008, nr. 16.135, RvA 15 januari 2009, nr. 70.391, TBR 2009, p. 546, m.nt. J.J. Storm.

73 RvA 8 februari 2008, nr. 28.728, anders: RvA 27 maart 2008, nr. 29.792, waarin de Raad zich niet bevoegd achtte omdat de drie maanden termijn nog niet was verstreken.

74 Afdeling Arbitrage GIW 10 maart 2006, nr. 15.528, BR 2007, p. 629 (m.nt. E.M. Bruggeman).

75 Het geschil ligt ter beoordeling bij het GIW omdat de vijf procent-regeling valt onder de procedure voor opleveringsarbitrage van het GIW.

Arbiter oordeelt, in lijn met het betoog van ondernemer, dat het opschortingsrecht uitsluitend betrekking heeft op de privégedeelten⁷⁶ en dat toepasselijkheid van het opschortingsrecht op de gemeenschappelijke delen in strijd is met de strekking van het opschortingsrecht die voortvloeit uit het feit dat verkrijgers slechts een aandeel hebben in het eigendomsrecht van de algemene delen.⁷⁷

In een uitspraak van juli 2008 kwam het GIW scheidsgerecht terug op zijn eerdere beslissing.⁷⁸ In dit geschil was sprake van gebreken aan de balkons. Ten aanzien van het verlengen van het depot (op grond van art. 6:262 BW) wegens deze gebreken oordeelde de GIW arbiter ‘dat het verzoeker in beginsel is toegestaan zijn opschortingsrecht aan te wenden als zekerheid voor herstel van deze gestelde gebreken welke onder de algemene delen van het appartementencomplex vallen.’⁷⁹

Arbiter vervolgt zijn oordeel in rov. 65 als volgt: ‘Een verkrijger van een appartementsrecht heeft ingevolge artikel 15 van de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst juncto artikel 7:768 Burgerlijk Wetboek immers het recht bij oplevering vijf procent van de aanneemsom in depot bij een notaris te storten in plaats van aan de ondernemer te betalen. Volgens de Algemene Toelichting bij artikel 15 van de Algemene Voorwaarden is dit depot bedoeld als zekerheid voor het herstel door ondernemer van bij oplevering van het privégedeelte geconstateerde gebreken die zich binnen drie maanden na oplevering van het privégedeelte voordoen. Na verloop van de drie maanden na oplevering van het privégedeelte kan dit bedrag, aldus de Algemene Toelichting, conform artikel 6:262 Burgerlijk Wetboek opgeschort worden wanneer er nog gebreken aan het privégedeelte bestaan.’

In rov. 66 voegt de GIW arbiter daar aan toe: ‘(...) dat waar in de Algemene Voorwaarden en de Algemene Toelichting behorende bij de koop-/aannemingsovereenkomst ten aanzien van de vijf procent alleen wordt gesproken over privégedeelten, in artikel 7:768 lid 2 Burgerlijk Wetboek wordt gesproken over ‘oplevering’ en geen onderscheid is gemaakt ten aanzien van oplevering van de privégedeelten en oplevering van de algemene delen van een appartementencomplex. Artikel 11 van de Algemene Voorwaarden sluit hierbij aan, nu daarin gesteld wordt dat de verplichtingen van verweerster die voortkomen uit de met verzoeker aangegane aannemingsovereenkomst een ondeelbare verbintenis vormen ten aanzien

76 In r.o. 24 dat ‘hoewel niet expliciet weergegeven in de koop-/aannemingsovereenkomst, door verweerster (i.c. koper, EB) uitsluitend kan worden gebruik gemaakt van dit opschortingrecht in geval van geconstateerde gebreken die betrekking hebben op het privégedeelte van de verweerder’.

77 Ook in r.o. 24: ‘Het gebruik van dit opschortingsrecht naar aanleiding van gebreken die betrekking hebben op de gemeenschappelijke delen van het appartementencomplex acht arbiter in strijd met de strekking van het opschortingsrecht zoals omschreven in de algemene toelichting bij de koop-/aannemingsovereenkomst. Dit vloeit voort uit het feit dat verweerder ingevolge art. 5:106 van het Burgerlijk Wetboek slechts een aandeel in het eigendomsrecht heeft van de algemene delen van het gebouw.’

78 Afdeling Arbitrage 22 juli 2008, nr. 16.135.

79 Rov. 65 van de uitspraak.

van de oplevering van het gebouw, die verweerster tegenover verzoeker verplicht is in haar geheel na te komen.’

Uit bovenstaande citaten blijkt dat de arbiter van de Afdeling Arbitrage van het GIW (samengevat) tot de conclusie komt dat uit de wet voortvloeit dat het depot van vijf procent van ook kan worden ingehouden ten behoeve van de gemeenschappelijke delen. In de rechtsoverwegingen 67 en 68 en voegt de arbiter ter onderbouwing van deze conclusie nog twee argumenten toe: allereerst dat nu de appartementseigenaren naast gerechtigd tot uitsluitend gebruik van hun privégedeelten, ook medegerechtigde zijn ten aanzien van de gemeenschappelijke gedeelten, het niet in overeenstemming met de dwingendrechtelijke bepalingen van art. 7:768 BW zou zijn als niet ook opgeschort zou kunnen worden voor gebreken aan de gemeenschappelijke gedeelten.⁸⁰ Ten tweede dat de ondernemer zich jegens de individuele appartementseigenaren heeft verplicht om niet alleen de individuele appartementen op te leveren, maar ook het gebouw waarin de appartementen zich bevinden.⁸¹ Met dit laatste argument kwam ook de Raad van Arbitrage in een uitspraak van februari 2008 tot de conclusie dat verkrijgers vijf procent van de aanneemsom in depot mogen houden met betrekking tot de gemeenschappelijke delen.⁸² De ondernemer is zijn verplichtingen pas nagekomen nadat ‘het gehele gebouw, inhoudende de algemene delen en de privégedeelten, is opgeleverd.

Moment waarop het depot kan worden ingehouden

Nu de Afdeling Arbitrage van het GIW van oordeel is dat het depot van vijf procent ook betrekking heeft op de gemeenschappelijk delen is de vraag vanaf welk moment dit depot kan worden gehouden, is dit vanaf oplevering van de privégedeelten (tot drie maanden daarna) of vanaf oplevering van de gemeenschappelijke delen (tot drie maanden daarna).

Deze vraag is van belang wanneer de gemeenschappelijke delen later dan drie maanden na de oplevering van het privégedeelte plaatsvindt. Dit lijkt ook de reden dat in de uitspraak van de Afdeling Arbitrage van het GIW de arbiter in rov. 68 opmerkt dat de termijn van drie maanden waarin op grond van art. 7:768 BW de laatste vijf procent in depot kan worden gehouden pas lopen na oplevering van de algemene delen.⁸³ Met deze zin voorkomt de arbiter allereerst dat als de algemene delen later worden opgeleverd dan de privégedeelten en de algemene delen nog gebreken bevatten, de verkrijger zijn depot zal moeten verlengen op grond van art. 6:262 BW en dus aan de (strengere) eisen van dit artikel zal moeten voldoen. Ten tweede wordt voorkomen dat als de algemene delen meer dan drie maanden na de oplevering van privégedeelten worden opgeleverd, het depot al is vrijgefallen en verkrijgers geen stok meer achter de deur hebben om herstel van de gebreken aan de gemeenschappelijke delen af te dwingen.

80 R.o. 67.

81 In gelijke zin: Storm 2006, p. 758-759.

82 RvA 8 februari 2008, nr. 28.728, r.o. 78.

83 R.o. 68.

Vindt oplevering van de algemene delen eerder plaats dan de privégedeelten, dan begint de termijn van het depot logischerwijs pas te lopen na de oplevering van de privégedeelten.

7.1.7 Principles en betaling

In de algemene bepalingen in hoofdstuk 1 van de PELSC is een bepaling opgenomen over het loon: art. 1:102 PELSC. Ingevolge dit artikel heeft de dienstverlener recht heeft op loon, tenzij anders overeengekomen.

In de afdeling over aanneming, hoofdstuk 2, is in art. 2:107 PELSC een bepaling opgenomen over het moment waarop het loon opeisbaar is.

Artikel 2:107 PELSC

Het loon of een evenredig gedeelte ervan is opeisbaar en betaalbaar vanaf het moment waarop de aannemer de controle over de zaak, of een gedeelte ervan, aan de opdrachtgever overeenkomstig artikel 2:106 overdraagt.

Ingevolge dit artikel is de betaling van het loon, of een evenredig gedeelte ervan, opeisbaar bij oplevering. Oplevering is geregeld in art. 2:106 PELSC en wordt besproken in hoofdstuk 11. Eenzelfde soort artikel is opgenomen in de afdeling over de bewerking van zaken in hoofdstuk 3 van de PELSC. In art. 3:108 PELSC staat ook dat het loon opeisbaar en betaalbaar is vanaf, samengevat, de levering of oplevering.⁸⁴

Met betrekking tot de prijs spreken beide artikelen van ‘loon,’ in de toelichting op art. 1:102 PELSC wordt echter gesteld dat ook een ‘fixed price’ tot de mogelijkheden behoort.⁸⁵ Het hanteren van een vooraf vastgestelde prijs is in de bouw in Nederland gebruikelijker dan het betalen van ‘loon.’ Uit de toelichting blijkt ook dat een vooraf vastgestelde prijs in het geval van een bouwcontract gehanteerd kan worden.⁸⁶ In de algemene toelichting bij de (gehele) Principles wordt ook gesteld dat de bepalingen in het bijzonder geschikt zijn voor bouwcontracten.⁸⁷

Zoals gezegd wordt in art. 2:107 PELSC ten aanzien van aanneming van werk over het tijdstip van betaling van de prijs gesproken. Als tijdstip van betalen van de gehele prijs is gekozen voor het moment waarop de aannemer de controle over de zaak overdraagt. Ik vertaal dit als het moment van oplevering van de woning. Uit de toelichting op het artikel blijkt dat door de opstellers is overwogen het moment van acceptatie van het bouwwerk op te nemen als moment waarop betaald dient te worden. Hiervoor is echter niet gekozen omdat gebreken de acceptatie in de weg kunnen staan. De verkrijger wordt in dat geval wel beschermd omdat hij het gebouwde pas hoeft te accepteren als het volledig conform is, maar de vragen

84 De toelichting op art. 1:102 PELSC spreekt ook van een relatie tussen de artikelen 1:102, 2:107, 3:108 4:108. Barendrecht e.a. 2007, p. 157.

85 Barendrecht e.a. 2007, p. 154.

86 Ibid.

87 Barendrecht e.a. 2007, p. 127.

omtrent acceptatie kunnen leiden tot lange discussies die uiteindelijk aan de oplevering van het werk in de weg kunnen staan.⁸⁸ Door te kiezen voor de oplevering als moment van betaling worden dit soort problemen voorkomen en kan de verkrijger door het inhouden van een deel van betaling op basis van óf een regeling in het contract (bijvoorbeeld een regeling vergelijkbaar met de vijf procent-regel) óf door het inhouden van een deel van de prijs op basis van art. 9:201 van de Principles of European Contract Law (PECL).⁸⁹ Dit is het algemene artikel over het opschorten van verplichtingen.⁹⁰

In de PELSC zelf is geen bepaling vergelijkbaar met de vijf procent-regel opgenomen. Het genoemde art. 9:201 PECL komt het meest overeen met art. 6:262 BW.⁹¹ Aangezien de vijf procent -regel van dwingend recht is, kunnen partijen onder Nederlands recht niet aan deze regel voorbij gaan. De PELSC bieden voor het gebruik van een dergelijke regeling, blijkens de toelichting, wel ruimte. De bescherming van de consument verkrijger is onder de PELSC en de PECL door het ontbreken van een (dwingendrechtelijke) regeling als de vijf procent regeling in het BW, wel minder goed geregeld. Als gevolg hiervan zal een verkrijger onder de PELSC, wil hij een stevige positie hebben ten aanzien van nog niet ontdekte gebreken, zelf aanvullende bepalingen in zijn contract moeten opnemen.

De PELSC kennen geen termijnbetalingen, terwijl dit voor bouwcontracten zeer gebruikelijk is. De PECL kennen ook een regeling over betaling in termijnen. Ingevolge art. 7:104 PECL moeten betaling en levering op hetzelfde moment plaatsvinden. Aangezien de PECL en de PELSC een gelaagde structuur hanteren vergelijkbaar met ons BW - de PELSC zijn het boek 7 van de PECL, die boek 6 vormen - is deze regel voor dit onderwerp niet relevant.

Waarom in de PELSC voor een betaling in één keer is gekozen is onduidelijk. Enerzijds kan een betaling in eens gunstig zijn voor een consument omdat hij nu tot het moment van oplevering geen financieel risico loopt. Anderzijds kan het echter ongunstig zijn als de ondernemer aan het recht de prijs pas bij oplevering te betalen, (contractueel) de consequentie verbindt dat een uitstelrente vergelijkbaar met de regeling van art. 5 KA verschuldigd is.

7.2 SUBSIDIES

Omdat de overheid het eigen woningbezit ook onder de lagere inkomens wil stimuleren is de Wet Bevordering Eigen Woningbezit (BEW) in het leven geroepen. Deze wet moet de keuzevrijheid tussen huren en kopen vergroten. In de wet is de koopsubsidie geregeld. De koopsubsidie is een maandelijkse tegemoetkoming in de hypotheeklasten, vergelijkbaar met de huursubsidie bij huurhuizen. De hoogte van de subsidie is o.a. afhankelijk van het inkomen en het vermogen van de ver-

88 Barendrecht e.a. 2007, p. 374.

89 Ibid.

90 Weergeven art. 9:201 PECL.

91 Zie ook Busch & Hondius 2002, p. 359.

krijgers. In januari 2007 is de wet aangepast zodat subsidie voor meer mensen met een lager inkomen mogelijk werd.⁹² Het recht op de subsidie en de hoogte ervan is o.a. afhankelijk van het toetsinkomen, de koopsom, hypothecaire leensom en de leeftijd van de aanvrager.⁹³

Sommige gemeenten hebben in samenwerking met de stichting Stimulering Volkshuisvesting Nederlandse gemeenten (SVN) een eigen regeling onder de naam ‘Startersregeling’. Dit is een, aanvankelijk rentevrije, aanvullende lening om de aankoop van een eerste huis mogelijk te maken.⁹⁴

In de koop-/aannemingsovereenkomst is een bepaling opgenomen aangaande overheidssubsidie. Art. 7 KA⁹⁵ bevat twee keuzeopties met betrekking tot het al dan niet verkrijgen van de koopsubsidie.

Art. 7 KA, optie A en B

(A)

1. Overheidssubsidie ten aanzien van de bouw van de woning zal worden verstrekt op grond van waarvoor een beschikking is afgegeven onder nummer d.d.

2. De aanvraag van de ingevolge de in lid 1 van dit artikel genoemde beschikking te verstrekken subsidie geschiedt door de verkrijger. De ondernemer zal daartoe tijdig de nodige formulieren en informatie aan de verkrijger verstrekken.

3. De ondernemer garandeert dat de verkrijger op basis van de door hem verstrekte gegevens in aanmerking komt voor de subsidie volgens een door partijen aan deze akte gehechte en gewaarmerkte berekening.

(B) Er wordt geen overheidssubsidie verstrekt.

Optie B sluit het verkrijgen van koopsubsidie uit. Als voor deze optie wordt gekozen, komt de verkrijger niet in aanmerking voor subsidie.

Wordt gekozen voor optie A dan kan koopsubsidie worden verkregen. De ondernemer garandeert door het invullen van optie A dat de verkrijger op basis van de door hem verstrekte gegevens in aanmerking komt voor de subsidie.⁹⁶ Het gaat om een garantie door de ondernemer aan de verkrijger, derhalve is de ondernemer

92 Zie het Informatieblad Koopsubsidie van SenterNovem op www.senternovem.nl. De jaren daarvoor bleek de koopsubsidie geen groot succes. Tussen 1 januari 2001 en 1 juli 2004 hebben slechts 649 huishoudens koopsubsidie gekregen. Zie E.M. Bruggeman, 2006, p. 154 e.v.

93 Er is geen maximum gesteld aan het inkomen voor de koopsubsidie. Naarmate de verkrijger meer verdient, zal de subsidie minder worden. Dit is echter mede afhankelijk van de hoogte van de hypotheeksom. Meer hierover op www.senternovem.nl.

94 Meer hierover op www.svn.nl en in de folder van VROM ‘Een eerste koopwoning: met koopsubsidie of starterslening’ (versie december 2006) verkrijgbaar via www.vrom.nl.

95 In de versie van 2007 voor zowel eengezinswoningen als appartementen. In de versies van 2003 en eerder was dit opgenomen in art. 6 KA.

96 Over de subsidie onder de oudere voorwaarden Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005, nr. 761.

aansprakelijk indien de verkrijger de subsidie niet verkrijgt⁹⁷, tenzij het niet verkrijgen van de subsidie het gevolg is van omstandigheden die buiten de risicosfeer van de ondernemer liggen.⁹⁸

Wat wordt verstaan onder omstandigheden die buiten de risicosfeer van de ondernemer liggen?

Zoals blijkt uit de jurisprudentie is het subsidieverlies als gevolg van een hypotheekrentetoets niet een omstandigheid die aan verkrijger kan worden verweten. De hypotheekrentetoets vormt een onderdeel van de subsidieregeling waarvan ondernemer als deskundige op de hoogte dient te zijn.⁹⁹ Evenals het feit dat de notaris-kosten nog bovenop de totale koop-/aanneemsom zouden komen en daardoor de subsidiegrens zou worden overschreden.¹⁰⁰ Ook het niet verkrijgen van een garantiecertificaat, een vereiste voor het verkrijgen van subsidie, ligt in de risicosfeer van de ondernemer en niet in die van de verkrijger.¹⁰¹ Wel in de risicosfeer van de verkrijger ligt het overschrijden van de voor hem geldende inkomensgrens.¹⁰²

Bijzonder veel voorkomende geschillen omtrent de subsidieregeling hadden betrekking op gevallen waarin gepoogd werd het subsidieplafond te omzeilen door bepaalde werkzaamheden niet in de koop-/aanneemsom mee te nemen maar (later) als meerwerk mee te tellen.

VROM beschouwde als meerwerk: voorzieningen, leveringen en diensten die niet zijn of redelijkerwijs hadden dienen te worden vastgelegd in de koop-/aannemingsovereenkomst en die tegen een meerprijs worden afgenomen.¹⁰³ Als meerwerk bij het sluiten van de overeenkomst is overeengekomen, werd dit door VROM als een koppelverkoop beschouwd en toch meegeteld in de koop-/aanneemsom. Om die reden werd dan vaak de subsidiegrens overschreden en kregen verkrijgers een eerder door de ondernemer gegarandeerde subsidie niet. Voorbeelden van dit soort 'onecht' meerwerk zijn de bouw van een garage of de verkoop van extra grond.¹⁰⁴ Een blijkens jurisprudentie veelvoorkomend probleem was of

97 In RvA 10 augustus 1994, nr. 16.742 stelde de ondernemer dat op hem slechts een inspanningsverplichting rustte ten aanzien van het verkrijgen van subsidie. Arbitrer oordeelde dat dit niet het geval was en dat de ondernemer had in te staan voor het verkrijgen van de subsidie. Zie ook RvA 14 mei 1992, nr. 14.944 waarin ondernemer had gegarandeerd dat Premie A subsidie zou worden verkregen terwijl de koop-/aanneemsom ver boven de Premie A grens lag en alleen Premie B subsidie haalbaar was. Vergelijkbaar hiermee: RvA 5 januari 1993, nr. 15.814.

98 Zie RvA 15 november 1994, nr. 16.109, BR 1996, p. 596 en RvA 8 april 1993, nr. 16.124, RvA 7 december 1983, nr. 10.977, BR 1984, p. 356 en 447.

99 RvA 8 april 1993, nr. 16.124.

100 RvA 21 november 1994, nr. 16.895.

101 RvA 16 juni 1997, nr. 18.531.

102 RvA 15 november 1994, nr. 16.109, BR 1996, p. 596.

103 Afgeleid uit RvA 19 augustus 1998, nr. 19.422 waarin wordt verwezen naar de Regeling Woninggebonden Subsidies niet-budgetbeherende gemeenten van januari 1992.

104 RvA 19 augustus 1998, nr. 19.442 (extra grond) en RvA 17 augustus 1998, nr. 19.740, RvA 7 mei 1997, nr. 17.968 (beiden garage).

subsidieweigering als gevolg van dit soort constructies voor rekening van de verkrijger diende te komen.

Als subsidie door VROM werd geweigerd omdat sprake was van ‘onecht’ meerwerk spraken verkrijgers regelmatig de ondernemer aan die hen had gegarandeerd dat wel subsidie zou worden verkregen. Deze geschillen, tussen ondernemer en verkrijger, werden dan op basis van het arbitrale beding in de koop-/aannemingsovereenkomst, gevoerd voor de Raad van Arbitrage.

Over het algemeen werd door de Raad ten aanzien van dit soort geschillen geoordeeld dat als het initiatief tot de gebruikte constructie van de ondernemer kwam en verkrijgers door ondernemer niet zijn geweest op de daaraan verbonden risico's, dit geen omstandigheid was die in de risicosfeer van verkrijgers lag. Derhalve was de ondernemer in zo'n geval vergoeding van de geleden schade verschuldigd aan verkrijgers ter hoogte van het geleden subsidieverlies.¹⁰⁵

Ondernemers voerden in geschillen over afwijzingen van subsidieaanvragen door VROM vrijwel altijd aan dat de verkrijger de beroepsprocedures die hem openstonden niet of onjuist hadden benut en dat daardoor de subsidie was misgelopen. Vrijwel altijd oordeelde de Raad (samengevat) dat het niet verkrijgen van de subsidie niet gelegen was in het al dan niet benutten van openstaande beroepsmogelijkheden maar in het voldoen aan de vereisten voor subsidie als gevolg van oorzaken in de risicosfeer van de ondernemer.¹⁰⁶

Wordt subsidie niet verkregen dan is het is aan de ondernemer aan te tonen dat het niet verkrijgen van subsidie niet zijn schuld is.¹⁰⁷ Aangezien de ondernemer de berekening op basis waarvan subsidie wordt verkregen zelf maakt, hoeft het afgeven van de garantie geen ernstige gevolgen te hebben. Maakt hij toch een fout dan dient de ondernemer op te komen voor de (extra) kosten die de verkrijger maakt als gevolg van het niet verkrijgen van de subsidie.

Het is de taak van de verkrijger om de subsidie aan te vragen. De ondernemer heeft met dit proces niets te maken, hij verstrekt enkel de nodige informatie en formulieren. De subsidieaanvraag dient sinds 1 januari 2007 te worden ingediend bij SenterNovem.¹⁰⁸

7.3 KOSTENWIJZIGINGEN

In art. 8 AV is een bepaling opgenomen over de doorberekening van loon- en prijsstijgingen.¹⁰⁹

105 RvA 7 mei 1997, nr. 17.968, RvA 17 augustus 1998, nr. 19.740, RvA 19 augustus 1998, nr. 19.422.

106 Zie o.a. RvA 19 augustus 1998, nr. 19.442, RvA 17 augustus 1998, nr. 19.740, RvA 7 mei 1997, nr. 17.968, RvA 5 januari 1993, nr. 15.814.

107 RvA 7 december 1983, nr. 10.977, BR 1984, p. 356 en 447.

108 [Http://www.senternovem.nl/rgo/koopsubsidie/index.asp](http://www.senternovem.nl/rgo/koopsubsidie/index.asp).

109 In de algemene voorwaarden behorend bij appartementen is ditzelfde ook opgenomen in art. 8 AV. In de voorwaarden voor 2003 en eerder was dit voor beide model-

In het eerste lid van het artikel is opgenomen dat doorberekening van meerdere of mindere kosten ten gevolge van wijziging van lonen, sociale lasten en materiaalprijzen is uitgesloten, tenzij bij het aangaan van de overeenkomst iets anders is overeengekomen.

Art. 8 lid 1 AV

Doorberekening van meerdere of mindere kosten tengevolge van wijziging van lonen, sociale lasten en materiaalprijzen is uitgesloten, tenzij bij het aangaan van de koop-/aannemingsovereenkomst anders is overeengekomen (voetnoot 1); in dat geval moet in de koop-/aannemingsovereenkomst een post risicoverrekening worden opgenomen tot het maximum waarvan doorberekening kan plaatsvinden, en in een schriftelijke overeenkomst worden geregeld vanaf welke datum en volgens welke maatstaf die doorberekening zal plaatsvinden en hoe en wanneer de betaling moet geschieden.

In wezen is dit artikel een vreemde eend in de bijt. De koop-/aannemingsovereenkomst is een consumentenovereenkomst die er op basis van het onder III en art. 5 KA van uitgaat dat vooraf een vaste prijs of koop-/aanneemsom is overeengekomen. Het feit dat in art. 8 AV is opgenomen dat doorberekening van kostenwijzigingen is uitgesloten ligt in de lijn van de aard van de overeenkomst. Niet in overeenstemming hiermee is het feit dat blijkbaar door partijen anders kan worden overeengekomen en dat daarvoor een post risicoverrekening moet worden opgenomen. Deze bepaling lijkt te stammen uit de tijd dat het consumentenbouwrecht nog niet volledig uitgekristalliseerd was en nog naar de UAV 1989 werd gekeken voor de invulling van consumentenbouwcontracten. Het lijkt er ook op dat deze bepaling tegenwoordig van weinig belang is; in ieder geval is er geen jurisprudentie over dit onderwerp bekend.

Het lijkt mij uit consumentrechtelijk oogpunt onwenselijk om in een regeling als de model koop-/aannemingsovereenkomst een bepaling op te nemen die een afwijkende regeling met betrekking tot kostenwijziging zonder meer mogelijk maakt. Het uitgangspunt van de model koop-/aannemingsovereenkomst is, blijkens de bepalingen omtrent de prijs en de termijnbepalingen, dat vooraf een prijs voor de koop van de grond en de bouw van de woning wordt overeengekomen. Beide partijen zijn erbij gebaat vooraf zekerheid te hebben over de te betalen prijs. Een consument wil niet achteraf geconfronteerd worden met een hogere prijs, een ondernemer wil discussie over een hogere prijs liever niet te hoeven voeren. Een afwijkende kostenregeling of zelfs de mogelijkheid een afwijkende kostenregeling overeen te komen, zoals in art. 8 lid 1 KA, is uit consumentrechtelijk oogpunt niet wenselijk, en gezien de praktijk waarin vrijwel nooit van een afwijkende kostenregeling gebruik wordt gemaakt, ook onnodig. Om problemen in de toekomst te voorkomen zou als art. 8 lid 1 AV in een nieuwe versie van de model koop-/aannemingsovereenkomst geschrapt kunnen worden.

len ook het geval.

Het tweede lid van art. 8 AV bevat een bepaling over de stijging van het BTW-tarief.¹¹⁰ Hierin is opgenomen dat indien van overheidswege het BTW-percentages wordt gewijzigd, tussen partijen doorberekening zal plaatsvinden overeenkomstig de wettelijke bepalingen ter zake.

Art. 9 AV borduurt voort op de bepalingen van art. 8 AV en stelt dat indien sprake is van gesubsidieerde bouw de gevolgen van de uit de artikelen 7 en 8 lid 2 AV voortkomende wijzigingen van de kosten van het verkrijgen in eigendom van de woning voor rekening van de verkrijger zijn.¹¹¹ Dit houdt in dat als de kosten als gevolg loonprijsstijgingen, BTW-wijzigingen of meerwerk van invloed zijn op de subsidieverlening, dit voor rekening van de verkrijger komt. Op grond van art. 8 lid 3 AV is de ondernemer verplicht de verkrijger op de hoogte te stellen van de gevolgen van het meerwerk voor de subsidieregeling. Hij dient dus te waarschuwen voor de situatie waarin de koop-/aanneemsom door het meerwerk boven de subsidiegrens uitkomt en het recht van de verkrijger op subsidie vervalt. Doet hij dit niet, dan is de ondernemer aansprakelijk voor (een deel van) de schade van de verkrijger als gevolg van het niet verkrijgen of behouden van de subsidie.

110 Art. 8 lid 2 AV: Indien van overheidswege het percentage van de omzetbelasting (BTW) wordt gewijzigd, zal tussen partijen doorberekening plaatsvinden overeenkomstig de wettelijke bepalingen ter zake.

111 Art. 9 AV: Ingeval de bouw gesubsidieerd is, zijn de gevolgen van de uit de artikelen 7 en 8 lid 2 voortkomende wijzigingen van de kosten van het verkrijgen in eigendom van de woning voor rekening van de verkrijger.

Hoofdstuk 8

Levering van de grond

8.1 INLEIDING

In de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden is een aantal bepalingen aangaande grond en levering van grond opgenomen. Deze onderwerpen komen in dit hoofdstuk aan de orde. In § 8.2 wordt ingegaan op de levering van grond, in § 8.3 komen lasten en beperkingen aan bod, § 8.4 gaat over verontreiniging van de grond en tot slot wordt in § 8.5 de zogenaamde levering van over- of ondermaat behandeld.

8.2 LEVERING VAN DE GROND

Een van de verplichtingen van de ondernemer is het leveren van de grond. De levering van de grond houdt in dat deze in eigendom of erfpacht wordt overgedragen aan de verkrijger. In deze paragraaf wordt ingegaan op de wijze en het tijdstip van levering van de grond (§ 8.2.1), de inhoud van de akte van levering (§ 8.2.2), de situatie dat de grond niet in eigendom wordt overgedragen maar er sprake is van erfpacht (§ 8.2.3), de situatie dat de grond niet door de ondernemer wordt geleverd maar door een derde (§ 8.2.4) en tot slot in § 8.2.5 de boete bij het niet meewerken aan het verlijden van de akte van levering.

8.2.1 Wijze en tijdstip van levering

Het eerste artikel van de koop-/aannemingsovereenkomst voor een gezinswoning gaat over de levering van de grond.

Art. 1 lid 1 KA

De levering van de grond met de daarop eventueel reeds gebouwde opstal(len) zal geschieden bij akte te verlijden ten overstaan van de onder I genoemde notaris, diens plaatsvervanger of opvolger, op een door die notaris te bepalen tijdstip: zo spoedig mogelijk, doch binnen zes weken na het laatste van de hieronder onder a en b bedoelde tijdstippen:

- a. wanneer vaststaat dat deze overeenkomst niet meer op een van de gronden genoemd in de artikelen 8 en 10 van deze akte kan worden ontbonden; alsmede
- b. wanneer is begonnen met de bouw in de zin van artikel 14 lid 2 van de algemene voorwaarden.

In dit artikel staat dat de levering van de grond met daarop eventueel reeds gebouwde opstallen zal plaatsvinden door middel van het verlijden van een akte bij

de notaris.¹ De notaris die hiertoe bevoegd is, staat vermeld onder I van de koop-/aannemingsovereenkomst. Een afschrift van de akte wordt door de notaris ingeschreven in de Openbare Registers bij het Kadaster. Met de inschrijving van de akte in de Openbare Registers wordt de levering van de grond gecompleteerd.² Bij de levering van de grond zal deze in het algemeen nog niet bebouwd zijn, omdat de levering veelal in zeer snel na het sluiten van de koop-/aannemingsovereenkomst plaatsvindt. Echter, mocht er al wel gebouwd zijn op de te leveren grond, dan worden de al aanwezige gebouwen van meegeleverd. Dit gebeurt van rechtswege door middel van natrekking, maar is (enigszins overbodig) ook opgenomen onder I KA.

Het tijdstip van levering wordt, ingevolge het eerste lid van art. 1 AV, door de notaris bepaald. De levering dient zo spoedig mogelijk na ondertekening plaats te vinden. Als de levering niet ‘zo spoedig mogelijk’ plaatsvindt, dient dat te gebeuren in ieder geval binnen zes weken na het laatste van de in art. 1 lid 1 KA genoemde tijdstippen. Deze tijdstippen zijn de volgende :

1a) Het moment waarop vaststaat dat de overeenkomst niet meer kan worden ontbonden vanwege het niet verkrijgen van financiering door de verkrijger³ óf,

1b) het moment waarop blijkt dat geen GIW-certificaat zal worden afgegeven,

2) én wanneer is begonnen met de bouw in de zin van art. 14 lid 2 AV.⁴

Na het moment waarop de hierboven genoemde voorwaarden zijn vervuld, moet binnen zes weken de levering van de grond plaatsvinden.

Er wordt in art. 1 KA niet vermeld wat de sanctie is als levering niet binnen de afgesproken termijn plaatsvindt, maar wel aan beide voorwaarden van art. 1 lid 1 KA is voldaan . De sanctie dient alsdan ontleend te worden aan andere bepalingen in de koop-/aannemingsovereenkomst en bij het ontbreken daarvan zonodig aan de wet. In art. 22 AV wordt vermeld dat als één der partijen na schriftelijke sommatie weigert mee te werken aan het verlijden van de akte van levering, terwijl de andere partij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, de in gebreke zijnde partij een boete verschuldigd is.⁵ Als de levering niet binnen zes weken na het vervul-

1 Over de geschiedenis van de akte van levering schrijft Breedveld-de Voogd 2007, p. 196 e.v.

2 Aldus art. 3:89 BW.

3 Zie over dit onderwerp hoofdstuk 6.

4 Zie over dit onderwerp hoofdstuk 10.

5 Art. 22 lid 1 AV: Indien een der partijen ook na schriftelijke sommatie in gebreke blijft mede te werken aan het verlijden van de akte van levering, terwijl de andere partij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, is de nalatige partij aan de andere partij als boete een bedrag verschuldigd gelijk aan tien procent van de koop-/aannemingsom, onverminderd het recht van de niet-nalatige partij de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen of nakoming te verlangen en onverminderd diens recht op aanvullende schadevergoeding. Het inroepen van de ontbinding dient te geschieden bij aangetekende brief met bericht ‘handtekening retour’ of telefaxbericht met verzendbevestiging.

Meer over dit onderwerp in § 2.5 van dit hoofdstuk.

len van de voorwaarden van art. 1 lid 1 KA plaatsvindt, kan de procedure van art. 22 AV gevolgd worden. Vindt levering niet binnen de zes weken van art. 1 lid 1 KA plaats, dan zal de ondernemer degene zijn die niet meewerkt aan het verlijden van de akte van levering. De verkrijger kan dan ontbinding en schadevergoeding vorderen. In de praktijk komt wel voor dat als de situatie dreigt te ontstaan dat de levering niet binnen die zes weken kan plaatsvinden, de ondernemer de verkrijgers vraagt akkoord te gaan met een verlenging van de termijn. Gaan verkrijgers akkoord, dan kunnen zij geen schadevergoeding en ontbinding meer vorderen. Gaan zij niet akkoord, dan kan de overeenkomst op vordering van de verkrijger worden ontbonden op grond van art. 22 lid 2 AV. Meer over dit artikel in § 8.2.5.

8.2.1.1 Wijze en tijdstip levering bij appartementen

Het eerste lid van art. 1 KA voor appartementen kent een iets andere opzet dan het vergelijkbare artikel in de overeenkomst voor eengezinswoningen. Het eerste gedeelte van het artikel komt vrijwel overeen met het artikel in de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinswoningen. In tegenstelling tot de overeenkomst voor eengezinswoningen is er echter in dit artikel voor het vaststellen van het tijdstip van levering van het appartementsrecht aan de verkrijgers een keuze-mogelijkheid geboden.

Optie A en B van art. 1 lid 1 KA Appartementen

De levering van het/de appartementsrecht(en) zal:

a. wanneer vaststaat dat deze overeenkomst niet meer op een van de gronden genoemd in de artikelen 8 en 12 van deze akte kan worden ontbonden; alsmede

b. wanneer is begonnen met de bouw in de zin van artikel 14 lid 2 van de algemene voorwaarden; geschiedt bij akte te verlijden ten overstaan van de in de aanhef genoemde notaris, diens plaatsvervanger of opvolger, op een door die notaris te bepalen tijdstip:

(A)*

zo spoedig mogelijk, docht uiterlijk binnen __ weken/maanden na het laatste van de hiervoor sub a en b bedoelde tijdstippen.

(B)*

binnen __ weken na/voor de oplevering bedoeld in artikel 14 lid 4 van de algemene voorwaarden.

Optie A biedt, enigszins in lijn met de overeenkomst voor eengezinswoningen, de mogelijkheid de levering te laten plaatsvinden binnen een x aantal weken na het vervullen van de laatste van beide van de onder a en b genoemde tijdstippen. In de overeenkomst voor eengezinswoningen is hier in art. 1 lid 1 KA een termijn van zes weken voor gegeven. In de overeenkomst voor appartementen kan het aantal weken dus zelf in art. 1 lid 1 KA worden ingevuld. Onder B is de mogelijkheid opgenomen dat levering plaatsvindt een x aantal weken na of voor oplevering van het appartement. Waarom voor deze keuzemogelijkheid wel bij appartementen en niet bij eengezinswoningen is gekozen, blijkt niet uit het artikel zelf of de toelichting, maar het vermoeden bestaat dat dit verband houdt met het feit dat bij

appartementencomplexen sprake kan zijn van onverkochte maar wel al gebouwde appartementen.

8.2.2 Inhoud van de akte van levering

In de koop-/aannemingsovereenkomst is in het tweede lid van art. 1 AV opgenomen wat er in ieder geval in de akte van levering moet worden opgenomen.⁶ Het in het artikel opgesomde lijstje geldt alleen voor zover daarover in de koop-/aannemingsovereenkomst niet anders is bepaald, aldus de aanhef van het tweede lid. Onder a en b van het artikel is opgenomen dat de gebruikelijke bepalingen voorkomend in een akte van levering moeten worden opgenomen evenals alle mandeligheden en erfdiensbaarheden ten behoeve en ten laste van de onroerende zaak.⁷

Onder c is bepaald dat ook moeten worden opgenomen ‘alle rechten en verplichtingen als zijn vereist om de feitelijke situatie van het gehele complex waarvan de onroerende zaak deel uitmaakt te legaliseren.’ Dit heeft betrekking op de splitsingsakte voor appartementen, waarom de bepaling ook in de overeenkomst voor eengezinswoningen is opgenomen is onduidelijk. Onder d staat dat ‘alle zodanige verplichtingen als ter zake van de verkrijging van de onroerende zaak op de ondernemer rusten voor zover de ondernemer verplicht is deze aan de verkrijger op te leggen’ in de akte van levering moeten zijn opgenomen. Dit betekent dat eventuele kwalitatieve verplichtingen zoals een kettingbeding, ook in de akte van

6 Art. 1 lid 2 AV Eengezinswoningen: In de akte van levering zullen - voor zover daaromtrent in de koop-/aannemingsovereenkomst niet anders is bepaald - worden opgenomen:

- a. de gebruikelijke bepalingen, voorkomend in akten van levering;
- b. alle mandeligheden en erfdiensbaarheden ten behoeve en ten laste van de onroerende zaak;
- c. alle rechten en verplichtingen als zijn vereist om de feitelijke situatie van het gehele complex waarvan de onroerende zaak deel uitmaakt te legaliseren;
- d. alle zodanige verplichtingen als ter zake van de verkrijging van de onroerende zaak op de ondernemer rusten voor zover de ondernemer verplicht is deze aan de verkrijger op te leggen.

Art. 1 lid 2 AV Appartementen: In de akte van levering zullen - voor zover daaromtrent in de koop-/aannemingsovereenkomst niet anders is bepaald - worden opgenomen:

- a. de gebruikelijke bepalingen, voorkomend in akten van levering;
- b. alle mandeligheden en erfdiensbaarheden ten behoeve en ten laste van het (de) appartementsrecht(en);
- c. alle rechten en verplichtingen als zijn vereist om de feitelijke situatie van het gebouw met bijbehorende grond of het complex waarvan het gebouw deel uitmaakt te legaliseren;
- d. alle zodanige verplichtingen als ter zake van de verkrijging van het (de) appartementsrecht(en) en van het gebouw met bijbehorende grond op de ondernemer rusten voor zover de ondernemer verplicht is deze aan de verkrijger op te leggen.

7 Over beperkte rechten zie § 8.2.3 en § 8.3.3 van dit hoofdstuk.

levering moet worden vermeld. Ingevolge het vierde lid van art. 1 AV moet de ondernemer er zorg voor dragen dat tijdig een concept van de akte van levering, met eventuele bijlagen, aan de verkrijger ter hand wordt gesteld.⁸

8.2.3 Erfpacht

Grond wordt niet per se in eigendom overgedragen; erfpacht is een regelmatig voorkomende situatie.⁹

In art. 3 AV is een bepaling opgenomen voor het geval sprake is van de vestiging van een recht van erfpacht.¹⁰ In dit artikel staat (samengevat) dat indien de onroerende zaak niet in eigendom wordt overgedragen, maar een recht van erfpacht of een ander beperkt recht aan de verkrijger wordt verleend, het in de voorgaande artikelen bepaalde van overeenkomstige toepassing is, met dien verstande dat daar waar gesproken wordt van ‘eigendom’ dient te worden gelezen ‘erfpacht’.¹¹

Het GIW heeft voor de situatie dat sprake is van erfpacht in plaats van koop van de grond, twee speciaal daarvoor ontworpen koop-/aannemingsovereenkomsten. Deze modellen zijn afgeleide versies van het meest gangbare model en wijken slechts op het punt van de erfpacht af. Het ene model is geschreven voor de situatie waarbij de erfpachtcanon door de ondernemer is afgekocht, het andere model voor de situatie waarbij dit niet het geval is.¹²

8 Art. 1 lid 4 AV: De ondernemer draagt er zorg voor dat tijdig voor de levering een concept van de in lid 2 van dit artikel bedoelde akte van levering met eventuele bijlagen aan de verkrijger wordt ter hand gesteld.

9 Erfpacht komt in een aantal grotere steden in Nederland, met name in Amsterdam en Den Haag, nog voor. Tegenover het recht van erfpacht kan de verplichting staan een (jaarlijkse) bijdrage voor het gebruik van de grond aan de eigenaar te betalen, de zogenaamde canon. Erfpacht is geregeld in de artikelen 5:85 t/m 5:100 BW. Erfpacht is volgens art. 5:85 BW ‘een beperkt zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft om aan een ander toebehorende onroerende zaak te houden en te gebruiken’.

10 Art. 3 AV luidt in de overeenkomsten vrijwel hetzelfde. Zie art. 3 AV Appartemen: Indien in de splitsing een recht van erfpacht of een ander beperkt recht is betrokken, is het in de voorgaande artikelen bepaalde van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat daar waar gesproken wordt van ‘eigendom’ dient te worden gelezen ‘erfpacht’ of het andere beperkte recht en dat de eventuele akte van vestiging geldt als de akte van levering.

11 Art. 3 AV Eengezinswoningen: Indien de onroerende zaak niet in eigendom wordt overgedragen, maar een recht van erfpacht of een ander beperkt recht aan de verkrijger wordt verleend, is het in de voorgaande artikelen bepaalde van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat daar waar gesproken wordt van ‘eigendom’ dient te worden gelezen ‘erfpacht’ of het andere beperkte recht en dat de eventuele akte van vestiging geldt als de akte van levering.

12 O.a. te downloaden via www.woningborg.nl

8.2.4 Grond in eigendom van een derde

Het kan voorkomen dat ten tijde van de levering de grond nog eigendom is van een ander dan de ondernemer die met de verkrijger de koop-/aannemingsovereenkomst heeft gesloten.

Deze derde kan de gemeente zijn maar ook een andere ondernemer of een projectontwikkelaar. Als ten tijde van de levering van de grond deze nog op naam staat van een derde, zal de verkrijger er genoeg mee moeten nemen dat, als de ondernemer dit zo wil regelen, de grond rechtstreeks van de derde naar de verkrijger overgaat, aldus het tweede lid van art. 1 KA.¹³ Dit betekent dat de akte dan vermeldt dat de grond is geleverd door deze derde en niet door de ondernemer.

Deze zogenaamde ABC-levering kan zeer verwarrend zijn voor verkrijgers.¹⁴ Als de derde partij is bij de koop-/aannemingsovereenkomst dan kunnen verkrijgers zich bij gebreken ook wenden tot de leverancier van de grond. Is de derde slechts partij bij de leveringsovereenkomst dan kunnen verkrijgers zich enkel bij gebreken in de levering zelf, niet het geleverde (de woning dus), tot de leverancier van de grond wenden. Het komt voor dat verkrijgers zich bij problemen met bijvoorbeeld de (levering van) de grond wenden tot de verkeerde persoon of organisatie.¹⁵

8.2.5 Boete bij niet meewerken

Indien één der partijen niet meewerkt aan het verlijden van de akte van levering is het mogelijk de koop-/aannemingsovereenkomst te ontbinden of nakoming te vorderen. In beide gevallen kan de niet-nalatige partij aanvullende schadevergoeding vorderen. In art. 22 lid 1 AV voor eengezinswoningen is opgenomen dat beide partijen op straffe van een boete van tien procent van de koop-/aanneemsom moeten meewerken aan het verlijden van de akte van levering.¹⁶ In de overeenkomst voor appartementen is dezelfde bepaling opgenomen in art. 23 lid 1 AV.¹⁷

13 Art. 1 lid 2 KA Eengezinswoningen: Indien de grond ten tijde van de levering nog staat ten name van een derde, zal de verkrijger ermee genoeg nemen, dat - indien de ondernemer zulks wenst - die derde rechtstreeks aan de verkrijger overdraagt, eventueel bij verzamelakte.

Art. 1 lid 2 KA Appartementen: Indien het/de appartementsrecht(en) ten tijde van de levering nog staat/staan ten name van een derde, zal de verkrijger ermee genoeg nemen, dat - indien de ondernemer zulks wenst - die derde rechtstreeks aan de verkrijger overdraagt, eventueel bij verzamelakte.

14 Zie o.a. RvA 27 augustus 2007, nr. 29.098 waarin de verkrijger de verkoper van de grond probeerde aan te spreken maar met die verkoper geen overeenkomst (en derhalve ook geen arbitraal beding) was overeengekomen.

15 Op de vraag of de verkrijger naast de ondernemer ook de derde die de grond levert kan aanspreken gaat S.E. Bartels in: S.E. Bartels 2003, p. 68 e.v. Het beantwoorden van deze vraag gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten en komt dan ook niet aan de orde.

16 In de voorwaarden van 2003 was dit art. 20 AV.

17 In de voorwaarden voor 2003 was dit opgenomen in art. 21 AV.

Art. 22 lid 1 AV

Indien een der partijen ook na schriftelijke sommatie in gebreke blijft mede te werken aan het verlijden van de akte van levering, terwijl de andere partij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, is de nalatige partij aan de andere partij als boete een bedrag verschuldigd gelijk aan tien procent van de koop-/aanneemsom, onverminderd het recht van de niet-nalatige partij de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen of nakoming te verlangen en onverminderd diens recht op aanvullende schadevergoeding. Het invoeren van de ontbinding dient te geschieden bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging.

Het artikel is geschreven voor de situatie waarbij de akte van levering al klaar ligt bij de notaris, partijen zijn uitgenodigd voor het transport en één der partijen, na opnieuw (schriftelijk) te zijn uitgenodigd, niet verschijnt.¹⁸ Ook het niet reageren op een verzoek van de notaris om een afspraak te maken voor het notarieel transport wordt als een weigering gezien.¹⁹

De boete is alleen verschuldigd als aan twee voorwaarden is voldaan: 1) één partij werkt niet mee aan het verlijden van de akte van levering terwijl de andere partij wel aan zijn verplichtingen uit de overeenkomst heeft voldaan en 2) de in gebreke zijnde partij heeft na de eerste weigering eerst uitdrukkelijk een schriftelijke sommatie ontvangen waarin hem wordt gesommeerd alsnog mee te werken aan het verlijden van de akte. Blijft hij daarna alsnog in gebreke dan mag de niet in gebreke zijnde partij ervan uitgaan dat de nalatige partij niet zal nakomen.

8.2.5.1 Anticipatieve ontbinding

In het tweede lid van art. 22 AV is opgenomen dat indien al vóór oplevering van de woning waarschijnlijk wordt dat één der partijen niet aan zijn verplichtingen zal voldoen of in de nakoming ernstig tekort zal schieten, de andere partij het recht heeft ontbinding van de overeenkomst te vorderen, aldus art. 22 lid 2 AV.²⁰

Denkbaar is dat de ondernemer bepaalde noodzakelijke vergunningen niet verkrijgt en dat daardoor al voor levering duidelijk is dat hij niet tijdig zal kunnen gaan bouwen. Maar ook als op andere wijze waarschijnlijk wordt dat de ondernemer niet of niet tijdig zal kunnen nakomen wat is overeengekomen, voldoet hij niet aan zijn verplichtingen en mag de verkrijger de overeenkomst op basis van art. 22 lid 2 AV ontbinden.²¹ Ook bij de ondernemer kan de indruk ontstaan dat de verkrijger bijvoorbeeld niet aan zijn betalingsverplichtingen zal kunnen voldoen; in dat geval mag ook de ondernemer ontbinding vorderen op basis van art. 22 lid 2 AV.

18 RvA 13 maart 2002, nr. 22.404 en ook letterlijk in RvA 15 september 2000, nr. 21.818, BR 2002, 530, RvA 15 juli 2002, nr. 22.862, RvA 27 februari 2003, nr. 23.436.

19 RvA 8 juni 2004, nr. 24.988. Als eerder blijkt dat één der partijen haar verplichtingen niet zal nakomen, dient een beroep te worden gedaan op het tweede lid van art. 22 AV.

20 In de regeling van 2003 was dit geregeld in art. 20 lid 2 AV.

21 Over dit artikellid RvA 7 april 1997, nr. 17.901.

De bepaling van art. 22 lid 2 AV is vergelijkbaar met de wettelijke regelingen van de art. 6:265²² jo 6:80 lid 1 onder b en c BW²³ en art. 7:756 BW.²⁴ De wettelijke regeling van art. 7:756 BW is een uitwerking voor aanneming van werk van de algemene artikelen over dit onderwerp in Boek 6.

Art. 7:756 BW en art. 22 lid 2 AV bevatten de zogenaamde anticipatieve ontbinding. Een anticipatieve ontbinding is slechts relevant als de prestatie van de aannemer bestaat uit het opleveren van een werk aan de wederpartij, een zogenaamd *dare*.²⁵ Is de aannemingsovereenkomst gericht op een *facere*, het uitvoeren van het werk op aanwijzing van de wederpartij, dan is de anticipatieve ontbinding overbodig.²⁶ Van den Berg gaat op dit onderwerp in en zet uiteen dat bij een overeenkomst waarbij sprake is van een *dare*, de prestatie pas bij oplevering opeisbaar wordt.²⁷ Dit impliceert dat zolang de prestatie nog niet onmogelijk is geworden, in beginsel geen sprake kan zijn van verzuim en dus ook niet van ontbinding op basis van art. 6:265 lid 2 jo 6:81 BW.²⁸ De koop-/aannemingsovereenkomst is een overeenkomst waarbij de prestatie van de ondernemer bestaat uit het opleveren van werk, een *dare*. Art. 7:756, en ook art. 22 lid 2 AV, maakt de anticipatieve ontbinding voor die gevallen mogelijk.

22 Art. 6:265 BW:

1. Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.
2. Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is.

23 Art. 6:80 lid 1 BW: De gevolgen van niet-nakoming treden reeds in voordat de vordering opeisbaar is:

- a. indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn;
- b. indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten; of
- c. indien de schuldeiser goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen.

24 Art. 7:756 BW:

1. Indien reeds vóór de vastgestelde tijd van oplevering waarschijnlijk wordt dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd, kan de rechter de overeenkomst op vordering van de opdrachtgever geheel of gedeeltelijk ontbinden.
2. Indien reeds vóór de oplevering waarschijnlijk wordt dat de opdrachtgever niet op tijd of niet behoorlijk aan zijn verplichtingen zal voldoen, of dat de aannemer de overeenkomst niet zal kunnen uitvoeren ten gevolge van een omstandigheid die hem niet kan worden toegerekend, kan de rechter de overeenkomst op vordering van de aannemer geheel of gedeeltelijk ontbinden.
3. De rechter bepaalt de gevolgen van de ontbinding; hij kan de ontbinding ook doen afhangen van door hem te stellen voorwaarden.

25 Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 169.

26 Ibid.

27 Ibid.

28 Ibid.

Ontbinding is op basis van art. 7:756 BW mogelijk als voor oplevering reeds waarschijnlijk wordt dat een partij niet aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen.²⁹ In tegenstelling tot art. 6:80 BW en in lijn met art. 7:756 BW is onder de koop-/aannemingsovereenkomst ontbinding ook mogelijk als niet zeker is dat zonder tekortkoming zal worden opgeleverd, waarschijnlijkheid van niet nakomen is voldoende.³⁰

Het artikel in de Titel Aanneming van werk is ruimer geformuleerd dan de artikelen in Boek 6.³¹ Art. 7:756 BW eist namelijk niet dat vaststaat dat de nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn, zoals neergelegd in art. 6:80 lid 1 sub b, het artikel eist slechts dat waarschijnlijk is dat gebrekkig zal worden opgeleverd.³² En ook eist art. 7:756 BW niet dat de schuldenaar een mededeling heeft gedaan waaruit de schuldeiser moet afleiden dat de schuldenaar tekort zal schieten in de nakoming, zoals neergelegd in art. 6:80 lid 1 sub b BW. Tot slot eist art. 7:756 BW niet dat de schuldeiser goede gronden heeft om te vrezen voor tekortschieten door de schuldenaar en deze niet voldoet aan de in art. 6:80 lid 1 sub c BW bedoelde schriftelijke aanmaning.³³

Voor ontbinding op basis van art. 7:756 BW op vordering van de opdrachtgever is vereist dat reeds voor de vastgestelde tijd van oplevering waarschijnlijk wordt dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd.³⁴ Art. 7:756 BW bevat een limitatieve opsomming van gevallen waarin, wanneer waarschijnlijk is geworden dat nakoming niet zonder tekortkoming zal plaatsvinden, kan worden ontbonden. Ontbinding op vordering van de aannemer kan in twee gevallen, indien reeds voor oplevering waarschijnlijk wordt dat: 1) de opdrachtgever niet op tijd of niet behoorlijk aan zijn verplichtingen zal voldoen, en 2) de aannemer de overeenkomst niet zal kunnen uitvoeren ten gevolge van een omstandigheid die hem niet kan worden toegerekend.³⁵

Art. 22 lid 2 AV kent in tegenstelling tot art. 7:756 BW geen limitatieve opsomming van gevallen. Als waarschijnlijk is dat een der partijen niet aan zijn verplichtingen zal voldoen is dit voldoende. Art. 22 AV gaat daarmee nog verder dan art. 7:756 BW in vergelijking tot art. 6:80 BW.

Ingevolge art. 7:756 BW is voor ontbinding rechterlijke tussenkomst vereist.³⁶ Dit artikel is van dwingend recht.³⁷ Onder de koop-/aannemingsovereenkomst zal voor ontbinding wegens een toekomstige niet-nakoming, dus ontbinding op basis van

29 Asser/Van den Berg 5-III C 2007, nr. 168.

30 Ibid.

31 Ibid.

32 Zie lid 1 van art. 7:756 BW.

33 TM, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3 p. 24-25, Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 7.

34 Art. 7:758 lid 1 BW.

35 Zie voor beide voorwaarden het tweede lid van art. 7:758 BW.

36 En ook ingevolge 6:80 lid 1 BW.

37 Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 7-8.

het tweede lid van art. 22 AV, dan ook altijd rechterlijke tussenkomst nodig zijn, niettegenstaande het feit dat het tweede lid van art. 22 daarvan niet spreekt.³⁸

Omdat het verkrijgen van een ontbindingsvonnis tijd kost, betwijfelt Van den Berg of het artikel effectief zal blijken.³⁹ Wel kan het een nuttig effect hebben doordat het partijen ertoe aan kan zetten in een eerder stadium met elkaar in overleg te treden en naar een oplossing te zoeken.⁴⁰ Onder de koop-/aannemingsovereenkomst lijken partijen nauwelijks gebruik te maken van de mogelijkheid geboden in het tweede lid van art. 22 AV.

8.2.5.2 Schadevergoeding en ontbinding

Als één der partijen niet meewerkt aan het verlijden van de akte van levering is de niet-meewerkende partij de boete van art. 22 lid 1 AV verschuldigd. De boete bedraagt tien procent van de koop-/aanneemsom.

Wordt op basis van dit artikel de ontbinding ingeroepen, dan bepalen rechter of arbiters, ongeacht welke partij de ontbinding inroept, de gevolgen van de ontbinding. Zo kunnen zij voorwaarden aan de ontbinding stellen en schadevergoeding toekennen, aldus het derde lid van art. 22 AV.⁴¹ Het derde lid van art. 22 AV is vergelijkbaar met art. 7:756 BW lid 3 dat eenzelfde regeling kent.⁴²

Naast de boete kan de niet-nalatige partij eisen dat de overeenkomst wordt ontbonden en kan hij aanvullende schadevergoeding eisen. Deze aanvullende schadevergoeding kan bijvoorbeeld dienen om extra gemaakte kosten als gevolg van de weigering om mee te werken te vergoeden.

Over de boete en ontbinding als gevolg van het niet meewerken aan de akte van levering worden regelmatig uitspraken gedaan door de Raad van Arbitrage. De geschillen betreffen meestal verkrijgers die niet meewerken aan de levering. Vaak blijkt bij levering dat zij het dan verschuldigde termijnbedrag niet kunnen voldoen en dus aangeven niet te willen meewerken aan een transport. Het komt ook voor dat verkrijgers menen in een eerder stadium al te hebben aangegeven af te zien

38 Dit geldt niet voor ontbinding op basis van het eerste lid, in dat geval is een aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging voldoende. Zie art. 22 lid 1 AV.

39 Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 168, Van den Berg, 1990, p. 154, Cavadino, Goudsmit & De Vries, p. 581.

40 Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 8.

41 Art. 22 lid 3 AV: Indien op grond van lid 2 van dit artikel de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst wordt gevorderd en bedoelde vordering wordt toegewezen, bepalen de ingevolge de koop-/aannemingsovereenkomst benoemde scheidslieden de gevolgen daarvan. Zij kunnen de ontbinding doen afhangen van door hen te stellen voorwaarden en indien daartoe gronden aanwezig zijn en zulks gevorderd is, de partij waartegen de ontbinding wordt uitgesproken veroordelen tot schadevergoeding.

42 Zie Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 168.

van de koop, bijvoorbeeld omdat zij denken te hebben ontbonden op basis van het financieringsvoorbehoud, en dus nu niets meer te hoeven doen.⁴³

Hoewel partijen regelmatig een beroep doen op matiging van de boete, wordt dit vrijwel nooit ingewilligd. Het onderwerp boete komt aan de orde in § 5.2 van hoofdstuk 10 waarin de boete wegens bouwijdoverschrijding wordt besproken.

8.3 LASTEN EN BEPERKINGEN

Bij de aankoop van een nieuwbouwwoning kan de verkrijger te maken krijgen met zogenaamde zakelijke lasten en beperkingen die aan de grond kleven. Ingevolge lid 1a van art. 1 AV is de ondernemer verplicht de onroerende zaak over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen met uitzondering van die welke de verkrijger uitdrukkelijk heeft aanvaard.⁴⁴

Art. 1 lid 1a AV Eengezinswoningen

De ondernemer is verplicht de onroerende zaak over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de verkrijger uitdrukkelijk heeft aanvaard. Op hem rusten de verplichtingen bedoeld in de artikelen 7:15 en 7:20 van het Burgerlijk Wetboek (voetnoot 3). Hij informeert de verkrijger over de overgang van eventuele rechten als bedoeld in artikel 6:251 van het Burgerlijk Wetboek (voetnoot 3).⁴⁵

In art. 2 AV is opgenomen dat vanaf de datum van de akte van levering alle op de zaak rustende zakelijke lasten, belastingen en baten, ten laste of ten gunste van de verkrijger komen.⁴⁶ Dit houdt in dat eventuele te betalen erfpachtcanons of belastingen de verkrijger moeten worden voldaan of te ontvangen inkomsten als gevolg van verleende beperkte rechten aan de verkrijger toekomen.⁴⁷ Dit spreekt voor zich.

43 Zie voor voorbeelden uit de jurisprudentie hoofdstuk 6 over het financieringsvoorbehoud en ontbinding.

44 Art. 1 lid 1a AV Appartementen: Het/De appartementsrecht(en), zal/zullen geheel in overeenstemming zijn met de in de koop-/aannemingsovereenkomst genoemde (ontwerp)akte van splitsing. De ondernemer is verplicht het (de) appartementsrecht(en) over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de verkrijger uitdrukkelijk heeft aanvaard. Op hem rusten de verplichtingen bedoeld in de artikelen 7:15 en 7:20 van het Burgerlijk Wetboek(voetnoot 3). Hij informeert de verkrijger over de overgang van eventuele rechten als bedoeld in artikel 6:251 van het Burgerlijk Wetboek (voetnoot 3).

45 In voetnoot 3 bij dit artikel uit de algemene voorwaarden worden de aangehaalde BW artikelen weergegeven.

46 Art. 2 AV: Onverminderd het verder in deze voorwaarden bepaalde komen de op de onroerende zaak rustende zakelijke lasten en belastingen, alsmede eventuele baten ten laste casu quo ten gunste van de verkrijger vanaf de datum van de akte van levering of vanaf de datum van eventuele eerdere ingebruikneming.

47 Lees ook art. 3 AV in samenhang met art. 2 AV.

Is de zaak ondanks het bepaalde in het eerste lid van art. 1 lid 1a AV toch geleverd met lasten en beperkingen die niet uitdrukkelijk door de verkrijger zijn aanvaard, dan is de ondernemer gehouden de schade wegens waardevermindering als gevolg van deze lasten en beperkingen te vergoeden, aldus het derde lid van art. 1 AV.⁴⁸ Ingevolge de laatste zin van het derde lid van het artikel kan de verkrijger de overeenkomst ontbinden als de waarde van de zaak door de aanwezigheid van de lasten of beperking aanmerkelijk lager is.

In art. 1 lid 1a AV wordt verwezen naar drie onderwerpen die hieronder nader worden uitgewerkt. Het artikellid vermeldt dat op de ondernemer de verplichtingen bedoeld in de artikelen 7:15 en 7:20 BW rusten. In § 3.1 wordt op deze verwijzing naar het BW ingegaan. Ook staat er in art. 1 lid 1a AV dat het gaat om *bijzondere* lasten en beperkingen. Deze term komt ook voor in art. 7:15 BW, wat hieronder moet worden verstaan komt in § 3.2 aan bod. Tot slot moet de verkrijger de lasten en beperkingen die wel op de onroerende zaak rusten uitdrukkelijk aanvaarden. Wat onder beide termen moet worden verstaan hangt mede samen met art. 7:15 BW, in welk artikel de term ook wordt gebruikt, en wordt behandeld in § 3.3.

8.3.1 Verwijzingen naar het Burgerlijk Wetboek

Art. 1 lid 1a AV komt in grote lijnen overeen met Art. 7:15 BW. In art. 7:15 BW is de juridische conformiteit vastgelegd, de tegenhanger van art. 7:17 BW dat de feitelijke conformiteit bevat. Het artikel bestrijkt het terrein van de rechtsgebreken.⁴⁹ Art. 7:15 BW legt een mededelingsplicht op de verkoper waardoor deze is gehouden de onroerende zaak te leveren vrij van lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard.⁵⁰

De enige toevoeging die art. 7:15 BW nog geeft aan art. 1 lid 1a AV, is opgenomen in het tweede lid van dat art. 7:15 BW. Dit tweede lid van art. 7:15 BW is van dwingend recht.⁵¹ Het bepaalt dat de ondernemer ook instaat voor de afwezigheid van beperkingen of lasten die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog niet waren ingeschreven in de openbare registers. Dit voert zo ver dat ook voor later blijkende lasten de ondernemer aansprakelijk te stellen is.⁵² De in het tweede lid van art. 7:15 BW genoemde lasten en beperkingen waarvoor de ondernemer

48 Art. 1 lid 3 AV: Indien de verkrijger niet bij het aangaan van de koop-/aannemings-overeenkomst door de ondernemer van de lasten en verplichting(en), bedoeld in het vorige lid van dit artikel op de hoogte is gesteld, en die lasten en verplichting(en) de waarde van de onroerende zaak verminderen, heeft de verkrijger recht op schadevergoeding. De verkrijger kan bovendien ontbinding van de koop-/aannemings-overeenkomst inroepen of vorderen, indien althans zou blijken dat de waarde van de onroerende zaak hierdoor aanmerkelijk lager is.

49 TM, PG Boek 7, p. 113 en 118, Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 274. Art. 7:17 BW vult het artikel daarbij aan met de feitelijke conformiteit. Samen bestrijken zij het hele terrein van mogelijke gebreken, Huijgen 2003, p. 50.

50 Huijgen 2003, p. 51.

51 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 281.

52 Over het tweede lid van art. 7:15 BW ook Huijgen 2003, p. 58 e.v.

instaat, ook als deze nog niet zijn ingeschreven in de openbare registers, zijn echter beperkt tot die lasten en beperkingen die vatbaar zijn voor inschrijving in die registers.⁵³ Het tweede lid van art. 7:15 BW is dus beperkter geformuleerd dan het eerste. De precieze betekenis van de lasten en beperkingen uit het eerste lid komt aan de orde in § 3.2.

Op basis van art. 7:20 BW heeft de verkrijger het recht van de ondernemer te eisen dat de last of beperking wordt opgeheven, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen.⁵⁴ Ook dient de ondernemer ingevolge art. 1 lid 1a AV de verkrijger te informeren over de overgang van eventuele rechten als bedoeld in art. 6:251 BW. Art. 6:251 betreft de overgang van kwalitatieve rechten. Samengevat komt het er op neer dat als een uit een overeenkomst voortvloeiend voor overgang vatbaar recht in een zodanig verband staat met het goed, dat de eerste eigenaar slechts bij dat recht belang heeft zolang hij het goed behoudt, het recht overgaat op de volgende eigenaar.⁵⁵ De overgang van kwalitatieve rechten lijkt onder de koop-/aannemingsovereenkomst nauwelijks voor problemen te zorgen. Op dit onderwerp wordt dan ook niet dieper ingegaan.

8.3.2 Bijzondere lasten en beperkingen

Zowel art. 7:15 BW als art. 1 lid 1a AV spreekt van ‘bijzondere lasten en beperkingen’. Wat moet hieronder worden verstaan?

Het begrip ‘bijzondere lasten en beperkingen’ is te onderscheiden van het begrip algemene lasten en beperkingen. Algemene lasten zijn bijvoorbeeld belastingen. Bijzondere lasten en beperkingen zullen altijd door de rechthebbende op het registergoed moeten zijn aangegaan en daarmee steeds een bijzonder karakter hebben,

53 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 281.

54 Art. 7:20 BW: Is de zaak behept met een last of een beperking die er niet op had mogen rusten, dan kan de koper eisen dat de last of de beperking wordt opgeheven, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen.

55 Art. 6:251 BW:

1. Staat een uit een overeenkomst voortvloeiende, voor overgang vatbaar recht in een zodanig verband met een aan de schuldeiser toebehorend goed, dat hij bij dat recht slechts belang heeft, zolang hij het goed behoudt, dan gaat dat recht over op degene die dat goed onder bijzondere titel verkrijgt.

2. Is voor het recht een tegenprestatie overeengekomen, dan gaat de verplichting tot het verrichten van die tegenprestatie mede over, voor zover deze betrekking heeft op de periode na de overgang. De vervreemder blijft naast de verkrijger jegens de wederpartij aansprakelijk, behoudens voor zover deze zich na de overgang in geval van uitblijven van de tegenprestatie van haar verbintenis kan bevrijden door ontbinding of beëindiging van de overeenkomst.

3. Het in de vorige leden bepaalde geldt niet, indien de verkrijger van het goed tot de wederpartij bij de overeenkomst een verklaring richt dat hij de overgang van het recht niet aanvaardt.

4. Uit de rechtshandeling waarbij het goed wordt overgedragen, kan voortvloeien dat geen overgang plaatsvindt.

ze gelden niet voor bijvoorbeeld een hele wijk of een heel gebied maar alleen voor die betreffende woning.⁵⁶ Het gebruik van het woord ‘bijzondere’ wijst in de richting van privaatrechtelijke lasten en beperkingen.⁵⁷ De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeelden van lasten en beperkingen in de zin van art. 7:15 BW zakelijke rechten van derden en uit overeenkomst voortvloeiende lasten zoals huur en kwalitatieve verplichtingen in de zin van art. 6:252 BW.⁵⁸

In de literatuur bestond aanvankelijk onduidelijkheid over de vraag of ook (sommige) publiekrechtelijke beperkingen onder het bereik van art. 7:15 BW vielen.⁵⁹ De Hoge Raad sprak zich in 2004 uit over deze vraag en oordeelde dat dit inderdaad het geval was.⁶⁰ Het gaat dan niet om publiekrechtelijke lasten in het algemeen, maar om publiekrechtelijke lasten met een bijzonder karakter.⁶¹ Bij beperkingen die onder de reikwijdte van art. 7:15 BW vallen, valt te denken aan de aanwijzing tot een monument.⁶²

8.3.3 Uitdrukkelijk aanvaarden

In zowel art. 7:15 BW als art. 1 lid 1a AV wordt gesproken van uitdrukkelijke aanvaarding van lasten en beperkingen. Over het antwoord op de vraag wat met deze term wordt bedoeld, bestaat onduidelijkheid.⁶³

Hijma geeft aan dat de discussie omtrent de vraag wat onder dit begrip moet worden verstaan in tweeërlei perspectief kan worden geplaatst.⁶⁴ Allereerst kan volgens hem de vraag gesteld worden of voor een uitdrukkelijke aanvaarding nodig is dat de lasten of beperkingen *met zoveel woorden* zijn aanvaard, of dat ook een impliciete aanvaarding mogelijk is. Deze vraag ziet op de vorm van de acceptatie. Ten tweede kan de vraag worden gesteld of voor een uitdrukkelijke aanvaarding nodig is dat de lasten of beperkingen *stuk voor stuk zijn aanvaard* of dat ook een overkoepelende acceptatie mogelijk is. Deze vraag ziet op de mate waarin de acceptatie moet zijn gespecificeerd.⁶⁵

56 Heyman & Van Rossum 1992, p. 309.

57 Huijgen 2003, p. 51.

58 TM, PG Boek 7, p. 113.

59 Zie Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 275 voor een opsomming van de literatuur op dit punt.

60 HR 27 februari 2004, NJ 2004, 635. Over deze uitspraak: Bartels 2005, p. 29-39.

61 TM, PG Boek 7, p. 113 en ook hierover Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 275.

62 Huijgen 2003, p. 52. Volgens Huijgen valt voor bescherming tegen niet vermelde bijzondere publiekrechtelijke beperkingen uit het oogpunt van kopersbescherming veel te zeggen. Ook vindt hij dat het feit dat art. 7:15 BW ziet op rechtsgebreken een argument om aan te nemen dat ook meer specifieke publiekrechtelijke beperkingen onder dit artikel vallen. Daar komt bij dat het artikel spreekt over vrij van ‘alle’ lasten en beperkingen.

63 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 277, Bartels 2005, p. 29-39, Huijgen 2003, p. 54.

64 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 277.

65 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 277, Bartels 2005, p. 36.

Hijma en Bartels zijn van mening dat met betrekking tot de eerste vraag, de *vorm* van de aanvaarding van de lasten en beperking, een impliciete aanvaarding voldoende is.⁶⁶ Dit vloeit voort uit de ratio van art. 7:15 lid BW, namelijk dat de koper niet achteraf met hem ten tijde van de contractsluiting onbekende lasten mag worden overvallen. Van een impliciete aanvaarding is sprake als bijvoorbeeld een verkoper een last *mededeelt* en de koper met de wetenschap van deze last overgaat tot de koop. In de koopakte hoeft niet vermeld te staan dat die last op de zaak rust om van een (uitdrukkelijke) aanvaarding te kunnen spreken.

Met betrekking tot de specificatie van de aanvaarding van lasten en beperkingen, de door Hijma als tweede genoemde vraag, zijn de meningen in de literatuur eveneens verdeeld. Kleijn is van mening dat alle bijzondere lasten en beperkingen uitdrukkelijk en stuk voor stuk moeten worden aanvaard.⁶⁷ Dat wil zeggen dat alle lasten en beperkingen afzonderlijk aan de verkrijger moeten worden medegedeeld. Dit kan mondeling of schriftelijk gebeuren, zolang ze maar genoemd worden.

Anderen⁶⁸ zijn de mening toegedaan dat wanneer een standaardclausule of een in algemene bewoordingen geformuleerd beding wordt gehanteerd, waarin wordt gesteld dat bijvoorbeeld de koper 'het verkochte aanvaardt met alle lasten en lasten', dit voldoende is voor een uitdrukkelijke aanvaarding in de zin van art. 7:15 BW.⁶⁹ Als een in algemene bewoordingen geformuleerd beding is opgenomen, is gewezen op de mogelijkheid dat nog lasten of verplichtingen op de zaak rusten. Doet de koper vervolgens geen onderzoek, dan aanvaardt hij bewust de kans dat hij nog met lasten en beperkingen kan worden geconfronteerd, aldus Hijma en Huijgen.⁷⁰ Hijma merkt op dat het gebruik van een dergelijke clausule qua vorm uitdrukkelijk is, maar inhoudelijk dun is te noemen.⁷¹ Toch voldoet een dergelijke clausule volgens hem aan de ratio van art. 7:15 lid 1 BW omdat 'uitdrukkelijk' (in samenhang met de term 'stilzwijgend') betrekking heeft op de vorm van de afgelegde wilsverklaring.⁷²

Terecht wijzen enkele schrijvers erop dat voor leken een in algemene bewoordingen vervat beding niet als een waarschuwing zal worden opgevat en dat derhalve lasten specifiekere zullen moeten worden aangegeven, op straffe van aanspraken naderhand wegens een tekortkoming in de zin van art. 7:15 lid 1 BW.⁷³

Voorts moet worden opgemerkt, dat wanneer een beding als een in algemene bewoordingen vervat beding kan worden gekwalificeerd en er sprake is van een

66 Ibid.

67 Kleijn is een aanhanger van deze opvatting: Kleijn 1992, p. 9-10. hierover ook: Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 277 en 278. Zie ook de onder nr. 278 genoemde literatuur.

68 Jac. Hijma in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 278, Broekema-Engelen & Castermans 1990, p. 607-608 en Heyman & van Rossum 1992, p. 307.

69 Huijgen 2003, p. 54. Hierover ook: Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 277.

70 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 277, Huijgen 2003, p. 54 en ook p. 57-58.

71 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 279.

72 Ibid.

73 Ibid., Heyman & van Rossum 1992, p. 307. Huijgen 2003, nr. 18b-18c.

overeenkomst tussen een professionele verkoper en een consument-koper, dit beding kan worden aangemerkt als een onredelijk bezwarend beding in de zin van art. 6:237 sub b BW (grijze lijst).⁷⁴ Het is bij een beroep door de koper op de onredelijke bezwarendheid van de wijze waarop de lasten en beperkingen zijn medegegeeld, aan de verkoper feiten en omstandigheden te stellen en bewijzen waarmee het vermoeden van de onredelijk bezwarendheid kan worden weerlegd. Het is dan ook aan te raden aan de ondernemer om eventueel op de onroerende zaak rustende lasten of verplichtingen expliciet te melden aan de verkrijger en afschriften van deze verplichtingen aan de akte te hechten, waardoor deze niet meer als algemene voorwaarden zijn aan te merken en derhalve niet als onredelijk bezwarend kunnen worden gekwalificeerd.

Onder de koop-/aannemingsovereenkomst doen zich rond de aanvaarding van lasten en beperkingen niet snel problemen voor. Veelal worden afschriften van de lasten en beperkingen stuk voor stuk aan de koopovereenkomst gehecht en zijn verkrijgers op die wijze op de hoogte van aanwezige lasten of beperkingen.⁷⁵ Deze praktijk is met het oog op de bescherming van de consument een goede.

8.4 VERONTREINIGING VAN DE GROND

In de algemene voorwaarden is in art. 1 lid 1b een bepaling opgenomen met betrekking tot verontreiniging van de grond.

Allereerst moet worden opgemerkt dat bij de bouw van nieuwbouwwoningen zoals onder de koop-/aannemingsovereenkomst vervuiling van de grond niet snel (meer) zal voorkomen.⁷⁶ Reeds voordat de verkrijger de grond geleverd krijgt, dient de ondernemer tegenwoordig gelijktijdig met de aanvraag van de bouwvergunning een onderzoek omtrent de bodemgesteldheid aan de gemeente over te leggen.⁷⁷ Het College van B&W is verplicht de aanvraag van de bouwvergunning aan te houden als uit het onderzoeksrapport blijkt, of als op andere wijze het vermoeden is ontstaan, dat de bodem verontreinigd is. Wanneer sprake is van ernstige vervuiling, dient de ondernemer eerst een saneringsplan in te dienen alvorens een

74 Huijgen 2003, p. 56. Enkele andere schrijvers wijzen erop dat voor leken een in algemene bewoordingen vervat beding niet als een waarschuwing zal worden opgevat en dat derhalve lasten specifiekere zullen moeten worden aangegeven, op straffe van aanspraken naderhand wegens een tekortkoming in de zin van art. 7:15 lid 1 BW, Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 279, Heyman & van Rossum 1992, p. 307.

75 Huijgen 2003, p. 56.

76 Er is ook geen recente jurisprudentie bekend over dit onderwerp. Vroeger kwam dit nog wel eens voor zie o.a. alle in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 346c genoemde literatuur en de uitspraken van de Hoge Raad inzake o.a. de Steendijkpolder in Maassluis: HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289. Deze uitspraken gingen deels ook over de aansprakelijkheid van de gemeente tegenover de ondernemer.

77 Waarschijnlijk is dat bij ABC-levering van de grond waarbij de gemeente zelf eigenaar is van die grond, ook een dergelijke verklaring en daaraan voorafgaand onderzoek vereist is. De vraag is dan wie dat onderzoek uitvoert, de gemeente of de ondernemer.

bouwvergunning wordt afgegeven. Aan de vergunning kunnen in dat geval voorwaarden worden verbonden die verband houden met de sanering van de bodem.⁷⁸

Door deze procedure wordt de kans dat de verkrijger te maken krijgt met verontreinigde grond zeer klein. De Algemene Toelichting vermeldt daarbij nog onder het kopje ‘Bodemkwaliteit’ dat ‘het kopen van een kavel bouwgrond betekent dat de grond geschikt is voor bebouwing of bewoning’.⁷⁹

Met het oog op vervuiling van de grond is in art. 1b AV een regeling omtrent dit onderwerp opgenomen. In tegenstelling tot veel koopcontracten bevat de koop-/aannemingsovereenkomst geen zogenaamde onbekendheidsverklaring aangaande vervuiling van de grond.⁸⁰ Een dergelijke bepaling houdt in dat de ondernemer verklaart niet bekend te zijn met enige vervuiling van de grond. Over de status van een dergelijk beding is veel discussie in de literatuur ontstaan en het gebruik van het beding is aanleiding tot veel jurisprudentie.⁸¹ De meeste jurisprudentie over vervuilde grond gaat over de vraag of de verkoper aansprakelijk is voor de schade als gevolg van vervuiling, ondanks het gebruik van een dergelijke clause. Onder de koop-/aannemingsovereenkomst zal deze vraag zich niet voordoen, omdat de ondernemer zijn aansprakelijkheid bij vervuiling niet uitsluit, zie immers art. 1 lid 1b AV.

Art. 1 lid 1b AV

Indien de tot de onroerende zaak behorende grond verontreinigingen mocht blijken te bevatten die de gezondheid van mens, dier en/of planten kunnen schaden, heeft de verkrijger het recht de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen of te vorderen, tenzij de redelijkheid en billijkheid zich wegens de geringe ernst van de verontreiniging daartegen verzet en/of de ondernemer zich verplicht op zijn kosten passende maatregelen te nemen tot opheffing van de verontreiniging casu quo de schadelijke gevolgen daarvan, zulks onverminderd het recht van de verkrijger tot schadevergoeding, indien daartoe gronden zijn.

Ingevolge art. 1 lid 1b AV heeft de verkrijger recht de overeenkomst te ontbinden mocht de grond verontreinigd zijn.⁸² Het moet dan gaan om verontreinigingen

78 Afkomstig uit Algemene Toelichting voor de koop-/aannemingsovereenkomsten voor Eengezinshuizen met toepassing van de GIW garantie- en waarborgregeling, ‘Bouwkwaliteit’, versie 1 januari 2007, p. 2.

79 Pagina 1 van de Algemene Toelichting behorend bij de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden voor Eengezinswoningen, versie 2007.

80 Bijvoorbeeld het NVM-koopcontract in art. 5.1.4. Over de onbekendheidsverklaring ook: Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 346c. Zie ook alle daar genoemde literatuur.

81 Zie voor een verwijzing naar literatuur Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 346c.

82 **Art. 1 lid 1b AV Appartementen: Indien de in de splitsing betrokken grond verontreinigingen mocht blijken te bevatten die de gezondheid van mens, dier en/of planten kunnen schaden, heeft de verkrijger het recht de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen of te vorderen, tenzij de redelijkheid en billijkheid zich wegens de geringe ernst van de verontreiniging daartegen verzet en/of de ondernemer zich verplicht op zijn kosten passende maatregelen te nemen tot opheffing van de verontreiniging casu quo de schadelijke gevolgen daarvan, zulks**

die ‘de gezondheid van mens, dier en/of planten kunnen schaden’. Hieruit lijkt te volgen dat een ongevaarlijke verontreiniging van de bodem geen recht geeft op ontbinding. In het vervolg van het artikel wordt dit bevestigd: geen ontbinding kan plaatsvinden als de redelijkheid en billijkheid zich daartegen verzet wegens de geringe ernst van de verontreiniging.

Het tweede gedeelte van art. 1 lid 1b AV is enigszins cryptisch geformuleerd. Er staat: ‘en/of de ondernemer zich verplicht op zijn kosten passende maatregelen te nemen tot opheffing van de verontreiniging casu quo de schadelijke gevolgen daarvan, zulks onverminderd het recht van de verkrijger tot schadevergoeding, indien daartoe gronden zijn.’ Dit houdt in dat als de vervuiling gering is én de ondernemer zich verplicht passende maatregelen te nemen, de verkrijger niet mag ontbinden.

Ingevolge art. 6:236 onder b BW wordt een uitsluiting of beperking van het recht op ontbinding opgenomen in Afdeling 5 van Titel 5 geacht een onredelijk bezwarend beding te zijn.⁸³ Afdeling 5 van Titel 5 van Boek 6 bevat art. 6:265 BW.⁸⁴ In dit artikel is opgenomen dat bij een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis de wederpartij de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden ‘tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis een ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.’ Een ontbinding met haar gevolgen moeten dus proportioneel zijn in verhouding tot de tekortkoming.

Uitgangspunt van art. 6:265 BW is dat iedere tekortkoming de bevoegdheid tot ontbinding geeft.⁸⁵ De tekortkoming hoeft niet aan de wederpartij te kunnen worden toegerekend.⁸⁶ Maar de tekortkoming moet haar gevolgen wel rechtvaardigen; een geringe tekortkoming rechtvaardigt niet per definitie de ontbinding.⁸⁷ Het proportionaliteitsbeginsel schrijft een afweging voor tussen enerzijds de tekortkoming en anderzijds de sanctie ontbinding.⁸⁸ Bij de beantwoording van de

onverminderd het recht van de verkrijger tot schadevergoeding, indien daartoe gronden zijn.

83 **Art. 6:236 sub b BW: Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding**

b. dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt;

84 **Art. 6:265 BW:**

1. Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

2. Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is.

85 Kritiek op de formulering van het artikel in Van Nispen 2003, p. 46.

86 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 495, Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 514.

87 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 496, Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 516.

88 Asser/Hartkamp 4-II 2005, 516.

vraag of de tekortkoming van dusdanige geringe betekenis is dat zij de ontbinding niet rechtvaardigt dient de rechter de wederzijdse belangen tegen elkaar af te wegen, waarbij hij rekening mag houden met alle omstandigheden van het geval.⁸⁹

In de literatuur is het uitgangspunt van art. 6:265 lid 1 BW dat *iedere* tekortkoming in de nakoming aan de wederpartij de bevoegdheid geeft te ontbinden, onder druk komen te staan.⁹⁰ Die kritiek houdt met name in dat de ontbindingsbevoegdheid te ruim wordt uitgelegd. De Hoge Raad houdt blijkens zijn arresten vast aan de hoofdregel van art. 6:265 lid 1 BW.⁹¹ Volgens Hijma staat het feit dat door de Hoge Raad aan de wet wordt vastgehouden aan het wettelijke systeem van de hoofdregel met daarop de uitzondering, niet in de weg aan een geleidelijk ruimhartiger toepassing van de in het tweede lid opgenomen uitzonderingsformule.⁹² Nadat het proportionaliteitsbeginsel door de Hoge Raad voor het recht op nakoming of herstel uitdrukkelijk erkend werd in de eerdergenoemde zaak Multi Vastgoed/Nethou⁹³ werd door sommige auteurs gesteld dat de Hoge Raad nu ook bij de ontbindingsbevoegdheid een (ruimere) belangenafweging zou hanteren wat zou leiden tot een beperking van de ontbindingsbevoegdheid.⁹⁴ Gezien de voor Multi Vastgoed/Nethou al door de Hoge Raad gewezen arresten lijkt het het meest waarschijnlijk dat de Hoge Raad vast zal blijven houden aan een ruime(re) ontbindingsbevoegdheid bij tekortkomingen.

Art. 1 lid 1b AV is geen onredelijk bezwarend beding nu de inhoud van het artikel overeenstemt met de eisen van art. 6:265 BW, samengevat; ontbinding is mogelijk tenzij de ontbinding buitenproportioneel is ten opzichte van de geconstateerde tekortkoming. Het inroepen van ontbinding wegens ernstige vervuiling die door de ondernemer niet gesaneerd wordt, komt niet buitenproportioneel voor. In het geval dat de ondernemer aanbiedt de vervuiling te saneren, kan de ontbinding wellicht de tekortkoming niet rechtvaardigen. Bij de beantwoording van de vraag of het beding dat ontbinding uitsluit onredelijk bezwarend is, moet worden meegewogen dat de ondernemer aanbiedt te saneren. Onder omstandigheden zou dit met zich kunnen brengen dat het beding niet onredelijk bezwarend is, bijvoorbeeld omdat de sanering niet bijzonder ingrijpend is voor de verkrijgers. Wat ook meegewogen zou kunnen worden bij de beantwoording van de vraag art. 1 lid 1b AV onredelijk bezwarend is, is het feit dat voor ontbinding vereist is dat de ondernemer in verzuim is. Dit verzuim ontstaat als de ondernemer in gebreke is gesteld en een redelijke termijn tot nakoming heeft gekregen van de verkrijger. Dit betekent dat

89 HR 11 juni 1982, NJ 1983, 695 en HR 10 augustus 1992, NJ 1992, 715, vergelijkbaar: HR 30 november 1984, NJ 1985, 232.

90 Zie de in Asser/Hijma 5-1 2007, nr. 497 genoemde literatuur.

91 HR 22 oktober 1999, NJ 2000, 208 m.nt. JH, HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 m.nt. JBMV.

92 Asser/Hijma 5-1 2007, nr. 497. Evenzo: Jansen & Van Rossum 2001, p. 696, anders: Van den Berg 2001, p. 300.

93 HR 5 januari 2001, NJ 2001/179 (Multi Vastgoed/Nethou).

94 Zie n.a.v. Multi Vastgoed/Nethou: Van den Berg 2001, p. 300, Jansen & Van Rossum 2001, p. 694-700. Meer over de beperking van de ontbindingsbevoegdheid o.a.: Hartlief 1994, pp. 138, 139 en 204.

de ondernemer de kans moet krijgen het gebrek (binnen een redelijke termijn) te herstellen en dus de kans zou moeten krijgen de grond te saneren. Krijgt hij deze kans niet dan staat voor de verkrijger geen beroep op ontbinding open.

Ingevolge het slot van het eerste lid van art. 1b heeft de verkrijger recht op schadevergoeding (art. 1 lid 1b en lid 3 AV). Dit is zowel het geval bij ontbinding als bij sanering.

8.4.1 Ontbinding en het proportionaliteitsbeginsel in de Principles

In de PELSC is op twee plaatsen een bepaling opgenomen die vergelijkbaar is met de in het Nederlands recht neergelegde proportionaliteitseis. In art. 2:109 lid 1 onder b PELSC is de proportionaliteitseis neergelegd met betrekking tot nakoming of herstel: de ondernemer moet nakomen mits ‘nakoming voor de aannemer niet onredelijke inspanningen of kosten zal inhouden’. In art. 2:110 lid 2 PELSC is de proportionaliteitseis neergelegd voor ontbinding. In beide bepalingen wordt verwezen naar daarmee vergelijkbare en verweven bepalingen in de PECL. Hieronder zal de proportionaliteitseis zoals neergelegd in deze Principles aan bod komen. Eerst wordt ingegaan op de eis in geval van nakoming, daarna ingeval van ontbinding.

In beginsel heeft de ondernemer het recht nakoming te vorderen, maar deze vordering tot nakoming kan onder omstandigheden onredelijk zijn.⁹⁵ Bij het beantwoorden van de vraag of nakoming (ingevolge art. 2:109 lid 1 onder b PELSC) niet van de ondernemer gevergd kan worden omdat nakoming onredelijke inspanningen of kosten zal inhouden, moet worden gekeken naar de omstandigheden van het geval. Factoren die een rol kunnen spelen zijn de waardevermindering van het werk, het belang van het gebrek aan conformiteit in relatie tot het doel van de verkrijger (met het werk), de geschiktheid van een andere remedie en de kosten van het oplossen van het defect.⁹⁶

Ook in de PECL is de proportionaliteitseis t.a.v. nakoming opgenomen en wel in art. 9:102 PECL.⁹⁷ Art. 2:109 PELSC is in feite (deels) een herhaling van het algemeen rechterlijke artikel 9:102 van de PECL.⁹⁸ Onder b van het tweede lid van art. 9:102 PECL is in exact dezelfde bewoordingen als in de PELSC het proportionaliteitsbeginsel opgenomen. In de toelichting op art. 9:102 PECL staat dat geen vaste regel kan worden gegeven voor de vraag wanneer een uitgave onredelijk is.⁹⁹

95 Barendrecht e.a. 2007, p. 388.

96 Ibid.

97 Art. 9:102 lid 2 PECL: Nakoming kan echter niet worden gevorderd indien:
 (a) nakoming onwettig of onmogelijk zou zijn; of
 (b) nakoming voor de schuldenaar onredelijke inspanningen of kosten zou inhouden; of
 (c) nakoming bestaat uit de levering van werk of diensten van persoonlijke aard of afhangt van een persoonlijke verhouding; of
 (d) de schuldeiser de prestatie redelijkerwijs elders kan verkrijgen;

98 Barendrecht e.a. 2007, p. 389.

99 Barendrecht e.a. 2007, p. 396.

Er worden ook geen omstandigheden genoemd die meegewogen moeten worden bij de verantwoording van de vraag of nakoming niet van de ondernemer gevorderd kan worden. Denkbaar is dat ook hier alle omstandigheden een rol spelen. De bepaling lijkt vergelijkbaar met de bepalingen in het Nederlandse recht.¹⁰⁰

De proportionaliteitseis is ook in het kader van ontbinding van de overeenkomst in de PELSC en de PECL te vinden. Ingevolge art. 2:110 lid 2 PELSC kan de verkrijger de overeenkomst alleen ontbinden indien sprake is van een ‘wezenlijke tekortkoming’.¹⁰¹ In de PELSC is in art. 9:301 een vergelijkbare bepaling opgenomen.¹⁰²

De PECL en de PELSC kennen een onderscheid tussen ‘non-performance’ en ‘fundamental non-performance’. Bepaalde remedies kunnen alleen worden ingeroepen indien sprake is van een ‘fundamental non-performance’, oftewel een wezenlijke tekortkoming.¹⁰³ Ook voor het invoeren van ontbinding is een wezenlijke tekortkoming nodig.¹⁰⁴ Art. 8:103 PECL geeft aan wanneer sprake kan zijn van een wezenlijke tekortkoming.¹⁰⁵

Ingevolge a van art. 8:103 PECL is niet de ernst van de consequenties van de tekortkoming beslissend, maar allereerst de inhoud van de overeenkomst tussen partijen.¹⁰⁶ Indien partijen zijn overeengekomen dat nauwgezette nakoming van de overeenkomst essentieel is, en afwijking ervan het hart van de overeenkomst zozeer zal aantasten, dan is de crediteur gerechtigd de overeenkomst te ontbinden.¹⁰⁷ Ingevolge het onder b genoemde moet worden gekeken naar de ernst van het effect van de tekortkoming.¹⁰⁸ Is de tekortkoming dusdanig dat de benadeelde partij

100 Zie ook De Vries 2002, p. 25-26.

101 Art. 2:210 lid 2 PELSC: De opdrachtgever kan de overeenkomst ontbinden overeenkomstig Hoofdstuk 9, Afdeling 3 PECL (Ontbinding van de overeenkomst), indien de non-conformiteit een wezenlijke tekortkoming is in de zin van Artikel 8:103(b) of (c) PECL (Wezenlijke tekortkoming).

102 Art. 9:301 PECL:

(1) Een partij kan de overeenkomst ontbinden indien de tekortkoming van de wederpartij wezenlijk is.

(2) In geval van vertraging kan de schuldeiser de overeenkomst ontbinden overeenkomstig Artikel 8:106 lid (3).

103 Hierover De Vries 2002, p. 13-18.

104 Art. 2:210 lid 2 PELSC en art. 9:301 PECL.

105 Art. 8:103 PECL: Een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis vormt een wezenlijke tekortkoming indien:

(a) strikte naleving van de verbintenis voor de overeenkomst van wezenlijk belang is; of

(b) de tekortkoming de schuldeiser wezenlijk onthoudt hetgeen hij krachtens de overeenkomst mocht verwachten tenzij de wederpartij dit noch voorzag noch redelijkerwijs kon voorzien; of

(c) de tekortkoming opzettelijk is en de schuldeiser goede gronden geeft om niet meer te vertrouwen op een toekomstige nakoming door de wederpartij.

106 Lando & Beale 2000, p. 364.

107 Zie a en b van het artikel. Hierover ook: De Vries 2002, p. 25.

108 Lando & Beale 2000, p. 365.

het belang verliest in de overeenkomst, ook dan is de tekortkoming wezenlijk. Ingevolge het onder c genoemde is een tekortkoming ook wezenlijk als de non-performance opzettelijk heeft plaatsgevonden en de benadeelde partij reden geeft te geloven dat hij in de toekomst niet kan vertrouwen op zijn wederpartij.

De proportionaliteitseis zoals wij die kennen lijkt besloten te liggen in een combinatie van de onder a en b genoemde factoren. Door het hanteren van een onderscheid tussen wezenlijke tekortkomingen en ‘reguliere’ tekortkomingen en het recht op ontbinding te koppelen aan een wezenlijke tekortkoming is er een groot verschil met het Nederlandse recht waarbij (samengevat) het uitgangspunt is dat iedere tekortkoming in beginsel recht geeft op ontbinding, behoudens strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁹ De vraag is echter of de uitkomst in het concrete geval veel zal verschillen.

8.5 LEVERING VAN OVER- OF ONDERMAAT

Het komt regelmatig voor dat er afwijkingen bestaan tussen het in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen grondoppervlak en het oppervlak van het stuk grond dat geleverd wordt. Een afwijking tussen het werkelijke grondoppervlak en het overeengekomen oppervlak wordt over- of ondermaat genoemd.¹¹⁰

Van belang voor de vaststelling van het grondoppervlak en de al dan niet verrekening van ondermaat is I KA en art. 3 KA. Onder I KA is de maat van de grond opgenomen, in art. 3 KA is een regeling opgenomen met betrekking tot afwijkingen tussen de grootte van het uiteindelijk geleverde perceel en het onder I opgenomen oppervlak.¹¹¹ De volgende paragrafen gaan over levering van over- of ondermaat. In § 8.5.1 wordt ingegaan op de circa-bepaling opgenomen onder I KA. In § 8.5.2 wordt de al dan niet verrekening van ondermaat, opgenomen in art. 3 KA, behandeld. In § 8.5.3 wordt optie A van dat artikel verder uitgewerkt. In § 8.5.4 wordt ingegaan op de vraag of art. 3 KA onredelijk of onredelijk bezwarend is. § 8.5.5 gaat in op een mogelijk alternatief voor het huidige art. 3 KA. In § 8.5.6 wordt ingegaan op de berekening van de schadevergoeding bij variant A.

Tot slot wordt ingegaan op de situatie dat een beroep op art. 3 KA niet meer op gaat. In sommige gevallen heeft de verkrijger nog wel alternatieve vorderingen die bij minder geleverde grond kunnen worden ingesteld op basis van andere bepalingen.

109 Meer hierover in § 8.1.2.2.

110 Ondermaat is een negatieve afwijking ten opzichte van de in de overeenkomst vermelde circa-maat waarbij naar de bedoeling van partijen, de vermelding van de maat strekt tot het vaststellen van de oppervlakte van het verkochte onroerend goed, aldus Schaaf & Swennenhuis 1990, p. 259 die hun definitie a-contrario ontleenen aan HR 9 januari 1976, NJ 1976, 233. Overmaat is het tegenovergestelde.

111 Het gaat bij afwijkingen op basis van art. 3 KA alleen om afwijkingen in de grootte of het oppervlak van het perceel, en niet om afwijkingen in het oppervlak of de grootte van de woning. In de model koop-/aannemingsovereenkomst van 1974 werd nog gesproken van ‘onroerend goed’ in plaats van ‘grond’. In latere versies is dit veranderd. Zie ook Van den Berg & Lavrijssen 2004, p.172.

gen in de koop-/aannemingsovereenkomst, de algemene voorwaarden en het BW. Deze komen aan bod in § 8.5.7.

8.5.1 De circa-bepaling

Ten tijde van ondertekening van de koop-/aannemingsovereenkomst is vaak nog niet duidelijk wat het exacte oppervlak van het geleverde perceel is. De beschikbare kadastrale omschrijving is meestal niet te gebruiken, omdat het verkochte perceel in veel gevallen onderdeel uitmaakt van een groter kadastraal perceel.¹¹² Pas na oplevering worden de afzonderlijke percelen van de verkrijgers opgemeten en opgenomen in het kadaster.

In de model koop-/aannemingsovereenkomst wordt met de realiteit van de nog niet exact bekende perceelsgrootte rekening gehouden door de grootte van het perceel door middel van de zogenaamde circa-bepaling op te nemen. Onder I KA wordt het oppervlak van het perceel opgenomen met daarbij het woord ‘circa.’¹¹³ Het eerste deel van het artikel luidt:

Onder I KA, eerste deel

‘De ondernemer verkoopt aan de verkrijger, die koopt van de ondernemer: een perceel/de percelen grond ter grootte van circa overeenkomstig de bij notaris.... gedeponeerde situatietekening aangeduid met het/de bouwnummer(s)..... gelegen met de - voor zover aanwezig - daarop in aanbouw zijnde opstallen, kadastraal bekend’

Na oplevering blijkt in veel gevallen dat de onder I KA opgenomen circamaat niet strookt met de werkelijke oppervlakte van het perceel. De indruk lijkt gewettigd, gezien de nog te bespreken jurisprudentie, dat de maten opgenomen onder I KA bij twijfel eerder wat te ruim dan te eng worden voorgesteld om de verkoop van de percelen te bevorderen.¹¹⁴ Vaak worden ook wijzigingen in de planning van de openbare ruimte aangebracht na verkoop van de woningen. De loop van de straten en waterpartijen wordt verlegd of huizenblokken worden verschoven. Hierdoor moeten sommige percelen hele stukken grond afstaan en krijgen andere er hele stukken bij.¹¹⁵

112 Schaaf & Swennenhuis 1990, p. 258 en Bruggeman 2006, p. 515.

113 Indien in de overeenkomst de kadastrale nummers worden vermeld, brengt dit voor de verkrijger geen onderzoeksplicht met zich om de tekeningen op te vragen en na te gaan welk deel hem nu werkelijk in eigendom zal worden overgedragen. RvA 3 november 1999, nr. 21.146, BR 2000, p. 146.

114 Niet zo in: RvA 4 augustus 2000, nr. 21.278/21.283, waarin sprake was van overmaat en waarbij verrekening niet was uitgesloten. Vergelijkbaar: RvA 24 december 1998, nr. 19.020.

115 Zie hierover ook Kleijn & Van Wijngaarden 1975, p. 228.

8.5.2 Verrekening van over- of ondermaat

In art. 3 KA wordt partijen bij het aangaan van de overeenkomst een keuze gegeven tussen het gebruik van twee varianten met betrekking tot het al dan niet verrekenen van over- of ondermaat in de perceelsgrootte.

Art. 3 KA

(A)*

Vershil tussen de werkelijke en de hiervoor opgegeven maat of grootte van de grond geeft geen aanleiding tot enige rechtsvordering tot vergoeding ter zake.

(B)*

Vershil tussen de werkelijke en de hiervoor opgegeven maat of grootte van de grond geeft geen aanleiding tot enige rechtsvordering tot vergoeding ter zake, behoudens een rechtsvordering tot algehele vergoeding op basis van € __ per centiare, indien het verschil 5% of meer bedraagt van de onder I opgegeven maat of grootte.

Variant A geeft de mogelijkheid verrekening uit te sluiten. Variant B regelt dat verrekening plaatsvindt bij een over- of ondermaat van meer dan vijf procent. Over het algemeen wordt gekozen voor variant A en is verrekening uitgesloten.¹¹⁶

Variant B biedt zoals gezegd wel de mogelijkheid tot verrekening van de afwijking in de grootte van het perceel, zij het onder een voorwaarde. Het uitgangspunt is dat een verschil in de werkelijke en de opgegeven maat of grootte van de grond, in principe geen aanleiding geeft tot enige rechtsvordering tot vergoeding. Deze hoofdregel lijdt uitzondering indien het verschil tussen de werkelijke maat en de overeengekomen maat vijf procent of meer bedraagt. In dat geval heeft de verkrijger recht op het in de overeenkomst genoemde bedrag per centiare. Dit bedrag wordt berekend over de gehele afwijking en niet alleen over het meerdere boven vijf procent. Dit volgt uit de formulering van art. 3 KA waarin staat dat de verkrijger recht heeft op een ‘algehele vergoeding’ en uit verschillende uitspraken van de Raad.¹¹⁷

8.5.3 Verrekening ondanks variant A

Zoals gezegd, vermeldt variant A van art. 3 KA dat een verschil tussen de werkelijke en de opgegeven maat of grootte van de grond geen aanleiding geeft tot enige rechtsvordering tot vergoeding ter zake. Staat de koper met optie A in zijn contract en te weinig geleverd oppervlak nu met lege handen? Uit de jurisprudentie blijkt dat dit niet het geval is. Op de hoofdregel van art. 3 KA optie A is een uitzondering geformuleerd.¹¹⁸ Deze uitzondering is gebaseerd op de (derogerende werking

116 Van Velten 1979, p. 667 en Schaaf & Swennenhuis 1990, p. 258. Uitzonderingen hierop blijken uit RvA 25 juni 2003, nr. 24.141, RvA 4 augustus 2000, nr. 21.278/21.283, RvA 2 januari 2006, nr. 70.816 waarin was gekozen voor optie B.

117 Zie onder andere RvA 6 augustus 2003, nr. 24.778, RvA 12 februari 1985, nr. 11.742 en RvA 3 april 1991, nr. 13.454, BR 1992, p. 64. Anders: RvA 5 augustus 2003, nr. 23.325.

118 Zie voor jurisprudentie het vervolg van deze paragraaf. En over dit onderwerp ook:

van) de redelijkheid en billijkheid. In de volgende paragraaf (§ 8.5.3.1) wordt ingegaan op de praktijk van de verrekening van over- en ondermaat. In § 8.5.3.2 wordt ingegaan op de redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval die daarbij een rol spelen. In § 8.5.3.3 komt het bewijs met betrekking tot de verrekening van ondermaat onder variant A aan bod. Tot slot worden in § 8.5.3.4 conclusies getrokken ten aanzien van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid in het kader van art. 3 KA.

8.5.3.1 De praktijk van verrekening van over- en ondermaat

In deze paragraaf wordt ingegaan op de praktijk van de verrekening van over- en ondermaat. Er wordt stilgestaan bij de redelijkheid en billijkheid in het algemene recht, het onderscheid tussen goede trouw en redelijkheid en billijkheid en de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage inzake art. 3 KA

Redelijkheid en billijkheid

Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit beginsel is neergelegd in de art. 6:2 lid 1 BW en uitgewerkt in de artikelen 6:2 lid 2 BW, art. 6:248 BW en art. 6:258 BW.¹¹⁹ De eisen van redelijkheid en billijkheid vormen een verbijzondering van de rechtsbetrekking tussen schuldeiser en schuldenaar.¹²⁰ De redelijkheid en billijkheid eisen dat partijen bij het uitvoeren van de overeenkomst als redelijke mensen handelen en met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening houden.¹²¹ De redelijkheid en billijkheid zijn van groot belang bij het bepalen van de inhoud van de overeenkomst. Zij spelen met name een rol in de precontractuele fase, bij de uitleg van de overeenkomst en bij het invullen van leemten in de overeenkomst.¹²² De redelijkheid en billijkheid kunnen aanvullend en derogerend werken.¹²³ De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is van belang voor het onderwerp van deze paragraaf: de levering van ondermaat en de uitsluiting van verrekening middels de exoneratieclausule van art. 3 KA.

De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid is neergelegd in art. 6:248 BW. In het eerste lid is (samengevat) omschreven welke rechtsgevolgen een overeenkomst heeft naast de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen.¹²⁴ In

Schaaf & Swennenhuis 1990, p. 261 e.v. en Bruggeman 2006, p. 516 e.v.

119 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 300

120 Asser/Hartkamp 6-II 2008, nr. 56.

121 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 300 en 305 en Asser/Hartkamp 6-II 2008, nr. 56. De redelijkheid en billijkheid beperkt zich blijkens art. 6:2 BW niet slechts tot obligatoire verbintenissen maar is van toepassing op elke verbintenis.

122 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 306, Asser/Hartkamp 6-II 2008, nr. 55 e.v. Over uitleg van de overeenkomst gaat hoofdstuk 4.

123 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 306, Asser/Hartkamp 6-II 2008, nr. 56.

124 Lid 1 van art. 6:248 BW: Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voort-

het tweede lid is neergelegd dat de redelijkheid en billijkheid ook derogerend kunnen werken.¹²⁵ De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid houdt in dat op een tussen partijen geldende regel door één der partijen geen beroep kan worden gedaan als een beroep op die regel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹²⁶

Het antwoord op de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid aan een beroep op een contractueel beding in de weg staan, hangt af van tal van omstandigheden zoals de aard van de overeenkomst, de verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest en (bij exoneratiebedingen) de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen.¹²⁷

Goede trouw en redelijkheid en billijkheid

Onder het Oud BW werd het begrip goede trouw in tweeërlei betekenis gebruikt. Er werd een onderscheid gemaakt tussen de goede trouw zoals gehanteerd in het zakenrecht en goede trouw zoals gehanteerd in het verbintenissenrecht. De goede trouw in het zakenrecht is een subjectieve goede trouw, dat wil zeggen dat de goede trouw betrekking heeft op de gezindheid van de handelende persoon.¹²⁸ De goede trouw in het verbintenissenrecht was een geobjectiveerd begrip en zag op de wijze van handelen.¹²⁹ De innerlijke gezindheid van de contractant was niet bepalend voor de vraag of de overeenkomst behoorlijk was uitgevoerd.¹³⁰

Onder het huidige recht is aan de verwarring met betrekking tot beide termen een eind gekomen. De term goede trouw in objectieve zin is vervangen door de omschrijving ‘naar de eisen van redelijkheid en billijkheid’.¹³¹ Voor de koop-/aannemingsovereenkomst zijn zowel de goede trouw als de redelijkheid en billijkheid relevant, hieronder wordt daar dieper op ingegaan.

Goede trouw en redelijkheid en billijkheid en de RvA inzake art. 3 KA

Uit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage valt op te maken dat onder omstandigheden verrekening van ondermaat kan plaatsvinden. Voordat wordt ingegaan op de omstandigheden die een rol kunnen spelen (in § 8.5.3.2), volgt eerst in

vloeien.

125 Lid 2 van art. 6:248 BW: Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

126 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 312, Asser/Hartkamp 6-II 2008, nr. 56.

127 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 316, Valk, T&C boek 6, aantek. 4 bij art. 6:248 BW, p. 2658. Zeer uitgebreid over de omstandigheden waaronder de redelijkheid en billijkheid in de weg staan aan het invoeren van een exoneratieclausule. Rijken 1983, p. 133-203.

128 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 300 en 302.

129 Ibid.

130 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 303.

131 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 302a, Rijken 1994, nr. 7.

deze paragraaf een uiteenzetting van het gebruik van de begrippen goede trouw en redelijkheid en billijkheid door de Raad in de context van art. 3 KA.

Het begrip goede trouw speelt een rol als de ondernemer wist of behoorde te weten dat hij minder grond leverde dan overeengekomen. In dat geval wordt bedoeld op de subjectieve goede trouw, die betrekking heeft op de gezindheid van de handelende persoon.¹³²

De term redelijkheid en billijkheid speelt een rol als de verkrijger de overeengekomen hoeveelheid grond niet geleverd krijgt en de ondernemer een beroep doet op de exoneratieclausule van art. 3 KA. Onder omstandigheden is het beroep van een ondernemer op een exoneratie in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

De termen worden in de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage niet altijd goed gebruikt. Soms wordt de term goede trouw gebruikt terwijl redelijkheid en billijkheid lijkt bedoeld.¹³³ In een aantal uitspraken is dit verklaarbaar¹³⁴, omdat deze zijn van voor de invoering van het NBW. Het gebruik van de term goede trouw, in weerwil van het feit dat deze juridisch gezien sinds 1992 slechts één betekenis heeft, levert ook thans nog problemen op in de reguliere rechtspraak en is dus niet alleen een fenomeen dat bij de Raad voorkomt.¹³⁵ Hieronder volgt ter illustratie van het gebruik van beide begrippen een greep uit de jurisprudentie van de Raad.

In een uitspraak van de Raad van augustus 2003 had de ondernemer zich bij de berekening van het oppervlak van de kavel¹³⁶ gebaseerd op gegevens en een (zeer grofschalige) situatietekening van een adviesbureau.¹³⁷ Arbitrator oordeelde dat de ondernemer voor de levering van de grond niet had mogen afgaan op deze gegevens. De gegevens waren bedoeld voor het bouwproces en bevonden zich ten tijde van de koop nog in het beginstadium van ontwikkeling. Indien de ondernemer ten behoeve van de overdracht een nieuwe, op de levering toegespitste, tekening had gemaakt of had laten maken, was duidelijk geworden dat hij minder grond had moeten overdragen. Arbitrator was (letterlijk) van oordeel dat de ondernemer hierdoor niet te goeder trouw handelde en dat verrekening van de ondermaat op zijn plaats was.¹³⁸ De Raad lijkt met de term goede trouw te doelen op redelijkheid en billijkheid, hij doelt immers op het feit dat de ondernemer anders had moeten handelen dan hij deed. Het is ook verdedigbaar dat hij als ondernemer had moeten weten dat de kaart die hij gebruikte niet gedetailleerd genoeg was voor het bere-

132 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 300 en 302.

133 RvA 6 augustus 2003, nr. 24.778, RvA 12 februari 1985, nr. 11.742, RvA 19 mei 1999, BR 1999, p.709 en een uitspraak van de Raad uit Bloemlezing uit de uitspraken van 1984 en 1985, uitspraak nr. 11.742, p. 272-273.

134 RvA 26 juli 1979, nr. 9.091, BR 1979, p. 860, RvA 2 april 1975, NJ 1976, 328, RvA 26 juni 1975 nr. 7.610, NJ 1976, 329.

135 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 303.

136 Vermeld onder I KA.

137 RvA 6 augustus 2003, nr. 24.778.

138 Zie r.o. 20 van RvA 6 augustus 2003, nr. 24.778.

kenen van het oppervlak, in dat opzicht was de ondernemer niet te goeder trouw (in subjectieve zin) ten aanzien van de maatafwijking, en kon daardoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep doen op de exoneratieclausule van art. 3 KA.

Duidelijker in het gebruik van de gehanteerde begrippen dan in hierboven genoemde uitspraak, is het oordeel van arbiters in een ander geschil. De aannemer is reeds bij verkoop bekend, of hem had bekend kunnen zijn, dat minder grond zou worden geleverd omdat het bouwblok al was uitgezet. De Raad oordeelde dat de aannemer zich op grond daarvan 'in redelijkheid' niet 'te goeder trouw' kon beroepen op de bepaling die verrekening van ondermaat uitsloot.¹³⁹ De Raad oordeelde dat de ondernemer had kunnen weten wat de exacte maat was. Hij was derhalve niet te goeder trouw, en kan zich daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet op de exoneratieclausule van art. 3 KA beroepen.

Een vergelijkbare uitspraak deed de Raad in een ander geschil¹⁴⁰: geoordeeld werd dat de ondernemer geen beroep kon doen op de bepaling die verrekening uitsloot, omdat het te kleine oppervlak niet voortvloeide uit de kleinere maat van het oorspronkelijk door hem gekochte perceel, maar uit de fout gemaakt door de ondernemer bij de herverkaveling ervan.¹⁴¹ Arbiters stelde letterlijk dat de fout met zich bracht dat de ondernemer zich niet te goeder trouw op de exoneratie van art. 3 KA kon beroepen. Hier lijkt goede trouw te zijn bedoeld in de zin van redelijkheid en billijkheid.

Het komt voor dat de ondernemer bij verkoop wel degelijk een beter inzicht in de kaveldeling had dan hij na levering doet geloven en dat hij wist dat hij minder leverde (en niet zoals in bovenstaande gevallen 'hoorde te weten'). In dat geval is hij niet te goeder trouw in de subjectieve betekenis van het begrip.¹⁴² De gemeente (de eerste eigenaar van de grond) had bezwaar gemaakt tegen de levering van de grond overeenkomstig de overeenkomst van verkrijgers, omdat zij enkele meters groenstrook voor zichzelf wilde behouden. Uit het door de gemeente gemaakte bezwaar bleek dat de ondernemer niet te goeder trouw was. Volgens arbiters ging in dat geval een beroep van de ondernemer op de uitsluiting van de verrekening 'naar billijkheid' niet op. De ondernemer moest dus wel verrekenen, dit ondanks het feit dat de ondermaat 3,6 procent bedroeg.¹⁴³ Omdat de ondernemer niet te goeder trouw was ten aanzien van de maatafwijking, kon hij zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer beroepen op de exoneratie.

139 RvA 26 juni 1975 nr. 7.610, NJ 1976, 329. Het betrof hier een overeenkomst waarop art. 1522 Oud BW van toepassing was.

140 RvA 12 februari 1985, nr. 11.742.

141 Het ging hierbij om maatafwijkingen bij twee kavels van 5,8 en 5,5%.

142 RvA 2 april 1975, NJ 1976, nr. 328. Het ging in dat geschil nog om art. 2 KA.

143 Vergelijkbaar: RvA 19 mei 1999, BR 1999, p.709 en een uitspraak van de Raad uit Bloemlezing uit de uitspraken van 1984 en 1985, uitspraak nr. 11.742, p. 272-273.

8.5.3.2 Redelijkheid en billijkheid en alle omstandigheden van het geval

Bij het beantwoorden van de vraag of bij een maatafwijking een beroep op de exoneratie van art. 3 KA in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid spelen, in lijn met het algemene recht¹⁴⁴, alle omstandigheden van het geval een rol. Uit de hierboven aangehaalde jurisprudentie blijkt dat in veel gevallen uit de feitelijke omstandigheden van het geval bleek dat de ondernemer wist of behoorde te weten dat hij minder leverde dan was overeengekomen; de ondernemer gebruikte bijvoorbeeld een verkeerde tekening of werd door de gemeente gewezen op de kleinere maat van de kavels. De omstandigheid dat de ondernemer niet te goeder trouw is zorgt ervoor dat hij zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer kan beroepen op art. 3 KA.

Ook andere omstandigheden dan het feit dat de ondernemer niet te goeder trouw is, kunnen meewegen in het oordeel of een beroep op de exoneratie van art. 3 KA in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit bleek onder meer uit het volgende geschil, waarin sprake was van een ondermaat van meer dan tien procent. De Raad¹⁴⁵ oordeelt dat de ondernemer niet meer te goeder trouw verrekening kon uitsluiten. De arbiter geeft in deze uitspraak aan dat uit de bepaling waarin verrekening is uitgesloten ‘niet zodanig mag worden uitgelegd, dat daaruit voor verweerster [ondernemer, EB] een vrijbrief zou ontstaan om, door welke oorzaak aan haar zijde dan ook, een misleidende maat in de overeenkomst te noemen’.¹⁴⁶ Arbiter vervolgt zijn oordeel met de woorden dat ‘verweerster zich te goeder trouw niet op genoemde bepaling kan beroepen, voor zover de werkelijke maat meer dan 10% afwijkt van de opgegeven maat.’¹⁴⁷

In het kader van bovenstaande uitspraak moet de vraag beantwoord worden of de Raad de enkele afwijking, zonder dat nog andere bijzondere omstandigheden vereist zijn, voldoende acht voor een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Schaaf en Swennehuis betwijfelen in hun artikel in *Bouwrecht* of geen andere omstandigheden moeten worden meegewogen.¹⁴⁸ Zij maken niet uit bovengenoemde uitspraak op dat enkel de grootte van de maatafwijking voldoende is voor het uitsluiten van een beroep op art. 3 KA wegens strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Bij gebrek aan andere jurisprudentie

144 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 316, Rijken 1983, p. 133-203.

145 RvA 26 juli 1979, nr. 9.091, BR 1979, p. 860.

146 Ook in RvA 8 oktober 2003, nr. 24.776 en RvA 19 mei 2005, nr. 26.348 oordeelde arbiter dat art. 2 KA geen vrijbrief is voor het opnemen van een misleidende maat. De afwijking was in dat geschil echter marginaal en tot verrekening van ondermaat werd derhalve niet overgegaan.

147 Allereerst een opmerking over het in deze uitspraak gehanteerde woord ‘goede trouw.’ Uit het oordeel van de Raad lijkt op te maken dat het woord ‘goed trouw’ in dit geval gelezen moet worden in de betekenis van objectieve goede trouw, oftewel in de betekenis van ‘redelijkheid en billijkheid.’ De Raad deed deze uitspraak in 1972, het gebruik van de term is dus te verklaren. zie wat hierboven is beschreven in § 8.5.3.1.

148 Schaaf & Swennehuis 1990, p. 261.

van de Raad vallen zij terug op een uitspraak van de Hoge Raad.¹⁴⁹ Op basis daarvan stellen zij dat verdedigbaar is dat een enkele maatafwijking op zich niet van doorslaggevende betekenis is.

Uit de jurisprudentie is op te maken dat zowel de omvang van de maatafwijking als andere omstandigheden een rol spelen. Over het algemeen wordt door de Raad aangenomen dat, als gekozen is voor variant A, een afwijking onder de vijf procent, gezien de gehanteerde circa-bepaling, wordt aangemerkt als een geringe afwijking.¹⁵⁰ Omdat in de koop-/aannemingsovereenkomst de circa-bepaling is opgenomen, is een afwijking van onder de vijf procent een geringe afwijking. Bij een afwijking onder de vijf procent wordt, gezien het gebruik van het woord ‘circa’ bij de maataanduiding, geleverd wat is overeengekomen. In dit geval valt het wegen van de omstandigheden uit in het voordeel van de ondernemer: de grootte van de maatafwijking en de inhoud van de overeenkomst zorgen ervoor dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet in de weg staan aan een beroep op art. 3 KA.

Bij een maatafwijking tussen de vijf en tien procent oordeelt de Raad verschillend over het al dan niet verrekenen van ondermaat. De vraag of wordt overgegaan tot verrekening is hier bij uitstek afhankelijk gesteld van de vraag of de ondernemer te goeder trouw is of was ten opzichte van de maatafwijking en hij zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid nog op de uitsluiting van de verrekening van ondermaat kan beroepen.

Bij een over- of ondermaat van meer dan tien procent kan de ondernemer zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet meer op de exoneratie van art. 3 KA beroepen.¹⁵¹ In gevallen van een afwijking van meer dan tien procent vindt in het algemeen dan ook verrekening van het minder geleverde plaats.

Naast het meewegen van de grootte van de maatafwijking¹⁵² en de inhoud van de overeenkomst¹⁵³ speelt ook een rol dat het de ondernemer is en niet de verkrijger die kiest voor het opnemen van optie A van art. 3 KA. Voorts is het zo dat het voor een groot deel in de macht van de ondernemer ligt om maatafwijkingen te voorkomen. De maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen zorgt ervoor dat een beroep op de exoneratie van art. 3 KA in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

8.5.3.3 Bewijs

Handelt de ondernemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid dan kan art. 3 KA opzij gezet worden door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Nog niet behandeld is de vraag op wie de bewijslast rust dat art. 3

149 HR 19 mei 1967, NJ 1976, 261 (Saladin/HBU).

150 Zie o.a. RvA 23 maart 2000, nr. 70.445, hoger beroep van RvA 19 mei 1999, nr. 20.873, BR 1999, p. 709 En zie ook uitgebreid hierover Bruggeman 2006, p. 514-524.

151 Zie de eerdergenoemde uitspraak van RvA 26 juli 1979, nr. 9.091.

152 Zoals in de hierboven genoemde uitspraak met meer dan tien procent afwijking.

153 Zoals in de hierboven genoemde uitspraak.

KA onder de gegeven omstandigheden strijdig is met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Bij vermeende strijd met de redelijkheid en billijkheid is het aan de verkrijger te bewijzen dat hiervan sprake is. Immers: wie stelt, moet bewijzen, aldus art. 150 Rv.¹⁵⁴ Dit vloeit voort uit het procesrechtelijke beginsel dat hij die in een geding stelt en datgene wordt door de ander ontkend, zijn stelling moet waarmaken. Als een partij stelt dat de wederpartij bij het uitvoeren van de overeenkomst in strijd handelt met de eisen van redelijkheid en billijkheid, moet hij de feiten waarop dat hij baseert bewijzen.¹⁵⁵

In het geval van geleverde ondermaat moet de verkrijger allereerst stellen en bewijzen dat minder grond is geleverd dan overeengekomen. De ondernemer zal zich verweren met een beroep op art. 3 KA optie A en de daarin opgenomen uitsluiting van verrekening. Het is dan vervolgens aan verkrijger te stellen en met feiten te onderbouwen dat een beroep op art. 3 KA onder de gegeven omstandigheden in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid.¹⁵⁶

Op art. 150 Rv kan een uitzondering worden gemaakt door middel van de zogenaamde omkeringsregel. De omkeringsregel houdt in dat de bewijslast kan worden omgekeerd indien dit uit een bijzondere regel of eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit.¹⁵⁷

Kan van een dergelijke uitzonderingssituatie sprake zijn in geval van levering van ondermaat? In theorie is dit mogelijk, de praktijk leert echter dat omkering van de bewijslast slechts zelden plaatsvindt. Gezien de aard van de geschillen waarin blijkens de jurisprudentie de omkeringsregel wordt toegepast lijkt het erop dat in dit geval geen omkering van de bewijslast plaatsvindt. De Hoge Raad past de omkeringsregel met name toe in geval van de schending van veiligheidsnormen.¹⁵⁸ Hartkamp is naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad van mening dat het praktisch belang van de omkeringsregel gering is.¹⁵⁹ Uit het bovenstaande valt dan ook op te maken dat bij de levering van ondermaat onder de koop-/aannemings-overeenkomst de omkeringsregel geen rol speelt.

Het is voor de verkrijger vaak moeilijk om de rechter of arbiter ervan te overtuigen dat het toepassen van de exoneratie van art. 3 KA onder de gegeven omstandigheden in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Hij is voor het bewijs voor een groot deel afhankelijk van de (toevallig) beschikbare verklaringen of

154 Ook Asser/Hartkamp 4-I 2004, nr. 346 en Asser/Hartkamp 6-I 2008, nr. 370 over in hoeverre de schuldeiser moet bewijzen.

155 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 303.

156 Asser/Hartkamp 6-I 2008, nr. 370.

157 Asser/Hartkamp 6-II 2008, nr. 76.

158 Asser/Hartkamp 6-II 2008, nr. 76-80 en de enorme hoeveelheid daar genoemde jurisprudentie.

159 Asser/Hartkamp 6-II 2008, nr. 77.

documenten waaruit blijkt dat de ondernemer in dat specifieke geval wist of behoorde te weten dat hij minder leverde dan overeengekomen.

Aan de moeilijkheden die de verkrijger ondervindt bij het aantonen dat een beroep op art. 3 KA geacht moet worden in strijd te zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid is wellicht op de volgende wijze tegemoet te komen: een door de ondernemer gekocht perceel is veelal al ingemeten en kadastraal geregistreerd. De exacte afmetingen van dat perceel zijn dus bekend. Als de ondernemer besluit het perceel in bijvoorbeeld twintig kavels te verdelen kan hij narekenen wat het oppervlak van de kavels, inclusief groenstroken en wegen moet zijn, daar het gelijk moet zijn aan het totale oppervlak van het gehele (oorspronkelijke) perceel. Blijkt deze rekensom al niet te kloppen, dan is mogelijk dat de ondernemer de maten van de kavels (bewust of onbewust) wat te ruim heeft opgegeven en dat sprake kan zijn van het ontbreken van goede trouw. Bij het ontbreken van goede trouw aan de zijde van de ondernemer staan dan de eisen van redelijkheid en billijkheid in de weg aan een beroep op de exoneratieclausule van art. 3 KA. De procentuele overschrijding van het oppervlak van het gehele (oorspronkelijke) kadastrale perceel zou een indicatie van het ontbreken van goede trouw van de ondernemer kunnen geven. De methode is ingewikkeld en in veel gevallen omslachtig, maar kan wel voor een oplossing zorgen. Voorts kan er een preventieve werking van uitgaan. Wanneer ondernemers en projectontwikkelaars weten dat de overschrijding van de individuele/gesplitste percelen wordt vergeleken met het totale (al bekende) oppervlak van het hele bouwperceel, zullen de circa-maten wellicht krapper berekend worden om geschillen te voorkomen.

8.5.3.4 Conclusie

Zoals blijkt uit de hierboven aangehaalde jurisprudentie kan een beroep op art. 3 KA onder omstandigheden in strijd zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Bij beantwoording van de vraag of een beroep op art. 3 KA in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid spelen (evenals in het algemene recht) alle omstandigheden een rol, waaronder de aard van de overeenkomst, de inhoud van de overeenkomst, de hoedanigheid van partijen en de grootte van de maatafwijking. De verkrijger die stelt dat sprake is van strijdigheid met de eisen van redelijkheid en billijkheid zal die stelling met feiten moeten onderbouwen.

8.5.4 Art. 3 KA onredelijk bezwarend

In plaats van het feit dat de verkrijger een beroep kan doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) bestaat ook de mogelijkheid een beroep te doen op art. 6:237 onder f BW.¹⁶⁰ In een uitspraak van de Hoge Raad uit 2002 werd beslist dat de rechtsgevolgen van art. 6:248 en 6:233 BW met betrekking tot één feitencomplex niet naast elkaar kunnen worden ingeroepen.¹⁶¹ Het is dus is aan de verkrijger om te kiezen of hij een beroep doet op de algemene

160 Zo ook: Van den Berg & Lavrijssen 2004, p. 174 e.v.

161 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112.

voorwaardenregeling van Boek 6 dan wel de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW.

In art. 6:237 onder f BW is opgenomen dat uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid wordt vermoed een onredelijk bezwarend beding te zijn ingevolge art. 237 sub f BW.¹⁶²

Is art. 3 KA een onredelijk bezwarend beding in de zin van het BW? Op de richtlijn oneerlijke bedingen en de regeling in het BW werd in hoofdstuk 2 uitgebreid ingegaan. Thans wordt alleen gekeken naar art. 3 KA en de vraag of dit artikel onredelijk bezwarend is.

Omdat de wetgever het gebruik van exoneraties van wettelijke bepalingen ook in overeenkomsten met consumenten niet volledig heeft willen verbieden, staat deze op de grijze lijst en niet op de zwarte lijst.

Art. 6:237 onder f BW

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een in de algemene voorwaarden voorkomend beding

f. dat de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding;

In art. 3 KA is het recht op schadevergoeding beperkt (in optie B) of uitgesloten (in optie A). Dit is een beperking van de wettelijke aansprakelijkheid van de ondernemer. Immers, als verrekening van ondermaat niet is uitgesloten kan de verkrijger een beroep doen op art. 6:74 BW.

Welke aansprakelijkheidsbeperkingen vallen nu onder de werking van art. 6:237 onder f BW? Er zijn verschillende vormen van aansprakelijkheidsbeperkingen die als onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt. Te denken valt aan een contractuele beperking van de prestatieplicht van de gebruiker.¹⁶³ De prestatie van de gebruiker is dan dusdanig beperkt dat in veel gevallen niet wordt toegekomen aan de vraag of sprake is van een tekortkoming in de nakoming.¹⁶⁴ Ook onder f van art. 6:237 BW vallen bepalingen die bijvoorbeeld het begrip ‘overmacht’ dusdanig verruimen dat sprake is van een beperking van de toerekenbaarheid van de tekortkoming.¹⁶⁵

Tot slot vallen onder de reikwijdte van het artikel de zogenaamde exoneratieclausules: de bepalingen die de verplichting tot het betalen van schadevergoeding of de aansprakelijkheid van de gebruiker van de algemene voorwaarden beperken of uitsluiten.¹⁶⁶ Exoneratieclausules zijn er in vele vormen. Zo kan het gaan om de

162 Het is aan de gebruiker dit vermoeden te weerleggen, Duyvensz 2003, p. 103.

163 Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 282.

164 In dat geval kan de bepaling ook onredelijk bezwarend zijn op grond van art. 6:237 onder b BW. Zie hierover Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 282.

165 Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 282.

166 Ibid.

uitsluiting van de aansprakelijkheid voor bepaalde vormen van tekortkoming in de nakoming, voor bepaalde gradaties van opzet of schuld, voor de gedraging van bepaalde personen of voor bepaalde soorten schade (bijvoorbeeld gevolgschade).¹⁶⁷

Art. 3 KA is een exonerationclausule. Het uitgangspunt ten aanzien van exonerationen is dat in overeenkomsten met consumenten, zeker als het gaat om algemene voorwaarden, exoneren niet mag, tenzij het niet anders kan.¹⁶⁸ Exonerationen in algemene voorwaarden moeten kritischer benaderd worden dan individueel overeengekomen bedingen.¹⁶⁹ Het uitgangspunt is: ‘exonereren mag niet, tenzij...’.¹⁷⁰ In welke gevallen een exoneration wel mag is in algemene termen moeilijk te zeggen.

Alle omstandigheden van het geval spelen een rol.¹⁷¹ Dit betekent dat evenals bij de toets of een bepaling in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid, de aard van de overeenkomst, de verdere inhoud van de overeenkomst, de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest en de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, een rol spelen.¹⁷²

In de Parlementaire Geschiedenis van Boek 6 BW is een aantal omstandigheden te vinden en wordt een aantal voorbeelden genoemd die van belang zijn bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van onredelijke bezwarendheid. Zo worden de wettelijke bepalingen over de verplichting tot schadevergoeding beschouwd als regels die een redelijke verdeling van risico's tussen ondernemers en consumenten bewerkstelligen. Een afwijking van die regel levert het vermoeden van onredelijke bezwarendheid op.¹⁷³ In een uitspraak van het Hof Den Haag leidde het Hof uit de hierboven aangehaalde parlementaire geschiedenis af dat een exonerationclausule pas dan niet als onredelijk bezarend is aan te merken als de afwijking van de wettelijke regeling ‘kennelijk gerechtvaardigd is’.¹⁷⁴ Dit uitgangspunt is bevestigd door de Hoge Raad.¹⁷⁵ Van de gebruiker van de clausule moet op zijn minst worden verwacht dat hij, bij een beroep op de onredelijkheid van het beding, aantoont dat voor de afwijking van het aanvullend recht een redelijke grond bestaat en dat

167 Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 283.

168 Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 287.

169 Ibid. De achterliggende gedachte is dat de economisch-maatschappelijke ongelijkwaardigheid van partijen wordt versterkt door exonerationen in algemene voorwaarden.

170 Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 287.

171 Art. 6:233 onder a BW. Duyvensz 2003, p. 131.

172 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 316, Rijken 1983, p. 133-203.

173 PG Boek 6, p. 1733-1737 (Reehuis/Slob) hierover ook Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 287.

174 Hof Den Haag 27 juni 1996, TvC 1996, p. 282 (Consumentenbond/EnergieNed).

175 HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (Consumentenbond/EnergieNed).

de met het beding getroffen regeling daarom noodzakelijk, geschikt en proportioneel is.¹⁷⁶

Andere omstandigheden die een rol kunnen spelen bij het beantwoorden van de vraag of een exonerationclausule onredelijk bezwarend is, houden blijkens de Parlementaire Geschiedenis verband met de verzekeraarbaarheid van het risico, de oorzaak van de schade en de aard van de schade.¹⁷⁷ Er worden geen voorbeelden gegeven van exonerationen die wél toelaatbaar zijn. A contrario zou uit bovenstaande omstandigheden afgeleid kunnen worden dat aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld onverzekerbare risico's of risico's die slechts voor een (buitenproportioneel) hoog bedrag verzekeraar zijn, wel geoorloofd zijn. Denk hierbij aan bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsbeperking van architecten voor ontwerpfouten tot een bepaald bedrag. Ook valt uit de genoemde omstandigheden af te leiden dat als een gebruiker zich wel verzekerd heeft of kan verzekeren tegen een bepaald risico en tevens de aangewezen partij is zich te verzekeren, een exoneration wél onredelijk bezwarend moet worden geacht.¹⁷⁸

Het is moeilijk te zeggen of art. 3 KA als een onredelijk bezwarend beding kan worden aangemerkt. Uit de wet volgt dat voor een geslaagd beroep op een exoneration in consumentenovereenkomsten goede argumenten nodig zijn.¹⁷⁹ De reden dat art. 3 KA een uitsluiting van het recht op schadevergoeding bevat, hangt samen met het feit dat exacte maten bij verkoop vaak moeilijk zijn vast te stellen en het uitsluiten van verrekening veel administratie en discussie achteraf voorkomt.¹⁸⁰ Dit lijken mij geen zwaarwegende argumenten vóór het opnemen van een dergelijke aansprakelijkheidsbeperking.

Dierikx stelt in haar proefschrift dat optie A van art. 3 KA niet voldoet aan de eisen van het door haar opgestelde ideaalmodel voor consumententransacties voor onroerend goed.¹⁸¹ Door het voldoen aan deze uitgangspunten van haar model zouden consumenten voldoende beschermd moeten worden. Het uitgangspunt met betrekking tot de levering van grond is uitgangspunt 9ii waarin (samengevat) staat dat de regels moeten waarborgen dat ondernemer het overeengekomen perceelsoppervlak niet mag wijzigen tenzij de verkrijger van de overeenkomst af kan en recht heeft op schadevergoeding van het geleden nadeel, indien de verschaffer de overeengekomen hoeveelheid grond niet kan leveren.¹⁸² Onder optie A van art. 3 KA waarborgt de ondernemer de grootte van het perceel niet, de verkrijger kan

176 Loos 2001, p. 84.

177 PG Boek 6, p. 1733-1737 (Reehuis/Slob).

178 Ook Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 294.

179 Uit jurisprudentie over exonerationclausules valt de regel op te maken dat over het algemeen exonerationen ten aanzien van de schade als gevolg van dood of letsel onredelijk bezwarend worden geacht. Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 290 e.v. en de daar genoemde uitspraken die betrekking hebben op een dodelijk ongeval tijdens een skeelercursus en enkele uitspraken over ongevallen tijdens het paardrijden. Deze regel speelt echter geen rol onder koop-/aannemingsovereenkomst.

180 Bruggeman 2006, p. 514-523

181 Dierikx 2008, p. 142.

182 Dierikx 2008, p. 38 en 142.

slechts ontbinden als aan de vereisten van art. 6:265 BW is voldaan (wat niet waarschijnlijk lijkt bij de levering van ondermaat)¹⁸³ en heeft ook geen recht op schadevergoeding.

Het lijkt waarschijnlijk dat een beroep op de onredelijke bezwarendheid van art. 3 KA kans van slagen heeft. Niettemin wordt een beroep op de onredelijke bezwarendheid van een exoneratieclausule maar zelden door de rechter of arbiter gehonoreerd.¹⁸⁴ In het kader van art. 3 KA is er geen jurisprudentie bekend waarbij een beroep op de onredelijke bezwarendheid van het artikel werd gedaan. Over het algemeen stellen verkrijgers zich (impliciet) op het standpunt dat art. 3 KA niet van toepassing is vanwege strijd met eisen van redelijkheid en billijkheid en doen zij geen beroep op de onredelijke bezwarendheid van het artikel.

8.5.5 Alternatief voor Optie A van art. 3 KA

Zoals hiervoor bleek, pakt art. 3 KA blijkens de hierboven behandelde jurisprudentie aangaande de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, in veel gevallen minder onredelijk uit dan op het eerste gezicht lijkt.¹⁸⁵ Het blijft echter wrang dat verkrijgers bij gebruik van optie A in sommige gevallen moeten betalen voor iets wat ze niet krijgen. Is sprake van ondermaat en optie A van art. 3 KA is van toepassing, dan moet de verkrijger, als de ondernemer niet uit zichzelf (of na aandringen van de verkrijger) tot verrekening overgaat, veelal eerst een procedure voor de Raad starten om schadevergoeding te ontvangen.

Ingewikkelde en kostbare procedures kunnen in de toekomst voorkomen worden door het schrappen van optie A en het altijd hanteren van optie B. In dat geval wordt met de dagelijkse praktijk van het pas na oplevering opmeten van het perceel rekening gehouden en krijgt de verkrijger schadevergoeding voor datgene wat hem niet geleverd is.¹⁸⁶ Blijft men binnen de marges van optie B, dat wil zeggen de afwijking is niet groter dan vijf procent, dan wordt de verkrijger niet geconfronteerd met ingewikkelde bewijskwesties en voorkomt men dat mensen betalen voor iets wat ze niet krijgen. Uiteraard behoudt men bij afwijkingen onder de vijf procent waarbij blijkt dat de ondernemer niet te goeder trouw was wel de mogelijkheid ook over die afwijking een vergoeding te krijgen als blijkt dat een beroep op de exoneratie van optie in dat geval in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Een andere oplossing voor het probleem is in de overeenkomst geen oppervlak te noemen. In dat geval krijgt een verkrijger ook niet de indruk dat hij een koopsom betaalt, gebaseerd op een aantal vierkante meters. Koop-/aannemings-

183 Meer over proportionaliteit en ontbinding in § 8.4 van dit hoofdstuk.

184 Zie Duyvensz 2003, p. 104 en de daar genoemde jurisprudentie en p. 130 waarin één zaak wordt genoemd waarin een beroep op art. 6:237 sub f BW werd gehonoreerd: KtG Den Haag 9 oktober 1972, 20 november 1973 en 7 mei 1973, Prg 1974, 871 m. nt. M.J.P. Vebrugh (Andreoli-Schoenmaker/Brinkman en Zonen).

185 Een andere mening hebben Van den Berg & Lavrijssen 2004, p. 176 e.v.

186 Van den Berg & Lavrijssen pleiten voor het toestaan van een afwijking van maximaal 1%: Van den Berg & Lavrijssen 2004, p. 176 e.v.

overeenkomsten met slechts een aanduiding van het perceel zonder oppervlaktetaten worden ook in grote getale door het kadaster ingeschreven. Het is dus geen ongebruikelijke methode. De praktijk wijst echter uit dat verkrijgers nu eenmaal maten willen zien.

8.5.6 Berekening schadevergoeding bij variant A

Is gekozen voor variant A maar op grond van de in de in de jurisprudentie ontwikkelde (hierboven beschreven) uitzonderingen besluit een arbiter dat toch verrekening van de over- of ondermaat moet plaatsvinden, dan ziet arbiter zich geplaatst voor de vraag hoe deze te berekenen, omdat de voorwaarden hierover immers niets bepalen.

Uit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage blijkt dat geen uniforme berekeningsmethode van de schadevergoeding wordt gehanteerd en dat de bedragen van de toegekende vergoedingen sterk uiteenlopen.¹⁸⁷ Het uitgangspunt bij het vaststellen van de schadevergoeding is de concrete schadeberekingsmethode.¹⁸⁸ Dit houdt in dat zoveel mogelijk naar de concrete omstandigheden moeten worden gekeken. Als het gaat om de berekening van de waarde van minder geleverde grond is in dat licht goed denkbaar dat omstandigheden als lokale grondprijzen worden meegewogen in de schadeberekening.

De Raad blijkt maar zelden concrete omstandigheden mee te wegen bij het oordeel of transparante berekeningswijzen te hanteren. Door de bank genomen kunnen twee manieren van schade berekenen door de Raad worden onderscheiden: berekening op basis de lokale of door de verkrijger betaalde grondprijs (waarbij regelmatig de herkomst van de gehanteerde grondprijs onbekend is) en vaststelling van een schadebedrag naar billijkheid of *ex aequo et bono*. Hieronder komen deze onderwerpen aan bod in de §§ 8.5.6.1 en 8.5.6.2. Vervolgens wordt ingegaan op een tweetal uitspraken waarbij de Raad bij de berekening van de schade alle omstandigheden van het geval meewoog (§ 8.5.6.3), om tot slot in § 8.5.6.4 in te gaan op schadevergoeding en verschillende schade-elementen.

8.5.6.1 Grondprijs

De eenvoudigste en meest transparante manier om tot een schadevergoeding te komen is aan de hand van de grondprijs. Als in de koop-/aannemingsovereenkomst een prijs voor de grond per vierkante meter wordt genoemd kan arbiter het daar genoemde bedrag hanteren bij de berekening van de schadevergoeding.¹⁸⁹

In veel gevallen staat in de koop-/aannemingsovereenkomst echter geen vierkante-meterprijs genoemd. Als er wel een totaal bedrag voor de grond staat

187 Een stuk van mijn hand over dit onderwerp verscheen op 21 januari 2004 op www.overheidsforum.nl in de rubriek RO & Bouwrecht.

188 Hierover ook: Krans 1999, p. 72.

189 Zoals o.a. gebeurde in RvA 12 november 1998, nr. 20.308.

genoemd kan de grondprijs per vierkante meter worden berekend door de totale grondprijs te delen door het aantal vierkante meters.¹⁹⁰

Is echter geen aparte post voor grondkosten opgenomen dan blijkt de berekening aan de hand van de 'grondprijs' een stuk minder transparant te zijn. De prijzen van bouwgrond variëren per regio, per bestemming en per specifieke locatie.¹⁹¹ Als arbiters niet aangeven waar zij de grondprijs op baseren, is de vraag of de toegekende schadevergoeding redelijk is, niet te beantwoorden.

Zo baseert het scheidsgerecht zijn berekening in een uitspraak van de Raad uit 1995¹⁹² op een 'grondprijs' waarvan de herkomst niet duidelijk is. Verkrijger is 33m² grond te weinig geleverd. Met eisers is arbiter van oordeel dat de toe te wijzen schade wegens wanprestatie kan worden bepaald op basis van de mindere hoeveelheid geleverde vierkante meters. Hij berekent de schade daarbij aan de hand van de 'grondprijs', die volgens hem op *f* 142,20 per m² ligt. Derhalve ontvangen verkrijgers $32,5 \times 142,20 = f$ 4.621,50 aan schadevergoeding.

In een ander geschil meenden verkrijgers recht te hebben op *f*10.641,55.¹⁹³ Dit baseerden zij op het bedrag dat werd betaald voor 2480m² grond, dat neerkwam op *f* 73,39 per m². Ondernemer is van mening dat de grondprijs gebaseerd moet zijn op de prijs van landbouwgrond, te weten *f* 6,- per m². Hij komt tot deze maatstaf door te stellen dat bij projecten met een dergelijk formaat tuin de eerste 500 à 1000m² de prijs van bouwgrond wordt gehanteerd als maatstaf, en het meerdere oppervlak wordt berekend als landbouwgrond. Bij arbiter komt de redenering van de ondernemer geloofwaardig over en hij stelt de vergoeding vast op *f* 870,-. In dit geval levert de hantering van een andere soort grondprijs dus een aanzienlijk verschil in schadevergoeding op.

In een geschil uit 1985 baseerde de arbiter zijn berekening op basis van de prijs van zogenaamde 'tuingrond'.¹⁹⁴ Hij ging hiervan uit omdat het bebouwde oppervlak niet kleiner was geworden door het minder geleverde; het betrof derhalve geen bouwgrond. De prijs van de tuingrond werd bepaald aan de hand van de aankoopprijs van een naastgelegen stuk grond. De aankoopprijs lag hierbij op *f* 66,- per m². In een vergelijkbaar geschil wees de Raad de berekening van de

190 Zie o.a. RvA 14 maart 2000, nr. 21.438. In RvA 3 april 1991, nr. 13.454, BR 1992, p. 64 werd de prijs voor de grond berekend door het totale aanvankelijk overeengekomen oppervlak te delen door de totale aanneemsom. Dit bedrag werd vermenigvuldigd met het aantal meters te weinig geleverde grond. Dit levert voor alle verkrijgers verschillende bedragen per vierkante meter op, variërend van *f* 92,- per m² tot *f* 113,13 per m². Deze berekeningswijze is uitermate vreemd aangezien de aanneemsom geen enkele indicatie geeft over de prijs van de grond.

191 In RvA 1 juni 1999, nr. 20.607 werd de grondprijs gebaseerd op 'de waarde van grond in het economisch verkeer' en kwam arbiter uit op *f* 400,- per m².

192 RvA 16 augustus 1995, nr. 17.632, BR 1996, p. 1018.

193 RvA 6 augustus 2003, nr. 24.778

194 RvA 12 februari 1985, nr. 11.742 .

grondprijs op basis van ‘tuingrond’ expliciet van de hand.¹⁹⁵ Hij was van oordeel dat ‘een bouwterrein niet kan worden verdeeld in bouwgrond en tuingrond, omdat de waarde van een bouwterrein niet zo zeer wordt bepaald door het oppervlak dat daarvan bebouwd mag worden, doch van het enkele feit dat op die grond gebouwd kan worden.’ Deze laatste uitspraak lijkt mij een zeer juiste.

8.5.6.2 Ex aequo et bono

In de meeste gevallen gaat de Raad te werk met de formule dat het te vergoeden bedrag vastgesteld wordt naar billijkheid of ex aequo et bono.¹⁹⁶ Veel vonnissen van de Raad waarbij de schadevergoeding op deze wijze wordt geschat zijn naar mijn mening te summier gemotiveerd en daarmee in strijd met een uitspraak van de Hoge Raad waarin werd geoordeeld dat een schatting zodanig gemotiveerd moet zijn dat de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang begrijpelijk is.¹⁹⁷ In de praktijk lijkt het er - oneerbiedig uitgedrukt - op neer te komen dat de arbiter ‘an educated guess’ doet naar het schadevergoedingsbedrag voor de minder geleverde grond.

Dit was o.a. het geval in een geschil¹⁹⁸ waarbij verkrijgers één meter minder achtertuin geleverd hebben gekregen en f 5000,- aan waardevermindering vorderen. Arbiter stelt de waardevermindering echter ‘naar billijkheid’ vast op f 3000,- per woning. De uitspraak vermeldt niet hoe breed de tuinen zijn en wat het uiteindelijk gemiste oppervlak is. Ook is niet duidelijk waarop arbiter of verkrijgers hun bedragen baseren. Wordt deze ‘maatstaf’ gebruikt dan ontbreekt iedere verifieerbaarheid van de uitspraak, omdat er immers geen onderbouwing is.

8.5.6.3 Alle omstandigheden van het geval

Een interessant voorbeeld van schadeberekening waarbij veel meer factoren dan alleen de minder geleverde grond een rol speelden en ook werden meegewogen door de Raad zijn twee uitspraken uit 2006. In hoger beroep komt de Raad (deels op andere gronden) tot andere oordelen in deze zaken, maar als voorbeeld van hoe schade ook berekend kan worden kunnen de uitspraken in eerste aanleg van nut zijn.¹⁹⁹

In hetzelfde nieuwbouwproject werden woningen verkocht met parkeerplaatsen onder een deel van de woning en een terras dat op aan de eerste etage van de woning zat. Een deel van de verkrijgers van die woningen tekende een overeenkomst waarin de parkeerplaatsen in eigendom werden geleverd²⁰⁰, een deel van de verkrijgers tekende een overeenkomst waarin de parkeerplaatsen als mandelig

195 RvA 26 juli 1979, nr. 9.091, BR 1979, p. 860.

196 Zie o.a. ook RvA 15 september 2003, nr. 24.471.

197 HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171, m.nt. MS.

198 RvA 27 juli 2001, nr. 22.822 en nr. 22.823.

199 Zie RvA 11 juni 2008, nr. 71.184, 71.185 en 71.186, TBR 2009, p. 66 t/m 82 m.nt. N. Lavrijssen.

200 RvA 20 juli 2006, nr. 27.831.

werden geleverd.²⁰¹ Uiteindelijk bleken alle parkeerplaatsen mandelig te zijn. Beide groepen verkrijgers kregen echter als gevolg hiervan minder grondoppervlak geleverd dat in de koop-/aannemingsovereenkomst was overeengekomen. Dit omdat de grond van de parkeerplaatsen wel onder de circa-maat was meegerekend maar niet kon worden geleverd.

Bij de schadeberekening gaat de Raad uitgebreid in op de factoren die een rol spelen bij het vaststellen van het schadebedrag. Bij de eerste groepverkrijgers, de groep die dus het eigendom van de parkeerplaats mislopen komt het totale bedrag aan schadevergoeding neer op € 35.000,-.²⁰² Arbiters baseren zich niet op de koopprijs van de parkeerplaatsen ter plaatse maar op de situering van de (nu gezamenlijke) parkeerplaatsen op de onder de woning van kopers gelegen grond die aanvankelijk privé-terrein zouden zijn, en de daarmee gepaard gaande ergernis van verkrijgers over obstakels van derden pal achter hun achterdeur, de inbreuk op hun privacy, de mogelijke geluidsoverlast en het drukkend effect van dat alles op de marktwaarde van de woning.

In het geschil van de tweede groep kopers neemt de Raad mee in haar overweging dat de verkrijgers minder grond geleverd hebben gekregen.²⁰³ Ook wordt meegewogen dat de gezamenlijke parkeerplaatsen dicht bij en meer onder de woning zijn gesitueerd dan waarop zij mochten rekenen. Hoewel verkrijgers wisten dat de parkeerplaats niet privé zou zijn en dus rekening dienden te houden met enige overlast van derden, hoefden zij er niet op te rekenen dat die parkeerplaats zich pal achter hun achterdeur, vrijwel volledig onder hun woning zou bevinden.²⁰⁴ Daarom wordt ook meegewogen in het totale schadebedrag de inbreuk op hun privacy, de mogelijke geluidsoverlast en het drukkend effect van dat alles op de marktwaarde van de woning. Een bedrag van € 25.000,- wordt toegekend als schadevergoeding.

De conclusie uit bovenstaande uitspraken is dat er geen lijn is te ontdekken in de vaststelling van schadevergoeding door de Raad. De praktijk van het ‘naar billijkheid’ vaststellen van een bedrag door arbiter dient mijns inziens ronduit afgewezen te worden wegens een gebrek aan transparantie en de kans op grote verschillen in het toekennen van vergoedingen voor vergelijkbare gevallen.

Een oplossing voor een transparantere schadeberekening onder art. 3 KA moet allereerst zijn dat arbiters het door hun toegekende bedrag voorzien van een motivering. Daarbij zou in eerste instantie als uitgangspunt voor de schadeberekening moeten worden gekeken naar het aantal te weinig geleverde meters. Aan dit aantal vierkante meters moet een grondprijs zijn gekoppeld die óf gebaseerd is op de totale grondprijs vermeld in de koop-/aannemingsovereenkomst, óf op de in de overeenkomst vermelde prijs per vierkante meter. Beschikken partijen niet over deze gegevens dan dient onderzoek naar de gemiddelde grondprijs in de buurt,

201 RvA 20 juli 2006, nr. 27.832.

202 RvA 20 juli 2006, nr. 27.831.

203 RvA 20 juli 2006, nr. 27.832

204 Anders in hoger beroep, zie hierover ook de noot van N. Lavrijssen: RvA 11 juni 2008, nr. 71.184, 71.185 en 71.186, TBR 2009, p. 66 t/m 82 m.nt. N. Lavrijssen.

stad of regio te worden verricht om tot een gefundeerd oordeel te komen, zoals dat in de hierboven beschreven uitspraken gebeurde.

8.5.6.4 Schadevergoeding en verschillende schade-elementen

Een raar fenomeen is het toekennen van zowel een vergoeding wegens minder geleverd oppervlak als een vergoeding wegens waardevermindering. Dit deed de Raad o.a. in een geschil uit 2000²⁰⁵ waarbij de schadevergoeding wegens minder geleverde grond werd vastgesteld aan de hand van de grondprijs van *f* 553,40 per m². In totaal kwam dat neer op *f* 6.640,80. Daarnaast kende arbiter ook een vergoeding toe wegens verminderd woongenot als gevolg van die minder geleverde meters. Dit bedrag werd ex aequo et bono vastgesteld op *f* 5.000,-. Terecht merkte de arbiter in een vergelijkbaar geschil²⁰⁶ op dat ‘geen sprake was van verschillende schade-elementen, maar van een verschillende uitwerking van één schade-element, te weten een niet geleverde strook grond’. Deze arbiter wees de vordering wegens waardevermindering dan ook af.

8.5.7 Andere wegen om tot schadevergoeding te komen

Indien in de overeenkomst is gekozen voor optie A en verrekening van ondermaat is uitgesloten kan ook op andere wijze dan via art. 3 KA tot verrekening worden gekomen.²⁰⁷ De verkrijger kan wanneer sprake is van levering van te weinig grond onder omstandigheden subsidiair een beroep doen op een ander artikel in de modelvoorwaarde of op het BW.

Als de maatafwijking in het oppervlak ook een wijziging in de situatietekening heeft veroorzaakt kan de verkrijger een beroep doen op art. 4 AV.²⁰⁸ Dat wil zeggen dat niet alleen minder grond is geleverd maar ook een andere vorm van het perceel. Afwijkingen in de vorm kunnen ook een vermindering van het oppervlak veroorzaken, in dat geval kan de verkrijger op twee gronden een beroep doen, en kan art. 4 AV uitzicht bieden op een schadevergoeding als in art. 3 KA verrekning van ondermaat is uitgesloten.²⁰⁹ De Raad baseert de schadevergoeding bij een gewijzigde perceelsvorm vaak op het aantal minder geleverde meters. Er

205 RvA 30 augustus 2000, nr. 20.625. Vergelijkbaar: RvA 3 april 1991, nr. 13.454.

206 RvA 16 augustus 1995, nr. 17.625.

207 Zie ook: Schaaf & Swennehuis 1990, p. 259.

208 Art. 4 lid 1 AV: Indien de ondernemer ingevolge een overheidsvoorschrift of enige andere gegronde reden de situatie van de woning wijzigt ten opzichte van de ingevolge de koop-/aannemingsovereenkomst geldende situatietekening, zal hij de gewijzigde situatietekening bij de daartoe aangewezen notaris deponeren en aan de verkrijger ter hand stellen. Hoofdstuk 9 gaat o.a. over art. 4 AV.

209 Zie o.a. RvA 16 oktober 1997, nr. 18.777, BR 1998, p. 781. En ook nr. 13.029, RvA 11.843, Bloemlezing 1984-1985, p. 290, RvA 29 maart 1983, nr. 10.402, BR 1983, p. 488 en ook Dierikx 2008, p. 142.

wordt echter ook vaak een schadevergoeding ex aequo et bono of naar billijkheid vastgesteld.²¹⁰

Doordat in de koop-/aannemingsovereenkomst in art. 3 KA een regeling is opgenomen met betrekking tot verrekening van maatafwijkingen, staat een beroep op art. 6:74 BW voor deze tekortkoming niet meer open voor de verkrijger. Het artikel is immers van regelend recht. Het is dus gerechtvaardigd dat een beroep op art. 6:74 BW niet moet worden gehonoreerd.²¹¹ Ook Schaaf en Swennehuis komen tot die conclusie in hun artikel in bouwrecht uit 1990 waarin zij stellen dat de art. 1520 tot en met 1524 Oud BW niet op de koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing zijn nu de koop-/aannemingsovereenkomst dit uitsluit.²¹²

Toch blijkt de Raad van Arbitrage regelmatig uitspraken te doen die in een andere richting wijzen. Verkrijgers stellen soms zonder een direct beroep te doen op art. 6:74 BW dat ‘niet is geleverd wat is overeengekomen,’ soms doen zij een direct beroep op dit artikel.²¹³ Baseert de verkrijger zijn vordering direct of indirect op art. 6:74 BW, dan kijkt arbiter meestal slechts of het geleverde voldoet aan de overeenkomst. Is in werkelijkheid minder geleverd dan in de overeenkomst is weergegeven dan heeft de verkrijger, aldus de Raad, recht op schadevergoeding. Gezien het feit dat in de koop-/aannemingsovereenkomst in art. 3 KA is afgeweken van art. 6:74 BW is een dergelijke redenering niet op zijn plaats.

-
- 210 Zie ook RvA 2 februari 1995, nr. 17.718 waarin naar billijkheid *f* 20.000,- werd toegekend wegens reële waardevermindering door een ondermaat van 109m².
- 211 Zoals in RvA 11 mei 2006, nr. 27.400 waarin een beroep op non-conforme levering en dwaling werd afgewezen.
- 212 Schaaf & Swennehuis 1990, p. 259. Zij behandelen de wanprestatie wel uitgebreid in het kader van een andere verkaveling (en dus geen ondermaat). Deze wanprestatie heeft dan betrekking op de regeling van art. 4 AV en niet op die van art. 2 KA.
- 213 Zie o.a. RvA 30 augustus 2000, nr. 20.625, RvA 6 oktober 1998, nr. 20.043, 3 september 1998, nr. 19.690, RvA 16 augustus 1995, nr. 17.632, RvA 12 juli 1995, nr. 17.120.

Hoofdstuk 9

Wijzigingen

9.1 INLEIDING

Bij het bouwen van nieuwbouwwoningen spelen wijzigingen een belangrijke rol. Wijzigingen in het oorspronkelijke bouwplan kunnen zowel plaatsvinden op initiatief van de ondernemer als de verkrijger. In beide gevallen is het doorvoeren van de wijziging verbonden aan in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden opgenomen regels. Het artikel waarin de wijzigingsbevoegdheid van de verkrijger is neergelegd is art. 7 AV. De artikelen waarin de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer is neergelegd zijn art. 4 en art. 6 AV.¹ Art. 4 AV geeft de ondernemer de bevoegdheid een wijziging ten opzichte van de situatietekening door te voeren als gevolg van een overheidsvoorschrift of een andere gegronde reden. Art. 6 AV geeft de ondernemer het recht een wijziging door te voeren waarvan de noodzakelijkheid bij uitvoering blijkt, mits deze wijziging geen afbreuk doet aan de waarde, de kwaliteit, het uiterlijk, het aanzien en de bruikbaarheid van de woning.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het doorvoeren van wijzigingen. In de §§ 9.2 en 3 komen respectievelijk wijziging in opdracht van de verkrijger en wijziging op initiatief van de ondernemer aan bod. In § 9.4 wordt vervolgens ingegaan op het recht op herstel, schadevergoeding of ontbinding bij het doorvoeren van wijzigingen door de ondernemer. In § 9.5 wordt ingegaan op zogenaamde clausules van niet-bindendheid en de betekenis daarvan in het licht van de contractuele wijzigingsbevoegdheid, waarna in § 9.6 de vraag aan bod komt of de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer voldoet aan de eisen van consumentenbescherming. Tot slot wordt in § 9.7 op de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer zoals neergelegd in de PELSC ingegaan.

Voordat in § 9.2 en § 9.3 wordt ingegaan op wijziging in opdracht van de verkrijger en wijziging op initiatief van de ondernemer, worden in deze paragraaf eerst drie onderwerpen behandeld die voor beide vormen van wijzigingen van belang zijn. In § 9.1.1 wordt kort stilgestaan bij de plaatsbepaling van wijzigingen in het contractenrecht, in § 9.1.2 komt de vraag aan bod wat onder een wijziging moet worden verstaan, in § 9.1.3 wordt ingegaan op het feit dat een wijziging niet altijd meer werk of meer kosten met zich brengt.

1 Ook in vorige versies van de algemene voorwaarden waren deze onderwerpen in deze artikelen geregeld.

9.1.1 Plaatsbepaling van wijzigingen in het contractenrecht

Het uitgangspunt van de overeenkomst is dat partijen moeten leveren en doen wat is overeengekomen. Dit uitgangspunt is terug te voeren op het beginsel van trouw aan het gegeven woord.² Partijen moeten erop kunnen vertrouwen dat gemaakte afspraken worden nagekomen: *pacta sunt servanda*.³ De ondernemer zal derhalve in beginsel de grond en de woning moeten leveren die partijen zijn *overeengekomen*.

De algemene voorwaarden bij de koop-/aannemingsovereenkomst geven de ondernemer echter in een aantal gevallen de bevoegdheid af te wijken van het oorspronkelijk overeengekomene. Het gaat hierbij om de mogelijkheid af te wijken van het bouwplan.⁴ Deze mogelijkheid is enerzijds beperkt, omdat de ondernemer anders eenzijdig van de overeenkomst zou kunnen afwijken, hetgeen in strijd met het overeenkomstenrecht zou zijn. Anderzijds moet de mogelijkheid tot afwijken wel openblijven omdat wijzigingen noodzakelijk kunnen zijn (bijvoorbeeld vanwege nieuwe wet- of regelgeving of gewijzigde omstandigheden), en tijdrovende overlegprocedures in die gevallen waarin al gebouwd wordt, de bouw kunnen vertragen.⁵

De mogelijkheid om af te wijken van het oorspronkelijke bouwplan kan enkel plaatsvinden onder de in de overeenkomst opgenomen voorwaarden. Wordt niet aan die voorwaarden voldaan dan komt de ondernemer zijn uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen niet na. In dat geval kan de verkrijger recht hebben op (alsnog) nakoming (in de vorm van herstel) dan wel schadevergoeding.⁶

9.1.2 Wijziging

Zowel bij een wijziging in de zin van art. 4 AV en art. 6 AV (wijzigingen op initiatief van de ondernemer) als in de zin van art. 7 AV (wijzigingen op verzoek van de verkrijger) is het antwoord op de vraag *wanneer* sprake is van een wijziging van belang. In geval van wijzigingen door de ondernemer is deze vraag belangrijk omdat, als daadwerkelijk sprake is van een wijziging, deze wijziging zal moeten voldoen aan de eisen van art. 4 of art. 6 AV wil deze rechtsgeldig tot stand zijn gekomen. Tevens speelt de vraag een rol bij het vaststellen van een bedrag aan schadevergoeding wegens (ongeoorloofd) doorgevoerde wijzigingen. In het kader van wijziging op initiatief van de verkrijger (meer of minderwerk) is de vraag van belang voor het recht van de ondernemer op bijbetaling (bij meerwerk) of het recht van de verkrijger op verrekening (bij minderwerk).

Ingevolge art. 7:750 lid 1 BW is de hoofdverplichting van de aannemer een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren. Van den Berg bespreekt in het kader van het traditionele bouwcontract (zoals de UAV 1989) wat dit bete-

2 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 34-36.

3 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 34 en nr. 36.

4 Dit in tegenstelling tot de mogelijkheid af te wijken van het contract zelf.

5 Zie ook: Van den Berg 1996, p. 358.

6 Zie § 9.4 van dit hoofdstuk.

kent voor de ondernemer.⁷ De term ‘tot stand brengen’ wijst volgens Van den Berg in de richting van een resultaatsverbintenis.⁸ De reikwijdte van de prestatieplicht van de ondernemer wordt bepaald door de mate van gedetailleerdheid waaraan het werk moet voldoen.⁹ In hoofdstuk 3 werd al ingegaan op het feit dat ook uit de koop-/aannemingsovereenkomst een resultaatsverbintenis voortvloeit. In hoeverre de ondernemer zal moeten voldoen aan die overeenkomst, en wanneer sprake is van het afwijken van die overeenkomst, hangt dus ook af van de gedetailleerdheid van die overeenkomst. Wijkt de ondernemer af van de overeenkomst dan komt hij in beginsel zijn verplichtingen niet na en is sprake van een wijziging (het onderwerp van dit hoofdstuk) of van een gebrek (het onderwerp van hoofdstuk 12).

Of er sprake is van een wijziging hangt dus af van de inhoud van de overeenkomst, dit volgt uit bovenstaande passage uit Asser/Van den Berg en blijkt ook uit UAV-jurisprudentie met betrekking tot dit onderwerp. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een wijziging is uit UAV-jurisprudentie af te leiden dat de inhoud van de contractstukken bepalend is.¹⁰ Onder de UAV 1989 blijkt de omvang van een wijziging veelal uit het bestek. De koop-/aannemingsovereenkomst kent echter geen bestek, voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een wijziging zal in dat geval naar alle contractstukken moeten worden gekeken, waaronder de technische omschrijving, situatietekening en andere tekeningen die het ‘lekenbestek’ van de koop-/aannemingsovereenkomst vormen.¹¹ Deze contractstukken zullen moeten worden vergeleken met de werkelijke situatie om aan de hand daarvan te bepalen of in het concrete geval sprake is van een wijziging.

Een voorbeeld van een manier waarop, zeer praktisch, is vast te stellen of sprake is van een wijziging blijkt uit jurisprudentie van de Raad omtrent de vraag of minder vloeroppervlak is geleverd dan overeengekomen. In een aantal geschillen drukten arbiters voor de beantwoording van de vraag of sprake was van een kleine of grote afwijking het verschil in vloeroppervlak uit in percentages.¹² In het geval van een dakterras werd een afwijking in oppervlak van meer dan vier procent als een grote afwijking aangemerkt. Daarbij hield arbiter rekening met het feit dat het ging om een dakterras in een grote stad, waar elke dm² van belang was.¹³ In een ander geschil over de vraag of sprake was van een wijziging oordeelde de Raad dat als in de situatietekening of de brochure maatgeving ontbreekt en bij bezichtiging blijkt

7 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 85.

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 240.

11 Zie ook: RvA 31 maart 2006, nr. 27.435 over meerwerk en de kopersinformatie. In RvA 25 maart 2009, nr. 31.056 wordt aangegeven waaruit het ‘lekenbestek’ doorgaans bestaat, zie r.o. 19.

12 RvA 21 september 1998, nr. 19.566, BR 1999, p. 433. **Vergelijkbaar:** RvA 27 september 2004, nr. 25.129, RvA 9 mei 2001, nr. 23.117.

13 In RvA 2 augustus 2002, nr. 23.653 werd bij de berekening van het verminderde gebruikoppervlak van het dakterras het verschil in oppervlak niet gerelateerd aan het gebruikoppervlak van het gehele appartement, maar aan dat van het dakterras zelf. Ook over vloeroppervlak: RvA 1 april 2008, nr. 29.240.

dat de vorm van het perceel en de situering niet *wezenlijk* afwijkt van de tekening, er geen sprake is van een afwijking of wijziging.¹⁴ Uit deze voorbeelden blijkt dat het beantwoorden van de vraag of sprake is van een wijziging soms niet eenvoudig is vast te stellen, maar dat hiervoor wel aanknopingspunten te vinden zijn. De vraag of sprake is van een wijziging (in de zin van art. 4, art. 6 of art. 7 AV) zal altijd afhangen van de omstandigheden van het geval.

9.1.3 Een wijziging betekent niet altijd meer werk of meer kosten

Zowel bij wijzigingen op initiatief van de ondernemer als in het geval van meer- en minderwerk moet een kanttekening worden gemaakt bij de gevolgen van een wijziging. Niet elke wijziging leidt namelijk tot daadwerkelijk méér of minder werk.¹⁵ Bij wijzigingen op initiatief van de ondernemer is dit gegeven van belang in verband met de berekening van de schadevergoeding, bij meer- en minderwerk in verband met de berekening van de meer- of minderprijs die de verkrijger moet betalen.

Bij meerwerk kan behalve een grotere hoeveelheid van het werk of een betere kwaliteit ook een ander karakter van het werk tot meerwerk kan leiden.¹⁶ Hierbij valt te denken aan een andere, meer arbeidsintensieve uitvoering van het werk.¹⁷ Deze regel is opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht* Deel 5, waarin een grote hoeveelheid (met name) UAV-jurisprudentie wordt behandeld. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van meerwerk kan deze jurisprudentie ook gebruikt worden voor de koop-/aannemingsovereenkomst, de vraag of daadwerkelijk sprake is van een wijziging wordt onder beide overeenkomsten immers op dezelfde wijze beantwoord: aan de hand van de tekeningen en andere contractstukken.

Ook uit art. 7:755 BW vloeit voort dat een wijziging of meerwerk niet zonder meer een kostenverhoging impliceert.¹⁸ In het kader van de UAV geldt hetzelfde: niet iedere afwijking van het bestek hoeft te leiden tot verrekening.¹⁹ En ook uit

14 RvA 8 oktober 1998, nr. 20.155. Vergelijkbaar: RvA 2 augustus 2002, nr. 23.590. Anders oordeelde arbiter in een geval waarin ook maatgeving ontbrak maar niet was aangegeven dat de parkeerplaats waar het om ging niet uitsluitend geschikt was voor een kleine auto, zie: RvA 8 juni 1995, nr. 17.276.

15 Ook: Dierikx bij RvA 8 januari 2002, TvC 2002, p. 194.

16 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, nr. 241.

17 Zo oordeelde de Raad in een geschil onder de UAV dat het veranderen van de aanlegdiepte van een drainagesysteem van 75 cm diepte naar 125 cm diepte te beschouwen is als meerwerk: RvA 20 januari 1983, nr. 10.708. Voor de koop-/aannemingsovereenkomst kan het zetten van andere tegels onder omstandigheden wel meer kosten met zich brengen, maar hoeft dit ook niet meteen méér werk op te leveren. Indien verkrijgers de tegels zelf aanleveren (en betalen) hoeft geen sprake te zijn van een wijziging die meerwerk en een recht op bijbetaling opleveren.

18 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3.

19 Van Wijngaarden 1974, nr. 309 en 311.

jurisprudentie omtrent de koop-/aannemingsovereenkomst blijkt dat een wijziging zo gering kan zijn dat geen aanleiding tot bijbetaling of inhouding bestaat.²⁰

Ook bij minderwerk, zowel in geval van door de verkrijger opgedragen minderwerk in de zin van art. 7 AV als in geval van wijzigingen in de zin van art. 4 of art. 6 AV die leiden tot (verrekening van) minderwerk, kan de vraag zich voordoen óf daadwerkelijk sprake is van minder werk. Ook hierbij zijn net als bij meerwerk de contractstukken bepalend.²¹ In Hoofdstukken Bouwrecht worden in het kader van de aannemingsovereenkomst verschillende situaties genoemd waarbij sprake kan zijn van minderwerk.²² De volgende in *Hoofdstukken Bouwrecht* genoemde situaties zijn ook toe te passen op de koop-/aannemingsovereenkomst: Van minderwerk is sprake als de ondernemer besparingen heeft gemaakt omdat de verkrijger (met goedvinden van de ondernemer) zelf een deel van het werk heeft uitgevoerd. Daarbij is loutere hulpvaardigheid weer geen grond voor minderwerk.²³ Ook is er sprake van minderwerk als de kwaliteit van het uitgevoerde werk minder is dan in het bestek overeengekomen.²⁴ Echter besparingen gemaakt door de ondernemer die géén invloed hebben gehad op de kwaliteit worden niet als minderwerk aangemerkt.²⁵ Werkzaamheden die volgens overheidsvoorschriften hadden moeten worden uitgevoerd, maar niet zijn uitgevoerd, geven ook aanleiding tot het verrekenen wegens minderwerk.²⁶

9.2 WIJZIGINGEN OP VERZOEK VAN DE VERKRIJGER

Wijzigingen op verzoek van de verkrijger worden ook wel meer- of minderwerk genoemd. Meerwerk is ‘een verrichting van de aannemer die uitgaat boven zijn verplichting om het in het bestek omschreven werk uit te voeren, zodat de aan-

20 RvA 24 augustus 1999, nr. 20.409, RvA 4 februari 2004, nr. 22.389 (beide uitspraken hebben betrekking op de koop-/aannemingsovereenkomst). Zie in algemene zin over wijzigingen: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 237.

21 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 251 over minderwerk bij aanneming van werk en zie: RvA 16 januari 2004, nr. 24.536 voor een voorbeeld van minderwerk onder de koop-/aannemingsovereenkomst.

22 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 251 (het hele nummer 251 heeft betrekking op minderwerk bij aannemingsovereenkomsten).

23 RvA 30 mei 1959, nr. 2.662, Jaarverslag 1959, p. 17, RvA 4 december 1996, nr. 18.319. Met betrekking tot een verbouwovereenkomst: RvA 23 april 2004, nr. 24.350

24 RvA 29 oktober 1963 nr. 4.156, Br 1964, p. 409. Zie Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 251 voor uitspraken die geen betrekking hebben op een consumentenovereenkomst.

25 RvA 17 september 1997, nr. 18.787, RvA 5 september 2002, nr. 23.291, RvA 8 maart 2006, nr. 27.269 (de laatste twee uitspraken zijn aannemingsovereenkomsten).

26 RvA 14 augustus 1995, nr. 17.112, het spiegelbeeld vormt RvA 14 oktober 2005, nr. 27.068, in hoger beroep: RvA 5 juli 2007, nr. 71.074 waarin bepaalde werkzaamheden wegens overheidsvoorschriften niet konden worden uitgevoerd.

nemer voor het doen van deze verrichting recht heeft op bijbetaling boven de overeengekomen aanneemsom'.²⁷ Minderwerk is het spiegelbeeld van meerwerk. In het vervolg van deze paragraaf worden zowel de termen 'meer- en minderwerk' als 'wijzigingen op verzoek van de verkrijger' gebruikt.

In de algemene voorwaarden is art. 7 AV gewijd aan meer- en minderwerk. Dit is zowel het geval in de algemene voorwaarden van eengezinswoningen als die voor appartementen. Het eerste lid van art. 7 AV voor appartementen is iets anders geformuleerd maar inhoudelijk komen beide regelingen op hetzelfde neer.²⁸ In de voorwaarden van 2003 werd meerwerk ook (en op dezelfde wijze) geregeld in art. 7 AV. In het BW is meer- en minderwerk geregeld in art. 7:755 BW.²⁹ Het artikel bevat ten opzichte van art. 7 AV maar een beperkte regeling aangezien het alleen bepaalt wanneer de aannemer recht heeft op een prijsverhoging als gevolg van het meerwerk. Art. 7:755 BW is van dwingend recht.

In deze paragraaf komt het meer- en minderwerk aan bod zoals opgenomen in art. 7 AV en zoals beschreven in het BW. In § 9.2.1 wordt echter ingegaan op de in de praktijk veel voorkomende mogelijkheid meer- en minderwerk buiten de procedure van art. 7 AV om te regelen door middel van zogenaamde standaardwijzigingen of koperskeuzelijsten. In het vervolg van deze paragraaf wordt uitgebreid ingegaan op de meer- en minderwerk procedure zoals neergelegd in art. 7 AV en het BW, en waar relevant wordt ingegaan op de regeling aangaande wijziging door de verkrijger zoals neergelegd in de UAV 1989 en de UAV-GC 2005. In § 9.2.2 wordt kort art. 7 AV ingeleid, in § 9.2.3 komt het verzoek van de verkrijger tot wijziging aan bod. Vervolgens wordt ingegaan op de in lid 3 behandelde procedure, waardoor de wijziging deel gaat uitmaken van het bouwplan (§ 9.2.4). Daarna worden de gronden waarop de ondernemer meer- of minderwerk mag weigeren behandeld (§ 9.2.5). In § 9.2.6 komt het in lid 4 van art. 7 AV behandelde meerwerk door derden aan bod. Tot slot komt in § 9.2.7 aan de orde hoe wijzigingen op initiatief van de verkrijger zijn geregeld onder de PELSC.

27 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, nr. 237, vergelijkbaar: Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 142. Zie ook: RvA 14 juli 1999, nr. 21.097.

28 **Art. 7 lid 1 voor Eengezinswoningen is verderop in deze paragraaf in de tekst weergegeven, art. 7 lid 1 AV Appartementen luidt als volgt:** De verkrijger kan met inachtneming van artikel 11 lid 6 van deze algemene voorwaarden de ondernemer verzoeken wijzigingen in het privé-gedeelte in afwijking van de tekening of de technische omschrijving aan te brengen.

29 **Art. 7:755 BW: Ingeval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk kan de aannemer slechts dan een verhoging van de prijs vorderen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, behoudens bij standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW.**

9.2.1 Wijzigingen op verzoek van de verkrijger buiten art. 7 AV om

Het komt regelmatig voor dat meerwerk buiten de bepalingen van art. 7 AV om geregeld wordt. Ondernemers hanteren in veel gevallen standaarduitwerkingen van wijzigingen of meer- of minderwerk in zogenaamde koperskeuzelijsten, alternatievenlijsten of meer- en minderwerklijsten.³⁰ Hierin heeft de ondernemer alle mogelijke wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke ontwerp aangegeven, waarbij hij tegelijkertijd een prijsopgave van die wijzigingen doet. Doordat kopers in toenemende mate individuele wensen gerealiseerd willen zien, zijn ondernemers zich meer en meer gaan toeleggen op het leveren van ‘maatwerk’ binnen zogenaamde seriebouw. De bouw van woningen is een flexibeler en innovatiever proces geworden. Hierdoor zijn de mogelijkheden tot het doorvoeren van wijzigingen sterk toegenomen.

Sinds enige jaren is het zogenaamde ‘consumentgericht bouwen’ in opkomst. Dit is erop gericht binnen seriematige bouw de woning zo veel mogelijk af te stemmen op de gebruiker. Het biedt de consument de mogelijkheid om individuele keuzes te maken ten aanzien van het volume, de indeling, de afwerking, en andere aspecten van de woning. De verkrijger kan vaak kiezen uit een aanbod van vele varianten op een (vaststaand) basisontwerp. De term consumentgericht bouwen impliceert niet een vaste werkwijze of een vast arsenaal aan keuzemogelijkheden. De keuzemogelijkheden en keuzemomenten zijn sterk afhankelijk van de door de ondernemer gekozen benadering.³¹ Omdat de vigeur van het consumentgericht bouwen buiten het bereik van dit onderzoek valt, wordt het verder buiten beschouwing gelaten.

9.2.2 Wijzigingen op verzoek van de verkrijger volgens art. 7 AV

Meerwerk wordt geregeld in art. 7 AV. Biedt de ondernemer geen koperskeuzelijsten aan met meerwerkopties dan kan de verkrijger, via art. 7 AV, zelf om het doorvoeren van wijzigingen vragen. Maar ook als de ondernemer wel koperskeuzelijsten hanteert, heeft de verkrijger de mogelijkheid om op de wijze als vermeld in art. 7 AV, om het doorvoeren van meer- of minderwerk te vragen.

Art. 7 AV Eengezinswoningen

1. De verkrijger kan de ondernemer verzoeken wijzigingen in afwijking van de tekening of de technische omschrijving aan te brengen.
2. De ondernemer is gerechtigd een zodanig verzoek van de hand te wijzen, indien naar zijn oordeel:
 - a. gezien het stadium van de bouw de gevraagde wijziging ongewenst is te achten;
 - b. die wijziging strijdig is met de opzet van het bouwplan of met de normen waaraan de woning moet voldoen.
3. Doet zich geen der gevallen in het vorig lid van dit artikel vermeld voor, dan verstrekt de ondernemer binnen drie weken na het verzoek schriftelijk opgave van de prijs van de

30 Hierover: RvA 1 oktober 2002, nr. 24.635.

31 Zie voor een praktische beschrijving van de verschillende vormen van consumentgericht bouwen de brochure ‘Consumentgericht bouwen, strategie en praktijk’ in 2003 uitgegeven door de Stichting Bouwresearch.

verzochte wijziging en het tijdstip van betaling daarvan, alsmede mededeling omtrent de eventuele consequenties die deze wijziging ten aanzien van de subsidie kan hebben, en, indien daartoe aanleiding is, opgave van het aantal werkbare werkdagen waarmee de termijn voor oplevering daardoor zal worden verlengd. De wijziging maakt deel uit van het bouwplan, indien de verkrijger binnen een week na ontvangst van de opgave zich schriftelijk daarmee akkoord verklaart. De eventuele uit het bijwerk voortkomende verlenging van de termijn voor oplevering is voor risico van de verkrijger.

4. Het is de verkrijger niet toegestaan vóór de oplevering bijwerk of wijzigingen door derden te doen uitvoeren, dan na verkregen toestemming van de ondernemer.

Art. 7 AV spreekt niet met zoveel woorden over meer- en minderwerk, maar van wijzigingen (in de eerste leden van art. 7 AV) of van bijwerk (in het vierde lid).³² Desalniettemin kan dit artikel worden aangemerkt als de regeling met betrekking tot meerwerk.³³ Art. 7:755 BW in de Titel Aanneming van Werk spreekt evenals art. 7 AV niet van meer- en minderwerk maar van ‘door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk’.³⁴ Deze formulering komt op hetzelfde neer als de formulering in art. 7 AV.

Of de regeling van art. 7 AV ook van toepassing is op minderwerk is volgens Thunnissen de vraag.³⁵ Van minderwerk is sprake indien de ondernemer minder verricht dan waartoe hij bij een ongewijzigd bestek verplicht zou zijn, ten gevolge waarvan de verkrijger gerechtigd is tot een inhouding van de overeengekomen aanneemsom.³⁶ Thunnissen meent dat indien bij de aannemingsovereenkomst geen aanvullende regeling met betrekking tot minderwerk is overeengekomen een opdracht tot minderwerk is te beschouwen als een gedeeltelijke opzegging van de overeenkomst en dat het niet verenigbaar is met de tekst minderwerk als onderdeel van art. 7 AV te beschouwen.³⁷ Volgens Van Wijngaarden sluit de tekst van dit artikel niet uit dat het ook om minderwerk kan gaan.³⁸ De praktijk wijst uit dat ook minderwerk onder art. 7 AV valt.

Ook art. 7:755 BW spreekt zich niet uit over minderwerk.³⁹ Het artikel gaat zoals gezegd enkel over het recht van de aannemer op een prijsverhoging bij wijzigingen. Er wordt in dat artikel alleen ingegaan op de verhoging van de prijs (en dus meerwerk) en niet op een verlaging van de prijs of verrekening van minderwerk. Het is een bewuste keuze van de wetgever geweest de ‘prijs’ voor minderwerk niet te regelen.⁴⁰ Het is onder de wettelijke regeling echter niet zo dat minderwerk

32 In de praktijk wordt ook wel gesproken van besteksafwijkingen of bestekswijzigingen, aldus Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 237.

33 Kleijn & Van Wijngaarden 1975, pp. 222-245.

34 Ter vergelijking: art. 7 AV spreekt van ‘wijzigingen op verzoek van de verkrijger’.

35 Thunnissen 1978, pp. 254-262. Thunnissen hanteerde bij het schrijven van het artikel de allereerste versie van de model koop-/aannemingsovereenkomst met bijbehorende algemene voorwaarden.

36 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 237.

37 Zie ook: Thunnissen 1978, pp. 254-262, en alle daarbij genoemde artikelen en schrijvers.

38 Van Wijngaarden 1990, p. 53.

39 Kritiek hierop in Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 703.

40 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144.

zonder meer valt te beschouwen als een gedeeltelijke opzegging in de zin van art. 7:764 BW.⁴¹ Op de verrekening van minderwerk wordt dieper ingegaan in § 9.2.4.3 van dit hoofdstuk.

In art. 7 AV wordt de procedure met betrekking tot wijzigingen op verzoek van de verkrijger nauwkeurig bepaald. Verondersteld wordt dat indien de procedure genoemd in dit artikel consequent gevolgd wordt, veel geschillen kunnen worden voorkomen⁴² bijvoorbeeld omdat via die route vooraf prijs en omvang van het meerwerk (schriftelijk) vastgelegd worden. Hieronder wordt in §§ 9.2.3 t/m 9.2.5 op deze procedure ingegaan.

9.2.3 Verzoek tot wijziging

Wil de verkrijger een wijziging in het bouwplan doorvoeren, dan zal hij hiertoe ingevolge het eerste lid van art. 7 AV een verzoek moeten indienen bij de ondernemer.

Art. 7 lid 1 AV Eengezinswoningen 2007

De verkrijger kan de ondernemer verzoeken wijzigingen in afwijking van de tekening of de technische omschrijving aan te brengen.

De versie van art. 7 lid 1 AV van 2007 is gewijzigd ten opzichte van die van 2003. In de versie van 2003 bevatte het eerste lid nog de toevoeging dat het verzoek tot wijziging gepaard diende te gaan met het vragen van de kostenopgave van die wijziging.

Art. 7 lid 1 AV Eengezinswoningen 2003

De verkrijger kan de ondernemer verzoeken wijzigingen in afwijking van de tekening of de technische omschrijving aan te brengen. Zodanig verzoek dient gepaard te gaan met het vragen van kostenopgave van die wijzigingen.

Het is zeer waarschijnlijk dat als gevolg van de invoering van art. 7:755 BW, art. 7 lid 1 AV in 2007 is aangepast. In artikel 7:755 BW is opgenomen dat de ondernemer opgave moet doen van de kostenconsequenties zonder verzoek hiertoe van de verkrijger.⁴³

Art. 7:755 BW

Ingeval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk kan de aannemer slechts dan een verhoging van de prijs verdienen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, behoudens bij standaardregeling als bedoeld in art. 6:214 BW.

41 Kamerstukken II 1992/93 23 095, nr. 3, p. 24.

42 Zie ook: Kleijn & Van Wijngaarden 1974, pp. 222-245.

43 Over dit artikel: Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144.

In de algemene voorwaarden is de verplichting tot het opgave doen van de prijs opgenomen in het derde lid van art. 7 AV waarin de (schriftelijke) opgave van de prijs als onderdeel van de taken van de ondernemer wordt genoemd.⁴⁴

In de literatuur is niet veel geschreven over art. 7 AV (en de voorgangers van dit artikel). Dierikx besteedt er echter wel aandacht aan. Volgens Dierikx is één van de uitgangspunten van een overeenkomst die de belangen van de consument (goed) waarborgt, dat de verkrijger tijdens de uitvoering wordt geïnformeerd over de prijs- en tijdsgevolgen van een door hem opgedragen (kwaliteits)wijziging.⁴⁵ Alleen op basis daarvan kan de verkrijger een goede beslissing nemen over een door hem op te dragen wijziging. Zij is van mening dat de regeling met betrekking tot wijzigingen op initiatief van de ondernemer zoals neergelegd in art. 7 AV 'een prima regel' is.⁴⁶ De regel neergelegd in het eerste en derde lid van art. 7 AV is inderdaad een goede regel uit oogpunt van consumentenbescherming. Het is aan de ondernemer (in dat geval de deskundige op het gebied van de consequenties van de wijziging) uit zichzelf opgave te doen van de prijs van de gevraagde wijziging, zonder verzoek hiertoe van de verkrijger.

9.2.4 Het doorvoeren van de wijziging

Indien de ondernemer de gevraagde wijziging wil doorvoeren, dient hij ingevolge het derde lid van art. 7 AV binnen drie weken na het verzoek schriftelijk opgave te doen van de prijs van de verzochte wijziging en het tijdstip van betaling daarvan.⁴⁷ Ook dient de ondernemer de verkrijger op de hoogte te stellen van de eventuele consequenties die de wijziging voor de subsidie kan hebben.⁴⁸ Indien daartoe aanleiding is, dient de ondernemer opgave te doen van het aantal werkbare werkdagen waarmee de termijn voor oplevering daardoor zal worden verlengd. De eventuele uit het bijwerk voortkomende verlenging van de termijn voor oplevering is voor risico van de verkrijger.

Met betrekking tot de verplichting van de ondernemer opgave te doen van wijziging in de oplevertermijn en het aantal benodigde werkbare werkdagen zij de lezer verwezen naar § 10.4.4 van Hoofdstuk 10. Hierin wordt uitgebreid ingegaan op de consequenties van het niet (tijdig) overeenkomen van verlenging van de oplevertermijn door de ondernemer.

De subsidieregeling en eventuele wijzigingen daarvan worden behandeld in hoofdstuk 7. De consequenties van eventuele wijzigingen in de subsidieregeling als gevolg van meerwerk komen aan bod in § 9.2 van eerdergenoemd hoofdstuk.

44 Aldus art. 7 lid 3 AV. De tekst van het artikel wordt weergegeven in § 9.2.4.1.

45 Dierikx 2008, p. 36.

46 Dierikx 2008, p. 129-130.

47 Art. 7 lid 3 AV is in § 9.2.4.1 in de tekst opgenomen.

48 Art. 9 AV bepaalt dat bij gesubsidieerde bouw de uit de wijzigingen voortkomende gevolgen van de kosten van het verkrijgen in eigendom voor rekening komen van de verkrijger.

In deze paragraaf worden de overige twee in lid 3 genoemde eisen behandeld: de eis van het schriftelijk vastleggen van de wijziging (§ 2.4.1), en het overeenkomen van de prijs van de wijziging (§ 2.4.2).

9.2.4.1 Schriftelijk vastleggen van de wijziging

De wijziging maakt, ingevolge lid 3 van art. 7 AV, deel uit van het bouwplan als de verkrijger binnen een week na ontvangst van de opgave zich daarmee schriftelijk akkoord verklaart.

Art. 7 lid 3 AV

Doet zich geen der gevallen in het vorig lid van dit artikel vermeld voor, dan verstrekt de ondernemer binnen drie weken na het verzoek schriftelijk opgave van de prijs van de verzochte wijziging en het tijdstip van betaling daarvan, alsmede mededeling omtrent de eventuele consequenties die deze wijziging ten aanzien van de subsidie kan hebben, en, indien daartoe aanleiding is, opgave van het aantal werkbare werkdagen waarmee de termijn voor oplevering daardoor zal worden verlengd. De wijziging maakt deel uit van het bouwplan, indien de verkrijger binnen een week na ontvangst van de opgave zich schriftelijk daarmee akkoord verklaart. De eventuele uit het bijwerk voortkomende verlenging van de termijn voor oplevering is voor risico van de verkrijger.

Dit schriftelijk vastleggen betreft zowel de opdracht tot meerwerk als de prijs. De ratio achter de eis van schriftelijke vastlegging van met name de prijs van het meerwerk, wordt gevormd door de ondeskundigheid van de verkrijger.⁴⁹ Het op schrift vastleggen van de prijs en de bevestiging van de opdracht beschermt hem tegen verrassingen.⁵⁰ De ondeskundige verkrijger is zich niet altijd even bewust van de financiële gevolgen van bepaalde wijzigingen.⁵¹

De eis van schriftelijke vastlegging van het meerwerk in de koop-/aannemings-overeenkomst is een herhaling van het oude art. 7A:1646 Oud BW.⁵² Art. 7A:1646 BW eist slechts schriftelijke vastlegging van de opdracht tot meerwerk, maar geen schriftelijke vastlegging van de prijs, het artikel spreekt slechts over overeenstemming treffen over de prijs.⁵³ Art. 7A:1646 Oud BW is bij invoering van de nieuwe

49 Van Wijngaarden 1990, p. 53, Dierikx bij RvA 8 januari 2002, nr. 22.382, TvC 2003, p. 195, Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 274 met betrekking tot art. 7A:1646 BW.

50 Zie hierover ook: Van Wijngaarden 1990, p. 53, Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 274.

51 Zie ook Dierikx 2008, p. 35-36.

52 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 293, art. 7A:1645 Oud BW luidt: Indien een gebouw, voor eenen bepaalden prijs aangenomen en afgemaakt, geheel of gedeeltelijk vergaat door een gebrek in de samenstelling, of zelfs uit hoofde van de ongeschiktheid van de grond, zijn de bouwmeesters en aannemers daarvoor, gedurende tien jaren, aansprakelijk.

53 Zie ook: Thunnissen 1978, p. 257. En ook: Kleijn & Van Wijngaarden 1975, pp. 222-245.

titel aanneming van werk vervangen door art. 7:755 BW en niet meer van belang voor het huidige recht.

Art. 7 AV is met de eis tot schriftelijk vastlegging van zowel de prijs als het meerwerk zelf, strikter dan art. 7:755 BW. Art. 7:755 BW stelt niet als eis dat het meerwerk en/of de prijs ervan schriftelijk worden overeengekomen, maar noemt slechts de plicht van de ondernemer tot motivering van de noodzaak van prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen.⁵⁴ Als gevolg hiervan heeft de aannemer, op straffe van verval van zijn aanspraak op een vergoeding, een waarschuwingsplicht ten aanzien van de prijsconsequenties die een wijziging heeft (uiteraard tenzij de opdrachtgever de noodzaak van een prijsverhoging uit zichzelf had moeten begrijpen).⁵⁵ Het antwoord op de vraag of de verkrijger dit had moeten begrijpen is afhankelijk van de deskundigheid van de verkrijger.⁵⁶ Aangezien dit artikel niet alleen ziet op de aanneming van bouwwerken, maar ook bedoeld is voor andere contracten als de overeenkomsten tot het wassen en stomen van kleren en het repareren van gebruiksvoorwerpen⁵⁷, is het begrijpelijk dat art. 7:755 BW geen plicht tot schriftelijke vastlegging kent, maar slechts een waarschuwing ten aanzien van de kostenconsequenties. Van den Berg heeft kritiek op de in art. 7:755 neergelegde regel.⁵⁸ Hij meent dat afbreuk wordt gedaan aan de beoogde bescherming van de opdrachtgever. De opdrachtgever zal zich veelal wel realiseren dat een verandering enige prijsverhoging met zich brengt, maar waar het volgens Van den Berg op aan komt is of de opdrachtgever een reëel inzicht had in de omvang van de te verwachten meerkosten.⁵⁹ Het argument van Van den Berg gaat met name op voor consument-verkrijgers. Om geen afbreuk te doen aan de voor hun in de koop-/aannemingsovereenkomst neergelegde bescherming, zullen zij nadrukkelijk op de omvang van elke prijsstijging moeten worden gewezen (en niet alleen ten aanzien van die waarvan zij de noodzaak niet uit zichzelf konden begrijpen), ingevolge art. 7 AV zelfs schriftelijk. Art. 7:755 is dwingend recht, maar afwijken ten voordele van de consument is toegelaten. Met name omdat het in het geval van de bouw van een woning vaak zal gaan om aanzienlijk hogere bedragen dan bij de hierboven genoemde andere gevallen van aanneming van werk en gezien het feit dat verkrijgers zich veelal helemaal geen voorstelling van de prijsconsequenties van bepaalde wijzigingen kunnen maken, past de regeling van art. 7 AV in het systeem van consumentenbescherming.

54 Hierover: Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144.

55 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144. De eis van schriftelijkheid kon ook onder art. 7A:1645 BW onder omstandigheden terzijde worden geschoven indien het voor de verkrijger duidelijk moet zijn dat het opgedragen werk niet in het bestek is begrepen, Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 278.

56 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3.

57 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 12.

58 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144.

59 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144. Ook: Dierikx in RvA 8 Januari 2002, nr. 22.382, TvC 2002, pp. 196-197.

De UAV 1989 kennen geen regeling met betrekking tot het vooraf vastleggen van de prijs of een regeling vergelijkbaar met de in art. 7:755 BW opgenomen waarschuwingsplicht.⁶⁰ Ingevolge § 35 lid 1 UAV 1989 verbinden de UAV aan een groot aantal situaties de consequentie van verrekening van meer- of minderwerk. Onder andere bij bestekwijzigingen, afwijken van stelposten, afwijken van geschatte hoeveelheden en afwijken van verrekenbare hoeveelheden.⁶¹ In geen van deze situaties is vereist dat vooraf door de aannemer wordt gewaarschuwd voor de eventuele kostenconsequenties van de wijziging. Wat betreft de UAV 1989 staat het achterwege laten van een dergelijke waarschuwing niet in de weg aan een aanspraak op vergoeding wegens meerwerk door de aannemer.⁶² Ingevolge de dwingendrechtelijke regeling van art. 7:755 BW heeft de aannemer desondanks geen recht op bijbetaling als hij niet vooraf heeft gewaarschuwd voor de kostenconsequenties.⁶³

De UAV-gc bevatten een bepaling die het niet *schriftelijk* opgeven van wijzigingen als weigeringsgrond voor het uitvoeren van meerwerk noemt. Ingevolge § 14 lid 6 onder a UAV-gc is de opdrachtnemer niet verplicht een door de opdrachtgever opgedragen wijzigingen uit te voeren indien de wijziging niet schriftelijk is opgedragen.

Consequentie van het niet schriftelijk vastleggen

De consequentie van het, in weerwil van het in art. 7 AV opgenomene, niet schriftelijk overeenkomen van meer- of minderwerk of de prijs ervan is onder de koop-/aannemingsovereenkomst dat geen betaling daarvan gevorderd kan worden.⁶⁴ Daarbij is het schriftelijk stuk echter geen exclusief bewijsmiddel.⁶⁵ Indien geen schriftelijk stuk aanwezig is dat tot bewijs van de meerwerkopdracht kan dienen maar op voorhand zo'n schriftelijk stuk door partijen niet nodig wordt geacht, rust de bewijslast voor een mondelinge meerwerkopdracht op de ondernemer.⁶⁶

Van den Berg is van mening dat het een goede ontwikkeling is dat onder art. 7:755 BW de eis van schriftelijke vastlegging is verlaten opdat de ondernemer niet meer in zijn bewijsmogelijkheid wordt belemmerd door een exclusief vereist schriftelijk bewijsmiddel, zoals onder art. 1646 Oud BW nog wel het geval was.⁶⁷

Voor de situatie onder art. 7 AV is wel de schriftelijke vastlegging van de prijs gewenst. De schriftelijkheidseis van art. 7 AV beschermt de consument, evenals dat

60 zie Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 146.

61 Respectievelijk geregeld in § 36, §37, §38 lid 2 en §39. Zie Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 146.

62 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 146.

63 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 146.

64 Ook: Dierikx 2008, p. 129.

65 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144, Dierikx 2008, p. 132 en o.a. RvA 8 januari 2002, nr. 22.382, RvA 28 april 2003, nr. 22.698.

66 RvA 8 juli 1975, nr. 7.409, BR 1975, p. 765, RvA 20 december 1994, nr. 16.454, RvA 28 november 1994, nr. 17.020.

67 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144.

onder 1646 Oud BW het geval was, tegen het doorvoeren van wijzigingen waarvan hij zich niet gerealiseerd heeft dat dit (hoge) kosten met zich bracht.⁶⁸ Ook beschermt de schriftelijke vastlegging tegen vage of geschatte mondelinge prijsprognoses en draagt het bij aan een betere bewijspositie van de consument-verkrijger. Het is dan ook een goede ontwikkeling dat voor de situatie als onder de koop-/aannemingsovereenkomst nog wel een schriftelijke vastlegging wordt gevraagd.⁶⁹ Daar waar het gaat om koop-/aannemingsovereenkomsten of aannemingsovereenkomsten tussen een consument en een professionele wederpartij biedt schriftelijke vastlegging van prijs en meerwerk de onoplettende of onwetende consument bescherming. Op de mening van Van den Berg dat het een goede zaak is dat de eis van schriftelijkheid is laten varen in art. 7:755 BW, valt ten aanzien van consumentenovereenkomsten dus nog wel het een en ander af te dingen.

De verkrijger dient op een vermeend onjuist of onterecht toegezonden meerwerkrekening tijdig te reageren om de bewijslast van de ondernemer niet te veel te bezwaren.⁷⁰ Bij minderwerk rust bij het ontbreken van een schriftelijk stuk het bewijs van de mondelinge opdracht tot minderwerk op de verkrijger.⁷¹

9.2.4.2 De prijs van de wijziging

Zoals reeds vermeld, moet de ondernemer schriftelijk opgave doen van de prijs van het meerwerk. Met betrekking tot de prijs voor meerwerk doen zich in het algemeen drie problemen voor. Het eerste probleem betreft de vraag wat rechs is als, in weerwil van de regeling van art. 7 AV en art. 7:755 BW, voor het meerwerk vooraf geen prijs is vastgesteld.⁷² Dit onderwerp werd reeds hierboven in § 9.2.4.1 behandeld. Daarnaast speelt de vraag óf daadwerkelijk sprake is van een wijziging die méér werk oplevert. Dit onderwerp is in het kader van de vraag wat moet worden verstaan onder een wijziging, behandeld in § 9.1.2. Het derde probleem betreft de vraag hoe de prijs van de wijziging moet worden berekend. Dit onderwerp komt in deze paragraaf aan de orde.

Indien vaststaat dat over de prijs van het meerwerk van tevoren geen afspraken zijn gemaakt, dient de ondernemer de redelijkheid van de prijs voor het door hem in rekening gebrachte meerwerk aannemelijk te maken.⁷³ Bij het vaststellen van

68 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 273. De koop-/aannemingsovereenkomst is de enige model voorwaarde die overeenstemt met art. 1646 Oud BW. Zie: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 293.

69 Anders: Dierikx 2008, p.132.

70 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 245.

71 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 252a.

72 Er is regelmatig onduidelijkheid over de vraag óf en zo ja welke prijs is overeengekomen. Zie: RvA 30 mei 2006, nr. 27.585, RvA 27 juni 2006, nr. 27.288, RvA 23 maart 2005, nr. 24.907.

73 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 249. Dit nummer gaat over het bepalen van de prijs van meerwerk in het algemeen en heeft ook betrekking op consumenten-aannemingsovereenkomsten en koop-/aannemingsovereenkomsten.

de prijs en de beantwoording van de vraag of de prijs redelijk is speelt de kwaliteit van het verrichte meerwerk een rol.⁷⁴ Over het meerwerk dient de BTW te worden berekend op het percentage dat ten tijde van de uitvoering van het werk geldt.⁷⁵ Als partijen de voor het meerwerk betaalde prijs niet zijn overeengekomen, en ook later daarover geen overeenstemming hebben bereikt, dienen uiteraard arbiters de prijs vast te stellen.⁷⁶

Op welk bedrag de verkrijger recht heeft bij verrekening van minderwerk is afhankelijk van de kosten die de ondernemer zich heeft bespaard.⁷⁷

9.2.4.3 Betaling van meerwerk en verrekening van minderwerk

Een belangrijke vraag is wanneer de betaling van het meerwerk moet plaatsvinden. In gevolge de betalings- en termijnregeling mag de ondernemer in geval van meerwerk bij opdracht 25 procent van de meerwerksom declareren als vergoeding voor algemene en voorbereidende kosten. Het resterende gedeelte dient te worden gedeclareerd na gereedkomen van het meerwerk dan wel bij de eerstkomende betalingstermijn daarna.⁷⁸

Met betrekking tot de verrekening van minderwerk regelen de algemene voorwaarden, de koop-/aannemingsoverkomst en de garantie- en waarborgregeling niets. Waarom dit niet geregeld is, is niet duidelijk.

De verrekening van minderwerk is ook niet geregeld in art. 7:755 BW. Het is een bewuste keuze van de wetgever geweest de ‘prijs’ voor minderwerk niet te regelen.⁷⁹ Volgens de toelichting zou een dergelijke regeling strijdig zijn met de veelvormigheid van ‘aanneming van werk’ (denk aan het feit dat ook bijvoorbeeld de werkzaamheden van kleermakers onder aanneming van werk vallen), en ten nadele strekken van de niet-professionele opdrachtgever.⁸⁰

Een opdracht tot minderwerk valt, zoals opgemerkt in § 9.2.1, niet zonder meer te beschouwen als een gedeeltelijke opzegging in de zin van art. 7:764 BW. Dit zal slechts ‘soms’ het geval zijn.⁸¹ Dit betekent dat de aannemer zich slechts soms verzekerd zal weten van een compensatie voor het in het minderwerk begrepen deel van de winst. Of dit zo is hangt af van alle omstandigheden van het geval waaronder de aard van het contract, de aard van het uit te voeren werk, de aard van de gevraagde wijziging en de manier waarop het verzoek daartoe is gedaan.⁸²

74 RvA 28 augustus 1985, nr. 11.777.

75 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 299.

76 Zie ook: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 299.

77 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 255 en de daar genoemde jurisprudentie.

78 Aldus IV GIW-Termijnregeling voor Eengezinshuizen. Onder V Termijnregeling voor Appartementen. Meer over de betalings- en termijnregeling in hoofdstuk 7.

79 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 144.

80 Kamerstukken II 1992/93 23 095, nr. 3, p. 24 (MvT).

81 Ibid.

82 Ibid.

Onder de koop-/aannemingsovereenkomst wordt minderwerk berekend aan de hand van de door de ondernemer bespaarde kosten, zie § 9.2.4.2.

Het is van belang dat de verkrijger voor de verrekening van minderwerk tijdig een beroep doet op de verrekening van dit minderwerk, anders kan er sprake zijn van rechtsverwerking.⁸³ Uit jurisprudentie in het kader van de UAV 1969 en 1989 valt af te leiden dat goedkeuring en aanvaarding van de woning bij oplevering niet met zich brengt dat de verkrijger zijn aanspraken op verrekening van minderwerk heeft prijsgegeven.⁸⁴ Deze regel is analoog ook op de model koop-/aannemingsovereenkomst toe te passen nu deze regeling ook een systeem van aanvaarding en oplevering kent (zie hoofdstuk 11). Denkbaar is dat de verkrijger een aanspraak op verrekening van meerwerk binnen een redelijke termijn na het opgeven of overeenkomen van het minderwerk moet doen⁸⁵, zoals ook het melden van gebreken binnen een redelijke termijn na ontdekking moet gebeuren.⁸⁶

9.2.5 Weigering van het verzoek tot wijziging

Het tweede lid van art. 7 AV bepaalt dat de ondernemer gerechtigd is een verzoek tot wijziging van de hand te wijzen.⁸⁷ De ondernemer mag een verzoek tot wijziging weigeren indien gezien het stadium van de bouw de gevraagde wijziging ongewenst is te achten (sub a van het derde lid van art. 7 AV) of indien die wijziging strijdig is met de opzet van het bouwplan of met de normen waaraan de woning moet voldoen (sub b van het derde lid van artikel 7 AV).

Artikel 7 lid 2 AV Eengezinswoningen

2. De ondernemer is gerechtigd een zodanig verzoek van de hand te wijzen, indien naar zijn oordeel:

- a. gezien het stadium van de bouw de gevraagde wijziging ongewenst is te achten;
- b. die wijziging strijdig is met de opzet van het bouwplan of met de normen waaraan de woning moet voldoen.

De Raad oordeelde dat een door de verkrijger gevraagde wijziging alleen kan worden getoetst aan deze twee genoemde criteria, andere redenen vallen buiten het

83 In RvA 19 juni 1997, nr. 17.754, BR 1998, p. 778 achtte de Raad een beroep op minderwerk vijf jaar na oplevering niet redelijk. Zie in het kader van de UAV 1989 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 254.

84 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 254. Zie over oplevering en aanvaarding in hoofdstuk 11.

85 Zie in het kader van de UAV hierover ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 254

86 Zie over de term 'redelijke termijn' hoofdstuk 12.

87 Art. 7 lid 2 AV: De ondernemer is gerechtigd een zodanig verzoek van de hand te wijzen, indien naar zijn oordeel:

- a. gezien het stadium van de bouw de gevraagde wijziging ongewenst is te achten;
- b. die wijziging strijdig is met de opzet van het bouwplan of met de normen waaraan de woning moet voldoen.

kader van de overeenkomst.⁸⁸ Bij het beantwoorden van de vraag of een weigering tot meerwerk door de ondernemer terecht is en gegrond wordt onder de UAV 1989 en het algemene recht rekening gehouden met de aard van de aannemingsovereenkomst, hetgeen voortvloeit uit het gebruik⁸⁹, de eisen van redelijkheid en billijkheid⁹⁰ en de wet.⁹¹ Deze vier elementen zijn ook terug te vinden in uitspraken van de Raad in het kader van de model koop-/aannemingsovereenkomst en art. 7 AV en terug te voeren op de twee in dit artikel genoemde eisen. De ondernemer dient een weigering tot het doorvoeren van een wijziging gemotiveerd af te wijzen.⁹² Hieronder wordt ingegaan op de onder a en b van art. 7 AV genoemde criteria.

9.2.5.1 Wijziging ongewenst in verband met het stadium waarin de bouw zich bevindt

De beantwoording van de vraag of de gevraagde wijziging ongewenst is te achten gezien het stadium waarin de bouw zich bevindt (sub a) is afhankelijk van de concrete omstandigheden.

Volgens Thunnissen⁹³ vloeit de mogelijkheid tot het afwijzen van de voorgestelde wijziging als genoemd in lid 2 voort uit het collectieve karakter van de bouw en de eisen die door seriebouw worden gesteld. Sinds Thunnissen dit stuk schreef, is er echter wel het één en ander veranderd. Ondernemers zijn een stuk flexibeler geworden richting verkrijgers. Niet alleen bieden ondernemers, zoals reeds eerder genoemd, tegenwoordig zelf al verschillende wijzigingsmogelijkheden aan door middel van zogenaamde meerwerklijsten, ook behoort het aanpassen van de woning aan de persoonlijke wensen van de koper los van deze opties tot de mogelijkheden.

Over de doorbreking van de seriebouw oordeelde de Raad in een geschil uit 1998.⁹⁴ Hierin weigerde de ondernemer een wijziging door te voeren, omdat deze het idee van de seriebouw doorkruiste en daarmee de efficiencyvoordelen door repetitie verloren zouden gaan. De Raad oordeelde dat het in het algemeen, gezien de efficiency, ongewenst is te achten dat wijzigingen van het bouwplan door een ondernemer moeten worden doorgevoerd op wens van verkrijgers. Vanwege het grote belang dat kopers kunnen hebben bij beperkte wijzigingen, moeten dergelijke wijzigingen echter toch mogelijk blijven, zij het binnen beperkte grenzen. In het algemeen is het aan de ondernemer om te bepalen wanneer die grenzen zijn

88 RvA 19 januari 1998, nr. 20.066. In dit geval voerde de ondernemer als reden aan dat de gevraagde wijziging tot minderwerk niet kon worden ingewilligd omdat hij daarmee beunhazerij in de hand zou werken. Arbitrator wees dit van de hand. Ook een onterechte weigering in: RvA 27 augustus 1992, nr. 15.904.

89 Art. 1375 oud BW, zie: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 238.

90 Art. 6:2 en art. 6:248 BW, zie: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 238.

91 Art. 1375 Oud BW en art. 6:248 BW, Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 238.

92 RvA 16 oktober 2000, nr. 22.399.

93 Thunnissen 1978, p. 254-262.

94 RvA 19 januari 1998, nr. 20.066.

bereikt. In het onderhavige geval, waarbij het ging om het achterwege laten van tegelwerk, oordeelde arbiter dat dit de opzet van het plan niet doorkruiste. Het betrof geen extra werk, doch slechts het achterwege laten van werk dat derhalve uitsluitend een administratieve en organisatorische kwestie betrof.

De vraag of de ondernemer de wijziging mag weigeren, speelt ook onder het BW⁹⁵, de UAV 1989 en UAV-gc 2005. Art. 7:755 BW laat zich niet uit over deze vraag maar volgens de toelichting zou aan een verdere uitleg hierover weinig behoefte bestaan. Een dergelijk recht, voor zover het redelijk is, vloeit voldoende voort uit de aard van de overeenkomst en de algemene beginselen neergelegd in art. 6:2 BW en 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid).⁹⁶ Uit de aard van de overeenkomst vloeit voort dat de verkrijger in beginsel bevoegd is een dergelijke wijziging op te dragen, de vraag of een ondernemer de gevraagde wijziging daadwerkelijk moet uitvoeren wordt beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁹⁷ In dat kader mag de ondernemer de wijziging weigeren indien de uitvoering leidt tot een onaanvaardbare verstoring van de werkzaamheden (denk aan het doorbreken van seriebouw of het in een te laat stadium van de bouw opdragen van bepaald meerwerk)⁹⁸, dan wel wanneer de aannemer verplicht wordt werkzaamheden uit te voeren die zijn capaciteit of deskundigheid te boven gaan⁹⁹, of anderszins naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten worden geoordeeld.¹⁰⁰

De UAV-gc 2005 kennen een zeer gedetailleerde bepaling waarin het weigeren van meerwerk is opgenomen. Deze bepaling bevat vrijwel dezelfde elementen als degene die voortvloeien uit art. 7 AV en de wet. In § 14 lid 6 UAV-gc 2005 is gedetailleerd uitgewerkt in welke gevallen de opdrachtnemer niet verplicht is meerwerk uit te voeren.¹⁰¹ Dit is o.a. (voor zover voor deze paragraaf van belang)

95 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 142.

96 Kamerstukken II 1992/93 23 095, nr. 3, p. 24.

97 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 142.

98 Zie Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 142 en ter vergelijking ook onder b van § 14 lid 6 UAV-GC

99 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 142 en ter vergelijking ook onder c van § 14 lid 6 UAV-gc. Een wijziging die de technische kennis of capaciteit van de opdrachtnemer te boven gaat, zal zich onder de koop-/aannemingsovereenkomst niet snel voordoen en is dan ook terecht niet opgenomen in art. 7 AV. Een verzoek tot wijziging van een woonhuis zal niet gemakkelijk de technische kennis of capaciteit van een in consumentenbouw gespecialiseerde ondernemer te boven gaan. Bij grote infrastructurele werken daarentegen is de noodzaak van een dergelijke weigeringsgrond evident.

100 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 142.

101 § 14 lid 6 UAV-GC: De opdrachtnemer is niet verplicht een door de Opdrachtgever opgedragen Wijzigingen uit te voeren indien:

(a) de Wijziging niet schriftelijk is opgedragen, of

(b) de uitvoering van de wijziging een naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare verstoring van de werkzaamheden tot gevolg zou hebben, of

(c) de uitvoering van de Wijziging tot gevolg zou hebben dat de opdrachtnemer zou

het geval als de uitvoering van de wijziging een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare verstoring van de werkzaamheden tot gevolg zou hebben¹⁰², of de uitvoering van de wijziging tot gevolg zou hebben dat de opdrachtnemer zou worden verplicht tot werkzaamheden die zijn technische kennis of capaciteit te boven gaan¹⁰³, of de uitvoering van de wijziging voor de opdrachtnemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, gelet op de wederzijdse belangen van partijen, onaanvaardbaar zou zijn.¹⁰⁴

De uitwerking van het BW artikel, de UAV-gc 2005 en het artikel in de algemene voorwaarden bij de koop-/aannemingsovereenkomst is dus hetzelfde. Ook onder algemene voorwaarden wordt de beantwoording van de vraag of een weigering redelijk is gezien het stadium waarin de bouw zich bevindt, beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid doordat gekeken wordt naar de omstandigheden van het geval.

De UAV 1989 kennen een bepaling met betrekking tot de weigering van wijzigingen die op volstrekt andere wijze is ingevuld dan bij de wet, de koop-/aannemingsovereenkomst en de UAV-gc 2005 het geval is.¹⁰⁵ In § 36 lid 3 UAV 1989 is opgenomen dat de aannemer niet verplicht is gevolg te geven aan bestekwijzigingen, indien de omvang van het werk daardoor zodanig wordt vermeerderd of verminderd dat de totalen van de daaruit voortvloeiende bijbetalingen en inhoudingen elk niet meer bedragen dan vijftien procent van de aanneemsom, danwel het saldo van die bijbetalingen en inhoudingen niet meer bedraagt dan tien procent van de aanneemsom.¹⁰⁶ De UAV 1989 is, in vergelijking met de koop-/aannemingsovereenkomst, uitermate concreet bij het beantwoorden van de vraag of meerwerk wel of niet geweigerd kan worden.

9.2.5.2 Wijziging in strijd met bouwplan of met normen waaraan de woning moet voldoen

Wat betreft de onder b van art. 7 AV genoemde strijd met het bouwplan of met de normen waaraan de woning moet voldoen kan sprake zijn van strijd met de opzet van het plan of van strijd met wet of regelgeving.

worden verplicht tot werkzaamheden die zijn technische kennis en/of capaciteit te boven gaan, of

(d) de uitvoering van de wijziging voor de opdrachtnemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, gelet op de wederzijdse belangen van partijen, onaanvaardbaar zou zijn.

102 Onder b van § 14 lid 6 UAV-gc.

103 Onder c van § 14 lid 6 UAV-gc.

104 Onder d § 14 lid 6 UAV-gc.

105 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 146, Van Wijngaarden 1974, nr. 310.

106 § 36 lid 3 UAV: De aannemer zal aan opdrachten tot bestekwijzigingen gevolg geven, ook indien daardoor de omvang van het werk wordt vermeerderd of verminderd, mits dientengevolge de totalen van de bijbetalingen en inhoudingen elk niet meer bedragen dan 15% van de aannemingssom dan wel het saldo van die bijbetalingen en inhoudingen niet meer bedraagt dan 10% van de aannemingssom.

Van strijd met de opzet van het plan kan sprake zijn in het geval wijzigingen de architectonische opzet van het plan veranderen bijvoorbeeld doordat het gevelbeeld door de wijziging verandert of verslechtert of een wijziging niet voldoet aan de welstandscriteria. Maar ook minder ingrijpende wijzigingen kunnen worden afgewezen wegens strijd met de opzet van het bouwplan. Een andere vorm van strijd van opzet met het bouwplan kwam naar voren in een geschil voor de Raad uit 1995. Hierin oordeelde de arbiter dat de ondernemer terecht weigerde de cv-ketel te verplaatsen omdat dit strijdig zou zijn met de milieuvriendelijke opzet van het bouwplan.¹⁰⁷ Wellicht dat een dergelijke weigering wat ver voert, als enkel de milieuvriendelijke opzet van het bouwplan door de wijziging wordt doorkruist zonder dat sprake is van strijdigheid met wet- of regelgeving. Het zou meer voor de hand liggen de keuze voor de plaatsing van de cv-ketel aan verkrijgers te laten. Te meer als zij na oplevering zelf wel zonder bezwaar dezelfde wijziging zouden kunnen (laten) doorvoeren, dit in tegenstelling tot architectonische wijzigingen.

Van strijd met wet- of regelgeving zijn verschillende voorbeelden te bedenken: Het is mogelijk dat een door de verkrijger gewenste wijziging in strijd is met vergunningen, verordeningen, ontheffingen of beschikkingen die voor de opzet en bouw afgegeven of vereist zijn, gevraagde wijzigingen kunnen in strijd zijn met de voorschriften van de overheid en nutsbedrijven, bijvoorbeeld Bouwbesluiten¹⁰⁸, of wijzigingen die de constructie van de woning aantasten.¹⁰⁹ Een voorbeeld uit de jurisprudentie van strijd met de eisen van het bouwbesluit: In een geschil uit 2000¹¹⁰ oordeelde de Raad dat het verzoek tot het niet betegelen van de badkamer door de verkrijger terecht door de ondernemer werd afgewezen omdat het niet waterdicht afleveren van de badkamer in strijd was met de eisen van het Bouwbesluit. Het argument van de verkrijger dat de in de overeenkomst geregelde verplichting tot gereedmelding bij de gemeente aan hem kon worden overgelaten na het door hemzelf betegelen van de badkamer werd door arbiter afgewezen. Hij oordeelde dat de ondernemer voor de gereedmelding van het hele appartementencomplex niet afhankelijk kon worden gesteld van de werkzaamheden van één van de appartamenteigenaren. De weigering tot minderwerk was volgens de arbiter dan ook terecht. In een ander geschil omtrent de betegeling van de badkamer oordeelde de arbiter echter exact het tegenovergestelde.¹¹¹ Hij zag niet in waarom de verkrijger niet zelf het gereedkomen van de woning bij de gemeente kon melden en in welk belang de ondernemer daarmee geschaad werd. Het betrof in dit geval, in tegenstelling tot het eerdergenoemde geschil, een eengezinswoning en geen compleet appartementencomplex. Het verschil tussen de uitspraken is dan ook te begrijpen.

107 RvA 9 oktober 1995, nr. 17.840, BR 1996, p. 941.

108 Over het voldoen aan technische eisen: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 239.

109 Zie o.a.: RvA 28 december 1999, nr. 21.850, BR 2000, p. 254 en RvA 25 februari 2002, nr. 23.915.

110 RvA 19 januari 2000, nr. 21.834, BR 2000, p. 609, RvA 19 januari 2000, nr. 21.839.

111 RvA 19 januari 1998, nr. 20.066.

9.2.6 Meerwerk door derden

Het vierde lid van art. 7 AV verbiedt de verkrijger zonder toestemming van de ondernemer voor oplevering van de woning bijwerk te laten verrichten door een derde.¹¹² Wil de verkrijger meerwerk door derden laten verrichten, dan moet hij hiervoor eerst schriftelijke toestemming vragen aan de ondernemer. Geeft de ondernemer deze niet, dan moet de verkrijger met dit meerwerk wachten tot na oplevering.

Laat de verkrijger meerwerk verrichten zonder schriftelijke toestemming, dan geldt de sanctie van art. 21 AV.¹¹³ In art. 21 lid 1 AV is opgenomen dat de verkrijger niet gerechtigd is de woning vóór oplevering en voordat de opeisbaar geworden betalingen hebben plaatsgehad, in gebruik te nemen of te doen nemen, behoudens schriftelijke toestemming van de ondernemer.¹¹⁴ In het artikellid is tevens opgenomen dat indien de verkrijger de woning in gebruik neemt zonder toestemming de verkrijger voor elke dag dat de overtreding voortduurt aan de ondernemer een vergoeding verschuldigd is van vijf/tiende promille van de aanneemsom zonder dat hiervoor enige ingebrekestelling is vereist. In Hoofdstuk 11, § 11.6.1 wordt dieper ingegaan op deze boetebepaling.

Indien bij het totstandkomen van de overeenkomst door de ondernemer de verwachting is gewekt dat hij niet onwelwillend tegenover het verrichten van werk door derden staat, staat het hem niet meer vrij hierop terug te komen.¹¹⁵ Op basis van deze gewekte verwachting hebben verkrijgers immers gecontracteerd. Op grond van art. 3:35 BW mochten verkrijgers derhalve verwachten dat zij werk door derden konden laten uitvoeren. Slechts bij zwaarwegende argumenten kan de ondernemer afzien van dit voornemen. Deze argumenten kunnen liggen in de moeilijkheid of onmogelijkheid van het verkrijgen van een bouwvergunning, in extra kosten voor de ondernemer, in ernstige verstoring van de bouwstroom met kostenverhoging tot gevolg en in buitenproportionele bouwkundige aanpassingen¹¹⁶.

112 Art. 7 lid 4 AV: Het is de verkrijger niet toegestaan vóór de oplevering bijwerk of wijzigingen door derden te doen uitvoeren, dan na verkregen toestemming van de ondernemer.

113 Dit is voor eengezinswoningen opgenomen in art. 21 AV. Voor appartementen staat dezelfde regeling in art. 22 AV.

114 Art. 21 lid 1 AV Eengezinswoningen : 1. De verkrijger is niet gerechtigd de woning voor de oplevering en voordat de opeisbaar geworden door hem verschuldigde betalingen hebben plaatsgehad, in gebruik te nemen of te doen nemen behoudens schriftelijke toestemming van de ondernemer. Bij overtreding is de verkrijger voor elke dag dat de overtreding voortduurt aan de ondernemer een vergoeding verschuldigd van vijf/tiende promille van de aanneemsom zonder dat hiervoor enige ingebrekestelling is vereist.

115 Uitspraken hieromtrent in: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 297.

116 RvA 29 augustus 2000, nr. 22.265 en 22.360, BR 2002, p. 528.

9.2.7 Meerwerk en de Principles

De PELSC bevatten in het hoofdstuk met algemene bepalingen een drietal artikelen die van belang kunnen zijn voor de situatie waarin de verkrijger wijzigingen door willen voeren tijdens de bouw. De artikelen bevatten bepalingen met betrekking tot aanwijzingen door de opdrachtgever (1:109 PELSC), de waarschuwingplicht van de dienstverlener (1:110 PELSC) en het wijzigen van de overeenkomst (1:111 PELSC).

De artikelen spreken steeds van het geven van ‘aanwijzingen’. Het begrip aanwijzingen is onder de PELSC een ruimer begrip dan het meerwerk opgegeven door de verkrijger onder koop-/aannemingsovereenkomst is. Onder de koop-/aannemingsovereenkomst houdt het opgeven van meerwerk slechts in dat de verkrijger de ondernemer vraagt een extra of andere handeling te verrichten dan aanvankelijk overeengekomen (bijvoorbeeld het plaatsen van een andere badkamer). Met het begrip aanwijzingen worden ruimere handelingen bedoeld die ook betrekking kunnen hebben op het ontwerp, de werkwijze en de te gebruiken materialen.¹¹⁷ Het begrip impliceert een grotere vrijheid aan de zijde van de opdrachtgever dan onder de koop-/aannemingsovereenkomst het geval is. De artikelen 1:109 t/m 1:111 PELSC zijn, logischerwijs, niet geheel afgestemd op de situatie als onder de koop-/aannemingsovereenkomst en dus van betrekkelijk belang. Omdat de aanwijzingen waarover de artikelen gaan veel diepgaander en specifiekere kunnen zijn dan een verzoek tot meerwerk onder de koop-/aannemingsovereenkomst en ook als gevolg daarvan andere (rechts)gevolgen hebben, beperkt de bespreking van de bepalingen van de PELSC zich dan ook tot die bepalingen en die interpretatie die voor de situatie onder de koop-/aannemingsovereenkomst wel van belang is.

In het eerste lid van art. 1:109 PELSC is opgenomen dat de dienstverlener (i.c. dus de ondernemer) alle tijdig gegeven aanwijzingen van de opdrachtgever betreffende uitvoering van de dienst moet opvolgen, mits die aanwijzingen onderdeel van de overeenkomst zelf zijn of zijn verbijzonderd in enig document waarnaar de overeenkomst verwijst¹¹⁸, of voortvloeien uit de verwezenlijking van keuzes die in de overeenkomst aan de opdrachtgever zijn overgelaten¹¹⁹ of voortvloeien uit de verwezenlijking van keuzes die aanvankelijk door partijen zijn opengelaten.¹²⁰

Art. 1:109 lid 1 PELSC

De dienstverlener moet alle tijdig gegeven aanwijzingen van de opdrachtgever betreffende de uitvoering van de dienst opvolgen, mits de aanwijzingen:

(a) onderdeel van de overeenkomst zelf zijn of zijn verbijzonderd in enig document waarnaar de overeenkomst verwijst; of

117 Barendrecht e.a. 2007, p. 236.

118 Onder a van art. 1:109 PELSC.

119 In gevolge Artikel 6:105 PECL, aldus onder b van het eerste lid van art. 1:109 PELSC.

120 Onder c van het eerste lid van art. 1:109 PELSC.

- (b) voortvloeiën uit de verwezenlijking van keuzes die in de overeenkomst aan de opdrachtgever zijn overgelaten in gevolge Artikel 6:105 PECL (Partijbeslissing); of
- (c) voortvloeiën uit de verwezenlijking van keuzes die aanvankelijk door partijen zijn opgelaten.

Bij meerwerk onder de koop-/aannemingsovereenkomst zal het dan veelal gaan om aanwijzingen die voortvloeiën uit de overeenkomst zelf (immers in art. 7 AV is het recht op meerwerk opgenomen), maar kan het ook gaan om keuzes die aan de opdrachtgever zijn overgelaten of niet zijn ingevuld door partijen.¹²¹

De gegeven aanwijzing moet tijdig worden gedaan.¹²² Of een aanwijzing in een concrete situatie tijdig is gedaan, hangt af van de omstandigheden van het geval.¹²³

Een aanwijzing in de zin van art. 1:109 PECLSC is altijd een aanwijzing die valt binnen de bestaande contractuele kaders van partijen.¹²⁴ Een aanwijzing die buiten die kaders valt, is op te vatten als een wijziging van de overeenkomst in de zin van art. 1:111 PECLSC.¹²⁵ Indien de dienstverlener een aanwijzing gegeven door de opdrachtgever opvat als een wijziging van de overeenkomst (overeenkomstig art. 1:111 PECLSC), dient de dienstverlener de opdrachtgever hiervoor te waarschuwen. Dit is van belang omdat als een aanwijzing kan worden aangemerkt als een wijziging ook een verandering in de prijs kan optreden.¹²⁶ Een wijziging binnen het contractuele kader levert daarentegen geen wijziging van de overeenkomst op en in beginsel dus ook geen prijsverhoging of -verlaging.

Ingevolge art. 1:110 lid 1 PECLSC dient de ondernemer (samengevat) de verkrijger te waarschuwen indien hij ontdekt of reden heeft te weten dat de gevraagde dienst (als gevolg van de aanwijzing) niet zal leiden tot het door de opdrachtgever verwachte resultaat¹²⁷, andere belangen van de opdrachtgever kan schaden¹²⁸, of kostbaarder zal worden of meer tijd zal vergen dan is overeengekomen.¹²⁹ Op basis daarvan zal de ondernemer ook moeten waarschuwen voor de gevolgen van de wijziging als hij mocht begrijpen dat de verkrijger deze niet zou overzien.¹³⁰

Art. 1:110 lid 1 PECLSC

(1) De dienstverlener is gehouden de opdrachtgever te waarschuwen indien hij ontdekt of reden heeft te weten dat de gevraagde dienst:

121 Zie ook het commentaar onder M in Barendrecht e.a. 2007, p. 316.

122 Lid 1 van art. 1:109 PECLSC.

123 Barendrecht e.a. 2007, p. 236.

124 Barendrecht e.a. 2007, p. 317.

125 Ibid.

126 Zie het derde lid van art. 1:111 PECLSC en Barendrecht e.a. 2007, p. 239.

127 Onder a van art. 1:110 lid 1 PECLSC.

128 Onder b van art. 1:110 lid 1 PECLSC.

129 Onder c van art. 1:110 lid 1 PECLSC.

130 Vergelijk het derde lid van art. 1:110 PECLSC: De waarschuwingsplicht bedoeld in lid (1) is niet van toepassing indien de opdrachtgever: (a) de risico's bedoeld in lid (1)(a), (b) of (c) al kent; of (b) reden heeft deze risico's te kennen.

- (a) niet zal leiden tot het door de opdrachtgever ten tijde van de contractsluiting medegedeelde of verwachte resultaat, of
- (b) andere belangen van de opdrachtgever kan schaden, of
- (c) kostbaarder zal worden of meer tijd zal vergen dan is overeengekomen, hetzij als gevolg van het navelgen van door de opdrachtgever verstrekte informatie of aanwijzingen of informatie of aanwijzingen die vergaard zijn in overeenstemming met Artikel 1:105, of als gevolg van de verwezenlijking van enig ander risico.

Vooral de waarschuwingsplicht van de ondernemer met betrekking tot de meerdere kosten of meer tijd die de wijziging vergt, is van belang voor de situatie als onder de koop-/aannemingsovereenkomst: de ondernemer moet waarschuwen voor prijsverhogingen en bouwtijdverlengingen als gevolg van het door de verkrijger opgedragen meerwerk. De eerste twee gronden voor waarschuwing zijn niet in de koop-/aannemingsovereenkomst neergelegd. Wel is goed denkbaar dat ze onder de koop-/aannemingsovereenkomst een rol spelen bij het opdragen van meerwerk. Waarom de koop-/aannemingsovereenkomst dit niet regelt, is onduidelijk. Mocht de situatie zich voordoen dat onder de koop-/aannemingsovereenkomst een opdracht tot meerwerk niet leidt tot het gewenste resultaat of andere belangen schaadt, dan zal het conflict worden beheerst door de regels van het algemene recht, in het bijzonder het leerstuk omtrent dwaling en de waarschuwingsplicht.

Art. 1:111 PELSC behandelt een aantal onderwerpen die betrekking hebben op wijzigingen.

Art 1:111 leden 1 en 2 PELSC

1. Onverminderd het recht van de opdrachtgever om de overeenkomst overeenkomstig artikel 1:115 op te zeggen, dient een partij een wijziging van de dienst te aanvaarden welke is voorzien in de overeenkomst of welke voortvloeit uit een aanwijzing overeenkomstig artikel 1:109, indien een dergelijke wijziging redelijk is, in aanmerking genomen:

- het te bereiken resultaat van de dienst;
- de belangen van de opdrachtgever;
- de belangen van de dienstverlener;
- de omstandigheden ten tijde van de wijziging van de dienst.

2. Een wijziging van de dienst wordt geacht redelijk te zijn indien die wijziging: noodzakelijk is ten einde de dienstverlener in staat te stellen overeenkomstig artikel 1:107 of, voor zover van toepassing, artikel 1:108 te handelen; of het gevolg is van een aanwijzing die is gegeven overeenkomstig artikel 1:109(1) en de opdrachtgever de aanwijzing niet onverwijld heeft herroepen nadat hij gewaarschuwd is overeenkomstig artikel 1:109 (3); of een redelijke reactie is op een waarschuwing van de dienstverlener overeenkomstig artikel 1:110.

Het gaat in dit artikel om wijzigingen die een verandering van de inhoud van het contract teweeg brengen.¹³¹ Dit kunnen zowel wijzigingen op initiatief van de dienstverlener als wijzigingen op aanwijzing van de opdrachtgever zijn. Alleen die

131 Barendrecht e.a. 2007, p. 260.

bepalingen komen aan bod die van belang zijn voor de situatie als beschreven in deze paragraaf: wijzigingen op initiatief van de verkrijger.

Ingevolge het eerste lid dient een partij een wijziging te aanvaarden als deze wijziging redelijk is. Bij de beantwoording van de vraag of een wijziging redelijk is, moeten in aanmerking worden genomen vier in het eerste lid genoemde omstandigheden: (a) het te bereiken resultaat van de dienst, (b) de belangen van de opdrachtgever, (c) de belangen van de dienstverlener, en (d) de omstandigheden ten tijde van de wijziging van de dienst. Vertaald naar de situatie waarbij een verzoek tot meer- of minderwerk wordt gedaan moet het verzoek van de verkrijger redelijk zijn. Daarbij worden factoren meegewogen die vergelijkbaar zijn met het verzoek tot meerwerk onder de koop-/aannemingsovereenkomst. Is de aanwijzing van de verkrijger niet redelijk dan lijkt uit het eerste lid te volgen dat de ondernemer deze mag weigeren. Ingevolge het tweede lid onder b van art. 1:111 PELSC wordt een wijziging geacht redelijk te zijn als deze is als deze het gevolg is van een door de verkrijger gegeven aanwijzing overeenkomstig art. 1:109 lid 1 PELSC en de opdrachtgever de aanwijzing niet onverwijld heeft herroepen nadat hij gewaarschuwd is overeenkomstig art. 1:109 lid 3 PELSC. Een eerder door de verkrijger als wijziging geaccepteerde aanwijzing kan dus niet achteraf door de ondernemer als onredelijk worden aangemerkt.

Ingevolge het vierde lid van art. 1:111 PELSC dient het loon dat verschuldigd is als een gevolg van de wijziging van de dienst redelijk te zijn en moet worden bepaald met gebruikmaking van dezelfde berekeningsmethoden als welke zijn gebruikt om het oorspronkelijke loon voor de dienst vast te stellen.¹³² In het vijfde lid is de procedure opgenomen voor verrekening van het loon als de wijziging leidt tot minderwerk: bij de bepaling van het loon dat verschuldigd is, wordt als een gevolg van de wijziging van de dienst rekening gehouden met de gedeelde winst, de uitgespaarde kosten en elke mogelijkheid die de dienstverlener heeft om de vrijgekomen capaciteit te gebruiken voor andere doelen.¹³³ In het zesde lid is een bepaling opgenomen die aangeeft dat de wijziging van de dienst wijziging in duur van de dienst tot gevolg kan hebben.¹³⁴ De verlenging van de tijdsduur dient

132 Lid 4 van art. 1:111 PELSC: Het loon dat verschuldigd is als een gevolg van de wijziging van de dienst dient redelijk te zijn en moet worden bepaald met gebruikmaking van dezelfde berekeningsmethoden als welke zijn gebruikt om het oorspronkelijke loon voor de dienst vast te stellen.

133 Art. 1:111 lid 5 PELSC: Voor zover de dienst in omvang wordt teruggebracht, wordt bij de bepaling van het loon dat verschuldigd is als een gevolg van de wijziging van de dienst rekening gehouden met de gedeelde winst, de uitgespaarde kosten en elke mogelijkheid die de dienstverlener heeft om de vrijgekomen capaciteit te gebruiken voor andere doelen.

134 Art. 1:111 lid 6 PELSC: Een wijziging van de dienst kan leiden tot een aanpassing van de duur voor de uitvoering van de dienst welke in overeenstemming is met het extra werk dat moet worden verricht in vergelijking tot het werk dat oorspronkelijk had moeten worden verricht voor de uitvoering van de dienst en de tijdsperiode bestemd voor de uitvoering van de dienst.

in overeenstemming te zijn met het extra werk dat moet worden verricht in vergelijking tot de oorspronkelijke dienst.

De gevolgen van een wijziging onder de PELSC komen vrijwel overeen met die onder koop-/aannemingsovereenkomst. De werkwijze is onder de koop-/aannemingsovereenkomst echter verder uitgewerkt. De schriftelijke vastlegging en het feit dat voor wijzigen een procedure bestaat, beschermt de consument beter tegen verrassingen dan onder PELSC. Dit is ook niet verwonderlijk aangezien de PELSC ook geschreven zijn voor de situatie waarin sprake is van twee professionele partijen, en geen bepalingen kennen speciaal geschreven voor consumententransacties.

9.3 WIJZIGINGEN OP INITIATIEF VAN DE ONDERNEMER

In deze paragraaf wordt ingegaan op de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer en haar consequenties. Voordat art. 4 AV en art. 6 AV afzonderlijk uiteen worden gezet (in respectievelijk § 9.3.3 en § 9.3.4), wordt ingegaan op een tweetal onderwerpen die voor beide artikelen van belang zijn: In § 9.3.1 wordt ingegaan op het begrip voorzienbaarheid, in § 9.3.2 wordt ingegaan de consequenties als een verkrijger niet conform de in de artikelen 4 en 6 AV opgenomen procedure is geïnformeerd over de wijziging.

9.3.1 Voorzienbaarheid

Een belangrijk aspect dat in het kader van de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer een rol speelt, betreft de voorzienbaarheid van een wijziging. Voor een geslaagd beroep op art. 4 AV en art. 6 AV dient de door de ondernemer doorgevoerde wijziging niet voorzienbaar te zijn geweest ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. In tegenstelling tot de UAV 1989¹³⁵ bevatten de koop-/aannemingsovereenkomst of algemene voorwaarden de eis van voorzienbaarheid niet, deze regel vloeit echter voort uit de jurisprudentie.¹³⁶

Wat onder het begrip ‘voorzienbaar’ moet worden verstaan, is in de literatuur uitgebreid onderwerp van discussie geweest, o.a. in het kader van het leerstuk van de overmacht. Ik beperk mij in dit geval tot de heersende leer. Volgens Hartkamp is een gebeurtenis voorzienbaar als deze bij het aangaan van de verbintenis zo waarschijnlijk was te achten, dat een normaal, voorzichtige schuldenaar haar in zijn berekening zou hebben opgenomen of daarmee redelijkerwijs rekening zou hebben

135 Voorschriften die na de dag van aanbesteding in werking treden komen voor rekening van de aanbesteder, tenzij redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de ondernemer die gevolgen reeds op de dag van aanbesteding had kunnen voorzien, zie § 6.11, § 6.12 en § 6.13 UAV 1989.

136 O.a.: RvA 8 januari 1997, nr. 18.528, BR 1997, p. 693, RvA 7 april 1997, nr. 17.901, BR 1998, p. 527, RvA 23 juni 1993, nr. 16.008, BR 1994, p. 241, RvA 23 juli 2004, nr. 25.324.

gehouden.¹³⁷ Een omstandigheid wordt niet aangemerkt als voorzienbaar indien zij mogelijk is te achten.¹³⁸ Voor de beoordeling van de voorzienbaarheid is van belang dat ook al zou een normale schuldenaar de wijziging niet als waarschijnlijk hebben aangemerkt, de schuldenaar zich toch niet op onvoorzienbaarheid zou kunnen beroepen indien hij uit hoofde van zijn bijzondere kennis of ervaring de wijziging wel als waarschijnlijk heeft beschouwd.

Volgens Hartkamp is het ogenblik waarop de verhindering niet te voorzien moet zijn geweest, dat van het aangaan van de verbintenis.¹³⁹ Indien de verbintenis dus op dat tijdstip niet te voorzien was, maar daarna voorzienbaar is geworden, staat de schuldenaar een beroep op overmacht open.¹⁴⁰ Tegen deze achtergrond levert de jurisprudentie van de Raad een vergelijkbaar beeld op: in een aantal uitspraken oordeelde de Raad dat wijzigingen als gevolg van (overheids)eisen of constructie-eisen die reeds bestonden ten tijde van het sluiten van overeenkomst, als voorzienbaar moesten worden beschouwd.¹⁴¹ In hoofdstuk 12 wordt in het kader van de overheidsvoorschriften waaraan de aannemer bij oplevering moet voldoen ook op dit onderwerp ingegaan, zie § 12.2.2.1 van dat hoofdstuk.

Bij wijzigingen in de zin van art. 4 AV en 6 AV kan het gaan om wijzigingen als gevolg van overheidsvoorschriften, aanwijzingen door de lokale overheid (denk aan wijzigingen in het openbaar gebied ten koste van de perceelsgrootte of vorm) en om noodzakelijke technische wijzigingen (bij wijzigingen in de zin van art. 6 AV). Bij wijzigingen wegens overheidsvoorschriften of aanwijzingen door de overheid zal het moment waarop de wijziging voorzienbaar was op relatief eenvoudige wijze vast te stellen. Bij noodzakelijke technische wijzigingen zal die vraag met name afhankelijk zijn van de stand der techniek op het moment van sluiten van de overeenkomst. Heeft de ondernemer in zijn ontwerp een bepaalde techniek of methode toegepast waarvan reeds lang bekend was dat deze constructief problemen zou opleveren, dan is goed mogelijk dat een arbiter de wijziging als reeds voorzienbaar zal aanmerken.

9.3.2 Informeren van de verkrijger over de wijziging

Zoals eerder opgemerkt, moet de ondernemer ingevolge art. 4 AV de gewijzigde situatietekening bij een notaris deponeren en aan de verkrijger ter hand stellen. In art. 6 AV is een vergelijkbare bepaling opgenomen, namelijk dat de ondernemer de op basis van dat artikel doorgevoerde wijziging moet registreren op een lijst die op de bouwplaats ter inzage voor de verkrijger zal liggen.

Over de vraag wat rechtens is als de ondernemer een wijziging niet ter hand heeft gesteld en gedeponerd (bij art. 4 AV) of heeft geregistreerd en op de bouw-

137 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2008, nr. 359.

138 Ibid.

139 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2008, nr. 354.

140 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2008, nr. 359.

141 RvA 8 januari 1997, nr. 18.528, BR 1997, p. 693. Vergelijkbaar: RvA 23 juni 1993, nr. 16.008, BR 1994, p. 241, RvA 23 juli 2004, nr. 25.324.

plaats ter inzage gelegd (art. 6 AV), bestaat geen duidelijkheid. Er staat blijkens beide artikelen geen sanctie op het niet volgens de in de artikelen opgenomen methoden informeren van de verkrijger over de wijzigingen.

De plicht van de ondernemer om ingevolge art. 4 AV en art. 6 AV de wijziging respectievelijk bij de notaris te deponeren en ter hand te stellen dan wel te registreren en op de bouwplaats ter inzage te leggen, zou gekwalificeerd kunnen worden als een zgn. Obliegenheit. In het Duitse recht wordt een onderscheid gemaakt tussen zogenaamde rechtsplichten en Obliegenheiten.¹⁴² De rechtsplichten kunnen op hun beurt worden onderverdeeld in hoofdverplichtingen (Hauptpflichten) en nevenverplichtingen (Nebenpflichten).¹⁴³ De nevenverplichtingen worden vervolgens onderverdeeld in ‘Nebenleistungspflichten en ‘unselbständigen Nebenpflichten’.¹⁴⁴ Het onderscheid tussen deze verschillende verplichtingen is van belang voor het recht op nakoming en schadevergoeding. Nakoming kan enkel gevorderd worden als sprake is van een hoofdverplichting of een ‘Nebenleistungspflicht’. En alleen als sprake is van de schending van een hoofdverplichting kan volledige schadevergoeding worden gevorderd.¹⁴⁵ In tegenstelling tot de schuldeiser van een rechtsplicht zijn de mogelijkheden van de schuldeiser van een Obliegenheit dus beperkt.¹⁴⁶ In dat opzicht lijkt de plicht van de ondernemer om de verkrijger te informeren over door hem doorgevoerde wijzigingen op een Obliegenheit, nu deze plicht niet-afdwingbaar is en de mogelijkheid tot schadevergoeding wegens niet nakoming beperkt. Een bevestiging van het karakter van de verplichting van de ondernemer om de verkrijger te informeren over wijzigingen blijkt uit een uitspraak van de Raad uit 1999. De Raad oordeelde in het kader van art. 6 AV dat verkrijger niet reeds daardoor recht hadden op schadevergoeding, dit recht bestaat reeds voor zover sprake is van schade voortvloeiend uit het niet tijdig melden van de wijziging.¹⁴⁷

In een aantal andere uitspraken in het kader van art. 6 AV oordeelde de Raad echter dat indien een wijziging niet wordt geregistreerd, de ondernemer reeds uit dien hoofde geen recht op de wijzigingsbevoegdheid toekomt.¹⁴⁸ De ratio hierachter is dat de verkrijger de kans moet krijgen mee te denken over een oplossing. In een enkele uitspraak van de Raad bleek het niet ter inzage leggen van de noodzakelijke wijziging een extra argument om tot het toekennen van schadevergoeding te komen.¹⁴⁹ Uit deze uitspraken is echter niet af te leiden dat het niet ter inzage leggen van de wijziging tot een zelfstandige recht op schadevergoeding leidt.

142 Jansen 1998, p.115-116.

143 Ibid.

144 Ibid.

145 Jansen 1998, p.116-117.

146 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 309.

147 Zie o.a.: RvA 9 december 1999, nr. 21.409.

148 RvA 5 juli 2002, nr. 24.514, BR 2003, p. 430 en RvA 5 juli 2002, nr. 24.370.

149 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 309 en RvA 5 juli 2002, nr. 24.370 en 24.514, BR 2003, p. 430.

Uit bovenstaande uitspraken valt op te maken dat de Raad geen eenduidige lijn trekt ten aanzien van de consequenties van het door de ondernemer niet op juiste wijze informeren van de verkrijger ten aanzien van wijzigingen. De informatieplicht zou als een ‘obligenheit’, oftewel een niet afdwingbare verplichting kunnen worden aangemerkt. Omdat de artikelen 4 en 6 AV geen sanctie kennen voor het niet informeren, en de consument gebaat is bij juiste en tijdige inlichtingen omtrent wijzigingen, verdient het aanbeveling om in de toekomst (door middel van een wijziging van de tekst van art. 4 en 6 AV) duidelijkheid te bieden omtrent de gevolgen van het niet informeren van verkrijgers.¹⁵⁰ Om de consument zo goed mogelijk te beschermen tegen onverwachte wijzigingen én hem de gelegenheid te bieden mee te denken over een oplossing, zou het verbinden van een sanctie aan een niet juist gedeponeerde wijziging een stok achter de deur zijn. De meest passende sanctie is schadevergoeding, aangezien nakoming of herstel veelal niet (meer) mogelijk zal zijn (het gaat immers om een noodzakelijke wijziging) of buitenproportionele kosten met zich brengt. Deze sanctie kan in de vorm van een (vast) schadebedrag per (niet vermelde) doorgevoerde wijziging worden gegoten, of de hoogte van de vergoeding kan worden overgelaten aan een arbiter.

Uit oogpunt van uniformiteit en om de procedure niet onnodig ingewikkeld te maken, zou voor beide artikelen de informatieplicht van de ondernemer dezelfde vorm kunnen worden gegeven. Om er zeker van te zijn dat de verkrijger de informatie omtrent de wijziging bereikt zou dat voor beide artikelen idealiter zijn dat de wijziging wordt gedeponeed bij de notaris en ter hand wordt gesteld aan de verkrijger.¹⁵¹

9.3.3 Wijziging ten opzichte van de situatietekening

In art. 4 AV is een specifieke regeling opgenomen aangaande wijzigingen ten opzichte van de situatietekening als gevolg van een overheidsvoorschrift of een andere gegronde reden. Zowel in de regeling voor appartementen als voor eengezinswoningen is dit onderwerp geregeld in art. 4 AV, de artikelen zijn iets anders geformuleerd maar komen inhoudelijk op hetzelfde neer.

150 Vergelijkbaar: Dierikx 2008, p. 147.

151 De Raad oordeelde dat het bespreken van de wijzigingen op een bijeenkomst niet gelijk is te stellen met het deponeren van een gewijzigde tekening bij een notaris noch met het aan de verkrijger overhandigen van de tekening. RvA 24 juni 1991, nr. 14.770, BR 1992, p. 69. Het ging in dit geval om verplaatsing van de woning (één meter naar rechts).

Art. 4 lid 1 AV Eengezinswoningen¹⁵²

Indien de ondernemer ingevolge een overheidsvoorschrift of enige andere gegronde reden de situatie van de woning wijzigt ten opzichte van de ingevolge de koop-/aannemingsovereenkomst geldende situatietekening, zal hij de gewijzigde situatietekening bij de daartoe aangewezen notaris deponeren en aan de verkrijger ter hand stellen.

Deze wijziging moet, aldus art. 4 AV, het gevolg zijn van een overheidsvoorschrift of enige andere gegronde reden. Is van een dergelijke wijziging sprake, dan dient de ondernemer de wijziging bij de daartoe aangewezen notaris deponeren en aan de verkrijger ter hand stellen. Deze verschillende elementen komen hieronder aan de orde.

Het gaat bij de wijzigingsbevoegdheid op basis van dit artikel slechts om wijzigingen van de situering van de woning ten opzichte van de geldende situatietekening. De situatietekening is bij eengezinswoningen de tekening die de positie van de woning op het perceel, en de positie van het perceel ten opzichte van de andere percelen en woningen weergeeft.¹⁵³ Bij appartementen staat op de situatietekening de positie van het appartement in het complex en ten opzichte van de andere appartementen. In vrijwel alle gevallen maakt de situatietekening vanaf het ondertekenen van de overeenkomst deel uit van de overeenkomst.¹⁵⁴

152 Art. 4 AV Appartementen:

1. Indien de ondernemer ingevolge een overheidsvoorschrift of enige andere gegronde reden de situatie van de woning wijzigt ten opzichte van de ingevolge de koop-/aannemingsovereenkomst geldende situatietekening, zal hij de gewijzigde situatietekening bij de daartoe aangewezen notaris deponeren en aan de verkrijger ter hand stellen.

2. Aan een dergelijke wijziging kan de ondernemer nimmer het recht ontleen op bijbetaling. Indien door de wijziging de waarde van het (de) appartementsrecht(en) vermindert, heeft de verkrijger recht op schadevergoeding tot het beloop van die waardevermindering. Indien en voor zover de wijziging mede inhoudt een afwijking van de opgegeven maat of grootte van de grond behorende bij het gebouw of het privé-gedeelte zal bij de bepaling van de schade in afwijking van het bepaalde in artikel 3 van de koop-/aannemingsovereenkomst met de reële waardevermeerdering of -vermindering tengevolge van het verschil in maat of grootte rekening worden gehouden.

3. Indien de wijziging zodanig ingrijpend is dat kan worden gesproken van een wezenlijk andere prestatie, is de verkrijger gerechtigd de ontbinding van de overeenkomst in te roepen.

4. Indien de verkrijger om voormelde redenen meent aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding, respectievelijk ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst, dient hij dat binnen een redelijke termijn, nadat hem de gewijzigde situatietekening is ter hand gesteld, schriftelijk - in geval van ontbinding bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging - aan de ondernemer mede te delen.

153 RvA 2 augustus 2002, nr. 23.590 geeft weer in r.o. 17 de verplichting van de ondernemer om de woning op het perceel te zetten zoals op de situatietekening.

154 Zie hoofdstuk 3 over de contractstukken.

Ter illustratie van het gebruik van art. 4 AV het volgende: In de praktijk wordt, blijkens de jurisprudentie, regelmatig door ondernemers een beroep gedaan op een wijziging op grond van art. 4 AV als gevolg van het uitzetten van het bouwblok door de gemeente. Dit risico komt echter in de relatie verkrijger en ondernemer altijd voor rekening van de ondernemer. Hij is verantwoordelijk voor de situatietekening en heeft de verplichting conform deze tekening te bouwen.¹⁵⁵ Alleen in uitzonderlijke gevallen van bijvoorbeeld overmacht is een beroep op dit artikel mogelijk.¹⁵⁶

De meeste geschillen in het kader van art. 4 AV gaan over het naar voren of naar achter plaatsen van de woning op het perceel.¹⁵⁷ Deze wijzigingen zijn vrijwel nooit het gevolg van een overheidsvoorschrift of enige andere gegronde reden en veelal krijgt de verkrijger dan ook een vergoeding wegens waardevermindering.¹⁵⁸

9.3.3.1 Overheidsvoorschrift of andere gegronde reden

De wijziging ten opzichte van de situatietekening moet voortvloeien uit een overheidsvoorschrift of enig andere gegronde reden wil er sprake zijn van een wijziging in de zin van art. 4 AV. Wat moet worden verstaan onder overheidsvoorschriften, wordt behandeld in hoofdstuk 12 in het kader van de vraag aan welke

155 Zie o.a.: RvA 22 juni 2000, nr. 21.848, BR 2001, p. 910, RvA 2 augustus 1995, nr. 17.867, BR 1997, p. 258.

156 RvA 22 juni 2000, nr. 21.848, BR 2001, p. 910. De ondernemer zou de gemeente nog kunnen aanspreken indien bij het uitzetten van het bouwblok sprake is van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de gemeente.

157 RvA 2 augustus 1995, BR 1997, p. 258, RvA 2 augustus 2002, nr. 23.590, RvA 31 maart 2006, nr. 26.901, RvA 2 mei 2002, nr. 22.412. Atypisch was een geschil waarin verkrijgers zich beriepen op art. 4 AV omdat er een wijziging in de situering van de woning van hun burens had voorgedaan. Arbitrator wees de vordering af: RvA 9 februari 1989, nr. 18.526.

158 Over het algemeen wordt door de Raad geoordeeld dat een grotere achtertuin zwaarder weegt dan een grotere voortuin. O.a.: RvA 14 november 2000, nr. 21.765, BR 2001, p. 1068 en RvA 10 oktober 1997, nr. 19.191, RvA 27 juli 2001, nr. 22.822 en 22.823. Ook: RvA 27 mei 1991, nr. 13.989, BR 1992, 66: De Raad achtte in dit geval het voordeel van de grotere achtertuin groter dan het nadeel van de kleinere voortuin en wees de vordering af. In RvA 7 maart 2000, nr. 21.408 werd wel voor de verminderde bruikbaarheid van de opritten een vergoeding toegekend van f 2.500,-, maar niet voor het kleiner zijn van de voortuin. Het naar voren plaatsen van de woning met als gevolg dat de voortuin een meter kleiner en de opritten naar de garages daardoor ook een meter korter werden, waardoor de garage-loopdeur niet open kon als er een auto geparkeerd stond, leverde een tekortkoming in de uitvoering op, zie: RvA 25 november 1998, nr. 20.510, BR 1999, p. 707. In een vergelijkbaar geval, waarbij de garage iets minder toegankelijk was dan de verkrijger mocht verwachten doordat de breedte van de toegangsweg iets afweek, kende de arbitrator een vergoeding toe van f 1.000,-, zie: RvA 6 oktober 1998, nr. 20.043.

overheidsvoorschriften de ondernemer moet voldoen wil sprake zijn van ‘goed en deugdelijk werk’ in de zin van art. II KA.¹⁵⁹

Wat onder ‘andere gegronde reden’ moet worden verstaan, is niet duidelijk. Of daarvan sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden. Welke omstandigheden dit zouden kunnen zijn, is niet op te maken uit jurisprudentie van de Raad. Noodzakelijke technische of constructieve wijzigingen vallen hier in ieder geval niet onder, die vallen onder art. 6 AV.

9.3.4 Noodzakelijke wijziging

Art. 6 AV bepaalt dat de ondernemer gerechtigd is tijdens de (af)bouw die wijzigingen in het bouwplan aan te brengen, waarvan de noodzakelijkheid bij uitvoering blijkt, mits deze wijzigingen geen afbreuk doen aan waarde, kwaliteit, uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid van de woning.

Art. 6 AV Eengezinswoningen¹⁶⁰

De ondernemer is gerechtigd tijdens de (af)bouw die wijzigingen in het bouwplan aan te brengen, waarvan de noodzakelijkheid bij de uitvoering blijkt, mits deze wijzigingen geen afbreuk doen aan waarde, kwaliteit, uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid van de woning; deze wijzigingen zullen geen der partijen enig recht geven tot het vragen van vergoeding van mindere of meerdere kosten.

De ondernemer zal de wijzigingen, tenzij die van zeer ondergeschikte aard zijn, registreren op een lijst die op de bouwplaats ter inzage van de verkrijger zal liggen.

In het artikel wordt vermeld dat deze wijzigingen geen der partijen enig recht geeft tot het vragen van vergoeding van mindere of meerdere kosten. Indien niet aan de vereisten van art. 6 AV is voldaan, kan de verkrijger echter wel recht hebben op herstel, schadevergoeding en soms zelfs ontbinding, in § 4 wordt op dit onderwerp nader ingegaan.

Drie andere in art. 6 AV genoemde elementen zijn, naast de eis dat sprake moet zijn van een niet-voorzienbare wijziging, van belang: de noodzaak van de wijziging, het vereiste dat de wijziging (samengevat) geen afbreuk doet aan het oorspronkelijke ontwerp. De eis dat de wijziging ter inzage wordt gelegd op de bouwplaats is reeds in § 9.3.2 aan de orde gekomen. Achtereenvolgens worden deze drie elementen hieronder verder uitgewerkt.

159 Zie § 12.2.2.1 van hoofdstuk 12.

160 Art. 6 AV Appartementen: De ondernemer is gerechtigd tijdens de (af)bouw die wijzigingen in het bouwplan aan te brengen, waarvan de noodzakelijkheid bij de uitvoering blijkt, mits deze wijzigingen geen afbreuk doen aan waarde, kwaliteit, uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid van gebouw casu quo het privé-gedeelte; deze wijzigingen zullen geen der partijen enig recht geven tot het vragen van vergoeding van mindere of meerdere kosten. De ondernemer zal de wijzigingen, tenzij die van zeer ondergeschikte aard zijn, registreren op een lijst die op de bouwplaats ter inzage van de verkrijger zal liggen.

9.3.4.1 Noodzakelijkheid

Van groot belang voor een geslaagd beroep op art. 6 AV is vast te stellen wat onder de in het artikel gehanteerde term ‘noodzakelijkheid’ wordt verstaan. Het antwoord op de vraag wanneer sprake is van noodzakelijkheid is naar zijn aard casuïstisch en derhalve moeilijk in een algemene regel te vatten. In meer algemene zin oordeelde de Raad in 1999¹⁶¹: ‘De term noodzakelijkheid impliceert een zwaarwegend te dienen belang, waarbij te denken valt aan een opgemerkte constructiefout of dergelijke’.

In de praktijk blijkt de noodzakelijkheid van een wijziging nogal eens te worden betwist.¹⁶² Aan de hand van uitspraken van de Raad wordt gepoogd aan te geven welk soort wijzigingen als noodzakelijk worden beschouwd, waarbij een lijn in die uitspraken wordt aangegeven.

Noodzakelijk was een wijziging waarbij het nutsbedrijf een ruimere meterkast had voorgeschreven dan voorzien in de tekening.¹⁶³ Ook de eis die de gemeente stelde in verband met het afgeven van de bouwvergunning, leverde een noodzakelijke wijziging in de zin van art. 6 AV op.¹⁶⁴

Een verzoek van een gemeente om in plaats van hardhouten kozijnen een ander materiaal te gebruiken is geen noodzakelijke wijziging in de zin van art. 6 AV.¹⁶⁵ Een verzoek is geen verplichting tot wijziging en derhalve niet noodzakelijk. De Raad oordeelde anders in een uitspraak waarin de gemeente een hoger peil van een keerwand ‘wenste’.¹⁶⁶ Een verdere motivering van de noodzakelijkheid ontbreekt, arbiter oordeelt slechts dat de wijziging noodzakelijk was.¹⁶⁷

Wijzigingen die technisch noodzakelijk blijken om (verdere) schade te voorkomen zijn wel noodzakelijk in de zin van art. 6 AV.¹⁶⁸ Door de ondernemer gedane wijzigingen die de constructie van de woning betreffen, worden door de Raad niet als noodzakelijk beschouwd indien de oorspronkelijke constructie technisch en constructief uitvoerbaar is.¹⁶⁹ Ook niet als de uiteindelijk gekozen oplossing in

161 RvA 8 november 1999, nr. 21.103. Het ging in de onderhavige zaak om de uitvoering van een muur in rabatdelen terwijl metselwerk was overeengekomen, omdat de architect tot het inzicht was gekomen dat de uitvoering in rabatdelen een ‘zachte relatie tussen de gevels en de tuin- en watergebieden’ zou bewerkstelligen. De arbiter achtte de wijziging onvoldoende noodzakelijk.

162 Zie hierover o.a. de in deze paragraaf genoemde uitspraken van de Raad en ook Venekatte 2001, p. 568.

163 RvA 2 november 1995, nr. 17.873. De wijziging deed wel afbreuk aan het praktisch gebruik en de ondernemer werd dan ook veroordeeld tot het betalen van fl. 1200,- schadevergoeding. Ook over een meterkast in de kamer: RvA 3 mei 2007, nr. 28.112.

164 RvA 20 december 2007, nr. 28.700.

165 RvA 11 maart 1996, nr. 18.108, BR 1996, p. 599.

166 RvA 2 juni 2003, nr. 23.855.

167 R.o. 11.

168 RvA 29 september 2004, nr. 24.779.

169 Zo werd schadevergoeding toegekend aan een verkrijger wiens berging zonder constructieve of andere noodzaak sterk bleek af te wijken met wat partijen waren

technisch en constructief opzicht logischer is, is de oplossing daarmee nog niet noodzakelijk in de zin van art. 6 AV.¹⁷⁰

Met betrekking tot door de ondernemer doorgevoerde wijzigingen om bezuinigingstechnische redenen kan worden aangenomen dat deze niet noodzakelijk zijn in de zin van art. 6 AV.¹⁷¹

De Raad was wel van mening dat indien bepaald materiaal niet meer verkrijgbaar is, er sprake is van noodzakelijkheid.¹⁷²

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat wijzigingen wegens overheidseisen of voorschriften noodzakelijk worden geacht, verzoeken of wensen van overheidsinstanties leveren daarentegen in beginsel geen noodzakelijkheid op. Wijzigingen die technisch of constructief nodig zijn om schade te voorkomen zijn wel noodzakelijk terwijl constructief logischer wijzigingen niet noodzakelijk zijn. Als een bepaald materiaal niet meer verkrijgbaar is, is sprake van een noodzakelijke wijziging, maar een wijziging uit bezuinigingsoogpunt mist noodzakelijkheid.

Het standpunt van de Raad met betrekking tot de noodzaak van wijzigingen op zuiver esthetische gronden is niet geheel duidelijk. De Raad oordeelde dat een door de ondernemer geëntameerde wijziging in de uitvoering van de terrasmuur noodzakelijk was ter wille van de eenheid in de aanblik van de gevel.¹⁷³ Het betrof hier met name de eenheid in kozijn- en terrasmuurafdekking. Daarbij werd wel een vergoeding door de ondernemer op zijn plaats geacht, omdat het gebruikte materiaal van mindere kwaliteit was dan in het oorspronkelijke plan. In eerdere zaak uit 1999 oordeelde de Raad echter dat een wijziging die uitsluitend plaatsvindt op esthetische gronden geen noodzakelijke wijziging in de zin van art. 6 AV was.¹⁷⁴ Ook in deze zaak werd een beroep gedaan op de uniformiteit van de woning.

Een beroep van een ondernemer op een noodzakelijke wijziging, omdat de architect de gewijzigde uitvoering (achteraf) had ontworpen en zijn auteursrecht moest worden geëerbiedigd, aanvaardde de Raad niet. De Raad was van mening dat de auteursrechtelijke bescherming gold voor het definitieve ontwerp dat gepubliceerd was ten behoeve van de verkoop. Deze bescherming verschaft de architect niet de bevoegdheid bij de uitvoering van het ontwerp alsnog wijzigingen aan te brengen.¹⁷⁵ Ook het argument dat de noodzaak tot de wijziging voortvloede uit het belang van de ondernemer bij een goede verstandhouding met de architect werd door de arbiter afgewezen.¹⁷⁶

overeengekomen, RvA 26 augustus 1998, nr. 20.069. Geen schadevergoeding want geen afbreuk, maar ook geen constructieve noodzaak, zie: RvA 22 mei 1992, nr. 15.437, BR 1993, p. 409. Vergelijkbaar: RvA 14 september 2005, nr. 27.279.

170 RvA 20 september 2000, nr. 21.740 en 21.741, BR 2002, p. 74.

171 RvA 12 september 2000, nr. 20.915.

172 RvA 5 juli 2002, nr. 24.514, BR 2003, p. 430 en RvA 5 juli 2002, nr. 24.370.

173 RvA 19 mei 2000, nr. 21.689, BR 2000, p. 881.

174 RvA 3 november 1999, nr. 21.685, BR 2000, p. 148.

175 RvA 15 april 1998, nr. 20.033, BR 1999, p. 159, TvC 1999, p. 194 m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

176 Ook over een architect en een beroep op een noodzakelijke wijziging: RvA 30 juni

In een andere zaak had de ondernemer in de verkoopbrochure wijzigingen aangebracht op het oorspronkelijke ontwerp van de architect om het huis goedkoper te maken.¹⁷⁷ Na het sluiten van de overeenkomst werd de ondernemer aangesproken door de architect en diende hij het oorspronkelijke ontwerp uit te voeren. De ondernemer beriep zich daarna op een noodzakelijke wijziging in de zin van art. 6 AV. Dit werd door de Raad niet aanvaard, het was volgens hem voorzienbaar dat de architect bezwaar zou maken: de ondernemer kon zich dan ook niet te goeder trouw op dit artikel beroepen.

Uit bovenstaande uitspraken lijkt te volgen dat esthetische wijziging niet noodzakelijk zijn in de zin van art. 6 AV. Dit is in lijn met de hiervoor beschreven jurisprudentie als het gaat om (esthetische) wijzigingen die niet noodzakelijk zijn in technisch of constructief opzicht en niet het gevolg van veranderde wet- en regelgeving. De wijzigingen dienen geen ander belang dan een esthetisch belang. Verdedigbaar is dat esthetische wijzigingen ook voorzienbaar zijn en dat daarom geen beroep op art. 6 AV open staat. Het voortschrijdend inzicht van de architect met betrekking tot bijvoorbeeld de uniformiteit van woningen had immers ook eerder kunnen worden verkregen. Hetzelfde geldt voor de hierboven beschreven situatie waarin het bezwaar van de architect tegen door de ondernemer aangebracht esthetische wijzigingen voorzienbaar was.

9.3.4.2 Geen afbreuk

Gegeven dat de wijziging noodzakelijk is en niet voorzienbaar op het moment van aangaan van de overeenkomst, mag de wijziging tevens geen afbreuk doen aan de waarde, de kwaliteit, het uiterlijk, het aanzien en de bruikbaarheid. Is daar wel sprake van, ondanks noodzakelijkheid en onvoorzienbaarheid, dan wordt een beroep op art. 6 AV afgewezen. De jurisprudentie over art. 6 AV heeft met name betrekking op de vraag of de wijziging geen afbreuk doet aan het oorspronkelijk overeengekomene.¹⁷⁸

Een eerste antwoord op de vraag wanneer een wijziging een afbreuk doet aan het oorspronkelijk overeengekomene kan worden gevonden onder II van de koop-/aannemingsovereenkomst. Art. II van de model koop-/aannemingsovereenkomst

1990, nr. 70.363 en RvA 25 januari 2005, nr. 26.219.

177 RvA 27 maart 1997, nr. 19.357, BR 1998, p. 334 m.nt. M.A.B. Chao-Duivis.

178 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006, nr. 711. O.a. ook: RvA 20 november 2006, nr. 28.256, RvA 15 september 2005, nr. 27.194, RvA 3 oktober 1990, nr. 14.251, RvA 3 april 2003, nr. 23.429 t/m 23.433, RvA 11 juli 1989, nr. 13.630, BR 1990, p. 58, RvA 17 oktober 1995, nr. 18.124, RvA 2 juli 1999, nr. 20.049, RvA 19 december 1995, nr. 70.184, BR 1996, p. 351, RvA 7 juni 1974, nr. 7.131, BR 1974, p. 698, NJ 1975/36, RvA 27 april 1972, nr. 6.306, BR 1972, p. 464, m.nt., H.O. Thunnissen, NJ 1974/22, RvA 31 juli 1987, nr. 12.711, BR 1987, p. 864, RvA 9 mei 1989, nr. 13.069, BR 1989, p. 856, RvA 30 mei 1989, nr. 13.065, BR 1989, p. 858, RvA 28 juni 1990, nr. 14.016, RvA 7 september 1994, nr. 16.735, RvA 4 januari 1996, nr. 17.899, RvA 5 februari 1997, nr. 18.840.

verplicht de ondernemer de opstellen af te bouwen naar de eis van goed en deugdelijk werk.¹⁷⁹ Om te zorgen dat een wijziging in de zin van art. 6 AV geen afbreuk doet aan het eerder overeengekomene dient het volgens de wijziging geproduceerde ten minste te voldoen aan de eisen van goed en deugdelijk werk.¹⁸⁰

Het begrip goed en deugdelijk werk is uitgewerkt in een groot aantal uitspraken van de Raad. Wanneer sprake is van een wijziging die geen afbreuk doet is dit uiteraard zeer casuïstisch, dit is immers afhankelijk van zowel het oorspronkelijke ontwerp als de gekozen oplossing.¹⁸¹ Het voert dan ook te ver om uitgebreid op deze jurisprudentie in te gaan. In meer algemene zin kan erover gezegd worden dat geen sprake is van goed en deugdelijk werk indien de wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke ontwerp niet gelijkwaardig zijn wat betreft bijvoorbeeld onderhoudsverplichting, levensduur, aanschafkosten, gebruiksgemak of uiterlijke verschijning.¹⁸²

Bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van een gelijkwaardige oplossing moet zowel getoetst worden aan de kwaliteit als aan het uiterlijk aanzien en niet aan één van beide.¹⁸³ In hoofdstuk 12 wordt in het kader van de gebrekenregeling nog uitgebreid stilgestaan bij de term 'goed en deugdelijk werk'.

9.4 HERSTEL, SCHADEVERGOEDING EN ONTBINDING

Houdt de ondernemer zich niet aan de voorwaarden genoemd in art. 4 en art. 6 AV, dan is sprake van een ongeoorloofde wijziging van het bouwplan.¹⁸⁴ Dit is een tekortkoming in de nakoming. Als sprake is van een ongeoorloofde wijziging kan

179 Meer over deze eis in hoofdstuk 12, § 12.2.2.3.

180 Zie o.a. RvA 4 oktober 2000, nr. 22.135, BR 2001, p. 633 waarin verwezen wordt naar deze eisen in verband met een beroep op art. 6 AV.

181 Wel gelijkwaardig: RvA 3 april 2003, nr. 23.429 t/m 23.433 (Gelamineerd en gevingerlast hemlock hout (voor kozijnen) is gelijkwaardig ten opzichte van 'hout' zoals opgenomen in de technische omschrijving). RvA 11 juli 1989, nr. 13.630, BR 1990, p. 58 (spaانplaat voor het dakbeschot is gelijkwaardig aan multiplex en vezelplaat). RvA 17 oktober 1995, nr. 18.124 (wijziging heeft geringe invloed op gebruikswaarde). Ook gelijkwaardige oplossing in: RvA 2 juli 1999, nr. 20.049. Niet gelijkwaardig: RvA 19 december 1995, nr. 70.184, BR 1996, p. 351 (aangebrachte stang beperkt gebruiksmogelijkheid zonwering en ophanging gordijnen), RvA 7 juni 1974, nr. 7.131, BR 1974, p. 698, NJ 1975/36 (lagere nokhoogte waardoor minder bruikbare ruimte overbleef). Meer wijzigingen die afbreuk deden aan het uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid: RvA 27 april 1972, nr. 6.306, BR 1972, p. 464, m.nt., H.O. Thunnissen, NJ 1974/22, RvA 31 juli 1987, nr. 12.711, BR 1987, p. 864, RvA 9 mei 1989, nr. 13.069, BR 1989, p. 856, RvA 30 mei 1989, nr. 13.065, BR 1989, p. 858, RvA 28 juni 1990, nr. 14.016, RvA 7 september 1994, nr. 16.735, RvA 4 januari 1996, nr. 17.899, RvA 5 februari 1997, nr. 18.840.

182 RvA 5 juli 2002, nr. 24.514 BR 2003, p. 430 en 5 juli 2002, nr. 24.370.

183 RvA 5 juli 2002, nr. 24.514, BR 2003, p. 430.

184 Uitzondering op deze regel vormt de informatieplicht van de ondernemer omtrent de wijziging. Niet vast staat dat bij niet informeren altijd een sanctie kan worden ingeroepen, zie § 9.3.2.

de verkrijger recht hebben op herstel, schadevergoeding, en in sommige gevallen zelfs ontbinding van de overeenkomst.

9.4.1 Herstel en schadevergoeding

Bij oplevering en gedurende de onderhoudsperiode kan de verkrijger schadevergoeding of herstel vorderen door te stellen dat niet is geleverd wat is overeengekomen.¹⁸⁵ Ingevolge art. 18 lid 1 AV garandeert de ondernemer in de onderhoudsperiode tegen daarin aan de dag getreden tekortkomingen. Na de onderhoudsperiode is de ondernemer alleen nog aansprakelijk voor de drie in art. 18 lid 2 AV genoemde gevallen. In art. 18 lid 2 onder a AV is opgenomen dat de ondernemer aansprakelijk is voor afwijkingen van de tekeningen, technische omschrijvingen en staten van wijziging. Is hiervan sprake en voldoet de afwijking niet aan de eisen van art. 4 AV of 6 AV dan kan de verkrijger dit artikel inroepen om schadevergoeding te vorderen.¹⁸⁶

Niet alleen kan de verkrijger schadevergoeding of ontbinding vorderen gedurende de onderhoudsperiode of op grond van art. 18 lid 2 onder a AV na de onderhoudsperiode, ook op grond van de art. 4 AV en 6 AV kan een beroep op deze sancties open staan. Het tweede lid van art. 4 AV bepaalt dat de ondernemer nimmer het recht op bijbetaling kan ontlenuen aan een wijziging van de situatie-tekening.¹⁸⁷ Indien de wijziging de waarde van het onroerend goed vermindert, heeft de verkrijger echter wél recht op schadevergoeding. Dit tot het beloop van die waardevermindering, aldus het tweede lid van art. 4 AV. De laatste zin van art. 4 lid 2 AV geeft aan dat in geval de wijziging ook een afwijking inhoudt van de opgegeven maat of grootte van het perceel, bij de bepaling van de schade ook rekening zal worden gehouden met de reële waardevermindering ten gevolge van het verschil in maat of grootte. Dit in tegenstelling tot het bepaalde in art. 3 KA waar verrekening van geleverde ondermaat (veelal) is uitgesloten.¹⁸⁸ Is echter sprake van een wijziging in de situering die tevens een vermindering van het oppervlak aan grond veroorzaakt dan kan via de weg van art. 4 lid 2 AV hiervoor wel schadevergoeding worden verkregen.

In art. 6 AV¹⁸⁹ wordt vermeld dat deze wijzigingen geen der partijen enig recht geeft tot het vragen van vergoeding van mindere of meerdere kosten. Dit is alleen

185 Zie o.a. RvA 9 januari 1996, nr. 17.768, RvA 3 juli 2007, nr. 28.425, RvA 11 november 2004, nr. 25.040, RvA 9 oktober 1992, nr. 15.244.

186 Het artikel wordt uitgebreid beschreven in § 12.7.1 van hoofdstuk 12.

187 Art. 4 lid 2 AV: Aan een dergelijke wijziging kan de ondernemer nimmer het recht ontlenuen op bijbetaling. Indien door de wijziging de waarde van de onroerende zaak vermindert, heeft de verkrijger recht op schadevergoeding tot het beloop van die waardevermindering. Indien en voor zover de wijziging mede inhoudt een afwijking van de opgegeven maat of grootte van de onroerende zaak zal bij de bepaling van de schade in afwijking van het bepaalde in artikel 3 van de koop-/aannemings-overeenkomst met de reële waardevermeerdering of -vermindering tengevolge van het verschil in maat of grootte rekening worden gehouden.

188 Zie hoofdstuk 8, § 8.5.

189 Art. 6 AV: De ondernemer is gerechtigd tijdens de (af)bouw die wijzigingen in het

het geval als sprake is van een gelijkwaardige wijziging die tevens noodzakelijk was. Is de arbiter van oordeel dat geen sprake is van een noodzakelijke wijziging, dan kan de verkrijger herstel in de oorspronkelijke toestand eisen of schadevergoeding.¹⁹⁰ Is wel sprake van een wijziging die noodzakelijk was, maar voldoet de gekozen oplossing niet aan de eisen van art. 6 AV, dan is herstel veelal niet mogelijk maar kan wel schadevergoeding worden gevorderd.

9.4.2 Ontbinding

Indien door de ondernemer wijzigingen zijn doorgevoerd staat onder omstandigheden aan verkrijger de mogelijkheid open de overeenkomst te ontbinden.

Voor wijzigingen in de zin van art. 4 AV is deze mogelijkheid neergelegd in het artikel zelf. Voor wijzigingen in de zin van art. 6 AV kan teruggevallen worden op het BW.

Het derde lid van art. 4 AV geeft de voorwaarden voor het invoeren van ontbinding als gevolg van wijziging van de situatietekening. Hierin is opgenomen dat het recht op ontbinding slechts bestaat indien sprake is van 'een wezenlijk andere prestatie'.¹⁹¹ Dit is in feite een contractueel overeengekomen proportionaliteitseis vergelijkbaar met die van art. 6:265 BW. Over ontbinding op grond van het bepaalde in art. 4 AV is geen jurisprudentie bekend. Wel heeft de Raad uitspraken gedaan over ontbinding van de overeenkomst bij andere tekortkomingen, dus buiten de bepaling van art. 4 AV om en op basis van art. 6:265 BW. Uit de jurisprudentie lijkt op te maken dat het wettelijk vereiste om tot ontbinding te kunnen overgaan, namelijk dat aard en omvang van het geschilpunt in evenwicht dienen te zijn met de aard en omvang van de contractuele verplichtingen, ook in de jurisprudentie van de Raad de hoofdregel is.¹⁹²

bouwplan aan te brengen, waarvan de noodzakelijkheid bij de uitvoering blijkt, mits deze wijzigingen geen afbreuk doen aan waarde, kwaliteit, uiterlijk, aanzien en bruikbaarheid van de woning; deze wijzigingen zullen geen der partijen enig recht geven tot het vragen van vergoeding van mindere of meerdere kosten.

De ondernemer zal de wijzigingen, tenzij die van zeer ondergeschikte aard zijn, registreren op een lijst die op de bouwplaats ter inzage van de verkrijger zal liggen.

190 Zie verschillende uitspraken van de RvA waaronder RvA 16 april 1996, nr. 18.657, BR 1996, p. 846 (gevorderd wordt herstel of schadevergoeding).

191 Art. 4 lid 3 AV: Indien de wijziging zodanig ingrijpend is dat kan worden gesproken van een wezenlijk andere prestatie, is de verkrijger gerechtigd de ontbinding van de overeenkomst in te roepen.

192 In RvA 9 maart 1995, nr. 17.712, BR 1997, p. 615 speelde art. 6 AV een rol en verwees arbiter expliciet naar art. 6:265 BW en oordeelde dat weliswaar sprake was van een wijziging ten opzichte van het oorspronkelijk overeengekomene, maar dat de wijziging onvoldoende ingrijpend was om de ontbinding te rechtvaardigen. De ondernemer voerde aan dat het ging om een noodzakelijke wijziging in de zin van art. 6 AV. Arbiter was echter van oordeel dat geen sprake was van noodzaak, maar dat de wijziging geen afbreuk deed aan de kwaliteit of esthetisch een probleem opleverde. Als gevolg hiervan achtte hij ontbinding buitenproportioneel. Het ging in dit geval om een op een andere manier dan overeengekomen inspringen van de

Indien de verkrijger meent aanspraak te kunnen maken op ontbinding van de overeenkomst dient hij dit volgens lid 4 van art. 4 AV binnen een redelijke termijn na het ter hand stellen van de gewijzigde situatietekening aan de ondernemer kenbaar te maken.¹⁹³ De ontbindingsverklaring dient schriftelijk en per aangetekende brief met het bericht ‘handtekening retour’ of telefaxbericht met verzendbevestiging, te geschieden.

Ontbinding wegens een wijziging in de zin van art. 6 AV kan zoals gezegd plaatsvinden op grond van de algemene BW bepalingen. Ontbinding van de overeenkomst is in het BW zowel in art. 6:265 BW als art. 7:22 lid 1 sub a BW geregeld. Titel 7.12 BW over aanneming van werk kent geen ontbindingbevoegdheid wegens tekortkomingen, voor die gevallen zal dus moeten worden teruggevallen op de bepaling in Boek 6. Op grond van art. 6:265 BW¹⁹⁴ kan de verkrijger bij iedere tekortkoming in de nakoming de overeenkomst ontbinden, tenzij de ontbinding haar gevolgen niet rechtvaardigt.¹⁹⁵ Indien de tekortkoming de (gevolgen van de) ontbinding niet rechtvaardigt is deze buitenproportioneel. De bevoegdheid een overeenkomst te ontbinden op grond van art. 6:265 BW kent drie voorwaarden:

beneden het appartement van eiser gelegen balkons waardoor deze isolatieproblemen vreesde. RvA 8 november 1994, nr. 17.273 (De Raad achtte de hoogte van het te betalen BTW-bedrag ook geen reden om tot ontbinding over te gaan in een geschil uit 1994. Arbitrer overwoog dat in redelijkheid niet gesteld kon worden dat het gevorderde bedrag aan BTW van f 1.400,-, op een koop-/aanneemsom van f 16.500,-, voor de verkrijgers een reden kon zijn om tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan). In een geschil (RvA 12 mei 1975, nr. 7.595, BR 1975, p. 624. Het betrof hier een aannemingsovereenkomst) uit 1975 oordeelde de Raad dat ontbinding wél op zijn plaats was. De ondernemer had de woning ‘uit de haak’ gebouwd waardoor de maten en diagonalen in de woonkamer, hal, toilet en keuken verschilden. Hierdoor kwamen zowel de plafond- als wandtegels niet uit, zodat de plafonds onvoldoende strak waren. Het toilet was zichtbaar te klein en scheef en de maatafwijkingen in de keukens waren duidelijk ten opzichte van de keukeninrichting. Arbitrer was van mening dat partijen in eerste instantie tot een schadevergoedingsregeling hadden moeten komen. Aangezien dit niet gelukt was achtte hij, gezien het belang en de hinderlijkheid van de geconstateerde fouten, een ontbinding gerechtvaardigd.

193 Lid 4 van art. 4 AV: Indien de verkrijger om voormelde redenen meent aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding, respectievelijk ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst, dient hij dat binnen een redelijke termijn, nadat hem de gewijzigde situatietekening is ter hand gesteld, schriftelijk - in geval van ontbinding bij aangetekende brief met bericht ‘handtekening retour’ of telefaxbericht met verzendbevestiging - aan de ondernemer mede te delen.

194 Art. 6:265 BW:

1. Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

2. Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is.

195 Kritiek op de formulering van het artikel in Van Nispen 2003, p. 46.

1) Er moet sprake zijn van een tekortkoming van de wederpartij¹⁹⁶, 2) die tekortkoming moet de ontbinding en haar gevolgen rechtvaardigen¹⁹⁷ en 3) behoudens voor zover nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is, moet de wederpartij in verzuim verkeren.¹⁹⁸ Het centrale vereiste van het artikel is een tekortkoming van de wederpartij. Voor ontbinding is niet vereist dat sprake is van een tekortkoming die de wederpartij kan worden toegerekend.¹⁹⁹

Als de verkrijger over wil gaan tot ontbinding zal hij dit middels een schriftelijke verklaring aan de ondernemer moeten laten weten.²⁰⁰ De ontbindingsverklaring moet in ieder geval aangeven dat de verkrijger de overeenkomst wil ontbinden en op welke gronden. Het mag van de verkrijger verlangd worden dat hij inzicht verschaft in de vraag welke feiten er toe hebben geleid dat hij meent bevoegd te zijn tot ontbinding over te gaan.²⁰¹ Het verdient uit bewijsrechtelijk oogpunt aanbeveling de ontbindingsverklaring per aangetekende post te versturen. Bij ontbinding ingevolge de in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen ontbindende voorwaarden is steeds dezelfde wijze van ontbinding opgenomen. In alle gevallen dient ontbinding plaats te vinden bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging.²⁰² Een dergelijke wijze van ontbinding zou ook bij ontbinding op basis van art. 6:265 BW kunnen worden gehanteerd.

9.4.2.1 De proportionaliteitseis van art. 4 AV een onredelijk bezwarend beding

In de algemene voorwaarden behorende bij de koop-/aannemingsovereenkomst is in het derde lid van art. 4 AV een bepaling opgenomen die vergelijkbaar is met de proportionaliteitseis van art. 6:265 lid 1 BW. Op basis van art. 4 lid 3 AV heeft de verkrijger het recht de overeenkomst te ontbinden 'indien de wijziging zo ingrijpend is dat kan worden gesproken van een wezenlijk andere prestatie'.²⁰³ Art. 6:265 BW hanteert een andere formulering: uitgangspunt van dit artikel is dat iedere tekortkoming de bevoegdheid tot ontbinding geeft, tenzij deze tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding en haar gevolgen niet rechtvaardigt.

196 Lid 1 van art. 6:265 BW.

197 Lid 1 van art. 6:265 BW. Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 496, Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 516.

198 Lid 2 van art. 6:265 BW.

199 Zie Lid 1 van art. 6:265 BW alsmede TM en MvA II, PG Boek 6, p. 1002, 1010 en ook Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 514 en Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 494a.

200 Asser/Hijma 5-I 2007 nr. 518. Ontbinding kan ook op vordering van de rechter worden uitgesproken ingevolge art. 6:267 BW.

201 Asser/Hijma 5-I 2007 nr. 518.

202 Zie art. 8 lid 3 KA, art. 10 lid 4 KA, art. 22 lid 1 AV en art. 14 lid 4 AV (in dit laatste artikel wordt verwezen naar de wijze van ontbinding 'zoals omschreven in art. 22 lid 1 AV).

203 Art. 4 lid 3 AV: Indien de wijziging zodanig ingrijpend is dat kan worden gesproken van een wezenlijk andere prestatie, is de verkrijger gerechtigd de ontbinding van de overeenkomst in te roepen.

Art. 4 AV bevat ten opzichte van art. 6:265 BW twee verschillen. Allereerst hanteert art. 4 lid 3 AV een andere uitgangspunt, en ten tweede lijkt het een zwaardere eis aan de mogelijkheid tot ontbinding te stellen. Onder het BW is het uitgangspunt dat ontbinden in beginsel altijd mogelijk is: iedere tekortkoming in de nakoming de bevoegdheid geeft om de overeenkomst te ontbinden ‘tenzij...’. Onder het artikel uit de algemene voorwaarden is het uitgangspunt dat ontbinden niet mogelijk is, ‘tenzij...’. Het artikel in de algemene voorwaarden sluit ontbinding in beginsel uit, tenzij zich de bijzondere situatie voordoet dat sprake is van een wezenlijk andere prestatie.

Niet alleen het uitgangspunt van beide artikelen is anders, ook de gehanteerde criteria lijken tot een verschillend resultaat te leiden. Onder het BW is de ontbinding alleen dan niet mogelijk indien de tekortkoming ‘gezien haar geringe aard of betekenis de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt’. Wanneer een ontbinding haar gevolgen niet rechtvaardigt, is afhankelijk van de omstandigheden en wordt vastgesteld door een afweging van belangen.

Ingevolge art. 4 AV is ontbinding slechts mogelijk als sprake is van een ‘wezenlijk andere prestatie’. Wat hieronder moet worden verstaan is niet duidelijk aangezien er geen jurisprudentie op dit punt voorhanden is. In het meest extreme geval zal een ‘wezenlijk andere prestatie’ kunnen inhouden dat de woning een geheel andere functie vervult dan aanvankelijk de bedoeling was. Denkbaar is bijvoorbeeld dat door gewijzigde plannen de woning van een oorspronkelijk aantal van vier kamers naar drie kamers is gegaan. In dat geval is de woning minder geschikt voor gezinnen die vier kamers nodig hebben en dan zou sprake kunnen zijn van een wezenlijk andere prestatie. Maar er zijn ook minder ingrijpende voorbeelden te bedenken die wel de vraag oproepen of nu sprake is van een wezenlijk andere prestatie. Een aanzienlijke vermindering van het oppervlak van het perceel of een aanzienlijke vermindering van het woonoppervlak zou ook een wezenlijk andere prestatie kunnen opleveren. De vraag is of een aanzienlijke waardevermindering van de woning ook leidt tot een wezenlijk andere prestatie. Zoals gezegd is niet bekend hoe art. 4 lid 3 AV moet worden uitgelegd.

Omdat de uitleg van het artikel niet bekend is, is ook moeilijk vast te stellen of het artikel een beperking inhoudt ten opzicht van art. 6:265 lid 1 BW. Het is niet onwaarschijnlijk dat art. 4 AV zowel vanwege het beperktere uitgangspunt (namelijk geen ontbinding, tenzij) als vanwege het hanteren van het criterium ‘wezenlijk andere prestatie’, een beperking inhoudt van art. 6:265 lid 1 BW en derhalve als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt.

Ingevolge art. 6:236 onder b BW wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat de aan de wederpartij toe-komende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in Afdeling 5 van Titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt.²⁰⁴ Deze bepaling is gebaseerd op de Richtlijn oneerlijke

204 Art. 6:236 BW aanhef en onder b luidt als volgt:

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomende beding.

bedingen. Art. 3 lid 3 van de Richtlijn²⁰⁵ verbiedt in consumentenovereenkomsten de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de verkoper te bespreken in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie. Art. 6:236 onder b BW verbiedt zowel het geheel uitsluiten als het beperken van het de verkrijger krachtens Afdeling 6.5.5, dus ook een beperking van het op grond van art. 6:265 BW toekomend recht op ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming.²⁰⁶ Als art. 4 AV beperkter zou worden uitgelegd dan art. 6:265 lid BW, kan het artikel een zwart beding zijn in de zin van art. 6:236 BW.²⁰⁷ Om dit te voorkomen zal de ontbindingmogelijkheid van art. 4 AV even ruim moeten worden uitgelegd als art. 6:265 BW.

9.5 CLAUSULES VAN NIET-BINDENDHEID

Brochures, folders, tekeningen en andere contractstukken bevatten in veel gevallen clausules die de aansprakelijkheid voor afwijkingen of wijzigingen uitsluiten. Dit kan een clausule zijn over niet bindendheid van de tekeningen, of een clausule die de ondernemer het recht geeft tot het doorvoeren van wijzigingen. Dergelijke clausules staan op gespannen voet met art. 6 AV en art. 4 AV.

Zoals uiteengezet in de voorgaande paragrafen is de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer aan voorwaarden gebonden. Als de ondernemer zichzelf door het opnemen van een clausule van niet-bindendheid bij tekeningen in feite *carte blanche* geeft naar eigen goeddunken wijzigingen aan te brengen zonder enige verantwoording af te leggen aan verkrijgers, is sprake van strijdigheid met de modelovereenkomst.²⁰⁸

In een aantal uitspraken van de Raad is de status van dit soort clausules verduidelijkt. Hieruit valt allereerst af te leiden dat onder omstandigheden tekeningen waarbij zulke clausules zijn opgenomen verwachtingen wekken bij de verkrijger waaraan de verkrijger wel degelijk waarde mag hechten. De ondernemer kan zich in zo'n geval niet te goeder trouw op de niet-bindendheid van de tekening beroepen. Zo oordeelde de Raad in een representatief geval over een geschil waarbij verkrijger een huis kocht op basis van een tekening waarop stond vermeld dat 'de tekening geen juridische waarde had en dat hieraan geen rechten konden worden

b. dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt.

205 Art. 2 jo art. 3 lid 3 jo bijlage Richtlijn 93/13/EEG.

206 Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006, p. 201.

207 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 499.

208 **Wederom moet worden opgemerkt dat art. 12 KA bepaalt dat afwijkingen ten nadele van de verkrijgers nietig zijn tenzij de waarborgende instelling voorafgaande nadrukkelijk toestemming heeft verleend voor deze wijziging.** Door het opnemen van een clausule die de ondernemer een grotere vrijheid geeft tot het doorvoeren van wijzigingen ten opzichte van de algemene voorwaarden, wordt afgeweken van de modelovereenkomst ten nadele van de verkrijger. Op art. 12 KA wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 3, § 3.3.5.

ontleend.’ Arbitr oordeelde dat de aantekening op de contractstekening met zich bracht dat slechts sprake was van een afwijking van een niet-bindende tekening. Niettemin heeft ondernemer door het verstrekken van de niet-bindende tekening verwachtingen opgeroepen over het aan te kopen object en kan hij zich derhalve niet te goeder trouw op de niet-bindendheid van de tekening beroepen bij afwijkingen die leiden tot een aanmerkelijke afbreuk aan de gewekte verwachtingen.²⁰⁹

In een aantal gevallen had een clause het omgekeerde effect: Een clause in de brochure waarin staat dat deze ‘nauwkeurig en met zorg is samengesteld aan de hand van gegevens van tekeningen, verstrekt door de architect en de adviseurs van dit plan’ maar dat ‘desondanks het doorvoeren van wijzigingen ten aanzien van de tekeningen en technische omschrijvingen nodig kunnen blijken’, brengt met zich dat de verkrijgers door de mededeling ‘nauwkeurig en met zorg’ des te meer op de juistheid van de tekeningen mochten afgaan. Dat brengt ook met zich dat zij er zonder meer van uit mochten gaan dat de uitvoering conform de tekeningen in de brochure zou zijn, zonder het kenbaar maken van hun exacte wensen.²¹⁰ Hetzelfde oordeelde de Raad in een geschil waar in de brochure was opgenomen dat deze was samengesteld ‘nauwkeurig en met zorg’, ‘naar gegevens en tekeningen verstrekt door de architect.’²¹¹ Verder was toegevoegd: ‘De ingeschreven maten zijn ‘circa’-maten. Van de tekeningen kan niet worden gemeten.’ Het scheidsgerecht was van mening dat op basis hiervan maar een zeer kleine maatafwijking mocht worden verwacht, nl. niet meer dan één procent van het opgegeven oppervlak.

Uit andere uitspraken van de Raad valt op te maken dat clauses wel enig effect kunnen hebben als het gaat om de inrichting van het openbaar gebied. Zo vermeldde een clause in een brochure dat de inrichting van het openbare gebied gebaseerd was op de laatst bekende gegevens en dat eventuele afwijkingen daarvan buiten de verantwoordelijkheid van de ondernemer vielen. Na oplevering beklaagde de verkrijger zich over de plaatsing van een elektriciteitskastje. Arbitr was van oordeel dat de ondernemer terecht een beroep deed op de opgenomen clause daar hij meermalen invloed had proberen uit te oefenen op de besluitvorming rond het plaatsen van de kast en op de eindbeslissing geen invloed had.²¹²

In een ander geschil week de werkelijkheid ook af van de tekening, alleen was er in dit geval iets niet geleverd dat wel op de tekening stond. In een brochure was in een artist impression een vijver weergegeven die uiteindelijk niet werd geleverd.²¹³ Bij de tekening van de vijver was een voorbehoud gemaakt bij het ‘schilderij’. Hierin stond: ‘de groenvulling en de omgeving op de afbeelding berusten op fantasie van de kunstenaar. Het gebouw zelf is zo realistisch mogelijk weergegeven, hoewel kleuren kunnen afwijken.’ In het document waren daarnaast nog

209 RvA 9 oktober 1992, nr. 15.244, BR 1993, p. 841. i.c. kon de verkrijger echter niet aantonen welke schade hij als gevolg van een andere uitvoering had geleden.

210 RvA 18 augustus 1994, nr. 16.843, BR 1997, p. 255.

211 RvA 22 november 2005, nr. 70.925.

212 RvA 19 mei 1998, nr. 19.998.

213 RvA 5 juni 2001, nr. 22.071.

meer clauses opgenomen. Zo stond er in de brochure vermeld dat aan de inhoud geen rechten konden worden ontleend en werd in het ‘document van waarmerking en aanvaarding’ de volgende clause opgenomen: ‘... dat de perspectieftekeningen dienen te worden beschouwd als zogenaamde ‘artist impression’ welke een zo goed mogelijk beeld trachten te geven van de woningen, doch waaraan geen rechten kunnen worden ontleend.’ Verkrijger had volgens arbiter geen recht op de afgebeelde vijver.

Uit de uitspraken van de Raad omtrent clauses van niet-bindendheid met betrekking tot de inrichting van het gebied buiten het perceel van de woning blijkt dat, hoewel sprake is van een tekortkoming, deze niet toerekenbaar wordt geacht nu verkrijgers weinig tot geen invloed hebben op de inrichting van het buitengebied.

Uit bovenstaande uitspraken valt op te maken dat clauses van niet-bindendheid er niet toe leiden dat ondernemers niet aansprakelijk zijn voor wijzigingen ten opzichte van de tekeningen waarbij een dergelijke clause is opgenomen. Ondanks het feit dat bij een tekening een clause van niet-bindendheid is opgenomen wekt deze tekening een verwachting waarbij de ondernemer zich niet te goeder trouw op de clause kan beroepen.²¹⁴ In sommige gevallen kan een clause zelfs een omgekeerd effect hebben doordat het de indruk wekt dat aan een brochure of tekening veel waarde mag worden gehecht.²¹⁵ Afwijkingen in de inrichting van het buitengebied leveren weliswaar een tekortkoming op, maar hebben gezien de niet toerekenbaarheid van dergelijke tekortkoming verder geen gevolgen. Clauses ten aanzien van het buitengebied kunnen derhalve wel de waarschuwendende en exonererende functie hebben waarvoor ze zijn bedoeld.

Het opnemen van clauses van niet-bindendheid is in strijd met de beperkte wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer op grond van art. 4 en art. 6 AV en vormt en inbreuk op de bescherming van de verkrijger die op deze wijze niet weet waar hij aan toe is en wat nu precies is afgesproken ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst. Het gebruik van dergelijke clauses zou, om onduidelijkheden te voorkomen, zoveel mogelijk moeten worden beperkt.

9.6 DE WIJZIGINGSBEVOEGDHEID CONSUMENTVRIENDELIJK?

In 2008 verscheen de dissertatie van Dierikx. Dit proefschrift is een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt. Dierikx gaat o.a. in op de wijzigingsproblematiek van art. 4 en art. 6 AV. In haar proefschrift geeft Dierikx voor de bouw van onroerend goed voor consumententransacties een uitgangspunt dat betrekking heeft op de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer. Samengevat luidt dit uitgangspunt dat

214 Zie de eerdergenoemde uitspraak: RvA 9 oktober 1992, nr. 15.244, BR 1993, p. 841

215 Zie de eerdergenoemde uitspraken: RvA 18 augustus 1994, nr. 16.843, BR 1997, p. 255, RvA 22 november 2005, nr. 70.925.

de regels moeten waarborgen dat de ondernemer de overeengekomen kwaliteit van de woning niet mag wijzigen tenzij een wijziging van de kwaliteit tijdens de uitvoering noodzakelijk is gebleken, de ondernemer de verkrijger informeert, de verkrijger van de overeenkomst af kan en de verkrijger recht heeft op vergoeding van het geleden nadeel.²¹⁶ Zij is van mening dat in beginsel de overeenkomst (ongewijzigd) moet worden nagekomen maar dat een absolute beperking van de wijzigingsbevoegdheid tot onwenselijke resultaten kan leiden en een bevoegdheid voor de ondernemer tot het doorvoeren van wijzigingen dan ook gewenst is.²¹⁷

Over art. 4 AV zegt zij dat dit niet is geschreven voor de situatie waarvoor zij haar uitgangspunt heeft bedoeld.²¹⁸ Haar uitgangspunt ziet op technische en constructieve wijzigingen en hierop ziet in de model koop-/aannemingsovereenkomst niet art. 4 AV maar juist art. 6 AV. Art. 4 AV ziet op wijzigingen ten opzichte van de situatietekening, zij vindt art. 4 AV 'een aardige bepaling', maar behandelt dit artikel verder niet aangezien het geen betrekking heeft op het door haar geformuleerde uitgangspunt.

Met betrekking tot art. 6 AV is zij van mening dat het artikel nog voor verbetering vatbaar is omdat de mogelijkheid voor ontbinding en schadevergoeding er niet in is opgenomen.²¹⁹ Zij zegt zelf dat het niet opnemen van de mogelijkheid tot ontbinding en schadevergoeding begrijpelijk is nu het nadeel dat verkrijgers ondervinden van een wijziging op grond van art. 6 AV meevalt als aan de vereisten van dat artikel wordt vastgehouden.²²⁰ Toch meent zij dat er situaties denkbaar zijn waarbij er objectief gezien geen afbreuk wordt gedaan aan de in art. 6 AV genoemde aspecten, maar waarin de individuele verkrijger dit anders kan ervaren. In dat licht bezien acht zij het betreurenswaardig dat de mogelijkheid tot ontbinding en schadevergoeding niet mogelijk is.²²¹

Allereerst een woord over de mogelijkheid tot schadevergoeding bij wijzigingen door de ondernemer die objectief gezien geen afbreuk doen. Dierikx lijkt hier te doelen op de zogenaamde subjectieve waardevermindering. De Raad doet regelmatig uitspraak in geschillen waarin een wijziging objectief gezien geen nadeel of schade veroorzaakt, maar waarin dit door verkrijgers anders wordt ervaren: het zogenaamde subjectieve gevoel van waardevermindering. De Raad gaat in die

216 Uitgangspunt 9i, Dierikx 2008, p. 38 en p. 135.

217 Dierikx 2008, p. 36-37.

218 Dierikx 2008, p. 137-138.

219 Dierikx 2008, p. 141.

220 Ibid.

221 Ibid.

gevallen regelmatig wél over tot het uitkeren van een schadevergoeding.²²² De kritiek van Dierickx lijkt hier dus niet geheel terecht.²²³

Over de mogelijkheid tot ontbinding²²⁴ zegt Dierickx dat deze mogelijkheid de ondernemer dwingt met de verkrijger te onderhandelen over een oplossing voor de noodzakelijke wijziging.²²⁵ Als de verkrijger het niet eens is met de door de ondernemer aangedragen oplossing, kan hij dreigen de overeenkomst te ontbinden en zo de ondernemer dwingen met een betere oplossing te komen. Het volgens Dierickx ontbreken van een mogelijkheid tot ontbinding blijkt onder de koop-/aannemingsovereenkomst niet van groot belang nu allereerst art. 4 AV, in tegenstelling tot art. 6 AV, wel een ontbindingsbepaling bevat. Hierop werd hierboven reeds ingegaan. Daarnaast kan bij een wijziging op grond van art. 6 AV de verkrijger om tot ontbinden te kunnen overgaan een beroep doen op art. 6:265 BW. Hierboven werd in § 4.2 reeds uitgebreid ingegaan op de ontbindingmogelijkheden bij wijzigingen door de ondernemer.

De artikelen 4 en 6 AV bieden de ondernemer onder voorwaarden de mogelijkheid wijzigingen aan te brengen. Indien deze voorwaarden gehandhaafd blijven geeft dit de verkrijger een voldoende waarborg dat niet onnodig wijzigingen worden aangebracht. Met daarnaast de mogelijkheid tot schadevergoeding en ontbinding zijn de rechten van de verkrijger voldoende gewaarborgd en heeft de ondernemer voldoende mogelijkheden noodzakelijke wijzigingen in het bouwplan aan te brengen.

9.7 WIJZIGINGSBEVOEGDHEID VOLGENS DE PRINCIPLES

Art. 1:111 PELSC bevat een aantal onderwerpen die betrekking hebben op wijzigingen. Het artikel heeft zowel betrekking op wijzigingen op initiatief van de dienstverlener als wijzigingen op aanwijzing van de verkrijger. In deze paragraaf

222 Het leveren van een gevel in een andere kleur dan overeengekomen gaf de verkrijgers recht op *f* 2500,- vergoeding wegens een subjectief gevoel van waardevermindering. Het voegen van een woning in een andere kleur dan overeengekomen gaf de verkrijger het recht op *f* 5000,- wegens subjectieve waardevermindering (Vergelijkbaar: anders uitgevoerd raam in RvA 20 april 1994, nr. 16.547. Vergelijkbare situatie maar dan € 500,- vergoeding in RvA 25 januari 2005, nr. 26.219). Een bordestrapje dat verkeerd om, doch technisch deugdelijk was uitgevoerd, leidde tot een subjectieve waardevermindering en ondernemer werd veroordeeld de trap alsnog op de juiste wijze neer te zetten (RvA 28 januari 2004, nr. 70.689, andere gevelsteen, vergoeding € 500,- in RvA 11 juli 2008, nr. 29.930).

223 De vraag is echter of een subjectief gevoel van waardevermindering wel recht geeft op schadevergoeding. Ingevolge het algemene recht bestaat slechts dan een recht op schadevergoeding als ook daadwerkelijk schade is geleden. Lijden verkrijgers objectief gezien geen schade, dan is ook geen grond voor vergoeding aanwezig. Niet op basis van art. 6 AV maar ook niet op basis van het algemeen BW.

224 Dierickx spreekt van ‘van de overeenkomst af kunnen’, zie o.a. Dierickx 2008, p. 37.

225 Dierickx 2008, p. 37.

komen alleen die bepalingen aan bod die van belang zijn voor het onderwerp dat in deze paragraaf is behandeld: wijzigingen op initiatief van de ondernemer.

Ingevolge het eerste lid dient een partij een wijziging te aanvaarden als deze wijziging redelijk is. Ingevolge het tweede lid onder a van art. 1:111 PELSC wordt een wijziging geacht redelijk te zijn als deze noodzakelijk is ten einde de dienstverlener in staat te stellen overeenkomstig art. 1:107 PELSC of (voor zover van toepassing) art. 1:108 PELSC te handelen.²²⁶ In art. 1:107 en 1:108 PELSC zijn (samengevat) de zorgplicht en de prestatieplicht van de dienstverlener neergelegd.²²⁷ Ingevolge art. 1:111 PELSC is de dienstverlener bevoegd een wijziging door te voeren die noodzakelijk is om aan zijn zorg- en prestatieplicht te voldoen.

In de leden die volgen op lid 2 zijn bepalingen opgenomen die betrekking hebben op de verrekening van de kosten die het gevolg zijn van de wijziging. Uit deze kostenverdeling blijkt dat de PELSC niet uitgaan van een consumentenovereenkomst als de model koop-/aannemingsovereenkomst waarop ontwerp en uitvoering volledig in handen zijn van de ondernemer. Onder de koop-/aannemingsovereenkomst hoeft de verkrijger als gevolg van wijzigingen in de zin van art. 6 AV of art. 4 AV nooit bij te betalen voor een door de ondernemer doorgevoerde wijziging. Onder de PELSC kan dit blijken de leden 4 en 5 van art. 1:111 PELSC wel het geval zijn. Zo dient volgens het vierde lid van art. 1:111 PELSC het loon dat verschuldigd is als een gevolg van de wijziging van de dienst redelijk te zijn en moet worden bepaald met gebruikmaking van dezelfde berekeningsmethoden als welke zijn gebruikt om het oorspronkelijke loon voor de dienst vast te stellen.²²⁸ In het vijfde lid is de procedure opgenomen voor verrekening van het loon als de wijziging leidt tot minderwerk.²²⁹

Omdat de PELSC niet zijn toegesneden op een situatie als onder de model koop-/aannemingsovereenkomst ontstaat, als in dit geval de PELSC zouden wor-

226 Art. 1:111 lid 2 onder a PELSC: Een wijziging van de dienst wordt geacht redelijk te zijn indien die wijziging: (a) noodzakelijk is ten einde de dienstverlener in staat te stellen overeenkomstig Artikel 1:107 of, voor zover van toepassing, Artikel 1:108 te handelen.

227 Zie bijvoorbeeld Art. 1:107 lid 1 PELSC:
De dienstverlener moet de dienst uitvoeren:
(a) met de zorg en bekwaamheid die een redelijke dienstverlener zou betrachten in de gegeven omstandigheden; en
(b) in overeenstemming met enige op de dienst van toepassing zijnde wettelijke of anderszins bindende regelgeving.

228 Lid 4 van art. 1:111 PELSC: Het loon dat verschuldigd is als een gevolg van de wijziging van de dienst dient redelijk te zijn en moet worden bepaald met gebruikmaking van dezelfde berekeningsmethoden als welke zijn gebruikt om het oorspronkelijke loon voor de dienst vast te stellen.

229 Art. 1:111 lid 5 PELSC: Voor zover de dienst in omvang wordt teruggebracht, wordt bij de bepaling van het loon dat verschuldigd is als een gevolg van de wijziging van de dienst rekening gehouden met de gederfde winst, de uitgespaarde kosten en elke mogelijkheid die de dienstverlener heeft om de vrijgekomen capaciteit te gebruiken voor andere doelen.

HOOFDSTUK 9

den toegepast, een verstoord evenwicht in de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger. Het verdient dan ook geen aanbeveling art. 1:111 PELSC van toepassing te verklaren op consumentenovereenkomsten.

Hoofdstuk 10

Bouwtijd

10.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk komt de bouwtijd aan de orde. In art. 6 KA van het model van 2007 wordt dit onderwerp geregeld.¹ De periode die in dit artikel als ‘bouwtijd’ wordt aangeduid, is slechts een deel van de daadwerkelijke tijd benodigd om tot oplevering te komen. Naast de in art. 6 KA genoemde bouwtijd beslaat het traject tussen het sluiten van de koop-/aannemingsovereenkomst en de oplevering van de woning verschillende andere praktische en juridische fasen waarin gesproken kan worden van ‘bouwtijd’. De zgn. praktische fasen betreffen de verschillende stadia van de bouw: de start van de bouw, het gereedkomen van de begane-grondvloer en het gereedkomen van de gehele woning. Daarmee samenhangend treden in deze verschillende praktische fasen van de bouw ook verschillende juridische fasen in. Het is dan ook van groot belang deze perioden te onderscheiden en de aanvangs- en eindmomenten ervan nauwkeurig te bepalen.

Mede op grond van het bepaalde in art. 6 KA zijn de volgende praktische bouwfasen te onderscheiden:

- Eerste fase: vanaf het tot stand komen van de koop-/aannemingsovereenkomst tot de start van de bouw.
- Tweede fase: vanaf de start van de bouw tot het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer.
- Derde fase: vanaf het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer tot de oplevering.²

Allereerst zal in deze paragraaf worden ingegaan op de verschillende fasen in de bouw en de daarmee samenhangende juridische consequenties in de §§ 10.2, 3 en 4. Daarnaast zal in § 10.4, waarin de derde fase in de bouwtijd aan de orde komt, nader worden ingegaan op het begrip start van de bouwtijd zoals genoemd in art. 6 KA (2007) (§ 10.4.1) en de begrippen werkbare en onwerkbaar werkdagen (§ 10.4.2). In de §§ 10.4.3 en 10.4.4. komen verschillende oorzaken van vertraging en overschrijding van de bouwtijd aan de orde: meerwerk en overmacht. In § 10.5 wordt de schadevergoeding als gevolg van de bouwtijdoverschrijding behandeld. In § 10.6 komt de ontbinding wegens een toekomstige te late oplevering kort aan bod.

1 In het model van 2003 was dit art. 5 KA.

2 De bouwtijd zoals opgenomen in art. 6 KA.

10.2 DE EERSTE FASE: TOTSTANDKOMING VAN DE OVEREENKOMST TOT DE START VAN DE BOUW

De eerste fase van de bouw beslaat de periode vanaf het tot stand komen van de koop-/aannemingsovereenkomst tot de start van de bouw. Het is van belang het begin en einde van deze periode vast te stellen omdat art. 14 lid 2 AV voor eengezinswoningen³ bepaalt dat de verkrijger het recht heeft de overeenkomst te ontbinden indien niet binnen drie maanden na de datum van ondertekening van de overeenkomst begonnen is met de bouw van het complex waarvan de woning deel uitmaakt en niet alsnog is aangevangen met de bouw binnen veertien dagen na een schriftelijke ingebrekestelling door de verkrijger.⁴

Art. 14 lid 2 AV Eengezinswoningen

Indien de ondernemer niet binnen drie maanden na de datum van de ondertekening van de koop-/aannemingsovereenkomst door de verkrijger begonnen is met de bouw van het complex waarvan de woning deel uitmaakt en ook niet binnen veertien dagen na schriftelijke ingebrekestelling door de verkrijger alsnog daarmee een begin heeft gemaakt, heeft de verkrijger het recht de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen op de wijze zoals in artikel 22 lid 1 van deze algemene voorwaarden is bepaald. Als aanvang van de bouw van het complex wordt beschouwd de aanvang met de funderingswerkzaamheden. De ondernemer moet alsdan aan de verkrijger binnen vier weken, nadat de verklaring tot ontbinding te zijner kennis is gebracht, terugbetalen alle aan hem ter zake van de koop-/aannemingsovereenkomst gedane betalingen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van ontvangst van de betaling tot de datum van terugbetaling. De verkrijger heeft bovendien recht op vergoeding van de als gevolg van de ontbinding optredende schade.

Een aantal begrippen uit dit artikel verdient een nadere toelichting: Wat wordt verstaan onder ‘beginnen met de bouw’ (§ 10.2.1), en wat wordt bedoeld met ‘het complex waarvan de woning deel uitmaakt’ (§ 10.2.2)? Art. 14 lid 2 AV voor Appartementen is iets anders geformuleerd en komt in § 10.2.3 aan bod.

10.2.1 Beginnen met de bouw

Het tweede lid van art. 14 AV noemt de aanvang met de funderingswerkzaamheden het startpunt van de bouw van het complex. Het ligt voor de hand als aanvang van de funderingswerkzaamheden het heien van de palen aan te merken, dit zijn immers funderingswerkzaamheden. In een door de Raad behandeld geschil over de aanvangsdatum van de bouw gaf een ondernemer aan dat hij het begin van de funderingswerkzaamheden of het boren van de palen beschouwde als de start van de bouw.⁵ De Raad liet in het midden of dit de juiste maatstaf was voor het

3 In zowel het model van 2003 als van 2007 is dit geregeld in artikel 14 AV.

4 De ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst dient volgens het eerste lid van art. 20 AV te geschieden bij aangetekende brief met bericht ‘handtekening retour’ of een telefaxbericht met verzendbevestiging. Dit is een regel van bewijsrecht en geen constitutief vereiste.

5 RvA 24 juli 2001, nr. 22.596.

beginnen van de bouw daar bewezen geacht werd dat de boring van de palen in ieder geval op de betwiste datum had plaatsgevonden. Het door de ondernemer aangedragen startmoment werd niet ten principale afgewezen. Het boren of heien van de palen lijkt dan ook een logisch moment om als start van de bouw aan te nemen. Maar daarmee is niet alles geregeld over de vraag naar de aanvang van de bouw. Wordt er niet geheid of geboord, omdat de woning wordt gebouwd op bijvoorbeeld zandgrond dan ligt de situatie anders. In dat geval hangt het van de specifieke werkzaamheden af wanneer sprake is ‘funderingswerkzaamheden’.

In verband met de betalingstermijnen wordt ook een startmoment van de bouw gehanteerd, namelijk de termijn omtrent de aanvang van het grondwerk. Dit houdt ook in het graven van sleuven. Dit valt af te leiden uit de Termijnenregeling, hierin wordt de 10% van de aanneemsom opeisbaar bij de start van de bouw waarbij als startmoment het ‘grondwerk ten behoeve van de fundering’ wordt meegerekend.⁶ Anderzijds lijkt er iets voor te zeggen dat het grondwerk niet als aanvang van de funderingswerken dient te worden beschouwd omdat het grondwerk in de algemene voorwaarden, in tegenstelling tot de Termijnregeling⁷, niet expliciet wordt genoemd. Zou het grondwerk wel als aanvangsmoment moeten worden gezien dan zou het evenals in de termijnenregeling genoemd moeten worden in de koop-/aannemingsovereenkomst zelf. In dat geval zou het storten van de fundering als startmoment kunnen fungeren. Mij lijkt deze redenering niet erg waarschijnlijk. De Termijnregeling en de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden worden doorgaans als één geheel van overeenkomsten gebruikt. In de ene regeling afwijken van de andere lijkt zo niet bedoeld te zijn en is onwenselijk. Indien niet wordt geheid kan de aanvang van het grondwerk, dus de start van de graafwerkzaamheden, worden aangemerkt als de start van de bouwtijd. Het uitzetten van de bouwplaats of het slaan van de piketpaaltjes lijkt niet te behoren tot de start van de funderingswerkzaamheden

10.2.2 Complex waarvan de woning deel uitmaakt

Bij de start van de bouw moet het ingevolge art. 14 lid 2 AV gaan om de start van de bouw van *het complex waarvan de woning deel uitmaakt*. Wat hieronder moet worden verstaan, wordt niet in de koop-/aannemingsovereenkomst of de algemene voorwaarden uitgewerkt. Bij eengezinswoningen is het starten van de hei- of funderingswerkzaamheden van de woning zelf, en dus niet van het huizenblok of wijkje waarvan de woning deel uitmaakt, een duidelijk moment waarop de bouw van start gaat. Temeer daar ook bij een rijtjeshuis de vloer per woning wordt gestort, en dus niet voor het hele blok in één keer. Uit de tekst lijkt echter te volgen dat het kiezen van de start van de bouw van één woning in het rijtje uiteraard niet

6 GIW Termijnenregeling onder II aanhef en onder punt 1: ‘De termijnen waarin de kosten, genoemd 1.b, worden gesplitst, zijn de volgende: 1. 10% te declareren zodra met de bouw van het betreffende huis een aanvang is gemaakt (grondwerk ten behoeve van de fundering meegerekend).’

7 Het gaat om de model GIW Termijnregeling, gebruikt in alle gevallen waarbij wordt gebouwd onder GIW garantie. De termijnregeling is te downloaden op www.giw.nl.

bedoeld is. Als immers bedoeld was de start van de bouw het woonhuis zelf, dan had de tekst van de regeling anders geluid, en had men niet het woord ‘complex’ gebruikt. De start van de bouw van het rijtje huizen waarvan de woning deel uitmaakt moet dus als startmoment worden aangehouden.

Met betrekking tot appartementencomplexen ligt dit anders omdat art. 14 AV voor appartementencomplexen anders geformuleerd is, zie hiervoor de volgende paragraaf.

10.2.3 Start bouw bij appartementen

Art. 14 lid 2 AV Appartementen spreekt van *beginnen met de bouw van het gebouw*. Dit is het enige verschil in art. 14 lid 2 AV tussen de overeenkomst voor appartementen en eengezinswoningen.

Art. 14 lid 2 AV Appartementen

Indien de ondernemer niet binnen drie maanden na de datum van de ondertekening van de koop-/aannemingsovereenkomst door de verkrijger begonnen is met de bouw van het gebouw en ook niet binnen veertien dagen na schriftelijke ingebrekestelling door de verkrijger alsnog daarmee een begin heeft gemaakt, heeft de verkrijger het recht de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen op de wijze zoals in artikel 23 lid 1 van deze algemene voorwaarden is bepaald. De ondernemer moet alsdan aan de verkrijger binnen vier weken, nadat de verklaring tot ontbinding te zijner kennis is gebracht, terugbetalen alle aan hem ter zake van de koop-/aannemingsovereenkomst gedane betalingen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van ontvangst van de betaling tot de datum van terugbetaling. De verkrijger heeft bovendien recht op vergoeding van de als gevolg van de ontbinding optredende schade.

Zowel de formulering van art. 14 lid 2 AV voor appartementen, als het verschil van het artikel met het artikel in het model voor eengezinswoningen leidt vaak tot verwarring.⁸ Allereerst iets over ‘begonnen met de bouw van het gebouw’.

Wat onder *het gebouw* dient te worden verstaan, is afhankelijk van hetgeen exact is overeengekomen in de koop-/aannemingsovereenkomst. De jurisprudentie van de Raad leert daarover het volgende. In een geschil over de aanvang van de bouwtijd en het begrip ‘gebouw’ oordeelde de Raad⁹ dat de onder het appartementencomplex gelegen parkeergarage niet tot het ‘gebouw’ behoorde daar de overeenkomst deze apart noemde. Men sprak daarin van ‘3 gebouwen en een parkeergarage’.

Ook in RvA 7 juli 2005¹⁰ worden partijen het niet eens over de vraag wat als aanvang van de bouw van het gebouw, en dus de starttijd van het aantal werkbare werkdagen, moet worden beschouwd. Getwist wordt over de vraag of de eerste bouwactiviteit en het graafwerk aan de parkeerkelder (1 december), het ontgraven van het bouwterrein ten behoeve van de fundering van het gebouw (8 januari), dan wel de verzendingsdatum van de eerste factuur aangaande de ‘aanvang bouw

8 Zie o.a. RvA 6 oktober 2003, nr. 23.937.

9 RvA 27 april 2001, nr. 70.473.

10 RvA 7 juli 2005, nr. 26.812.

hoofdgebouw' (9 april) als startmoment van de bouwtijd hebben te gelden. Arbitrer komt tot een oordeel op basis van de aannemingsovereenkomst van de ondernemer met de aannemer. Hierin is vermeld dat als start van de voorbereidende werkzaamheden 8 januari is vermeld. Arbitrer wijst deze voorbereidende werkzaamheden (het ontgraven van het bouwterrein) aan als het punt 'aanvang bouw'. Dit is een onconventionele keuze omdat voorbereidende werkzaamheden in geen enkel opzicht aansluiten bij het begrip 'aanvang van de bouw van het gebouw'. De datum van de factuur 'aanvang hoofdgebouw' was logischer geweest en zou beter aangesloten hebben bij de term 'bouw van het gebouw'.

In een ander geschil¹¹ werd op verschillende plaatsten gesproken van 'gebouw' en 'hoofdgebouw'.¹² Partijen zijn het erover eens dat onder beide begrippen moet worden verstaan het appartementsgebouw, waarvan de appartementsrechten van verkrijgers deel uitmaken. Dit is tevens aangeduid als 'blok 11' van het totaalproject waarbinnen het appartementsgebouw wordt gerealiseerd. Partijen ruziën over de startdatum van de bouwtijd. Volgens art. 5 lid 1 van de betreffende overeenkomst begint de bouwtijd te lopen na 'aanvang van de bouw van het gebouw'. In dit artikel is ook vermeld dat met de bouw is begonnen op 15 mei 1995. Arbiters constateren dat op 11 juli 1995 de eerste paal van blok 11 (het appartementsgebouw) is geslagen, en op 15 mei de eerste paal van blok 1, dat de eerste termijn betaald moet worden 'zodra met de bouw van het hoofdgebouw een aanvang is gemaakt (fundering meegerekend)' en in het heirapport staat de dat de werkzaamheden m.b.t. de eerste termijn op 11 juli 1995 zijn gereedgekomen. Op basis hiervan concludeert arbitrer dat de aanvang van 'de bouw van het gebouw' is begonnen op 11 juli 1995. Volgens arbitrer heeft dit echter geen gevolgen voor de verkrijgers. Aan hen is gemeld (in de overeenkomst) dat de start van de bouw op 15 mei heeft plaatsgevonden. 'het gaat naar het oordeel van arbitrer te ver om van een koper/verkrijger te vergen dat hij - terwijl in de bepaling van de bouwtijd een aanvangsdatum wordt gegeven, waarvan hij dan ook mag verwachten dat deze relevant is - bedacht is op het verschil in terminologie tussen 'de bouw' en 'de bouw van het gebouw', respectievelijk zulks alsnog opmerkt via een bepaling in de termijnregeling die in het geheel niet over de bouwtijd handelt. Dit lijkt een zeer billijke uitspraak van arbitrer. Immers, partijen zijn in feite deze bouwtijd samen overeengekomen.¹³

In een ander geschil¹⁴ beweert de ondernemer dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de aanvang van de bouw van het gehele complex en aanvang van de bouw van de privé-woning. Arbitrer is het hier, m.i. geheel terecht, niet mee eens en neemt de aanvang van de bouw van het gehele complex als startdatum.

11 RvA 2 december 1998, nr. 19.738.

12 In art. 4 lid 1 van de overeenkomst.

13 Opmerkelijk genoeg komt arbitrer bij de schadeberekening wel tot matiging van het schadevergoedingsbedrag.

14 RvA 16 januari 2004, nr. 24.378.

Uit het bovenstaande kan opgemaakt worden dat wat onder ‘beginnen met de bouw van het gebouw’ moet worden verstaan, afhangt van wat wordt verstaan onder het begrip ‘gebouw’. Wat tot het gebouw wordt gerekend en wat niet hangt af van de inhoud van de koop-/aannemingsovereenkomst en is een kwestie van uitleg. Onder ‘gebouw’ wordt in ieder geval niet het individuele appartement zelf verstaan, de bouwtijd heeft bij appartementencomplexen betrekking op de bouw van het gehele ‘gebouw’.

10.2.4 Ontbinden als niet tijdig wordt begonnen met bouwen

Zoals hierboven al is opgemerkt, bepaalt het tweede lid van art. 14 AV dat als niet binnen drie maanden na ondertekening van de overeenkomst begonnen is met de bouw van het complex waarvan de woning deel uitmaakt (eengezinswoningen)¹⁵ dan wel begonnen is met de bouw van het gebouw (appartementen)¹⁶ én ook niet binnen veertien dagen na schriftelijke ingebrekestelling door de verkrijger alsnog daarmee een begin is gemaakt, de verkrijger de overeenkomst mag ontbinden.

Er is niet veel jurisprudentie over het ontbinden van de overeenkomst wegens niet bouwen. Het vermoeden lijkt gerechtvaardigd dat over het algemeen tijdig na ondertekening wordt begonnen met de bouwwerkzaamheden, of dat als dit niet gebeurt, ontbinding zonder al te veel problemen plaats vindt.

Het komt regelmatig voor dat overeenkomsten worden aangegaan onder de opschortende voorwaarden dat een bepaald percentage van de woningen verkocht moet zijn, of dat pas met de bouw wordt begonnen als een dit percentage aan de woningen (meestal 60 of 70%) verkocht is. Als in de overeenkomst een dergelijke clausule is opgenomen gaat de termijn van drie maanden pas lopen na het vervuld zijn van de opschortende voorwaarden of na het bereiken van dit percentage. Dat betekent dat verkrijgers nadat het afgesproken percentage verkochte woningen is

-
- 15 Art. 14 lid 2 AV Eengezinswoningen, eerste deel: Indien de ondernemer niet binnen drie maanden na de datum van de ondertekening van de koop-/aannemingsovereenkomst door de verkrijger begonnen is met de bouw van het complex waarvan de woning deel uitmaakt en ook niet binnen veertien dagen na schriftelijke ingebrekestelling door de verkrijger alsnog daarmee een begin heeft gemaakt, heeft de verkrijger het recht de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen op de wijze zoals in artikel 20 lid 1 van de algemene voorwaarden is bepaald.
- 16 Art. 14 lid 2 AV Appartementen: Indien de ondernemer niet binnen drie maanden na de datum van de ondertekening van de koop-/aannemingsovereenkomst door de verkrijger begonnen is met de bouw van het gebouw en ook niet binnen veertien dagen na schriftelijke ingebrekestelling door de verkrijger alsnog daarmee een begin heeft gemaakt, heeft de verkrijger het recht de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen op de wijze zoals in artikel 23 lid 1 van de algemene voorwaarden is bepaald. De ondernemer moet alsdan aan de verkrijger binnen vier weken, nadat de verklaring tot ontbinding te zijner kennis is gebracht, terugbetalen alle aan hem ter zake van de koop-/aannemingsovereenkomst gedane betalingen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van ontvangst van de betaling tot de datum van terugbetaling. De verkrijger heeft bovendien recht op vergoeding van de als gevolg van de ontbinding optredende schade.

bereikt, eerst drie maanden de bouwactiviteit moeten afwachten. Wordt dan niet gebouwd, dan dient de ondernemer in gebreke te worden gesteld en een termijn van twee weken te worden gegeven om alsnog te beginnen. Doet hij dit niet dan mag de verkrijger ontbinden op basis van art. 14 lid 2 AV. Dit kan voor verkrijgers betekenen dat zij soms maanden in onzekerheid verkeren over de opleverdatum van hun appartement.

10.2.4.1 Wijze van ontbinden

De wijze waarop moet worden ontbonden staat in de overeenkomst voor eengezinswoningen en voor appartementen in art. 14 lid 2 AV en art. 22 lid 1 AV Eengezinswoningen¹⁷ en art. 23 lid AV Appartementen.¹⁸

Art. 22 leden 1 en 2 AV Eengezinswoningen

1. Indien een der partijen ook na schriftelijke sommatie in gebreke blijft mede te werken aan het verlijden van de akte van levering, terwijl de andere partij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, is de nalatige partij aan de andere partij als boete een bedrag verschuldigd gelijk aan tien procent van de koop-/aanneemsom, onverminderd het recht van de niet-nalatige partij de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen of nakoming te verlangen en onverminderd diens recht op aanvullende schadevergoeding. Het introyen van de ontbinding dient te geschieden bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging.

2. Indien een der partijen in gebreke blijft aan zijn verplichtingen te voldoen of indien reeds vóór de oplevering waarschijnlijk wordt, dat een der partijen niet aan zijn verplichtingen zal voldoen of in de nakoming van de koop-/aannemingsovereenkomst ernstig te kort zal schieten, zal de andere partij het recht hebben de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen of te vorderen.

De wijze van ontbinden is in beide gevallen hetzelfde. Ontbinding kan plaatsvinden door het zenden van een schriftelijke ingebrekestelling als na drie maanden na ondertekening niet is begonnen met de bouw van het van het complex waarvan de woning deel uitmaakt (eengezinswoningen) dan wel begonnen is met de bouw van het gebouw (appartementen). In die ingebrekestelling dient de verkrijgers de ondernemer er op te wijzen dat nog steeds niet is begonnen met de bouw en dat hij, als hij niet binnen veertien alsnog een aanvang daarmee maakt, de overeenkomst wil ontbinden.

Wordt binnen veertien dagen na ingebrekestelling geen aanvang met de werkzaamheden gemaakt, dan heeft de verkrijger het recht de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen op de wijze zoals in art. 22 lid 1 AV is bepaald. Het introyen van de ontbinding dient te geschieden bij aangetekende brief met bericht 'handtekening retour' of telefaxbericht met verzendbevestiging.

17 In het model van voor 2007 was dit voor eengezinswoningen geregeld in art. 20 lid 1 AV.

18 In het model van voor 2007 was dit voor appartementen geregeld in art. 21 lid 1 AV.

Een illustratief voorbeeld: in een geschil voor de Raad over ontbinding wegens het niet starten met de werkzaamheden ging over de vraag of de verkrijgers aan ondernemer een redelijke termijn tot nakoming hadden geboden.¹⁹

In de overeenkomst was geen aanvangstijdstip van de bouw opgenomen, slechts is opgenomen dat het aanvangstijdstip 'tijdig' aan verkrijgers zal worden medegedeeld. Omdat tussen het sluiten van de koop-/aannemingsovereenkomst en het sturen van een brief houdende de ingebrekestelling, bijna een half jaar is verstreken zonder dat enige bouwactiviteit heeft plaatsgevonden, hebben verkrijgers ondernemer een redelijke termijn tot nakoming gegeven. Na het verstrijken van de in de brief genoemde termijn is ondernemer in verzuim geraakt en mochten verkrijgers de overeenkomst als ontbonden beschouwen. Op grond van art. 11 KA hebben verkrijgers recht op tien procent van de koop-/aanneemsom omdat bij het intreden van het verzuim de nalatige partij dit verschuldigd is.

10.2.4.2 Schadevergoeding bij ontbinding

Wordt de overeenkomst ontbonden dan dient de ondernemer ingevolge art. 14 lid 2 AV aan de verkrijger binnen vier weken, nadat de verklaring tot ontbinding te zijner kennis is gebracht, terug te betalen alle aan hem ter zake van de koop-/aannemingsovereenkomst gedane betalingen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van ontvangst van de betaling tot de datum van terugbetaling.

De verkrijger heeft daarnaast ingevolge art. 22 lid 1 AV recht op de door de ondernemer, als nalatige partij, te betalen boete gelijk aan tien procent van de koop-/aanneemsom. Tevens kunnen ingevolge het derde lid door de Raad van Arbitrage de gevolgen van de ontbinding worden bepaald.²⁰ Zij kunnen de ontbinding doen afhangen van door hen te stellen voorwaarden en indien daartoe gronden aanwezig zijn en zulks gevorderd is, de partij waartegen de ontbinding wordt uitgesproken veroordelen tot schadevergoeding.

Aangezien de verkrijger ingevolge art. 14 lid 2 AV recht heeft recht op vergoeding van de als gevolg van de ontbinding optredende schade zouden arbiters ook aanvullende schadevergoeding kunnen uitkeren. Dit is ook uitdrukkelijk opgenomen in art. 22 lid 1 AV.²¹

19 RvA 9 februari 2001, nr. 22.297.

20 Art. 22 lid 3A AV: Indien op grond van lid 2 van dit artikel de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst wordt gevorderd en bedoelde vordering wordt toegewezen, bepalen de ingevolge de koop-/aannemingsovereenkomst benoemde scheidslieden de gevolgen daarvan. Zij kunnen de ontbinding doen afhangen van door hen te stellen voorwaarden en indien daartoe gronden aanwezig zijn en zulks gevorderd is, de partij waartegen de ontbinding wordt uitgesproken veroordelen tot schadevergoeding.

21 Art. 22 lid 1 AV: Indien een der partijen ook na schriftelijke sommatie in gebreke blijft mede te werken aan het verlijden van de akte van levering, terwijl de andere partij aan zijn verplichtingen heeft voldaan, is de nalatige partij aan de andere partij als boete een bedrag verschuldigd gelijk aan tien procent van de koop-/aanneemsom, onverminderd het recht van de niet-nalatige partij de ontbinding van de koop-/

10.3 DE TWEEDE FASE: START VAN DE BOUW TOT GEREEDKOMEN VAN DE RUWE BEGANE-GRONDVLOER

De tweede fase van de bouwtijd betreft de periode vanaf de start van de bouw tot het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer. Deze fase wordt nergens in de koop-/aannemingsovereenkomst of algemene voorwaarden genoemd maar is af te leiden uit de formulering van de artikelen 14 AV en 6 KA. In artikel 14 lid 3 AV is opgenomen dat na ‘de aanvang van de bouw’, deze regelmatig moet worden voortgezet. In art. 6 KA is opgenomen dat vanaf het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer de woning binnen een x aantal werkbare werkdagen moet worden opgeleverd. De periode tussen de start van de bouw, genoemd in 14 lid 2 AV, en het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer, genoemd in art. 6 KA, vormt de tweede fase in de bouw.

Art. 6 KA, in zowel de overeenkomst voor appartementen als eengezinswoningen, is het kernartikel in de koop-/aannemingsovereenkomst omtrent de bouwtijd.²² De artikelen in de overeenkomsten voor eengezinswoningen en appartementen bevatten echter verschillende formuleringen.

De koop-/aannemingsovereenkomst met betrekking tot de bouw van een eengezinswoning spreekt in art. 6 lid 1 KA van het moment vanaf ‘het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer’

De koop-/aannemingsovereenkomst voor de bouw van een appartement spreekt van het moment vanaf ‘aanvang van de bouw van het gebouw’.

Juridisch gezien telt de bouw van een appartementencomplex in tegenstelling tot die van een eengezinswoning dus slechts twee fasen. Na de start van de bouw welke de eerste fase beëindigt, treedt meteen de derde fase in werking, namelijk de start van de in de overeenkomst zo genoemde bouwtijd en de aanvang van de periode van het aangegeven aantal werkbare werkdagen.

In deze paragraaf is dus slechts de koop-/aannemingsovereenkomst met betrekking tot de eengezinswoningen van belang.

10.3.1 Het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer

Zoals reeds gezegd beslaat de tweede fase in de bouwtijd bij de overeenkomst voor eengezinswoningen de periode vanaf de start van de bouw, tot het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer.²³ Wat de start van de bouw inhoudt is hierboven in § 2.1 reeds besproken.

aannemingsovereenkomst in te roepen of nakoming te verlangen en onverminderd diens recht op aanvullende schadevergoeding. Het invoeren van de ontbinding dient te geschieden bij aangetekende brief met bericht ‘handtekening retour’ of telefaxbericht met verzendbevestiging.

22 In het model 2007 is dit art. 6 KA, in het model voor 2003 is het art. 5 KA. De formulering in beide versies is exact hetzelfde.

23 In de koop-/aannemingsovereenkomst van 1974 en 1983 (E.1983.1) sprak art. 5 lid 1 KA over ‘aanvang de bouw van de woning (fundering niet meegerekend)’. In

Wanneer precies sprake is van het *gereedkomen* van de ruwe begane-grondvloer? Dit is een technische vraag. Afhankelijk van het gebruikte materiaal en het weer zullen vloeren kortere of langere tijd moeten uitharden voordat deze gereed zijn. Regelmatig ruziën partijen over de vraag wanneer de ruwe begane-grondvloer nu gereed is gekomen. Deze geschillen komen ruim aan bod in § 4 van dit hoofdstuk.

10.3.2 Regelmatig voortzetten

Wanneer met de funderingswerkzaamheden is begonnen (bij eengezinswoningen)²⁴ dan wel na aanvang van de bouw (appartementen)²⁵ is de ondernemer krachtens art. 14 lid 3 AV verplicht de werkzaamheden regelmatig voort te zetten. Het derde lid van art. 14 AV is het enige artikel dat iets zegt over deze tweede fase in de bouw, tussen het starten met de werkzaamheden en het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer. Het is vreemd dat ook in de overeenkomst voor appartementen is opgenomen dat de bouw na aanvang van de bouw regelmatig moet worden voortgezet aangezien die overeenkomst geen tweede fase kent en meteen na aanvang van de bouw van het gebouw de bouwtijd van art. 6 KA in werking treedt. In dat geval is geen verplichting tot regelmatig voortzetten nodig aangezien de boete van art. 14 lid 5 AV ervoor zorgt dat de ondernemer binnen de bouwtijd van art. 6 KA zal willen blijven.

Wat onder regelmatig voortzetten moet worden verstaan, wordt in de koop-/aannemingsovereenkomst en de AV niet uitgewerkt. Wat de rechtsgevolgen van het niet regelmatig voortzetten zijn, wordt ook niet in de koop-/aannemingsovereenkomst behandeld. Ook komt dit onderwerp niet veel in de jurisprudentie aan de orde. Onder regelmatig voortzetten zou ook een langzaam, maar regelmatig, voortzetten kunnen vallen.

Een tweetal uitspraken over ‘regelmatig voortzetten’ biedt enige duidelijkheid over deze verplichting van de ondernemer:

Over de vraag of de bouw regelmatig werd voortgezet, of dat sprake was van overmacht waardoor de bouw terecht vertraging opliep, oordeelde de Raad in RvA 13 januari 2004.²⁶ Tijdens het bouwrijp maken van de grond werd ernstige vertraging opgelopen doordat de grond vervuild was. Wel wordt de woning opge-

de koop-/aannemingsovereenkomst van 1992 (E.1992) werd dit veranderd in ‘het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer’. Daar hier alleen de meest recente koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden worden behandeld wordt alleen ingegaan op de daarin gebruikte termen en de daarbij horende jurisprudentie.

24 Art. 14 lid 3 AV Eengezinswoningen: De ondernemer is verplicht na aanvang van de funderingswerkzaamheden van het complex waarvan de woning deel uitmaakt, de werkzaamheden regelmatig voort te zetten.

25 Art. 14 lid 3 AV Appartementen: De ondernemer is verplicht na aanvang van de bouw de werkzaamheden regelmatig voort te zetten.

26 RvA 13 januari 2004, nr. 25.150.

leverd binnen de overeengekomen bouwtijd (die immers pas gaat lopen na het gereedkomen van de begane-grondvloer). Verkrijger stelt dat ondernemer tekort is geschoten in de nakoming van de verbintenis door de bouw niet regelmatig voort te zetten. Ondernemer meent dat de vertraging niet aan zijn schuld te wijten is, nog aan hem kan worden toegerekend, en dat hij de bouw regelmatig heeft voortgezet. Arbitrer oordeelt ook dat de bouw regelmatig is voortgezet. Ondernemer mocht er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de gegevens omtrent de toestand van de grond, afkomstig van de provincie, juist waren. Ondernemer heeft daarnaast op afdoende wijze de vertraging beperkt door de grond opnieuw te laten onderzoeken, te laten saneren en andere werkzaamheden uit de bouwfase naar voren te halen. Wel heeft ondernemer ten onrechte aanspraak gemaakt op de grondrente, omdat de grond nog niet bouwrijp was.

In een ander geschil over het niet-regelmatig voortzetten oordeelde de Raad dat de verkrijger, die meent dat niet regelmatig wordt gewerkt, de ondernemer in gebreke moeten stellen en hem een redelijke termijn tot nakoming moeten geven.²⁷ De redelijkheid en billijkheid bracht daarbij volgens de arbiter niet met zich dat de ondernemer bij niet-tijdige nakoming kon worden verplicht de bouw zodanig voort te zetten dat de eerder opgelopen vertraging werd ingelopen. Dit oordeel was o.a. gebaseerd op het feit dat de mogelijke oorzaken van vertraging in de toekomst dan nog niet bekend zijn.

Zoals uit bovenstaande blijkt bestaat over het begrip ‘regelmatig voortzetten’ weinig duidelijkheid. Het ontbreken van een duidelijke uitleg van dit begrip en van de rechtsgevolgen als niet regelmatig wordt voortgezet, scheidt veel onduidelijkheid en onzekerheid. Het is voor de verkrijgers van belang dat juist over deze periode duidelijkheid bestaat. Omdat reeds een aanvang is gemaakt met de werkzaamheden kunnen zij de overeenkomst niet meer ontbinden op basis van art. 14 lid 2 AV. En omdat de contractuele bouwtijd (de hierna te behandelen derde fase) met daaraan gekoppeld de boete wegens bouwijdoverschrijding nog niet is aangevangen, wordt een grote vertraging in deze periode niet gesanctioneerd. In theorie zou de bouw in dit stadium in een vacuüm terecht kunnen komen zonder dat duidelijk is welke middelen en op welke gronden die middelen de verkrijgers ter beschikking staan. Om de verkrijger een sterkere positie te verschaffen zou duidelijk moeten zijn wat wordt verstaan onder ‘niet regelmatig voortzetten’ en zou voor het niet regelmatig voortzetten van de bouw door de ondernemer een sanctie dienen worden opgenomen in art. 14 AV.

10.4 DE DERDE FASE: GEREEDKOMEN VAN DE RUWE BEGANE-GRONDVLOER TOT DE OPLEVERING

Vanaf het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer, in het geval van een eengezinswoning, of de aanvang van de bouw van het gebouw, in het geval van een

27 RvA 5 september 2001, nr. 23.512.

appartement, treedt de derde fase van het bouwproces in. Deze fase loopt tot de oplevering van de woning. In art. 6 KA wordt deze fase enigszins verwarrend aangeduid als ‘bouwtijd’.²⁸ Deze bouwtijd wordt uitgedrukt in een aantal werkbare werkdagen.²⁹

Art. 6 lid 1 KA Eengezinswoningen

De ondernemer verbindt zich de woning binnen ... werkbare werkdagen na het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer geheel voor bewoning gereed op te leveren aan de verkrijger.

Art. 6 lid 1 KA Appartementen

De ondernemer verbindt zich het privé-gedeelte binnen werkbare werkdagen na de aanvang van de bouw van het gebouw geheel voor bewoning gereed aan de verkrijger op te leveren in de zin van artikel 14 lid 4 van de algemene voorwaarden.

Tijdens de bouw kan door verschillende oorzaken overschrijding van het genoemd aantal werkbare werkdagen plaatsvinden. Deze overschrijding geeft de verkrijger op grond van art. 14 lid 5 AV het recht op een gefixeerd bedrag aan schadevergoeding.³⁰ In dit kader is ten eerste van belang vast te stellen wanneer er sprake is van de start van de bouwtijd als genoemd in art. 6 KA en ten tweede wat onder ‘werkdagen’ en onder ‘werkbaar’ of ‘onwerkbaar’ moet worden verstaan.

Hieronder worden allereerst de start van de bouwtijd (§ 10.4.1) en werkbare en onwerkbare werkdagen (§ 10.4.2) besproken. Daarna zal dieper worden ingegaan op vertraging veroorzaakt door meerwerk (§ 10.4.3) en vertraging als gevolg van overmacht (§ 10.4.4).

10.4.1 Start van de bouwtijd van art. 6 KA

De bouwtijd, als besproken in art. 6 KA voor eengezinswoningen, begint te lopen na het gereedkomen van de ruwe begane-grondvloer. Zoals hierboven reeds gezegd, is de vraag of de begane-grondvloer gereed is een technische vraag. Over het leveren van bewijs omtrent de gereedheid van de begane-grondvloer is veel jurisprudentie.

Bij het tekenen van de koop-/aannemingsovereenkomst hebben partijen de mogelijkheid te kiezen tussen twee varianten met betrekking tot het vaststellen van het tijdstip van gereedkomen van de vloer.

28 Het is gebruikelijk dat de uitvoeringsduur wordt begrensd door een termijn, zie Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 127.

29 Hiermee voldoet de model koop-/aannemingsovereenkomst aan het door Dierikx ontwikkelde uitgangspunt dat een consumentenovereenkomst met betrekking tot de bouw van nieuwbouwwoningen de verkrijger moet informeren over de opleverdatum van de woning, zie Dierikx 2008, p. 89.

30 In § 10.5 wordt dieper ingegaan op de schadevergoedingsregeling van art. 14 AV.

Variant A is geschreven voor de situatie waarin de vloer al gereed was bij ondertekening van de overeenkomst (eengezinswoningen) of de bouw al was aangevangen (appartementen). Partijen geven dan slechts de datum aan van dit gereedkomen van de vloer of de aanvang van de bouw. In dat geval zijn de eerste twee perioden feitelijk en juridisch niet meer van belang en bevindt de bouw zich al in de derde fase.

Variant B in de overeenkomst voorziet in de situatie dat de vloer nog niet gereed is of de bouw nog niet is aangevangen. De ondernemer zal dan binnen acht dagen na het gereedkomen van de vloer of de aanvang van de bouw de datum van de start van de termijn schriftelijk aan de verkrijger mededelen. Bij de hantering van variant B kan de situatie zich voordoen dat de verkrijger en ondernemer het niet eens worden over de opgegeven datum, of dat de ondernemer deze datum helemaal niet opgeeft.

Dit probleem van de startdatum is aanleiding geweest voor verschillende uitspraken door de Raad van Arbitrage. De door de Raad meest gehanteerde methode is het afleiden van de start van de bouwtijd aan de hand van de verzending van de factuur aangaande 'start bouw' of een vergelijkbare omschrijving. Aangezien de betalingstermijnen gekoppeld zijn aan de fases in het bouwproces is dit een eenvoudige methode.³¹

In een geschil werd door de Raad³² bepaald dat de datum waarop de eerste termijn werd gefactureerd als aanvangsdatum moet worden aangehouden. Dit omdat deze volgens de overeenkomst tussen de verkrijgers en ondernemer mocht worden gedeclareerd op het moment van 'aanvang van de bouw van het hoofdgebouw'.³³ De ondernemer deed in deze zaak een beroep op het te vroeg versturen van de factuur. Arbitreren oordeelde echter dat ook al zou deze factuur te vroeg zijn verzonden dit niet ten nadele van de verkrijger kon werken. De factuurdatum werd dan ook als aanvangsdatum gehanteerd.³⁴

In een geval waarin vaststond dat de verkrijger helemaal niet op de hoogte was gesteld van de start van de bouw werd beslist dat verkrijgers verwachting omtrent een bepaalde datum van aanvang van de bouw gerechtvaardigd was. De verwachting omtrent de startdatum werd gewekt door de factuur waarop werd vermeld dat deze betrof de termijn van de 'aanvang bouw'. De Raad was van oordeel dat ook bij het ontbreken van een mededeling omtrent de dag van aanvang een dergelijke factuur kon worden beschouwd als de dag van aanvang van de bouw³⁵. Het aanhouden van de factuurdatum van de termijn 'aanvang bouw' is dus een goede methode voor het vaststellen van de startdatum.

31 Zie over betalingstermijnen hoofdstuk 7.

32 RvA 3 februari 2003, nr. 24.903.

33 Het betrof hier de bouw van een appartementencomplex.

34 Anders: RvA 10 december 2008, nr. 29.805. In dit geschil speelden meer omstandigheden een rol.

35 RvA 27 april 2001, nr. 70.473 en in eerste aanleg RvA 24 januari 2000, nr. 20.566.

Deze stelregel leidt uitzondering in een aantal gevallen, zo blijkt uit jurisprudentie van de Raad:

In een geschil bepaalde de Raad³⁶ aan de hand van de facturen van de onderaannemer de startdatum van de bouw. Uit een van de facturen bleek wanneer de cassettevloeren waren aangeleverd. De Raad achtte storting van de vloeren enkele dagen erna het meest aannemelijk, en hield bij gebrek aan andere informatie die datum aan als datum van het gereedkomen van de begane-grondvloer.

In een ander geval koos de Raad³⁷ ook voor een andere benadering en nam niet de factuurdatum van de betalingstermijn als startpunt van de bouwtijd maar de start van de heiwerkzaamheden. Vanaf die datum moest het aantal verstreken werkbare werkdagen worden berekend. Het betrof hier de bouw van een appartementencomplex waarbij, zoals eerder genoemd, de ‘aanvang van de bouw van het gebouw’ als start van de bouwtijd als genoemd in art. 6 KA gold. De arbiter koos in dit geval niet voor de datum van de factuur waarop de ‘termijn aanvang bouw’ werd vermeld omdat door de ondernemer al meerder malen was erkend dat de bouw reeds voor die datum had aangevangen.

In een geschil uit 2003³⁸ menen verkrijgers dat voor het vaststellen van de aanvang van de bouw de factuurdatum maatgevend is. Deze is gedateerd op 23 mei 2000. Ondernemer meent dat als startdatum 10 november 2000 moet worden aangehouden. Op die datum waren volgens hem de funderingen gereed gemaakt voor het leggen van de vloeren. De factuurdatum is volgens hem niet relevant omdat de facturen niet individueel maar projectmatig worden verstuurd. Arbiter schuift beide voorgedragen startdata terzijde en neemt als aanvangsdatum 20 juli 2000. Dit was volgens hem de dag waarop volgens het historisch overzicht van aannemer de betonstroken zijn gestort. Dit storten van de betonstroken moet worden aangemerkt als een ‘aanvang met de funderingswerken’. In art. 14 lid 2 AV was opgenomen dat als aanvang van de bouw van het complex de aanvang met de funderingswerken moet worden beschouwd, een iets andere formulering dan in de modelvoorwaarden, echter voor het vaststellen van de waarde van de factuurdatum niet van belang.

In een uitspraak uit 2000³⁹ werd de kopers van appartementen in een nieuwsbrief van 17 september 1998 aangekondigd dat de officiële startdatum van de bouw 9 oktober 1998 was. In een nieuwe nieuwsbrief van 16 oktober wordt door de ondernemer medegedeeld dat de officiële datum ‘start van de bouw’ door een inmetingsfout wordt herzien. De nieuwe datum, genoemd in de nieuwsbrief, was 21 oktober 1998 (bijna twee weken later dus). In de nieuwsbrief van 27 januari 2000 deelt de ondernemer mee dat nu geen bezwaar is gemaakt tegen de wijziging van de startdatum, bewoners daar ook nu/achteraf geen bezwaar meer tegen kunnen maken. Na oplevering menen verkrijgers dat zij toch recht hebben op

36 RvA 9 augustus 1999, nr. 20.794.

37 RvA 24 mei 1996, nr. 17.593, BR 1996, p. 848.

38 RvA 29 september 2003, nr. 24.294.

39 RvA 7 september 2000, nr. 22.145.

schadevergoeding omdat de officiële bouwtijd, gemeten vanaf de eerstgenoemde startdatum, is overschreden. Volgens arbiter echter mocht ondernemer de startdatum verplaatsen en nu daar geen bezwaar tegen is gemaakt kan men zich niet meer achteraf op de wijziging beroepen.

In een ander geschil werd de start van de bouwtijd door verkrijgers aangetoond door middel van foto's.⁴⁰ Verkrijger stelt dat de begane-grondvloer op 21 september 1996 gereed was. Hij overlegt foto's die niet in de winter maar in de herfst zijn genomen, waarop een gereed zijnde begane-grondvloer wordt getoond. Arbiter acht aannemelijk dat de vloer in het najaar al gereed was.

Omdat de overeenkomst tussen verkrijger en ondernemer pas in januari 1997 is gesloten meent ondernemer dat de bepaling omtrent de start van de bouw niet op deze overeenkomst van toepassing is en de bouwtijd niet reeds vóór het sluiten van de overeenkomst kon zijn gaan lopen. Arbiter vindt dit niet van belang en komt tot de conclusie dat de begane-grondvloer vanaf eind september 1996 gereed was. De start van de bouwtijd kan dus wel degelijk plaatsvinden voor het sluiten van de overeenkomst. Ondernemer had ter voorkoming van dit soort problemen in de overeenkomst zelf een datum op kunnen nemen waarop de begane-grondvloer gereed was, of het aantal werkbare werkdagen kunnen aanpassen gerekend vanaf de dag dat de vloer gereed was. Immers, de overeenkomst werd in januari getekend terwijl de vloer er in september al lag. Het aantal tussen die twee data verstreken werkbare werkdagen had ondernemer mee kunnen nemen in het aantal dagen dat in de overeenkomst werd genoemd⁴¹.

Een bijzonder geval betrof een geschil⁴² waarin ondernemer stelde zich vergist te hebben in de opgave van het aantal werkbare werkdagen. Deze vergissing kwam volgens hem doordat was overeengekomen dat de bouwtijd 350 werkbare werkdagen bedroeg, 'na aanvang van de bouw van het gebouw'. Een maand na het sluiten van de overeenkomst vraagt ondernemer schriftelijk bouwtijdverlenging aan van 45 dagen bij verkrijgers omdat hij dacht dat de bouwtijd pas zou gaan lopen bij het storten van de begane-grondvloer (zoals bij het model voor eengezinswoningen het geval is). Volgens hem was sprake van een evidente verschrijving en had hij

40 RvA 12 juli 2000, nr. 21.804.

41 Een vergelijkbare situatie, maar een ander verweer door de ondernemer vond plaats in RvA 9 februari 2006, nr. 27.386 (bouwtijd had 'nimmer kunnen worden gehaald'). Ook hier sluiten verkrijgers de overeenkomst op het moment dat de bouw zich al in een vergeand stadium bevindt. Ondernemer stelt dat verkrijgers bij het sluiten van de overeenkomst aan de hand van de stand van het werk hadden kunnen afleiden dat de in de overeenkomst genoemde bouwtijd nimmer had kunnen worden gehaald. Arbiter stelt dat verkrijgers van ondernemer, als ter zake deskundige, mochten verwachten dat de termijn die door ondernemer in de overeenkomst is opgenomen juist was. Van verkrijgers als niet deskundige partij kan niet worden gevergd dat zij zich bij contractsluiting verdiepen in de op de op dat moment al verbruikte bouwtijd en onderzoeken of het werk wel in het resterend aantal dagen kan worden gerealiseerd.

42 RvA 6 oktober 2003, nr. 23.937.

recht op verlenging van de bouwtijd. Arbitreren oordeelt dat hem geen feiten of omstandigheden zijn gebleken waarom ondernemer niet in de gelegenheid is geweest de overeenkomst voor het aanbieden van het stuk aan verkrijgers, te lezen en zonnodig te corrigeren. Voorts is arbitreren niet gebleken waarin de evidentie van de fout is gelegen. Ondernemer kreeg dan ook (m.i. terecht) geen verlenging.

De conclusie is dat, over het algemeen, als feitelijk eerder is begonnen met de bouw de factuurdatum toch beslissend is voor het vaststellen van de start van de bouwtijd. Tenzij, zoals in bovenstaand geschil⁴³, door de ondernemer nadrukkelijk wordt erkend dat eerder is begonnen met de bouw, of uit andere feiten duidelijk blijkt dat feitelijk op een ander moment is begonnen met bouwen, zoals bijvoorbeeld het geval was in de uitspraak waarin de dagboeken van de onderaannemer werden betrokken in het oordeel.

10.4.2 Werkdagen en niet-werkdagen

Voor de berekening van het daadwerkelijk gebruikte en/of overschreden aantal werkbare werkdagen is van belang te weten wat volgens de regeling als een werkdag, een werkbare werkdag, en wat als een onwerkbare werkdag dient te gelden.

De koop-/aannemingsovereenkomst spreekt nadrukkelijk van *werkbare* werkdagen. De Raad oordeelde echter verscheidene keren dat indien de overeenkomst spreekt van *werkdagen* dit onder omstandigheden als *werkbare* werkdagen dient te worden geïnterpreteerd.⁴⁴ Er zijn echter ook gevallen waarin de Raad⁴⁵ oordeelde dat indien partijen uit willen gaan van werkbare werkdagen in plaats van werkdagen dit uitdrukkelijk dient te worden aangegeven. Hij gaf hierbij als doorslaggevend argument dat de koper een leek was op het gebied van dit soort contracten en dus niet bekend was met in de bouw gebruikelijke uitdrukkingen als werkbare werkdagen. In deze laatste uitspraak geeft de Raad er blijk van rekening te houden met de aard van de model koop-/aannemingsovereenkomst welke de bescherming van de consument als zwakkere en minder goed geïnformeerde partij mee brengt.

Voor de bouw van appartementencomplexen dient in het oog te worden gehouden dat volgens de jurisprudentie van de Raad het in de koop-/aannemingsovereenkomst genoemde aantal werkbare werkdagen slechts de bouwtijd voor het privé-gedeelte uitdrukken en niet die van de algemene ruimten. De verkrijgers kunnen zich voor de algemene ruimten dan ook niet beroepen op een overschrijding van de bouwtijd als genoemd in de individuele overeenkomsten.⁴⁶ Voor de oplevering van de algemene ruimten is in de Algemene voorwaarden en de koop-/aan-

43 RvA 24 mei 1996, nr. 17.593, BR 1996, p. 848.

44 Zie hierover o.a. RvA 2 oktober 1964, nr. 4.518, BR 1964, p. 616, RvA 25 mei 1994, nr. 16.714 en RvA 18 augustus 1999, nr. 20.648. Het betrof niet in alle genoemde gevallen koop-/aannemingsovereenkomsten.

45 RvA 25 juli 1988, nr. 13.135, BR 1988, p. 927.

46 RvA 3 november 1999, nr. 20.798, BR 2000, p. 143.

nemingsovereenkomst dus geen termijn gegeven. Voor completere en consumentvriendelijker voorwaarden zou een aanpassing hier op zijn plaats zijn.

10.4.2.1 Werkdagen en feest-, rust- en vakantiedagen

In beginsel zijn maandag, dinsdag, woensdag, donderdag en vrijdag werkdagen. Zaterdag en zondag zijn rustdagen welke niet als werkbare werkdagen meetellen.⁴⁷

Ingevolge art. 14 lid 1 AV worden niet als werkdagen beschouwd de algemeen erkende, door de overheid dan wel bij of krachtens collectieve arbeidsovereenkomst voorgeschreven rust- en feestdagen, vakantiedagen en andere vrije dagen.

Art. 14 lid 1 AV

Werkdagen²⁾ worden als onwerkbaar beschouwd wanneer daarop door omstandigheden buiten de aansprakelijkheid van de ondernemer gedurende tenminste vijf uren door het grootste deel van de werknemers of machines niet kan worden gewerkt. Niet als werkdagen worden beschouwd de algemeen erkende, door de overheid dan wel bij of krachtens collectieve arbeidsovereenkomst voorgeschreven rust- en feestdagen, vakantiedagen en andere vrije dagen.

Voetnoot 2: Een jaar telt gemiddeld 180 werkbare werkdagen.

Duidelijke gevallen van *landelijk erkende feestdagen* zijn de kerst-, paas- en pinksterdagen, nieuwjaarsdag, hemelvaartsdag, Koninginnedag en goede vrijdag.⁴⁸ Afhankelijk van hetgeen in de (*bouw*)CAO is geregeld zijn 5 mei en goede vrijdag ook een feestdag. In de Bouw CAO van 2007 is 5 mei geen feestdag.⁴⁹ In de CAO houthandel en de houtverwerkende industrie is 5 mei eens in de vijf jaar een feestdag.⁵⁰ Ingevolge de Algemene Termijnwet is 5 mei wel een landelijk erkende feestdag.⁵¹

Lokale feestdagen zijn vaak vrije dagen die niet landelijk of in de CAO geregeld zijn. Desondanks geldt voor sommige lokale feestdagen dat deze als onwerkbaar dienen te worden beschouwd. De koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden behandelen de status van de lokale feestdagen niet en ook de jurisprudentie over de koop-/aannemingsovereenkomst niet. De Raad van Arbitrage geeft echter in enkele geschillen onder de UAV 1968 wel antwoord op de vraag. Daar werden carnavalsdagen wel als onwerkbare werkdagen gerekend daar deze volgens arbiter in de provincie Limburg beschouwd moeten worden als 'ter plaatse

47 In 1962 werd de vijfdaagse werkweek ingevoerd, vanaf dat moment gelden zaterdag en zondag als rustdag en dus niet als werkbare werkdag in de zin van de regeling.

48 <http://www.minocw.nl/schoolvakanties/575/index.html> en ook de Algemene Termijnenwet in art. 3.

49 Art. 24 Collectieve Arbeidsovereenkomst Bouwnijverheid 2007-2009.

50 Art. 31 CAO Houthandel 2006/2007, Bijvoegsel Stcrt. d.d. 15-03-2006, nr. 53, Art. 19 Houtverwerkende Industrie, Bijvoegsel Stcrt. d.d. 25-01-2006, nr. 18.

51 Art. 3 ATW.

van het werk erkende feestdagen' in de zin van par. 42 lid 3 UAV.⁵² De formulering van de bepaling met betrekking tot werkbare dagen in de UAV en de koop-/aannemingsovereenkomst verschilt op dit onderdeel, echter een analoge interpretatie is in mijn ogen op zijn plaats. Ter plaatse van het werk erkende feestdagen moeten dan als niet-werkdag worden beschouwd. Carnaval zal dan in Limburg wel en in Friesland geen onwerkbaar werkdag opleveren. Hoeveel dagen carnavalsdagen zijn hangt af van de omstandigheden. De Raad stelde in een geschil het aantal carnavalsdagen op drie omdat uit een nieuwsbrief van de ondernemingsraad bleek dat er drie roostervrije dagen in verband met carnaval werden gerekend.⁵³

Individueel opgenomen vrije of vakantiedagen zijn dagen waarop werknemers wel volgens hun CAO recht hebben. Deze worden echter niet als niet-werkdag aangemerkt.⁵⁴ *Collectief opgenomen vrije dagen* worden daarentegen wel aangemerkt als niet-werkdag.⁵⁵ Het komt voor dat bedrijven alleen werken met collectieve vrije dagen omdat ze te klein zijn om rekening te houden met werknemers die individueel vrije dagen op willen nemen.⁵⁶

Ook ADV-dagen worden als niet-werkdag gezien als dit zgn. *officiële ADV-dagen* zijn. Van een officiële ADV-dag is volgens de CAO voor het bouwbedrijf sprake als deze aan het begin van het jaar door de ondernemingsraad van het betreffende bedrijf is vastgesteld.⁵⁷

Dagen waarop niet gewerkt kan worden wegens scholing worden door de Raad ook niet als niet-werkdagen aangemerkt.⁵⁸ Daarbij dient in het oog te worden gehouden in het betreffende geschil de scholing individueel geschiedde en het werk niet stil lag.

10.4.3 Onwerkbaar werkdagen door onwerkbaar weer

Onwerkbaar weer kan een onwerkbaar werkdag veroorzaken. Deze onwerkbaar werkdagen geven geen aanleiding tot het overschrijden van de bouwtijd.⁵⁹ Onwerkbaar werkdagen tellen in de berekening van de bouwtijd logischerwijs niet mee als werkbare werkdag. Door het vaststellen van de bouwtijd aan de hand van werkbare werkdagen rust het risico voor te late oplevering als gevolg van onwerkbaar weer op de verkrijger en niet op de ondernemer.

Art. 14 lid 1 AV vermeldt dat werkdagen als onwerkbaar worden beschouwd wanneer daarop door omstandigheden buiten de aansprakelijkheid van de onder-

52 RvA 22 april 1980, nr. 9.256.

53 RvA 18 oktober 2005, nr. 27.199.

54 Zie o.a. RvA 24 juli 2001, nr. 22.596, RvA 18 februari 2003, nr. 23.958 en RvA 27 juni 1994, nr. 16.814, BR 1995, p. 528.

55 Zie o.a. RvA 24 juli 2001, nr. 22.596.

56 Zie bijvoorbeeld RvA 18 februari 2003, nr. 23.480.

57 Zie o.a. RvA 5 maart 2003, nr. 23.553 en RvA 25 juli 1988, nr. 13.135, BR 1988, p. 927.

58 RvA 27 juni 1994, nr. 16.814, BR 1995, p. 528, RvA 16 mei 2008, nr. 29.337.

59 In dit geval gaat het om een beperktere bouwtijd dan als generiek begrip, namelijk om de bouwtijd als genoemd in art. 14 AV.

nemer gedurende ten minste vijf uren door het grootste deel van de werknemers of machines niet kan worden gewerkt.

De koop-/aannemingsovereenkomst kent dus geen halve onwerkbaar werkdagen.⁶⁰ Een werkdag is of geheel werkbaar of geheel onwerkbaar. In de praktijk blijken arbiters sporadisch wel halve onwerkbaar werkdagen te berekenen. Dit gebeurt echter alleen indien beide partijen deze expliciet erkennen.⁶¹

Blijkens de jurisprudentie ontstaat veelal discussie over de vraag of een werkdag echt onwerkbaar was in de zin van de regeling, en hoeveel dagen in verband met het zgn. najlingseffect van slecht weer of hevige regenval als onwerkbaar moeten worden aangemerkt.⁶² Hieronder zal allereerst verder worden ingegaan op het begrip onwerkbaar weer, daarna zal kort de najling worden behandeld.

10.4.3.1 Bewijslastverdeling van onwerkbaar werkdagen

De meeste geschillen over bouwijdoverschrijding gaan over onwerkbaar weer. Bij het vaststellen van bouwijdoverschrijding door onwerkbaar weer zijn twee zaken van belang: de bewijslastverdeling en de wijze waarop onwerkbaar weer wordt aangetoond.

In een uitspraak van mei 2005⁶³ gaf de Raad een oordeel over de bewijslastverdeling inzake onwerkbaar werkdagen. Dit is voor zover bekend de enige uitspraak waarin expliciet wordt stilgestaan bij de bewijslastverdeling ten aanzien van werkbaar werkdagen. Voor zover de verkrijger meent recht te hebben op een korting wegens overschrijding van de bouwijd, is het aan hem om te stellen en te onderbouwen dat sprake is van een overschrijding van de bouwijd en dus van een tekortkoming door de ondernemer. Dit stellen en bewijzen kan eenvoudig plaatsvinden door van het overeengekomen aantal werkbaar werkdagen alle sinds het gereedkomen van de begane-grondvloer, tot de oplevering verstreken werkdagen af te trekken. Blijkt na deze simpele rekensom sprake te zijn van overschrijding van de bouwijd, dan is het aan de ondernemer om vervolgens te stellen en te bewijzen dat gedurende bouwijd sprake was van *onwerkbaar* werkdagen door onwerkbaar weer dan wel een niet-werkdag door een door de overheid of bij CAO erkende rust-, feest- of vakantiedagen of collectieve vrije dagen.⁶⁴

10.4.3.2 Bewijs onwerkbaar weer

De onderbouwing van de berekening van het aantal werkbaar en onwerkbaar werkdagen kan op verschillende manieren plaatsvinden. Indien partijen niets zijn

60 Zie ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006a, nr. 163.

61 RvA 9 augustus 1999, nr. 20.794.

62 Zie ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006a, nr. 165.

63 RvA 26 mei 2005, no. 70.849, BR 2007, p. 427.

64 Vergelijkbaar: RvA 9 februari 2007, nr. 28.350, r.o. 19, RvA 11 september 2008, nr. 28.536, RvA 7 augustus 2008, nr. 29.421.

overeengekomen met betrekking tot de waardering van onwerkbaar werkdagen zullen alle aangedragen bewijsmiddelen toegelaten moeten worden geacht.⁶⁵

De eerste methode van berekening waaraan gedacht kan worden betreft het gebruik van het GIW afkomstige tabellen. Hierbij wordt (achteraf) per maand aangegeven wat het gemiddelde aantal onwerkbaar werkdagen is. Het is niet noodzakelijk dat voor de beantwoording van de vraag of het aantal werkbaar werkdagen is overschreden, voor een onder GIW-garantie gebouwde woning moet worden gebruikgemaakt van de tabellen van het GIW.⁶⁶ Als exactere gegevens ontbreken kunnen de GIW-tabellen een goede leidraad voor de berekening vormen, in andere gevallen zullen arbiters daaraan voorbijgaan.⁶⁷ Andere bronnen dan de GIW-tabellen, in het bijzonder rapporten van weerstations, worden over het algemeen als nauwkeuriger beschouwd.

Een andere methode is het raadplegen van rapporten van weerstations van het KNMI en weerstations van andere meteorologische instituten waaronder Meteconsult, welke achteraf het weer bijhouden.⁶⁸ Ook maandregistraties per regio die worden gepubliceerd door Misset of Elsevier in o.a. *Bouwkosten* of in *Elsevier Bedrijfsinformatie* kunnen als informatiebron worden gebruikt. Deze rapporten zijn, niettegenstaande het feit dat ze nauwkeuriger dan de GIW-tabellen zijn, niet altijd te gebruiken omdat weersomstandigheden zelfs over kleine afstanden sterk kunnen verschillen. Voorts geven deze gegevens wel de regenhoeveelheid maar niet de regenduur aan, wat voor problemen kan zorgen bij de vaststelling van de onwerkbaarheid en de naijlingseffecten (waarover hieronder meer).

De dagrapporten van de opzichter die in opdracht van de ondernemer de bouw overziet kunnen zelfstandig of in combinatie met de gegevens van de weerstations ook een bron van bewijs zijn; opgemerkt zij evenwel dat deze gegevens afkomstig zijn van één van de partijen en dus mogelijk niet helemaal objectief. Zie de uitspraak van de Raad van 24 mei 1996 (in het kader van een aannemings-overeenkomst) waarin werd overwogen dat de dagrapporten in ieder geval niet mogen gelden als objectief bewijs nu deze niet zijn opgesteld door ondernemer en verkrijger gezamenlijk.⁶⁹ En in een andere zaak werd overwogen dat bijgehouden eigen administratie van de ondernemer in de dagboeken niet mag worden uitgesloten als bewijs indien hierover niets is overeengekomen tussen partijen, maar het komt ook geen beslissende bewijskracht toe.⁷⁰ De positie van degene die de

65 RvA 28 februari 2000, nr. 21.373, BR 2000, p. 875 en 22 april 2002, nr. 70.566, BR 2002, p. 901.

66 RvA 22 januari 2001, Nr. 22.365, BR 2002, p. 191.

67 Zie o.a. RvA 22 januari 2001, nr. 22.365, BR 2002, p. 191 en RvA 28 februari 2000, nr. 21.373, BR 2000, p. 875.

68 Deze gegevens zijn o.a. opvraagbaar via www.bouwweer.nl.

69 RvA 24 mei 1996, nr. 17.593, BR 1996, p. 848.

70 RvA 28 februari 2000, nr. 21.373, BR 2000, p. 875. Vergelijkbaar: RvA 10 februari 1994, nr. 16.325, TvC 1994, p. 320, m.nt. M.A.M.C. Van den Berg.

werkbare-werkdagen-administratie bijhoudt, speelde ook in het volgende geval. Een ondernemer beriep zich voor het vaststellen van het aantal werkbare werkdagen op de notulen van de maandelijksse bouwvergadering. Hierin had de gemeente, die in dit geval directievoerder was, een registratie van werkbare en onwerkbaar werkdagen vastgelegd. De verkrijgers stelden niet aan deze vastlegging gebonden te zijn omdat zij geen partij waren bij de bouwverslagen tussen ondernemer en gemeente en de directievoering niet namens hen plaatsvond. De Raad achtte dit niet van belang. Hij hanteerde als doorslaggevend argument dat zowel de kopers als de gemeente een vergelijkbaar belang hadden, namelijk oplevering binnen de overeengekomen termijn en duidelijkheid, en dat de aangedragen gegevens van de gemeente adequater en nauwkeuriger waren dan de door de verkrijgers overlegde Misset-gegevens.⁷¹

De laatste te noemen methode betreft door de verkrijger zelf aangedragen gegevens op grond van eigen waarnemingen op de bouwplaats. De Raad overwoog dat deze gegevens voldoende informatie dienen te bevatten over de weersgesteldheid gedurende de gehele dag om als bewijs te worden toegelaten.⁷²

De algemene voorwaarden vermelden in een voetnoot bij art. 14 AV dat een jaar ongeveer 180 werkbare werkdagen telt.⁷³ Als in een dispuut over het aantal werkbare werkdagen beide partijen geen behoorlijk onderbouwde berekening van het aantal werkbare werkdagen kunnen geven zoekt de arbiter aansluiting bij het genoemde gemiddelde van 180 werkbare werkdagen per jaar.⁷⁴ Wordt in een geschil echter beschikt over meer concrete gegevens, dan verdient een berekening van het aantal onwerkbaar werkdagen door middel van die gegevens uiteraard de voorkeur.⁷⁵

10.4.3.3 Naijling

Hevige regenval, storm of dooi kan een zgn. najlingseffect hebben waardoor het onmogelijk is werkzaamheden te verrichten. Het aantal onwerkbaar dagen door najling wordt berekend rekening houdend met de nog te verrichten werkzaamheden. Als alleen nog maar werkzaamheden binnen moeten worden verricht en de woning 'dicht' is kan geen aanspraak meer worden gemaakt op onwerkbaar weer.⁷⁶

71 RvA 2 augustus 1995, nr. 17.198, BR 1996, p. 939 (een aannemingsovereenkomst met betrekking tot de bouw van woningen voor consumenten waarbij de gemeente directie voerde).

72 RvA 5 maart 2003, nr. 23.553.

73 In de algemene voorwaarden van 1974 werd ervan uitgegaan dat een jaar 190 werkbare werkdagen telde.

74 RvA 18 augustus 1999, nr. 20.648 en RvA 14 september 1999, nr. 20.870 en RvA 12 september 1989, nr. 13.536, BR 1990, 226.

75 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2006a, nr. 165.

76 RvA 27 februari 1995, nr. 16.412, RvA 28 januari 1998, nr. 70.293, RvA 20 december 1999, nr. 21.155 BR 2000, p. 249.

Het begrip najilingseffect speelt ook een rol bij het steeds opnieuw opstarten van het werk. Zo werden opstartproblemen na het stilleggen van werk door een aanhangig geschil over de hoogte van de plafonds in combinatie met het meerdere malen stilleggen van de werkzaamheden als gevolg van slecht weer als najiling aanvaard.⁷⁷ Hierbij speelde met betrekking tot de rechtszaak wel een rol dat de stillegging op dat moment vanwege de stand van het werk noodzakelijk was en dat de ondernemer uiteindelijk in het gelijk werd gesteld.

Of er uiteindelijk sprake is van onwerkbaar weer zal door de arbiter, zoals gebruikelijk, naar billijkheid moeten worden beoordeeld waarbij alle aangedragen gegevens mee moeten worden gewogen en in onderlinge samenhang moeten worden gezien.⁷⁸

Het risico op vertraging in de bouw door natuurgeweld kan door de ondernemer wel worden verkleind. Denkbaar is dat bepaalde schade die vertraging oplevert door bijvoorbeeld storm kan worden voorkomen door het treffen van voorzorgsmaatregelen.⁷⁹ De ondernemer is dan wel verplicht zijn schade zo veel mogelijk te beperken.⁸⁰

10.4.4 Meerwerk en bestekswijzigingen leidend tot vertraging

Door de verkrijger opgedragen meerwerk kan er ook voor zorgen dat het aantal aanvankelijk overeengekomen werkbare werkdagen wordt overschreden. Van belang is welk effect de overschrijding heeft op de uitkering van het gefixeerde schadevergoedingsbedrag van art. 14 AV.

Art. 7 AV⁸¹ omschrijft de procedure in verband met meerwerk in opdracht van de verkrijger.⁸² Meerwerk is de enige in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden genoemde omstandigheid die tot verlenging van de termijn kan leiden. Het derde lid geeft aan dat indien een aanvraag voor meerwerk is gedaan, de ondernemer binnen drie weken na dit verzoek de verkrijger schriftelijk op de hoogte stelt van de financiële consequenties en het aantal werkbare werkdagen waarmee de termijn voor oplevering wordt verlengd. De verlenging van de termijn door het meerwerk komt dan voor rekening van de verkrijger.

Zoals blijkt uit jurisprudentie komt het in de praktijk vaak voor dat ondernemers geen verlenging van de termijn meedelen. Pas als het aantal overeengekomen werkbare werkdagen daadwerkelijk wordt overschreden, beroepen ondernemers zich op het door de verkrijger opgegeven meerwerk. Hetzelfde geldt voor bestekswijzigingen. In beginsel is de ondernemer dan, volgens hetgeen opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst, te laat.⁸³

77 RvA 30 augustus 1999, nr. 21.070.

78 RvA 20 december 1999, nr. 21.155, BR 2000, p. 249.

79 In meer algemene zin: HR 26 juni 1987, NJ 1988, 74 (Olau Line-PSC).

80 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 210.

81 Zowel in de voorwaarden van 2003 als van 2007 is dit in dit artikel geregeld.

82 Hoofdstuk 9 is gewijd aan meer- en minderwerk.

83 Zie ook RvA 4 mei 2005, nr. 26.352

Slechts in uitzonderlijke gevallen, waarbij het grote aantal en de omvang van de wijzigingen, of veel of moeilijk meerwerk, tot termijnoverschrijding leidt, wordt deze overschrijding geaccepteerd als termijnsverlenging zonder dat dit had moeten worden medegedeeld. De vraag of daadwerkelijk sprake is van een grote hoeveelheid meerwerk kan worden beantwoord aan de hand van de aard van de werkzaamheden⁸⁴ en de hoeveelheid meerwerk, maar ook aan de hand van de grootte van de meerwerksom. Doch ook bij een hoog bedrag aan meerwerk kan de situatie zich voordoen dat geen stilzwijgende termijnsverlenging wordt aangenomen. Zo werd door de Raad⁸⁵ in een geschil waarbij de meerwerksom vijftien procent van de aanneemsom betrof geen termijnsverlenging aangenomen daar het met name om materiaalkosten ging en dit geen grote invloed had op de omvang van het werk. In een ander geval betrof het meerwerk tien procent van de aanneemsom en werd wel termijnsverlenging toegewezen.

Als termijnsverlenging als gevolg van meerwerk is overeengekomen tussen partijen betekent dit niet dat de verkrijger afziet van schadevergoeding als de nieuw vastgestelde termijn alsnog wordt overschreden. Het recht op het gefixeerde schadevergoedingsbedrag blijft voor de periode na de nieuw vastgestelde termijn bestaan.⁸⁶

10.4.5 Overmacht en vertraging

Overmacht kan ook een oorzaak van overschrijding van de bouwtijd zijn. De koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden regelen dit onderwerp niet en dus dient te worden teruggevallen op het algemene recht. Bij overmacht in de bouw gaan de gedachten in eerste instantie uit naar de weersomstandigheden. Vaak worden natuurrampen, natuurverschijnselen of bijvoorbeeld uitzonderlijk lange vorstperiodes als overmacht aangemerkt.⁸⁷ Door het in de koop-/aannemingsovereenkomst hanteren van werkbare werkdagen, zou echter gesteld kunnen worden dat een dag waarop sprake is van overmacht als onwerkbaar moet worden gezien. Impliciet is overmacht wel in de regeling opgenomen.⁸⁸ Onwerkbaar weer is al in § 10.4.3 behandeld en zal hier dus niet verder worden besproken.

Voor de uitleg van wat precies onder overmacht moet worden verstaan dient aanknopng gezocht te worden bij het algemene verbintenisrecht. Een uitvoerige

84 o.a. in RvA 19 maart 2002, nr. 21.785 bepaalde de Raad dat de omvang en het niveau van de uitvoering van het meerwerk er in redelijkheid niet toe konden leiden dat de verkrijgers zich te goeder trouw op de in de overeenkomst neergelegde uitvoeringsduur konden beroepen.

85 RvA 18 februari 2003, nr. 23.480.

86 RvA 8 november 1978, nr. 8.658, BR 1979, 156 (UAV).

87 Zie ook Goedmakers 1998, p. 181.

88 Zie hierover ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 222. In RvA 13 februari 1997, nr. 18.368 werd expliciet overmacht aangenomen wegens een dijkdoorbraak en verplichte evacuatie in het gebied van de woning in aanbouw. Een dergelijke situatie valt bij de koop-/aannemingsovereenkomst onder een onwerkbare werkdag, een beroep op overmacht is derhalve niet nodig.

uitwerking daarvan past niet in het bestek van dit onderzoek. Volstaan wordt met de opmerking dat overmacht een niet toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis is.⁸⁹ Deze tekortkoming wordt volgens art. 6:75 BW, waarin de vereisten voor overmacht zijn opgenomen, niet toegerekend als zij niet te wijten is aan de schuld van de ondernemer, en als zij niet krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Naast onwerkbaar weer zijn er verschillende situaties denkbaar die niet zijn geregeld in de koop-/aannemingsovereenkomst of de algemene voorwaarden die wel overmacht zouden kunnen opleveren en dus aansprakelijkheid zouden kunnen uitsluiten. Daarbij kan gedacht worden aan vertraging veroorzaakt door derden, het gebruik van gebrekkig materiaal en gebrekkige zaken, schaarste aan materiaal en personeel, werkstakingen, brand, diefstal, geldelijk onvermogen en prijsstijgingen, en wetten en andere overheidsmaatregelen, voor zover deze vertraging de ondernemer ex art. 6:74 BW niet is toe te rekenen. Aangezien niet alle vormen van overmacht zich onder de koop-/aannemingsovereenkomst even vaak voordoen wordt volstaan met een behandeling van werkstakingen die overmacht opleveren.

10.4.5.1 Overmacht en werkstakingen

Met betrekking tot werkstakingen, en de invloed daarvan op de berekening van de onwerkbare werkdagen en de vraag of sprake is van overmacht, is geen bepaling opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst of de algemene voorwaarden. Ook de UAV 1989 regelt niets met betrekking tot werkstakingen.

Van Dunné oppert dat het verstandig zou zijn in de UAV wel met betrekking tot dit onderwerp een regeling zou opnemen.⁹⁰ Hij haakt voor de formulering van een eventuele regeling in de UAV aan bij §7 lid 4 van de AB 1945.⁹¹ Ook voor de koop-/aannemingsovereenkomst zou het opnemen van een bepaling met betrekking tot de gevolgen van stakingen meer duidelijkheid bieden.

Voor beantwoording van de vraag of werkstakingen onder de huidige koop-/aannemingsovereenkomst overmacht oplevert, moet allereerst worden opgemerkt dat het stakingsrecht een grondrecht is. Dit vloeit voort uit art. 6 van het Europees Sociaal Handvest (ESH). Het stakingsrecht van art. 6 ESH heeft een ruime betekenis en kan dan ook worden ingeroepen bij ieder onderhandelen ‘aimed at solving a problem of common interest’. De Hoge Raad oordeelde over stakingen dat het

89 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2008, nr. 332.

90 Van Dunné, 1998, p. 105.

91 §7 lid 4 van de AB 1945 luidt: ‘Als omstandigheden buiten de wil en aansprakelijkheid van de aannemer worden ook aangemerkt partiële en algemene stakingen en uitsluitingen, tenzij de werkstaking of uitsluiting:

- a. het gevolg is van een handeling des aannemers in strijd met:
 1. een wettelijke bepaling inzake arbeid;
 - een ter plaatse geldende arbeidsovereenkomst;
 - een bepaling in het bestek betreffende loon of arbeidsduur.
- b. op enigerlei wijze door de aannemer is uitgelokt.

uitgangspunt is dat een staking, ondanks de met die staking beoogde schadelijke gevolgen, in beginsel moet worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het grondrecht als opgenomen in art. 6 ESH. De ondernemer zal slechts in zeer weinig gevallen in staat zijn een verbod op een staking te bewerkstelligen.⁹²

Indien een staking niet kan worden verboden is voor een geslaagd beroep op overmacht van belang of het gaat om een ‘wilde’ staking of een ‘algemene’ staking.

Dit onderscheid speelt een rol daar er slechts sprake is van overmacht als de ondernemer zich kan beroepen op een buiten zijn schuld ontstane en niet voor zijn risico komende tekortkoming in de nakoming.⁹³ De staking moet dan ook op geen enkele manier het gevolg zijn van het handelen van de betreffende ondernemer. Daar waar het gaat om ‘algemene’, ‘georganiseerde’, ‘landelijke’ of ‘collectieve’ stakingen zal de ondernemer in beginsel geen verwijt zijn te maken en slaagt een beroep op overmacht.⁹⁴

Onder algemene stakingen wordt verstaan stakingen op initiatief van de vakbonden. Daarbij hoeft volgens de jurisprudentie weergegeven in *Hoofdstukken Bouwrecht* een ‘algemene werkstaking’ geen landelijke staking te zijn.⁹⁵ Een algemene staking doet zich volgens *Hoofdstukken Bouwrecht* ook voor indien op aandrang van de vakbeweging in slechts enkele bedrijven wordt gestaakt om algemene eisen of onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden of arbeidsomstandigheden kracht bij te zetten.

‘Wilde’ stakingen zullen over het algemeen niet als overmacht worden aangemerkt. Dit is een staking die niet door de vakbonden is uitgeroepen of wordt gesteund.⁹⁶ Het gaat bij wilde stakingen om meer gerichte acties binnen een bedrijf om bijv. bepaalde arbeidsomstandigheden binnen dat specifieke bedrijf (terecht) te verbeteren. In dat geval is de ondernemer wel een verwijt te maken en kan een beroep op overmacht onterecht zijn.⁹⁷ Uit jurisprudentie van de Raad volgt dat een wilde staking over het algemeen geen overmacht oplevert.⁹⁸ Het ligt voor de hand dat dit ook onder de koop-/aannemingsovereenkomst geen overmacht oplevert.

De grens tussen een wilde en een algemene staking is niet altijd even goed te trekken. Niet alleen officiële door de vakbonden erkende stakingen kunnen voor

92 Van Nielen 2004, p. 127-128.

93 Aldus art. 6:75 BW.

94 Van Wijngaarden 1984, p. 640. zie ook RvA 18 oktober 2005, nr. 27.199.

95 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006a, nr. 167.

96 Volgens Woordenboek van het Nederlands, Van Dale 2003.

97 In gelijke zin Goedmakers 1998, p. 196. Zie ook HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (Deka-Hanno).

98 RvA 26 september 1972, nr. 6.671, BR 1972, p. 684 (UAV), RvA 1921, nr. XXVIII, p. 64, RVA 1922, nr. XI, Jaarverslag 1922, p. 51, RvA 1923, nr. XIX, Jaarverslag 1923, p. 95, RvA 1923, nr. XLI, Jaarverslag 1923, p. 170, RvA 26 september 1972, nr. 6.671, BR 1972, p. 684, RvA 31 augustus 1995, nr. 16.197. Het ging hierbij in veel gevallen om overeenkomsten gesloten onder de UAV.

de ondernemer overmacht opleveren. Ook een niet door de officiële vakbonden erkende staking kan toch overmacht opleveren.⁹⁹

Er zijn geen harde criteria wanneer een staking als algemeen moet worden aangemerkt.¹⁰⁰ In een uitspraak uit 1972 bevestigde de Raad deze visie door aan te geven dat het risico voor arbeidsonlusten op de ondernemer rust, tenzij er sprake is van arbeidsonlusten van algemene aard. Hij spreekt dus niet over officiële of collectieve stakingen. Volgens Van Nielen kan het feit dat een staking door de vakbonden wordt gedragen wel als een belangrijke aanwijzing worden gezien dat er sprake is van een algemene staking op grond waarvan sprake zou kunnen zijn van overmacht.¹⁰¹ In een uitspraak van de Raad¹⁰² uit 1995 werd geoordeeld dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een algemene dan wel een wilde staking van belang is of de staking ‘niet kan worden gekwalificeerd als een uitsluitend het bedrijf van de aannemer treffende staking’. Hier rekt de Raad het criterium van algemeenheid nog verder op. In het schemergebied tussen door de vakbonden gedragen stakingen en de strikt incidentele staking zijn echter geen harde criteria te noemen die aangeven wanneer een staking wild of algemeen is. De omstandigheden van het geval zullen dan ook een belangrijke rol spelen.¹⁰³

Wanneer stagnatie in de bouw het gevolg is van een algemene staking in de bouw- en nijverheid en een beroep op overmacht en dus termijnsverlenging rechtvaardigt, moet men er wel rekening mee houden dat korte werkonderbrekingen (korter dan één dag) en ook stakingen die geen volledige stagnatie in de voortgang van het werk tot gevolg hebben gehad geen volledig onwerkbaar werkdag opleveren. Zo waren in een geschil voor de Raad werklieden die niet onder de CAO Bouwnijverheid vielen (zoals schilders, behangers en stukadoors) niet in staking en kon (deels) worden doorgewerkt.¹⁰⁴

Geen beroep op overmacht is mogelijk als de staking optreedt als de ondernemer reeds in verzuim is.¹⁰⁵

Het kan voorkomen dat een wilde staking uitbreekt bij één of enkele bedrijven en dat deze staking daarna wordt overgenomen door de vakbonden. De Raad oordeelde in een geschil uit 1923 dat in dat geval ook het bedrijf waar de staking als wilde staking begon zich ook op overmacht kon beroepen omdat dit anders tot onbillijke situaties zou kunnen leiden. De overmacht gold echter pas vanaf de dag waarop de staking algemeen was geworden.¹⁰⁶

99 Zie Van Nielen 2004, p. 131 en RvA 1952, nr. 1.627, Jaarverslag 1951-1952, p. 46 (AR 1945).

100 Van Nielen 2004, p. 132

101 Zie ook RvA 9 juli 2005, nr. 26.287.

102 RvA 31 augustus 1995, nr. 16.197.

103 Zie ook Van Nielen 2004, p. 132.

104 RvA 1 oktober 1997, nr. 19.168, BR 1999, p. 64. Stakingsdagen, het al dan niet toerekenen en bewijzen ervan speelde ook een rol in RvA 15 december 2006, nr. 71.075.

105 RvA 13 februari 1997, nr. 18.368, BR 1997, p. 1039.

106 RvA 1923, nr. XLI, Jaarverslag 1923, p. 170.

Voor de situatie onder de koop-/aannemingsovereenkomst geldt: Onder de koop-/aannemingsovereenkomst zou het opnemen van een bepaling met betrekking tot de gevolgen van stakingen meer duidelijkheid bieden over de status van stakingen met betrekking tot bouwijdoverschrijding. Wanneer stagnatie in de bouw het gevolg is van een algemene staking in de bouwnijverheid is een beroep op overmacht en dus termijnsverlenging gerechtvaardigd. Er moet dan wel rekening worden gehouden met het feit dat korte werkonderbrekingen (korter dan één dag) en ook stakingen die geen volledige stagnatie in de voortgang van het werk tot gevolg hebben gehad, geen volledig onwerkbaar werkdag opleveren. Geen beroep op overmacht is mogelijk als de staking optreedt als de ondernemer reeds in verzuim is.¹⁰⁷

10.5 SCHADEVERGOEDING WEGENS TE LATE OPLEVERING

Bij overschrijding van het aantal in art. 6 lid 1 KA opgenomen werkbare werkdagen bepaalt art. 14 lid 5 AV dat de verkrijger recht heeft op schadevergoeding.

Art. 14 lid 5 AV

Bij overschrijding van het aantal werkbare werkdagen als omschreven in artikel 6 lid 1 van de koop-/aannemingsovereenkomst en ook, indien een door de ondernemer reeds aangekondigde oplevering wordt opgeschort, zal de ondernemer zonder ingebrekestelling aan de verkrijger een gefixeerde schadevergoeding van vijf/tiende promille van de koop-/aanneemsom per kalenderdag verschuldigd zijn. Deze schadevergoeding kan worden verrekend met de nog verschuldigde termijn(en).

De schade wordt berekend over de koop-/aanneemsom.¹⁰⁸ Op de koop-/aanneemsom mag het opgegeven minderwerk niet in mindering worden gebracht.¹⁰⁹ De boete moet dus worden berekend over de in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen koop-/aanneemsom. Deze schadevergoeding kan worden verrekend met de nog verschuldigde termijn(en), aldus lid 5 van het artikel. Dit hoeft echter niet, de boete kan ook op andere wijze op de ondernemer worden verhaald.¹¹⁰

Art. 6 lid 1 KA geeft aan dat de ondernemer de woning binnen een bepaald aantal werkbare werkdagen moet opleveren. Het woord *binnen* is in dit geval van belang. De boete moet worden toegepast vanaf de dag waarop contractueel opgeleverd *had moeten worden* tot de dag waarop het werk opgeleverd *is* of redelijkerwijs als opgeleverd moest worden aangemerkt.¹¹¹ De dag van oplevering moet bij de opleveringstermijn worden opgeteld, omdat op deze dag het werk niet wás opgeleverd, maar wérd opgeleverd.¹¹²

107 RvA 13 februari 1997, nr. 18.368, BR 1997, p. 1039.

108 Zie RvA 8 juni 1995, nr. 17.340. Zie over deze uitspraak ook Van den Berg in TvC 1996, p. 359 en in Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 215.

109 RvA 8 juni 1995, nr. 17.340.

110 RvA 12 december 1986, nr. 12.369.

111 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 220.

112 RvA 29 februari 1988, nr. 13.003.

De ondernemer is de schadevergoeding ingevolge art. 14 lid 5 KA zonder ingebrekestelling verschuldigd. Dit is vergelijkbaar met de UAV 1989 en de UAV-gc 2005; die kennen in geval van boetebedingen evenmin de noodzaak van een ingebrekestelling.¹¹³ Overeenkomstig het BW geldt ook voor boetebedingen wegens overschrijding van een fatale termijn (zoals bij een overeengekomen opleverdatum) waarbij geen bepaling omtrent een ingebrekestelling is opgenomen, dat geen ingebrekestelling is vereist.¹¹⁴

De schadevergoeding is ook verschuldigd bij het opschorten van een binnen de contractuele bouwtijd reeds aangekondigde oplevering.¹¹⁵ Wat precies een aangekondigde oplevering is komt aan de orde in § 11.3.1 van hoofdstuk 11.

Bij appartementencomplexen heeft de bouwtijd genoemd in art. 5 KA slechts betrekking op de oplevering van de privégedeelten. Derhalve wordt de schadevergoeding alleen toegekend bij overschrijding van de bouwtijd en te late oplevering van de privégedeelten.¹¹⁶ Over de oplevering van appartementencomplexen gaat § 11.4 van hoofdstuk 11.

In deze paragraaf wordt op een aantal aspecten van de schadevergoeding wegens bouwijdoverschrijding dieper ingegaan. Allereerst wordt in § 5.1 stilgestaan bij het boetebeding zoals dat is neergelegd in de wet. In § 5.2 wordt vervolgens ingegaan op de praktijk van het boetebeding bij de Raad van Arbitrage. In § 5.3 komt matiging of toekennen van meer vergoeding aan bod, § 5.4 gaat in op schadevergoeding ondanks overmacht. In § 5.5 komt de redelijke termijn waarbinnen aanspraak moet worden gemaakt op de vergoeding aan de orde. In § 5.6 wordt tenslotte ingegaan op het boetebeding in de Principles.

10.5.1 Boetebeding en de wet

Het gaat bij de boete wegens bouwijdoverschrijding om een gefixeerde schadevergoeding van vijf/tiende promille van de koop-/aannemingsom per kalenderdag.¹¹⁷ In de praktijk wordt de gefixeerde schadevergoeding ook wel ‘boete’ of ‘korting’ genoemd.¹¹⁸ Onder het oude BW werd er nog een onderscheid gemaakt

113 Par. 42 lid 5 UAV 1989 en par. 36 UAV-gc 2005.

114 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 218.

115 **Art. 14 lid 5 AV: Bij overschrijding van het aantal werkbare werkdagen als omschreven in artikel 6 lid 1 van de koop-/aannemingsovereenkomst en ook, indien een door de ondernemer reeds aangekondigde oplevering wordt opgeschort, zal de ondernemer zonder ingebrekestelling aan de verkrijger een gefixeerde schadevergoeding van vijf/tiende promille van de koop-/aanneemsom per kalenderdag verschuldigd zijn. Deze schadevergoeding kan worden verrekend met de nog verschuldigde termijn(en).**

116 zie ook RvA 14 september 1993, nr. 15.766 en 15.767.

117 Aldus het vijfde lid van art. 14 AV. In de oude algemene voorwaarden van 1974 werd niet uitgegaan van een bedrag gerelateerd aan de aanneemsom, maar van een vast bedrag per dag (art. 15 lid 5 AV).

118 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 212.

tussen een boete en een gefixeerde schadevergoeding, onder het nieuwe BW bestaat dit onderscheid niet meer.¹¹⁹ Het boetebeding wordt nu in de wet geregeld in art. 6:91 BW.¹²⁰

Een boetebeding is een beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan.¹²¹

Een boetebeding kan twee functies hebben: het dienen als prikkel om tot (tijdige) nakoming over te gaan, of het bij voorbaat fixeren van de schadevergoeding. In dit laatste geval wordt elk onderzoek naar de omvang van de schade bij voorbaat uitgesloten.

Art. 14 lid 5 AV lijkt beide hierboven omschreven functies te hebben: het dient zowel als prikkel voor nakoming als als middel tot fixeren van de schade.¹²²

Ingevolge art. 6:92 lid 2 BW kan de schuldeiser nóch naast, nóch in plaats van de boete schadevergoeding vorderen.¹²³ Deze bepaling is echter niet van dwingend recht¹²⁴, er kan dus bij overeenkomst van worden afgeweken door op te nemen dat ook naast de boete nog aanvullende schadevergoeding kan worden gevorderd. Dit is in de koop-/aannemingsovereenkomst in art. 6 KA niet gebeurd, dit in tegenstelling tot art. 22 lid 1 AV. De boete komt in plaats van de reguliere schadevergoedingsvordering. Het boetebeding ontnemt de schuldeiser niet het recht op ontbinding van de overeenkomst in te roepen.¹²⁵

10.5.2 De Raad van Arbitrage en het boetebeding

In art. 6:91 BW is opgenomen dat bij een boetebeding de schadevergoeding verschuldigd is ‘ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan’.¹²⁶

119 Het Oude BW kende een beding over gefixeerde schade, art. 1285, en een boete- of strafbeding, art. 1340 BW e.v. Onderscheid tussen deze twee zaken zorgde voor een verschil in beoordeling van de mogelijkheid tot het uitkeren van meer vergoeding bij meer geleden schade of het toepassen van matiging bij minder geleden schade. Indien sprake is van een kortingsbeding welke een gefixeerd bedrag in de zin van de wet was zou geen meerdere of mindere som kunnen worden toegewezen dan het kortingsbedrag. Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 216.

120 Art 6:91 BW: Als boetebeding wordt aangemerkt ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan.

121 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 414.

122 Dit is bij de meeste boetebedingen het geval, zie Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 414.

123 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 423.

124 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 423.

125 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 422.

126 Over 6:91 en aanneming van werk gaat ook kort Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 127 en uitgebreider Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2008, nr. 414 e.v.

Zoals gezegd kan het boetebeding dienst doen als prikkel tot nakoming en als straf voor niet nakoming. Ten tweede kan het tot functie hebben het fixeren, en daarmee vereenvoudigen van de schadevergoeding.¹²⁷ Door de vaststelling vooraf wordt het onderzoek achteraf naar het bestaan en de omvang van de schade uitgesloten.¹²⁸ Uit de bewoordingen van het wetsartikel en de toelichting in Asser/Hartkamp valt af te leiden dat irrelevant is of schade is geleden. Ingevolge de wettelijke bepalingen is de ondernemer bij bouwijdoverschrijding altijd de boete verschuldigd.¹²⁹

De Raad van Arbitrage oordeelt echter in het kader van het boetebeding wegens bouwijdoverschrijding regelmatig niet in lijn met art. 6:91 BW. Volgens de Raad van Arbitrage is de ondernemer indien in werkelijkheid geen schade is geleden als gevolg van de bouwijdoverschrijding, ook geen schadevergoeding verschuldigd.¹³⁰ Uit de uitspraken van de Raad blijkt dat in ieder geval enige schade moet zijn geleden wil een recht op schadevergoeding bestaan.¹³¹ Over het algemeen neemt een arbiter vrij snel aan dat er sprake is van schade als gevolg van de vertraagde oplevering.¹³² De geleden schade hoeft niet even groot te zijn als het totale gefixeerde schadevergoedingsbedrag om voor dit gehele bedrag in aanmerking te komen.¹³³ Het komt nogal eens voor dat de ondernemer betwist dat de verkrijger schade heeft geleden. In een exemplarisch geschil oordeelde arbiter dat verkrijger niet behoefde aan te tonen hoeveel schade hij had geleden, maar slechts dat hij schade had geleden. Dat dit zo was achtte arbiter aannemelijk o.a. doordat verkrijger tijdelijk een andere woning had moeten huren. De stelling van ondernemer dat verkrijger zelfs voordeel had gehad van een te late oplevering achtte arbiter niet aannemelijk omdat de verkoop zich doorgaans voltrekt voordat de oplevering plaatsvindt en de ondernemer geen ander bewijs had aangedragen.¹³⁴

Slechts tweemaal week de Raad af van de door hem gehanteerde lijn dat schade moet zijn geleden, wil een recht op schadevergoeding ingevolge het boetebeding

127 PG Boek 6, p. 321.

128 Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-I 2008, nr. 414, H.N. Schelhaas, losbladige Verbintenissenrecht, supplement 122, art. 91-1.

129 H.N. Schelhaas, losbladige Verbintenissenrecht, supplement 122, art. 91-11.

130 Zie o.a. RvA 29 oktober 1997, nr. 18.186, RvA 8 september 1999, nr. 20.504, RvA 24 maart 2000, nr. 21.412, RvA 3 oktober 1995, nr. 17.230, BR 1997, p. 260 en ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 230 en alle jurisprudentie daar genoemd.

131 Zie de eerder in de voetnoot genoemde jurisprudentie.

132 O.a. RvA 23 april 2008, nr. 71.198, RvA 22 juni 1994, nr. 16.701 en ook RvA 16 oktober 2001, nr. 21.887

133 RvA 22 juni 1994, nr. 16.701 en ook RvA 16 oktober 2001, nr. 21.887. Zie ook § 10.5.2 en de redenen om tot matiging van de gefixeerde schadevergoeding over te gaan.

134 RvA 22 april 2002, nr. 70.566, BR 2002, p. 901.

bestaan. Dit was in een geschil uit 2006¹³⁵ en een geschil uit 2009.¹³⁶ In het geschil uit 2006 oordeelde arbiter dat de in art. 14 lid 5 AV opgenomen bepaling de strekking heeft van een boetebeding als bedoeld in art. 6:91 BW. Het boetebeding fixeert vooraf de schade die partijen verwachten te lijden indien tekort wordt geschoten in de nakoming van de verbintenissen. Zodoende behoeft de verkrijger het bewijs van bestaan en omvang van schade niet te leveren en is elk onderzoek daarnaar uitgesloten, aldus arbiters. De verkrijgers hoeven dan ook niet te stellen en aan te tonen dat schade is geleden.¹³⁷ In het geschil uit 2009 oordeelde arbiter dat het niet leiden van scheiden de verschuldigdheid van de boete onverlet laat nu de boete er op is gericht om de ondernemer te dwingen op tijd een bepaalde prestatie te leveren.¹³⁸

Uit bovenstaande uiteenzetting van het wettelijke stelsel blijkt dat de vraag óf schade is geleden, irrelevant is. De enige juiste uitspraken van de Raad omtrent het boetebeding zijn de twee hierboven aangehaalde uitspraken uit 2006 en 2009. Verkrijgers hebben, op basis van de wet, als gevolg van het overeenkomen van een gefixeerde schadevergoeding, bij overschrijding van de bouwtijd altijd recht op het boetebedrag, ongeacht of schade is geleden.

10.5.2.1 Soort schade

Zoals hiervoor uiteen is gezet stelt de Raad als voorwaarde voor het toekennen van de boete wegens bouwijdoverschrijding de eis dat enige schade is geleden. Hoewel volgens de wet niet van belang, immers voor het inroepen van een boetebeding is de vraag of schade is geleden irrelevant, wordt toch ingegaan op de vraag wat schade is omdat de Raad van Arbitrage deze vraag wel relevant acht. Wat precies onder schade moet worden verstaan is op te maken uit het BW. Art. 6:95 BW noemt vermogensschade en ander nadeel als schade die voor vergoeding in aanmerking komen.¹³⁹ Van ‘ander nadeel’ is sprake in het geval van immateriële schade.

Onder vermogensschade kan zowel worden verstaan geleden verlies als gederfde winst.¹⁴⁰ Van vergoeding van gederfde winst kan bijv. sprake zijn in het geval van te late oplevering van een woning met een deel bedrijfsruimte. Onder geleden verlies kunnen o.a. kosten vallen van extra woonlasten als gevolg van de vertraging, maar ook de opname van vakantiedagen kan onder omstandigheden als schade worden aangemerkt. De Raad oordeelt regelmatig over de vraag of (extra)

135 RvA 15 juni 2006, 26.690.

136 RvA 1 januari 2009, nr. 29.791.

137 RvA 15 juni 2006, 26.690. Dit lijdt slechts uitzondering als verkrijgers geen schade geleden zouden kunnen hebben. Vergelijkbaar, maar dan op basis van de AVA 1992: RvA 19 oktober 2005, nr. 26.635.

138 RvA 13 januari 2009, nr. 29.791, rov. 22.

139 Dit artikel is rechtstreeks van toepassing op krachtens de wet bestaande verplichtingen tot schadevergoeding. Ook aansprakelijkheid wegens een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) valt hieronder.

140 Art. 6:96 BW.

opgenomen vakantiedagen in aanmerking komen voor een vergoeding, over het algemeen volgt de Raad de lijn van de Hoge Raad¹⁴¹ en acht een vergoeding op zijn plaats.¹⁴²

Bij overschrijding van de bouwtijd, maar ook bij tekortkomingen (die aan bod komen in hoofdstuk 12) wordt ook regelmatig een beroep gedaan op schadevergoedingen wegens immateriële schade.¹⁴³

Het recht op immateriële schadevergoeding is geregeld in art. 6:106 BW. Ingevolge art. 6:106 BW is er een grond voor immateriële schadevergoedingen als de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen¹⁴⁴ of er sprake is van lichamelijk letsel bij het slachtoffer, of deze in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.¹⁴⁵ Daarnaast kan het nadeel zijn gelegen in de aantasting van de nagedachtenis van een overledene waarbij dit nadeel moet zijn toegebracht aan een niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, een geregistreerd partner of bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits deze aantasting de overledene als hij nog in leven was geweest ook een recht op schadevergoeding had gegeven.¹⁴⁶ Het recht op vergoeding van immateriële schade bestaat alleen voor zover de wet op vergoeding van deze schade recht geeft.¹⁴⁷

Gezien de hierboven weergegeven wettelijke vereisten voor het toekennen van immateriële schadevergoeding is het toekennen van een dergelijke vergoeding in het geval van te late oplevering of een aan de woning geconstateerde tekortkoming vrijwel uitgesloten.¹⁴⁸ Het zal daarbij vrijwel nooit gaan om letsel of aantasting in

141 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564.

142 RvA 27 november 2001, nr. 23.154, BR 2003, p. 251, RvA 17 juni 2002, nr. 23.374, RvA 7 december 1998, nr. 20.489.

143 RvA 29 december 1992, nr. 14.882, BR 1993, p. 996 (vergoeding werd toegekend wegens groot ongerief ervaren als gevolg van een kapotte cv-installatie), RvA 21 juni 1994, nr. 16.330, BR 1994, p. 885 (vordering toegewezen wegens verminderd woongenot als gevolg van een slecht functionerend ventilatiesysteem), RvA 30 januari 2001, nr. 22.219 (*f* 500,- vergoeding wegens aangetast woongenot als gevolg van een onbruikbare loopdeur in de kanteldeur van de garage). Geen vergoeding werd toegekend in de volgende gevallen: RvA 14 maart 2002, nr. 20.967, RvA 3 april 2003, nr. 23.429-23.433, RvA 15 februari 2006, nr. 27.109, RvA 1 juni 2006, nr. 24.947, RvA 17 maart 2004, nr. 22.190, RvA 29 januari 1981, nr. 9661, BR 1981, p. 526.

144 Art. 6:106 lid 1 onder a BW.

145 Art. 6:106 lid 1 onder b BW.

146 Art. 6:106 lid 1 onder c BW.

147 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II 2008, nr. 24. Immateriële schade wordt alleen vergoed in gevallen in de wet (art. 6:106 BW en een incidentele toekenning elders in de wet) bepaald.

148 Zaken waarin immateriële schadevergoeding werd afgewezen: RvA 21 maart 2003, nr. 25.046, RvA 22 augustus 2002, nr. 23.357 waarin arbiter expliciet verwijst naar art. 6:106 BW. RvA 9 november 1998, nr. 19.936, RvA 29 augustus 1996, nr. 17.912, RvA 7 juni 1993, nr. 15.188, RvA 1 april 1998, nr. 19.484, RvA 17 mei 1995, nr. 17.243, RvA 18 maart 2003, nr. 24.000. Vergelijkbaar is RvA 21 oktober 2003, nr.

de persoon of van de eer of goede naam of iemands nagedachtenis. Ook het oogmerk immateriële schade toe te brengen is in het geval van te late oplevering van een huis niet aan de orde. Zelfs al zou een ondernemer een huis expres te laat opleveren, zal van immateriële schade geen sprake zijn. Vergoeding van ander nadeel, of immateriële schade, zal in het geval van tekortkomingen of te late oplevering van een woning dan ook vrijwel zijn uitgesloten. Zo ook in een aantal geschillen uit 2003 waarin de Raad samengevat oordeelde dat met betrekking tot de vordering van immateriële schade het Burgerlijk Wetboek op dit punt uitdrukkelijk niet voorziet in enige geldelijke vergoeding, zelfs indien zou komen vast te staan dat het herstel enige overlast heeft bezorgd.¹⁴⁹

In een uitzonderlijk geschil uit 2003 kende de Raad een immateriële schadevergoeding van f 300,- toe wegens een twee maanden te late oplevering.¹⁵⁰ In andere geschillen over te late oplevering oordeelde de Raad niet over de vraag of sprake kon zijn van immateriële schade door te late oplevering, maar was zij (m.i. terecht) van mening dat de vergoeding van die schade reeds werd geacht in het gefixeerde bedrag te zijn inbegrepen en een separate vordering derhalve niet aan de orde was.¹⁵¹

10.5.3 Matiging of toekennen van meer vergoeding

Wat zijn de consequenties van het in de overeenkomst opnemen van een gefixeerd bedrag per dag voor de matiging van dit bedrag of het toekennen van meer vergoeding dan het vastgestelde bedrag? Is matiging bij minder geleden schade mogelijk, en is het toekennen van meer mogelijk als meer schade is geleden? De overeenkomst zegt hierover niets.

Onder het oude BW kende de wet een beding over gefixeerde schade (art. 1285 BW) en een boete- of strafbeding (art. 1340 BW e.v.).¹⁵² Onderscheid tussen deze twee soorten zorgde voor een verschil in beoordeling van de mogelijkheid tot het uitkeren van meer vergoeding bij meer geleden schade of het toepassen van matiging bij minder geleden schade. Indien sprake is van een kortingsbeding in de zin van een gefixeerd bedrag kan geen meerdere of mindere som worden toegewezen dan het kortingsbedrag.¹⁵³

De Raad sprak onder het oude BW van een overeengekomen boetebeding dat in billijkheid als een gefixeerd schadebeding moest worden aangemerkt.¹⁵⁴ De consequentie hiervan was dat naast of boven het gefixeerde schadebedrag geen meerdere schade werd vergoed en geen matiging werd toegepast bij minder geleden schade.

22.017 waarin verkrijgers meenden immateriële schade te hebben geleden omdat zij jarenlang hun tuin niet konden gebruiken, RvA 20 maart 1992, nr. 14.925.
 149 RvA 3 april 2003, nr. 23.429-23.433.
 150 RvA 4 november 2003, nr. 24.491.
 151 RvA 7 mei 1999, nr. 21.017 en RvA 12 november 1999, nr. 20.992.
 152 H.N. Schelhaas, losbladige Verbintenissenrecht, supplement 122, art. 91-1.
 153 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2006b, nr. 216.
 154 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2006b, nr. 216.

Onder het nieuwe BW speelt deze problematiek niet meer.¹⁵⁵ Naast het feit dat het onderscheid tussen boete en gefixeerde schadevergoeding is vervallen, wordt de mogelijkheid tot matiging of het toekennen van meer schadevergoeding wettelijk geregeld.

Op grond van art. 6:94 eerste en derde lid BW¹⁵⁶ komt de rechter in geval van een te hoge boete, wanneer de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, een recht van matiging of aanvullende schadevergoeding toe, als hierom verzocht wordt door een der partijen.¹⁵⁷ Op grond van het tweede lid van art. 6:94 BW komt de rechter het recht toe aanvullende schadevergoeding toe te kennen. Dit komt echter nauwelijks voor omdat de gefixeerde boete vrijwel altijd het totale schadebedrag dekt.

10.5.3.1 Matiging

Het verzoek tot het matigen van het gefixeerde bedrag kan zijn oorzaak hebben in verschillende omstandigheden.

Ingevolge art. 6:94 BW kan matiging plaatsvinden indien ‘de billijkheid dit klaarblijkelijk eist’.¹⁵⁸

Het enkel feit dat de verschuldigde boete en de geleden schade uiteenlopen is onvoldoende grond voor matiging.¹⁵⁹ Maar matiging kan wel op zijn plaats zijn als de boete in verhouding tot de schade ‘buitensporig’ is, zo oordeelde de Hoge Raad in een arrest uit 2000.¹⁶⁰ In een recenter arrest over matiging kwam de Hoge Raad tot een nog duidelijker regel.¹⁶¹ Hij merkte daar op dat ‘De in deze bepaling (art 6:94 BW, EB) opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijk geleden schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding

155 PG Boek 6, p. 321. De Raad maakte onder het nieuw BW in één uitspraak, waarschijnlijk per abuis, nog wel dit onderscheid: RvA 17 april 2003, nr. 23.560, gepubliceerd in Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 216.

156 Art. 6:94 BW:

1. Op verlangen van de schuldenaar kan de rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, de bedongen boete matigen, met dien verstande dat hij de schuldeiser ter zake van de tekortkoming niet minder kan toekennen dan de schadevergoeding op grond van de wet.

2. Op verlangen van de schuldeiser kan de rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, naast een bedongen boete die bestemd is in de plaats te treden van de schadevergoeding op grond van de wet, aanvullende schadevergoeding toekennen.

3. Van lid 1 afwijkende bedingen zijn nietig.

157 Zie voor een uitgebreide selectie aan rechtspraak Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 216. Ook Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 127.

158 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, 426.

159 MvA II, PG Boek 6, p. 325.

160 HR 11 februari 2000, NJ 2000, 277 (Kok/Schoor).

161 HR 27 april 2007, NJ 2007, 262.

en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.¹⁶² De Hoge Raad besluit tot vernietiging van het vonnis van het Hof Amsterdam. Hij meent dat geen gronden voor matiging aanwezig zijn.¹⁶³

Uit bovenstaand arrest lijkt op te maken dat de Hoge Raad hoge eisen stelt aan de toepassing van matiging. Slechts als sprake is van een *buitensporig* en daarom onaanvaardbaar resultaat, en andere omstandigheden worden meegewogen, kan matiging op zijn plaats zijn. In dit geval ging het om een boetebeding tussen professionele partijen en werd een boete van ruim € 100.000,- voor het niet (tijdig) betalen van de huur van een speelgoedwinkel, niet dusdanig buitensporig geacht dat reden was voor matiging.

Matiging mag niet verder gaan dan tot het bedrag dat aan schadevergoeding verschuldigd is op grond van de wet, aldus het eerste lid.¹⁶⁴

Matiging en de Raad van Arbitrage

De Raad van Arbitrage hanteert niet dezelfde bewoordingen bij het matigen van de boete als de Hoge Raad. In *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 4 is een scala aan uitspraken opgenomen die aangeven in welke gevallen de Raad overgaat tot matiging. De Raad lijkt in zijn uitspraken iets makkelijker over te gaan tot matiging dan de Hoge Raad.

De Raad achtte, in geschillen waarop de UAV 1989 van toepassing was, een aantal keren matiging op zijn plaats omdat de boete werd geoordeeld bovenmatig te zijn.¹⁶⁵ De Raad kent geen matiging toe op de enkele grond dat de boete hoger is

162 HR 27 april 2007, NJ 2007, 262.

163 De boete bedroeg in dit geval meer dan € 100.000,- en de door het Hof aangebrachte matiging bracht dit bedrag op ruim € 40.000,-. A-G Langemeijer komt in zijn conclusie onder dit arrest tot een andere conclusie dan de Hoge Raad. Hij is van mening dat van belang is dat de boete niet te zeer is gematigd en dat een aanzienlijke boete is overgebleven waardoor de beoogde werking (prikkel tot nakoming) niet is ontnomen. Zie ook hierover Kreuk & Van Wechem 2007, p. 79-88.

164 Zie ook TM, PG Boek 6, p. 324.

165 O.a. Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 216. Ook: In RvA 26 januari 1993, nr. 15.285(UAV), een kortingsbedrag van *f* 500,- per te laat opgeleverde verdieping per dag bovenmatig was. Het totale kortingsbedrag van *f* 120.000,- werd teruggebracht naar *f* 40.000,-. In RvA 6 januari 1994, nr. 16.645. oordeelde de Raad een kortingsbedrag van *f* 500,- per dag voor de gehele woning, dus niet per verdieping, niet bovenmatig en paste geen matiging toe. Een bedrag van *f* 2000,- per te laat opgeleverde werkdag vond het scheidsgerecht daarentegen weer niet in verhouding staan tot het opgedragen werk en derhalve in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De totale aanneemsom bedroeg *f* 473.813,-. De arbiter matigde het bedrag tot *f* 400,- per dag, zie: RvA 15 februari 1995, nr. 16.931, BR 1995, p. 522.

dan de werkelijk geleden schade.¹⁶⁶ Maar ook oordeelde het matiging gerechtvaardigd omdat de werkelijk geleden schade aanzienlijk lager was dan de boete.¹⁶⁷

‘Aanzienlijk’ lijkt een minder strenge maatstaf dan het door de Hoge Raad gehanteerd ‘buitensporig’. Het feit dat geleden schade aanzienlijk lager is dan de boete is op grond van het BW geen rede tot matiging. Een ander argument is gelegen in het feit dat de boete dient als stok achter de deur voor de ondernemer om tot oplevering over te gaan. Als matiging wordt toegekend als de boete de daadwerkelijke schade aanzienlijk overschrijdt verdwijnt deze stok. In veel gevallen zal de schade van verkrijgers lager en soms zelfs aanzienlijk lager zal zijn dan de verschuldigde boete.¹⁶⁸ Om de boete effectief te laten zijn en om discussies omtrent de vraag wat de hoogte van de schade is en wat een ‘aanzienlijke’ lage schade is te vermijden, lijkt mij dat de Raad een beroep op matiging niet te snel moet honoreren. De schadevergoeding is immers niet voor niets gefixeerd. Matiging van een ‘bovenmatige’ boete, zoals door de Raad gehanteerd, komt al meer in de richting van het ‘buitensporig’ van de Hoge Raad. Een boete zal ook al snel bovenmatig zijn ten opzichte van de gelede schade. Als de lijn van de Hoge Raad gevolgd moet worden zal de Raad van Arbitrage dan ook minder snel tot matiging moeten overgaan dan hij tot nu toe deed.

Matiging en de koop-/aannemingsovereenkomst

Over matiging van de boete oordeelde de Raad ook in het kader van de koop-/aannemingsovereenkomst. Het ging in een groot aantal uitspraken om het in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen percentage van 0,05%, dat door arbiters niet als bovenmatig werd beoordeeld.¹⁶⁹ In een geschil uit 2000 maakte arbiter onderscheid tussen het percentage van de koop-/aanneemsom dat de gefixeerde boete bepaalde en het totale boetebedrag.¹⁷⁰ Arbiters merkte op dat de omvang van de geleden schade niet zozeer bepaald werd door de omvang van het boetebedrag per dag, maar door de omvang van de overschrijding van het aantal dagen (83 in

166 Zie o.a. RvA 24 juni 1996, nr. 17.676, RvA 21 oktober 1997, nr. 70.269. Voor meer voorbeelden: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 216. Ook geen matiging werd toegekend wegens ‘persoonlijk leed’ van de directeur van het bouwbedrijf: RvA 26 januari 2004, nr. 70.694. Ook geen matiging in RvA 23 april 2008, nr. 71.198.

167 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b, nr. 216, RvA 9 augustus 2000, nr. 21. 613, RvA 24 maart 1994, nr. 16.721 (geen koop-/aannemingsovereenkomst).

168 Immers, de grootste kosten die verkrijgers hebben bij een te late oplevering zijn vaak een langere huur of hypotheekkosten voor hun oude woning. Stel dat verkrijgers een huis kopen van € 300.000,-. Dan kost elke dag vertraging de ondernemer € 150,-. Dat is bij een maand van 30 dagen € 4500,- boete. De boete zal dus veelal huurkosten of hypotheekkosten van verkrijgers overstijgen.

169 RvA 22 juni 1994, nr. 16.701, RvA 27 juni 1994, nr. 16.814, BR 1995, p. 528, RvA 4 november 1996, nr. 18.480, RvA 10 december 1996, 18.712, RvA 28 maart 2002, nr. 22.595.

170 RvA 11 december 2000, nr. 21.516 en in hoger beroep RvA 22 april 2002, nr. 70.566, BR 2002, p. 901.

totaal). In een geschil uit 1994 achtte de Raad een kortingsbedrag van 0,05% van de koop-/aanneemsom in redelijke verhouding te staan en paste dan ook geen matiging toe.¹⁷¹ In een geschil uit 1994 oordeelde de Raad expliciet over het in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen percentage van 0,05% dat voor een matiging geen aanleiding was: ‘De onderhavige schadevergoeding is gebaseerd op een gefixeerd schadevergoedingsbeding, opgenomen in de algemene voorwaarden van de tussen partijen gesloten, alom in de bouwwereld gangbare, standaard koop-/aannemingsovereenkomst volgens het GIW-model’.¹⁷² Over het algemeen mag er dus van worden uitgegaan dat het in de algemene voorwaarden opgenomen boetepercentage redelijk is en in beginsel geen aanleiding geeft tot matiging.

Op basis van bovenstaande uitspraken kan geconcludeerd worden dat een matiging in geval van het in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen boetebeding niet snel zal worden aangenomen. Een vergoeding van 0,05% per kalenderdag wordt niet bovenmatig geoordeeld door de Raad en geeft ook geen aanleiding om tot matiging over te gaan omdat ‘de billijkheid dit eist’, zoals neergelegd in art. 6:94 BW. Zoals hierboven reeds opgemerkt is het feit dat de geleden schade aanzienlijk lager is dan de boete geen rede tot matiging, over het algemeen oordeelt de Raad ook in die lijn. Om de boete effect te laten hebben en om discussies omtrent de hoogte van de schade te vermijden, zal de Raad met het toewijzen van een beroep matiging terughoudend moeten zijn. De boete wegens te late oplevering is immers niet voor niets gefixeerd.¹⁷³ Alleen in uitzonderlijke gevallen kan matiging van de boete op zijn plaats zijn.

10.5.3.2 Naast of in plaats van de korting geen schadevergoeding uit dezelfde oorzaak

In aanvulling op het hierboven in § 10.5.3.1. behandelde over aanvullende schadevergoeding moet worden opgemerkt dat indien een boetebeding wegens te late oplevering is overeengekomen, dit niet kan worden omzeild door naast de korting, schadevergoeding wegens te late oplevering te vragen.¹⁷⁴ Ingevolge art. 6:92 is dit uitgesloten.¹⁷⁵

Als het gaat om schadevergoeding wegens een andere oorzaak dan is die uiteraard mogelijk naast de korting wegens te late oplevering.¹⁷⁶ Als de boeteclausule uit de algemene voorwaarden is geschrapt staat dit niet in de weg aan toekenning van schadevergoeding op grond van art. 6:74 BW.¹⁷⁷

171 RvA 22 juni 1994, nr. 16.645.

172 RvA 27 juni 1994, nr. 16.814, BR 1995, p. 528.

173 Zie ook RvA 27 juni 2002, nr. 22.517 waarin arbiter aangeeft dat de boete juist gefixeerd is om discussies over de hoogte van de schade te voorkomen.

174 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2006b, nr. 233, ook RvA 11 mei 1998, nr. 13.147, RvA 2 maart 1993, nr. 15.687, RvA 10 maart 2003, nr. 23.276, BR 2004, p. 340.

175 Art. 6:92 lid 2 BW: Hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is treedt in de plaats van de schadevergoeding op grond van de wet.

176 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2006b, nr. 233.

177 RvA 4 december 1996, nr. 18.319 en RvA 1920, nr. X, jaarverslag 1920, p. 30 en ook Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2006b, nr. 233.

10.5.4 Schadevergoeding ondanks overmacht

Ondanks dat door de ondernemer een geslaagd beroep op overmacht is gedaan, kan het toch voorkomen dat de schade aan de ondernemer wordt toegerekend.¹⁷⁸ In art. 6:92 lid 3 BW is opgenomen dat de schuldeiser (i.c. de verkrijger) geen nakoming kan vorderen van een boetebeding, indien de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Op deze regel bestaat een uitzondering o.a. ingeval de schuldenaar verzekerd is voor de schade als gevolg van de overmachtsituatie. Als de schuldenaar zich op overmacht kan beroepen, moet diens vordering op de verzekeraar ten goede komen aan de schuldeiser, ondanks het feit dat de schuldenaar een beroep op overmacht toekomt.¹⁷⁹

Het bekendste voorbeeld hiervan is het Vliegtuigvleugel arrest¹⁸⁰: Het gegeven dat de schuldeiser (Fokker) zich had verzekerd tegen bepaalde schade was mede aanleiding de tekortkoming niet toe te rekenen aan de schuldenaar.

De situatie zoals besproken in deze paragraaf, namelijk vertraging van de bouw door een overmachtsituatie waarbij de ondernemer verzekerd is tegen de vertraginggevolgen van die overmacht, zal zich niet snel voordoen onder de koop-/aannemingsovereenkomst. Als de ondernemer al verzekerd is voor de gevolgen van overmachtsituaties, is zeer de vraag of hij ook verzekerd is voor de kosten als gevolg van bouwtijdoverschrijdingen als gevolg van die overmacht. Veelal zal hij bij bijvoorbeeld diefstal van bouwmaterialen wel de kosten van de gestolen materialen vergoed krijgen, maar of hij de kosten die hij maakt als gevolg van de vertraging in de bouw als gevolg van de diefstal krijgt vergoed, is zeer de vraag. Omdat de situatie waarin sprake is van bouwtijdoverschrijding door overmacht waarbij de verzekeraarbaarheid van de ondernemer een rol speelt, zich onder de koop-/aannemingsovereenkomst nauwelijks zal voordoen én het antwoord op de vraag hetzelfde zal zijn als onder het algemene recht, blijft het onderwerp verder buiten beschouwing.

10.5.5 Aanspraak maken op vergoeding binnen redelijke termijn

Wil de verkrijger aanspraak kunnen maken op schadevergoeding wegens te late oplevering, dan zal hij dit binnen een redelijke termijn kenbaar moeten maken aan de ondernemer.¹⁸¹

Wordt geen aanspraak gemaakt binnen een redelijke termijn dan kan sprake zijn van rechtsverwerking aan de zijde van de verkrijger. In hoofdstuk 12 wordt in het kader van de gebrekenregeling uitgebreid ingegaan op de redelijke termijn en het leerstuk van de rechtsverwerking. In dit hoofdstuk wordt enkel stilgestaan

178 Art. 6:92 lid 3 BW: De schuldeiser kan geen nakoming vorderen van het boetebeding, indien de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.

179 PG Boek 6, p. 273.

180 HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102. (Vliegtuigvleugel of Fokker/Zentveld).

181 In hoofdstuk 12 wordt in het kader van de aansprakelijkheid voor gebreken na oplevering ook ingegaan op de vraag wat moet worden verstaan onder een redelijke termijn, zie § 12.7.4.

bij de jurisprudentie van de Raad ten aanzien van de redelijke termijn en een aanspraak op de boete wegens bouwijdoverschrijding.

De Raad oordeelt zeer frequent in geschillen waarin door de ondernemer wordt gesteld dat de verkrijger afstand heeft gedaan van zijn recht op schadevergoeding wegens te late oplevering dan wel zijn 'recht heeft verwerkt'. Wat moet volgens de jurisprudentie van de Raad worden verstaan onder een redelijke termijn waarbinnen een verkrijger moet aangeven aanspraak op de boete te maken?

In een geschil uit 2002¹⁸² beriepen verkrijgers zich in november 2000 op de boeteclausule aangaande de overschreden bouwijd, terwijl de woning begin februari 1999 was opgeleverd. Het door de verkrijgers ruim twintig maanden na oplevering aanspraak maken op de boeteclausule wordt door arbiter geen 'redelijke termijn' geacht. Zelf als zou ruim dertien maanden na oplevering beroep op de boete zijn gedaan, dan nog is volgens arbiter de redelijke termijn overschreden. In RvA 28 augustus 1998, nr. 20.282 werd een vordering ingesteld na 23 maanden afgewezen.

Werd in bovenstaande twee uitspraken een beroep op de boete afgewezen wegens laat na oplevering aanspraak maken op de boete. Uit de volgende twee uitspraken blijkt dat, in lijn met het (in hoofdstuk 12 beschreven) algemene recht enkel tijdsverloop voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking niet altijd voldoende is.¹⁸³ Bepaalde gedraging kunnen bij de ondernemer de gerechtvaardigde verwachting wekken dat de verkrijger wel of geen beroep meer zal doen op de boete. Zo ook in RvA 29 juni 2006.¹⁸⁴ Drie jaar na oplevering maakt verkrijger aanspraak op schadevergoeding wegens bouwijdoverschrijding. Verkrijger heeft bij oplevering per e-mail aangegeven dat hij zijn aanspraak wegens bouwijdoverschrijding zou verrekenen met de laatste termijn. Dit heeft hij vervolgens ook gedaan, hij heeft de rekening betaald met inhouding van de toen door ondernemer berekende boete, zonder voorbehoud te maken. Het eerste jaar hebben verkrijger en ondernemer nog sporadisch gecorrespondeerd over de berekening van de bouwijd door ondernemer. Daarna heeft verkrijger twee jaar stilgezeten. Arbiter oordeelt dat nu hij twee jaar niets heeft gedaan en het drie jaar is sinds zijn eerste geuite bezwaar, waarna hij in het eerste jaar enkel over de berekening van de werkbare dagen correspondeerde zonder te spreken over verdere berekening, geen aanspraak meer kan maken op de boete.

Exemplarisch in het kader van rechtsverwerking door de verkrijger is de volgende uitspraak: In een gesprek laat ondernemer aan verkrijger weten dat door een uitgelopen ander project deze oplevering niet meer haalbaar is en vraagt hem akkoord te gaan met een oplevering anderhalve maand later.¹⁸⁵ Verkrijger zegt daarover nog niet te kunnen beslissen omdat hij advies wil inwinnen. Wel aanvaardt hij het aanbod van ondernemer het renteverlies vanwege de grondkosten

182 RvA 16 augustus 2002, nr. 22.929.

183 RvA 29 juni 2006, nr. 27.406 en RvA 16 november 2004, nr. 23.359.

184 RvA 29 juni 2006, nr. 27.406.

185 RvA 11 september 2000, nr. 21.858.

te vergoeden. Na dit gesprek hebben partijen veelvuldig overleg maar komt verkrijger niet meer terug op de nieuwe opleveringsdatum. Pas na oplevering vraagt hij vergoeding wegens te late oplevering. Volgens arbiter lag het gelet op de uitkomst van de aangehaalde bespreking en de nog versterkte meerwerkopdrachten op de weg van verkrijger om tijdig, dat wil zeggen ruim voor overschrijding van de oorspronkelijke opleveringsdatum aan ondernemer te laten weten of hij het voorstel niet zou aanvaarden, opdat ondernemer haar schade, voortvloeiend uit overschrijding van de oorspronkelijke opleveringsdatum zoveel mogelijk kon beperken. Mede gezien de goede verstandhouding tussen partijen mocht ondernemer ervan uitgaan dat het stilzwijgen van verkrijger betekende dat hij akkoord was met een latere oplevering.

Eenzelfde soort zaak betrof een geschil uit 2003¹⁸⁶: Verkrijgers tekenen ‘onder protest’ een wijziging van het aantal overeengekomen werkbare werkdagen. Appellarbiters zijn van oordeel dat tekenen onder protest niet zonder meer meebrengt dat de gewijzigde overeenkomst (verlenging van de bouwtijd met 45 werkbare dagen), tot stand komt. Maar dat als verkrijgers het helemaal niet eens zouden zijn met de wijziging zij helemaal niet hadden getekend.¹⁸⁷

Bovenstaande uitspraken laten zien dat onder omstandigheden een zeer laat reageren (meer dan 20 of 23 maanden na oplevering) rechtsverwerking impliceert. In lijn met het algemene recht is uit andere jurisprudentie van de Raad op te maken dat enkel tijdsverloop onder omstandigheden niet altijd voldoende om rechtsverwerking aan te nemen. Zo kunnen gedragingen en gewekte verwachtingen rechtsverwerking tot gevolg hebben.

Tot slot van deze paragraaf een a-typische uitspraak van de Raad waarin hij tot het oordeel komt dat het op de weg van de ondernemer ligt om de vergoeding wegens bouwijdoverschrijding uit te keren. Ondernemer stelt dat verkrijger na acht maanden te laat is om nog aanspraak te kunnen maken op vergoeding.¹⁸⁸ Arbiter schuift dit argument van tafel met de mededeling dat aangezien art. 14 lid 3 AV een gefixeerde schadevergoeding is die verschuldigd is zonder ingebrekestelling, het volgens hem op de weg van ondernemer had gelegen zelf over te gaan tot uitbetaling van de vergoeding.

Deze uitspraak lijkt niet in lijn met hetgeen is opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst. Ingevolge art. 14 lid 5 AV kan de boete wegens bouwijdoverschrijding worden verrekend met de nog verschuldigde termijnen. Hieruit lijkt op te maken dat het aan de verkrijger is de boete te verrekenen. Als verrekening met

186 RvA 19 september 2003, nr. 70.669. Zie voor een vergelijkbaar oordeel in een andere situatie het aanvaarden van de woning ‘onder protest’, ook in die situatie wordt het tekenen van het opleveringsrapport gezien als een aanvaarding. Zie hoofdstuk 12, § 12.3.3.

187 Van een wijziging ten nadele van de verkrijgers zoals opgenomen in art. 12 KA is volgens arbiters geen sprake. Ondernemer heeft de modelovereenkomst namelijk niet gewijzigd maar het aantal in te vullen werkbare werkdagen verlengd.

188 RvA 7 december 2005, nr. 25.395.

termijnen niet (meer) kan plaatsvinden omdat bijvoorbeeld geen termijnen meer verschuldigd zijn, lijkt uit het feit dat de verkrijger dient te verrekenen te volgen dat hij dient te stellen dat de bouwtijd is overschreden en is het aan hem aanspraak te maken op de vergoeding. De in deze paragraaf beschreven jurisprudentie over rechtsverwerking wijst ook in die richting.

10.5.6 Boetebeding in de Principles

Zowel de Principles of European Law on Service Contracts als de Principles on European Contract bevatten geen bepaling over tijdige oplevering of bouwtijd. Art. 2:106 PELSC gaat over oplevering van de zaak, maar geeft geen sanctie als niet tijdig wordt geleverd. In de PECL is wel een bepaling opgenomen over het boetebeding. In het kader van het boetebeding wegens bouwijdoverschrijding in de modelovereenkomst zal bij deze bepaling worden stilgestaan.

Het boetebeding is geregeld art. 9:509 PECL.

Art. 9:509 PECL

(1) Bepaalt de overeenkomst dat een partij die tekortschiet, wegens de tekortkoming een vastgestelde geldsom aan de schuldeiser dient te betalen, dan is de schuldeiser daartoe gerechtigd ongeacht zijn werkelijk geleden schade.

(2) De vastgestelde geldsom kan echter, niettegenstaande elk strijdig beding, gematigd worden tot een redelijk bedrag indien de geldsom buitensporig is in verhouding tot de schade die het gevolg is van de tekortkoming en tot de andere omstandigheden.

Evenals onder het Nederlandse recht kennen de PECL geen onderscheid tussen een boete als prikkel tot nakoming en een boete als middel om schadeberekening achteraf eenvoudiger te maken. De boete kan onder de PECL beide functies vervullen.¹⁸⁹

In het eerste lid van het artikel is opgenomen dat als partijen zijn overeengekomen dat voor niet-nakoming een bepaalde som (of boete) verschuldigd is, de benadeelde partij recht heeft op die boete onafhankelijk van de werkelijk geleden schade.

Ook de PECL kennen een bepaling over het matigingsbevoegdheid, neergelegd in het tweede lid van art. 9:509 PECL. Allereerst mag de rechter zijn bevoegdheid tot matiging alleen gebruiken als de nalatige partij daar een beroep op doet.¹⁹⁰ De bevoegdheid tot matiging bestaat alleen als de boete ‘geheel buitensporig’ of ‘grossly excessive’ is in verhouding tot de daadwerkelijk geleden schade en gezien andere omstandigheden van het geval. Het uitgangspunt is dat partijen deze boete zijn overeengekomen en dat de benadeelde partij in beginsel recht heeft op uitkering ervan, matiging moet slechts plaatsvinden in uitzonderlijke gevallen. Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een excessief hoge boete dient een aantal omstandigheden worden gewogen waaronder de hoogte van de boete ten

189 Lando & Beale 2000, p. 454.

190 Busch, Hondius e.a. 2002, p. 430.

opzichte van de daadwerkelijk geleden schade en moet worden meegewogen wat de juridisch verhaalbare schade zou zijn in het licht van het voorzienbaarheids criterium van art. 9:503 PECL. Ook de eigen schuld van de benadeelde zal kunnen worden meegewogen evenals andere omstandigheden. Welke omstandigheden dit zouden kunnen zijn, wordt niet duidelijk uit de toelichting of het artikel zelf.¹⁹¹

In het algemeen is de bepaling in de PECL vergelijkbaar met de bepalingen in het BW omtrent het boetebeding en de matiging van de boete.¹⁹² Het meest opvallende verschil tussen beide bepalingen is gelegen in het feit dat het Nederlands recht de vergoeding van andere schade bovenop de boete niet toestaat.¹⁹³ Ook onder de koop-/aannemingsovereenkomst is een dergelijke extra vergoeding niet mogelijk, zie art. 14 lid 5 AV waarin dit niet is opgenomen, derhalve is art. 6:92 BW van toepassing wat tot gevolg heeft dat vergoeding van andere schade bovenop de boete niet is toegestaan. De Principles kennen een dergelijke bepaling niet.¹⁹⁴ Daarnaast dient zoals gezegd onder de Principles een verzoek tot matiging bij de rechter te worden ingediend en zal de rechter niet ambtshalve overgaan tot matiging. Dit is onder het Nederlandse recht ook het geval.

10.6 ONTBINDING WEGENS TE LATE OPLEVERING

Indien al vóór oplevering waarschijnlijk wordt dat één der partijen niet aan zijn verplichtingen zal voldoen of in de nakoming ernstig tekort zal schieten, heeft de andere partij het recht ontbinding van de overeenkomst te vorderen, aldus art. 22 lid 2 AV.¹⁹⁵

Denkbaar is dat de ondernemer bepaalde noodzakelijke vergunningen toch niet verkrijgt en dat daardoor al voor levering duidelijk is dat hij niet tijdig zal kunnen gaan bouwen. In dat geval voldoet de ondernemer niet aan zijn verplichtingen en mag de verkrijger de overeenkomst op basis van art. 22 lid 2 AV ontbinden als al voor oplevering blijkt dat de ondernemer tekort zal schieten.¹⁹⁶ In de Titel Aanneming van werk is in art. 7:756 lid 1 BW een bepaling opgenomen die vergelijkbaar is met art. 22 lid 2 AV.

191 Zie ook: Busch, Hondius e.a. 2002, p. 429.

192 Busch, Hondius e.a. 2002, p. 432.

193 Neergelegd in art. 6:92 BW.

194 Busch, Hondius e.a. 2002, p. 432.

195 Art. 22 lid 2 AV: Indien een der partijen in gebreke blijft aan zijn verplichtingen te voldoen of indien reeds vóór de oplevering waarschijnlijk wordt, dat een der partijen niet aan zijn verplichtingen zal voldoen of in de nakoming van de koop-/aannemingsovereenkomst ernstig te kort zal schieten, zal de andere partij het recht hebben de ontbinding van de koop-/aannemingsovereenkomst in te roepen of te vorderen.

196 Over dit artikellid RvA 7 april 1997, nr. 17.901. Zie o.a. RvA 7 april 1997, nr. 17.901.

Hoofdstuk 11

De oplevering

11.1 INLEIDING

Wanneer de woning is afgebouwd, kan deze worden opgeleverd.¹ Het (deugdelijk) opleveren van de woning is de hoofdverplichting van de ondernemer.²

Onder opleveren wordt verstaan het voldoen aan de verplichting van de ondernemer om volgens de inhoud en strekking van de overeenkomst het werk na voltooiing aan de verkrijger aan te bieden en over te dragen.³ Art. 14 lid 4 AV bepaalt dat van oplevering sprake is nadat een rapport van eventuele tekortkomingen is opgemaakt en door of namens beide partijen is getekend en de verkrijger de sleutels van de woning in ontvangst heeft genomen.⁴

Oplevering van het op eigen grond van de verkrijger gebouwde huis geschiedt door de woning gereed, leeg en ontruimd ter beschikking stellen van het gebouwde aan de verkrijger, onder afgifte van de sleutels, zodat verkrijger daarvan het vrije genot kan hebben.⁵

Hoe de oplevering plaatsvindt, is onderwerp van deze paragraaf. Eerst komt aan de orde de oplevering volgens de titel aanneming van werk (§ 11.2) en de koop-/aannemingsovereenkomst (§ 11.3). In § 11.4 wordt de a-typische situatie van de oplevering bij appartementencomplexen behandeld waarbij de oplevering van de privé gedeelten (§ 11.4.1) en de oplevering van de gemeenschappelijke ruimten (§ 11.4.2) aan bod komt. Daarna wordt ingegaan (§ 11.5) op een aantal onderwerpen die afwijken van de standaard opleveringsprocedure, maar die wel zeer regelmatig voorkomen. In § 11.5.1 wordt de oplevering door ingebruikname behandeld, de oplevering zonder sleuteloverdracht in § 11.5.2. De voorschouw of vooropname komt daarna aan bod (§ 11.5.3), gevolgd door de zogenaamde sleutelovereenkomst (§ 11.5.4). In § 11.6 komen kort de verschillende rechtsgevolgen van de oplevering aan de orde. Tot slot wordt ingegaan op oplevering volgens de Principles on European Service Contracts (§ 11.7).

-
- 1 Uitgebreid over oplevering: Bruggeman 2008, p. 109-118, ook korter: Kleijn & Van Wijngaarden 1975, p. 226-227, p. 232-234.
 - 2 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 125. Over de vraag of de woning deugdelijk is gaat hoofdstuk 12. Dit hoofdstuk gaat enkel over de oplevering zelf.
 - 3 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 17 (over oplevering in de zin van art. 7:758 BW). Zie ook Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III, 1994, nr. 561, p. 414 en Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 125.
 - 4 Zie hierover ook diverse uitspraken van de Raad, waaronder RvA 23 april 2002, nr. 24.276, BR 2003, p. 350 en ook de oude model-opleveringsregeling, art. 4.4.
 - 5 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III, 1994, nr. 561, p. 414-415, Asser/Van den Berg IIIc, 2007, nr. 125 en letterlijk RvA 24 januari 2000, nr. 20.566.

11.2 OPLEVERING VOLGENS HET BW

In de per 1 september 2003 in werking getreden Titel 7.12 over aanneming van werk komt de oplevering in art. 7:750 BW en art. 7:758 BW aan de orde. Art. 7:750 BW verplicht de aannemer het werk op te leveren.⁶ Dit wordt verder uitgewerkt in art. 7:758 BW.

Daarbij begint de opleveringsprocedure met de mededeling van de aannemer dat het werk ‘klaar is om te worden opgeleverd’.⁷ Volgens de wettelijke regeling dient de opdrachtgever op straffe van rechtsverlies het werk binnen redelijke termijn te keuren en te aanvaarden, danwel onder aanwijzing van de gebreken te weigeren. Doet hij dit niet, dan wordt hij geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard en geldt het werk als opgeleverd.⁸

Het gevolg van de oplevering is, aldus lid 2 van art. 7:758 BW dat het werk na oplevering voor risico van de opdrachtgever komt. Het derde lid bepaalt dat de aannemer is ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.⁹ Deze bepalingen zijn niet van dwingend recht.

De opleveringsbepaling kwam oorspronkelijk niet voor in het voorontwerp met name in verband met het bestaan van art. 6:89 BW waarin in dit onderwerp voor het algemeen verbintenissenrecht is neergelegd.¹⁰ In de literatuur¹¹ werd dit echter algemeen als een gemis ervaren omdat de op de aannemer rustende verplichting tot oplevering van het werk tot diens hoofdverplichtingen behoort. Naar aanleiding van deze kritiek is hieraan in het wetsvoorstel alsnog tegemoet gekomen.¹²

De oplevering zoals omschreven in de artt. 7:750 BW en 7:758 BW is niet specifiek geschreven voor de rechtsverhouding tussen consumenten en (professionele) ondernemers. Als partijen niets anders zijn overeengekomen, is de regeling van toepassing op deze rechtsverhouding. Het feit dat de wettelijke regeling een stilzwijgende aanvaarding van de woning mogelijk acht, kan voor consumenten die zich niet realiseren dat zij daarmee hun recht op herstel van opleveringsgebreken kunnen verliezen, nadelig zijn. Over dit onderwerp is geen jurisprudentie be-

6 Art. 750 lid 1 BW: Aanneming van werk is de 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.

7 Aldus lid 1 van art. 7:758 BW.

8 Art. 7:758 lid 1 BW.

9 Zie over de invoering van Titel 12 en dit onderwerp o.a. ook Van den Berg 2002, p. 1023-1024, Hartlief, 1993, p.165-169 en Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 11.

10 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 27-28 (MvT) en Drion 1974, p. 183 en Drion 1978, p. 642.

11 Zie Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 1994, nr. 560, p. 414 en Cavadino, Goudsmit & De Vries 1980, pp. 573 en 574-575.

12 Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 28 (MvT) en Kamerstukken 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 17 (MvA).

kend, waarschijnlijk omdat de meeste consumentenovereenkomsten niet gesloten onder vigeur van het BW maar onder vigeur van de model koop-/aannemingsovereenkomst, waarin dit anders is geregeld.

In de volgende paragrafen wordt, waar dit relevant is, de regeling in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden met het BW vergeleken.

11.3 OPLEVERING VOLGENS DE KOOP-/AANNEMINGSOVEREENKOMST

De oplevering van de woning is in zowel de overeenkomst voor eengezinswoningen als appartementen geregeld in art. 14 lid 4 AV.¹³

Art. 14 lid 4 AV Eengezinswoningen

Onder datum van oplevering wordt in de koop-/aannemingsovereenkomst verstaan de datum waarop de verkrijger, nadat rapport van eventuele tekortkomingen is opgemaakt en door of namens beide partijen is getekend, de sleutels van de woning in ontvangst heeft genomen. De datum van oplevering moet door de ondernemer tenminste veertien dagen tevoren schriftelijk aan de verkrijger worden medegedeeld.

Als datum van oplevering van het privé-gedeelte geldt in de koop-/aannemingsovereenkomst het tijdstip, waarop de verkrijger, nadat rapport van eventuele tekortkomingen is opgemaakt en door of namens beide partijen is getekend, de sleutels voor dat privé-gedeelte in ontvangst heeft genomen, en de ten dienste van dat privé-gedeelte staande gemeenschappelijke gedeelten en zaken veilig en blijvend benut kunnen worden.¹⁴

Het artikel is voor appartementen iets anders geformuleerd omdat in dat geval de privé gedeelten en de gemeenschappelijke ruimten afzonderlijk worden opgeleverd.¹⁵ De oplevering bij appartementen komt uitgebreid aan bod in § 4.

Tot september 2003 werd door het GIW een model opleveringsregeling gehanteerd welke de te volgen procedure bij oplevering behandelde. De regeling was evenals de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden vastgesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, de NVM, de Nederlandse

13 In de voorwaarden van 2003 was ditzelfde onderwerp ook geregeld in art. 14 lid 4 AV.

14 Vergelijkbaar: Kleijn & Van Wijngaarden 1975, p. 226 en p. 234 en ook Van Wijngaarden 1990, p. 41.

15 Art. 14 lid 4 AV Appartementen: Als datum van oplevering van het privé-gedeelte geldt in de koop-/aannemingsovereenkomst het tijdstip, waarop de verkrijger, nadat rapport van eventuele tekortkomingen is opgemaakt en door of namens beide partijen is getekend, de sleutels voor dat privé-gedeelte in ontvangst heeft genomen, en de ten dienste van dat privé-gedeelte staande gemeenschappelijke gedeelten en zaken veilig en blijvend benut kunnen worden. De datum van oplevering moet door de ondernemer tenminste veertien dagen tevoren schriftelijk aan de verkrijger worden medegedeeld.

Vereniging van Bouwondernemers, de NV Bouwfonds Nederlandse Gemeenten, de consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis.¹⁶

De model opleveringsregeling beoogde gebreken en tekortkomingen aan de nieuwgebouwde koopwoning bij oplevering te voorkomen en op te heffen.¹⁷ Het gebruik van deze regeling stuitte op grote bezwaren¹⁸ en inmiddels is deze niet meer in gebruik.¹⁹ Hiervoor is in de plaats gekomen art. 15 AV.²⁰

11.3.1 Aankondiging van de oplevering

De eerste stap in de procedure om tot oplevering te komen is dat de ondernemer de verkrijger in kennis stelt van de voltooiing van de woning of aangeeft dat binnen afzienbare tijd voltooiing zal plaatsvinden. Dit wordt de zogenaamde ‘aankondiging van de oplevering’ of ‘gereedmelding’ genoemd.

Het vierde lid van art. 14 AV bepaalt dat de datum van oplevering door de ondernemer ten minste veertien dagen tevoren schriftelijk aan de verkrijger moet worden medegedeeld. Als dit binnen minder dan veertien dagen gebeurt, is het aannemelijk dat de verkrijger op bepaalde problemen stuit. Zo zou hij minder gemakkelijk vrij kunnen krijgen of deskundige bijstand bij de opnemings niet tijdig kunnen inschakelen. In een geschil voor de Raad²¹, waarbij de aankondiging van de oplevering 24 uur voor de oplevering werd gedaan, oordeelde de arbiter dat het aannemelijk was dat de verkrijger daardoor geen deskundige hulp had kunnen inschakelen.²²

Indien de ondernemer per brief aankondigt dat de oplevering van de woning eerder zal plaatsvinden dan gepland en daarbij een datum van oplevering noemt, is er sprake van een aangekondigde oplevering in de zin van art. 14 lid 5 AV.²³ Het is

16 Zie voetnoot 1 in de model opleveringsregeling 1991.I.

17 Artikel 1.1. van de model opleveringsregeling 1991.I.

18 Zie Van Veen 2002, p. 940 e.v.

19 Uitzondering op de regel vormde RvA 28 oktober 2005, nr. 70.826, toch ruim na het afschaffen van de regeling, waarin wel sprake was van een (toepasselijke) model opleveringsregeling.

20 In de voorwaarden van 2003, waarin de opleveringsregeling definitief uit de voorwaarden werd gehaald, werd dit geregeld in art. 14a AV.

21 RvA 18 juli 1989, nr. 13.705, BR 1990, p. 224.

22 Twee dagen na de oplevering heeft de verkrijger alsnog een opnamerapport laten opmaken waarbij de daarin genoemde gebreken volgens arbiter gezien het voorgaande ook door de ondernemer erkend en hersteld dienden te worden. Daarbij speelde mee dat de ondernemer reeds een aantal in het rapport genoemde gebreken had hersteld en derhalve het rapport had erkend.

23 Art 14 lid 5 AV: Bij overschrijding van het aantal werkbare werkdagen als omschreven in artikel 6 lid 1 van de koop-/aannemingsovereenkomst en ook, indien een door de ondernemer reeds aangekondigde oplevering wordt opgeschort, zal de ondernemer zonder ingebrekestelling aan de verkrijger een gefixeerde schadevergoeding van vijf/tiende promille van de koop-/aaneemsom per kalenderdag verschuldigd zijn. Deze schadevergoeding kan worden verrekend met de nog verschuldigde termijn(en). Zie ook RvA 14 februari 1996, nr. 18.066, RvA 8 juli 1996, nr. 17.882,

van belang dat duidelijk is wanneer sprake is van een aangekondigde oplevering in de zin van art. 14 lid 5 AV omdat bij overschrijding van een aangekondigde oplevering de boete wegens bouwijdoverschrijding van art. 14 lid 5 AV ook verschuldigd is. Over elke dag dat de woning later wordt opgeleverd dan de aanvankelijk aangekondigde opleverdatum is de ondernemer vijf/tiende promille van de koop-/aanneemsom per kalenderdag aan de verkrijger verschuldigd.²⁴

De Raad oordeelde dat niet zonder meer van een aangekondigde oplevering sprake is als in de brief wordt gesproken van een ‘voorlopige opleveringsdatum’ met een expliciet voorbehoud en met aankondiging van nadere berichtgeving omtrent het juiste tijdstip van oplevering.²⁵ Het verdient opmerking dat in dit geval meespeelde dat de vertraging van de voorlopige oplevering werd veroorzaakt door, volgens de arbiter, voor de ondernemer onvoorziene omstandigheden. Het ging hierbij om vertraging opgelopen als gevolg van een niet voorziene bodemsanering.²⁶

In een ander geschil, waarbij een vergelijkbare brief werd verstuurd, werd de oplevering aangekondigd met de opmerking: ‘onvoorziene omstandigheden voorbehouden’.²⁷ Arbiter oordeelde daarover dat een periode van 12 dagen vorst in de maand december niet aan te merken viel als een onvoorziene omstandigheid. Derhalve kwam deze omstandigheid voor risico van de ondernemer en werd een vergoeding op zijn plaats geacht.

Als de ondernemer vage prognoses geeft over de voortgang van de bouw en de opleverdatum is het mogelijk dat daardoor een verwachting ontstaat bij de verkrijgers en rijst de vraag of deze verwachting gerechtvaardigd is. De Raad oordeelde in een geschil dat dit niet het geval was en dat een mededeling houdende een prognose geen aankondiging van de oplevering in de zin van art. 14 lid 5 AV is.²⁸ Ook oordeelde hij dat de ondernemer niet op andere wijze wanprestatie leverde door de woning niet overeenkomstig de prognoses op te leveren. De prognoses, in dit geval gegeven in de nieuwsbrieven, noemden niet een zodanig zekere opleveringsdatum dat de verkrijgers zonder meer mochten aannemen dat hun woning voor afloop van de overeengekomen bouwtermijn zou worden opgeleverd. In de nieuwsbrief was zelfs de volgende zin opgenomen: ‘Hou er nadrukkelijk rekening mee dat dit een prognose is! Winter kan alles doen verstoren’. Arbiter oordeelde dat de zorgvuldigheid vordert dat de verkrijgers bij de ondernemer naar de juistheid van deze indruk informeren en eventueel een concrete opleverdatum overeenkomen.

BR 1996, p. 853, RvA 7 oktober 1996, nr. 18.538, RvA 15 oktober 1997, nr. 19.443, RvA 25 juli 2002, nr. 23.725, RvA 30 juni 2008, nr. 29.222, RvA 11 augustus 200, nr. 29.485.

24 Zie Bruggeman 2008, p. 115-118 over oplevering, ook over overschrijding van een aangekondigde oplevering: Venekatte 2001, p. 415.

25 RvA 28 mei 1999, nr. 20.221.

26 RvA 28 mei 1999, nr. 20.221. Vergelijkbaar: RvA 8 mei 2001, nr. 22.019.

27 RvA 25 maart 1998, nrs. 19.810-19.814.

28 RvA 3 februari 2000, nr. 21.954, BR 2000, p. 701.

Daarentegen was de mededeling dat ‘oplevering van de woning gepland staat in week 29’ en dat ‘de definitieve datum’ twee weken voor de oplevering wordt doorgegeven in de ogen van de arbiter niet zodanig vaag dat geen sprake was van een aangekondigde oplevering. Het gebruik van het woord ‘gepland’ en de aankondiging van een nader bericht kon en mocht worden begrepen als een verwijzing naar een nog nader op te geven exacte datum in week 29.²⁹

Uit het bovenstaande valt op te maken dat een prognose over de oplevering van de woning in beginsel geen aankondiging van de oplevering inhoudt. Bevat de prognose echter een opleverdatum of een indicatie van de week waarin zal worden opgeleverd, zonder dat een voorbehoud ten aanzien van die datum is gemaakt, dan is wel sprake van een aankondiging van de oplevering in de zin van art. 14 lid 5 AV.

11.3.2 Opneming

Na de uitnodiging of aankondiging tot oplevering zal de zogenaamde opneming plaatsvinden. Het begrip opneming is afkomstig uit de UAV³⁰ en wordt niet gebruikt in de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden, maar komt wel vaak terug in jurisprudentie van de Raad.³¹ Als na de opneming de woning door de verkrijger wordt goedgekeurd is er sprake van aanvaarding. De inontvangstname van de sleutels maakt na de goedkeuring de oplevering compleet.

Opneming houdt in dat het huis door beide partijen wordt gecontroleerd op gebreken of tekortkomingen. Over het algemeen zal een opname er als volgt aan toe gaan: de ondernemer en de verkrijger maken gezamenlijk een rondgang door de woning. Het is mogelijk dat een of beide partijen wordt vertegenwoordigd dan wel wordt vergezeld van eigen deskundigen. Bij de opneming heeft één van de of beide partijen, meestal de ondernemer maar ook vaak de vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis, een zogenaamd opnamerapport of proces-verbaal van opneming bij zich waarin alle tekortkomingen en gebreken worden opgenomen. De algemene voorwaarden spreken in art. 14 lid 4 AV van een ‘rapport’. Dit rapport kan een standaardformulier van de Vereniging Eigen Huis zijn, maar ook een ander model van de ondernemer zelf.³²

29 RvA 29 september 1999, nr. 20.659. Evenzo in RvA 8 juli 1996, nr. 17.882, BR 1996, p. 853 waarin datum en tijd van de oplevering per brief werden aangekondigd door de ondernemer.

30 Par. 10.2 UAV 1989.

31 De model opleveringsregeling 1991.I hanteerde de term ‘proces-verbaal van oplevering’.

32 Indien partijen het niet eens zijn over hetgeen als te herstellen gebreken en tekortkomingen in het rapport van oplevering moet worden opgenomen, moeten de verschillende standpunten ten aanzien van die punten, zoveel mogelijk gemotiveerd, worden opgenomen. De ondernemer mag niet weigeren bepaalde tekortkomingen op te nemen, ook niet als hij van mening is dat de verkrijger ‘onredelijk hoge eisen stelt’. Daarbij doet niet ter zake dat de oplevering daardoor langer duurt dan gemiddeld, zie RvA 18 december 2001, nr. 22.196.

Het rapport wordt na afloop van de ronde door beide partijen ondertekend, ongeacht de goedkeuring of afkeuring van de woning. Over het algemeen kan de verkrijger op het opnamerapport een hokje aanvinken waarmee wordt aangegeven of hij de woning goed of af keurt.

In hoofdstuk 12, § 12.5.1.1 wordt in het kader van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering geconstateerde gebreken, ingegaan op de status van het opleveringsrapport

Het komt voor dat de verkrijger ondanks herhaaldelijk verzoek van de ondernemer niet voldoet aan het verzoek tot opnemning. Dit gebeurt meestal als de verkrijger meent dat de woning nog niet opleveringsgereed is en opnemning zinloos is. De algemene voorwaarden en de koop-/aannemingsovereenkomst bevatten geen regeling over dit onderwerp. Onder de UAV 1989 kan, ingevolge § 9 lid 6 UAV bij het niet voldoen aan een verzoek tot opnemning, sprake zijn van een automatische goedkeuring. In Hoofdstukken Bouwrecht is opgenomen dat de regeling van de UAV 1989 analoog is toe te passen op overeenkomsten die geen regeling als de UAV kennen.³³ De schrijvers van Hoofdstukken Bouwrecht baseren zich hierbij op verschillende uitspraken van de RvA. De geschillen genoemd in Hoofdstukken Bouwrecht zijn echter niet van recente datum en hebben niet allemaal betrekking op de koop-/aannemingsovereenkomst. Wellicht dat deze uitspraken, mede in het licht van het voortschrijdend inzicht omtrent consumentenbescherming, niet altijd representatief voor de situatie onder de koop-/aannemingsovereenkomst waarbij sprake is van een consument-verkrijger. Zo bepaalde de Raad in een geschil uit 1959, en dus vóór het bestaan van de model koop-/aannemingsovereenkomst³⁴ dat nadat de crediteur niet had gereageerd op een door de debiteur verstuurd aangetekende sommatie om tot oplevering van het werk te komen, de ondernemer aan zijn verplichtingen had voldaan en de oplevering van het werk een feit was geworden. In een vergelijkbaar geval uit 1978 oordeelde de Raad³⁵ ook dat nadat de crediteur zonder schriftelijke opgave van redenen geweigerd had aan de opnemning van het werk deel te nemen de woning op de aangezegde datum als opgeleverd diende te worden beschouwd.

Tot een andere conclusie kwam de Raad³⁶ in een zaak uit 2001. Deze zaak handelde over aanneming van werk. Geoordeeld werd dat in een geval de verkrijger weigert tot opnemning over te gaan omdat hij meent dat de woning niet opleveringsgereed is, hij bij wél verschijnen haar bezwaren tegen oplevering met een kenbaar had kunnen maken. In dit concrete geval bracht het wegblijven door verkrijger niet met zich dat het werk door de ondernemer als opgeleverd mocht worden beschouwd, daarvoor zijn de gebreken zelf beslissend.

Het verschil tussen de uitspraken uit 1959 en 1978 en de uitspraak uit 2001 zou kunnen zitten in het volgende: de uitspraak uit 2001 betreft een aannemingsover-

33 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, nr. 34.

34 In een geschil uit 1959, uiteraard niet onder vigeur van de model koop-/aannemingsovereenkomst: RvA 1959, nrs. 2.982 en 3.093, Jaarverslag 1959, p. 80.

35 RvA 6 oktober 1978, nr. 8.665, BR 1979, p. 61.

36 RvA 5 juni 2001, nr. 23.345.

eenkomst tussen een consument en een aannemer. De uitspraken uit 1953 en 1978 zijn geschillen tussen niet-consumenten, of stammen uit een tijd waarbij consumentenbescherming nog geen factor van belang was. Dit zou kunnen suggereren dat de Raad in het geval van een consument-verkrijger milder oordeelt over diens niet verschijnen omdat hij zich waarschijnlijk niet bewust is van de verstrekkende gevolgen die dit kan hebben.

11.3.3 Aanvaarding

Om tot oplevering van de woning te komen zal de woning na het ter beschikking stellen door de ondernemer, door de verkrijger moeten worden aanvaard.³⁷ De verkrijger zal zich moeten uitspreken over de vraag of het werk door hem wordt aanvaard.³⁸ Onder de koop-/aannemingsovereenkomst leidt opneming van de woning, gevolgd door ondertekening van het proces verbaal van oplevering, niet houdende een afkeuring van het opgenomene, tot aanvaarding van de woning.

Voor een oplevering is, om een oplevering te zijn, niet noodzakelijk dat bepaalde woorden worden gebruikt. Uit de context kan worden afgeleid of er sprake is van een oplevering dan wel een andere handeling. In een geschil over de oplevering van aan appartement³⁹ stelden verkrijgers dat zij de opleveringslijst ‘voor gezien’ hadden getekend, en niet ‘voor akkoord’. Arbitreren oordeelde dat het appartement desondanks was opgeleverd. Een afwijzing of weigering van de woning zal in duidelijke bewoordingen moeten geschieden.

In een ander geschil⁴⁰ aanvaardden verkrijgers de woning wel maar ‘onder protest’. In dat geval was arbitreren van oordeel dat een aanvaarding onder protest ook een aanvaarding is, en dat de woning dus als opgeleverd moest worden beschouwd. Ook hieruit blijkt dus dat uitdrukkelijk moet worden gesteld dat de woning niet wordt aanvaard.

Bij de laatste de laatste uitspraak moet het volgende worden opgemerkt. Los van de vraag of de woning ‘opleveringsgereed’ was, dat was gezien de feiten wel het geval⁴¹, dienen arbiters bij een aanvaarding onder protest voorzichtig zijn met hun oordeel. Verkrijgers zijn zich om te beginnen waarschijnlijk niet altijd bewust van de consequenties van een aanvaarding. Zo kunnen zij vanaf dat moment bijvoorbeeld geen beroep meer doen op schadevergoeding wegens te late oplevering, terwijl het heel wel mogelijk is dat bij een aanvaarding onder protest nog werkzaamheden aan de woning moeten worden verricht die aan ingebruikname in de weg staan en dus kosten met zich kunnen brengen voor de verkrijgers. Tevens gaat de onderhoudsperiode na oplevering in, en als bewoners de woning niet kunnen

37 Art. 7:758 lid 1 BW, Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 126, Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 7 en ook Kleijn & Van Wijngaarden 1975, p. 222.

38 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 126

39 In RvA 23 november 2005, nr. 27.637

40 RvA 1 mei 2003, nr. 23.798.

41 De situatie was vergelijkbaar met die van RvA 28 oktober 2005, nr. 70.826, verderop beschreven en waarin arbiters ook van mening waren dat de woning opleveringsgereed was.

betrekken hebben zij ook minder gelegenheid om door en gedurende het gebruik van de woning tekortkomingen te constateren.

Naast het feit dat verkrijgers rechtsverlies kunnen leiden door een wellicht onterechte of te vroege aanvaarding moet er rekening mee worden gehouden dat verkrijgers er belang bij kunnen hebben de woning snel te aanvaarden, omdat zij bijvoorbeeld anders zonder woonruimte komen te zitten, en dat zij onder druk kunnen zijn gezet door de ondernemer die zijn woningen graag en binnen korte tijd opgeleverd wil zien. Een aanvaarding onder protest zal dus altijd kritisch door een arbiter moeten worden bekeken.

Doordat verkrijgers een belang kunnen hebben bij een tijdige oplevering kan het voorkomen dat zij daardoor minder kritisch kunnen zijn ten aanzien van eventuele gebreken dan wanneer zij in alle rust zouden handelen.⁴² Met andere woorden: mogelijk is er sprake van een niet overeenstemmen van wil en verklaring of gedraging van de verkrijger. In dat geval is die verklaring of gedraging juridisch mogelijk niet gelijk te stellen met een aanvaarding die leidt tot voltooiing van de oplevering. Onder die omstandigheden kan een 'aanvaarding onder protest' of een eerdere ingebruikneming mogelijk geen (impliciete) aanvaarding en goedkeuring inhouden. De ondernemer dient hierop bedacht te zijn en in voorkomende gevallen zekerheid dienen te verkrijgen. Het leerstuk van het gerechtvaardigd vertrouwen van art. 3:35 BW speelt hierbij een rol. Een voorbeeld van deze situatie wordt gevormd door het volgende geval. In een geschil voor de Raad⁴³ oordeelde deze dat ondanks opneming en daaropvolgende ingebruikname geen sprake was van oplevering. Arbiters oordeelden dat de verkrijger ingebruikname niet langer uit kon stellen doordat hij uit zijn oude (bedrijfs)pand moest verhuizen. Aan de ingebruikname kon dan ook geen gewicht worden toegekend. Dit had tevens te maken met de aard en de omvang van de bij opneming geconstateerde gebreken, waardoor niet van goedkeuring en oplevering gesproken kon worden.

Indien de verkrijger de woning niet aanvaardt, zal hij moeten aangeven waarom niet. Zowel de koop-/aannemingsovereenkomst als de algemene voorwaarden regelen, anders dan de UAV 1989 in § 9 lid 3⁴⁴ en het BW in art. 7:758 BW⁴⁵, niets op dit punt. Toch moet een dergelijke verplichting ook onder de model koop-/aannemingsovereenkomst worden aangenomen. In Hoofdstukken Bouwrecht is gesteld

42 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 37.

43 RvA 5 maart 1991, nr. 14.079.

44 § 9 lid 3 UAV 1989: Nadat het werk is opgenomen, wordt aan de aannemer binnen acht dagen schriftelijk medegedeeld, of het al dan niet is goedgekeurd, in het laatste geval met opgaaf van de gebreken, die de redenen voor de onthouding van de goedkeuring zijn. Wordt het werk goedgekeurd, dan wordt als dag van goedkeuring aangemerkt de dag waarop de desbetreffende mededeling aan de aannemer is verzonden

45 Art. 7:758 lid 1 BW: Indien de aannemer te kennen heft gegeven dat het werk klaar is om te worden opgeleverd en de opdrachtgever het werk niet binnen een redelijke termijn keurt en al dan niet onder voorbehoud aanvaardt dan wel onder aanwijzing van de gebreken weigert, wordt de opdrachtgever geacht het werk stilzwendend te hebben aanvaard. Na aanvaarding wordt het werk als opgeleverd beschouwd.

dat ook indien over het afwijzen van de woning niks is opgenomen, de mededeling van niet-goedkeuring met redenen moet zijn omkleed.⁴⁶ Het onthouden van goedkeuring, zonder (voldoende) opgave van redenen staat volgens Hoofdstukken Bouwrecht gelijk aan de weigering zich over goedkeuring uit te spreken. Analoog aan § 9 lid 5 en 6 UAV en het BW zou de ondernemer daarom de verkrijger kunnen sommeren zich over de redenen van niet-goedkeuring uit te spreken. Indien daar niet aan wordt voldaan, zou automatische goedkeuring het gevolg zijn.

Hoe gedetailleerd en goed onderbouwd de weigering tot goedkeuring omschreven dient te worden, is soms een punt van discussie. In een geschil dat beheerst werd door de UAV bepaalde de Raad dat het enkel per brief vermelden dat de goedkeuring wordt onthouden en dat ‘partijen wel weten over welke gebreken het gaat’ geen voldoende onderbouwing is.⁴⁷

Uit jurisprudentie van de Raad blijkt dat bij geschillen onder de koop-/aannemingsovereenkomst voor een onderbouwing van de redenen voor weigering bijna altijd wordt verwezen naar het opleveringsrapport.⁴⁸

Naast het feit dat de onderbouwing van de niet-goedkeuring dient te deugen, dient de weigering terecht te zijn. Aangenomen dat er geen gebreken zijn die aan de ingebruikneming in de weg staan, is een weigering terecht indien de verkrijger onvoldoende zekerheid heeft dat de gebreken worden hersteld.⁴⁹ Indien geen onderhoudsperiode is overeengekomen dient de ondernemer voor nakoming van de verplichting tot herstel zekerheid te stellen.⁵⁰ In het geval van de model koop-/aannemingsovereenkomst is wel een onderhoudsperiode overeengekomen. Weigering tot oplevering wegens dit laatste criterium zal dus niet voorkomen.

Ten tweede is van een terecht niet goedkeuren van de woning sprake indien de woning niet geheel voor bewoning gereed is. In art. 5 lid 1 KA verbindt de ondernemer zich namelijk de woning geheel voor bewoning gereed op te leveren aan de verkrijger.

De vraag rijst wanneer de woning geheel voor bewoning gereed is. De Raad heeft in een groot aantal gevallen uitspraak gedaan over deze vraag. Over het algemeen is de vraag of sprake is van een voor bewoning gereed zijnde woning afhankelijk van de omstandigheden en dus zeer casuïstisch. In meer algemene zin oordeelde de Raad⁵¹ dat ‘ingeval de bedoelde gebreken zodanig in aard en omvang zijn dat deze de ingebruikneming in de weg staan, in de rede ligt daar de woning niet voor oplevering wordt aanvaard c.q. de sleutel niet wordt aanvaard’.⁵² Of er

46 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 35.

47 RvA 10 april 1996, nr. 17.883.

48 RvA 1975, Jaarverslag 1975, BR 1977, p. 960, RvA 21 januari 1982, BR 1982, p. 531, indirecte veerwijzigingen naar het rapport in: RvA 28 juni 1983, nr. 10.740, Jaarverslag 1983, p. 116, RvA 10 november 1989, nr. 14.119, BR 1990, p. 857, RvA 24 november 2003, nr. 23.206,

49 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 36.

50 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 36 en de daar genoemde uitspraken

51 In zijn uitspraak van 14 augustus 1995, nr. 17.112.

52 Zie ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 36.

sprake is van gebreken van zodanige aard dat deze ingebruikneming in de weg staan, is vaak een punt van discussie tussen partijen.

Zo oordeelde de Raad⁵³ over de vraag wat onder ‘opleveringsgereed’ moet worden verstaan dat vanaf de datum van oplevering verkrijgers gebruik moeten kunnen maken van de woning, in die zin dat de door hen ingeschakelde derden die nog werkzaamheden moesten verrichten in het huis (het plaatsen van een keuken, sanitair, sausen van muren en het leggen van natuurstenen vloeren) aan de slag kunnen. Niet uitsluitend bepalend was, volgens arbiter, of de opleveringsgebreken binnen de afgesproken 15 werkbare werkdagen konden worden hersteld, maar mede of de gebreken de verkrijgers belemmerden in de verdere afbouw van de woning. Dit ligt natuurlijk anders in gevallen waarin partijen zijn overeengekomen dat keukens en sanitair al geleverd en geïnstalleerd zullen worden door de ondernemer.

De meeste geschillen gaan over de vraag welke gebreken en hoeveel gebreken een huis ongeschikt voor oplevering maken. Een lange lijst gebreken met ondergeschikte tekortkomingen, staat doorgaans de oplevering niet in de weg. Er is pas sprake van het niet gereed zijn voor bewoning indien de omvang en/of de aard van de gebreken ernstig is.⁵⁴ Zoals gezegd zijn de meeste uitspraken zeer casuïstisch. Over het algemeen valt echter het volgende uit de uitspraken op te maken.

Het ontbreken van tegelwerk, sanitair en het nog moeten afwerken van de vloeren zorgt ervoor dat de woning niet voor bewoning gereed is.⁵⁵ Het ontbreken van onderdelen die aan gebruik in de weg staan zoals een gasaansluiting⁵⁶ en een scheidingswand⁵⁷ zorgen er voor dat de woning niet voor bewoning gereed is. Hetzelfde geldt voor veiligheidsnormen die nog niet gerealiseerd zijn bijvoorbeeld door het ontbreken van een brandmeldinstallatie. Dit heeft met name te maken met de overgang van het risico en de onverzekerbaarheid van het pand.⁵⁸

Gebreken die wel kluswerk met zich brengen, maar er niet voor zorgen dat de woning niet gebruikt kan worden als woning, staan niet in de weg aan oplevering. Zo staan vochtdoorslagen⁵⁹ en werkzaamheden aan de waterpartij op het perceel⁶⁰, niet aan oplevering in de weg.

53 RvA 28 oktober 2005, nr. 70.826.

54 Zie hierover onder andere RvA 8 juni 2001, nr. 22.021, BR 2001, p.71 waarbij 58 geconstateerde gebreken oplevering niet in de weg stonden en RvA 8 mei 2001, nr. 22.019 waarbij 46 gebreken oplevering niet in de weg stonden.

55 RvA 6 juli 2000, nr. 22.130, BR 2001, p. 71, RvA 24 mei 2005, nr. 22.144.

56 RvA 21 augustus 1998, nr. 19.950, RvA 18 april 2006, nr. 28.236.

57 RvA 22 november 1999, nr. 20.933.

58 RvA 5 juni 2001, nr. 23.345. Het betrof in dit geval een geschil met betrekking tot een aannemingsovereenkomst.

59 RvA 2 juni 2003, nr. 23.438.

60 RvA 24 april 2003, nr. 24.707. Arbiter baseerde zich bij zijn oordeel (deels) op een clause waarin was opgenomen dat de werkzaamheden aan de waterpartij na oplevering van de woning zouden plaatsvinden, echter, zelfs zonder een dergelijke clause zou ik het gemis van de waterpartij een tekortkoming vinden dat niet aan bewoning in de weg staat.

In een geschil⁶¹ waarbij de UAV 1989 van toepassing waren, oordeelde arbiters dat ook het herstel van het gebrek van invloed is op de ernst van het gebrek. Bij de beoordeling van de vraag of een gebrek aan ingebruikneming in de weg staat, zijn het gebrek en het herstel ervan onlosmakelijk met elkaar verbonden. Gewoonlijk brengt herstel enige belemmering in het gebruik met zich, maar mogelijk is dat herstel van de gebreken zodanige hinder in het gebruik met zich brengt dat deze aan ingebruikneming in de weg staat. Het standpunt van de verkrijger, dat herstel van de gebreken het best zal kunnen plaatsvinden als de woning nog niet daadwerkelijk bewoond is, betekent niet dat deze niet voor bewoning gereed is.⁶² Hieruit valt af te leiden dat het moet gaan om herstel dat daadwerkelijk aan ingebruikneming in de weg staat.⁶³

In een geschil⁶⁴ waarin verkrijger van mening was dat zijn woning niet gereed was voor oplevering stelde de ondernemer dat verkrijger zich moesten schikken naar het standpunt van zijn eigen adviseur, een deskundige van de Vereniging Eigen Huis, die van mening was dat de woning wél opleveringsgereed was. Arbiters oordeelde dat dit niet op ging. Het staat verkrijger vrij af te wijken van het advies van de door hemzelf ingeschakelde bouwkundig adviseur. De adviseur vervult niet meer dan een adviserende rol. Verkrijgers kregen daarnaast ook van arbiters gelijk in hun stelling dat de woning niet opleveringsgereed was.⁶⁵

Bij niet-goedkeuring kan de ondernemer akkoord gaan met de door de verkrijger aangedragen bezwaren en verder gaan met de voltooiing van het werk. Als de ondernemer van mening is dat de woning op een bepaald moment wel opleveringsgereed is, kan hij weer een aankondiging tot oplevering doen. Volgens Hoofdstukken Bouwrecht⁶⁶ moet daarbij in het oog worden gehouden dat bij een hernieuwde opneming alleen goedkeuring aan het werk mag worden onthouden indien de gebreken die aanleiding vormden tot de eerste niet-goedkeuring niet zijn hersteld. Ook al is dit niet met zoveel woorden in de koop-/aannemingsovereenkomst bepaald, de ratio brengt met zich dat dát wat in de UAV wel is bepaald, ook voor andere modelvoorwaarden zal moeten gelden, aldus Hoofdstukken Bouwrecht. Daarbij wordt wel opgemerkt dat indien er sprake is van standaardvoorwaarden zonder directie rekening moet worden gehouden met de deskundigheid van de verkrijgers.⁶⁷

Er is een geschil als de ondernemer niet akkoord gaat met de weigering tot goedkeuring en oplevering door de verkrijger.

61 RvA 29 juli 2003, nr. 70.534.

62 RvA 18 december 2001, nr. 22.196.

63 Bijvoorbeeld het (grootschalig) herstel aan vloeren zoals in RvA 7 november 2003, nr. 25.893.

64 RvA 7 november 2003, nr. 25.893.

65 De staat van de vloeren was zodanig slecht dat deze in belangrijke mate vervangen moesten worden (r.o. 17).

66 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, nr. 36

67 Zie hieromtrent RVA 16 december 1982, nr. 9.473, TvA 1983/5, p. 169.

Na opneming en aanvaarding maakt de inontvangstname van de sleutels de oplevering compleet.⁶⁸ Onder de datum van oplevering wordt dan ook verstaan de dag waarop de verkrijger de sleutels heeft ontvangen, nadat het rapport van eventuele tekortkomingen is opgemaakt en door of namens beide partijen is ondertekend.⁶⁹ Door het afgeven van de sleutels door de ondernemer verkrijgt de verkrijger de feitelijke macht over de zaak. De goedkeuring, door middel van ondertekening van het rapport, hoeft niet samen te vallen met de afgifte van de sleutels. Afgifte van de sleutels, en daarmee dus de oplevering, kan ook later plaatsvinden.⁷⁰

De rechtsgevolgen van de oplevering worden behandeld in § 6.

11.3.4 Aankondiging, opneming en aanvaarding in het BW

In art. 7:758 BW is enkel opgenomen dat de ondernemer de opdrachtgever te kennen moet geven dat het werk klaar is om te worden opgeleverd en te worden gekeurd. De verkrijger dient de het werk daarna, op straffe van rechtsverlies, binnen een redelijke termijn te keuren en te aanvaarden of weigeren. Zowel de mededeling dat het werk gereed is als de aanvaarding kunnen in elke vorm geschieden.⁷¹ De vraag of oplevering heeft plaatsgevonden dient te worden beoordeeld aan de hand van de 'Haviltexnorm', aldus het Hof Amsterdam in een uitspraak over art. 7:758 BW.⁷²

Gaat de verkrijger niet over tot keuring en aanvaarding (of weigering) dan wordt de opdrachtgever geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard.⁷³ Ook de UAV 1989 en de UAV-gc 2005 kennen de mogelijkheid van stilzwijgende oplevering.⁷⁴ Art. 7:758 lid 1 BW houdt geen verplichting in van de verkrijger om aan de oplevering haar medewerking te verlenen, maar de sanctie dat bij het uitblijven van goedkeuring sprake is van stilzwijgende aanvaarding is een prikkel voor de verkrijger om zich uit te spreken over het werk.⁷⁵

Wat een redelijke termijn is waarbinnen tot keuring en aanvaarding dient te worden overgegaan, hangt af van de omstandigheden van het geval en het gebruik.⁷⁶ Bij werken die makkelijk gecontroleerd kunnen worden kan deze termijn kort zijn, of soms zelfs ontbreken.⁷⁷

68 Art. 14 lid 4 AV bepaalt dat de oplevering bestaat uit het opmaken van het rapport en de overhandiging van de sleutels. Zie ook RvA 30 juni 2008, nr. 29.222.

69 Zie onder andere ook RvA 8 mei 2001, nr. 22.019 en RvA 18 februari 2003, nr. 23.480 en ook artikel 14 lid 4 AV.

70 Zie hierover ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 32.

71 Hof Amsterdam 5 juli 2007, rolnr. 1708/06.

72 Ibid.

73 Aldus lid 1 van art. 7:758 BW.

74 Asser- van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 126.

75 Asser- van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 126.

76 MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p.28.

77 Ibid.

De oplevering zoals omschreven in de artt. 7:750 BW en 7:758 BW is niet speciaal geschreven voor de rechtsverhouding tussen consumenten en (professionele) ondernemers.⁷⁸ Onder de koop-/aannemingsovereenkomst kan als gevolg van de hierboven beschreven procedure van art. 14 AV geen sprake zijn van stilzwijgende aanvaarding. Als partijen echter niets anders zijn overeengekomen omtrent oplevering, is de regeling in het BW wel van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen een consument-verkrijger en een ondernemer.⁷⁹ Het feit dat de wettelijke regeling een stilzwijgende aanvaarding van de woning mogelijk acht, kan voor consumenten die zich niet realiseren dat zij daarmee hun recht op herstel van opleveringsgebreken kunnen verliezen, nadelig zijn.⁸⁰ Dit is af te raden uit het oogpunt van consumentenbescherming.

11.4 OPLEVERING VAN APPARTEMENTEN

De oplevering van appartementencomplexen bestaat uit twee verschillende opleveringen. De eerste oplevering betreft die van de privégedeelten. De tweede betreft de oplevering van de gemeenschappelijke ruimten en zaken, ook wel algemene oplevering genoemd.⁸¹

11.4.1 Oplevering van de privégedeelten

De procedure van oplevering en de daaraan gestelde eisen is bij de oplevering van de privégedeelten van de appartementencomplexen identiek aan die van de in § 3 beschreven procedure van de eengezinswoningen. Daarbij zij echter opgemerkt dat lid 4 van art. 14 AV aan de gemeenschappelijke ruimten nog een extra eis in het kader van de oplevering van de privégedeelten noemt.

Art. 14 lid 4 AV appartementen

Als datum van oplevering van het privé-gedeelte geldt in de koop-/aannemingsovereenkomst het tijdstip, waarop de verkrijger, nadat rapport van eventuele tekortkomingen is opgemaakt en door of namens beide partijen is getekend, de sleutels voor dat privé-gedeelte in ontvangst heeft genomen, en de ten dienste van dat privé-gedeelte staande gemeenschappelijke gedeelten en zaken veilig en blijvend benut kunnen worden. De datum van oplevering moet door de ondernemer tenminste veertien dagen tevoren schriftelijk aan de verkrijger worden medegedeeld.

In dit vierde lid wordt vermeld dat de gemeenschappelijke gedeelten en zaken *bij oplevering van de privégedeelten* veilig en blijvend benut moeten kunnen worden.

78 Dit in tegenstelling tot enkele andere bepalingen in afdeling 7.12 waar wel speciale bepalingen omtrent de aanneming van werk voor consumenten is opgenomen.

79 Zie ook Bruggeman 2008, p. 110.

80 Hierover is (nog) geen jurisprudentie bekend. Dit komt waarschijnlijk omdat de meeste consumentenovereenkomsten niet gesloten onder deze voorwaarden maar met behulp van de model koop-/aannemingsovereenkomst, waarin dit anders is geregeld.

81 Volgens art. 14 lid 6 AV.

De mogelijkheid de gemeenschappelijke ruimten veilig en blijvend te kunnen benutten, is onderdeel van de oplevering van de privégedeelten. Indien de algemene ruimten niet voldoen aan die eis is de oplevering van de privégedeelten niet compleet.⁸²

Enkele voorbeelden: Met betrekking tot dit veilig en blijvend benutten overwoog de Raad⁸³ in een geschil dat het ontbreken van een slagboom voor de gemeenschappelijke parkeerplaats geen valide argument was om niet tot oplevering van het appartement in te stemmen. Volgens arbiter kan deze slagboom niet worden gerekend tot de gemeenschappelijke gedeelten en zaken die ten dienste van het privé-gedeelte staan en die op het tijdstip van de oplevering veilig en blijvend moeten kunnen worden benut. De klacht over het ontbreken van deze slagboom moet derhalve worden opgeworpen bij de algemene oplevering.

In een ander geschil oordeelde de Raad⁸⁴ dat gemeenschappelijke ruimten niet veilig en blijvend benut konden worden, omdat het appartementencomplex op onderdelen in strijd was met het Bouwbesluit, o.a. met betrekking tot de eisen van brandveiligheid. Ook de mededeling van de verkoper dat het privégedeelte vanaf een bepaalde dag 'op redelijke wijze bereikbaar was' leidde volgens de arbiter niet tot de conclusie dat er sprake kon zijn van oplevering op die datum.⁸⁵ Vergelijkbaar met deze uitspraak is een uitspraak van de Raad uit 2005⁸⁶ waarin de trap en de lift niet gereed waren en de parkeerkelder niet voldeed aan de eisen van brandveiligheid. De aanwezigheid van een noodtrappenhuis maakte dit niet anders nu deze niet tegen de regen was afgedekt en de overige gebreken al aan oplevering in de weg stonden. In beide uitspraken lijkt het zo te zijn dat de eisen van brandveiligheid het zwaarst wegen in de overweging van arbiter. Dat blijkt ook uit het volgende geschil⁸⁷ waarin de oplevering van het privégedeelte plaatsvond op het moment dat de lift in bedrijf werd gesteld. Dat daarna in de gangen nog bouwmaterialen lagen opgeslagen en dat er nog bouwvakkers rondliepen betekende volgens de arbiter niet dat de gangen niet blijvend en veilig benut konden worden.

Het niet opgeleverd zijn van de gemeenschappelijke is geen bewijs dat deze ruimten ook niet 'veilig en blijvend benut kunnen worden'. Arbiter oordeelde dit, mijns inziens volkomen terecht in een geschil uit 2003.⁸⁸ Oplevering van gemeenschappelijke ruimten vindt vaak later plaats dan de oplevering van de privé gedeelten omdat deze veel meer omvat dan de eis van veilig en blijvend benutten.

82 Zie RvA 14 oktober 1998, nr. 19.653 en impliciet ook RvA 29 april 1997, nr. 19.408.

83 RvA 22 maart 1995, nr. 16.777.

84 RvA 29 april 1997, nr. 19.408.

85 RvA 29 april 1997, nr. 19.408. Vergelijkbaar 9 mei 2003, nr. 25.374 waarin de trap en de lift niet gereed waren en de parkeerkelder niet voldeed aan de eisen van brandveiligheid. De aanwezigheid van een noodtrappenhuis maakte dit niet anders nu deze niet tegen de regen was afgedekt en de overige gebreken al aan oplevering in de weg stonden.

86 RvA 9 mei 2003, nr. 25.374.

87 RvA 14 september 1993, nr. 15.767.

88 RvA 7 augustus 2003, nr. 23.383.

11.4.2 Oplevering gemeenschappelijke ruimten

De oplevering van de gemeenschappelijke gedeelten vindt op een ander tijdstip en op andere wijze plaats dan die van de privégedeelten. Zoals reeds eerder gemeld heeft de in de koop-/aannemingsovereenkomst genoemde bouwtijd uitgedrukt in een aantal werkbare werkdagen geen betrekking op de gemeenschappelijke ruimten van appartementencomplexen maar slechts op de afzonderlijke privégedeelten.⁸⁹ Voor deze ruimten geldt de aparte regeling van art. 14 lid 6 AV.

Art. 14 lid 6 AV Appartementen

Onder algemene oplevering wordt in de koop-/aannemingsovereenkomst verstaan de oplevering van de gemeenschappelijke gedeelten en de gemeenschappelijke zaken door de ondernemer aan de verkrijgers, nadat rapport is opgemaakt van eventuele tekortkomingen, welk rapport door of namens partijen is getekend. Ook deze datum moet door de ondernemer tenminste veertien dagen tevoren schriftelijk aan de verkrijgers worden medegedeeld.

Voor oplevering van de algemene gedeelten wordt in de voorwaarden geen termijn gegeven. Ook deze oplevering dient volgens het zesde lid veertien dagen van tevoren schriftelijk aan de verkrijgers te worden medegedeeld. Bij de oplevering wordt net als bij de gewone procedure een rapport opgemaakt, dat namens partijen wordt ondertekend.

De opnemings- en ondertekening van het rapport zal doorgaans plaatsvinden door of namens de VvE van het betreffende complex. Bij de oplevering van de gemeenschappelijke ruimten zullen gebreken en tekortkomingen op dezelfde wijze als bij oplevering van de privégedeelten worden genoteerd en daarna verholpen. Wat de criteria zijn voor het opleveringsgereed zijn van de algemene ruimten, wordt niet in de koop-/aannemingsovereenkomst of de algemene voorwaarden behandeld. Ook hier zal dat, net als in het geval van een oplevering bij eengezinshuizen of privégedeelten van appartementencomplexen, afhangen van de omvang en de aard van de gebreken. Oplevering van de algemene ruimten is daarbij alleen afhankelijk van goedkeuring in het opnemingsrapport en niet van de inontvangstname van sleutels. Dit is immers bij algemene ruimten onmogelijk.

Op de vraag of het in art. 15 AV genoemde recht op inhouding van de laatste 5% van de aanneemsom ook van toepassing is op gebreken aan de gemeenschappelijke delen van appartementen wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 7, § 1.6.4.

11.5 ANDERE MANIEREN VAN OPLEVERING

In de praktijk houdt niet iedereen zich aan de hierboven geschetste procedure. Dit niet volgen van deze procedure hoeft aan de oplevering van de woning niet in de weg te staan.

⁸⁹ Zie o.a. RvA 3 november 1999, nr. 20.798, BR 2000, p. 143.

Zo kan ingebruikname door de verkrijger zonder dat opname of goedkeuring van het werk plaatsvindt toch leiden tot oplevering van de woning. Daarnaast is het mogelijk dat geen sleutels worden afgegeven of dat deze worden geweigerd door de verkrijger terwijl toch geoordeeld wordt dat er sprake is van een oplevering. Hieronder worden achtereenvolgens deze verschillende a-typische opleveringssituaties behandeld.

11.5.1 Ingebruikname van de woning

In zeldzame gevallen kan ingebruikname worden aangemerkt als een gedraging waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de verkrijger het werk heeft willen goedkeuren en dat opgeleverd is.⁹⁰ In die gevallen waarin sprake is van een consumentenverhouding en gebruik van de koop-/aannemingsovereenkomst moet dit niet al te snel worden aangenomen aangezien van een leek niet altijd verwacht mag worden dat hij de consequenties van de ingebruikname (zonder opneming en aanvaarding) inziet.

Omdat de oplevering van een eengezinswoning en de privégedeelten van de appartementen in de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden is geregeld, zal een ingebruikname zonder oplevering zich niet snel voordoen.

De oplevering van de gemeenschappelijke ruimten is echter niet geregeld in de model overeenkomst en derhalve kan het zich daar nog wel eens voordoen dat die ruimten zonder oplevering in gebruik worden genomen. In een geschil omtrent ingebruikname van de gemeenschappelijke ruimte oordeelde de Raad⁹¹ dat door de ingebruikname, zonder een tijdig reclameren voor gebreken, de ruimten als aanvaard moesten worden beschouwd. Er was geen sprake geweest van opneming, goedkeuring en formele oplevering van de ruimten. Arbitreren oordeelde niet over de vraag óf was opgeleverd maar wel over de gevolgen van de ingebruikname. Het was aan de VvE om binnen redelijke termijn na ingebruikname van de gemeenschappelijke delen, danwel binnen redelijke termijn na oplevering van het merendeel van de privégedeelten, te wijzen op de aan het werk klevende gebreken.⁹² Nu de VvE dit had nagelaten had zij geen aanspraak meer op herstel van de gebreken daar zij die bij ingebruikname als zodanig geacht worden te zijn aanvaard. Een beslissing waar e.e.a op valt af te dingen. Ten eerste omdat ingebruikname niet hoeft te betekenen dat ook sprake is van goedkeuring. De aansprakelijkheid van de ondernemer wordt immers veroorzaakt door de aanwezige gebreken die hem zijn toe te rekenen, en niet door het wel of niet maken van en opnamerapport. Dat brengt met zich dat de ondernemer aansprakelijk kan worden gehouden voor de bij ingebruikname geconstateerde gebreken.⁹³ Ten tweede omdat gemeenschappe-

90 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 8, en nr. 37.

91 RvA 3 juli 2001, nr. 22.122.

92 Zie ook Rb Amsterdam 20 januari 1965, BR 1965, p. 98.

93 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, p. 420, waarbij het gaat om aan-neming van werk. Dit stond ook zo in de model opleveringsregeling, waar bepaald was in art. 4.4 dat ingebruikname zonder dat de opleveringsprocedure is voltooid de eis van oplevering niet doet vervallen en de werking van de model opleveringsrege-

lijke ruimten nu eenmaal altijd ‘in gebruik worden genomen’ na oplevering van de privégedeelten, deze zijn namelijk simpelweg niet te bereiken zonder gebruik te maken van een gemeenschappelijke hal of lift.⁹⁴ Een derde argument zou kunnen zijn dat de oplevering van gemeenschappelijke ruimten niet in de overeenkomst is geregeld en verkrijgers zich (als leek) mede daarom niet bewust hoeven te zijn van het feit dat het zonder formele oplevering in gebruik nemen van de ruimten gevolgen kan hebben voor hun rechtspositie.

De algemene voorwaarden bevatten in art. 21 AV het verbod de woning voor oplevering in gebruik te nemen. Over dit onderwerp gaat § 11.6.1 van dit hoofdstuk.

11.5.2 Oplevering zonder afgifte sleutels

Het kan gebeuren dat de verkrijger na de opname weigert de sleutels in ontvangst te nemen, omdat hij de woning niet opleveringsgereed acht. Dit is onder de huidige regeling een vorm van niet-oplevering, maar dat werd niet altijd zo gezien: de algemene voorwaarden bij de koop-/aannemingsovereenkomst van 1989 bevatte daarvoor in art. 15 lid 4 AV de volgende zin: ‘indien de verkrijger de sleutels niet in ontvangst neemt, geldt als datum van oplevering het tijdstip waarop de woning volgens een verklaring van de gemeente voor bewoning/gebruik gereed is gekomen.’

In de algemene voorwaarden van ná 1989 werd deze zin niet meer opgenomen. Indien onder deze voorwaarden de verkrijger weigert de sleutels in ontvangst te nemen, wordt door de gemeente geen verklaring meer afgegeven. Wat er dan wel moet gebeuren ingeval van weigering van de sleutels wordt niet in de regeling behandeld.

In een geschil onder de nieuwe voorwaarden waarbij de verkrijger weigerde de sleutels in ontvangst te nemen, oordeelde de Raad⁹⁵ dat als de gebreken zodanig in aard en omvang zijn dat deze de ingebruikneming in de weg staan, het in de rede ligt dat de woning niet voor oplevering wordt aanvaard c.q. de sleutel niet wordt aanvaard. Hieruit valt op te maken dat indien de weigering van de in ontvangst name van de sleutels terecht is, er geen oplevering plaatsvindt.⁹⁶

De Raad⁹⁷ oordeelde anders in een geschil waarbij ondanks het niet afgeven van de sleutels wel oplevering werd geacht te hebben plaatsgevonden. De Raad kwam tot dit oordeel omdat beide partijen het opleveringsrapport hadden ondertekend en de verkrijger daarnaast in een brief aan de ondernemer uitdrukkelijk sprak van de (volgens hem) plaatsgevonden oplevering. Dit lijkt mij een niet alledaags geval. Over het algemeen zal gezien de formulering van de overeenkomst en juris-

ling onaangetast laat.

94 Het komt voor dat de gemeenschappelijke ruimten eerder worden opgeleverd dan de privégedeelten, maar in dat geval speelt het hier beschreven probleem niet omdat dan immers al formeel is opgeleverd.

95 RvA 14 augustus 1995, nr. 17.112.

96 Zie in dit geval ook RvA 1 december 1999, nr. 21.060.

97 RvA 21 oktober 1999, nr. 20.690.

prudentie op dit punt moeten worden aangenomen dat oplevering plaatsvindt door afgifte van de sleutels.

11.5.3 De voorschouw of vooropname

De koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden kennen geen voorschouw of vooropname. Andere termen kunnen zijn vooroplevering of voorronde. Ook kent de regeling slechts één oplevering en geen ‘eerste’ of ‘tweede’ oplevering.⁹⁸ Zowel in het geval van een voorschouw en een daarna zogenaamde definitieve oplevering, als in het geval van het eerst opnemen en opleveren en daarna na de onderhoudsperiode andermaal opnemen en een ‘tweede keer opleveren’, is er sprake van een verwarrende en onjuiste terminologie. Ten onrechte suggereren dergelijke termen dat sommige of alle rechtsgevolgen die aan de eigenlijke oplevering zijn verbonden niet dan maar bij de ‘tweede’ oplevering intreden.⁹⁹

De term ‘oplevering’ dient uitsluitend gereserveerd te worden voor de in § 11.3 beschreven procedure van opneming en overdracht van de sleutels.¹⁰⁰

De voorschouw is een a-typische situatie in de procedure van oplevering bij het toepasselijk zijn van de koop-/aannemingsovereenkomst en AV. Een voorschouw is mogelijk, maar deze heeft in principe geen rechtsgevolgen, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Bij de hantering van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden komt dit echter niet vaak voor.

Veel verwarring ontstaat als de ene partij denkt dat het om een definitieve opneming en oplevering gaat en de andere partij meent dat er slechts sprake is van een voorschouw.

Of er sprake is van een definitieve oplevering hangt af van datgene wat partijen onderling zijn overeengekomen dan wel indien er sprake is van een ontbreken van een met een verklaring of gedraging overeenstemmende wil bij een van partijen, wat de andere partij mocht verwachten. Wat partijen zijn overeengekomen of mochten verwachten, is onder andere afhankelijk van de inhoud en vorm van de uitnodiging tot opneming danwel voorschouw.

98 Daar waar het gaat om de oplevering van appartementencomplexen is wel sprake van twee opleveringen. Het gaat hier echter om echte opleveringen, immers van het algemene gedeelte en het privégedeelte, zie hierover § 11.4. In RvA 2 april 2002, nr. 22.590 spraken partijen over een eerste en een tweede oplevering. De eerste oplevering betrof echter de daadwerkelijke oplevering, de tweede was een ‘oplevering’ aan het einde van de onderhoudsperiode. Het geschil betrof de vraag of de laatste termijn van de aanneemsom reeds verschuldigd was door verkrijgers. Nu partijen uitdrukkelijk hadden afgesproken dat de laatste termijn pas na de tweede oplevering (aan het einde van de onderhoudsperiode) door de notaris zou worden doorgestort, was het voor de ondernemer wachten op het moment waarop de tweede opneming had plaatsgevonden

99 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 30. Zie ook RvA 25 augustus 2003, nr. 24.277.

100 Zie ook RvA 5 april 2001, nr. 22.561, BR 2002, p. 532.

Zo levert de expliciete vermelding van de term ‘oplevering’ in de uitnodiging tot opneming het vermoeden op dat er sprake is van een definitieve opneming. En ook de mededeling dat de trappen zullen zijn geveegd en ruimte stofvrij zal worden gemaakt en dat de garantiebewijzen zullen worden afgegeven levert dit vermoeden op. Ook als het uiteindelijke rapport spreekt van een ‘vooropname’ is er, indien de aard van de genoteerde gebreken een definitieve oplevering niet in de weg staan, sprake van oplevering.¹⁰¹

11.5.4 De sleutelovereenkomst

Een andere a-typische situatie in de beschreven procedure van oplevering is die van het gebruik van een sleutelovereenkomst. De sleutelovereenkomst is een overeenkomst waarbij de woning nog niet wordt opgeleverd maar wel de sleutel al aan verkrijgers wordt afgegeven, bijvoorbeeld om werkzaamheden in de woning te verrichten. Een sleutelovereenkomst wordt niet afgegeven voor bewoning door de verkrijgers, dit vereiste wordt vaak expliciet in de sleutelovereenkomst opgenomen en is ook vrij logisch, immers als de woning bewoond kan worden is hij ook gereed voor oplevering. Een oplevering van de woning maakt dan het sluiten van een sleutelovereenkomst overbodig. Deze sleutelovereenkomst staat niet in de weg aan het volgen van de opleveringsprocedure zoals omschreven in de paragrafen 3 en 4.

Op grond van art. 19 lid 1 AV is de verkrijger niet gerechtigd de woning voor de oplevering en voordat de door hem verschuldigde betalingen hebben plaatsgehad, in gebruik te nemen behoudens schriftelijke toestemming van de ondernemer. Bij overtreding hiervan is de verkrijger voor elke dag dat de overtreding voortduurt aan de ondernemer een vergoeding verschuldigd van vijf/tiende promille van de aanneemsom zonder dat hiervoor enige ingebrekestelling is vereist. Over de ingebruikname voor oplevering zonder toestemming gaat § 11.6.1 van dit hoofdstuk.

Indien vooraf wel schriftelijk toestemming is gegeven door de ondernemer kan door hem geen aanspraak worden gemaakt op de vergoeding. Deze schriftelijke toestemming wordt vaak in de vorm van een zogenaamde sleutelovereenkomst of sleutelverklaring gegeven. In deze overeenkomst wordt opgenomen dat verkrijgers de sleutels ontvangen, maar dat dit (uitdrukkelijk) niet als een oplevering moet worden gezien en dat het onroerend goed voor risico van de ondernemer blijft.¹⁰²

In twee situaties is het gebruik van een sleutelovereenkomst denkbaar:

- de woning is gereed voor oplevering maar pas daarna verkocht (door middel van een koop-/aannemingsovereenkomst of een koopovereenkomst). Voordat de juridische levering plaatsvindt wil de verkrijger alvast werkzaamheden in de

101 RvA 24 februari 2003, nr. 23.581, BR 2003, p. 253.

102 De overeenkomst kan ook andere bepalingen bevatten maar komt in het algemeen hierop neer. Zie onder ander RvA 27 november 2001, nr. 23.154, BR 2003, p. 251.

woning verrichten. De ondernemer kan in zo'n geval door middel van een sleutelovereenkomst de verkrijger al toegang tot de woning verschaffen.

- De woning is nog niet opleveringsgereed maar de verkrijger wil toch al werkzaamheden in de woning verrichten of door derden laten verrichten. Ook in zo'n geval kan een sleutelovereenkomst uitkomst bieden. Goed denkbaar is dat in geval van een vertraagde (aangekondigde) oplevering of een weigering van een eerste oplevering de ondernemer welwillende is in het verstrekken van een sleutel omdat het de verkrijger door de vertraagde oplevering in tijdnood komt.

Het afgeven van de sleutels heeft consequenties voor de risico-overgang omdat de verkrijger al voor hij in het bezit van de woning heeft, al de woning kan gebruiken (waarover meer in § 11.6.1). Veelal zal dan ook worden overeengekomen dat de verkrijger een verzekering dient af te sluiten of dat hij meebetaald aan de verzekering van de ondernemer. Het opnemen van een dergelijke clause is m.i. echter alleen gerechtvaardigd als het sluiten van de sleutelovereenkomst niet het gevolg is van het tekortschieten van de ondernemer, bijvoorbeeld doordat hij te laat oplevert. Het zou immers niet kloppen dat de verkrijger extra kosten maakt als gevolg van fouten van de ondernemer.

11.6 RECHTSGEVOLGEN VAN DE OPLEVERING

De oplevering vindt bij de bouw van woningen, maar ook bij andere bouwprojecten, een belangrijke plaats in. Deze belangrijke plaats blijkt de rechtsgevolgen van de oplevering.¹⁰³

De rechtsgevolgen van de oplevering zijn het betalen van de laatste betalings termijn door de verkrijger, het beëindigen van de contractuele bouwtijd, de aanvang van de onderhoudsperiode en de overgang van het risico van het werk.

Een van de rechtsgevolgen is dat de verkrijger de laatste termijnen van de koop-/aanneemsom zal moeten betalen. Wel heeft hij het recht nog 5 procent van de totale aanneemsom in te houden tot drie maanden na oplevering. Op dit onderwerp is ingegaan in hoofdstuk 7.

Indien de woning te laat wordt opgeleverd, ontstaat na de oplevering de verplichting van de ondernemer het gefixeerde bedrag aan schadevergoeding te voldoen.¹⁰⁴ Deze vergoeding kan eventueel worden verrekend met nog verschuldigde termijnen.¹⁰⁵ Dit onderwerp is in het kader van de bouwtijd en de overschrijding van het aantal werkbare werkdagen die de bouwtijd bepalen, besproken in hoofdstuk 10.

Daarnaast vangt na oplevering de onderhoudsperiode aan. De dag van oplevering is de dag waarop de onderhoudsperiode aanvangt. Over de exacte inhoud en betekenis van de onderhoudsperiode gaat hoofdstuk 12. Na de onderhoudsperiode, 6 maanden na oplevering, vervalt de aansprakelijkheid van de ondernemer

103 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 5.

104 Ook kort hierover Asser/Van den Berg, 5-IIIC 2007, nr. 130, p. 170.

105 Volgens artikel 14 lid 5 AV.

behoudens de in art. 18 lid 2 AV genoemde gevallen. Ook dit onderwerp komt in hoofdstuk 12 aan bod.

Een ander rechtsgevolg dat intreedt na oplevering is de overgang van het risico van het werk. Volgens het eerste lid van art. 10 AV¹⁰⁶ blijft de onroerende zaak gedurende de (af)bouw voor risico van de ondernemer. Bij oplevering van de woning gaat dit risico over op de verkrijger. Tot het moment van oplevering is de ondernemer verplicht de opstallen te verzekeren. Daarna is de verkrijger hier verantwoordelijk voor. Over dit onderwerp gaat § 11.6.1 van dit hoofdstuk.

11.6.1 Risico-overgang en ingebruikname voor oplevering

Een belangrijk gevolg van de oplevering van de woning is de overgang van het risico van de ondernemer naar de verkrijger.¹⁰⁷ Het overgaan van het risico wil zeggen dat alle schades, aansprakelijkheden en de verzekeringsplicht aan de woning voor rekening komen van de verkrijger.

In art. 11 AV voor eengezinswoningen¹⁰⁸ is opgenomen dat na de dag waarop de verkrijger de sleutels van de woning in ontvangst heeft genomen danwel de woning in gebruik heeft genomen de verplichtingen van de ondernemer uit hoofde van de aannemingsovereenkomst, waaronder ook die betreffende het te dragen risico, waaronder de gevolgen van brand- en stormschade, overgaan op de verkrijger. De ondernemer is vanaf dat moment dan ook niet meer verplicht zich afdoende te verzekeren, zoals neergelegd in art. 10 AV.¹⁰⁹ Dit is zo geregeld in art. 10 AV¹¹⁰ van zowel de regeling voor eengezinswoningen als die voor appartementen.¹¹¹

106 Van het model van zowel 2003 als 2007.

107 Art. 7:758 BW lid 2 BW, Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 128, p. 169.

108 Zowel in de voorwaarden van 2003 als van 2007 is dit geregeld in artikel 11 AV.

109 De ondernemer is ingevolge art. 10 AV verplicht de opstallen, dat wil zeggen het appartementencomplex of de eengezinswoning, tijdens de bouw voldoende te verzekeren. Als de verkrijger hierom vraagt is de ondernemer verplicht de polis van de verzekering en een bewijs dat de premie betaald is aan de notaris te overleggen. De verkrijger is niet aansprakelijk voor schade die tijdens de bouw wordt toegebracht aan derden. Dit geldt zowel voor die gevallen waarin derden gewond raken door handelen of nalaten van de ondernemer, van personen voor wie hij aansprakelijk is als voor hen die in zijn opdracht de bouw of een onderdeel daarvan uitvoeren.

110 Art. 10 AV:

1. Gedurende de (af)bouw blijft de onroerende zaak voor risico van de ondernemer. De ondernemer is verplicht de opstallen tot het in artikel 11 genoemde tijdstip genoegzaam verzekerd te houden. Hij is verplicht op verzoek van de verkrijger de polis van deze verzekering en een bewijs dat de premie is betaald aan de notaris over te leggen.

2. De ondernemer vrijwaart de verkrijger voor aanspraken van derden wegens schade die tijdens de bouw aan derden mocht worden toegebracht door handelen of nalaten van de ondernemer, van personen voor wie hij aansprakelijk is of die in zijn opdracht de bouw of een onderdeel daarvan uitvoeren.

111 Over de overgang van het risico na oplevering gaat ook RvA 26 september 1996, nr. 18.361.

Art. 11 AV, over de overgang van het risico bij oplevering, ontbreekt in de algemene voorwaarden voor appartementen. De reden hiervoor kan zijn dat de ondernemer na de in de overeenkomst geregelde oplevering van de privégedeelten van het complex nog steeds werkzaamheden dient te verrichten aan de gemeenschappelijke ruimten. Aangenomen mag worden dat zolang hij dit doet hij hiervoor het risico draagt en zich ook ingevolge art. 10 AV voldoende dient te verzekeren. Pas bij oplevering van de gemeenschappelijke ruimten zal deze verplichting vervallen en wordt de verzekering van de gemeenschappelijke delen een verantwoordelijkheid van de Vereniging van Eigenaren.

De oplevering van de gemeenschappelijke ruimten is, zoals gezegd, niet geregeld in de overeenkomst, derhalve ontbreekt ook een artikel vergelijkbaar met art. 11 AV van de regeling voor eengezinswoningen. Doorgaans zal de Vereniging van Eigenaren bij haar oprichting het regelen van een (wettelijk verplichte) opstalverzekering op zich nemen.

Mede in verband met de overgang van het risico na oplevering is art. 21 AV¹¹² over de ingebruikname voor oplevering opgenomen in de algemene voorwaarden. In zowel de overeenkomst voor appartementen als eengezinswoningen is dit geregeld in art. 21 AV, de formulering van beide artikelen verschilt enigszins, inhoudelijk zijn er echter geen verschillen.¹¹³ In art. 21 AV staat dat de verkrijger niet gerechtigd is de woning vóór oplevering en voordat de opeisbaar geworden betalingen hebben plaatsgehad, in gebruik te nemen of te doen nemen. Met betrekking tot dit laatste zij opgemerkt dat de verkrijger uiteraard wel het recht behoudt om 5% van de aanneemsom in depot te storten bij de notaris.

Art. 21 AV Eengezinswoningen

1. De verkrijger is niet gerechtigd de woning voor de oplevering en voordat de opeisbaar geworden door hem verschuldigde betalingen hebben plaatsgehad, in gebruik te nemen of te doen nemen behoudens schriftelijke toestemming van de ondernemer. Bij overtreding is de verkrijger voor elke dag dat de overtreding voortduurt aan de ondernemer een vergoeding verschuldigd van vijf/tiende promille van de aanneemsom zonder dat hiervoor enige ingebrekestelling is vereist.

112 In de voorwaarden van 2003 voor eengezinswoningen was dit geregeld in art. 19 AV.

113 Art. 21 AV Appartementen:

1. De verkrijger is niet gerechtigd het privé-gedeelte voor de oplevering en voordat de opeisbaar geworden door hem verschuldigde betalingen hebben plaatsgehad, in gebruik te nemen of te doen nemen behoudens schriftelijke toestemming van de ondernemer. Bij overtreding is de verkrijger voor elke dag dat de overtreding voortduurt aan de ondernemer en vergoeding verschuldigd van vijf/tiende promille van de aanneemsom zonder dat hiervoor enige ingebrekestelling is vereist.

2. Voordat het privé-gedeelte aan de verkrijger is opgeleverd, kan hij de voor hem uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen slechts aan derden overdragen, indien de ondernemer deze derde als verkrijger accepteert en tussen de verkrijger en de derde een akte wordt opgemaakt. Een dergelijke contractoverneming heeft de in de wet geregelde gevolgen (artikel 6:159 van het Burgerlijk Wetboek).

2. Voordat de woning aan de verkrijger is opgeleverd, kan hij de voor hem uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen slechts aan een derde overdragen, indien de ondernemer deze derde als verkrijger aanvaardt en tussen de verkrijger en de derde een akte wordt opgemaakt. Een dergelijke contractoverneming heeft de in de wet geregelde gevolgen (artikel 6:159 van het Burgerlijk Wetboek).

Het is de bedoeling dat de verkrijger de woning pas in gebruik neemt ná oplevering. Het kan voorkomen dat de verkrijger er echter belang bij heeft eerder de woning in gebruik te nemen. Dit kan zijn omdat hij simpelweg eerder wil verhuizen, maar ook omdat hij zelf of derden al werkzaamheden in de woning wil (laten) verrichten. Wil de verkrijger de woning vóór oplevering in gebruik nemen, dan zal hij hiervoor schriftelijk toestemming moeten vragen aan de ondernemer.

De ondernemer heeft het recht de verkrijger de eerdere ingebruikname te verbieden. De ondernemer kan er namelijk belang bij hebben tot de oplevering in de woning zelf zijn werkzaamheden af te ronden en dat niemand hem daarbij in de weg loopt, en dat áls hij werk door derden goedkeurt inzage en zelfs inspraak heeft in de planning zodat hij vertraging of beschadiging aan zijn eigen werk kan voorkomen.

Een weigering van de ondernemer eerdere ingebruikname toe te staan hoeft niet met redenen te zijn omkleed.

Neemt de verkrijger toch de woning eerder in gebruik dan is hij voor elke dag dat hij in overtreding is aan de ondernemer een vergoeding verschuldigd van vijf/tiende promille van de aanneemsom (lid 1 van art. 21 AV). Hiervoor hoeft de ondernemer de verkrijger niet in gebreke te stellen.

In een geschil¹¹⁴ oordeelde de Raad dat ook zonder sleutelverklaring of andere schriftelijke toestemming, de verkrijgers geen boete verschuldigd waren. Het beroep van de ondernemer op de boetebepaling was volgens arbiters in strijd met de redelijkheid en billijkheid nu de ondernemer verkrijgers zelf een sleutel had gegeven om in de woning te klussen en nooit heeft verzocht de sleutels terug te geven of de woning niet meer te betreden. Ondernemer moest tevens op de hoogte zijn geweest van het gebruik nu hij o.a. zelf nog werkzaamheden in het complex verrichtte.

11.7 OPLEVERING VOLGENS DE PRINCIPLES

De PELSC kennen een vrij uitgebreide regeling over oplevering. Art. 2:106 PELSC regelt de oplevering van de zaak. Het eerste lid gaat over de oplevering zelf, het tweede lid over de aansprakelijkheid van de ondernemer na oplevering. De PECL bevatten een hoofdstuk gewijd aan nakoming waarin een bepaling is opgenomen omtrent het tijdstip van nakoming. Aangezien de PELSC geen bepaling kennen over dit onderwerp wordt in dit hoofdstuk ook stilgestaan bij die bepaling. Achtereenvolgens komen in deze paragraaf aan bod: de gehele of gedeeltelijke

114 RvA 29 januari 2007, nr. 28.843.

oplevering geregeld in de PELSC (§ 11.7.1), de aanvaarding en keuring (§ 11.7.2), het tijdstip van de oplevering (of nakoming) zoals geregeld in de PECL (§ 11.7.3), de weigering van de oplevering (§ 11.7.4), de risico-overgang (§ 11.7.5) en tot slot de conclusies ten aanzien van de bepalingen in de Principles (§ 11.7.6)

11.7.1 Gehele of gedeeltelijke oplevering

In het eerste lid van het artikel is opgenomen dat als de aannemer de zaak, of een gedeelte ervan, als voldoende voltooid beschouwt de controle erover kan overdragen aan de opdrachtgever.

Art. 2:106 lid 1 PELSC

Indien de aannemer de zaak, of een gedeelte ervan dat geschikt is voor afzonderlijk gebruik, als voldoende voltooid beschouwd en de controle erover wil overdragen aan de opdrachtgever, dan is de opdrachtgever gehouden de controle over de zaak, of dat gedeelte ervan, te aanvaarden binnen een redelijke termijn nadat de aannemer hiervan kennis heeft gegeven. De opdrachtgever kan de overname van de controle weigeren wanneer de zaak, of het relevante gedeelte ervan, niet overeenstemt met de overeenkomst en deze non-conformiteit de zaak, of het relevante gedeelte ervan, ongeschikt voor gebruik maakt.

Opvallend is dat de Principles ook de mogelijkheid bieden een deel van de zaak op de te leveren. Dit past bij de praktijk van grotere bouwprojecten waarbij een gebouw in fases wordt opgeleverd.

Titel 7.12 kent echter geen bepaling over gedeeltelijke oplevering of oplevering in delen, in art. 7:758 BW wordt uitgegaan van één oplevering.¹¹⁵ Ook de koop-/aannemingsovereenkomst kent, los van de impliciet opgenomen aparte oplevering van de privégedeelten en de gemeenschappelijke ruimten, geen oplevering in delen. In het consumentenbouwwrecht zal hieraan ook nauwelijks behoefte bestaan, immers een project is, uitzonderingen daargelaten, vrijwel nooit zo groot of zo opgebouwd dat deze in delen opgeleverd zou kunnen worden. Tevens is de vraag of het niet vermelden van de mogelijkheid van deelopleveringen aan het opleveren in delen in de weg staat. Mij lijkt dit, en de praktijk wijst dit uit bij grotere bouwprojecten, niet het geval.

115 Art. 7:758 BW:

1. Indien de aannemer te kennen heeft gegeven dat het werk klaar is om te worden opgeleverd en de opdrachtgever het werk niet binnen een redelijke termijn keurt en al dan niet onder oorbehoud aanvaardt dan wel onder aanwijzing van de gebreken weigert, wordt de opdrachtgever geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard. Na aanvaarding wordt het werk als opgeleverd beschouwd.
2. Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever. Derhalve blijft hij de prijsverschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van het werk door een oorzaak die niet aan de aannemer kan worden toegerekend.
3. De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

11.7.2 Aanvaarding en keuring

Ingevolge het eerste lid van Art. 2:106 PELSC is de opdrachtgever gehouden de controle over de zaak, of een gedeelte ervan, te aanvaarden binnen een redelijke termijn nadat de aannemer hiervan kennis heeft gegeven.

Deze zinsnede komt vrijwel overeen met art. 7:758 BW, ware het niet dat volgens dit artikel de opdrachtgever het werk binnen redelijke termijn moet keuren en vervolgens al dan niet moet aanvaarden. De PEELSC spreken niet van een keuring vóór aanvaarding, maar hanteren wel een met het BW vergelijkbare methode waarbij ervan wordt uitgegaan dat als de ondernemer wil opleveren, de opdrachtgever binnen een redelijke termijn heeft te aanvaarden (zonder keuring vooraf).

De bepaling in de koop-/aannemingsovereenkomst vormt het spiegelbeeld van de PEELSC in formulering, maar komt in feite op hetzelfde neer: In art. 14 lid 4 AV staat: 'De datum van oplevering moet door de ondernemer tenminste veertien dagen tevoren schriftelijk aan de verkrijger worden medegedeeld'. Het is aan de ondernemer aan te geven wanneer hij wil opleveren, de verplichting om tijdig te aanvaarden wordt niet aan de verkrijger opgelegd. Wel moet de ondernemer de verkrijger minstens veertien dagen van tevoren op de hoogte stellen van zijn voorgenomen oplevering. De koop-/aannemingsovereenkomst spreekt daarnaast, evenals het BW, van een keuring doordat pas van oplevering sprake is als 'rapport van eventuele tekortkomingen is opgemaakt en door of namens beide partijen is getekend'.¹¹⁶ De PEELSC leggen de verkrijger een verplichting op na een mededeling van de ondernemer de woning tijdig te aanvaarden. Het moment van aanvaarding lijkt derhalve overgelaten aan de verkrijger. De koop-/aannemingsovereenkomst verplicht de ondernemer de verkrijger voldoende tijd te geven de woning te aanvaarden, maar laten het aan de ondernemer een geschikt moment vast te stellen.

11.7.3 Tijdstip van oplevering

De PEELSC bevatten geen bepaling over het tijdstip van oplevering, de PEELC kennen echter wel een dergelijke bepaling in art. 7:102 PEELC.¹¹⁷ In het eerste lid is opgenomen dat partijen moeten nakomen op de data zoals vastgelegd in het contract. In het tweede lid van het art. 7:102 PEELC is opgenomen dat als een periode is vastgelegd waarbinnen een partij moet nakomen, de partij die tot die nakoming verplicht is, dit op elk ogenblik binnen die periode mag doen. Het belang van dit artikel is gelegen in de sancties die op basis van de PEELC kunnen worden ingeroepen als sprake is van een te late nakoming, en in sommige gevallen ook van een te vroege nakoming.¹¹⁸ Voor de koop-/aannemingsovereenkomst is deze bepaling echter niet van belang daar de tijd van nakoming¹¹⁹ of de periode waarbinnen

116 Art. 14 lid 4 AV.

117 Het artikel is vergelijkbaar met art. 6:28 BW, 6:39 BW en 6:40 BW, zie Busch & Hondius 2002, p. 295 e.v.

118 Lando & Beale 2000, p. 332

119 Ingeval van betalingen door de verkrijger bijvoorbeeld zijn deze tijdstippen geregeld in de overeenkomst en termijnregeling (zie hoofdstuk 7 hierover).

moet worden nagekomen¹²⁰, uitputtend gereld zijn in de koop-/aannemingsovereenkomst. In art. 7:103 PECL is een bepaling opgenomen die interessant is voor de situatie onder de koop-/aannemingsovereenkomst en met name voor de oplevering van de woning en de overeengekomen bouwtijd. Art. 7:103 PELSC bepaald dat een partij een nakomingsactie van de andere partij mag weigeren als deze actie eerder plaatsvindt dan is overeengekomen. De gedachte hierachter is dat een vroege nakoming de crediteur extra kosten en ongemak kan bezorgen.¹²¹ In geval van oplevering van de woning ruim binnen de in de overeenkomst overeengekomen bouwtijd, lijkt dit artikel op het eerste gezicht voor complicaties te zorgen. Ingevolge het tweede lid van art. 7:102 PECL mag in de situatie dat een periode waarbinnen moeten worden gepresteerd is opgenomen, mag de ondernemer echter binnen die periode altijd nakomen. Van een te vroege nakoming in de zin van art. 7:103 PECL is dan ook geen sprake.¹²²

11.7.4 Weigering van oplevering

In het tweede gedeelte van art. 2:106 PELSC is opgenomen wanneer door de opdrachtgever aanvaarding, of ‘overname van de controle’ zoals het artikel het noemt, kan worden geweigerd: ‘De opdrachtgever kan de overname van de controle weigeren wanneer de zaak, of het relevante gedeelte ervan, niet overeenstemt met de overeenkomst en deze non-conformiteit de zaak, of het relevante gedeelte ervan, ongeschikt voor gebruik maakt.’ In de toelichting wordt gesproken van ‘serious defects’ die de oplevering kunnen verhinderen.¹²³

De formulering in de PELSC komt inhoudelijk vrijwel overeen met de uit de koop-/aannemingsovereenkomst en de jurisprudentie voortvloeiende regel dat een weigering tot aanvaarding terecht is als de woning niet geheel voor bewoning gereed is¹²⁴ ‘de bedoelde gebreken zodanig in aard en omvang zijn dat deze de ingebruikneming in de weg staan’.¹²⁵

Het BW geeft in art. 7:758 BW niet aan wanneer een oplevering kan worden geweigerd, maar slechts dat de verkrijger de woning ‘onder aanwijzing van de gebreken’ weigert.

Het tweede lid van art. 2:106 PELSC gaat over de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering.

120 In geval van de bouwtijd is een periode waarbinnen moet worden gepresteerd, geregeld in de koop-/aannemingsovereenkomst en behandeld in hoofdstuk 10.

121 Busch & Hondius 2002, p. 297.

122 In geval van ‘money obligations’ mag een vroeg presteren niet worden geweigerd. De ondernemer mag dus volgens de PELSC een eerdere betaling van termijnen niet weigeren, Lando & Beale 2000, p. 334.

123 Barendrecht e.a. 2007, p. 367. In zijn uitspraak van 14 augustus 1995, nr. 17.112.

124 Zie ook Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, nr. 36.

125 In zijn uitspraak van 14 augustus 1995, nr. 17.112. Zie ook Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, nr. 36.

Art. 2:106 lid 2 PELSC

Aanvaarding van de controle over de zaak door de opdrachtgever bevrijdt de aannemer noch geheel, noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

De aansprakelijkheid van de ondernemer na oplevering behoort strikt genomen niet tot het onderwerp van dit hoofdstuk, omdat onder de PELSC de oplevering is losgekoppeld van de aansprakelijkheidsvraag, wordt hier wel op dit onderwerp ingegaan. In art. 2:106 lid 2 PELSC is opgenomen dat de aanvaarding van de controle de aannemer niet geheel, noch ten dele bevrijdt van zijn aansprakelijkheid. De oplevering is geen ‘waiver of any rights related to non-performance’.¹²⁶ Wel is het zo, volgens de toelichting, dat de positie van de verkrijger verzwakt als hij gebreken niet binnen een redelijke tijd na ontdekking ervan aan de aannemer mededeelt. Dit laatste staat in de toelichting op het artikel en is niet uit het artikel af te leiden, verwezen wordt naar de artt. 1:113 en 2:111 PELSC.

De aansprakelijkheidsclausule in de PELSC legt op de ondernemer met het tweede lid van art. 2:106 een veel vergaander aansprakelijkheid dan het BW en de model koop-/aannemingsovereenkomst. Art. 7:758 lid 3 BW ontslaat de aannemer van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. De koop-/aannemingsovereenkomst sluit in grote lijnen aan op het BW-artikel. Op dit onderwerp wordt uitgebreid ingegaan in het hoofdstuk over de aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode, hoofdstuk 12.

11.7.5 Risico-overgang

De risico-overgang bij oplevering is geregeld in art. 2:108 leden 1 en 4 PELSC.¹²⁷ De gehele regeling in art. 2:108 PELSC gaat over alle situaties waarvan sprake kan zijn en de verdeling van het risico in die situaties, de leden 1 en 4 gaan over de overgang van het risico bij overdracht. De bepaling is volkomen logisch en komt overeen met de regeling in art. 7:758 lid 2 BW en de regeling in de koop-/aannemingsovereenkomst.

126 Barendrecht e.a. 2007, p. 367.

127 Artikel 2:108 leden 1 en 4 PELSC

1. Dit Artikel is van toepassing indien de zaak tenietgaat of beschadigd raakt door een gebeurtenis voor welke de aannemer niet aansprakelijk kan worden gehouden en welke door de aannemer niet voorkomen of ondervangen kon worden.

4. Indien de situatie, bedoeld in lid (1), veroorzaakt is door een gebeurtenis die heeft plaatsgevonden nadat de zaak of de controle erover is of had moeten zijn overgedragen aan de opdrachtgever overeenkomstig Artikel 2:106:

a) behoeft de aannemer niet opnieuw na te komen; en
b) blijft de opdrachtgever gehouden het loon te betalen.

11.7.6 Conclusie

De PELSC kennen dus in tegenstelling tot het BW en de koop-/aannemingsovereenkomst geen keuring bij oplevering. Dat lijkt althans zo als men art. 2:106 PELSC erop naslaat. Art. 2:105 PELSC daarentegen gaat nagenoeg alleen maar over keuring van het werk maar behandelt daarbij keuring tijdens de bouw. Wellicht dat de opstellers van de PELSC keuring bij oplevering minder relevant achten omdat ingevolge het tweede lid van art. 2:106 PELSC de oplevering, en ingevolge art. 2:105 lid 3 PELSC keuring of aanvaarding geen enkel gevolg heeft voor de aansprakelijkheid van de aannemer.

De toelichting op art. 2:106 PELSC gaat wel over het feit dat na oplevering de aannemer zal willen weten of het werk naar tevredenheid van de opdrachtgever is opgeleverd of dat nog inspanningen van zijn kant worden verwacht. In dat kader spreekt de toelichting van inspectie van het gebouw door de opdrachtgever en mogelijkheid van rechtsverlies door de opdrachtgever als hij hier te lang mee wacht of de inspectie niet adequaat uitvoert. De verkrijger staat dus een langere periode van keuring van het gebouwde en het melden van gebreken ter beschikking dan onder de koop-/aannemingsovereenkomst.¹²⁸ Hoe veel langer die periode is, is niet op te maken uit de PELSC.

De vraag is of een dergelijke in de PELSC opgenomen, niet expliciet overeengekomen keuring bij oplevering gewenst is.

Het gezamenlijk keuren van het gebouw, zoals de praktijk is bij de model koop-/aannemingsovereenkomst, kan voor beide partijen veel duidelijkheid scheppen. Dit is zeker het geval bij een situatie als onder de koop-/aannemingsovereenkomst waarbij verkrijgers niet gedurende het bouwproces in staat zullen zijn het bouwwerk te keuren, zoals is opgenomen in art. 2:105 PELSC. Keuren bij oplevering brengt met zich dat voor beide partijen op hetzelfde tijdstip duidelijk is welke gebreken er nog te verhelpen zijn. Zeker met het oog op de verplichtingen van de ondernemer in de onderhoudsperiode, is dit wenselijk. Daarnaast voorkomt keuring bij oplevering discussies over de vraag of en gebrek al bij oplevering aanwezig is, of bijvoorbeeld door toedoen van de verkrijger na ingebruikname is ontstaan. Denk daarbij aan krassen op de muur of keukenkastjes of gebroken of bekraste ramen. Dit zijn typisch gebreken die tijdens een verhuizing kunnen ontstaan, maar ook tijdens werkzaamheden in het huis. Met de procedure zoals deze nu onder koop-/aannemingsovereenkomst gehanteerd wordt, verliest de verkrijger wel rechten als een niet verborgen gebrek niet bij oplevering is gemeld. Onder de PELSC ontstaat deze situatie niet nu voor consument-verkrijgers in het tweede lid van Art. 2:106 PELSC is opgenomen dat een aanvaarding van het gebouw geen gevolgen heeft voor de aansprakelijkheid. Een dergelijke bepaling kan ook van kracht zijn als wel een keuring bij oplevering wordt overeengekomen, en voorkomt discussies over typische verhuizingschade.

128 In hoofdstuk 12 wordt ingegaan op de consequenties van de opname van de woning voor de aansprakelijkheid van de ondernemer.

De discussie die in de jurisprudentie nu regelmatig wordt gevoerd over het al dan niet zichtbaar zijn geweest bij oplevering van ‘verborgen’ gebreken wordt door de clausule van lid 2 wel vermeden. Deze discussie is ten opzichte van consumenten oneerlijk omdat de vraag of de gebreken zichtbaar waren of hadden moeten worden opgemerkt los staat van de vraag of de ondernemer verantwoordelijk is voor die gebreken. Op dit onderwerp wordt ingegaan in hoofdstuk 12.

Hoofdstuk 12

Aansprakelijkheid van de ondernemer voor fysieke tekortkomingen

12.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk komt de aansprakelijkheid van de ondernemer voor fysieke tekortkomingen aan bod. Alleen de aansprakelijkheid op basis van art. 17 en 18 van algemene voorwaarden wordt hier behandeld. Het gaat om fysieke gebreken aan de woning. Rechtsgebreken, niet toegestane wijzigingen en aansprakelijkheid voor tekortkomingen aan de grond worden elders behandeld.¹

Het verschil tussen art. 17 en 18 AV is gelegen in de periode waarin op het ene of andere artikel een beroep kan worden gedaan. Art. 17 AV regelt de aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode, art. 18 AV de aansprakelijkheid erna.² De overeenkomst tussen beide artikelen zit in het gebruik van bepaalde begrippen: tekortkomingen en gebreken, en de rol die daarbij gespeeld wordt door de deskundigheid van de verkrijger en zichtbaarheid danwel verborgenheid van gebreken.

In § 12.2 komt het begrip tekortkoming aan bod, in § 12.3 wordt ingegaan op het leerstuk van de zichtbare of verborgen gebreken en het daarmee samenhangende leerstuk omtrent de deskundigheid van de verkrijger.

In de paragrafen 12.4 t/m 12.7 wordt ingegaan op de verschillende fasen waarin aansprakelijkheid zich voordoet; § 12.4 behandelt de aansprakelijkheid voor oplevering, § 12.5 de aansprakelijkheid voor in het proces-verbaal van oplevering opgenomen tekortkomingen, § 12.6 gaat in op de aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode en § 12.7 op de aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode.

Tot slot wordt in § 12.8 ingegaan op de samenloop tussen de aansprakelijkheid op basis van de garantie-en waarborgregeling en in § 12.9 op het BW en de daar geregelde aansprakelijkheid.

12.2 TEKORTKOMINGEN

Ingevolge de artikelen 17 en 18 AV is de ondernemer aansprakelijk voor (bepaalde) tekortkomingen.

In deze paragraaf worden twee onderwerpen met betrekking tot dit begrip behandeld. Allereerst wordt uiteen gezet wat moet worden verstaan onder ‘tekortkomingen’ (§ 12.2.1). In de tweede plaats wordt ingegaan op de kwaliteitsstandaard

1 Zie respectievelijk hoofdstuk 9 en hoofdstuk 8. De aansprakelijkheid op basis van de garantie- en waarborgregeling komt kort aan bod in § 12.8.

2 De aansprakelijkheid op basis van de garantie- en waarborgregeling loopt daar nog naast, zie § 12.8.

waaraan de ondernemer dient te voldoen § 12.2.2. Tot slot wordt in § 12.2.3 ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een tekortkoming volgens de PELSC.

12.2.1 Het begrip tekortkoming

Het begrip tekortkomingen komt voor in zowel art. 17 AV³ als 18 AV.⁴ Wat precies onder tekortkomingen moet worden verstaan, wordt niet nader aangeduid in de algemene voorwaarden of de koop-/aannemingsovereenkomst. Wel wordt in de algemene toelichting bij de overeenkomst uiteen gezet wat onder tekortkomingen moet worden verstaan. Volgens de toelichting gaat het om ‘alle gevallen waarbij de ondernemer in enig opzicht zijn verplichtingen uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomst niet (waaronder ook: niet tijdig, volledig of behoorlijk) nakomt.’⁵

De omschrijving in de algemene toelichting sluit aldus aan bij de omschrijving van tekortkomingen in het algemene recht. In de parlementaire geschiedenis van Boek 6 is een omschrijving van het begrip tekortkoming te vinden in het kader van art. 6:74 BW. De term tekortkoming wordt in de parlementaire geschiedenis van art. 6:74 BW omschreven als ‘alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht, in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt’.⁶

Asser/Hartkamp/Sieburgh merkt op dat het bij een tekortkoming gaat om ‘gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt, dus zowel het in het geheel niet presteren, als het niet tijdig of niet behoorlijk presteren, en zowel het geval dat de prestatie nog mogelijk

3 Art. 17 AV:

1. De ondernemer verbindt zich de eventuele tekortkomingen, zoals opgenomen in het rapport als vermeld in artikel 14 lid 4 van deze algemene voorwaarden onverwijld, maar uiterlijk binnen drie maanden na de datum van oplevering te herstellen. In verband met de weersomstandigheden niet onverwijld uit te voeren werkzaamheden zullen zo spoedig mogelijk, wanneer de weersomstandigheden het toelaten, worden voltooid.

2. In geval van uiterlijke onvolkomenheden welke het gevolg zijn van aard en hoedanigheid van gebruikte materialen (bijvoorbeeld krimpscheuren) ontleent de verkrijger daaraan geen grond voor verhaal, tenzij die onvolkomenheden het gevolg zijn van het gebruik van materiaal van minderwaardige kwaliteit of van ondeskundig gebruik of ondeskundige toepassing van materialen door de ondernemer.

4 Art. 18 AV: Onverminderd zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 17 lid 1 garandeert de ondernemer rechtstreeks ingevolge deze voorwaarden de woning gedurende zes maanden na de datum van oplevering tegen daarin aan de dag getreden tekortkomingen. Klachten dient de verkrijger binnen genoemde garantieperiode schriftelijk aan de ondernemer kenbaar te maken, in welk geval de ondernemer onverwijld zal overgaan tot het nodige herstel. Het in artikel 17 lid 2 bepaalde is alsdan van overeenkomstige toepassing.

5 Algemene Toelichting bij de koop-/aannemingsovereenkomst voor Eengezinswoningen 2007, p. 6. De Algemene Toelichting voor Appartementen heeft de omschrijving ook op p. 6 staan.

6 PG Boek 6, p. 258.

is, als het geval dat deze blijvend of tijdelijk onmogelijk is.⁷ De termen ‘tekortkomingen’ of ‘tekortschietsen’ zijn synoniemen.⁸

Hijma omschrijft de tekortkoming in het kader van de koop niet wezenlijk anders, namelijk als ‘ieder ten achter blijven bij hetgeen de koopovereenkomst van de schuldenaar vergt - het niet, niet tijdig of niet behoorlijk vervullen van (al) zijn verbintenissen - levert een tekortkoming van de schuldenaar op.’⁹

Van den Berg geeft in het kader van de aanneming van werk geen omschrijving van het begrip tekortkoming. Aangenomen wordt dat de hiervoor gegeven omschrijvingen adequaat worden gevonden. De door Hartkamp en Hijma gegeven omschrijvingen sluiten ook aan bij het begrip ‘tekortkoming’ zoals dat in het bouwrecht ook gehanteerd wordt. In het kader van de UAV 1989 wordt in de Hoofdstukken Bouwrecht de term tekortkomingen omschreven als alles wat niet in overeenstemming is met het bestek en de eisen van goed en deugdelijk werk.¹⁰

Wordt de voor de UAV 1989 gegeven omschrijving vertaald naar de situatie onder de koop-/aannemingsovereenkomst, dan zal gebouwd moeten worden overeenkomstig de overeenkomst en de daarbij horende technische omschrijvingen, tekeningen en staten van wijzingen en de eisen van goed en deugdelijk werk. Dit is af te leiden van hetgeen onder II van de koop-/aannemingsovereenkomst wordt opgemerkt. Daar wordt verwezen naar deze documenten en waar staat dat gebouwd moet worden conform de eisen van goed en deugdelijk werk.¹¹

Van een tekortkoming is dus sprake als niet is geleverd wat is overeengekomen. Geconcludeerd wordt derhalve dat het begrip tekortkoming in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden niet wezenlijk anders is dan in het BW en de UAV 1989.

Om de vraag te kunnen beantwoorden of de ondernemer al dan niet heeft voldaan aan de overeenkomst is van belang vast te stellen waartoe de ondernemer zich in de overeenkomst verbindt.¹² Aan de inhoud en uitleg van de overeenkomst zijn hoofdstuk 4 en 5 gewijd.

Een tekortkoming kan verschillende vormen hebben: een fysiek gebrek en een tekortkoming niet zijnde een gebrek.¹³ Het leveren van een zaak met een gebrek is een vorm van tekortkomen. Maar omgekeerd is niet iedere tekortkoming een

7 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 317.

8 Ibid.

9 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 421.

10 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 59.

11 De koop-/aannemingsovereenkomst kent het begrip bestek niet.

12 Een onderwerp waarbij vaak de vraag speelt óf is geleverd wat is overeengekomen en of sprake is van goed en deugdelijke werk is de kleur van de gevelstenen. Welke kleur gevelsteen precies is overeengekomen is zonder het tonen van een monster of het noemen van kleurnummers moeilijk vast te stellen. Zie o.a. RvA 21 maart 2005, nr. 25.841 waarin arbiter oordeelde dat de in de overeenkomst genoemde ‘gele’ bakstenen in werkelijkheid niet als geel konden worden aangemerkt.

13 Het gaat in dit hoofdstuk om fysieke tekortkomingen.

gebrek.¹⁴ Dit onderscheid is niet terug te vinden in de regeling zelf, maar wel op te maken uit de literatuur.¹⁵

Van Wijngaarden omschrijft het begrip gebrek in het kader van de UAV als ‘een tekortkoming aan het werk die het gevolg is van tijdens de uitvoering verricht onvoldoende werk.’¹⁶ Een gebrek omvat een ondeugdelijk onderdeel van de woning.

Een voorbeeld: overeengekomen wordt de levering van een metalen trap. Geleverd wordt een houten trap waarvan de treden niet voldoen aan de veiligheids-eisen. Het leveren van een houten trap in plaats van een metalen trap levert een tekortkoming in de nakoming op die geen fysiek gebrek is. Het niet voldoen aan de veiligheidseisen van de trap levert een fysiek gebrek op.

Het onderscheid tussen tekortkomingen en gebreken is onder de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden niet van groot belang, omdat het overkoepelend begrip ‘tekortkoming’ wordt gebruikt. Onder de koop-/aannemingsovereenkomst is de ondernemer voor beide vormen van tekortkoming aan te spreken. Voor de Garantie- en waarborgregeling is het onderscheid echter wel van belang, omdat op basis van die regeling de ondernemer alleen is aan te spreken voor fysieke gebreken.¹⁷ In deze bespreking wordt afwisselend gebruik gemaakt van de termen gebrek of tekortkoming.

Om vast te kunnen stellen of sprake is van een gebrek, is het van belang vast te stellen wat de overeengekomen kwaliteitseisen zijn. De in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden opgenomen kwaliteitseisen komen thans aan bod.¹⁸

12.2.2 Kwaliteitsstandaard

Wat is de kwaliteitsstandaard waaraan de ondernemer dient te voldoen? Het antwoord op deze vraag kan worden gevonden in de contractstukken.¹⁹ In de koop-/

14 Zie ook: Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 384 e.v.

15 O.a. Van Wijngaarden die het begrip gebrek omschrijft als een vorm van tekortkomingen: Van Wijngaarden 1974 nr. 131 Ook: Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 384 e.v.

16 Hij verwijst hiermee naar gebreken geconstateerd in de onderhoudstermijn, Van Wijngaarden 1974, nr. 131.

17 Meer hierover in § 12.8 van dit hoofdstuk.

18 Wat onderdeel is van de overeenkomst wordt besproken in hoofdstuk 5 over uitleg en hoofdstuk 9 over wijzigingen.

19 De GIW Garantie- en waarborgregeling geeft ook aan welke kwaliteit van de woning mag worden verwacht. De Garantie- en waarborgregeling is hier specifiek in dan de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden. Zo verwijst de garantie- en waarborgregeling in art. 6 naar de eisen van het Bouwbesluit en garandeert dat de woning voldoet aan de eisen van deugdelijkheid en bruikbaarheid. Art. 6.2 GWR biedt de garantie dat de toegepaste constructies, materialen en onderdelen, en de installaties, deugdelijk zijn en bruikbaar voor het doel waarvoor ze zijn bestemd; dit onder redelijkerwijs te voorzien externe omstandigheden en

aannemingsovereenkomst zijn twee algemene kwaliteitsnormen opgenomen. Onder II is opgenomen dat de woning moet voldoen aan de eisen van ‘goed en deugdelijk werk’ en de ‘eisen van overheid en nutsbedrijven’.²⁰

Over het algemeen zullen andere contractstukken dan de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden, zoals de technische omschrijving, een veel gedetailleerder overzicht van kwaliteitsnormen geven, of verwijzen naar regelgeving of normen waarin een kwaliteitsstandaard is vastgelegd. Zo wordt regelmatig verwezen naar de eisen van het Bouwbesluit, NEN-normen en (soms) milieu-eisen.²¹

Hieronder wordt ingegaan op de voorschriften van overheids- en nutsbedrijven (§ 2.2.1), het ijkmoment met betrekking tot de regelgeving waaraan door de ondernemer moet worden voldaan (§ 2.2.2) en de eisen van goed en deugdelijk werk (§ 2.2.3).

12.2.2.1 Voorschriften van overheid en nutsbedrijven

Wat wordt verstaan onder de onder II KA genoemde verplichting dat gebouwd zal worden ‘conform de voorschriften van overheid en nutsbedrijven’? Het antwoord op deze vraag moet worden ontleend aan de jurisprudentie. De glazenwasjurisprudentie van zowel de Afdeling Arbitrage van het GIW in het kader van de garantie- en waarborgregeling als de Raad van Arbitrage bieden in dit opzicht een goed beeld van wat kan worden verstaan onder de eis dat gebouwd wordt conform de eisen van overheid- en nutsbedrijven, welke voorschriften onder het begrip vallen en op welk tijdstip aan die eisen moet zijn voldaan. Maar ook andere jurisprudentie van de RvA en GIW is van belang in deze context.

Uit een recente uitspraak van het GIW²² kan worden afgeleid wat onder ‘voorschriften van overheids- en nutsbedrijven’ kan worden verstaan. In het kader van de GIW Garantie- en Waarborgregeling deed de Afdeling Arbitrage van het GIW een uitspraak over de vraag aan *welke* regelgeving voldaan moest worden door de ondernemer. Arbitrator stelde voorop dat hieronder niet alleen wetgeving in formele zin behoorde, *‘maar tevens regelgeving afkomstig dan wel gehanteerd door de Arbeidsinspectie alsmede die regelgeving, die door de branche in het algemeen in acht genomen wordt en aanvaard is, zoals onder andere neergelegd in Convenan-*

voor zover daar in de regeling geen beperkingen voor zijn opgenomen.

20 Onder II KA: De verkrijger geeft opdracht en de ondernemer neemt aan conform de betreffende technische omschrijving en tekening(en) en voor zover aanwezig staten van wijziging, al welke tot deze overeenkomst behoren en door beide partijen zijn gewaarmerkt, op boven omschreven grond, de daarop geprojecteerde/in aanbouw zijnde opstal(len) (af) te bouwen naar de eis van goed en deugdelijk werk, met inachtneming van de voorschriften van overheid en nutsbedrijven.

21 Ook in het Bouwbesluit, wordt vaak verwezen naar NEN-normen. Een NEN-norm is een door de Stichting Nederlands Normalisatie Instituut (NEN) uitgegeven norm waarin een omschrijving wordt gegeven van een keurings-, meet of berekeningsmethode.

22 Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

*ten en Documenten; ook al zijn deze niet alle openbaar gemaakt door middel van publicatie in de Staatscourant, is op andere wijze bekendheid gegeven aan deze voorschriften.*²³

De regelgeving waaraan door de ondernemer moet zijn voldaan omvat niet alleen wetgeving in formele zin maar alle regelgeving, voorschriften en afspraken die door de branche in het algemeen in acht genomen wordt. De Raad en het GIW zeggen het niet met zoveel woorden, maar het vloeit voort uit art. 6:248 lid 1 BW²⁴ dat de ondernemer niet alleen is gebonden is aan datgene wat (letterlijk) voortvloeit uit de overeenkomst, maar ook datgene wat voortvloeit uit de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid. Gezien de hierboven weergegeven motivering van de GIW arbiter volgt in dit geval uit de gewoonte dat ook afspraken uit Convenanten en andere documenten die door de branche in acht genomen worden, onder de verplichtingen van de ondernemer vallen.²⁵

In het kader van de glazenwasjurisprudentie werd in verschillende uitspraken door de Raad geoordeeld dat onder de in acht te nemen regels vielen: Arbo-wetgeving²⁶, het zogenaamde Document Gevelonderhoud²⁷ als het door verschillende belanghebbenden ondertekende Convenant Arbeidsomstandigheden Glazenwassersbranche en het Convenant Gevelonderhoud.²⁸

Uit het bovenstaande blijkt dat het begrip ‘voorschriften van overheid en nutsbedrijven’ ruim moet worden opgevat.

12.2.2.2 Het ijkmoment van de regelgeving

Een tweede onderwerp, waar bij moet worden stilgestaan, is de vraag naar het tijdstip dat te gelden heeft als toetsingmoment voor het voldoen aan overheid- en andere eisen. De koop-/aannemingsovereenkomst noemt geen moment van toet-

23 R.o. 11, Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

24 Art. 6:248 lid 1 BW: Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

25 Deze uitspraak van de GIW arbiter steunt op wet (via art. 6:248 BW) en heeft niets te maken met het feit dat door arbiters recht gesproken wordt als goede mannen naar billijkheid en niet naar de regelen des rechts.

26 Waaronder de Arbeidsomstandighedenwet 1980, Bouwprocesbesluit arbeidsomstandigheden, Publicatiebladen van de Arbeidsinspectie, het Arbeidsomstandighedenbesluit, Beleidsregels Arbobesluit en de Arbowet 1998 zie Otten 2002, p. 209 e.v.

27 Otten 2002, p. 209 e.v.

28 RvA 7 september 2001, nr. 21.917. In gelijke zin: RvA 4 juli 2000, nr. 20.415. Dit Convenant is een tussen de staatssecretaris van SWZ en de Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en bedrijfsdiensten (OSB) en Algemene Werkgeversorganisatie Glazenwassersbedrijf gesloten overeenkomst. Deze bevat de afspraak dat het document gevelonderhoud onder meer van toepassing is voor werken aan nieuwe gebouwen, zijnde gebouwen waarvan de oplevering gelegen is na 1 januari 1997. Ook Otten 2002, p. 209 e.v.

sen.²⁹ In de eerder genoemde uitspraak van het GIW³⁰ worden door de arbiter drie momenten aangedragen die kunnen dienen als ijkmoment voor het bepalen van de toepasselijke regelgeving: 1) het moment van het verlenen van de bouwvergunning, 2) het moment waarop de koop-/aannemingsovereenkomst wordt gesloten, 3) het moment van oplevering van de woning of appartement en/of de gemeenschappelijke delen van een appartementencomplex. Bij dit laatste moment moet worden opgemerkt dat goed mogelijk is dat er een (groot) verschil zit tussen het moment waarop de gemeenschappelijke ruimten worden opgeleverd en het moment waarop de privégedeelten van een appartementencomplex worden opgeleverd.

Met betrekking tot het moment van het verkrijgen van de bouwvergunning (genoemd als eerste mogelijkheid hierboven) is met betrekking tot de koop-/aannemingsovereenkomst het volgende van belang: Omdat in veel gevallen waarin de model koop-/aannemingsovereenkomst wordt gebruikt ook de GIW garantie- en waarborgregeling van toepassing is, is het van belang dat in die garantie- en waarborgregeling in art. 6.3 GWR is opgenomen dat wordt gegarandeerd dat de woning voldoet aan de toepasselijke eisen voor nieuwbouw gesteld in het Bouwbesluit.³¹ In de daarbij horende voetnoot is opgenomen, dat wordt bedoeld de versie van het Bouwbesluit met bijbehorende gebruiksfuncties die van toepassing is op de verkregen bouwvergunning. Op basis van de garantie- en waarborgregeling is dus het Bouwbesluit van toepassing dat gold op het moment van het verkrijgen van de bouwvergunning.

Het lijkt voor de hand te liggen, om discrepanties en onduidelijkheden te voorkomen, ook in het kader van de andere regelgeving van dit ijkpunt (het moment van het verkrijgen van de bouwvergunning) uit te gaan.³² De Raad en ook de Afdeling Arbitrage van het GIW hebben dit ijkpunt op andere regelgeving dan het Bouwbesluit echter niet toegepast.³³

De Raad lijkt geen vaste lijn te hanteren bij het kiezen voor een toetsingsmoment. In de uitspraken waarin arbiter zich uitsprak over dit vraagstuk, oordeelde de Raad eenmaal dat het werk aan de ten tijde van de oplevering geldende regels moest worden getoetst³⁴, en eenmaal dat diende te worden voldaan aan de eisen zoals die golden ten tijde van het tot stand komen van de overeenkomst.³⁵ In een geschil uit 2001 oordeelde de Raad dat het bij overheidsvoorschriften ook kon gaan om

29 De GIW garantie- en waarborgregeling noemt alleen een toetsingsmoment voor de eisen van het Bouwbesluit. Hierover wordt meer opgemerkt verderop in deze paragraaf.

30 Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

31 Art. 6.3 GWR: Het huis of het privé-gedeelte en het gebouw voldoen aan de toepasselijke eisen voor de nieuwbouw gesteld in het Bouwbesluit.

32 Zie ook de opmerking van arbiter in r.o. 6 Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

33 Zie de hierboven genoemde jurisprudentie.

34 RvA 4 juli 2000, no. 20.415, BR 2001, p. 73.

35 RvA 14 november 2002, nr. 23.926.

voorschriften die ten tijde van de oplevering nog niet (officieel) openbaar gemaakt waren door middel van publicatie in het Staatsblad.³⁶

De eerder genoemde uitspraak van de Afdeling Arbitrage van het GIW leert ook op met betrekking tot het toetsingsmoment één en ander.³⁷

Het GIW deed uitspraak in het kader van de in de Garantie- en waarborgregeling gegeven garantie dat het geleverde ‘deugdelijk en bruikbaar’ dient te zijn³⁸ en oordeelde in dat kader over het ijkpunt van toepasselijke regelgeving. Arbitrer kwam daar tot het oordeel dat van toepassing was de regelgeving die gold respectievelijk bekend was ten tijde van het moment van aangaan van de individuele koop-/aannemingsovereenkomst én waarvan het voor de ter zake deskundigen, zoals ondernemer, wist of behoorde te weten dat zij ten tijde van de oplevering aan de individuele kopers van het gebouwde van kracht zouden zijn geworden.³⁹

Over de oplevering van appartementencomplexen en het verschil in tijdstip van oplevering van de gemeenschappelijke ruimten en de privégedeelten, merkt arbitrer voorts op dat dan als ijkpunt voor de toepasselijke regelgeving heeft te gelden het moment van de laatste oplevering.⁴⁰ De ondernemer heeft immers een appartement verkocht dat onderdeel uitmaakt van een groter geheel. Van dit grotere geheel wordt de individuele koper ook en evenzeer gerechtigde en hij mag verwachten dat ook dit geheel aan de normen voldoet. Een eventueel uiteenlopen van de momenten van oplevering kan niet ten nadele van de individuele koper komen, aldus arbitrer.⁴¹

Wat is nu het ijkpunt dat het best gehanteerd kan worden in het kader van de koop-/aannemingsovereenkomst en de eisen van ‘overheid- en nutsbedrijven’?

Het hanteren van het moment van de verlening van de bouwvergunning als ijkpunt heeft tot gevolg dat verkrijger geen kennis heeft van de inhoud van de overeenkomst en daar ook niet mee kan hebben ingestemd, aldus ook de arbitrer in eerdergenoemde GIW uitspraak.⁴² Tevens komen in dat geval de wijzigingen in regelgeving tijdens de bouw voor risico van de verkrijger. Gezien het feit dat tussen het verlenen van de bouwvergunning en de oplevering soms veel jaren kunnen zitten, kan bij de redelijkheid van dit standpunt vraagtekens geplaatst worden. De hierboven genoemde uitspraak van de afdeling Arbitrage van het GIW toont een

36 RvA 7 september 2001, nr. 21.917.

37 Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

38 De term ‘deugdelijk en bruikbaar’ is vergelijkbaar met ‘de eisen van goed en deugdelijk werk’ zoals neergelegd in de koop-/aannemingsovereenkomst, zie hierover Bruggeman 2006, p. 192. De eisen van deugdelijkheid en bruikbaarheid zijn opgenomen in art. 6.2 GWR 2007. In de i.c. toepasselijke Garantie- en waarborgregeling was dezelfde bepaling opgenomen in art. 15 lid 1 GWR, zie r.o. 1 van de uitspraak Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

39 R.o. 9 van Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

40 R.o. 7 Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

41 R.o. 7 van Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

42 Zoals arbitrer opmerkt in r.o. 6 van Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

goede middenweg van bovengenoemde opties en bieden een praktische oplossing. De toepasselijke regelgeving is in dat geval de regelgeving die gold respectievelijk bekend was ten tijde van het moment van aangaan van de individuele koop-/aannemingsovereenkomst én waarvan de ter zake deskundigen, in dit geval de ondernemer, wist of behoorde te weten dat zij ten tijde van de oplevering aan de individuele kopers van kracht zouden zijn geworden.⁴³ Enerzijds wordt de ondernemer op die manier niet gehouden aan regels die hij niet kon kennen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en is dus niet gehouden steeds (onvoorzien) zijn ontwerp te wijzigen en anderzijds is het risico van verouderde regelgeving is niet te groot voor de verkrijger.⁴⁴

Doordat het na vergunningverlening soms nog jaren kan duren voordat met bouwen wordt begonnen, bestaat de mogelijkheid dat een verkrijger een overeenkomst aangaat waarop twee verschillende versies van het Bouwbesluit van toepassing zijn: de versie die gold ten tijde van het afgeven van de bouwvergunning en die op basis van de garantie- en waarborgregeling van toepassing is, en de versie die gold ten tijde van het sluiten van zijn koop-/aannemingsovereenkomst en die op basis van de koop-/aannemingsovereenkomst en de hierboven genoemde jurisprudentie van toepassing is.

Om onduidelijkheden te voorkomen, verdient het aanbeveling in de toekomst voor zowel de koop-/aannemingsovereenkomst als de garantie- en waarborgregeling hetzelfde toetsingsmoment toe te passen, bij voorkeur het moment van aangaan van de individuele koop-/aannemingsovereenkomst waarbij ook van toepassing zijn die regels waarvan de ondernemer wist of behoorde te weten dat zij ten tijde van de oplevering van het gebouwde aan de individuele kopers, van kracht zouden zijn geworden.⁴⁵

12.2.2.3 Goed en deugdelijk werk

De tweede onder II KA genoemde kwaliteitsnorm betreft de eisen van ‘goed en deugdelijk werk’. Of sprake is van goed en deugdelijk werk zal van geval tot geval moeten worden bekeken.⁴⁶ De verkrijger mag er in ieder geval van uitgaan

43 R.o. 9 van Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

44 Aldus ook het GIW vonnis: Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

45 R.o. 9 van Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

46 Het niet goed ingeregeld zijn van de CV beschouwde arbiter als het niet voldoen aan de eisen van goed en deugdelijk werk en hij hield derhalve voor dat deel de ondernemer aansprakelijk. RvA 18 september 2001, nr. 22.158. In RvA 26 juni 1998, nr. 20.262 stelde arbiter expliciet dat de woning door scheurvorming niet voldeed aan de eisen van goed en deugdelijk werk. Ook een woning die last had van het krimpen van de gevelbetimmering voldeed niet aan de eisen van goed en deugdelijk werk, RvA 20 oktober 2006, nr. 27.747. Een onvoldoende ventilerende dakconstructie werd aangemerkt als het niet voldoen aan de eisen van goed en deugdelijk werk, RvA 14 augustus 2006, nr. 27.586. Meer voorbeelden waarin niet was voldaan aan de eisen van goed en deugdelijk werk: RvA 7 maart 2005, nr. 27.243,

dat de woning geschikt is voor zijn bestemming⁴⁷ en dat zich op de korte en middellange termijn geen gebreken voordoen, indien hij het huis onderhoudt zoals gedaan dient te worden. Het begrip goed en deugdelijk werk is uitgewerkt in een aantal uitspraken van de Raad. Geen sprake is van goed en deugdelijk werk indien de wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke ontwerp niet gelijkwaardig zijn wat betreft bijvoorbeeld onderhoudsverplichting, levensduur, aanschafkosten, gebruiksgemak of uiterlijke verschijning.⁴⁸

Voor de invulling van het begrip ‘goed en deugdelijk werk’ kan geprobeerd worden aan te knopen bij de Garantie- en waarborgregeling. De in art. 6.2 GWR gehanteerde zinsnede ‘deugdelijk zijn en bruikbaar voor het doel waarvoor ze zijn bestemd’, is vergelijkbaar met de term ‘goed en deugdelijk werk’. Maar ook deze term is even vaag als de term ‘goed en deugdelijk werk’ en dus niet bruikbaar voor een verdere uitwerking van het begrip. In een uitspraak van de afdeling Arbitrage van het GIW van 2003 werd door arbiter geoordeeld dat de eisen van goed en deugdelijk werk onderhevig zijn aan ontwikkelingen in de regelgeving enerzijds en de stand der techniek anderzijds.⁴⁹

Ingevolge de jurisprudentie is de aannemer onder de UAV 1989 verantwoordelijk voor de juiste uitvoering van het werk of heeft hij in te staan voor de deugdelijkheid van het werk.⁵⁰ Aangenomen wordt dat de aannemer zijn verplichtingen is nagekomen, indien hij ‘het werk zorgvuldig en met het vereiste vakmanschap tijdig uitvoert volgens de door de opdrachtgever verstrekte omschrijving en met inachtneming van de door de opdrachtgever gegeven aanwijzingen, zijn uit de gesloten aannemingsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen’.⁵¹ Onder de koop-/aannemingsovereenkomst zal van een omschrijving verstrekt door de verkrijger of van gegeven aanwijzingen geen sprake zijn⁵², de eis dat het werk zorgvuldig en met het vereiste vakmanschap wordt uitgevoerd is wel analoog toe te passen op de koop-/aannemingsovereenkomst.

Als de aannemer onder de UAV 1989 wel bouwt naar eigen ontwerp (een atypische situatie voor de UAV 1989) dient het bouwwerk te voldoen aan de eis van goed en deugdelijk vakwerk, geschikt voor zijn normale bestemming en dient het

RvA 23 november 2004, nr. 27.048. Zie voor meer en andere voorbeelden ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006c, nr. 705-707.

47 Zie Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006d, nr. 810, Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 85.

48 RvA 5 juli 2002, nr. 24.514, BR 2003, p. 430 en 5 juli 2002, nr. 24.370.

49 R.o. 2 van Afdeling Arbitrage GIW 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

50 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006c, nr. 707.

51 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 522.

52 Als dit onverhoopt wel het geval is heeft dit consequenties voor de aansprakelijkheidsverdeling. Hierop wordt kort ingegaan in § 12.4 van dit hoofdstuk. Omdat dit onder de koop-/aannemingsovereenkomst een atypische situatie is, wordt dit onderwerp verder buiten beschouwing gelaten.

gebouwde te voldoen aan de eventuele nadere kwaliteitseisen die de opdrachtgever bij de verlening van de opdracht mocht hebben gesteld.⁵³

Wordt gebouwd onder de UAV 1989 zonder directie dan geldt een resultaatsverplichting voor de aannemer en zal hij derhalve aan de eisen van goed en deugdelijk vakwerk moeten voldoen.⁵⁴ De eisen onder de UAV 1989 zonder directie, waarbij het ontwerp afkomstig is van de ondernemer zelf komen blijkens bovenstaande beschrijving overeen met de eisen onder de koop-/aannemingsovereenkomst. Een verdere uitwerking van het begrip ‘goed en deugdelijk vakwerk’ en wat daaronder moet worden verstaan, wordt niet gegeven in de literatuur en dient uit jurisprudentie te worden afgeleid.

Goed en deugdelijk werk en ‘normaal gebruik’

Voor de invulling van het begrip goed en deugdelijk werk kan aansluiting worden gezocht bij de in het BW gehanteerde term ‘normaal gebruik’.⁵⁵ Ingevolge art. 7:17 dient een zaak geschikt te zijn voor normaal gebruik. Van goed en deugdelijk werk zou sprake kunnen zijn als de woning geschikt is voor normaal gebruik. Goed en deugdelijk werk lijkt echter meer in te houden dan normaal gebruik. Een tekortkoming die niet aan normaal gebruik in de weg staat, kan desalniettemin een tekortkoming zijn in de zin van het niet voldoen aan de eisen van goed en deugdelijk werk. ‘Normaal gebruik’ is een minimum eis voor goed en deugdelijk werk.⁵⁶ Is de woning niet geschikt voor normaal gebruik, dan is ook geen sprake van goed en deugdelijk werk.

Wat houdt normaal gebruik nu in? De term is afkomstig uit art. 7:17 BW waarin het conformiteitsvereiste is opgenomen.⁵⁷ In het kader van deze paragraaf is een

53 Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 85 en de grote hoeveelheid daar genoemde jurisprudentie en Van den Berg 1990, nr. 69.

54 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2006c, nr. 707, Van Wijngaarden 1974, nr. 43, Van den Berg 1990, nr. 69, Van den Berg e.a. 1996, p. 65, Thunnissen 1989, p. 179. Meer over de koop-/aannemingsovereenkomst als resultaatsverbintenis in hoofdstuk 3.

55 De term ‘normaal gebruik’ wordt ook gehanteerd in art. 5.3 van de NVM koopakte en komt vrijwel dezelfde betekenis toe als het wettelijke ‘normaal gebruik’. Over normaal gebruik in 5.3 NVM akte: Tjittes 2006, p. 231 e.v. In de literatuur is geen discussie over de overeenkomst tussen het begrip normaal gebruik in het BW en de NVM-akte, wel is er in de literatuur discussie over de vraag in hoeverre art. 7:17 BW en art. 5.1 en 5.3 van de NVM-akte van elkaar verschillen. Volgens Van Rossum is niet zeker of de NVM akte en art. 7:17 BW dezelfde betekenis toekomt zie; Van Rossum 2006, Ook: Vlaanderen 2000, p. 514-519.

56 Art. 7:17 BW staat in de afdeling koop van Boek 7 en is derhalve niet van toepassing op het aannemingsgedeelte van de koop-/aannemingsovereenkomst. Zie over de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is hoofdstuk 3, § 3.2.3. Desalniettemin kan het conformiteitsvereiste bij koop helpen bij beantwoording van de vraag of onder de koop-/aannemingsovereenkomst is geleverd wat partijen zijn overeengekomen en kan het behulpzaam zijn bij het analoog uitleggen van de term ‘goed en deugdelijk werk’.

57 Dit houdt in dat de afgeleverde zaak moet beantwoorden aan de overeenkomst. Art. 7:17 leden 1 en 2 BW:

uiteenzetting van de volledige inhoud en uitleg van art. 7:17 BW niet van belang, deze bespreking blijft derhalve beperkt tot de term ‘normaal gebruik’.⁵⁸

Volgens Klik⁵⁹ moet voor de beoordeling van de vraag of sprake is van normaal gebruik het overeengekomene uitgelegd worden in relatie tot hetgeen onder de omstandigheden als ‘normaal gebruik’ beschouwd moet worden. Hijma heeft het bij de uitleg van ‘normaal gebruik’ over ‘het gebruik dat naar algemene maatstaven van de zaak kan worden gemaakt’.

Het begrip ‘normaal gebruik’ hangt nauw samen met, en wordt mede bepaald door, de begrippen kwaliteit en prijs.⁶⁰ Deze onderdelen zijn van invloed op wat met bij normaal gebruik mag verwacht worden van bepaalde zaken. De verwachtingen van de koper met betrekking tot de verhouding prijs kwaliteit hoeven niet minimaal te zijn.⁶¹ Maar de koper heeft niet per definitie recht op goede kwaliteit en ook niet op gemiddelde kwaliteit. Dit is althans niet wettelijk geregeld of gegarandeerd. Op welke kwaliteit de verkrijger wel recht heeft hangt af van datgene wat contractueel geregeld is.⁶²

Tegen normaal gebruik zal een werk bestand moeten zijn. Niet als gebrek mogen dus worden aangemerkt het resultaat van onoordeelkundig of abnormaal gebruik van het werk. Blijkt de zaak niet bestand te zijn tegen normaal gebruik,

1. De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden.

2. Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor een bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien. Over de totstandkoming van het artikel, kort: A.S. Hartkamp 1990, p. 295 e.v.

58 Ingevolge het artikel mag de koper verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor het bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien. Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 334 en PG Boek 7, p. 125 (Reehuis/Slob 1991) Bij beantwoording van de vraag welke eigenschappen die voor normaal gebruik nodig zijn ‘men mag verwachten’ speelt het leerstuk van de uitleg een belangrijke rol. Uitleg komt aan bod in hoofdstuk 4. Van belang zijn in ieder geval de aard van de zaak, de hoogte van de prijs, de omstandigheden waaronder de koop plaatsvond en de mededelingen van de verkoper, aldus PG Boek 7, p. 121 (Reehuis/Slob 1991).

59 Klik 2004, p. 44.

60 De levensduur van een product is ook van invloed op de verwachting, echter gezien het feit dat de onderhoudsperiode zes maanden duurt en de tekortkomingen die daarin aan de dag treden voor rekening van de ondernemer komen, is dat in het kader van dit onderwerp niet van belang.

61 Asser/Hijma 2007 5-I nr. 327.

62 Paquay 1992, p. 157.

dan zal er als regel onvoldoend werk zijn verricht tijdens de uitvoering en is de ondernemer tot herstel in de onderhoudsperiode verplicht.⁶³

Zoals gezegd, zal van geval tot geval bekeken moeten worden of voldaan is aan de eisen van goed en deugdelijk werk zoals neergelegd in de koop-/aannemings-overeenkomst. Of voldaan is aan deze eis zal veelal afhangen van datgene wat is overeengekomen in de overeenkomst zelf en in alle andere contractstukken. In ieder geval mag een verkrijger op zijn minst verwachten dat de woning geschikt is voor normaal gebruik.

12.2.3 Tekortkomingen en de Principles

Zowel de PECL als de PELSC geven een (summiere) omschrijving van wat in de Principles moet worden verstaan onder de term tekortkomingen.

De PECL hanteren het begrip non-performance.⁶⁴ Het begrip non-performance wordt niet omschreven in de PECL zelf, maar de toelichting op art. 8:101 PECL (waarin is opgenomen welke remedies de benadeelde partij ter beschikking staan indien sprake is van ‘non-performance’, geven wel aan wat eronder moet worden verstaan: ‘under the system adopted by the Principles there is non-performance whenever the party does not perform any obligation under the contract’.⁶⁵ Volgens de toelichting moet hieronder worden begrepen zowel een niet volledige nakoming als een te late nakoming. Het begrip non-performance is een neutraal begrip, het omvat zowel de toerekenbare als de niet-toerekenbare tekortkoming.⁶⁶ Het begrip non-performance stemt overeen met de term tekortkoming in het Nederlandse recht.⁶⁷ De PECL en ook de PELSC kennen wel een belangrijk verschil in het soort tekortkoming bij toekennen van remedies of rechten wegens non-performance of niet-nakoming. Voor bepaalde remedies is een fundamentele niet-nakoming vereist. Voor de invulling van het begrip tekortkoming is dit onderscheid echter van geen belang.

In de PELSC is in het kader van aanneming van werk een bepaling opgenomen met betrekking tot de verplichtingen van partijen en de (kwaliteits)eisen gesteld aan het werk. In dat kader is de vraag wanneer sprake is van een niet-nakoming nader vorm geven. In het eerste lid van art. 2:104 PELSC is opgenomen dat de verkrijger recht heeft op oplevering van een zaak die ‘overeenstemt met de kwantiteit, kwaliteit en beschrijving als bepaald in de overeenkomst.’

Art. 2:104 leden 1 en 2 PELSC

(1) De aannemer moet een zaak opleveren welke overeenstemt met de kwantiteit, kwaliteit en beschrijving als bepaald in de overeenkomst.

63 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007b, nr. 59.

64 Zie hoofdstuk 8 van de PECL.

65 Lando & Beale 2000, p. 359, Lando 2004, p. 507.

66 Lando & Beale 2000, p. 359.

67 De Vries is van mening dat er enige nuanceverschillen tussen beide begrippen zijn te vinden, De Vries 2002, p. 11 en 12.

(2) Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, beantwoordt de zaak niet aan de overeenkomst, tenzij de zaak:

(a) geschikt is voor enig uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de aannemer ten tijde van de contractsluiting of de wijziging van de overeenkomst op grond van Artikel 1:111 (Wijziging van de overeenkomst) bekend gemaakt doel inzake het desbetreffende vraagstuk; en

(b) geschikt voor het normale doel of de normale doelen waarvoor een zaak van dezelfde beschrijving gewoonlijk zou worden gebruikt.

Dit is volgens de toelichting de centrale regel in het bouwrecht.⁶⁸ De vraag of van een conforme levering sprake is, zal dus volledige afhankelijk zijn van de inhoud van de overeenkomst en zal niet in zijn algemeenheid te beantwoorden zijn. Het tweede lid van het artikel geeft echter wel een verdere invulling. Niet alleen zal de zaak moeten overeenstemmen met de kwantiteit, kwaliteit en beschrijving als bepaald in de overeenkomst, de zaak beantwoord ingevolge dit lid 2 ook niet aan de overeenkomst tenzij zich de twee onder a of b genoemde situaties voordoen.⁶⁹ De zaak beantwoordt wel aan de overeenkomst indien zij geschikt is voor (samengevat) uitdrukkelijk of stilzwijgend tussen partijen overeen gekomen doel, aldus onder a. Is tussen partijen geen uitdrukkelijk of stilzwijgend doel van de zaak overeengekomen dan beantwoordt de zaak aan de overeenkomst indien zij geschikt is voor normale doelen waarvoor een zaak van dezelfde beschrijving gewoonlijk zou worden gebruikt, aldus onder a. In de toelichting wordt dit omschreven als de verplichting dat de woning ‘geschikt voor zijn bestemming’ moet zijn of ‘fit for purpose’.⁷⁰ De woning is ook niet conform de tussen partijen gemaakte afspraken als een deel ervan niet geschikt is voor zijn normale gebruik (gedeeltelijke non-conformiteit), ook al is het hele gebouw dat wel.⁷¹ De regel dat de woning geschikt moet zijn voor zijn bestemming is vergelijkbaar met de hierboven beschreven, in het kooprecht neergelegde regel dat de zaak geschikt moet zijn voor ‘normaal gebruik’.⁷²

Het derde lid van art. 2:104 PELSC voegt nog toe dat de opdrachtgever niet gerechtigd is een recht wegens non-conformiteit in te roepen indien de oorzaak voor de non-conformiteit wordt gevormd door een aanwijzing van de opdrachtgever (op grond van artikel 1:109) en de aannemer zijn waarschuwingsplicht (op grond van artikel 1:110) niet heeft geschonden.⁷³ Deze bepaling spreekt in feite voor

68 Barendrecht e.a. 2007, p. 341.

69 Asser/van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 87.

70 Barendrecht e.a. 2007, p. 341.

71 Barendrecht e.a. 2007, p. 342.

72 **In de toelichting op het artikel wordt gesteld dat het aannemingsrecht geen criterium kent als ‘fit for purpose’, het kooprecht kent dit criterium wel met de term ‘normaal gebruik’, Barendrecht e.a. 2007, p. 351.**

73 Art. 2:104 lid 3 PELSC: De opdrachtgever is niet gerechtigd een recht wegens non-conformiteit in te roepen indien de oorzaak voor de non-conformiteit wordt gevormd door een aanwijzing van de opdrachtgever op grond van Artikel 1:109 (Aanwijzingen van de opdrachtgever) en de aannemer zijn waarschuwingsplicht op grond van Artikel 1:110 (Contractuele waarschuwingsplicht van de dienstverlener) niet heeft geschonden.

zich, sluit aan bij de situatie onder het Nederlands recht en is voor de koop-/aannemingsovereenkomst van weinig belang aangezien die situatie zich nauwelijks zal voordoen. Al met al komt de regel neergelegd in de PELSC in grote lijnen overeen met de situatie onder de koop-/aannemingsovereenkomst en het algemene recht dat de zaak moet beantwoorden aan datgene wat is overeengekomen en geschikt moet zijn voor zijn normale bestemming of een uitdrukkelijk overeengekomen afwijkende bestemming.

Voldoet de woning niet aan de kwaliteit of het doel zoals neergelegd in het artikel dan komen art. 2:109 en 2:110 PELSC in beeld.

12.3 ZICHTBAARHEID EN DESKUNDIGHEID

In deze paragraaf wordt ingegaan op zichtbaarheid van gebreken en de invloed van de deskundigheid van de verkrijger op de vraag of een gebrek zichtbaar of verborgen is. Deze vraag keert in het kader van de koop-/aannemingsovereenkomst regelmatig terug en is voor de verschillende vormen van aansprakelijkheid van belang.

Het eerste moment waarbij de vraag naar zichtbaarheid of onzichtbaarheid van gebreken een rol speelt is tijdens de oplevering. De ondernemer is namelijk niet aansprakelijk voor bij oplevering zichtbare gebreken.⁷⁴ De ondernemer is ingevolge art. 17 en 18 AV niet gehouden bij oplevering zichtbare tekortkomingen, die niet zijn opgenomen in het proces-verbaal van oplevering, te herstellen. Op de zichtbaarheid van gebreken bij oplevering en opname daarvan in het opleveringsrapport wordt in § 12.3.1.1 dieper ingegaan. Tevens komt regel dat de ondernemer niet aansprakelijk is voor bij oplevering zichtbare gebreken aan de orde in § 12.5.

In de onderhoudsperiode speelt dezelfde vraag nu de ondernemer de verkrijger garandeert tegen ‘aan de dag getreden tekortkomingen’. ‘Aan de dag treden’ betekent dat de gebreken tijdens de oplevering niet zichtbaar waren.⁷⁵ Op het begrip ‘aan de dag treden’ wordt in § 12.3.1.2. ingegaan. De aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode komt in meer algemene zin aan bod in § 12.6.

De vraag wanneer sprake is van een zichtbaar of verborgen gebrek speelt ook een rol in het kader van de verborgen gebrekenregeling van lid 4 van art. 18 AV.⁷⁶ Een gebrek is verborgen als het door de verkrijger redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van de ontdekking onderkend had kunnen worden. Dit is de enige eis

74 Dit volgt uit de artt. 17 en 18 AV. In art. 17 AV is als eis opgenomen dat gebreken moeten zijn opgenomen in het proces-verbaal willen zij in aanmerking komen voor herstel. In art. 18 lid 1 AV staat dat de ondernemer daarna alleen aansprakelijk is voor in de onderhoudsperiode aan de dag getreden tekortkomingen. Meer in § 12.5.5 over dit onderwerp.

75 Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, nr. 59 en de verwijzingen naar jurisprudentie daar. Zie ook over dit onderwerp in § 12.6.5 van dit hoofdstuk.

76 Art. 18 lid 4 AV: Een gebrek als bedoeld in lid 2 van dit artikel onder c is slechts dan als verborgen gebrek aan te merken, indien het door de verkrijger redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van de ontdekking onderkend had kunnen worden.

die in de koop-/aannemingsovereenkomst aan het verborgen gebrek wordt gesteld. De vraag wat onder ‘redelijkerwijs niet eerder had kunnen ontdekken’ moet worden verstaan komt aan bod in § 12.3.1.3. De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken na de onderhoudsperiode wordt behandeld in § 12.7.3.

In deze paragraaf wordt eerst stilgestaan bij het begrip zichtbaarheid in het algemeen (§ 12.3.1). In diezelfde paragraaf wordt ingegaan op het begrip zichtbaarheid in de hierboven aangehaalde plaatsen in de koop-/aannemingsovereenkomst. Op de invloed van de deskundigheid van de verkrijger op de vraag of een gebrek verborgen is of niet in het algemeen wordt ingegaan in § 12.3.2, in § 12.3.3 wordt de invloed van ingeschakelde deskundigheid op de vraag een gebrek verborgen is of niet in de jurisprudentie van de Raad behandeld. In § 12.3.4 wordt ingegaan op het algemene recht en de invloed van de ingeschakelde deskundige op het begrip zichtbaarheid.

12.3.1 Zichtbaarheid

Wanneer dient een gebrek als zichtbaar of als verborgen te worden aangemerkt? De koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden geven geen antwoord op deze vraag. Veelal zal het antwoord afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Het antwoord op deze vraag zal ontleend dienen te worden aan de jurisprudentie, waarbij de omstandigheden van het geval ene grote rol spelen.

Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis van Boek 7. De opstellers van titel 7.12 stonden eveneens voor de vraag wat moest worden verstaan onder een verborgen gebrek. Volgens de parlementaire geschiedenis dient bij de beantwoording van de vraag of een gebrek als verborgen kan worden beschouwd in acht te worden genomen de aard en ernst van de tekortkoming, de deskundigheid van de opdrachtgever zelf en het al dan niet aanwezig zijn van deskundige bijstand aan de zijde van de opdrachtgever tijdens de uitvoering of opnemings van het werk.⁷⁷

De aard en de ernst van de tekortkoming zijn bij uitstek zeer casuïstische omstandigheden.⁷⁸ Uit de jurisprudentie opgenomen *Hoofdstukken Bouwrecht*⁷⁹ blijkt dit casuïstische en technische karakter van de aard en omvang van de gebreken. Uit deze jurisprudentie zijn echter geen algemene lijnen te destilleren.

Hieronder wordt ingegaan op de in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen bepalingen omtrent zichtbaarheid en verborgenheid van gebreken en wordt getracht een antwoord te geven op de vraag wanneer in het concrete geval sprake is van zichtbaarheid of verborgenheid van gebreken.

77 MvA Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5 p. 18. Ook Asser/Kortmann/De Lee-de/Thunnissen 5-III 1994, nr. 566.

78 Zie o.a. een duidelijk voorbeeld in RvA 13 december 2004, nr. 25.686 en ook RvA 19 januari 2009, nr. 71.305.

79 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 116 e.v.

12.3.1.1 In het rapport opgenomen

Art. 17 lid 1 AV vereist voor het herstellen van de tekortkomingen geconstateerd bij oplevering dat ze zijn opgenomen in het rapport of proces-verbaal van oplevering.⁸⁰ Wordt een zichtbare tekortkoming niet opgenomen in het rapport dan is de ondernemer in beginsel niet gehouden het gebrek te herstellen. Algemeen wordt aangenomen dat bij oplevering zichtbare gebreken die niet zijn gemeld niet in aanmerking komen voor herstel, omdat deze geacht worden door de verkrijger bij oplevering te zijn aanvaard. Dit blijkt uit veel uitspraken in het kader van zowel aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode als aansprakelijkheid daarna op basis van art. 18 lid 2 AV.⁸¹

Zo had een verkrijger in een exemplarisch voorbeeld uit 1999 geen recht op herstel, omdat de ondernemer slechts aansprakelijk was voor de eerst na de oplevering gemelde gebreken indien dit verborgen gebreken betroffen.⁸² De in art. 18 AV genoemde onderhoudsperiode deed daar niet aan af.⁸³ Dit artikel heeft immers tot onderwerp tekortkomingen welke aan de dag zijn getreden in de onderhoudsperiode als bedoeld in deze bepaling, derhalve eerst na de oplevering.⁸⁴

Enige nuance op deze hoofdregel lijkt op zijn plaats. De Raad van Arbitrage komt langs verschillende wegen tot een nuancering van de hoofdregel. Daartoe worden, aldus Chao-Duivis, verschillende methoden gevolgd.⁸⁵ Soms worden zichtbare

80 Zie ook § 12.5.1 van dit hoofdstuk.

81 Als partijen na oplevering een beroep doen op de herstelplicht van de ondernemer in de onderhoudsperiode speelt veelal de vraag wat moet worden verstaan onder 'aan de dag treden' als bedoeld in art. 18 AV. Deze vraag hangt nauw samen met de vraag wanneer sprake is van een bij oplevering zichtbaar danwel bij verborgen gebrek.

82 RvA 27 oktober 1999, nr. 20.068. Vergelijkbaar: RvA 3 april 1997, nr. 18.990, BR 1997, p. 1041. Hier meldde de verkrijger de ochtend na oplevering telefonisch dat hij krassen op de ruiten had ontdekt welke niet in het opnamerapport waren opgenomen. Arbitreren achtte de klacht tijdig geuit vanwege het feit dat de oplevering in het schemerduister had plaatsgevonden waardoor de krassen op de ruit niet eerder dan de volgende ochtend zichtbaar werden, ook vergelijkbaar: RvA 25 januari 2001, nr. 22.306, RvA 27 juni 2006, nr. 27.288.

83 In de uitspraak werd een beroep gedaan op art. 16 AV waarin vóór 2007 hetzelfde was geregeld als nu in art. 18 AV.

84 Ook niet aansprakelijk achtte de Raad de ondernemer in een geschil uit 1990 waarbij de verkrijger bij oplevering werd bijgestaan door een deskundige RvA 26 oktober 1990, nr. 13.915, BR 1992, p. 60. Het gebrek, puin in de kruipruimte, was niet opgenomen in het proces-verbaal. De verkrijger beriep zich er op dat hij bijgestaan was door een deskundige die alleen de bouwkundige aspecten van de woning beoordeelde en derhalve niet had gemeld dat de kruipruimte vol met bouwafval lag. Arbitreren was van oordeel dat een deskundige op de gehele toestand van de woning dient te letten en dat derhalve geen excuus bestond voor het niet opnemen van dit gebrek in het proces-verbaal. Meer vergelijkbare uitspraken staan in § 12.3.3 over deskundige bijstand.

85 Zie noot Chao-Duivis onder RvA 2 juni 2006, nr. 27.456, BR 2006, p. 50 en RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53.

gebreken geacht ‘niet te zijn aanvaard’ door de verkrijger.⁸⁶ En soms wordt bij het beantwoorden van de vraag of een niet opgenomen zichtbaar gebrek in aanmerking komt voor herstel, onderscheid gemaakt tussen esthetische gebreken en constructieve gebreken. Gaat het om zichtbare esthetische gebreken die niet worden genoteerd in het proces verbaal van oplevering, dan worden deze geacht bij oplevering door de verkrijger te zijn geaccepteerd en is de ondernemer niet meer gehouden deze te herstellen. Gaat het om constructieve gebreken dan gaat deze redenering niet op en kan de ondernemer wel worden aangesproken.⁸⁷ Ook kent de Raad in sommige gevallen wel herstel van zichtbare gebreken toe daar waar die door de ondernemer zijn erkend of de ondernemer herstel ervan heeft toegezegd⁸⁸, dit onderwerp valt echter buiten deze kwestie. Op deze door de Raad aangebrachte nuance wordt nog teruggekomen in § 5.5 waarin de wenselijkheid van de hoofdregel aan bod komt.

12.3.1.2 Aan de dag treden

De ondernemer garandeert de verkrijgers in de onderhoudsperiode tegen ‘aan de dag getreden tekortkomingen’. Volgens Chao-Duivis en Van Wijngaarden betekent ‘aan de dag treden’ dat de gebreken tijdens de oplevering niet zichtbaar waren.⁸⁹

86 Zie RvA 2 juni 2006, nr. 27.456, BR 2006, p. 50 en RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53, m.nt. M.A.B. Chao-Duivis, p. 57.

87 RvA 28 januari 1997, nr. 18.638, RvA 6 oktober 1994, nr. 16.034, BR 1995, p. 1029, RvA 27 juni 2006, nr. 27.288, RvA 17 augustus 2006, nr. 27.297, en ook Bruggeman 2006, p. 91. RvA 6 oktober 1994, nr. 16.034, BR 1995, p. 1029. De Raad oordeelde in dit geschil waarin door de ondernemer aan de verkrijger werd tegengeworpen dat hij de woning bij oplevering had aanvaard in de staat waarin deze zich bevond. Derhalve was hij (de ondernemer) na oplevering slechts aansprakelijk voor tijdens de oplevering onzichtbare gebreken. Arbiters was echter van oordeel dat het de verkrijger, in bouwkundige aangelegenheden ondeskundig, wel vrij stond zich nog binnen een redelijke termijn na oplevering te beklagen over de kwaliteit van het geleverde werk. Dit houdt in dat hij ook mocht klagen over zichtbare gebreken. De woning werd begin november opgeleverd. Arbiters was van oordeel dat bij klagen door de ondernemer eind november sprake was van een redelijke termijn. In januari klaagde de verkrijger weer over gebreken. Arbiters nam aan dat toen alleen in aanmerking voor vergoeding komen die gebreken die redelijkerwijs nog als verborgen mogen worden aangemerkt en waarvoor aanneemster naar redelijkheid en billijkheid nog geacht mag worden in te staan. Voor gebreken welke verkrijger bij het betrachten van enige oplettendheid al in november had kunnen opmerken kon aanneemster niet meer aansprakelijk worden gehouden. Arbiters betreft bij zijn oordeel dat het appartement en het complex bij oplevering nog niet volledig waren afgewerkt.

88 RvA 3 oktober 1994, nr. 16.741, BR 1995, p. 531, RvA 18 oktober 1991, nr. 14.476, BR 1992, p. 337: Het betrof hier verkleurde tegels welke tijdens de opname niet waren ontdekt. In een brief meldde de verkrijger alsnog het gebrek. De ondernemer bood aan de tegels te vervangen, maar liet dit vervolgens na. Arbiters was van oordeel dat de ondernemer met het voorstel vervangende tegels te leveren zijn recht zich te beroepen op het proces-verbaal had verwerkt.

89 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 59 en de verwijzingen naar jurispru-

Het gaat dus om bij oplevering verborgen gebreken⁹⁰, die zich in de onderhoudsperiode openbaren.

Bij beantwoording van de vraag of sprake is van gebreken die in de onderhoudsperiode aan de dag treden zijn een aantal elementen van belang. Vaak is er sprake van samenloop tussen de vragen wanneer een gebrek aan de dag is getreden, de opname van gebreken in het opnamerapport⁹¹, de deskundigheid van partijen⁹², de aard van het gebrek en de vraag of sprake is van een zichtbaar of onzichtbaar gebrek bij oplevering⁹³.

De Raad oordeelde in een geschil uit 1988 over de bewijslastverdeling dat het aan de ondernemer is om aannemelijk te maken dat hij niet aansprakelijk is voor de gebreken geconstateerd in de onderhoudsperiode.⁹⁴ Met andere woorden: hij zal moeten aantonen dat de gebreken al eerder zichtbaar waren en niet verborgen, of dat hij op andere wijze niet aansprakelijk is voor die gebreken, de verkrijger hoeft slechts te stellen dat sprake is van een gebrek.

Het feit dat de ondernemer dient te bewijzen dat de gebreken geconstateerd in de onderhoudsperiode al eerder (bij oplevering) zijn aanvaard of niet te wijten zijn aan door hem gemaakte fouten kan het gevolg zijn van het feit dat de onderhoudsperiode een garantieperiode is.⁹⁵ In Multi Vastgoed/Nethou oordeelde de Hoge Raad dat bij een afgegeven garantie het achterwege blijven van de gegarandeerde eigenschappen zonder meer een tekortkoming oplevert.⁹⁶ De verkrijger hoeft de tekortkoming niet te bewijzen en een garantie vermindert derhalve de stelplicht en bewijslast van de verkrijger.⁹⁷

12.3.1.3 Redelijkerwijs had moeten onderkennen

Na de onderhoudsperiode is de ondernemer ingevolge art.18 AV aansprakelijk voor verborgen gebreken. Van een verborgen gebrek is sprake indien het ‘door de verkrijger redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van de ontdekking onderkend had kunnen worden’.⁹⁸

De vraag wanneer een gebrek onderkend had kunnen worden vertoont nauwe gelijkenis met de problematiek rond het bij oplevering al dan niet zichtbaar of verborgen zijn van gebreken. Ook bij het beantwoorden van deze is vraag is onder

dentie daar.

90 RvA 12 september 1989, nr. 13.536, BR 1990, p. 226.

91 Behandeld in § 12.5.1.

92 Behandeld in § 12.4.

93 behandeld in § 12.2.

94 RvA 29 maart 1988, nr. 12.574, BR 1988, p. 534.

95 Zie hierover § 12.6.2 van dit hoofdstuk.

96 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79.

97 Hierover: Van Rossum 2002, p. 92-96 en p. 254.

98 Art. 18 lid 4 AV: Een gebrek als bedoeld in lid 2 van dit artikel onder c is slechts dan als verborgen gebrek aan te merken, indien het door de verkrijger redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van de ontdekking onderkend had kunnen worden.

andere de deskundigheid van de verkrijger van invloed op vraag wanneer een verkrijger een gebrek redelijkerwijs moet hebben kunnen ontdekken.⁹⁹

Uit jurisprudentie van de Raad valt op te maken wanneer sprake is van een verborgen gebrek. Hoewel de jurisprudentie zeer casuïstisch is, biedt een greep uit de jurisprudentie een aantal praktische voorbeelden van situaties wanneer een gebrek als verborgen moet worden aangemerkt.

Van een verborgen gebrek was sprake in een geschil uit 2001.¹⁰⁰ Het betrof een geschil over de vreemde ‘banen’ op het plafond. Deze banen waren alleen zichtbaar bij een bepaalde lichtval, namelijk ’s avonds bij verlichting. Opdrachtgever vordert herstel van dit gebrek. Ondernemer is van oordeel dat geen sprake is van een gebrek, dat geen sprake is van een tekortkoming die gedurende de onderhoudsperiode aan de dag is getreden of van een verborgen gebrek. Arbitrator oordeelt dat in de woonkamer twee holle onvlakheden aanwezig zijn die kunnen worden aangemerkt als een verborgen gebrek omdat deze banen slechts zichtbaar zijn bij verduistering van de ramen en het strijklicht van enkele wandlampjes. Andere verdikkingen en onvlakheden in het plafond hadden wel bij daglicht opgemerkt kunnen worden en zijn derhalve geen verborgen gebrek. Dit temeer daar opdrachtgever bij de oplevering is bijgestaan door een vertegenwoordiger van de Vereniging Eigen Huis.¹⁰¹

In een geval waarmee de woning geruime tijd na oplevering herhaaldelijk onder de bruine aanslag kwam te zitten, oordeelde de Raad ook dat sprake was van een verborgen gebrek. Diverse onderzoeken konden de oorzaak van de bruine aanslag niet aanwijzen. Nu in ieder geval in de rapporten iedere aanwijzing ontbrak dat er een samenhang bestond tussen de bruine aanslag en de wijze van bewoning werd door arbitrator tot een omkering van de bewijslast besloten. Aan de ondernemer werd opgedragen aannemelijk te maken dat de op hem geen aansprakelijkheid rust voor de afzetting van de aanslag.¹⁰²

Het weggroten van een rieten dak, dat zorgde voor een aanzienlijk kortere levensduur dan verkrijgers bij aankoop van de woning redelijkerwijs hadden mogen verwachten, veroorzaakt door de gekozen dakconstructie, werd door arbiters aangemerkt als een verborgen gebrek.¹⁰³ De te hoge vochtigheid van een dakconstructie werd door de Raad aangemerkt aan als het niet voldoen aan de eisen van goed en deugdelijk werk waarvoor de ondernemer aansprakelijk was op grond van de verborgen gebrekenregeling.¹⁰⁴ Het ontbreken van een aansluiting tussen de open haard en het bovenliggende kanaal was ook verborgen omdat eerst een stukje plafond moest worden verwijderd voordat dit gebrek zichtbaar werd.¹⁰⁵ Het kleurverschil in badkamertegels werd als een verborgen gebrek aangemerkt omdat deze

99 Zie § 12.3.1 en ook Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 133.

100 RvA 21 augustus 2001, nr. 22.722.

101 Over de invloed van de deskundigheid gaat § 12.3 van dit hoofdstuk.

102 RvA 27 april 1987, nr. 12.251, BR 1987, p. 695.

103 RvA 18 april 2006, nr. 26.711.

104 RvA 14 augustus 2006, nr. 27.5861.

105 RvA 1984, nr.11.421, Bloemlezing 1984-1985, p. 143.

tegels bij oplevering bedekt waren met cementsluis. ¹⁰⁶ De pas na oplevering, door het leggen van de tegels, aangebrachte begrenzing van de kavel van verkrijgers was een verborgen gebrek in de zin van art. 18 lid 1 onder c AV. ¹⁰⁷ De dikte van de raamkozijnen, 45 mm in plaats van 53 mm, was ook een verborgen gebrek volgens de Raad omdat een dergelijke afwijking bij oplevering niet meteen hoeft op te vallen, aldus arbiters. ¹⁰⁸ Het drie jaar na oplevering het in grote plakken loslaten van de verf van de boeiborden was volgens arbiter ook een verborgen gebrek ¹⁰⁹, de te zware bediening van een zonnescherm was een verborgen gebrek ¹¹⁰, evenals de te steile inrit van de garage waardoor de auto de bestrating raakte. ¹¹¹

Geen verborgen gebrek is volgens de Raad de uitvoering van het schilderwerk ¹¹², het ontbreken van het voegwerk, het ontbreken van betontegels en het ontbreken van mechanische ventilatie op het toilet ¹¹³, het ontbreken van de hardhouten deur maar het in plaats daarvan geleverd zijn van een gefineerde dichte roosterdeur ¹¹⁴ en het niet waterpas zijn van de vloer. ¹¹⁵

Zoals al meerdere malen is opgemerkt, is de vraag of een gebrek verborgen is, afhankelijk van niet alleen de aard en de ernst van het gebrek maar ook van de deskundigheid van de verkrijger of een door hem ingeschakelde deskundige (zie § 12.3.2 e.v.). Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat de vraag of een gebrek verborgen is steeds van geval tot geval zal moeten worden bekeken.

De vraag of een gebrek zichtbaar of verborgen was voor de verkrijger ten tijde van de oplevering hangt, naast de aard en ernst van het gebrek, in grote mate af van de deskundigheid van de verkrijger zelf en/of van een door hem ingescha-

106 RvA 27 september 1988, nr.13.214, Jaarverslag 1988, p. 131.

107 RvA 24 juni 1991, nr.14.770, BR 1992, p. 69.

108 RvA 17 november 1993, nr. 16.360.

109 RvA 16 oktober 2006, nr. 28.212. **Ondernemer betoogde dat op het verfwerk ingevolge de garantieregeling maar één jaar garantie zat en dat deze garantietermijn de aansprakelijkheid op basis van de koop-/aannemingsovereenkomst beperkte, dit werd door arbiter (terecht) terzijde geschoven. De garantietermijn in de garantie- en waarborgregeling staat los van de aansprakelijkheid op grond van de koop-/aannemingsovereenkomst. In RvA 16 april 2004, nr. 24.597 was volgens arbiter geen sprake van abnormale onthechting van de verf aangezien deze 4 á 5 jaar geleden was aangebracht. Er was dan ook geen sprake van een verborgen gebrek.**

110 RvA 11 november 2004, nr. 70.728.

111 RvA 14 juni 2006, nr. 27.173. Ook verborgen: RvA 14 juni 2006, nr. 27.173.

112 RvA 12 november 1986, nr. 12.330, BR 1987, p. 327.

113 RvA 28 oktober 1986, nr. 12.260, BR 1987, p. 471. **Verkrijger voerde nog meer gebreken aan die volgens arbiter niet verborgen waren. Ook in RvA 16 augustus 1996, nr. 18.237 ontbrak de mechanische ventilatie, maar werd dit niet al een verborgen gebrek aangemerkt. Over slecht werkende ventilatie als verborgen gebrek: RvA 24 februari 1998, nr. 19.179.**

114 RvA 11 juli 1989, nr. 13.630, BR 1990, p. 58.

115 RvA 6 juni 1991, nr. 14.681, BR 1991, p. 934. Meer uitspraken over verborgen gebreken onder de model koop-/aannemingsovereenkomst in Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 132-134c.

kelde deskundige.¹¹⁶ De invloed van de deskundigheid op de zichtbaarheid van een gebrek is, in tegenstelling tot de hierboven beschreven aard en de ernst van de tekortkoming, minder casuïstisch van aard. Hieronder wordt in § 12.3.2 t/m § 12.3.7 uitgebreid op dit onderwerp ingegaan.

12.3.2 De invloed van de eigen deskundigheid van de verkrijger

De invloed van de deskundigheid of ondeskundigheid van de verkrijger op het antwoord op de vraag of een gebrek zichtbaar dan wel verborgen is, blijkt uit een grote reeks uitspraken van Raad.¹¹⁷ De lijn van de Raad hierin is dat aan de ondeskundige koper, zonder deskundige bijstand, geen zware eisen worden gesteld aan zijn inzicht omtrent de aanwezigheid en ernst van gebreken.¹¹⁸ Dit laatste werd duidelijk verwoord in een exemplarische uitspraak van de Raad uit 1976 waarin de Raad over dit onderwerp expliciet uitspraak deed.¹¹⁹ In deze uitspraak oordeelde de Raad dat het begrip ‘verborgen gebrek’ niet alleen betrekking heeft op gebreken die ten tijde van de oplevering niet zichtbaar waren, doch tevens op zichtbare afwijkingen in de bouw welke op zichzelf door de (ondeskundige) verkrijger in redelijkheid niet als een gebrek behoeften te worden onderkend.¹²⁰ De vraag of en in welke mate de eigen deskundigheid van invloed is op een specifieke tekortkoming is feitelijk van aard.¹²¹

116 Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 566, Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 115. Hierover ook: Jansen 1998, p. 397-398.

117 Asser/van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 115.

118 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 133. Asser/van den Berg 5-IIIC, 2007, nr. 115.

119 RvA 8 september 1976, nr. 7.618, BR 1976, p. 891.

120 **Vergelijkbaar: RvA 1984, nr.11.624, Bloemlezing 1984-1985, p. 178. Ook: Het ontbreken van ventilatie onder de vloer was aan te merken als een verborgen gebrek omdat van de opdrachtgever niet kon worden verwacht dat hij wist of moest weten dat het weglaten van ventilatie roestvorming aan de gasleiding zou veroorzaken RvA 28 oktober 1977, nr. 8.074, BR 1978, p. 157. Meer voorbeelden van verborgen gebreken: het niet halen van de vereiste waterdruk RvA 21 februari 2005, nr. 25.959, houtrot : RvA 31 maart 2004, nr. 23.393.**

121 Zie o.a. RvA 20 maart 1964, nr. 4.127, BR 1964, p. 298, RvA 1073, nr. 6.599, BR 1973, p. 342, RvA 13 maart 1975, nr. 7456, BR 1975, p. 618, RvA 8 april 1975, nr. 7.496, BR 1975, p. 622, RvA 8 september 1976, nr. 7.618, BR 1976, p. 891, RvA 28 oktober 1977, nr. 8.074, BR 1978, p. 157, RvA 17 augustus 1979, nr. 9.425, BR 1979, p. 861, RvA 29 februari 1984, nr.11.033, BR 1984, p. 611, RvA 1984, nr. 11.624, Bloemlezing 1984-1985, p. 178, RvA 23 april 1986, nr. 12.166, BR 1986, p. 627, RvA 29 maart 1988, nr.13.049, BR 1988, p. 532, RvA 23 juni 1988, nr. 12.984, RvA 30 november 1989, nr.13.001, RvA 26 november 1992, nr. 15.316, RvA 25 maart 1994, nr.16.3030, RvA 3 mei 1995, nr. 17.294, BR 1995, p. 790, RvA 26 januari 1998, nr. 19.159, RvA 26 juni 1998, nr. 20.262, RvA 27 november 1998, nr. 19.772, RvA 3 juli 2000, nr. 21.732, RvA 26 maart 2003, nr. 24.054, RvA 2 augustus 2003, nr. 25.320. Zie ook RvA 19 januari 2009, nr. 71.305 waarin het belang dat verkrijgers aan de hoogte van de balustrades van hun balkon hechtte meespeelde in de vraag of dit gebrek zichtbaar was of niet.

Het ligt voor de hand voor de invloed van de deskundigheid op de zichtbaarheid van gebreken aanknoping te zoeken bij de koop van bestaande bouw. Bij de koop van bestaande bouw en aansprakelijkheid na levering speelt, evenals onder de koop-/aannemingsovereenkomst, de deskundigheid van de koper een belangrijke rol. De deskundigheid van beide partijen is in dat geval van invloed op de onderzoeks- en mededelingsplichten van partijen.¹²² Veel literatuur over de deskundigheid van de koper heeft betrekking op deze situatie. In grote lijnen komt de literatuur er op neer dat als sprake is van een deskundige verkoper en een ondeskundige koper op de deskundige verkoper eerder een mededelingsplicht rust.¹²³ Op een deskundige koper rust daarentegen een ruimere onderzoeksplicht.¹²⁴ Als de koper als een deskundige kan worden beschouwd, mag de verkoper eerder aannemen dat de koper onderzoek zal doen dan wanneer deze ondeskundig is.¹²⁵ Bepalend voor de vraag of de koper voldoende onderzoek heeft verricht is de vraag of de koper datgene heeft gedaan dat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem mocht worden verlangd.¹²⁶

De lijn die de Raad volgt inzake de invloed van de deskundigheid van de verkrijger bij aanneming van werk sluit aan bij de jurisprudentie en literatuur bij de koop van bestaande bouw. In die gevallen waarin de koop-/aannemingsovereenkomst wordt gebruikt, is de ondernemer bij uitstek deskundig. Zijn deskundigheid betreft zowel de bouw in het algemeen als het ontwerp en de bouw van het op te leveren huis in het bijzonder. Ontwerp en uitvoering zijn volledig in zijn hand. De verkrijger is onder de koop-/aannemingsovereenkomst ondeskundig ten aanzien van de bouw in het algemeen en ontwerp en uitvoering van het huis dat hij zal verkrijgen. Hiermee zal onder de koop-/aannemingsovereenkomst dus rekening moeten worden gehouden bij het beantwoorden van de vraag of een gebrek zichtbaar is of niet.

12.3.3 De invloed van ingeschakelde deskundigheid

In de gevallen waarin de model koop-/aannemingsovereenkomst wordt gebruikt, is de verkrijger vrijwel nooit zelf deskundig. Het komt echter met grote regelmaat voor dat de verkrijger een deskundige inschakelt die hem bijstaat bij de aankoop van de woning en/of de opnemings- en oplevering ervan en zich daarmee dus deskundigheid verwerft. Bij de koop-/aannemingsovereenkomst gaat het dan meestal om bijstand bij oplevering.¹²⁷ De vraag is of dergelijke ingeschakelde deskundigheid kan worden toegerekend aan de verkrijger en dus van invloed is op de zichtbaarheid of verborgenheid van gebreken en vervolgens op de aansprakelijkheid van de ondernemer.

122 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 337.

123 Ibid.

124 Ibid.

125 Dammingh 2002, p. 218.

126 Van Dam 1998, nr. 168.

127 En minder vaak om bijstand bij de aankoop zoals bij de koop van bestaande bouw wel het geval is.

Over het algemeen wordt aangenomen dat de bij oplevering aanwezige ingeschakelde deskundigheid wordt toegerekend aan de verkrijger.¹²⁸ De Raad heeft een aantal uitspraken gedaan over de invloed van deskundige bijstand bij oplevering.¹²⁹

In een aantal geschillen werd opgemerkt dat van een verkrijger die geen deskundige bijstand had ingeschakeld niet kon worden verwacht dat hij een bepaald gebrek had opgemerkt.¹³⁰ Uit deze redenering van de Raad zou a contrario opgemaakt kunnen worden dat aan het wèl inschakelen van een deskundige dus wel gevolgen zijn verbonden, in ieder geval dat het inschakelen van de deskundige van invloed is op zichtbaarheid van gebreken.

Dit bleek inderdaad uit een aantal uitspraken waarbij de deskundigheid van een deskundige van bijvoorbeeld de Vereniging Eigen Huis werd meegewogen in de beantwoording van de vraag of een gebrek zichtbaar was bij oplevering. Zo oordeelde de Raad expliciet in een geschil uit 1989 dat *'De specifieke deskundigheid, die de Vereniging Eigen Huis heeft of pretendeert te hebben, heeft in het bijzonder consequenties voor het antwoord op de vraag in hoeverre bepaalde gebreken ten tijde van de oplevering als 'verborgen' hebben te gelden.*¹³¹ Tot eenzelfde of vergelijkbaar oordeel komt de Raad in een aantal andere uitspraken.¹³² Ook hier werd de deskundigheid van de ingeschakelde deskundige toegerekend aan de verkrijger en had het gevolgen voor de zichtbaarheid of verborgenheid van gebreken.

In 2006 sprak de Raad opnieuw uit over bijstand door een deskundige. Van de vier uitspraken kwam het in één geval tot toerekening¹³³, in één geval tot niet toerekenen¹³⁴ en in twee gevallen gaf de Raad geen antwoord op de vraag of de deskundigheid moest worden toegerekend, maar stelden dat de deskundige het gebrek ook niet had kunnen opmerken.¹³⁵

128 Asser/van den Berg 5-IIIc, 2007, nr. 115.

129 Zie Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 113.

130 RvA 29 maart 1988, nr. 13.049, BR 1988, p. 532, RvA 23 juni 1988, nr. 12.984, RvA 29 februari 1984, nr.11.033, BR 1984, p. 611, RvA 3 mei 1995, nr. 17.294, BR 1995, p. 790.

131 RvA 12 september 1989, nr. 13.536, BR 1990, p. 226.

132 RvA 26 oktober 1990, nr. 13.915, BR 1992, p. 60, RvA 10 juli 1995, nr. 15.943, RvA 4 november 1997, nr. 19.259, RvA 17 juli 2000, nr. 21.663, BR 2002, p. 524, RvA 23 oktober 2003, nr. 23.826, RvA 21 augustus 2001, nr. 22.722.

133 RvA 29 juni 2006, nr. 27.573, BR 2007, p. 58: *De vraag was of het niet op eenvoudige wijze en tegen redelijke kosten kunnen reinigen van de ramen een verborgen gebrek betrof in de zin van art. 18 AV. Een bouwkundige had in opdracht van de VvE (gedurende twee dagen) de gemeenschappelijke delen het werk opgenomen. Letterlijk zeiden arbiters het volgende: 'Arbiters rekenen de bouwkundige kennis van de deze medewerker [van de Vereniging Eigen Huis, EB] toe aan de VvE, omdat deze bouwkundige in opdracht van de VvE het werk heeft opgenomen.'*

134 RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53. Onder deze uitspraak schreef Chao-Duivis een noot waarop in § 12.5.5 uitgebreid wordt ingegaan.

135 In RvA 2 juni 2006, nr. 27.456, BR 2007, p. 50-52 ging het geschil over de afdekking van een t-stuk van de riolering in de kelder dat door middel van een schroefdeksel had moeten gebeuren. Arbiters overweegt dat de afwezigheid van het schroefdeksel een tekortkoming betreft dat niet acceptabel is. Immers niemand zal accepteren dat

12.3.4 De koopovereenkomst en de invloed van de ingeschakelde deskundige

De hierboven genoemde uitspraken van de Raad zijn in lijn met het algemene recht over toerekening van deskundige bijstand. Uit een aantal arresten van de Hoge Raad blijkt (samengevat) dat onder omstandigheden de aanwezigheid van een ingeschakelde deskundige wordt meegewogen in het oordeel.¹³⁶

In de literatuur wordt er over het algemeen hetzelfde over gedacht. Een vergelijking van de oplevering van nieuwbouw met behulp van een deskundige met de aankoop van bestaande bouw met behulp van een deskundige is in dit geval op zijn plaats. Hoewel de rechtshandelingen qua inhoud verschillen, bij bestaande bouw wordt de koopbeslissing genomen met behulp van de deskundige, bij nieuwbouw de opleveringsbeslissing, is de invloed van de deskundige. In beide gevallen is sprake van een rechtshandeling met rechtsgevolgen afhankelijk van de (toegerekende) deskundigheid van verkrijgers.

Aangenomen wordt dat als een koper bij een koopovereenkomst besluit tot de inschakeling van een deskundige, de toevoeging van deze deskundige van invloed

zijn kelder de gerede kans loopt om gevuld te raken met rioleringswater terwijl er een goedkope en afdoende oplossing mogelijk is. Aldus is arbiter van oordeel dat niet anders gedacht kan worden dan dat opdrachtgever alsmede haar deskundige deze tekortkoming over het hoofd hebben gezien, danwel dat opdrachtgever zich niet gerealiseerd heeft wat de gevolgen van deze tekortkoming is. Volgens arbiter betekent het niet melden bij de oplevering niet het aanvaarden en accepteren door opdrachtgever van deze tekortkoming tijdens ondernemer. Arbiter is van mening dat gezien de locatie van de afsluiting zowel opdrachtgever als zijn deskundige dit niet hadden hoeven opmerken.

In RvA 25 maart 2006, nr. 27.614 ging arbiter ook niet in op de vraag of deskundigheid zou moeten worden toegerekend maar behandelde slechts de vraag of de deskundige het gebrek wel had kunnen opmerken. Het ging in dit geschil om het ontbreken van veiligheidsvoorzieningen. Arbiter stelt slechts vast dat ook de deskundige dit gebrek niet had kunnen opmerken.

136 HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (Bunde/Erckens). In dit arrest werd overwogen dat bij gebruik van een voor misverstand vatbare uitdrukking in een overeenkomst, voor de uitleg van de overeenkomst en de gevolgen daarvan tussen partijen o.a. van belang was dat een der partijen zich bij de onderhandelingen had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze de betekenis van de gebruikte term kende. Hetzelfde kon worden opgemaakt uit Van den Berg en Van Gestel/Hendriks: HR 27 januari 1989, NJ 1989, 816. Hierin werd overwogen dat naarmate een ingeschakelde deskundige een grotere rol speelt bij de onderhandelingen of naarmate diens aandeel in de totstandkoming van de rechtshandeling groter is, zijn deskundigheid wordt toegerekend aan de partij die hem heeft ingeschakeld. Lees voor de uitzonderingen op deze regel Tjittes 2001a, p. 7–15. Ook: HR 2 april 1999, NJ 1999, 585. In van den Broek en Pennings/van Dael kwam na de koop een ernstige schimmelvorming aan het licht. De Hoge Raad nam ook daar in de afweging van de omstandigheden mee dat de kopers zich bij de koop hadden laten bijstaan door een architect die het pand driemaal had bezocht voordat een bod werd uitgebracht.

is op de positie van de koper.¹³⁷ In de literatuur is in het kader van vertegenwoordiging bij de totstandkoming van overeenkomsten uitgebreid gediscussieerd over de toerekening van deskundige bijstand. Deze discussie kan bijdragen aan een beter begrip omtrent de toerekening van de deskundigheid onder de koop-/aannemingsovereenkomst.

Tjittes zet uitgebreid en genuanceerd uiteen wanneer zijns inziens sprake moet zijn van toerekening van de kennis van een deskundige aan de opdrachtgever van die deskundige.¹³⁸ Het uitgangspunt is dat bij beantwoording van de vraag of toerekening van kennis van een ingeschakelde deskundige moet plaatsvinden, alle omstandigheden van het geval een rol spelen. Tjittes maakt uit de rechtspraak een aantal gezichtspunten op die relevant zijn bij het beantwoorden van die vraag. Samengevat komt het erop neer dat het antwoord op de vraag of kennis moet worden toegerekend aan degene die de deskundige inschakelt afhangt van een viertal factoren: 1) de hoedanigheid van de opdrachtgever, 2) het aandeel van de deskundige in de bepaling van de totstandkoming en de inhoud van de rechtshandeling, 3) het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in a) de deskundigheid van de deskundige ten aanzien van de desbetreffende rechtshandeling en b) in het feit dat hij zijn opdrachtgever heeft voorgelicht en 4) de aard van de rechtshandeling.¹³⁹

Hieronder wordt kort ingegaan op de vier door Tjittes genoemde gezichtspunten en hun belang voor de situatie onder de koop-/aannemingsovereenkomst aangeven.

Over de hoedanigheid van de opdrachtgever merkt Tjittes op dat als sprake is van een ondernemer die de deskundige contracteert, de deskundigheid altijd moet worden toegerekend aan deze ondernemer. Voor toerekening van de deskundigheid is bij een particuliere opdrachtgever alleen ruimte als ‘de wederpartij mocht denken dat de deskundige ter zake van de voorliggende transactie deskundig is en bovendien mocht denken dat de deskundige zijn opdrachtgever ter zake heeft voorgelicht. In dat geval ontbeert de particulier geen deskundigheid en bestaat er in zoverre geen reden hem te beschermen ten opzichte van een ondernemer’.¹⁴⁰

In geval van de koop-/aannemingsovereenkomst en deskundige bijstand bij oplevering mag worden aangenomen dat de door de verkrijger ingeschakelde deskundige ook deskundig is ten aanzien van de ‘voorliggende transactie’ zoals Tjittes het omschrijft, i.c. de bouwkundige inspectie van de woning. Als het aan Tjittes

137 Oranje & Schreurs 2002, p. 947, Castermans 1992, p. 98 e.v. (hij gaat hierbij uit van volmacht. Zie ook: Dammingh 2000, p. 891-896, volgens hem dient de ondeskundige koper die zich door een makelaar laat bijstaan als een deskundige contractspartij te worden aangemerkt. Letterlijk zegt hij: ‘de deskundigheid en de wetenschap van de makelaar worden aan de verkoper (in diens verhouding tot de koper) toegerekend’.

138 Tjittes 2001a, p. 7-15.

139 Tjittes 2001a, p. 14-15.

140 Ibid.

zou liggen, zou de bijstand door de deskundige in dat geval dus aan de verkrijger moeten worden toegerekend.

Over het aandeel van de deskundige in het tot stand komen van de rechtshandeling zegt Tjittes dat hoe groter het aandeel van de deskundige in de totstandkoming en inhoud van de overeenkomst, des te eerder de wetenschap van de deskundige aan zijn opdrachtgever moet worden toegerekend.¹⁴¹ Tjittes merkt op dat de leer van het grootste aandeel strikt genomen alleen van toepassing is op het geval van volmachtverlening, maar analoog ook is toe te passen op andere situaties.¹⁴²

Bij het bepalen van de grootte van het aandeel van deskundige is van belang vast te stellen wat de omvang van het aandeel van de deskundige was wat het object van zijn aandeel was.¹⁴³

Voor het vaststellen van de omvang van het aandeel is uit de parlementaire geschiedenis de vuistregel op te maken dat hoe vrijer de volmachtgever de gemachtigde heeft gelaten, des te groter zijn aandeel in de totstandkoming van de rechtshandeling zal zijn.¹⁴⁴

Het vaststellen van het object van het aandeel heeft betrekking op de vraag welke kennis relevant is om het aandeel van de deskundige en zijn opdrachtgever te bepalen.¹⁴⁵ Volgens Tjittes gaat het om de kennis waarvoor de deskundige is ingeschakeld.¹⁴⁶ Waarvoor een deskundige is ingeschakeld, zal opgemaakt moeten worden aan de hand van de uitleg van de opdracht.¹⁴⁷

Uit het betoog van Tjittes kan lering getrokken worden, maar moet daarbij wel voorzichtigheid betracht worden in het geval van de koop-/aannemingsovereenkomst en de bepaling van het aandeel van de deskundige in het tot stand komen van de rechtshandeling, in dit geval het vaststellen van het proces verbaal van oplevering. Met betrekking tot vaststellen van de omvang van het aandeel moet worden opgemerkt dat de deskundige niet erg vrij wordt gelaten door zijn opdrachtgever, de verkrijger. De deskundige is slechts aanwezig bij opname, geeft advies aan de verkrijger, maar verricht de rechtshandeling niet in naam van de opdrachtgever. Hij heeft slechts een beperkte opdracht, namelijk volgens de vaknormen keuren van de woning. Met betrekking tot deze opdracht heeft de deskundige een grote invloed op de beslissing van verkrijgers gebreken te aanvaarden, nu verkrijgers op zijn oordeel af zullen gaan.

Het object van het aandeel van de deskundige betreft de bouwkundige kennis van de deskundige. In geval van opname van de woning bij oplevering kijkt een deskundige naar de bouwkundige en technische kwaliteiten van de woning. Zijn

141 Tjittes 2001a, p. 15.

142 Hij noemt hierbij uitspraken waaruit blijkt dat ook buiten volmachtverlening de leer van het grootste aandeel wordt gehanteerd, Tjittes 2001a, p. 8-10.

143 Tjittes 2001a, p. 9-10.

144 TM PG Boek 3, p. 274

145 Tjittes 2001a, p.10.

146 Ibid.

147 Ibid.

aandeel is dus beperkt tot deze aspecten. Hij is veelal niet op de hoogte van de inhoud van het contract en kan dan ook niet vaststellen of de woning voldoet aan die eisen. Zo zullen wijzigingen in bijvoorbeeld de indeling van de woning of de uitvoering van bepaalde onderdelen (denk aan het leveren van een trap in de verkeerde houtsoort) niet tot zijn kennis kunnen worden gerekend. Toerekening van de kennis van de deskundige aan de verkrijgers zal dan ook eerst en vooral moeten plaatsvinden met betrekking tot bouwkundige gebreken.

Over het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in a) de deskundigheid van de deskundige ten aanzien van de desbetreffende rechtshandeling (i.c. het keuren op bouwkundige gebreken) en b) in het feit dat hij zijn opdrachtgever heeft voorgelicht, volstaat in het kader van de koop-/aannemingsovereenkomst een kort antwoord. De ondernemer mag er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de deskundige die de verkrijger bijstaat deskundig is ten aanzien van de betreffende rechtshandeling voor zover het de bouwkundige inspectie betreft (en niet de vraag of aan andere in de overeenkomst neergelegde eisen is voldaan). Ook mag hij er gerechtvaardigd op vertrouwen dat hij de verkrijger voorlicht ten aanzien van de bouwkundige staat van de woning voor zover dit ook daadwerkelijk is gebeurd tijdens de inspectie van de woning. Bij deze inspectie zijn zowel ondernemer als verkrijger en zijn deskundige aanwezig. De ondernemer hoort dus ook wat de deskundige aan de verkrijger vertelt.

Over de aard van de rechtshandeling merkt Tjittes op dat de vraag van belang is of de rechtszekerheid een rol speelt of dat belangen van derden een betrokken zijn. In dat geval zullen 'hard & fast rules' moeten worden geformuleerd en past een toerekening aan de hand van alle omstandigheden niet.¹⁴⁸ Onder de koop-/aannemingsovereenkomst is dit niet het geval, er zijn geen belangen van derden (dus personen buiten de ondernemer en de verkrijger) betrokken bij de opname van de woning en de rechtszekerheid speelt geen rol.

Samengevat kan uit de in § 12.3.3 aangehaalde jurisprudentie worden opgemaakt dat onder de koop-/aannemingsovereenkomst vooral de aard van contractspartijen en het aandeel van de deskundige een rol speelt. Van groot belang bij het beantwoorden van de vraag of toerekening van de deskundigheid van de deskundige aan de verkrijger moet plaatsvinden, is het aandeel van de deskundige in het tot stand komen van de rechtshandeling, in dit geval de opname en aanvaarding van de woning. Het aandeel van de deskundige heeft bij opneming en keuring alleen betrekking op de bouwkundige en technische tekortkomingen. Zijn kennis zal voor die onderdelen dan ook moeten worden toegerekend aan de verkrijger.

148 Tjittes 2001a, p. 15.

12.3.5 Samenvatting: zichtbaarheid, deskundigheid en de koop-/aannemingsovereenkomst

Uit bovenstaande paragrafen (§ 12.3.1 t/m § 12.3.4) blijkt dat het antwoord op de vraag of een gebrek zichtbaar is of verborgen, naast de aard van het gebrek, in grote mate afhangt van de deskundigheid van de verkrijger zelf alsmede van de door hem ingeschakelde deskundigen. De vraag of door de verkrijger ingeschakelde deskundigheid aan deze verkrijger moet worden toegerekend wordt door de Raad in veel gevallen bevestigend beantwoord. Uit het algemene recht blijkt dat toerekening van deskundigheid afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Tjittes geeft in dat kader een aantal gezichtpunten die die omstandigheden verder uitwerken. Uit die gezichtpunten kan worden opgemaakt dat in sommige gevallen ook onder de koop-/aannemingsovereenkomst toerekening van de deskundigheid van een ingeschakelde deskundige aan de verkrijger, op zijn plaats is. Dit betekent dat als een verkrijger zich bij opneming laat bijstaan door een bouwkundig of technisch specialist, de kennis van deze specialist aan de verkrijger kan worden toegerekend, dit is in lijn met hetgeen Tjittes hierover zegt. Gebreken die voor en leek op het eerste gezicht niet zichtbaar zijn, kunnen voor een deskundige wel zichtbaar zijn of worden geacht zichtbaar te zijn. In dat geval is de ondernemer ingevolge de hoofdregel van art. 17 en 18 AV niet meer aansprakelijk voor deze gebreken. Zoals reeds opgemerkt moet een voorbehoud worden gemaakt over het toerekenen van ingeschakelde deskundigheid aan de verkrijger als het gaat om afwijkingen van de tekeningen of contractstukken die geen fysiek gebrek opleveren. Omtrent de inhoud van de overeenkomst tussen partijen zal een bouwkundige of technicus immers niet snel deskundig zijn.

In § 12.5 wordt dieper ingegaan op deze hoofdregel omtrent aansprakelijkheid voor bij oplevering zichtbare gebreken, in § 12.5.5 wordt uitgebreid ingegaan op de vraag of de uitsluiting van de aansprakelijkheid voor bij oplevering zichtbare gebreken wenselijk is of dat deze regel aanpassing behoeft.

12.4 AANSPRAKELIJKHEID TIJDENS DE BOUW

Nu in de voorgaande paragrafen is ingegaan op enkele onderwerpen die voor alle fasen van aansprakelijkheid van de ondernemer voor tekortkomingen van belang zijn, komen in deze en de volgende paragrafen de verschillende fasen in de aansprakelijkheid van de ondernemer aan bod.

De ondernemer is zowel voor als na oplevering aansprakelijk te stellen voor tekortkomingen. In deze paragraaf wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van de ondernemer tijdens de bouw.¹⁴⁹

149 § 12.4 behandelt de aansprakelijkheid voor oplevering, § 12.5 de aansprakelijkheid voor in het proces-verbaal van oplevering opgenomen tekortkomingen, § 12.6 gaat in op de aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode en § 12.7 op de aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode.

De bespreking is beperkt tot de situatie waarin geen controle, toezicht of inspectie tijdens de bouw plaatsvindt. We wordt meegenomen wat rechtens is als de koper desalniettemin zelf onregelmatigheden ontdekt.

Er wordt niet ingegaan op de situatie dat tijdens de bouw wel controle of toezicht plaatsvindt.¹⁵⁰ Controle tijdens de bouw door de verkrijger is onder koop-/aannemingsovereenkomst immers (vooralsnog) geen gewoonte en niet geregeld in de koop-/aannemingsovereenkomst.¹⁵¹ Immers, ontwerp en uitvoering zijn geheel in handen van de ondernemer, de verkrijger is in veel opzichten meer een koper van een kant-en-klare brochurewoning dan een opdrachtgever in de zin van zuivere aanneming van werk overeenkomsten.¹⁵²

Het verdient aandacht dat als wordt afgeweken van de situatie zoals die nu gebruikelijk is onder de koop-/aannemingsovereenkomst en de verkrijger of een door hem ingeschakelde deskundige controleert tijdens de bouw wel de werkzaamheden en wellicht aanwijzingen geeft, de ondernemer dan niet aansprakelijk is, zoals dit bijvoorbeeld onder UAV 1989 het geval is in het kader van directietoezicht.¹⁵³ Enige nuance op deze stelling is ook dan nog op zijn plaats aangezien de verkrijger of zijn deskundige naar alle waarschijnlijkheid niet betrokken zal zijn geweest bij het ontwerp.

12.4.1 Constateren van gebreken tijdens de bouw

Zoals gezegd kent de koop-/aannemingsovereenkomst geen controle of toezicht tijdens de bouw. Toch bestaat de mogelijkheid dat de verkrijger tijdens de bouw, bijvoorbeeld bij een informele rondgang of een wandeling langs de bouwplaats, onregelmatigheden ontdekt. Constateert de verkrijger al tijdens de bouw onregelmatigheden dan mag hij op dat moment de ondernemer al aanspreken op diens verantwoordelijkheden.

In een uitspraak van de Raad uit 1972 oordeelt arbiter letterlijk: ‘wanneer een op het gebied van de bouw niet-deskundige aanbesteder uit belangstelling de stand

150 Hierover in het kader van eerdere versies van de koop-/aannemingsovereenkomst: Van Wijngaarden 1990, p. 34. In de literatuur is wel geschreven over toezicht tijdens de bouw in een situatie als onder de koop-/aannemingsovereenkomst. Anders dan bij de UAV kan volgens Van Wijngaarden bij de bouw van een woning onder de koop-/aannemingsovereenkomst, door een niet-deskundige verkrijger, van deze verkrijger geen nauwlettend toezicht tijdens de bouw of bij oplevering worden verwacht Van Wijngaarden 1990, p. 75.

151 In het kader van eerder versies van de koop-/aannemingsovereenkomst: Van Wijngaarden 1990, p. 34.

152 Zie ook hoofdstuk 3 over aard van de overeenkomst. De koop-/aannemingsovereenkomst wordt gebruikt in situaties waar gebouwd wordt zonder enige inbreng van de verkrijgers, noch tijdens de ontwerpfase, noch tijdens de uitvoering. (ontwerp)verantwoordelijkheid ligt bij de ondernemer Zie o.a. RvA 5 september 2001, nr. 22.317.

153 De UAV 1989 en ook andere bouwcontracten kennen wel een regeling van toezicht tijdens en controle de bouw. O.a. ook de UAV 1968 en UAVTI 1992, van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, p. 2.

van zaken op de bouw in ogenschouw komt nemen, dan is dat iets anders dan wanneer een op het gebied van de bouw deskundige de bouw bezoekt met het oogmerk van toezicht en controle'.¹⁵⁴ Uit deze uitspraak valt als mogelijke algemene lijn af te leiden dat in beginsel vrijblijvende en incidentele 'controle' tijdens de bouw door de ondeskundige koper zelf zonder gevolgen moet blijven.

Het kan voorkomen dat de verkrijger tijdens de bouw ontdekt dat niet gebouwd wordt volgens de afspraken. In dat geval zou de verkrijger de rechten die hij heeft na oplevering (namelijk recht op herstel van gebreken), al tijdens de bouw willen invoeren. De meest voor de hand liggende situatie waarin de verkrijger zijn rechten al zou willen invoeren is die waarbij niet wordt gebouwd volgens de tekening. Dit kan zowel een tekortkoming¹⁵⁵ als een wijziging inhouden.¹⁵⁶ Op basis van art. 17 en 18 AV kan de verkrijger de ondernemer aansprakelijk stellen voor tekortkomingen.¹⁵⁷ Op basis van art. 4 en art. 6 AV heeft de ondernemer het recht bepaalde wijzigingen aan te brengen.¹⁵⁸ Is de verkrijger van mening dat de ondernemer geen grond heeft voor het doorvoeren van een wijziging of is de wijziging niet op correcte wijze medegedeeld, dan kan hij de ondernemer hierop (schriftelijk) aanspreken en indien nodig een spoedprocedure aanhangig maken bij de Raad van Arbitrage. Hetzelfde geldt voor het geval waarin de ondernemer niet bouwt naar de eisen van goed en deugdelijk werk of conform de eisen van overheid- en nutsbedrijven.

De vraag is of de verkrijger, op straffe van rechtsverlies, de ondernemer moet aanspreken als hij tijdens de bouw een fout ontdekt. Een aantal argumenten pleit ervoor aan te nemen dat de verkrijger, wil hij deze rechtsverwerking voorkomen, de ondernemer dient aan te spreken. Hieronder volgt een uiteenzetting van die argumenten.

Het eerste argument is gelegen in het gebruik van de term 'redelijke termijn': De voorwaarden zeggen niet expliciet iets over vóór oplevering geconstateerde gebreken. Ingevolge art. 17 en 18 AV is de aansprakelijkheid van de ondernemer echter beperkt tot bij oplevering in het opleveringsrapport opgenomen tekortkomingen en tekortkomingen aan de dag getreden gedurende zes maanden na de datum van oplevering.¹⁵⁹

Ingevolge art. 18 lid 2 onder a en c AV dient een verkrijger een gebrek te melden binnen 'een redelijke termijn na ontdekking'. Doet hij dit niet dan is sprake van rechtsverlies aan de zijde van de verkrijger.¹⁶⁰ Constateert een verkrijger tijdens de

154 RvA 27 april 1972, nr. 6.306, BR 1972, p. 464 met noot H.O. Thunnissen.

155 § 12.2 van dit hoofdstuk gaat in op de begrippen gebrek en tekortkoming.

156 Een wijziging kan onder omstandigheden ook een tekortkoming opleveren.

157 Zie hierover de § 12.6, 12.7 en 12.8 van dit hoofdstuk

158 Dit onderwerp wordt behandeld in hoofdstuk 9.

159 Zie art. 18 lid 1 AV.

160 Zie over de betekenis en uitleg van melden 'binnen een redelijke termijn' § 7.4 van dit hoofdstuk.

bouw een tekortkoming en meldt hij dit niet bij de aannemer binnen de ‘redelijke termijn na ontdekking’, dan zou sprake kunnen zijn van rechtsverlies als hij na oplevering en een beroep zou willen doen op art. 18 AV. Het feit dat onder art. 18 AV een gebrek geconstateerd na oplevering binnen een redelijke termijn na ontdekking moet worden vermeld, zou analoog kunnen worden toegepast op de niet geregelde situatie van aansprakelijkheid voor oplevering. Ook dan zou een gebrek binnen een redelijke termijn na de ontdekking ervan moeten worden gemeld. Het melden van het gebrek na afloop van de onderhoudstermijn zou bij het constateren van het gebrek tijdens de bouw, niet binnen die redelijke termijn vallen.

Een ander argument dat er voor pleit dat de verkrijger, om rechtsverlies te voorkomen, een gebrek moet melden, is gelegen in art. 18 lid 4 AV.¹⁶¹ In lid 2 en 4 van art. 18 AV is de aansprakelijkheid van de ondernemer voor verborgen gebreken opgenomen. In het vierde lid staat dat als verborgen gebrek wordt aangemerkt ‘indien het door de verkrijger redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van ontdekking onderkend had kunnen worden’. Ziet een verkrijger tijdens de bouw dat de ondernemer een fout maakt, dan is ingevolge het vierde lid geen sprake meer van een verborgen gebrek.

Tot slot kan naar het BW worden gekeken om tot een antwoord te komen. Art. 7:758 BW regelt de oplevering van de woning.¹⁶² Het artikel beperkt in het derde lid de aansprakelijkheid van de ondernemer voor op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs te ontdekken gebreken. De aannemer is dan ook niet aansprakelijk voor *bij oplevering* zichtbare gebreken.¹⁶³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever de mogelijkheid van rechtsverlies bij aanneming van werk bewust heeft willen beperken tot gebreken die de verkrijger bij oplevering redelijkerwijs had kunnen ontdekken.¹⁶⁴ Met betrekking tot gebreken die de opdrachtgever vóór het moment van oplevering had kunnen onderkennen, doch niet onderkend heeft, vervalt de aansprakelijkheid van de aannemer niet.¹⁶⁵ Merkt een verkrijger een gebrek echter wel op, doch laat hij na hiertegen op te treden, dan kan het achteraf toch aansprakelijk stellen van de ondernemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht.¹⁶⁶ In dat geval zou sprake zijn van rechtsverwerking op grond van art. 6:248 lid 2 BW.¹⁶⁷

161 Zie Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 115.

162 Art. 7:758 lid 3 BW: De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

Oplevering is behandeld in hoofdstuk 12. Art. 7:758 BW wordt ook in § 12.5.4.2 besproken.

163 De UAV kennen wel een uitsluiting van de aansprakelijkheid voor vóór oplevering zichtbare gebreken.

164 MvA Kamerstukken I 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 11. Ook Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 113.

165 Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 113.

166 Ibid.

167 Ibid.

In het kader van het in deze paragraaf besproken onderwerp wordt kort gewezen op art. 7:756 BW. In dit artikel wordt de mogelijkheid van anticipatieve ontbinding, al in het BW in algemene zin opgenomen, speciaal voor de aanneming van werk uitgebreid.¹⁶⁸

Geheel of gedeeltelijke ontbinding is op grond van dit artikel al mogelijk, in enkele limitatief omschreven gevallen, indien vóór de oplevering waarschijnlijk wordt dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd.¹⁶⁹ Voor ontbinding op basis van dit artikel is rechterlijke tussenkomst vereist.¹⁷⁰ De rechter bepaalt de gevolgen van de ontbinding. Hij kan de ontbinding ook doen afhangen van door hem te stellen voorwaarden (art. 7:756 lid 3 BW). Het is goed denkbaar dat (anticipatieve) ontbinding, in lijn met art. 6:265 BW, enkel kan plaatsvinden als de ontbinding de tekortkoming rechtvaardigt.¹⁷¹ Een dergelijke situatie zal zich dan ook alleen voordoen bij ernstige fouten of wijzigingen aan de zijde van de ondernemer.¹⁷²

Ontdekt een verkrijger, bij gebruik van de koop-/aannemingsovereenkomst, tijdens een rondgang over de bouwplaats een gebrek, en maakt hij dit niet kenbaar bij de ondernemer en stelt hij later de ondernemer aansprakelijk, is dat waarschijnlijk in strijd zijn met de eisen van redelijkheid en billijkheid of zorgt ervoor dat een beroep op de regeling van art. 18 AV over aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode niet meer openstaat omdat niet is gemeld 'binnen een redelijke termijn' of omdat het sprake meer is van een 'verborgen' gebrek.

Zoals opgemerkt is het controleren of inspecteren van het werk tijdens de bouw onder de koop-/aannemingsovereenkomst geen gewoonte en ook geen plicht van de verkrijger. In veel gevallen zullen de verkrijgers geen toegang hebben tijdens de bouw en als zij dit al hebben, geen idee hebben van fouten die tijdens het bouwen worden gemaakt. Constateert de verkrijger ondanks dit alles toch tijdens de

168 Asser/Van den Berg 5-IIIIC 2007, nr. 168.

169 Art. 7:756 lid 1 BW.

170 Enerzijds biedt art. 7:756 een verruiming van de ontbindingsbevoegdheid ten opzichte van art. 6:265 jo. 6:80 lid 1 sub a, b en c BW. Het artikel eist namelijk niet dat vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn (art. 6:80 lid 1 sub a), noch dat de schuldenaar een mededeling heeft gedaan waaruit de schuldeiser moet afleiden dat de schuldenaar zal tekortschieten (art. 6:80 lid 1 sub b), noch dat de schuldeiser goede gronden heeft om te vrezen voor tekortschieten door de schuldenaar en deze niet heeft voldaan aan de in art. 6:80 lid 1 sub c bedoelde schriftelijke aanmaning. (Asser/Van den Berg 5-IIIIC 2007, nr. 168, MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 24, MvA). Anderzijds is het vereiste van rechtelijke tussenkomst een beperking ten opzichte van de algemeen rechtelijke BW artikelen. De rechterlijke tussenkomst kan niet bij overeenkomst worden uitgesloten. MvA, Kamerstukken I 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 78.

171 Lid 1 van art. 6:265 BW. Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 496, Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 516.

172 Van den Berg merkt op (Asser/Van den Berg 5-IIIIC 2007, nr. 168) dat gelet op de met de ontbinding gemoeide tijd twijfelachtig is of de mogelijkheid van de anticipatieve ontbinding erg effectief zal blijken.

bouw een gebrek, dan kan het niet melden daarvan, zoals hierboven uiteen gezet, wel degelijk gevolgen hebben. De ondernemer mag onder de koop/-aannemingsovereenkomst dan wel de deskundige partij zijn en de verkrijger een ondeskundig, door tijdens de bouw een geconstateerd gebrek niet te melden kan sprake zijn van rechtsverwerking.

12.4.2 Controle tijdens de bouw en de PELSC

De PELSC kennen een apart artikel voor controle tijdens de bouw. Art. 2:105 PELSC gaat over inspectie, toezicht en aanvaarding. Aanvaarding is behandeld in het kader van hoofdstuk 11 en de oplevering. Voor dit hoofdstuk is interessant welke gevolgen de PELSC verbinden aan inspectie tijdens de bouw of bij oplevering.

Ingevolge het eerste lid van art. 2:105 PELSC is de opdrachtgever gerechtigd op een redelijke wijze en op een redelijk tijdstip de vervaardiging van de zaak en de zaak zelf te komen inspecteren en hierop toe te zien, zonder dat hij hiertoe gehouden is.¹⁷³ Inspectie of toezicht is dus volkomen vrijblijvend en onverplicht. De enige eis die aan de inspectie wordt gesteld is dat deze inspectie op redelijke wijze en op een redelijk tijdstip plaatsvindt. Denkbaar is dat de verkrijger vooraf met de ondernemer overlegt wanneer inspectie plaats zou kunnen vinden.¹⁷⁴ Ook denkbaar is dat daarbij afspraken worden gemaakt over de wijze van inspectie zodat de verkrijger bijvoorbeeld niet in de weg loopt en het werk geen vertraging oploopt.¹⁷⁵

Het derde lid van het artikel bevat een bepaling waarin is opgenomen ‘gebreken aan, of inadequate inspectie, toezicht of aanvaarding bevrijdt de aannemer noch geheel noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepas-

173 Art. 2:105 PELSC:

(1) Overeenkomstig Artikel 1:104(1)(d) (Samenwerkingsplicht) is de opdrachtgever gerechtigd op een redelijke wijze en op een redelijk tijdstip de hulpzaken en hulppersonen in het aannemingsproces, het proces van de vervaardiging van de zaak en de zaak zelf te inspecteren en hierop toe te zien, zonder dat hij hiertoe gehouden is.

(2) Indien de partijen overeenkomen dat de aannemer bepaalde onderdelen van de hulpzaken en hulppersonen, het proces van de vervaardiging van de zaak of de zaak zelf aan de opdrachtgever dient te tonen ten einde diens aanvaarding hiervan te verkrijgen, mag de aannemer niet verder gaan met de vervaardiging voordat hij hiertoe toestemming heeft verkregen van de opdrachtgever.

(3) Gebreke aan, of inadequate inspectie, toezicht of aanvaarding bevrijdt de aannemer noch geheel, noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

174 Zie Barendrecht e.a. 2007, p. 353.

175 Het tweede lid gaat over keuring van onderdelen en hulpzaken en is niet van belang voor de situatie onder de koop/-aannemingsovereenkomst maar meer gericht op een situatie zoals onder de UAV.

sing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging daarvan.’ Dus zowel de controle en inspectie op zich, als de aanvaarding van het bouwwerk, ontslaan de ondernemer niet van aansprakelijkheid. Art. 2:105 PELSC geeft in feite de opdrachtgever de mogelijkheid het werk te keuren en aanvaarden zonder enig rechtsgevolg.

In 2:106 PELSC is in het tweede lid nogmaals herhaald dat aanvaarding van het bouwwerk de ondernemer niet bevrijdt van zijn aansprakelijkheid.¹⁷⁶ Daaraan wordt toegevoegd dat zelfs een contractuele verplichting tot inspectie hier niet aan af doet. De toelichting op het artikel doet hier nog een schepje bovenop. Hierin staat dat de inspectie en controle door de verkrijger alleen dienen in het belang van de verkrijger: ‘all these measures are deemed to serve the interest of the client only.’¹⁷⁷ Dit houdt in dat hij geen verplichting heeft tot inspectie maar ook dat een inspectie de ondernemer niet ontslaat van zijn verplichtingen.¹⁷⁸

Lijkt inspectie zonder gevolgen, een nuancering op art. 2:105 PELSC is te vinden in art. 1:113 PELSC.¹⁷⁹ Dit artikel geeft aan dat als de verkrijger een non-conformiteit constateert, hij de ondernemer binnen een redelijke termijn op de hoogte moet stellen. Dit is ook opgenomen in de toelichting op art. 2:106 PELSC.¹⁸⁰ Het nalaten van het melden van een gebrek kan leiden tot het verlies van sommige remedies, maar niet tot het verlies van het recht op schadevergoeding.¹⁸¹

176 Art. 2:106 lid 2 PELSC: Aanvaarding van de controle over de zaak door de opdrachtgever bevrijdt de aannemer noch geheel, noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

177 Barendrecht e.a. 2007, p. 352

178 Barendrecht e.a. 2007, p. 352 en p. 318-319.

179 Art. 1:113 PELSC:

(1) De opdrachtgever is gehouden de dienstverlener ervan kennis te geven indien de opdrachtgever ontdekt, of een vergelijkbare opdrachtgever in dezelfde situatie als deze opdrachtgever reden heeft te weten, gezien alle feiten en omstandigheden die gekend worden door de opdrachtgever zonder afzonderlijk onderzoek, dat de dienstverlener hetzij er niet in zal slagen, hetzij er niet in geslaagd is het door de opdrachtgever medegedeelde of verwachte resultaat te bereiken.

(2) Indien de opdrachtgever nalaat overeenkomstig lid (1) er kennis van te geven dat de dienstverlener er niet in zal slagen het door de opdrachtgever medegedeelde of verwachte resultaat te bereiken, en als gevolg daarvan de dienst kostbaarder wordt of meer tijd zal vergen dan is overeengekomen, heeft de dienstverlener recht op:

(a) schadevergoeding voor het nadeel dat de dienstverlener heeft geleden als een gevolg van de niet-nakoming van de kennisgevingsplicht; en

(b) een aanpassing van de tijd voor nakoming zoals nodig is voor de uitvoering van de dienst.

180 Barendrecht e.a. 2007, p. 368.

181 Barendrecht e.a. 2007, p. 318-319. Het verlies van deze remedies is geregeld in art. 2:111 PELSC.

De vraag of een verkrijger tijdig een gebrek heeft gemeld wordt, aldus de toelichting, beoordeeld naar zogenaamde objectieve maatstaven.¹⁸² Het is voor een ondernemer moeilijk om aan te tonen dat de verkrijger reeds langer op de hoogte was van een gebrek en dat hij de ondernemer hier van niet op de hoogte heeft gesteld. Aan deze bewijsrechtelijke nood wordt tegemoet gekomen in de toelichting: De objectieve maatstaf aan de hand waarvan wordt beoordeeld of de verkrijger een bepaald moment geacht kan worden op de hoogte te zijn geweest, wordt gevormd door wat een vergelijkbare verkrijger ('comparable client') in dezelfde omstandigheden 'would have had reason to know'.¹⁸³ Deze regel zou, aldus de toelichting, 'geen enkele verplichting inhouden voor de verkrijger om actief naar gebreken te zoeken.'¹⁸⁴

Doordat onder de PELSC inspectie bij oplevering geen gevolgen heeft, heeft een verkrijger meer tijd zichtbare gebreken te ontdekken onder de PELSC dan onder de koop-/aannemingsovereenkomst. Rechtsverwerking is in de PELSC afhankelijk van alle omstandigheden van het geval en wordt derhalve minder strikt toegepast.

In veel gevallen zal de koop-/aannemingsovereenkomst gebruikt worden in combinatie met de Garantie- en waarborgregeling. In dat geval heeft de verkrijger naast de rechten opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden, garanties tegen (bepaalde) gebreken. Door deze garantie na oplevering verkeert de verkrijger weer in een betere positie dan onder de PELSC.

In § 12.4.2 wordt ingegaan op de situatie onder de koop-/aannemingsovereenkomst waarbij inspectie en keuring wel gevolgen heeft voor de aansprakelijkheid van de ondernemer en worden de PELSC in dit opzicht vergeleken met de koop-/aannemingsovereenkomst.

12.4.2.1 Bemoeienis en de PELSC

In de PELSC is een bepaling opgenomen over de aansprakelijkheid van de ondernemer in geval de verkrijger zich met de bouw heeft bemoeid. In art. 2:104 lid 3 PELSC staat dat als uit de aanwijzingen gegeven door de verkrijger (op grond van art. 1:109 PELSC) non-conforme levering voortvloeit en de aannemer zijn waarschuwingsplicht op grond van art. 1:110 PELSC niet heeft geschonden, de verkrijger zich niet meer kan beroepen op een non-conforme levering door de ondernemer.¹⁸⁵ Met andere woorden: bemoeit de verkrijger zich met de bouw en

182 Barendrecht e.a. 2007, p. 352

183 Ibid.

184 Ibid.

185 Art. 2:104 lid 3 PELSC: De opdrachtgever is niet gerechtigd een recht wegens non-conformiteit in te roepen indien de oorzaak voor de non-conformiteit wordt gevormd door een aanwijzing van de opdrachtgever op grond van Artikel 1:109 (Aanwijzingen van de opdrachtgever) en de aannemer zijn waarschuwingsplicht op grond van Artikel 1:110 (Contractuele waarschuwingsplicht van de dienstverlener) niet heeft geschonden.

vloeien daar gebreken uit voort (en schendt de ondernemer zijn waarschuwingsplicht niet) dan kan de verkrijger de ondernemer hier niet voor aansprakelijk stellen. Deze situatie komt vrijwel overeen met die onder het Nederlandse recht, zoals beschreven in § 12.10 van dit hoofdstuk.

12.5 AANSPRAKELIJKHEID VOOR IN HET OPLEVERINGSRAPPORT OPGENOMEN TEKORTKOMINGEN

De aansprakelijkheid van de ondernemer na oplevering heeft betrekking op twee soort situaties: 1) de aansprakelijkheid voor in het rapport van oplevering opgenomen tekortkomingen¹⁸⁶ en 2) de aansprakelijkheid voor ten tijde van de onderhoudsperiode aan de dag getreden tekortkomingen.¹⁸⁷ Deze paragraaf gaat over de onder 1 genoemde situatie. In § 12.6 komt de aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode aan bod.

Art. 17 AV regelt de aansprakelijkheid van de ondernemer voor in het rapport van oplevering opgenomen tekortkomingen genoemd in het bij oplevering opgemaakt opleveringsrapport.

Art. 17 lid 1 AV

De ondernemer verbindt zich de eventuele tekortkomingen, zoals opgenomen in het rapport als vermeld in artikel 14 lid 4 van deze algemene voorwaarden onverwijld, maar uiterlijk binnen drie maanden na de datum van oplevering te herstellen. In verband met de weersomstandigheden niet onverwijld uit te voeren werkzaamheden zullen zo spoedig mogelijk, wanneer de weersomstandigheden het toelaten, worden voltooid.

Het opnemen van de gebreken in het proces-verbaal van oplevering geeft de ondernemer een zo goed mogelijk inzicht in de omvang van de herstelwerkzaamheden, dit draagt bij tot een spoedige en efficiënte afwikkeling.¹⁸⁸

Wat onder het begrip ‘tekortkoming’ moet worden verstaan, kwam al aan bod in § 2 van dit hoofdstuk. In § 3.1.1 kwam de opname in het rapport van oplevering al aan bod. In deze paragraaf worden achtereenvolgens de volgende onderwerpen behandeld: het feit dat gebreken in het rapport moeten worden opgenomen (§ 5.1). De status van het opleveringsrapport (§ 5.1.1), het begrip onverwijld (§ 5.2), het herstel (§ 5.3) en de in het tweede lid van art. 17 opgenomen uitzonderingen op de aansprakelijkheid van de ondernemer (§ 5.4). In § 5.5 wordt ingegaan op de vraag of uitsluiting van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering zichtbare gebreken wenselijk is.

186 Ook wel de herstelperiode genoemd.

187 Aldus art. 18 AV.

188 Zie de Algemene Toelichting bij de algemene voorwaarden en koop/-aannemingsovereenkomst voor eengezinswoningen, versie 2007, p. 5.

12.5.1 In het rapport opgenomen

Art. 17 lid 1 AV vereist voor het herstellen van de tekortkomingen geconstateerd bij oplevering dat ze zijn opgenomen in het rapport of proces-verbaal van oplevering. Wordt een zichtbare tekortkoming niet opgenomen in het rapport dan is de ondernemer in beginsel niet gehouden het gebrek te herstellen.¹⁸⁹ Dit volgt uit de artikelen 17 en 18 AV. Uit art. 17 AV is als eis op te maken dat de gebreken moeten zijn opgenomen in het proces-verbaal willen zij in aanmerking komen voor herstel. In art. 18 lid 1 AV staat dat de ondernemer daarna alleen aansprakelijk is voor in de onderhoudsperiode *aan de dag getreden* tekortkomingen.¹⁹⁰ Over het opnemen in het rapport van zichtbare gebreken gaat § 3.1.2.

12.5.1.1 Status van het opleveringsrapport

De vraag kan gesteld worden wat de juridische status van het opleveringsrapport is. Is hetgeen dat is opgenomen in het opleveringsrapport een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 lid 2 BW? Of is het rapport slechts een bewijsmiddel van samen geconstateerde tekortkomingen?

De vaststellingsovereenkomst is een overeenkomst waarbij partijen ter beëindiging of ter voorkoming van een onzekerheid of geschil over hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar binden aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.¹⁹¹ De overeenkomst is bedoeld om onzekerheden nu en in de toekomst te voorkomen.¹⁹² De vaststelling zelf kan tot stand komen door een beslissing van partijen gezamenlijk of door één van hen óf door een derde.¹⁹³ Een belangrijke karakteristiek van de vaststellingsovereenkomst is dat tegenbewijs niet zozeer is uitgesloten, maar irrelevant is geworden.¹⁹⁴ Partijen komen een bepaalde vaststelling overeen die niet overeen hoeft te komen met de werkelijkheid. Bewijs achteraf over de juistheid van die vaststelling is dus onmogelijk.

Tevens is van belang dat van een vaststellingsovereenkomst pas sprake kan zijn als partijen overeen komen hun eigen standpunt op te geven en het standpunt

189 Over de vraag wanneer een gebrek zichtbaar is, is uiteraard een hele discussie te voeren. Op die vraag wordt hier niet ingegaan.

190 Art. 18 lid 1 AV: Onverminderd zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 17 lid 1 garandeert de ondernemer rechtstreeks ingevolge deze voorwaarden de woning gedurende zes maanden na de datum van oplevering tegen daarin aan de dag getreden tekortkomingen. Klachten dient de verkrijger binnen genoemde garantieperiode schriftelijk aan de ondernemer kenbaar te maken, in welk geval de ondernemer onverwijld zal overgaan tot het nodige herstel. Het in artikel 17 lid 2 bepaalde is alsdan van overeenkomstige toepassing.

191 Asser/Van Schaik 5-IV 2004, nr. 254.

192 Asser/Van Schaik 5-IV 2004, nr. 263.

193 Art. 7:900 lid 2 BW.

194 Asser/Van Schaik 5-IV 2004, nr. 256.

van de wederpartij zullen respecteren voor zover dat noodzakelijk is krachtens de beslissing die in de vaststellingsovereenkomst haar grond vindt.¹⁹⁵

Het opleveringsrapport is niet te beschouwen als een vaststellingsovereenkomst. Bij het opleveringsrapport is tegenbewijs niet uitgesloten en kunnen partijen hun eigen standpunten opgeven en zonder daarbij aan te geven onherroepelijk het standpunt van de wederpartij te zullen volgen. Dit blijkt uit jurisprudentie waaruit is op te maken dat het proces verbaal in beginsel bepalend is, maar soms ook niet genoteerde gebreken nog voor herstel in aanmerking komen.¹⁹⁶ Het opleveringsrapport is geen vaststellingsovereenkomst waarbij tegenbewijs irrelevant is. Voor de aansprakelijkheid van de ondernemer betekent dit dat zichtbare gebreken, ook zonder opname in het rapport maar mét ander relevant bewijs, nog voor herstel in aanmerking kunnen komen.

Het opleveringsrapport lijkt een zuiver bewijsrechtelijk document te zijn waarbij tegenbewijs steeds mogelijk is. De reden van het schriftelijk vastleggen van de gebreken in het rapport is gelegen in het bewijsrecht. De verkrijger kan op die wijze aantonen dat hij de ondernemer attent heeft gemaakt op de nog te herstellen gebreken. De ondernemer kan het opnamerapport gebruiken om het ontslagen zijn van aansprakelijkheid voor sommige, wel zichtbare gebreken te bewijzen.¹⁹⁷

12.5.2 Onverwijld herstel

Het herstel van bij oplevering geconstateerde tekortkomingen dient onverwijld te geschieden. Hieronder wordt ingegaan op het begrip ‘onverwijld’.

Zoals gezegd: Herstel dient onverwijld te geschieden doch uiterlijk binnen 3 maanden na de datum van oplevering, aldus art. 17 lid 1 AV.¹⁹⁸ Met betrekking tot de exacte aanvang van de periode waarbinnen de ondernemer tot herstel dient over te gaan wordt in art. 17 lid 1 de term ‘na de datum van oplevering’ gebruikt. Ook art. 18 AV gebruikt dit begrip om de start van de onderhoudsperiode aan te geven.¹⁹⁹ Of dit betekent dat de onderhoudsperiode of de termijn voor verplichting tot herstel reeds op de dag van oplevering ingaat danwel de dag erna is niet duidelijk. Omdat de onderhoudsperiode in ieder geval begint nadat de oplevering heeft plaatsgevonden is dit vraagstuk niet van groot belang.²⁰⁰ Wel bestaat er onduidelijkheid over de exacte einddatum van de onderhoudsperiode. Niet is op te maken

195 Asser/van Schaik 5-IV 2004, nr. 256.

196 Zie de hierboven in § 12.3.1.1 genoemde voorbeelden van gevallen waarin ook niet-genoteerde gebreken voor herstel in aanmerking kwamen.

197 Behoudens uiteraard hierboven genoemd tegenbewijs.

198 Art. 17 lid 1 AV werd hierboven weergegeven. Zie ook de toelichting bij de model koop-/aannemingsovereenkomst versie E.2003, onder 3, p. 11. In versie 2007, p. 6, onder algemene voorwaarden art. 14 lid 4, 17 en 18. In de drie maanden na oplevering dienen de in het proces-verbaal opgenomen tekortkomingen te worden hersteld.

199 Art. 18 lid 1 AV werd hierboven in § 12.5.1 al in een voetnoot weergegeven.

200 Zie ook Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007a, nr. 55.

of deze zes maanden na de dag van de oplevering eindigt of zes maanden en één dag na de dag van oplevering.

Wat in de praktijk precies onder ‘onverwijld’ en ‘zo spoedig mogelijk’ wordt verstaan is niet duidelijk. Hartkamp geeft in het kader van het BW, op basis van de parlementaire geschiedenis²⁰¹, een omschrijving van een aantal tijdsaanduidingen als ‘onverwijld’.²⁰² Deze omschrijvingen is breed geaccepteerd en om die reden kunnen ook de in deze overeenkomst gebruikte termen op deze wijze uitgelegd worden. Hartkamp stelt dat de term ‘terstond’ een onmiddellijke reactie vereist en de term ‘onverwijld’ de betrokkene wat meer respijt geeft. De term ‘met bekwame spoed’ geeft nog wat meer tijd, waarbij ook de behoefte aan enig beraad of enig onderzoek een rol kan spelen.²⁰³ Bij de term onverwijld in het kader van de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden hoeft dus niet meteen actie worden ondernomen, maar wel snel.

De toelichting op de op de koop-/aannemingsovereenkomst geeft aan dat de in het rapport opgenomen tekortkomingen binnen drie maanden na oplevering moeten worden hersteld.²⁰⁴ In de rede ligt dat de door weersomstandigheden vertraagde werkzaamheden in ieder geval binnen zes maanden na oplevering, de afgesproken onderhoudsperiode, dienen plaats te vinden.²⁰⁵

Werkzaamheden die in verband met de weersomstandigheden niet onverwijld zijn uit te voeren, zullen zo spoedig mogelijk, wanneer de weersomstandigheden dit toelaten, moeten worden uitgevoerd.

12.5.3 Uitsluiting aansprakelijkheid in tweede lid

Voor bepaalde tekortkomingen wordt de aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode en ook daarna beperkt, aldus wordt in het tweede lid van art. 17 AV bepaald.

Art. 17 lid 2 AV

In geval van uiterlijke onvolkomenheden welke het gevolg zijn van aard en hoedanigheid van gebruikte materialen (bijvoorbeeld krimpscheuren) ontleent de verkrijger daaraan geen grond voor verhaal, tenzij die onvolkomenheden het gevolg zijn van het gebruik van materiaal van minderwaardige kwaliteit of van ondeskundig gebruik of ondeskundige toepassing van materialen door de ondernemer.

201 PG Boek 3, p. 162 (Zeben/Dupon/Olthof 1981).

202 Hartkamp 2005, nr. 23, Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 545.

203 Hartkamp 2005, nr. 23.

204 Zie de Toelichting bij de GIW Garantieregeling E. 2003, onder 3, p. 11 en versie 2007 p. 6, onder algemene voorwaarden artt. 14 lid 4, 17 en 18. De toelichting geeft als reden voor het ingaan van de garantietermijn drie maanden na oplevering dat in de drie maanden na oplevering de in het proces-verbaal opgenomen tekortkomingen dienen te worden hersteld.

205 Dierikx stelt dat de regel van art. 17 lid 1 AV voldoet aan de uitgangspunten van het door haar opgestelde ideaalmodel voor consumenten-bouwovereenkomsten dat de geconstateerde opleveringsgebreken zo snel mogelijk moeten worden hersteld, Dierikx 2008, p. 39-40, p. 156-157.

Met de in de eerste zin gebruikte term ‘uiterlijke onvolkomenheden welke het gevolg zijn van de aard en hoedanigheid van de gebruikte materialen’ wordt aangegeven dat aansprakelijkheid wordt uitgesloten voor onvolkomenheden die inherent zijn aan het gebruikte materiaal. Als voorbeeld wordt genoemd het veel voorkomende geval van de krimpscheuren. In de dagelijkse arbitragepraktijk wordt door de kopers veel geklaagd over scheurvorming, in zeer veel gevallen worden deze klachten afgewezen, omdat de scheurvorming valt binnen de norm van art. 17 lid 2 AV en geen gevaar voor de deugdelijkheid van het gebouw oplevert.²⁰⁶ Aangenomen wordt dat de vele klachten zijn ingegeven doordat de consumentkoper niet kan inschatten of de scheur waarmee hij wordt geconfronteerd er één in de zin van het tweede lid van art. 17 AV is. Naast krimpscheuren valt te denken aan het uitzetten van hout of het ‘werken’ van een vloer.

In het tweede gedeelte van het tweede lid van art. 17 AV wordt de ondernemer wel aansprakelijk gehouden voor die tekortkomingen die het gevolg zijn van het gebruik van materiaal van minderwaardige kwaliteit of van ondeskundig gebruik of ondeskundige toepassing van materialen door de ondernemer.²⁰⁷

12.5.4 Achtergrond van uitsluiting van aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken

De in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen regel dat de ondernemer niet meer aansprakelijk is voor bij oplevering zichtbare gebreken is vergelijkbaar met de regels omtrent aansprakelijkheid na oplevering opgenomen in het BW.²⁰⁸ Voordat wordt ingegaan op de regeling in het BW (in § 12.5.4.2) wordt eerst ingegaan op de grondslag van deze in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen regel, namelijk rechtsverwerking (§ 12.5.4.1).

206 Zie o.a. RvA 8 september 1999, nr. 20.504.

207 Zie onder meer: RvA 24 augustus 1999, nr. 20.812. Het betrof een geschil waarop een koop-/aannemingsovereenkomst van vóór 2007 van toepassing was en dus ging het hier om art. 15 lid 2 AV, het huidige (2007 en later) art. 17 lid 2 AV: Een lekkage als gevolg van het niet voldoende waterdicht zijn van een vochtwerende laag in de badkamer was geen gebrek is waarvoor de ondernemer aansprakelijk is op grond van art. 17 lid 2 AV. Een badkamervloer dient tegen vocht bestand te zijn. Het verweer door de ondernemer op het eerste deel van art. 17 lid 2 AV is ongegrond. RvA 3 juli 1997, nr. 18.837: ondernemer doet een beroep op art. 17 lid 2 AV in een geval waarbij de afdeklijst bij de trapopgang scheurde. Dit waren volgens hem uiterlijke onvolkomenheden welke het gevolg waren van de aard en de hoedanigheid van het gebruikte materiaal. Arbitrator was van mening dat de afdeklathes juist gebruikt waren. Aangezien de ondernemer dient in te staan voor de deugdelijkheid van de door hem gekozen oplossing wees de arbitrator het verweer af en de vordering tot herstel toe.

208 Art. 7:758 lid 3 BW: De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

12.5.4.1 Rechtsverwerking

Het uitsluiten van de aansprakelijkheid voor bij oplevering zichtbare gebreken is terug te voeren op het leerstuk van de rechtsverwerking.²⁰⁹

Rechtsverwerking veronderstelt een houding of gedraging (handelen of nalaten) van een contractspartij, die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het nadien inroepen van een krachtens de overeenkomst geldende regel, waaraan die partij een recht ontleent.²¹⁰ Rechtsverwerking is een uitvloeisel van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.²¹¹ Of de rechthebbende door zijn gedragingen zijn rechten heeft verwerkt, hangt evenals bij de beoordeling van de redelijkheid en billijkheid af van alle omstandigheden van het geval. Voor rechtsverwerking is vereist dat a) bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn recht niet (meer) zal uitoefenen, hetzij b) onredelijk nadeel aan de zijde van de schuldenaar ontstaat als de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zal maken.²¹²

Rechtsverwerking is in het BW gecodificeerd in de art. 6:89 BW en 7:23 en 7:758 lid 3 BW.²¹³ Een dergelijke wettelijke vorm van rechtsverwerking maakt in beginsel een onderzoek naar de hierboven genoemde omstandigheden die normaliter bij rechtsverwerking een rol kunnen spelen overbodig.²¹⁴

De algemene regel van art. 6:89 BW houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.²¹⁵ De artikelen 7:23 en 7:758 BW zijn daarvan afgeleid en geven aan wanneer van rechtsverwerking sprake is in geval van koop en aanneming van werk. In de koop-/aannemingsovereenkomst is de rechtsverwerkingsregel neergelegd in art. 17 en 18 AV waarin is opgenomen dat de aannemer niet aansprakelijk is voor bij oplevering zichtbare gebreken.²¹⁶

209 Analooq naar art. 7:758 BW. Over rechtsverwerking: Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 320-323 en 328, Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 113 en Valk 1993.

210 Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 321.

211 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 562 en ook Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 320 e.v. en ook PG Boek 6, MvA II, p. 69, Rijken 1994, p. 55 e.v.

212 Zie Tjittes 2007a, p. 29.

213 PG Boek 7, MvA II, p. 152, MvA I PG Boek 7, p. 157, Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 323. Hierover kort: Rijken 1994, p. 57.

214 Tjittes 2007a, p. 59, Asser/Hartkamp 4-II 2005, nr. 323.

215 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007 nr. 113, Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 408. Art. 7:758 en 6:89 BW werden hierboven uiteen gezet.

216 Analooq naar art. 7:758 BW.

12.5.4.2 Het BW en de uitsluiting van de aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken

In het BW regelt art. 7:758 BW de oplevering.²¹⁷ In het derde lid van dat artikel is opgenomen dat de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.²¹⁸ De aannemer is, samengevat, niet aansprakelijk voor gebreken die bij oplevering *zichtbaar* waren.²¹⁹ De wetgever heeft het rechtsverlies van de verkrijger uitdrukkelijk beperkt tot gebreken die de opdrachtgever redelijkerwijs had moeten ontdekken ‘op het tijdstip van oplevering’. Voor gebreken die opdrachtgever vóór dat moment had kunnen onderkennen maar niet heeft onderkend, vervalt de aansprakelijkheid van de aannemer niet.²²⁰

De bepaling van art. 7:758 BW is een verdere uitwerking van art. 6:89 BW.²²¹ In dit artikel staat dat als sprake is van een gebrek in de prestatie de schuldeiser dit op straffe van rechtsverlies ‘binnen bekwame tijd’ nadat de verkrijger het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, moet melden.²²² Wat onder de term ‘binnen bekwame tijd’ in art. 6:89 BW moet worden verstaan hangt af van de aard van de overeenkomst en de gebruiken.²²³

In art. 7:23 BW wordt de term ‘binnen bekwame tijd’ ook gebruikt. Uit de parlementaire geschiedenis bij dit artikel blijkt dat hieronder wordt verstaan dat de koper ‘op korte termijn’²²⁴, ‘met spoed’²²⁵ of binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met zijn onderzoeksplicht van hem kan worden gevraagd²²⁶, moet klagen.

In art. 7:758 BW is dit begrip uitgewerkt voor de aannemingsovereenkomst en is het rechtsverlies beperkt tot bij oplevering zichtbare gebreken. De wetgever heeft hiermee welbewust willen afwijken van het zo open geformuleerde art. 6:89 BW.²²⁷ Onder art. 6:89 zou ook rechtsverlies van vóór oplevering zichtbare gebreken tot de mogelijkheden behoren, bijvoorbeeld als de schuldenaar gelegenheid is gegeven tot inspectie.²²⁸

- 217 Oplevering komt aan bod in hoofdstuk 11, art. 7:758 BW komt daar ook aan de orde.
- 218 Art. 7:758 lid 3 BW: De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.
- 219 **Van den Berg zegt hierover het volgende:** Uit dit artikel vloeit voor de opdrachtgever een door rechtsverlies gesanctioneerde onderzoeksplicht voort Asser/Van den Berg 2007 5-IIIc nr. 129.
- 220 Asser/Van den Berg 2007 5-IIIc nr. 129.
- 221 Asser/Van den Berg 2007 5-IIIc nr. 129.
- 222 Voor koop is dit geregeld in art. 7:23 lid 1 BW.
- 223 PG Boek 6, TM, p. 317.
- 224 PG Inv. Boek 7, p.148.
- 225 Kamerstukken II 2001/02, 27 809, nr. 6, p. 6.
- 226 PG Inv. Boek 7, p. 152.
- 227 Ook hierover Asser/ Van den Berg 5-IIIc, nr. 113.
- 228 MvA Kamerstukken I 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 11.

De regel in de koop-/aannemingsovereenkomst is nog het meest vergelijkbaar met de regel in art. 7:758 BW en par. 28 UAV-GC 2005: De ondernemer is na oplevering niet aansprakelijk voor gebreken, tenzij (onder b) de opdrachtgever voorafgaande aan die oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt.²²⁹ Onder de UAV 1989²³⁰ is de ondernemer niet aansprakelijk voor bij oplevering *en tijdens de bouw* zichtbare gebreken.²³¹ Art. 6:89 BW achten de aansprakelijkheid van de aannemer ook beperkt tot vóór oplevering zichtbare gebreken. Alle hier genoemde rechtsregels gaan er van uit dat de ondernemer na oplevering niet meer aansprakelijk is voor zichtbare gebreken.

12.5.5 Wenselijkheid van uitsluiting van aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken

In bovenstaande paragrafen is de achtergrond van de in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen regel omtrent de uitsluiting van de aansprakelijkheid voor bij oplevering zichtbare gebreken uiteen gezet. De vraag die gesteld moet worden is echter de vraag of de regel zoals opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst wenselijk is.

Uit verschillende uitspraken van de Raad blijkt dat onder de koop-/aannemingsovereenkomst vaak wegen worden gezocht toch onder het resultaat van de hoofdregel uit te komen.²³² In haar noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704 zet Chao-Duivis uiteen welke methoden de Raad gebruikt om te ontkomen aan het verval van aansprakelijkheid na oplevering.²³³ Hieronder volgt eerst een uiteenzetting van de uitspraak waarna wordt ingegaan op de noot van Chao-Duivis.

In het geschil uit 2006 tussen de VvE van een appartementencomplex en ondernemer, discussiëren partijen over de vraag of de gevelafdekking een verborgen gebrek betreft of dat dit een zichtbaar gebrek is dat bij oplevering is aanvaard.²³⁴

229 § 28 UAV-GC 2005 onder b van het eerste lid.

230 § 12 lid 1-3 UAV 1989.

231 Zie ook § 12.4.1 over de aansprakelijkheid van ondernemer voor tijdens de bouw voor de verkrijger zichtbare gebreken.

232 Zie de in § 12.3.1 genoemd jurisprudentie. En ook de door M.A.B. Chao-Duivis genoemde jurisprudentie en methoden gebruikt onder de UAV in haar noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53 en ook Asser/Van den Berg 5IIC 2007, nr. 115.

233 RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53 m.nt. M.A.B. Chao-Duivis.

234 RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53, m.nt. M.A.B. Chao-Duivis. Het tweede geschil was RvA 29 juni 2006, nr. 27.573, BR 2007, p. 58: De vraag was of het niet op eenvoudige wijze en tegen redelijke kosten kunnen reinigen van de ramen een verborgen gebrek betrof in de zin van art. 18 AV. Een bouwkundige had in opdracht van de VvE (gedurende twee dagen) de gemeenschappelijke delen van het werk opgenomen. Letterlijk zeiden arbiters het volgende: ‘Arbiters rekenen de bouwkundige kennis van de deze medewerker [van de Vereniging Eigen Huis, EB] toe aan de VvE, omdat deze bouwkundige in opdracht van de VvE het werk heeft opgenomen.’

De VvE werd bij de oplevering van het complex bijgestaan door een deskundige van de Vereniging Eigen Huis. Aan de orde is o.a. de vraag of de deskundigheid van de medewerker van de Vereniging Eigen Huis aan de verkrijger moet worden toegerekend. Geoordeeld wordt als volgt: ‘De aanvaarding bij oplevering is niet anders te verklaren dan door de omstandigheid dat het werk er toen nog goed uitzag en de VvE niet bekend was dat de toegepaste constructie binnen korte tijd zou gaan leiden tot de huidige niet aanvaardbare toestand. Dat de door de VvE bij de oplevering ingeschakelde deskundige wellicht beter had moeten weten, doet daar naar het oordeel van arbiter niet aan af. Partijen zijn immers geen keuring en aanvaarding door deze overeengekomen en niet is gesteld dat deze - anders dan ondernemer zelf - de VvE heeft voorgelicht over de te verwachten vervuiling, waarna de VvE het werk niettemin heeft aanvaard. Het hoort naar het oordeel van arbiter niet zo te zijn dat een aan eigen zijde gemaakte bouwfout in het ontwerp feitelijk wordt toegerekend aan de opdrachtgever vanwege een fout van een ander in de bijstand bij enkel de oplevering.’²³⁵ Hieruit volgt dat arbiter van oordeel is dat de VvE het werk en de daarmee gepaard gaande (hoge) onderhoudskosten niet heeft aanvaard. Hierdoor is ondernemer aansprakelijk voor de schadelijke gevolgen van de toegepaste (foute) constructie. Arbiter veroordeelt de ondernemer tot herstel van de borstweringen naar de eisen van goed en deugdelijk werk.

Chao-Duivis gaat in haar noot onder deze uitspraak in op de regeling van de uitsluiting van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering zichtbare gebreken.²³⁶ Zij belicht eerst de problematiek rond directietoezicht onder de UAV 1989 en neemt daarbij het tegelvloervonnissen als voorbeeld.²³⁷ Ze stelt nadrukkelijk dat de oorzaak van de schade in die zaak een door de aannemer gemaakte bouwfout is. De causaliteit tussen oorzaak en gevolg wordt volgens haar niet doorbroken door het niet controleren van het werk. Wel wordt de causaliteit doorbroken als de directie slecht controleert en de aannemer daarop voortborduurde. Het leerstuk van de causaliteit is volgens haar de kern van de benadering van de oplossing.²³⁸

Bij deskundige bijstand bij oplevering onder de koop-/aannemingsovereenkomst ligt de situatie anders. De verkrijger controleert onder deze overeenkomst immers niet tijdens de bouw en dus borduurt de ondernemer ook niet voort op die controle.²³⁹ Er bestaat bij deskundige bijstand bij oplevering geen causaal verband tussen de schade veroorzaakt door de bouwfout van de ondernemer en de inspectie door de verkrijger of zijn deskundige. Uit het oogpunt van de causaliteitsleer is de toerekening van deskundige bijstand dus niet te rechtvaardigen.

235 In r.o. 13.

236 RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53 m.nt. M.A.B. Chao-Duivis.

237 Hierover: RvA 11 november 1985, BR 1986, p. 379, m. nt. H.O Thunnissen, zie ook: Van den Berg 1993 en Chao-Duivis 1991, p. 81-94.

238 M.A.B. Chao-Duivis op p. 56 in haar noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53.

239 Dit is anders bij VEH nieuwbouwcoach

Maar de vraag of sprake is van causaal verband tussen schade en inspectie bij oplevering is in feite niet van belang, omdat in de koop-/aannemingsovereenkomst is opgenomen dat de ondernemer niet aansprakelijk is voor bij oplevering zichtbare gebreken.²⁴⁰ Er is sprake van contractueel overeen gekomen rechtsverwerking.²⁴¹

Chao-Duivis gaat vervolgens in op de vraag of het feit dat aansprakelijkheid voor bij oplevering zichtbare gebreken is uitgesloten, terecht is. Volgens haar blijkt uit verschillende uitspraken (onder de UAV 1989) dat de Raad regelmatig probeert onder het resultaat van de regel, namelijk geen aansprakelijkheid als het gebrek zichtbaar was bij oplevering, uit te komen.²⁴² Zij noemt de volgende voorbeelden te vinden waaruit blijkt dat de Raad in de praktijk aan de consequenties van het falend toezicht probeert te ontkomen²⁴³:

- Het kwalificeren van toezicht als incidenteel toezicht, waardoor gebreken toch als verborgen gekwalificeerd kunnen worden.
- Een gebrek dat aanvankelijk als niet verborgen wordt gezien, krijgt later toch de kwalificatie verborgen in verband met de later blijvende ernstige gevolgen.
- Het constateren van misbruik door de aannemer van ontoereikend toezicht.
- Het niet aanvaard achten van bepaalde gebreken ondanks toezicht bijvoorbeeld omdat een fout over het hoofd is gezien.
- Het afwijzen van het verweer dat als er toezicht is het de aannemer vrij staat uitvoeringsfouten te maken.

De laatste twee door haar genoemde ‘boegen’ spelen ook een rol onder de koop-/aannemingsovereenkomst. In § 12.5.1 werd al uiteen gezet dat de Raad regelmatig bepaalde zichtbare gebreken ‘niet aanvaard’, of komt tot de conclusie dat het de ondernemer niet vrij staat zelf fouten te maken ondanks dat inspectie bij oplevering plaatsvindt.²⁴⁴

240 Chao-Duivis op p. 57 in haar noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53.

241 Waarover meer in § 12.5.4.1 hierboven.

242 Chao-Duivis op p. 56 in haar noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53. Onder de UAV 1989 wordt door of namens de opdrachtgever directie gevoerd. De vraag die onder de UAV regelmatig speelt is of een bepaald gebrek voor de directievoerder vóór oplevering zichtbaar was. Had de directie het gebrek ‘ondanks nauwlettend toezicht’ niet op kunnen merken, dan is sprake van een verborgen gebrek. Faalt het toezicht en had de directie een gebrek op kunnen merken als het wel nauwlettend toezicht had gehouden, dan is de aannemer niet meer aansprakelijk te houden voor het gebrek.

243 P. 56-57 noot en zie Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 111 en 112 voor voorbeelden van de genoemde ‘boegen’.

244 Zie de uitspraak waar de noot bij is geschreven: RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53, m. nt. M.A.B. Chao -Duivis, p. 57. En ook RvA 2 juni 2006, nr. 27.465, BR 2006, p. 50 (ook hierover Asser/Van den Berg 5 IIIc 2007, nr. 115. Zie ook de grote hoeveelheid uitspraken genoemd in Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 13 en RvA 13 december 2004, nr. 25.686.

De arbiter zegt in de hierboven genoemde zaak uit 2006 dat het ‘niet hoort’ dat een aan eigen zijde gemaakte bouwfout in het ontwerp feitelijk wordt toegerekend aan de opdrachtgever vanwege een fout van een ander in enkel de bijstand bij oplevering. Uit de opmerking van arbiter maakt Chao-Duivis op dat er beweging zit in de jurisprudentie van de Raad. Het laat samen met de door haar genoemde voorbeelden van andere ‘boegen’, zien dat, zoals zij letterlijk zegt: ‘de regel wringt met het rechtsgevoel.’²⁴⁵ Ook Van den Berg is van mening dat een ondernemer die een ontwerpfout maakt zich niet zou mogen verschuilen achter de omstandigheid dat bij een eenmalige momentopname bij oplevering door een ingeschakelde deskundige niet onmiddellijk wordt onderkend dat deze fout in de toekomst tot problemen zal leiden.²⁴⁶ Hetzelfde lijkt dan te moeten gelden voor verkrijgers die zonder een ingeschakelde deskundige een dergelijke fout over het hoofd zien.

Uit de hierboven beschreven uitspraak en de reacties daarop blijkt dat het onder de koop-/aannemingsovereenkomst gebruikelijke uitsluiten van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering zichtbare gebreken niet altijd als redelijk wordt aangemerkt. Ik sluit mij aan bij de opmerking van Chao-Duivis dat het niet strookt met het rechtsgevoel dat een verkrijger als het ware wordt gestraft voor zijn onoplettendheid, terwijl het causaal verband tussen zijn onoplettendheid en de door hem geleden schade ontbreekt. Het is en blijft de ondernemer die de woning oplevert met een tekortkoming. Het uitsluiten van de aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken lijkt, mede in het licht van het niveau van de hedendaagse consumentenbescherming, dan ook niet van deze tijd.

De uitsluiting van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering zichtbare gebreken zou niet helemaal uit de model koop-/aannemingsovereenkomst hoeven te verdwijnen. Een oplossing voor de hierboven geconstateerde strijd met het rechtsgevoel, zou kunnen liggen in het verlengen van de termijn waarbinnen de verkrijger zogenaamde zichtbare gebreken dient te melden. In de PELSC is een regeling opgenomen die de verkrijger meer beschermd tegen rechtsverlies bij oplevering. De PELSC kennen in tegenstelling tot het BW en de koop-/aannemingsovereenkomst geen keuring bij oplevering.²⁴⁷ Ingevolge het tweede lid van art. 2:106 PELSC heeft de oplevering geen enkel gevolg voor de aansprakelijkheid van de aannemer. En ook keuring of aanvaarding van de woning leiden niet tot een beperking van de aansprakelijkheid van de ondernemer. In het derde lid van art. 2:105 PELSC is opgenomen dat gebreken aan de inspectie, of een inadequate inspectie, toezicht of aanvaarding de ondernemer niet bevrijdt van aansprakelijkheid.²⁴⁸ Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdracht-

245 RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53, m. nt. M.A.B. Chao-Duivis, p. 57.

246 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 115.

247 Dit onderwerp kwam uitgebreid aan bod in § 11.7 van hoofdstuk 11.

248 Art. 2:106 lid 3 PELSC: gebreke aan, of inadequate inspectie, toezicht of aanvaarding bevrijdt de aannemer noch geheel, noch ten dele van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

gever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

Rechtsverlies ten aanzien van bij oplevering zichtbare gebreken kennen de PELSC dus niet. Wel is in de toelichting op art. 2:106 PELSC opgenomen dat de aannemer na oplevering zal willen weten of het werk naar tevredenheid van de opdrachtgever is opgeleverd of dat nog inspanningen van zijn kant worden verwacht.²⁴⁹ In dat kader spreekt de toelichting wel van inspectie van het gebouw door de opdrachtgever en mogelijkheid van rechtsverlies door de opdrachtgever als hij hier te lang mee wacht of de inspectie niet adequaat uitvoert. Wacht de verkrijger te lang, dan is sprake van rechtsverlies. Dit rechtsverlies vindt echter niet plaats bij een inadequate keuring bij oplevering, zoals onder de koop-/aannemingsovereenkomst wel het geval is.

Aan de consument zou onder de koop-/aannemingsovereenkomst aan de opname en oplevering minder vergaande gevolgen verbonden dienen te worden dan thans het geval is. Wordt de verkrijger een 'redelijke termijn' gegeven (zoals onder de PELSC) om de woning te inspecteren dan zal hij meer tijd hebben gebreken te ontdekken. Dit zou in lijn zijn met het feit dat de ondernemer de fout of het gebrek heeft veroorzaakt en de verantwoordelijkheid voor die gemaakte fout niet zou mogen ontlopen op de enkele grond dat de verkrijger deze fout bij oplevering had kunnen onderkennen.²⁵⁰

Over de vraag wat een redelijke termijn moet worden geacht valt te discussiëren. Deze vraag wordt onder de PELSC beoordeeld naar zogenaamde objectieve maatstaven.²⁵¹ De reden voor deze objectieve maatstaf is gelegen in het feit dat het voor een ondernemer moeilijk is aan te tonen dat de verkrijger reeds langer op de hoogte was van een gebrek en dat hij de ondernemer hier van niet op de hoogte heeft gesteld. Aan deze bewijsrechtelijke nood wordt tegemoet gekomen in de toelichting op de PELSC: De objectieve maatstaf aan de hand waarvan wordt beoordeeld of de verkrijger een bepaald moment geacht kan worden op de hoogte te zijn geweest, wordt gevormd door wat een vergelijkbare verkrijger ('comparable client') in dezelfde omstandigheden 'would have had reason to know'.²⁵² Deze regel zou, aldus de toelichting, 'geen enkele verplichting inhouden voor de verkrijger om actief naar gebreken te zoeken'.²⁵³ Uiteraard hangt de vraag of een verkrijger een gebrek had kunnen ontdekken af van de omstandigheden, maar als het gaat om zichtbare gebreken zou het melden van gebreken tot een week na op-

249 Barendrecht e.a. 2006, p. 368.

250 In lijn met deze redenering maar dan in het kader van directietoezicht onder de UAV en aansprakelijkheid voor tijdens de bouw te onderkennen gebreken: Van den Berg 2003, p. 196.

251 Barendrecht e.a. 2007, p. 352, dit onderwerp werd reeds behandeld in § 12.4.2 van dit hoofdstuk.

252 Barendrecht e.a. 2007, p. 352.

253 Barendrecht e.a. 2007, p. 352.

levering de gemiddelde koper genoeg tijd moeten geven om de woning een aantal keer grondig te bekijken.

Wordt een tekortkoming na oplevering maar binnen een redelijke termijn gemeld dan is het aan de ondernemer aan te tonen dat de gemelde tekortkomingen niet aan hem zijn te wijten.²⁵⁴ Dit zal discussie op kunnen leveren bij gebreken die door de ingebruikname van de woning of door de verhuizing van verkrijger kunnen zijn ontstaan (denk aan krassen op deuren of muren), maar in geval van zichtbare tekortkomingen die een andere uitvoering betreffen (denk aan de levering van de voordeur in een andere kleur) zal de verkrijger zonder veel problemen nog een verhaalsmogelijkheid hebben.

Meldt de verkrijger na die eerste week nog gebreken die zichtbaar waren in die eerste week dan is de ondernemer niet meer aansprakelijk omdat de verkrijger geacht mag worden deze zichtbare gebreken te hebben aanvaard. Openbaren zich na die week nog tekortkomingen dan is de ondernemer nog aansprakelijk op grond van de garantie van de onderhoudsperiode.

12.6 AANSPRAKELIJKHEID IN DE ONDERHOUDSPERIODE

Ingevolge art. 18 lid 1 AV is de ondernemer gedurende de onderhoudsperiode aansprakelijk voor in die periode aan de dag getreden tekortkomingen.

Art. 18 lid 1 AV

Onverminderd zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 17 lid 1 garandeert de ondernemer rechtstreeks ingevolge deze voorwaarden de woning gedurende zes maanden na de datum van oplevering tegen daarin aan de dag getreden tekortkomingen. Klachten dient de verkrijger binnen genoemde garantieperiode schriftelijk aan de ondernemer kenbaar te maken, in welk geval de ondernemer onverwijld zal overgaan tot het nodige herstel. Het in artikel 17 lid 2 bepaalde is alsdan van overeenkomstige toepassing.

Welke tekortkomingen voor herstel in de onderhoudsperiode in aanmerking komen, wordt in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden niet uiteen gezet. Het ligt voor de hand dat het hier eveneens gaat over het eerder uiteen gezette begrip ‘tekortkoming’, beschreven in § 12.2 van dit hoofdstuk. Het komt er op neer dat alles wat niet overeenkomt met de overeenkomst of niet voldoet aan de eisen van goed en deugdelijk werk een tekortkoming is die voor herstel in aanmerking komt.²⁵⁵ De algemene toelichting vermeld over de aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode: ‘deze garantie is ruim gesteld en omvat alle tekortkomingen die in de onderhoudsperiode door de verkrijger worden gesignaleerd.’²⁵⁶

254 Dit is in lijn met het garantiëkarakter van de onderhoudsperiode die intreedt na oplevering. Hierover meer in § 12.6 van dit hoofdstuk.

255 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 59.

256 zie p. 5 van de algemene toelichting bij de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden voor eengezinswoningen.

Hieronder worden achtereenvolgens de volgende onderwerpen behandeld: In § 12.6.1 komt het begrip onderhoudsperiode aan bod. In § 12.6.2 wordt ingegaan op de vraag of de onderhoudsperiode een garantieperiode is. In § 12.6.3 wordt behandeld de onderhoudsperiode als bestendig gebruikelijk beding. Het begin en de duur van de onderhoudsperiode worden behandeld in § 12.6.4. In § 12.6.5 komt het schriftelijk mededelen van gebreken aan de orde. Op herstel wordt kort ingegaan in § 12.6.6 om tot slot in § 12.6.7 de verhouding van art. 17 lid 1 AV tot art. 17 lid 2 AV te bespreken.

12.6.1 Het begrip onderhoudsperiode

In de Hoofdstukken Bouwrecht wordt de onderhoudsperiode omschreven als de periode waarin onderhoudsverplichtingen voor de ondernemer gelden ten aanzien van het werk dat hij zojuist heeft opgeleverd²⁵⁷. De onderhoudsperiode is er om de verkrijger enige tijd te geven te constateren of het opgeleverde werk gebreken heeft.²⁵⁸

Voor de aansprakelijkheid in de onderhoudsperiode zijn de artikelen 17 en 18 AV van belang.²⁵⁹ In art. 17 AV wordt bepaald dat de ondernemer gehouden is de in het opleveringsrapport genoemde gebreken te herstellen, de periode waarin de ondernemer deze gebreken kan herstellen wordt ook wel herstelperiode genoemd.²⁶⁰ In art. 18 AV staat dat het gaat om een onderhoudsperiode van zes maanden die intreedt na oplevering. De term ‘onderhoudsperiode’ wordt in art. 18 AV zelf niet genoemd, maar is wel in de kantlijn van het artikel opgenomen.

12.6.2 Onderhoudsperiode: een garantieperiode

De term ‘onderhoudsperiode’ lijkt een minder gelukkige woordkeus te zijn.²⁶¹ Het gaat in deze periode immers niet om het plegen van onderhoud maar om aansprakelijkheid na oplevering. In art. 18 AV staat letterlijk dat de ondernemer ‘garandeert’ de in die periode aan de dag getreden tekortkomingen te herstellen.²⁶² In de algemene toelichting wordt over de onderhoudsperiode opgemerkt dat de garantie ruim is geformuleerd en alle tekortkomingen omvat die in de onderhoudsperiode door de verkrijger worden gesignaleerd. De formulering van art. 18 AV doet echter vermoeden dat deze garantie niet zo ruim is aangezien het gaat om in de onder-

257 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 41.

258 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 42.

259 Vóór 1999 waren de artikelen zowel inhoudelijk als systematisch anders opgezet. Het betrof toen art. 15 en 16 AV.

260 De herstelperiode beslaat de eerste drie maanden van de onderhoudsperiode, zie ook hierboven in § 12.5 over het herstel van de gebreken geconstateerd bij oplevering.

261 Over het verschil in terminologie tussen garantieperiode en garantietermijn: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 40.

262 Lid 1 van art. 18 AV werd hierboven reeds weergegeven.

houdsperiode ‘aan de dag getreden tekortkomingen’.²⁶³ Het is een garantie ten aanzien van bij oplevering (nog) verborgen gebreken. In dat licht is het dan ook beter te spreken van een garantietermijn in de betekenis van: het enkele gebrek, de onzichtbaarheid ervan bij oplevering en het feit dat de verkrijger het gebrek niet zelf heeft veroorzaakt, zijn gezamenlijk voldoende om de ondernemer te verplichten over te gaan tot herstel.²⁶⁴

Ook de Raad hanteert het begrip ‘garantie’.²⁶⁵ In een aantal uitspraken over de verplichtingen van de ondernemer in de onderhoudsperiode spreekt arbiter expliciet van een ‘garantie’.²⁶⁶ De Raad oordeelde dat het karakter van de verplichting van de ondernemer in deze periode met zich brengt dat alle tekortkomingen door de ondernemer zouden moeten worden hersteld.²⁶⁷

12.6.3 Onderhoudsperiode: een bestendig gebruikelijk beding

Indien contractueel geen onderhoudsperiode is overeengekomen, betekent dit niet dat de ondernemer bevrijd is van zijn aansprakelijkheid.²⁶⁸

Uit jurisprudentie van de Raad is op te maken dat in het bouwrecht een onderhoudsperiode kan worden aangemerkt als een bestendig gebruikelijk beding.²⁶⁹ In modelvoorwaarden van voor de huidige generatie voorwaarden werd vaak geen onderhoudsperiode overeen gekomen, desalniettemin achtte de Raad in geschillen die betrekking hadden op die oudere overeenkomsten herhaaldelijk een verplichting tot herstel aanwezig op grond van gebruik of gewoonte.²⁷⁰ Volgens Hoofdstukken Bouwrecht²⁷¹ houdt dit in dat ook als thans geen onderhoudsperiode is

263 En ook de algemene toelichting gebruikt het woord ‘signaleren’, wat weliswaar minder sterk wijst in de richting van bij oplevering onzichtbare gebreken, maar in ieder geval geen vrijbrief oplevert voor aansprakelijkheid van de ondernemer voor alle in de onderhoudsperiode aan hem gemelde garanties.

264 Behoudens uiteraard gebreken veroorzaakt door gebruik van de eigenaar waartegen het gebouwde niet bestand hoeft te zijn.

265 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 69.

266 RvA 19 juni 1986, nr. 11.826, RvA 28 oktober 1986, nr. 12.260, BR 1987, p. 471, RvA 4 maart 1997, nr. 18.760, RvA 4 januari 1989, nr. 13.651, BR 1989, p. 394.

267 RvA 4 januari 1989, nr. 13.651, BR 1989, p. 394.

268 **De wet voorziet niet in een onderhoudsperiode. Wel kent het BW bepalingen aangaande de aansprakelijkheid na oplevering.** Is geen onderhoudsperiode overeengekomen en zijn in de overeenkomst geen bepalingen opgenomen aangaande aansprakelijkheid na oplevering dan is de ondernemer op die gronden aansprakelijk te stellen voor gebreken.

269 Een uiteenzetting over het ‘bestendig gebruikelijk beding’ is in het kader van het financieringsvoorbewoud te vinden in hoofdstuk 6.

270 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 44 en nr. 36 onder a en b.

271 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 43. Zij baseren zich op verschillende uitspraken (RvA 1962, Jaarverslag 1962, nr. 3.766, p. 86, RvA 18 november 1975, nr. 7.892, BR 1976, p. 267, RvA 7 februari 1996, nr. 17.177, RvA 6 mei 1969, nr. 5.494, BR 1969, p. 488) en hebben maar één uitspraak die in andere zin uitpakt: RvA 21 april 1983, nr. 10, BR 1983, p. 490.

overeen gekomen tussen partijen, deze aanwezig moet worden geacht op grond van gebruik of bestendig gebruikelijk beding.

De Titel Aanneming van Werk kent geen onderhoudsperiode. De vraag zou kunnen zijn of de Raad ook nu nog met de conclusie komt dat de onderhoudsperiode en bestendig gebruikelijk beding is. Aangezien wet en gebruik los van elkaar staan en veel bouwcontracten een onderhoudsperiode kennen en de Titel Aanneming van Werk niet alleen geschreven is voor de aanneming van bouwwerken is denkbaar dat voor de aanneming van bouwwerken de onderhoudsperiode ook onder het huidige BW een bestendig gebruikelijk beding is.

Aangezien de model koop-/aannemingsovereenkomst een contractuele onderhoudsperiode kent, zal de situatie dat geen onderhoudsperiode is overeengekomen, en de vraag of deze onderhoudsperiode dan een bestendig gebruikelijk beding is onder de koop-/aannemingsovereenkomst, zich niet voordoen.²⁷²

12.6.4 Begin en duur van de onderhoudsperiode

De duur van de onderhoudsperiode is zes maanden.²⁷³ De onderhoudsperiode vangt, aldus art. 18 lid 1 AV aan ‘na de datum van oplevering’. Uit deze omschrijving is niet op te maken of de onderhoudsperiode nu aanvangt op de dag van de oplevering zelf danwel daarna.²⁷⁴

Als partijen de onderhoudsperiode niet zijn overeengekomen kan deze met een beroep op een ‘bestendig gebruikelijk beding’ worden bedongen.²⁷⁵ Wat dan de duur van die bedongen onderhoudsperiode zal zijn, is bij andere bouwcontracten dan de koop-/aannemingsovereenkomst afhankelijk van de complexiteit van het werk en beslaat dan een periode tussen de 1 en 3 maanden.²⁷⁶ In geval van de model koop-/aannemingsovereenkomst wordt al sinds 1989 een onderhoudsperiode van zes maanden gehanteerd. Wanneer geen onderhoudsperiode is overeengekomen en verkrijger doet een beroep op de onderhoudsperiode als bestendig gebruikelijk beding, lijkt het voor de hand te liggen dat een onderhoudsperiode in een dergelijk geval ook zes maanden bedraagt. Dit gezien het feit dat een onderhoudsperiode met een degelijke duur al zeer lang gehanteerd wordt in consumenten koop-/aan-

272 Opgemerkt moet worden dat het afwijken van de in de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden in art. 12 KA is gesanctioneerd met nietigheid. In § 4.6.3 van hoofdstuk 4 wordt uitgebreid ingegaan op dit onderwerp.

273 Art. 18 lid 1 AV. In eerdere versies van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden, van voor 1989, werd een onderhoudsperiode van drie maanden gehanteerd, Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 56.

274 Aanvang van de onderhoudsperiode een dag na oplevering vindt plaats in de UAV 1989 (§ 11 lid) en de AVA 1992 (art. 9 lid)

275 Zie § 12.6.3.

276 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 56. Er is slechts één uitspraak voor de duur van een niet contractueel overeengekomen onderhoudsperiode: rechtbank Arnhem 3 juli 1980, BR 1980, p. 793.

nemingsovereenkomsten²⁷⁷ en ook omdat het gebruik van zo'n onderhoudsperiode gebruik is bij het grootste deel van de nieuwbouwwoning.

12.6.5 Schriftelijk mededelen

Ingevolge art. 18 AV dienen klachten schriftelijk aan de ondernemer te worden medegedeeld. Of aan dit vereiste zeer strikt de hand wordt gehouden, is niet vast te stellen. Er is weinig jurisprudentie op dit punt. In één geschil konden gebreken die niet waren opgenomen in het opleveringsrapport een dag later ook telefonisch worden gemeld.²⁷⁸ Aangenomen kan worden dat in bepaalde gevallen het niet-schriftelijk meedelen van gebreken onder omstandigheden niet tot gevolg heeft dat de ondernemer van zijn verplichting is ontslagen.

De eis dat gebreken moeten worden gemeld is vergelijkbaar met de in het BW neergelegde eis dat bij een aan een schuldeiser toerekenbare niet-nakoming slechts recht op schadevergoeding of ontbinding bestaat als de schuldenaar in verzuim is.²⁷⁹ Voor het intreden van het verzuim van de schuldenaar is, als correcte nakoming nog mogelijk is, een ingebrekestelling vereist.²⁸⁰

De ingebrekestelling heeft tot functie de schuldenaar op de hoogte te stellen van zijn tekortschieten en de gelegenheid te bieden als alsnog na te komen. De ingebrekestelling is vereist voor een vordering tot schadevergoeding of ontbinding, voor een vordering tot nakoming is in het algemene recht geen ingebrekestelling vereist.²⁸¹

In de koop-/aannemingsovereenkomst is een schriftelijke mededeling vereist voor zowel de vordering tot nakoming als herstel en schadevergoeding. Hier is dus afgeweken van de regel in het BW. De reden hiervoor is dat de ondernemer zonder mededeling niet weet dat hij gebrekkig heeft geleverd en in de gelegenheid moet worden gesteld nog na te komen. De schriftelijke melding van het gebrek door

277 Immers sinds 1989.

278 RvA 3 april 1997, nr. 18.990, BR 1997, p. 1041. De vraag die de arbiter behandelde was of tijdig melding was gemaakt van het gebrek. Hij ging er daarbij impliciet vanuit dat het telefonisch melden van de klacht voldoende was geweest.

279 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 384 e.v.

280 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 384-387. Een ingebrekestelling is een schriftelijke mededeling aan de schuldenaar inhoudende dat hij aansprakelijk is voor het uitblijven van de nakoming na een redelijke, bij de mededeling gestelde termijn (Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 388). De verklaring moet om haar werking te hebben de schuldenaar hebben bereikt (Ingevolge art. 3:37 lid 3 BW). De schuldeiser moet duidelijk aangeven in de ingebrekestelling wat van de schuldenaar wordt gevorderd, op welke grond dit gevorderd wordt en op welk tijdstip voldoening wordt verlangd (Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 389) Bij het stellen van een termijn moet de schuldeiser de redelijkheid in acht nemen (Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 390.).

281 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-I 2008, nr. 389.

de verkrijger, geeft hem ook de mogelijkheid (achteraf) de melding het gebrek te bewijzen.

12.6.6 Herstel

Ingevolge art. 18 lid 2 AV is de ondernemer gehouden de in de onderhoudsperiode geconstateerde gebreken te herstellen. Dit herstel vindt plaats voor rekening van de ondernemer.²⁸² Over de termijn waarbinnen herstel moet plaatsvinden, zeggen de voorwaarden niets. Voor de hand ligt dat het herstel zo spoedig mogelijk, en idealiter binnen de onderhoudsperiode, plaatsvindt.

12.6.7 Verhouding tot art. 17 lid 2 AV

Art. 18 lid 1 AV geeft aan dat naast het bepaalde in art. 18 AV, art. 17 lid 2 AV van overeenkomstige toepassing is²⁸³. Voor art. 18 AV betekent de toepasselijk verklaring van dit artikel dat de ondernemer is gehouden gebreken die aan de dag treden te herstellen, tenzij het gebreken betreft die uiterlijke onvolkomenheden zijn, welke het gevolg zijn van de aard en hoedanigheid van de gebruikte materialen. Zijn die onvolkomenheden het gevolg van het gebruik van materiaal van minderwaardige kwaliteit of van ondeskundig gebruik of ondeskundige toepassing van materialen door de ondernemer, dan is de ondernemer wel gehouden de gebreken te herstellen. Het komt erop neer dat ook in de onderhoudsperiode de ondernemer niet aansprakelijk is voor kripscheuren en vergelijkbare tekortkomingen. Zie over de inhoud van art. 17 lid 2 AV § 5.3.

12.7 AANSPRAKELIJKHEID NA DE ONDERHOUDSPERIODE

In deze paragraaf wordt de aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode besproken. De hoofdregel ingevolge art. 18 lid 2 AV is dat aansprakelijkheid van de ondernemer na het verstrijken van onderhoudsperiode uitgesloten is.²⁸⁴

Art. 18 lid 2 AV

Na de in het eerste lid van dit artikel genoemde periode is de ondernemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan de woning,

- a. tenzij sprake is van een niet door de ondernemer aan de verkrijger schriftelijk kenbaar gemaakte afwijking van de technische omschrijving en/of tekeningen en/of eventuele staten van wijziging waardoor de verkrijger schade lijdt. Indien nakoming in redelijkheid niet meer van de ondernemer verlangd kan worden heeft de verkrijger recht op schadevergoeding. De verkrijger zal de tekortkoming binnen redelijke periode na de ontdekking aan de ondernemer mededelen;
- b. tenzij de woning of enig onderdeel daarvan een ernstig gebrek heeft;

282 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a, nr. 58.

283 Art. 18 lid 1 AV werd hierboven reeds weergegeven.

284 In de voorwaarden van 2003 was dit geregeld in art. 16 AV (appartementen en eengezinswoningen). De regeling in art. 18 AV is inhoudelijk sinds 1989 niet veranderd, zie Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 132.

- c. tenzij de woning of enig onderdeel daarvan een verborgen gebrek bevat en aan de ondernemer van zodanig verborgen gebrek binnen een redelijke periode na de ontdekking mededeling is gedaan;
- d. onverminderd de aansprakelijkheid van de ondernemer ingevolge de GIW Garantie- en waarborgregeling.

Op deze hoofdregel wordt voor een drietal in het tweede lid van artikel 18 AV genoemde gevallen een uitzondering gemaakt.²⁸⁵ De ondernemer is na de onderhoudsperiode wel aansprakelijk voor afwijkingen van de technische omschrijving en/of tekeningen en/of eventuele staten van wijziging, verborgen gebreken en ernstige gebreken, aldus lid 2 onder a t/m c van art. 18 AV. In de leden 3 t/m 6 worden de in lid 2 genoemde tekortkomingen verder uitgewerkt.

Zowel bij de aansprakelijkheid van de ondernemer op grond van ernstige gebreken als verborgen gebreken, is geen schuld vereist aan de zijde van de ondernemer. Dit blijkt uit een uitspraak van de Raad uit 2005 waarbij arbiter opmerkt dat het vereiste van schuld niet blijkt uit art. 18 AV.²⁸⁶

In dit hoofdstuk komen de in art. 18 AV beschreven aansprakelijkheidsgronden aan de orde.²⁸⁷ Achtereenvolgens worden behandeld: aansprakelijkheid voor afwijkingen (§ 12.7.1), aansprakelijkheid voor verborgen gebreken (§ 12.7.2) en aansprakelijkheid voor ernstige gebreken (§ 12.7.3). In § 12.7.4 wordt ingegaan op het feit dat de verkrijger gebreken binnen een redelijke termijn moet mededelen.

12.7.1 Aansprakelijkheid voor afwijkingen

In art. 18 lid 2 onder a AV is één van de drie uitzonderingen op de aansprakelijkheidsbeperking van de ondernemer opgenomen. In dit artikel is neergelegd dat de ondernemer na de onderhoudsperiode aansprakelijk is indien sprake is van ‘een niet schriftelijk kenbaar gemaakte afwijking van de technische omschrijving en/of tekeningen en/of eventuele staten van wijziging waardoor de verkrijger schade lijdt.’²⁸⁸ In tegenstelling tot de andere in art. 18 lid 2 AV genoemde aansprakelijkheidsgronden is dit onderdeel niet verder uitgewerkt in het vervolg van het artikel.²⁸⁹

285 Over deze uitzonderingen zeer kort: Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 115.

286 RvA 9 juni 2005, nr. 25.797 en Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 132.

287 De regeling in art. 18 AV over aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode is ontleend aan de UAV 1989. Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 132.

288 Art. 18 lid 2 AV werd hierboven reeds weergegeven.

289 Zowel de ernstige als verborgen gebreken worden nader toegelicht in respectievelijk lid 3 en lid 4 van art. 18 AV. Daarnaast geven de leden 5 en 6 voor deze beide aansprakelijkheidsgronden een vervaltermijn. Deze ontbreekt voor de aansprakelijkheidsgrond genoemd onder a van lid 2. Dit betekent dat de wettelijke vervaltermijn van toepassing is.

Het soort in art. 18 lid 2 onder a AV neergelegde afwijkingen valt in het algemene recht onder de noemer ‘non-conformiteit’ of non-conforme levering. Omdat een non-conforme levering op basis van de wet meer kan omvatten dan alleen afwijkingen van de technische omschrijving, tekeningen of de staten van wijziging wordt deze term echter vermeden. In § 9.2.2 van dit hoofdstuk wordt wel ingegaan op de vraag hoe art. 7:17 BW bij koop zich verhoudt tot de totale regeling aangaande aansprakelijkheid na oplevering van art. 18 AV.

12.7.1.1 Soort afwijkingen

Welke eisen stelt art. 18 lid 2 onder a AV? Het artikel spreekt van aansprakelijkheid voor *‘een niet door de ondernemer aan de verkrijger schriftelijk kenbaar gemaakte afwijking van de technische omschrijving en/of tekeningen en/of eventuele staten van wijziging waardoor de verkrijger schade lijdt.’*

De aansprakelijkheid van de ondernemer op basis van dit artikel beperkt zich tot de afwijkingen van de in dat artikel genoemde documenten. Alleen gevallen waarin daadwerkelijk sprake is van een afwijking ten opzichte van één van deze stukken vallen onder dit artikel.

De artikelen 4 en 6 AV geven de ondernemer de bevoegdheid wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke ontwerp door te voeren.²⁹⁰ Dit is een zeer beperkte en aan voorwaarden gebonden bevoegdheid tot het wijzigen van onderdelen. Voert de ondernemer een wijziging door zonder aan de vereisten van een van deze twee artikelen te voldoen, dan is in beginsel sprake van een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de ondernemer. Immers, hij levert niet wat is overeengekomen. Zoals blijkt uit artikel 18 lid 2 onder a AV is de ondernemer ook na de onderhoudsperiode nog aansprakelijk voor dit soort wijzigingen.

In de praktijk blijkt dat verkrijgers vrijwel nooit een beroep doen op art. 18 lid 2 onder a AV, maar simpelweg stellen dat niet is geleverd wat is overeengekomen of dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming. In wezen is dit een beroep op het BW en art. 6:74 BW. De Raad honoreert dergelijke beroepen regelmatig.²⁹¹ Bij deze praktijk van de Raad kan een vraagteken geplaatst worden aangezien in art. 18 AV met de daar aangebrachte aansprakelijkheidsbeperkingen uitdrukkelijk van het BW is afgeweken en het BW dus niet van toepassing is. Ondernemers verwerpen zich in dit soort geschillen vaak (tevergeefs) met hun wijzigingsbevoegdheid op basis van art. 4 en 6 AV.²⁹² Veel jurisprudentie over art. 18 lid 2 onder a

290 In hoofdstuk 9 wordt ingegaan op de wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer op basis van art. 4 en 6 AV.

291 O.a. RvA 11 april 2008, nr. 29.446, RvA 17 april 2008, nr. 29.184.

292 Vaak gaat het bij een beroep op art. 4 of 6 AV om misverstanden omtrent de tekeningen. De vraag is dan óf daadwerkelijk niet is geleverd wat is overeengekomen volgens de stukken. Zo meenden verkrijgers een keer op basis van de tekeningen dat ze een hoekwoning hadden gekocht. Hun garage bleek echter later te worden vast gebouwd aan een andere garage. Arbiters was van oordeel dat geen sprake was van een non-conforme levering, ook al stond de garage niet op de tekening. Verkrij-

AV is niet voorhanden, waarschijnlijk vanwege het feit dat er vrijwel nooit een beroep op het artikel wordt gedaan. Dit laatste is onbegrijpelijk aangezien het voor verkrijger een ruime mogelijkheid tot verhaal biedt en artikel 18 lid 2 onder a AV geen vervaltermijn kent.

12.7.1.2 Bij oplevering zichtbare afwijkingen

De vraag is of de ondernemer ook op grond van art. 18 lid 2 onder a AV is aan te spreken voor afwijkingen van (kort gezegd) de tekeningen, indien deze wijzigingen bij oplevering zichtbaar waren. Uit de bewoordingen van art. 17 AV, art. 18 lid 1 AV en de daarmee samenhangende jurisprudentie (uitgebreid besproken in § 5 van dit hoofdstuk) vloeit immers voort dat aansprakelijkheid voor reeds zichtbare tekortkomingen beperkt is.

Als de regeling van art. 18 lid 2 onder a AV alleen betrekking heeft op afwijkingen die zich na oplevering manifesteren, zal niet vaak succesvol een beroep op dit artikel gedaan kunnen worden.

Het artikel is dan alleen van belang voor bij oplevering onzichtbare wijzigingen in de uitvoering.

Bij bij oplevering onzichtbare wijzigingen valt te denken aan een kruipruimte die niet volgens de tekeningen is uitgevoerd of isolering of elektrische bedrading die niet is aangebracht zoals in de technische omschrijving beschreven.²⁹³ Dit soort zeer onzichtbare wijzigingen zullen vrijwel nooit aan het licht komen, of alleen aan het licht komen als sprake is van een gebrek. In dat geval kan de verkrijger ook een beroep doen op de regeling van in ieder geval verborgen, en soms ook ernstige gebreken.

De meeste wijzigingen ten opzichte van de technische omschrijving of de tekeningen zullen doorgaans vrij eenvoudig, en dus bij oplevering, opgemerkt kunnen worden. Te denken valt dan aan gevelstenen, andere deuren of een gewijzigde indeling. De vraag is dan echter wel of verkrijgers zich bij oplevering wel meteen realiseren dat niet is geleverd wat was overeengekomen en of dus sprake is van een bij oplevering zichtbaar gebrek. Het lijkt mij niet waarschijnlijk dat de bepaling van art. 18 lid 2 onder a AV alleen betrekking heeft op bij oplevering verborgen afwijkingen van de tekeningen. In dat geval is de bepaling namelijk van weinig belang én ontloopt de ondernemer aansprakelijkheid voor afwijken van de overeenkomst. In art. 4 en art. 6 AV zijn dergelijke afwijkingen ook gesanctioneerd, de bepaling van art. 18 lid 1 onder a AV lijkt als vangnet te fungeren voor die afwijkingen van de tekeningen of andere stukken die niet meteen gemeld of geconstateerd zijn. Het is dus wel denkbaar dat ook voor reeds zichtbare afwijkingen na de onderhoudsperiode nog een beroep open staat op art. 18 lid 1 a AV.

293 In RvA 23 februari 1995, nr. 17.300, BR 1995, 533 was sprake van een afwijking van de technische omschrijving. Het leidingverloop week zichtbaar af van de technische omschrijving doch werd niet gemeld bij oplevering. Ondernemer wierp tegen dat het gebrek zichtbaar was bij oplevering. Arbitreren oordeelde dat sprake was van een verborgen gebrek omdat het nadeel zich pas bij gebruik openbaarde.

12.7.2 Aansprakelijkheid voor ernstige gebreken

Na oplevering van de woning en na afloop van de onderhoudsperiode blijft de ondernemer voor een periode van 20 jaar na afloop van de onderhoudsperiode aansprakelijk voor zogenaamde ernstige gebreken²⁹⁴. De aansprakelijkheid voor ernstige gebreken wordt behandeld onder b van het tweede lid van art. 18 AV. Wat moet worden verstaan onder een ernstig gebrek blijkt uit lid 3 van het artikel.

Art. 18 lid 3 AV

Een gebrek is slechts als ernstig gebrek als bedoeld in lid 2 van dit artikel onder b aan te merken, indien het de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan aantast of in gevaar brengt, hetzij de woning ongeschikt maakt voor zijn bestemming.

Er is sprake van een ernstig gebrek indien óf de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan wordt aangetast óf de zaak niet meer geschikt is voor zijn bestemming.²⁹⁵ Dit betekent dus dat het voldoen aan één van de twee criteria voldoende is voor een geslaagd beroep op art. 18 lid 2 onder b AV. Beide criteria worden hieronder uiteen gezet. Voor beide criteria geldt dat wil sprake zijn van een ernstig gebrek de aantasting van de hechtheid of de ongeschiktheid voor bestemming niet door gewoon onderhoud te voorkomen mag zijn geweest. Dit kan worden afgeleid uit een uitspraak van de Raad waarin werd geoordeeld dat voor een geslaagd beroep op de ernstige gebreken regeling sprake moet zijn van een gebrek in de samenstelling van het gebouwde waarbij slechts door ingrijpende maatregelen tot het stoppen van de aantasting zou kunnen worden gekomen.²⁹⁶

Voordat wordt ingegaan op de twee hierboven genoemde criteria in de koop-/aannemingsovereenkomst (in § 7.2.2 en 7.2.3) wordt kort ingegaan op het begrip ‘ernstig gebrek’ zoals dat onder het Oud BW gold en waarvan de bepaling in de koop-/aannemingsovereenkomst is afgeleid (in § 7.2.1).

12.7.2.1 Ernstig gebrek volgens Oud BW

De bepaling in de koop-/aannemingsovereenkomst over ernstige gebreken is afgeleid van art. 7A:1645 Oud BW.²⁹⁷ Er dient derhalve op deze oude bepaling

294 Ingevolge lid 5 van art. 18 AV: De rechtsvordering uit hoofde van een ernstig gebrek is niet ontvankelijk, indien zij wordt ingesteld na verloop van twintig jaren na de in het eerste lid van dit artikel genoemde periode.

295 Opgemerkt moet worden dat voor de aansprakelijkheid van de ondernemer voor een ernstig gebrek onder de koop-/aannemingsovereenkomst niet vereist is dat de oorzaak van het ernstige gebrek voortvloeit uit ‘een gebrek in de samenstelling, of zelfs uit hoofde van de ongeschiktheid van de grond’ zoals onder de UAV wel het geval is. De koop-/aannemingsovereenkomst kent dit vereiste niet omdat de ondernemer voor zowel het ontwerp, de bouw, de grond als de gekozen grondstoffen verantwoordelijk is. De vraag waar het gebrek uit voortvloeit is dus niet relevant.

296 Letterlijk over de ingrijpende maatregelen: RvA 15 april 2004, nr. 23.704.

297 Art. 7A:1645 Oud BW: Indien een gebouw, voor een bepaalden prijs aangenomen en afgemaakt, geheel of gedeeltelijk vergaat door een gebrek in de samenstelling, of zelfs uit hoofde van de ongeschiktheid van den grond, zijn de bouwmeesters en

ingegaan te worden. Art. 7A:1645 Oud BW gaat over de aansprakelijkheid van de aannemer voor geheel of gedeeltelijk vergaan van het gebouw.²⁹⁸ Het artikel is zeer onduidelijk gebleken en heeft in de loop der jaren tot zeer veel jurisprudentie geleid.²⁹⁹ Niet alleen zorgde de term ‘vergaan’ voor veel jurisprudentie, ook de termen ‘gebouw’ en ‘bepaalde prijs’ gaven zo hun problemen.³⁰⁰

In eerdere versies van de koop-/aannemingsovereenkomst werd verwezen naar artikel 7A:1645 Oud BW.³⁰¹ Vandaar dat ook veel jurisprudentie verwijst naar het artikel.³⁰² In de versies van de algemene voorwaarden van na 1983 is de verwijzing naar het artikel weggelaten³⁰³ en vervangen door de tekst zoals die er nu staat.³⁰⁴

-
- aannemers daarvoor, gedurende tien jaren, aansprakelijke.
- 298 Zie hierover uitgebreid Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen III-C, 1994, nr. 659-687. Bij invoering van Titel 7.12 is geen vergelijkbaar artikel opgenomen. Dit betekent echter niet dat het Oud BW artikel hedentendage geen betekenis meer toekomt Van den Berg 2003, p. 181 e.v. In de UAV 1989 en ook de AVKA 1979 is een verwijzing naar dit artikel bijvoorbeeld nog steeds opgenomen § 12 UAV 1989 en zie ook Asser/Van den Berg 2007 5-IIIc, nr. 134 over de opvattingen over de UAV en art. 1645 Oud BW en Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 86. Over de aard van de overname van art. 1645 Oud BW in de UAV 1989 gaat Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 100.
- 299 zie hierover Asser/Van den Berg 2007 5-IIIc, nr. 133 e.v., p. 172 e.v en ook Van den Berg 2003, p. 181-197.
- 300 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 83-104.
- 301 Zie o.a. de op de vergadering van de commissie koop-aanneming op 15 augustus 1974 vastgestelde concept versie van het model van 22 mei 1974 (verslag van de vergadering in map A-II, nr. 07.351.11) waarin dit is opgenomen in art. 17 lid 2 onder a AV. Ook staat het exact hetzelfde in art. 17 lid 2 onder a AV van de versie 1983.1 voor Eengezinswoningen. Meer over de commissie koop-aanneming en de totstandkoming van de model voorwaarden in hoofdstuk 1.
- 302 RvA 11 juni 1987, nr. 12.209, BR 1987, p. 698, RvA 3 februari 1995, nr. 17.009, BR 1997, p. 690. En heel veel jurisprudentie in Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 83-104, p. 1-58.
- 303 Art. 17 AV, versie 1983.1:
1. Na de in artikel 16 lid 2 genoemde termijn is de ondernemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan de woning.
 2. Het in het eerste lid bepaalde luidt uitzondering:
 - a. indien zich het geval, voorzien in artikel 1645 (voetnoot 2, waarin dit artikel is opgenomen, EB) van het burgerlijk wetboek zich voordoet;
- 304 Van Wijngaarden 1990, p. 74, ook art. 17 lid 2 onder a en lid 3 AV van de versie E.1989 en art. 16 lid 2 onder b en lid 3 AV van de versie E.1992. In de AVA 1992 wordt evenals in de koop-/aannemingsovereenkomst niet verwezen naar art. 1645 Oud BW maar wordt ook het begrip ‘ernstig gebrek’ gehanteerd. In de AVA is het ernstig gebrek echter expliciet een species van het verborgen gebrek: Art. 10 lid 1 en 2 AVA 1992. Hierover: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 104. De aansprakelijkheid van de aannemer is behalve voor een verborgen gebrek, uitgesloten. Dit is onder de koop-/aannemingsovereenkomst niet het geval.

In het Oud BW was opgenomen dat de aannemer aansprakelijk was voor gehele of gedeeltelijk ‘vergaan’ van het bouwwerk.³⁰⁵ Een aantasting van de hechtheid van de constructie, zoals opgenomen in art 18 AV, kan leiden tot vergaan zoals geformuleerd in art. 1645 Oud BW. De Hoge Raad oordeelde dat bij aantasting van de hechtheid ook sprake kan zijn van vergaan in de zin van art. 1645 Oud BW.³⁰⁶ De literatuur is dezelfde mening toegedaan.³⁰⁷ Hieronder wordt in § 7.2.2 dieper ingegaan op de term ‘aantasting van de hechtheid’. In § 7.2.3 wordt ingegaan op het begrip ‘ongeschikt voor zijn bestemming’

12.7.2.2 Aantasting van de hechtheid

Wat wordt bedoeld met het aantasten van de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan? Hierbij kan gedacht worden aan het verzakken van het gebouw of het vertonen van scheuren in het gebouw die de hechtheid van het gebouw dusdanig aantasten dat deze kunnen leiden tot instorting of dreigende instorting.³⁰⁸ Het uitwijken van de gevel met tot gevolg instortingsgevaar of ernstige scheurvorming kan ook een aantasting van de hechtheid van de constructie zijn. Evenals het niet waterdicht zijn van een kelder dat (in de toekomst) tot dusdanige verzakkingen en schade leidt dat de constructie hierdoor wordt aangetast.

Om een beeld te geven wanneer de Raad wel en niet spreekt van ernstige gebreken volgen enkele voorbeelden uit de jurisprudentie³⁰⁹:

In een geschil uit 1995 vormde schimmelvorming geen bedreiging voor de constructie en was geen ernstig gebrek.³¹⁰ Het loslaten van een pleisterlaag was in een geschil uit 2002 geen ernstig gebrek.³¹¹ Ook de constante vorming van bruine aanslag in de woning was geen ernstig gebrek, geen sprake was van vergaan of aantasting van de hechtheid, wel was sprake van een verborgen gebrek.³¹² De totale verzakking van twee schuren had geen scheurvorming of andere schade tot gevolg. De hechtheid werd door de verzakking niet in gevaar gebracht en tevens

305 Hierover ook Van Wijngaarden 1974, nr. 229 e.v. en ook Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 664 e.v.

306 HR 14 november 1929, NJ 1929, 1776 (Mook/Sap). Zie ook over deze uitspraak Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 90.

307 Van Wijngaarden 1990, p. 74 en ook en Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 103.

308 O.a. hierover: Van den Berg 2003, p. 194.

309 Zie voor vergelijkbare jurisprudentie onder de UAV: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 90-91.

310 RvA 3 februari 1995, nr. 17.009, BR 1997, p. 690. Vergelijkbaar: RvA 5 juli 2000, nr. 20.988 waar sprake was van vocht en RvA 2 april 2002, nr. 22.471, r.o.19 waarin sprake was van spoorvorming.

311 Er was geen sprake van vergaan of aantasting van de hechtheid van de constructie, RvA 25 maart 2002, nr. 70.525, BR 2003, p. 151.

312 RvA 27 april 1987, nr. 12.215, BR 1987, p. 695

was geen sprake van ontstane ongeschiktheid voor zijn bestemming. Derhalve was geen sprake van een ernstig gebrek.³¹³

Omdat door het reeds uitgevoerde herstel de ernst van de verzakking van een carport niet was vast te stellen, wees arbiter de vordering op grond van een ernstig gebrek af.³¹⁴

De desintegratie van een van de buitenspouwbladen van de gevel zorgde er volgens arbiter wel voor dat de hechtheid van de constructie werd aangetast.³¹⁵ Ook het verpulveren en verrotten van het dak was een ernstig gebrek in de zin van art. 18 AV doordat de hechtheid van de constructie werd aangetast.³¹⁶ Vergelijkbaar was de situatie en de uitspraak in een geschil uit 2007 waarin de golfplaten op het dak verschilferden.³¹⁷ Scheurvorming was wel een ernstig gebrek in een geschil uit 2006 omdat de hechtheid van de gevel hierdoor werd aangetast.³¹⁸

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dat aantasting van de hechtheid van daken, funderingen of muren en het scheuren of verzakken of desintegreren van onderdelen van de woning die tot gevolg hebben dat de gehele woning aan stabiliteit en waterdichtheid verliezen worden aangemerkt als een ernstig gebrek in de zin van art. 18 AV. Het aantasten van minder essentiële onderdelen leveren geen ernstig gebrek op in de zin van art. 18 AV.

12.7.2.3 Ongeschikt voor zijn bestemming

Het tweede criterium waardoor sprake kan zijn van een ernstig gebrek in de zin van art. 18 AV is als de woning ‘ongeschikt raakt voor zijn bestemming’.³¹⁹

Van ongeschiktheid voor zijn bestemming kan sprake zijn als de woning of het gebouw niet meer gebruikt kan worden voor het doel waarvoor het bestemd is. Veel jurisprudentie over dit onderwerp onder het oud BW en de UAV heeft betrekking op zwembaden die door scheurvorming leeg liepen en daarom ongeschikt werden voor het gebruik als zwembad.³²⁰ De vraag die in veel van deze uitspraken speelden was of het bestemmingscriterium een apart criterium betrof naast de eis van het ‘vergaan’. Onder de koop-/aannemingsovereenkomst speelt deze vraag niet omdat

313 In de zin van art. 7A:1645 Oud BW, het ging om een overeenkomst onder de AB 1945, RvA 15 oktober 1986, nr. 11.962, BR 1987, p. 71.

314 RvA 18 januari 2000, nr. 21.513.

315 En dat sprake was van een gebrek als in art. 1645 Oud BW. RvA 11 juni 1987, nr. 12.209, BR 1987, p.698, RvA 15 oktober 1986, nr. 11.962, BR 1987, p. 71.

316 RvA 15 april 2004, nr. 23.744, 23.824 en 23.702.

317 RvA 12 juni 2007, nr. 28.619.

318 RvA 13 november 2006, nr. 27.888.

319 Zie over de discussie in de literatuur over dit criterium onder art 1645 Oud BW: Van den Berg 2003, p. 185 e.v. en ook Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III, 1994, nr. 664 e.v.

320 Zie de in Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b genoemde jurisprudentie in nr. 90 o.a.: RvA 21 januari 1988, nr. 12.208, BR 1988, p. 312, RvA 25 juli 1990, nr. 12.681, BR 1990, p. 867, m.n. H.O. Thunnissen en RvA 25 juli 1990, nr. 12.681.

beide criteria zijn opgenomen in de overeenkomst en deze beiden (onafhankelijk van elkaar) kunnen leiden tot een ernstig gebrek in de zin van de overeenkomst.

In een geschil voor de Hoge Raad was een ernstig gebrek in de zin van art. 1645 Oud BW de ernstige verzakking en scheuren in woonhuis, te wijten aan de ongeschiktheid van de ondergrond.³²¹ Deze leidde niet tot het vergaan van het gebouw, maar maakte het wel ongeschikt voor zijn bestemming.

Het verzakken van een garagevloer waardoor de verwarmingsbuizen bekneld raakte en de CV in de hele woning kon uitvallen, zorgde ervoor dat sprake was van het ongeschikt raken voor zijn bestemming.³²²

In een geschil uit 2006 stelde de verkrijger dat door de geluidsoverlast de woning niet geschikt was voor haar bestemming en dat derhalve sprake was van een ernstig gebrek. Arbitreren ging niet in op dit onderdeel, maar stelde slechts vast dat de geluidsisolatie niet voldeed aan de eisen van het Bouwbesluit.³²³ Geuroverlast of stankoverlast is volgens de Raad geen gebrek dat de woning ongeschikt maakt voor zijn bestemming en derhalve niet aan te merken als een ernstig gebrek.³²⁴

12.7.3 Aansprakelijkheid voor verborgen gebreken

De aansprakelijkheid voor verborgen gebreken wordt geregeld in art. 18 lid 2 sub c AV.³²⁵

Van een verborgen gebrek is sprake indien de verkrijger dit gebrek redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van ontdekking had moeten onderkennen, aldus het vierde lid van art. 18 AV. Op de vraag wanneer hiervan sprake is, met andere woorden of een gebrek voor het tijdstip van ontdekken verborgen of zichtbaar was, werd in § 12.3.1.3 ingegaan.

Ingevolge het vierde lid van art. 18 AV is de ondernemer na oplevering en na afloop van de onderhoudsperiode voor een periode van 5 jaar aansprakelijk te houden voor verborgen gebreken.³²⁶

321 HR 14 november 1929, NJ 1929, p. 1776 (Mook/Sap).

322 In de zin van 1645 Oud BW, het betrof een geschil waarop de UAV 1989 van toepassing was: RvA 26 maart 2004, nr. 24.544, BR 2004, p. 884, m.nt. M.A.M.C. van den Berg.

323 RvA 29 september 2006, nr. 26.958.

324 RvA 13 november 2006, nr. 27.888.

325 Art. 18 lid 2 sub c AV: Na de in het eerste lid van dit artikel genoemde periode is de ondernemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het gebouw en de privé-gedeelten, c. tenzij het gebouw of het privé-gedeelte of enig onderdeel daarvan een verborgen gebrek bevat en aan de ondernemer van zodanig verborgen gebrek binnen een redelijke periode na de ontdekking mededeling is gedaan;

326 Over de geschiedenis van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken gaat Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 104-110.

12.7.3.1 Aansprakelijkheid voor kenbare verborgen gebreken volgens het BW

In Titel 7.12 is een regeling omtrent verborgen gebreken opgenomen in de artikelen 7:758 BW en 7:762 BW.³²⁷ In het derde lid van art. 7:758 BW staat dat de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.³²⁸

In art. 7:762 BW is opgenomen dat aansprakelijkheid de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen niet kan worden uitgesloten of beperkt, noch aan een kortere verjaringstermijn kan worden onderworpen dan die van art. 7:761 BW.³²⁹

De bepaling is van dwingend recht.³³⁰ Het artikel bepaalt dat de aansprakelijkheid voor door de aannemer verzwegen verborgen gebreken niet kan worden uitgesloten of beperkt. Elke aansprakelijkheidsbeperking, opgenomen in de overeenkomst of in elk ander document komt dan ook geen betekenis toe.³³¹ Met het artikel strijdige artikelen zijn op grond van art. 3:40 lid 2 BW zijn in beginsel vernietigbaar.³³² In de tweede zin van het artikel is neergelegd dat verzwijging door personen aangesteld als leidinggevende over het werk gelijk gesteld wordt aan verzwijging door de aannemer zelf.³³³ De koop-/aannemingsovereenkomst bevat geen bepaling die strijdig is met art. 7:761 BW. In art. 18 AV is immers opgenomen dat de ondernemer na oplevering aansprakelijk is voor verborgen gebreken, dus ook voor voor de ondernemer kenbare verborgen gebreken.

12.7.4 Melden van het gebrek binnen een redelijke termijn

Wil de verkrijger de ondernemer na de onderhoudsperiode succesvol aansprakelijk stellen dan zal hij om rechtsverlies te voorkomen het gebrek moeten melden binnen een redelijke termijn. Dit is in de algemene voorwaarden opgenomen voor de aansprakelijkheid voor afwijkingen van de tekeningen (genoemd onder a van art. 18 lid 2 AV) en verborgen gebreken (genoemd onder c van art. 18 lid 2 AV). Waarom de eis niet is opgenomen voor de aansprakelijkheid van de ondernemer

327 **Art. 7:762 BW: De aansprakelijkheid van de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen, kan niet worden uitgesloten of beperkt, noch kan zij aan kortere verjaringstermijnen worden onderworpen dan die voorzien in artikel 761. Verzwijging door degenen die de aannemer met de leiding over de uitvoering van het werk heeft belast, wordt gelijkgesteld met verzwijging door de aannemer.**

328 Dit onderwerp werd reeds besproken in § 12.7.4.2 van dit hoofdstuk.

329 Over deze bepaling: Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 583, Van Velten 1990, p. 642.

330 MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 15.

331 MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 36, zie ook de toelichting op het voorontwerp van Drion, p. 1079 en Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 137.

332 Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 137, MvA, Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 18-19.

333 In het voorontwerp was dit geformuleerd als 'leiding van zijn bedrijf'. Op advies van het Instituut voor Bouwrecht is dit veranderd in 'leiding over de uitvoering van het werk' zie Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994, nr. 583.

voor ernstige gebreken, genoemd onder b, kon niet achterhaald worden. Hieronder wordt in § 7.4.1 kort ingegaan op de consequenties van het ontbreken van een vergelijkbare bepaling voor ernstige gebreken.

Deze term ‘redelijke termijn’ wordt gebruikt omdat enerzijds de verkrijger meestal nog enige tijd nodig heeft het gebrek te beoordelen en eventueel advies van een deskundige in te winnen en anderzijds de ondernemer niet al te lang in onzekerheid omtrent het gebrek mag verkeren en zo snel mogelijk in de gelegenheid moet worden gesteld het gebrek zelf te verhelpen en regres uit te oefenen op eventueel door hem ingeschakelde onderaannemers of hulppersonen.³³⁴ In hoofdstuk 10, § 5.4 is in het kader van het aanspraak maken op de boete wegens bouwtijdoverschrijding ook uitgebreid ingegaan op de vraag wat onder een redelijke termijn moet worden verstaan.

12.7.4.1 Redelijke termijn en rechtsverwerking

Wordt van het gebrek niet binnen een redelijke termijn na ontdekking melding gedaan dan kan o.g.v. art. 18 lid 2 onder a en c AV sprake van rechtsverwerking en heeft de verkrijger derhalve geen recht meer op herstel.

In het BW is ook een bepaling opgenomen in het kader van het melden van gebreken na oplevering en het verwerken van recht bij niet tijdige melding. Voor gebreken geconstateerd ná oplevering kent Titel 12 van Boek 7 geen bepaling omtrent rechtsverwerking bij het niet tijdig melden van een gebrek. Derhalve dient voor die gevallen niet geregeld in de koop-/aannemingsovereenkomst of algemene voorwaarden³³⁵ te worden teruggevallen op art. 6:89 BW.³³⁶

In art. 6:89 BW en art. 7:23 lid 2 BW is geregeld dat als sprake is van een gebrek in de prestatie de schuldeiser dit op straffe van rechtsverlies ‘binnen bekwame tijd’ nadat de verkrijger het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, moet melden.³³⁷ De term ‘binnen bekwame tijd’ en ‘binnen een redelijke termijn’ hebben eenzelfde betekenis.³³⁸

Omdat voor ernstige gebreken (onder b van art. 18 lid 2 AV) geen termijn is opgenomen voor het melden van het gebrek moet hiervoor terug gevallen worden op art. 6:89 BW. Aangezien de termen ‘binnen een redelijke termijn’ van art. 18 AV en de ‘binnen bekwame tijd’ eenzelfde betekenis hebben, heeft het niet noemen van een termijn geen grote gevolgen. Het zou de duidelijkheid en eenvormigheid

334 Zie § 12 lid 2b UAV 1989, waarin de ondernemer van een verborgen gebrek ‘binnen een redelijke termijn na ontdekking’ mededeling moet doen. Ook: Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b, nr. 121 en Chao-Duivis e.a. 2005 p. 77.

335 In dit geval dus de ernstige gebreken regeling van art. 18 lid 2 onder b AV.

336 Voor aanneming van werk is rechtsverwerking voor bij oplevering zichtbare gebreken uitgewerkt in art. 7:758 BW. Voor koop is dit geregeld in art. 7:23 lid 1 BW.

337 Zie PG Boek 6, TM, p. 317 voor een verwijzing naar de omstandigheden in het geval van art. 6:89 BW.

338 Chao-Duivis e.a. 2005 p. 77.

van de regeling ten goede komen als ook voor ernstige gebreken een termijn werd genoemd.

Een redelijke termijn

Op de vraag wat precies onder de termen ‘redelijke termijn’³³⁹ of ‘binnen bekwame tijd’³⁴⁰ moet worden verstaan, is geen eenduidige antwoord te geven; dit hangt af van de omstandigheden, aldus de parlementaire geschiedenis bij art. 6:89 BW.³⁴¹

‘Binnen bekwame tijd’ impliceert in iedere geval een ruimere reactietijd dan andere in het BW voorkomende termen als ‘terstond’ en ‘onverwijld’.³⁴² ‘Binnen bekwame tijd’ vraagt een reactie van de benadeelde ‘op korte termijn’³⁴³, ‘met spoed’³⁴⁴ of ‘binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden in verband met zijn onderzoeksplicht van hem kan worden gevegd’³⁴⁵.

Bij de beantwoording van de vraag of gereageerd is binnen bekwame tijd kan ook de behoefte aan beraad en onderzoek een rol spelen³⁴⁶, evenals de aard van de overeenkomst en de gebruiken³⁴⁷ en de aard van het gekochte, de onderlinge verhoudingen en de juridische kennis van de betrokkenen.³⁴⁸

In art. 7:23 BW is, evenals art. 6:89 BW, de term ‘binnen bekwame tijd’ opgenomen. Dit artikel ziet op de klachtplicht bij consumentenkoop. In het artikel is in de derde zin van het eerste lid een nadere concretisering van de term ‘binnen bekwame tijd’ gegeven. Hierin is opgenomen dat een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na ontdekking tijdig is.³⁴⁹ De zin is echter zo geformuleerd dat niet is uitgesloten dat het melden van een klacht ná twee maanden ook nog tijdig is, maar dit zal zelden worden aanvaard. De termijn van twee maanden is afkomstig uit de richtlijn consumentenkoop³⁵⁰, hierin is opgenomen dat lidstaten kunnen bepalen dat een consument zijn rechten alleen kan uitoefenen wanneer hij de verkoper binnen een termijn van twee maanden na de datum waarop hij het gebrek heeft vastgesteld, op de hoogte heeft gesteld van dat gebrek.³⁵¹

339 Art. 18 lid 2 onder a en c AV

340 Art. 6:89 BW en art. 7:23 BW.

341 PG Boek 6, TM, p. 317.

342 Over de term ook: De Vries 2004, p. 9 e.v.

343 TM PG Inv. Boek 7, p. 148.

344 Kamerstukken II 2001/02, 27 809, nr. 6, p. 6.

345 MvA, PG Inv. Boek 7, p. 152.

346 PG Boek 3, p. 162 en ook HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636 (Pouw/Visser).

347 PG Boek 6, p. 317.

348 MV I, PG Inv. Boek 7, p. 157 en Kamerstukken II 2000/01, 27 809, nr. 3, p. 10.

349 Art. 7: 23 lid 1 BW weergeven!

350 Art. 5 lid 2 van de richtlijn.

351 Tjittes 2007b, p. 20.

De Hoge Raad sprak zich in 2006 en 2007 en groot aantal keer uit over de klachtplicht van de koper in het kader van art. 6:89 BW en art. 7:23 BW.³⁵² Eén van die uitspraken hadden betrekking op de term ‘binnen bekwame tijd’.³⁵³

De Hoge Raad sprak zich Pouw/Visser uit over de betekenis van de term ‘binnen bekwame tijd’ en oordeelde dat de vraag of kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied, moet worden beantwoord met inachtneming van alle betrokken belangen en alle relevante omstandigheden waaronder de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn.³⁵⁴ In deze uitspraak ging het om de levering van een woning die gebreken in het houten topschot vertoonde. Na onderzoek door een deskundige bleek dat niet alleen het topschot maar ook de ramen, de windveren en het achterliggende regelwerk door schimmel en houtrot te zijn aangetast. Het hof oordeelde dat de koper niet binnen bekwame tijd had geklaagd, de Hoge Raad vernietigde dit oordeel en stelde dat de koper het ‘in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem te verwachten’ onderzoek moet kunnen verrichten om vast te stellen of de zaak een tekortkoming bevat. Het oordeelde dat de klachttermijn bij de koop van onroerende zaken geen vaste termijn is, dit in tegenstelling tot de termijn van art. 7:23 BW. Bij onroerende zaken zullen alle betrokken belangen moeten worden afgewogen.

Uit uitspraken van de Raad van Arbitrage uit 1987 blijkt dat deze in dezelfde lijn oordeelt als de Hoge Raad: een dergelijke niet nader omschreven termijn als ‘binnen bekwame tijd’ pas wordt overschreden indien door tijdsverloop de belangen van de aannemer worden geschaad of dat dusdanig lang wordt stilgezeten door verkrijger dat daaruit kon worden afgeleid dat door verkrijger welbewust is afgezien van aansprakelijkstelling.³⁵⁵ Het feit dat door een (extreem) late melding de ondernemer niet in zijn belangen zou zijn geschaad, is op zich zelf onvoldoende om aan te nemen dat de redelijke termijn niet is overschreden. De Raad hanteert geen termijn van bijvoorbeeld twee maanden waarbinnen moet worden geklaagd.

Een greep uit de jurisprudentie laat zien hoe het begrip in de praktijk wordt uitgelegd³⁵⁶:

In een geschil waarbij het ging om een gebrek aan de cv installatie dat aanvankelijk gemakkelijk voor een inregel- of afstelprobleem kon worden gehouden, moest het begrip ‘redelijke termijn’ volgens arbiter ruim worden uitgelegd omdat

352 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 408 (WRA/Oldenhoeck), HR 23 maart 2007, NJ 2007, 176 (Brocacef/FGC), HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 (Inno/Sluis), HR 20 januari 2006, NJ 2006, 80 (Robinson/Molenaar), HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 634 (Amsing/Dijkstra Post), HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636 (Pouw/Visser).

353 Het gaat om HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636 (Pouw/Visser). Zijdelings van belang is HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 634 (Amsing/Dijkstra Post). Deze uitspraak gaat over door de verkoper uitgevoerd herstel aan de zaak en het herleven van de (termijn van de) klachtplicht na dat herstel.

354 HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 636 (Pouw/Visser).

355 RvA 20 juli 1987, nr. 12.648, BR 1987, p. 788, RvA 15 juni 2006, nr. 26.690.

356 Voor jurisprudentie over dit begrip onder de UAV 1989 zie Van Wijngaarden & Chao-Duvis 2007b, nr. 122.

het gebrek voor een leek moeilijk was te onderkennen.³⁵⁷ In een geschil waarbij de verkrijger, die kampte met scheurvorming in zijn nieuwe woning, direct nadat hij het deskundigenrapport had ontvangen de ondernemer het gebrek meldde, was gemeld binnen een redelijke termijn.³⁵⁸ De ernst van het gebrek was hem immers pas duidelijk geworden na het ontvangen van het rapport. Ook de verkrijger die na het ontvangen van een deskundigenrapport het gebrek melde binnen twee maanden meldde dit, aldus de Raad, binnen een redelijke termijn.³⁵⁹ En ook een melding drie maanden na het verschijnen van het rapport was volgens de Raad nog binnen de redelijke termijn.³⁶⁰

Als de VvE de klachten al heeft gemeld kan de individuele eigenaar niet worden tegengeworpen dat hij zelf later, en daardoor te laat, bezwaar maakt.³⁶¹ De bewijslast ten aanzien van de aanwezigheid van het verborgen gebrek en de aansprakelijkheid van de ondernemer daarvoor rust op de verkrijger.³⁶²

Dierikx is van mening dat het gebruik van een ‘redelijke termijn’ leidt tot onduidelijkheid voor de verkrijger, zij pleit er derhalve voor een meer concrete termijn op te nemen.³⁶³ Gezien bovenstaande jurisprudentie en het feit dat de vraag of een termijn ‘redelijk’ is af hangt van de omstandigheden lijkt het opnemen van een concrete termijn mij geen goede oplossing. Onder bepaalde omstandigheden kan een concrete termijn namelijk toch onredelijk uitvallen voor een verkrijger. De zekerheid die de concrete termijn biedt weegt niet op tegen de onredelijke gevolgen die een dergelijke termijn kan hebben.

357 RvA 26 oktober 1992, nr. 15.650. Ook problemen met de verwarming die als verborgen gebrek werden gekwalificeerd in: RvA 4 april 2000, nr. 16.981.

358 RvA 20 januari 2000, nr. 20.451.

359 RvA 22 mei 2000, nr. 20.717.

360 RvA 24 februari 1998, nr. 19.179. Meer praktisch zijn de volgende uitspraken: De Raad achtte voorts de melding van een lekkage zestien dagen na de openbaring ervan, binnen een redelijke termijn geschiedt, RvA 17 augustus 1979, nr. 9.425, BR 1979, p. 861. Twee jaar stilzitten vond zij echter wel te lang echt achtte de melding derhalve niet gedaan binnen een redelijke termijn: RvA 14 januari 1991, nr. 14.435, BR 1991, p. 403. In een geschil waarbij de VvE algemaanslag op de gevel in het voorjaar van 1998 ontdekte maar de ondernemer pas in mei 2002 schriftelijk aansprakelijk stelde oordeelde arbiter dat geen sprake was van het melden binnen een redelijke termijn. Hij betrok in zijn oordeel niet alleen het tijdsverloop maar ook de gevolgen die dit tijdsverloop had voor de schade. Een grotere algenverontreiniging en een langere inwerktijd op de gevel had hogere herstelkosten tot gevolg: RvA 20 december 2004, nr. 25.350. Geen redelijke termijn was het melden van het gebrek zeven maanden na oplevering: RvA 26 mei 2008, nr. 29.459.

361 RvA 10 juni 2007, nr. 28.428

362 Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007, nr. 113a.

363 Dierikx 2008, p. 191 en p. 187-188.

12.8 SAMENLOOP TUSSEN ALGEMENE VOORWAARDEN EN DE GARANTIE- EN WAARBORGREGELING

Tijdens de in de algemene voorwaarden geregelde onderhoudsperiode treedt ook de garantie op basis van de garantie- en waarborgregeling in werking. Drie maanden na oplevering van de woning gaat deze garantie in.³⁶⁴ In de onderhoudsperiode, die een half jaar bedraagt, is sprake van een overlap van beide regelingen van 3 maanden.³⁶⁵ Volgens de algemene toelichting is de reden voor het in werking treden van de garantie drie maanden na oplevering gelegen in het feit dat de ondernemer de in het proces-verbaal van oplevering opgenomen tekortkomingen in de eerste drie maanden dient te herstellen, dus voordat de garantie ingaat.³⁶⁶

Art. 19 AV gaat over de verhouding van de algemene voorwaarden tot de garantieregeling.³⁶⁷

Het artikel geeft aan dat de ondernemer de regelingen als opgenomen in art. 17 en 18 AV niet kan beperken door het invoeren van de bepalingen van de garantie- en waarborgregeling.³⁶⁸ Een uitwerking van deze regel blijkt uit een exemplarisch geschil waarin de ondernemer (samengevat) stelde dat doordat op het schilderwerk en garantie rustte van 1 jaar zijn aansprakelijkheid op basis van de koop-/aannemingsovereenkomst beperkt werd.³⁶⁹ Arbitrer was het hier niet mee eens, verwees naar art. 19 AV en stelde dat de garantietermijn in de garantie- en waarborgregeling los staat van de aansprakelijkheid op grond van de koop-/aannemingsovereenkomst en deze niet kan beperken.

Het is aan de verkrijger bij een gebrek een keuze te maken tussen een beroep op de garantie- en waarborgregeling of de koop-/aannemingsovereenkomst. Aangezien de garantie- en waarborgregeling ‘garandeert’ tegen bepaalde tekortkomingen zal een beroep op die regeling het voordeel voor de verkrijger opleveren dat hij alleen hoeft te stellen dat sprake is van een gebrek. Het is aan de ondernemer te bewijzen dat in het specifieke geval geen sprake is van gebrek. De Garantie- en waarborgregeling garandeert echter niet tegen elke tekortkoming, een beroep op deze regeling zal dus niet altijd open staan.

Voor de volledigheid wordt kort ingegaan op de garanties die zijn neergelegd in de garantie- en waarborgregeling.

364 Art. 5.3 van de GIW Garantie- en Waarborgregeling.

365 Zie ook het schema met daarin opgenomen de verschillende termijnen voor aansprakelijkheid.

366 Zie de algemene toelichting bij de GIW Garantie- en Waarborgregeling in E.2003. onder 3, p. 11, zie ook § 12.5.7 van dit hoofdstuk.

367 Art. 19 AV: De ondernemer aanvaardt met betrekking tot de woning onverkort al de uit de GIW Garantie- en waarborgregeling voortvloeiende verplichtingen en garanties op nakoming waarvan de verkrijger boven en buiten het bepaalde in de artikelen 17 en 18 van deze algemene voorwaarden beroep kan doen.

368 Zie ook RvA 22 februari 1995, nr. 16.938.

369 RvA 16 oktober 2006, nr. 28.212.

12.8.1 De garanties in de garantie- en waarborgregeling

Drie maanden na oplevering gaat de garantieperiode van de garantie- en waarborgregeling in. Deze garantieperiode duurt, behoudens enkele uitzonderingen, zes jaar. Na deze zes jaar is de ondernemer op basis van de garantie- en waarborgregeling niet meer aansprakelijk voor gebreken.

De garanties in de garantie- en waarborgregeling zijn neergelegd in art. 6 GWR en bijlage A waarin ook de garantietermijnen en uitsluitingen van de garantie voor de verschillende onderdelen van het huis zijn opgenomen.³⁷⁰ De ondernemer garandeert in art. 6.1 GWR dat de woning zal voldoen aan de genoemde garantienormen. De artikelen 6.2 tot met 6.6 GWR geven concretere garantienormen dan art. 6.1. In art. 6.2 GWR wordt garantie gegeven voor de constructie, gebruikte materialen en installaties. In de artikelen 6.3 en 6.4 GWR wordt de garantie dat de woning voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit uitgewerkt. In art. 6.5 GWR en Bijlage A zijn de eisen met betrekking tot verwarmingsinstallaties en warm waterinstallaties opgenomen. In art. 6.6 GWR tenslotte wordt een garantie afgegeven met betrekking tot de indeling van de woning.

Hieronder wordt kort ingegaan op de garanties genoemd in de artikelen 6.2, 6.3 en 6.4, 6.5 en 6.6 GWR.

Art. 6.2 GWR garandeert dat de toegepaste constructies, materialen en onderdelen, en de installaties, onder redelijkerwijs te voorziene externe omstandigheden deugdelijk zijn en bruikbaar voor het doel waarvoor ze zijn bestemd. Deze regel geldt alleen voor zover ten aanzien van de genoemde punten in deze regeling geen beperkingen zijn opgenomen. Indien bijvoorbeeld een voorbehoud is opgenomen ten aanzien van een bepaalde constructie of een bepaald materiaal, geldt de garantie niet.

In art. 6.3 is opgenomen dat de woning zal voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit.³⁷¹ In art. 6.4.1 is op de garantie van 6.3 een uitzondering opgenomen. De ondernemer mag ingevolge 6.4.1. afwijken van de geldende technische eisen als sprake is van experimenten in het belang van de volkshuisvesting en hij hiervoor van de Aangesloten Organisatie toestemming heeft gekregen.³⁷² In art. 6.4.2 is

370 Wil een verkrijger een beroep doen op de garantienorm dan kan hij volstaan met te stellen dat niet aan de garantienorm van art. 6 GWR is voldaan. Hij hoeft niet aan te geven op welke garantienorm (dus art. 6.2 GWR of 6.3 GWR etc.) hij exact een beroep doet.

371 Art. 6.3 GWR: Het huis of privé-gedeelte en gebouw voldoen aan de toepasselijke eisen voor nieuwbouw gesteld in het Bouwbesluit.

372 Art. 6.4.1 GWR: De Aangesloten Organisatie is bevoegd om, onder voorbehoud van goedkeuring door de verzekeringsmaatschappij, op verzoek van een ondernemer in het kader van experimenten in het belang van de volkshuisvesting huizen, privégedeelten en gebouwen en/of technische constructies onder de werking van deze GIW Garantie- en waarborgregeling te accepteren, die afwijken van de geldende technische eisen uit deze GIW Garantie- en waarborgregeling. De Aangeslo-

opgenomen dat het gedurende de garantietermijn ter inzage ligt bij de aangesloten organisatie.³⁷³

Als blijkt dat een woning niet aan de eisen van het Bouwbesluit voldoet heeft de verkrijger twee bronnen waarop hij zijn vordering kan stelen; zowel de koop-/aannemingsovereenkomst (KA onder II) als de garantie- en waarborgregeling.

In art. 6.6 GWR garandeert de ondernemer dat het huis de indeling zal hebben die tussen de ondernemer en de verkrijger is overeengekomen.³⁷⁴ In dit artikel wordt ook weer aangegeven dat de indeling, zal voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit. Mocht na oplevering dus blijken dat toch sprake is van afwijkingen in de indeling dan kan de verkrijger een beroep doen op dit artikel in de garantie- en waarborgregeling, maar ook op art. 4 AV. Op grond van art. 6.6. GWR garandeert de ondernemer dat de woning niet zal afwijken van het overeengekomene. Op basis hiervan mag hij dus helemaal geen wijzigingen doorvoeren. Hij garandeert zelfs in art. 6.6 GWR dat de indeling voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit. Iets dat in art. 4 AV niet wordt genoemd.

Op twee verschillende plaatsen in de garantie- en waarborgregeling wordt de garantie met betrekking tot verwarmings- en warm waterinstallaties geregeld; in art. 6.5 GWR en in Bijlage A.

Art. 6.5 GWR verwijst naar Bijlage A en vermeldt dat het bestuur van het GIW of een commissie waaraan deze bevoegdheid is gedelegeerd bevoegd is deze Bijlage A aan de eisen der tijd en de stand der wetenschap aan te passen. De garantienormen die in de bijlage worden vermeld zijn uitermate technisch van aard en blijven daarom hier verder buiten beschouwing. Op de rechtsverhouding van partijen is van toepassing de bijlage die gold ten tijde van de planacceptatie door de aangesloten organisatie.³⁷⁵

Is de verkrijger van mening dat sprake is van een tekortkoming die onder de garantie- en waarborgregeling valt, dan kan hij de ondernemer verzoeken de tekortkoming te herstellen. Dit kan gebeuren door middel van het in de GIW garantie- en waarborgregeling opgenomen formulier 'Verzoek tot herstel aan de ondernemer'. Het formulier 'verzoek tot herstel' is in feite een ingebrekestelling.

ten Organisatie kan aan een acceptatie voorwaarden stellen, die waarborgen dat het niveau gelijkwaardig is aan de oorspronkelijke eis.

373 Art. 6.4.2 GWR: Het Bouwbesluit ligt gedurende de gehele garantietermijn voor de garantiegerechtigde ter inzage bij de ondernemer en bij de Aangesloten Organisatie

374 Art. 6.6 GWR: Het huis, het privé-gedeelte en de gemeenschappelijke gedeelten zullen de indeling hebben die tussen de ondernemer en de verkrijger is overeengekomen. De indeling, die onder verantwoordelijkheid van de ondernemer is of zal worden uitgevoerd, zal voldoen aan de daarvoor geldende eisen van het Bouwbesluit.

375 Aldus art. 6.5 GWR.

12.9 AANSPRAKELIJKHEID NA OPLEVERING VOLGENS HET BW

In deze paragraaf worden verschillende artikelen uit het burgerlijk wetboek behandeld die betrekking op hebben op aansprakelijkheid na oplevering. Voor een vergelijking van de koop-/aannemingsovereenkomst met het BW is een behandeling van deze bepalingen in het BW van belang. Aan bod komen de bepalingen in Titel 7.12 (aanneming) in § 12.9.1 en titel 7.1 (koop) in § 12.9.2.

Voor beide titels geldt dat de daar genoemde bepalingen omtrent aansprakelijkheid geen dwingend recht zijn, met als uitzondering art. 7:762 BW over kenbare verborgen gebreken. In beginsel zijn deze bepalingen dan ook, met uitzondering van eerdergenoemd dwingendrechtelijk artikel, niet van toepassing op de koop-/aannemingsovereenkomst omdat deze zelf bepalingen bevat ten aanzien van aansprakelijkheid voor gebreken en verjaring. De bepalingen van beide titels zouden wel van toepassing zijn op de koop-/aannemingsovereenkomst als de overeenkomst zelf geen bepalingen hieromtrent had bevat.

Voordat wordt overgegaan tot een inhoudelijke behandeling moet worden opgemerkt dat de Raad van Arbitrage oordeelt dat de koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is. Als gevolg hiervan zijn de wettelijke bepalingen inzake koop (voor zover hiervan niet is afgeweken in de overeenkomst zelf) alleen van toepassing op het koop onderdeel van de koop-/aannemingsovereenkomst.³⁷⁶ Het koopgedeelte van de koop-/aannemingsovereenkomst heeft betrekking op de grond.³⁷⁷ Het merendeel van de problemen met betrekking tekortkomingen doet zich echter voor in het aannemingsgedeelte van de overeenkomst, namelijk (de bouw van) de woning. Art. 7:17 BW is geschreven voor koop en niet geschreven voor aanneming en derhalve in beginsel niet van toepassing. Hetzelfde geldt voor de bepalingen in de Titel aanneming van werk, deze zijn niet van toepassing op het koopgedeelte van de koop-/aannemingsovereenkomst. In hoofdstuk 3 wordt in § 3 uitgebreid ingegaan op de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is.

376 Zie o.a. RvA 2 juni 2003, nr. 24.524 waarin arbiter een beroep op art. 7:17 BW afwees omdat hij van mening was dat dit artikel alleen van toepassing was op het koopgedeelte van de koop-/aannemingsovereenkomst. In RvA 2 juni 2003, nr. 22.729 kwam arbiter tot hetzelfde oordeel en stelde tevens dat door de algemene voorwaarden van toepassing te verklaren een andere aansprakelijkheidsregeling was overeengekomen welke niet zomaar opzij gezet kon worden door een beroep op de wettelijke regeling van koop. Vergelijkbaar: RvA 29 april 2003, nr. 23.996, RvA 2 juni 2003, nr. 24.524, RvA 31 maart 2003, nr. 24.175, RvA 8 mei 2001, nr. 22.019.

377 Te denken valt dan aan de conformiteit met betrekking tot de koop van de grond, bijvoorbeeld in geval van afwijkingen ontstaan in afmetingen, oppervlak of eigenschappen van de grond. Maar ook kan grond op andere wijze non-conform zijn, als bijvoorbeeld meer sloot dan tuin is geleverd of er geen sprake is van de beloofde bosgrond of er is een ander soort grond geleverd.

12.9.1 Aansprakelijkheid volgens Titel 7.12 BW

In Titel 7.12 kent vijf bepalingen omtrent de aansprakelijkheid van de ondernemer voor gebreken na oplevering. De artikelen 7:758 t/m 7:762 BW bevatten bepalingen over verschillende vormen van aansprakelijkheid, maar geen regeling omtrent een onderhoudsperiode na oplevering. Het aansprakelijkheidsregime van het BW beperkt zich tot aansprakelijkheid voor (bepaalde) gebreken na oplevering en is van regelend recht behoudens art. 7:762 BW en de daarin opgenomen aansprakelijkheid van de ondernemer voor kenbare verborgen gebreken. Dit artikel is in § 12.7.3.2 aan bod gekomen.

Hieronder volgt een vergelijking van de relevante bepalingen met betrekking tot de aansprakelijkheid na oplevering in Afdeling 12 van Boek 7 en de regeling in de koop-/aannemingsovereenkomst. Voor de koop-/aannemingsovereenkomst en de aansprakelijkheid van de ondernemer voor gebreken na oplevering zijn de artikelen 7:758, 7:759 BW van belang.³⁷⁸ Art. 7:758 BW gaat over de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering zichtbare gebreken, samen met art. 7:759 BW over de algemene aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering, komt het artikel aan bod in § 12.9.1.1 aan bod.

12.9.1.1 Aansprakelijkheid na oplevering

Art. 7:759 BW regelt de positie van de opdrachtgever ten aanzien van gebreken na oplevering.³⁷⁹

Dit artikel kan niet los worden gezien van art. 7:758 BW over oplevering, keuring en aansprakelijkheid.³⁸⁰ Art. 7:758 BW regelt de oplevering van de woning.³⁸¹ In het derde lid van dat artikel wordt de aansprakelijkheid van de aannemer voor ten tijde van de oplevering zichtbare gebreken geregeld. Het artikel beperkt de aansprakelijkheid van de ondernemer voor op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs te ontdekken gebreken. De aannemer is dan ook niet aansprakelijk voor bij oplevering zichtbare gebreken.

Art. 7:759 BW moet in dit licht worden bekeken, de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering heeft alleen betrekking op na de oplevering pas zichtbaar geworden gebreken.

378 Art. 7:760 BW wordt niet behandeld. Het artikel is niet van groot belang voor de situatie van de koop-/aannemingsovereenkomst omdat het gaat om de aansprakelijkheid voor, al dan niet voorgeschreven, ongeschikte materialen. Aangezien onder de koop-/aannemingsovereenkomst de materialen en het ontwerp van de ondernemer afkomstig zijn is van deze bepaling alleen het eerste lid van toepassing en is de aannemer dus altijd aansprakelijk voor die gebreken. Art. 7:760 BW lid 1 luidt: De gevolgen van een ondeugdelijke uitvoering van het werk, die te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen, komen voor rekening van de aannemer.

379 Over dit artikel ook Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 131.

380 Art. 7:758 lid 3 BW: De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

381 Oplevering is behandeld in hoofdstuk 11.

Art. 7:759 BW

1. Indien het werk na oplevering gebreken vertoont waarvoor de aannemer aansprakelijk is, moet de opdrachtgever, tenzij zulks in verband met de omstandigheden niet van hem kan worden gevergd, aan de aannemer de gelegenheid geven de gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen, onverminderd de aansprakelijkheid van de aannemer voor schade ten gevolge van de gebrekkige oplevering.
2. De opdrachtgever kan vorderen dat de aannemer de gebreken binnen redelijke termijn wegneemt, tenzij de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de opdrachtgever bij herstel in plaats van schadevergoeding.

Indien het werk na oplevering gebreken vertoont waarvoor de aannemer aansprakelijk is, dient in beginsel, ingevolge lid 1, de aannemer eerst de gelegenheid te krijgen de gebreken zelf te herstellen, tenzij dat in verband met de omstandigheden niet van de opdrachtgever kan worden gevergd.

Ingevolge het tweede lid kan de opdrachtgever vorderen dat de aannemer de gebreken binnen redelijke termijn wegneemt, tenzij de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de opdrachtgever bij herstel in plaats van schadevergoeding. Met deze zin is het zogenaamde proportionaliteitsbeginsel neergelegd in art. 7:759 BW. Dit komt er op neer dat de crediteur bij de keuze tussen nakoming en schadevergoeding niet geheel vrij is maar daarbij aan de eisen van redelijkheid en billijkheid is gebonden. De gerechtvaardigde belangen van de wederpartij spelen hierbij ook een rol.³⁸² De belangen van beide partijen zullen moeten worden afgewogen.³⁸³ Als herstel van een gebrek buitenproportionele kosten of buitenproportioneel veel werk met zich brengt zal de verkrijger genoeg moeten nemen met vervangende schadevergoeding in plaats van herstel. Het proportionaliteitsvereiste heeft ook betrekking op de vraag of de opdrachtgever de aannemer in de gelegenheid moet stellen zelf de gebreken te verhelpen. In beginsel zal hij, ingevolge het eerste lid van art. 7:759 BW deze gelegenheid moeten bieden. Als dit niet gevergd kan worden van de opdrachtgever, bijvoorbeeld omdat herstel groot ongerief veroorzaakt of wegens gebleken onbekwaamheid van de aannemer, kan het proportionaliteitsbeginsel uitkomst bieden.³⁸⁴

12.9.1.2 Verschillen tussen de algemene voorwaarden en het BW

Wat zijn nu de overeenkomsten en verschillen tussen het aansprakelijkheidsregime onder de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden en titel 7.12 BW?

Grote gelijkenis vertonen de bepalingen omtrent de beperking van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor reeds bij oplevering zichtbare gebreken. Op dit onderwerp is uitgebreid ingegaan in § 3 van dit hoofdstuk.

Het meest opvallende verschil tussen de bepalingen in de algemene voorwaarden en Titel 7.12 is het ontbreken van een onderhoudsperiode in de titel aanneming

382 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou), Van den Berg 2001, p. 299-301.

383 Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007, nr. 131.

384 Ibid.

van werk. Alle bepalingen omtrent aansprakelijkheid in het BW gelden meteen na oplevering, terwijl de zes maanden durende onderhoudsperiode van de koop-/aannemingsovereenkomst eerst als een garantieperiode fungeert voordat de beperking van de aansprakelijkheid aan bod komt.

In art. 7:758 lid 2 BW is opgenomen dat het werk na oplevering voor risico van de opdrachtgever is. Voorts is in datzelfde lid opgenomen: ‘Derhalve blijft hij de prijs verschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van het werk door een oorzaak die niet aan de aannemer kan worden toegerekend.’³⁸⁵ In het derde lid is opgenomen dat ‘de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.’³⁸⁶ Uit deze formulering valt op te maken dat de aannemer wel aansprakelijk is voor gebreken die zich pas na oplevering openbaren. Zijn partijen contractueel geen aansprakelijkheidsbeperking overeen gekomen dan is de aannemer aansprakelijk voor elke hem toe te rekenen tekortkoming, zie de voorwaarden van artikel 758. In de algemene voorwaarden is deze aansprakelijkheid van de ondernemer beperkt tot de drie in art. 18 AV genoemde gevallen.

12.9.2 Aansprakelijkheid volgens Titel 7.1 BW

In Titel 7.1 is in art 7:17 BW de zogenaamde conformiteitseis bij koop neergelegd.³⁸⁷ Het is interessant om de regeling van art. 7:17 BW te vergelijken met art. 18 AV. Wat zijn de verschillen tussen art. 7:17 BW en art. 18 AV? En is, en zo ja in hoeverre, art. 18 AV een beperking op het recht van een verkrijger voortvloeiend uit het BW?

Voordat op dit onderwerp wordt ingegaan moeten vooraf twee opmerkingen worden gemaakt. Allereerst wijst de Raad een beroep op 7:17 BW vrijwel altijd af met als reden dat de koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is. Als gevolg hiervan is de afdeling koop, waar 7:17 BW deel van uitmaakt niet van toepassing op het aannemingsdeel van de koop-/aannemingsovereenkomst.³⁸⁸

Ten tweede moet worden opgemerkt dat de koop-/aannemingsovereenkomst een beperkt aansprakelijkheidsregime kent waarbij aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode is uitgesloten behoudens de in art. 18 lid 2 AV genoemde gevallen. Een beroep op art. 7:17 BW staat dus ook om die reden niet open.

385 Art. 7:758 lid 2 BW: Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever. Derhalve blijft hij de prijs verschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van het werk door een oorzaak die niet aan de aannemer kan worden toegerekend.

386 Art. 7:758 lid 3 BW: De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

387 Afdeling 1 van Boek 7, waar art. 7:17 BW onder valt, behandelt de consumentenkoop van zowel roerende als onroerende zaken.

388 Zie mijn opmerkingen hierover in hoofdstuk 3, § 3.2.3 en ook Vermeij 2006, p. 612-616.

Om een beeld te krijgen van de reikwijdte van art. 18 AV vergelijking met het wettelijke aansprakelijkheidsregime is een vergelijking wordt ingegaan op art. 7:17 BW. Hieronder komen aan bod de inhoud van de conformiteitseis (§ 9.2.1) en de verschillen tussen art. 18 AV en art. 7:17 BW (§ 9.2.2).

12.9.2.1 Non-conformiteit bij koop

Ingevolge art. 7:17 BW moet een zaak aan de overeenkomst beantwoorden.³⁸⁹ Het basiscriterium dat de zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden, wordt verder uitgewerkt in het tweede en derde lid van het artikel.³⁹⁰ In deze twee leden zijn die gevallen opgesomd waarin de afgeleverde zaak niet beantwoord aan de overeenkomst. In de leden 4 en 6 worden enkele bijzonder situaties gegeven en in lid 5 een paar specifieke uitzonderingen.

Het eerste lid van art. 7:17 BW vestigt zoals gezegd het conformiteitsvereiste in volledig algemene zin.³⁹¹ De zinsnede dat de zaak ‘moet beantwoorden aan de overeenkomst’ omvat *ieder verschil* tussen de zaak die het onderwerp van de overeenkomst uitmaakt en de feitelijk afgeleverde zaak.³⁹² Art. 7:17 BW is dan ook een soepel artikel.³⁹³ Doordat het zowel afwijkingen of gebreken aan materiële als functionele eigenschappen omvat, en zelfs de hieraan grenzende rechtsgebreken welke de hoedanigheid van de zaak aantasten heeft 7:17 BW een ruime betekenis.³⁹⁴ Het artikel heeft een overkoepelend ruim conformiteitsbegrip waaronder verschillende aspecten van ondeugdelijke levering kunnen vallen.³⁹⁵ Expliciet is gekozen voor het niet laten bestaan van een aparte categorie voor verborgen gebreken.³⁹⁶

12.9.2.2 Verschillen tussen de algemene voorwaarden en het BW

Wat zijn nu de verschillen tussen art. 7:17 BW en art. 18 AV? Allereerst en vooral is de aard van de artikelen verschillend. Daar waar art. 7:17 BW een zeer ruime verplichting schetst voor de ondernemer, is art. 18 AV geformuleerd als een beperking van de aansprakelijkheden van die ondernemer. In art. 18 AV worden verschillende vormen van non-conforme levering op basis waarvan de verkrijger de ondernemer nog aansprakelijk kan stellen afzonderlijk beschreven. Zie immers het in het tweede lid onder a, b en c bepaalde, waar de zaken uit elkaar getrokken worden. Sub a behandelt het geval van de levering van een zaak anders dan

389 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 325. Het artikel ziet op materiële verschillen tussen de overeenkomst en de afgeleverde zaak en niet op zgn. rechtsgebreken. Over rechtsgebreken gaat art. 7:15 BW, Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 326. Op dit onderwerp wordt kort ingegaan in hoofdstuk 8.

390 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 333.

391 Ibid.

392 PG Boek 7, p. 118 (Reehuis/Slob 1991) en ook Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 325.

393 Zie Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 335, Jongeneel 1988, p. 1232-1233.

394 Paquay 1992, p. 117.

395 Paquay 1992, p. 124.

396 PG Boek 7, p. 118 (Reehuis/Slob 1991).

overeengekomen in (kort gezegd) de tekeningen, de non-conformiteit. Sub b en c beschrijven gebreken, onderverdeeld in ernstige gebreken en verborgen gebreken. Als gevolg van die verschillende omschrijvingen zijn de artikelen inhoudelijk verschillend: Art. 7:17 BW geeft aan wat de consument minimaal mag verwachten, namelijk dat de zaak beantwoordt aan de overeenkomst. Art. 18 AV is daarentegen in karakter een aansprakelijkheidsartikel. Het geeft slechts die gevallen aan waarvoor de aannemer (binnen een bepaalde termijn) aansprakelijk kan worden gehouden.

Indien art. 18 AV zo begrepen mag worden dat het een limitatieve opsomming bevat, is het artikel een duidelijke en ingrijpende beperking van de rechten van de consument. De formulering van het artikel en de onder a, b en c in art. 18 AV genoemde gevallen doet vermoeden dat sprake is van een dergelijke limitatieve opsomming. Het artikel sluit aansprakelijkheid namelijk uit, behoudens de genoemde gevallen. In dat opzicht is art. 18 AV wel beperkend t.o.v. art. 7:17 BW welke ook geschikt is voor het invoeren bij gebreken niet zijnde wijzigingen ten opzichte van de drie genoemde documenten³⁹⁷ of andere dan ernstige of verborgen gebreken na oplevering.³⁹⁸

De beperkingen in de aansprakelijkheid op het onder a van art. 18 AV genoemde ten opzichte van art. 7:17 BW zitten in de rechtskracht van andere stukken dan de in het artikel genoemde stukken en in gedane mededelingen, welke ingevolge de letterlijke tekst van art. 18 AV geen rechtskracht toekomen. Daar waar art. 7:17 BW aansprakelijkheid van de ondernemer aanneemt bij afwijking van elk contractstuk.

Daarnaast regelt art. 18 AV niet het geval waarin een monster of model is getoond. Dit in tegenstelling tot art. 7:17 BW. Een afwijking van een monster of model is onder de koop-/aannemingsovereenkomst in beginsel, gezien de formulering van art. 18 lid 1 onder a AV waarin slechts naar een drietal contractstukken wordt verwezen, geen afwijking op basis waarvan de ondernemer aansprakelijk kan worden gesteld na de onderhoudsperiode.

Door de hantering van een onderhoudsperiode van zes maanden wordt het verschil tussen art. 7:17 BW en de algemene voorwaarden enigszins beperkt, namelijk gedurende de onderhoudsperiode is de ondernemer feitelijk voor elke (bij oplevering verborgen) tekortkoming nog aansprakelijk. Na die onderhoudsperiode zijn de wegen voor de verkrijger om tot schadevergoeding te komen echter beperkt.

397 Onder a van art. 18 lid 2 AV.

398 Onder b en c van art. 18 lid 2 AV.

Hoofdstuk 13

Conclusies en aanbevelingen

Dit hoofdstuk bevat de conclusies en aanbevelingen die voortvloeien uit het onderzoek naar de plaats van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden in het nationaal en Europees recht. In de eerste paragraaf worden de conclusies waartoe het onderzoek aanleiding geeft, weergegeven. In de tweede paragraaf van dit hoofdstuk worden alle praktische, uit het onderzoek voortvloeiende, aanbevelingen ter verbetering van (de uitleg van) de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden weergegeven.

13.1 CONCLUSIES

13.1.1 De overeenkomst als autonome rechtsbron

De koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden bevatten over het algemeen een zeer gedetailleerde beschrijving van de inhoud van de rechtsverhouding tussen verkrijger en ondernemer. Met betrekking tot de meeste onderwerpen zijn de bepalingen in de overeenkomst en de voorwaarden zo specifiek en gedetailleerd dat voor een verdere invulling van de verplichtingen van partijen niet kan en hoeft te worden teruggevallen op het algemene (regelende) recht. De inhoud van de rechtsverhouding van partijen wordt met betrekking tot een groot aantal onderwerpen enkel (of in uitzonderlijk grote mate) bepaald door datgene wat is overeengekomen in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden. De koop-/aannemingsovereenkomst is in die gevallen een autonome rechtsbron, vergelijkbaar met de UAV 1989.

Voorbeelden van onderwerpen die enkel en alleen geregeld zijn in de overeenkomst en algemene voorwaarden zijn er veel. Zo zijn de bepalingen met betrekking tot de waarborgsom en bankgarantie niet in te vullen met behulp van en niet terug te voeren op het BW. Ook de regeling onder III van de koop-/aannemingsovereenkomst en in de Termijnregeling is zo gedetailleerd dat deze regeling te karakteriseren is als vrijwel van geheel autonoom rechtelijke aard; het BW speelt geen rol speelt bij de invulling en uitleg van die bepaling.¹ Dit geldt eveneens voor de ook in art. 5 KA opgenomen vergoeding over de grondkosten, de financieringsvergoeding, uitstelrente en boeteregelingen bij late betaling. Ook de volgende bepalingen bevatten autonoom recht, en zijn niet terug te voeren op of uit te leggen door middel van vergelijkbare artikelen uit het BW: bepalingen omtrent de subsidies en kostenwijzigingen, geregeld in respectievelijk art. 7 en art. 8 KA, de wijze

1 Daarbij moet worden opgemerkt dat de betalings- en termijnregeling zoals deze in de koop-/aannemingsovereenkomst is opgenomen al in zijn huidige vorm bestond voordat art. 7:767 BW werd ingevoerd (per 1 september 2003).

van leveren neergelegd in art. 1 lid 1 KA, de boete bij het niet meewerken aan het verlijden van de akte van levering neergelegd in art. 22 lid 1 AV², art. 3 KA en de daarin opgenomen opties A en B omtrent het al dan niet vergoeden van schade bij over- of ondermaat, de wijzigingsbevoegdheid van beide partijen neergelegd in de artikelen 4 en 6 AV³ en art. 7 AV en tot slot zijn ook de bepalingen omtrent de overeengekomen bouwtijd in art. 14 AV als bepalingen van autonome oorsprong te beschouwen.

De gedetailleerde bepalingen van de overeenkomst en algemene voorwaarden bieden beide partijen het voordeel dat de afspraken en voorwaarden duidelijk zijn geformuleerd en in het algemeen over de uitleg van die afspraken weinig discussie kan ontstaan en getuige het jurisprudentieonderzoek ook niet voor lijken te komen. Op enkele punten evenwel kan de inhoud van de afspraken of de uitleg van vage termen duidelijker geformuleerd of ingevuld worden in de tekst van de koop-/aannemingsovereenkomst zelf of een vage term ingevuld worden door een (duidelijke) uitleg van die bepaling door arbiters. Voor een compleet overzicht van de bepalingen die een duidelijker formulering, nadere invulling of uitbreiding behoeven wordt verwezen naar § 2 van dit hoofdstuk waarin concrete aanbevelingen ter verbetering worden gegeven.

Geconcludeerd wordt dat de uitbreidbaarheid en de in het algemeen gedetailleerde formulering van de regeling maken dat voor partijen grote rechtszekerheid bestaat over de inhoud van hun rechtsverhouding.

13.1.2 Nationaal recht en de overeenkomst

De koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden bevatten een aantal bepalingen die overeenkomen met het nationaal recht. Het gaat hierbij ten eerste om bepalingen van regeland of dwingend recht waarnaar wordt verwezen of die (vrijwel) letterlijk zijn overgenomen in de overeenkomst. Ten tweede gaat het om bepalingen die een verdergaande uitwerking van (dwingende) bepalingen uit het BW zijn.

De eerst genoemde categorie betreft bepalingen in het BW, waarnaar wordt verwezen of die vrijwel letterlijk in de koop-/aannemingsovereenkomst of algemene voorwaarden zijn overgenomen. Deze bepalingen zijn niet uitgebreid of verder ingevuld in de overeenkomst zelf. Dit soort bepalingen komt niet veel voor en is terug te vinden in de artikelen 1 lid 1a AV waarin van toepassing worden verklaard de artikelen 7:15 en 7:29 BW⁴, en in art. 15 lid 1 AV waarin de dwingendrechtelijke vijf procent van art. 7:768 BW vrijwel letterlijk is overgenomen.

2 Art. 22 lid 2 AV gaat over de anticipatieve ontbinding, uitleg van die bepaling kan plaatsvinden m.b.v. art. 6:80 lid 1 BW en art. 7:756 BW en bevat derhalve geen autonome bepaling.

3 Invulling van de ontbindingbevoegdheid bij wijzigingen dient wel conform de dwingendrechtelijke regels van het BW plaats te vinden.

4 Zie § 8.3 van hoofdstuk 8.

Bepalingen die overeenkomen of zelfs gebaseerd zijn op het nationaal recht, maar verder zijn ingevuld of een uitgebreidere bescherming bieden dan de corresponderende regeling in het BW, waarop zij zijn gebaseerd of op zijn terug te voeren, zijn ook in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden te vinden. Een voorbeeld hiervan is de bepaling omtrent de betalings- en termijnregeling. De betalingsregeling opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst is, zoals niet anders verwacht kan worden, in lijn met de dwingende bepalingen in art. 7:767 BW waarin is opgenomen dat betaling van de aanneemsom enkel in termijnen mag geschieden die overeen komen met de voortgang van de bouw.

De meest opvallende aanvulling van een dwingendrechtelijke bepaling in het BW is de regeling die in de koop-/aannemingsovereenkomst is opgenomen omtrent de bedenktijd. In art. 2 KA is de bedenktijd in vergelijking tot art. 7:2 en 7:766 BW uitgebreid, namelijk van drie dagen tot één kalenderweek. Tevens is de regeling ten voordele van de consument veranderd door het hanteren van de verzendtheorie in plaats van de ontvangsttheorie.⁵

Van een gedetailleerdere uitwerking van het nationaal recht zoals in bovenstaande gevallen, profiteren beide partijen, nu minder onduidelijkheid kan ontstaan over de uitleg van de (wettelijke) regel, ervan uitgaande dat de wettelijke regeling goed geformuleerd is. Van een uitbreiding van de regels, zoals bij de bedenktijd gebeurde, profiteert vooral de verkrijger.

13.1.3 Invulling of uitleg van de overeenkomst

In een beperkt aantal gevallen regelt de koop-/aannemingsovereenkomst niets over een bepaald onderwerp en moet worden teruggevallen op de (ongeschreven) regels van het algemene recht om deze hiaten in te vullen. Daarbij kan het gaan om (dwingendrechtelijke) regels die niet in de overeenkomst zijn opgenomen maar wel van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger, of om invulling van regels of bepalingen in de overeenkomst en voorwaarden, die door middel van algemene uitlegregels of jurisprudentie met betrekking tot het algemene recht moeten worden uitgelegd.

13.1.3.1 Toepasselijke maar niet in de overeenkomst opgenomen dwingende en regelende bepalingen uit het BW

Er zijn twee dwingendrechtelijke regels uit het BW die niet in de koop-/aannemingsovereenkomst zijn opgenomen maar die (uiteeraard) wel van toepassing zijn op de overeenkomst. Het gaat om de eis van schriftelijke vastlegging, neergelegd in art. 7:2 BW, en de mogelijkheid van voorinschrijving (de zgn. Vormkerking), neergelegd in art. 7:3 BW. Het feit dat deze bepalingen niet zijn overgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst heeft uiteraard geen gevolgen voor de toepasselijkheid van die bepalingen. Zolang de overeenkomst geen bepalingen bevat die schriftelijke vastlegging en voorinschrijving onmogelijk maken voldoet de over-

5 Zie § 5.3 van hoofdstuk 5. In § 13.1.4 van dit hoofdstuk wordt ook nog kort bij dit onderwerp stilgestaan.

eenkomst op dit punt aan de wettelijke eisen. Voor de koop-/aannemingsovereenkomst geldt dat deze conform art. 7:2 BW schriftelijk dient te worden aangegaan.⁶ Voor de mogelijkheid tot voorinschrijving geldt dat voorinschrijving ook bij de koop-/aannemingsovereenkomst (conform art. 7:3 BW) kan plaatsvinden.⁷

Andere onderwerpen waarbij het BW een belangrijke rol speelt bij de invulling van de rechtsverhouding van partijen zijn de volgende:

Een belangrijk onderwerp waarin het nationaal recht een rol speelt in de invulling van de rechtsregels van toepassing op de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger, maar waarbij het opnemen van die regels in de koop-/aannemingsovereenkomst niet voor de hand ligt, is te vinden in de regels met betrekking tot de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, waaraan hoofdstuk 3 is gewijd. Het is vanzelfsprekend dat deze algemene dwingendrechtelijke regels ook van toepassing zijn op de rechtsverhouding verkrijger-ondernemer.

Ook de regels met betrekking tot ontbinding opgenomen in het BW spelen een rol bij de invulling van de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger. Zo dient ontbinding bij wijzigingen in de zin van art. 4 AV plaats te vinden op grond van het bepaalde in art. 6:262 BW en moet een beroep op de anticipatieve ontbinding van art. 22 lid 2 AV ingevuld worden aan de hand van art. 6:80 lid 1 BW en art. 7:756 BW.

Het feit dat bepalingen in de koop-/aannemingsovereenkomst dienen te worden ingevuld aan de hand van algemene regels uit het BW biedt voor- en nadelen. In sommige gevallen, zoals bij de regels omtrent ontbinding zou het uitgebreid opnemen van die regels in de overeenkomst zelf partijen, maar met name de (leek) verkrijger meer duidelijkheid bieden. Voor een antwoord op de vraag of de verkrijger gerechtigd is om tot ontbinding over te gaan en op welke wijze die ontbinding dient te geschieden, kan alsdan volstaan worden met het raadplegen van de overeenkomst. Anderzijds zal het consequent overnemen van algemene rechtsregels in de overeenkomst zelf leiden tot (wellicht onhanteerbaar) dikke en onoverzichtelijke voorwaarden. Dit draagt niet bij aan de duidelijkheid en consumentvriendelijkheid van de voorwaarden. Over het algemeen kan gezegd worden dat in de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden een goed evenwicht is gevonden tussen het opnemen dan wel weglaten van toepasselijk algemeen recht. De voorwaarden zijn duidelijk en gedetailleerd maar toch hanteerbaar.

13.1.3.2 Invulling van de overeenkomst door middel van ongeschreven recht

In die gevallen waarin de koop-/aannemingsovereenkomst geen gedetailleerde regeling bevat, sprake is van vage termen of normen of een regeling is terug te voeren op algemene wettelijke bepalingen, is invulling van de inhoud van de rechts-

6 Zie hoofdstuk 5, § 5.4.

7 Blijkens de conclusie in § 5.4.2.3 van hoofdstuk 5 lijkt het wel opnemen van de mogelijkheid tot voorinschrijving in de koop-/aannemingsovereenkomst niet noodzakelijk.

verhouding van partijen mogelijk door aanvulling of invulling met behulp van het ongeschreven recht.

Uitleg van vage normen of onduidelijkheden vindt conform (ongeschreven) regels van nationaal recht plaats volgens die uitlegeregels die ingevolge het algemeen verbintenissenrecht van toepassing zijn.

In hoofdstuk 4 is stilgestaan bij de uitleg van de overeenkomst tussen verkrijger en ondernemer. Geconcludeerd is dat de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden naar hun aard in beginsel objectief moeten worden uitgelegd. Dit houdt in dat de uitleg dient plaats te vinden op grond van niet alleen de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin een bepaling is gesteld, maar voorts in de context van het geschrift als geheel. Bij dit laatste dient men dat te denken aan de betreffende kring van het maatschappelijk verkeer, evenwel zonder dat op de geleidende schaal van objectieve naar subjectieve uitleg die volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, uitgekomen wordt bij de specifieke omstandigheden van deze partijen, want bij algemene voorwaarden is van een subjectieve uitleg geen sprake.⁸

Als partijen wijzigingen hebben aangebracht in de algemene voorwaarden⁹ bijv. door doorhalen of bijschrijven, dienen deze wijzigingen naast de objectieve methode, subjectief te worden meegewogen.¹⁰ De bedoeling van de opstellers van de voorwaarden is bij uitleg van de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden van minder belang.¹¹

Zoals hierboven opgemerkt dient bij de uitleg van de betekenis van de bewoordingen van de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden de jurisprudentie van de Raad worden betrokken nu veel rechtspraak immers van de Raad afkomstig is. Van belang is wat de betekenis van de bewoordingen is in de ‘desbetreffende kring van het maatschappelijk verkeer’.¹² Dat de betekenis van bepalingen wordt uitgelegd door ‘wat in de betreffende kring van het maatschappelijke verkeer gebruikelijk is, blijkt o.a. uit de blijkt onder andere uit de uitleg van de financieringsclausule en daaraan gekoppelde inspanningsverplichting. Deze bepalingen zijn mede door middel van jurisprudentie van de gewone rechter omtrent het financieringsvoorbehoud in de NVM koopakte uit te leggen. Een ander voorbeeld waarin (ongeschreven) uitlegeregels uit het Europees en nationaal recht van toepassing zijn op de koop-/aannemingsovereenkomst is terug te vinden in hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet dat het begrip consument zowel aan de hand van het nationale als Europese begrip dient te worden uitgelegd. Vooral in het kader van gemengde aankopen (denk aan de koop-/aanneming van

8 Zie de uitspraken van de Hoge Raad inzake Haviltex en DSM/Fox beschreven in § 4.3 van hoofdstuk 4.

9 Al dan niet met toestemming van een waarborgende instelling van het GIW op basis van art. 12 KA, zie hoofdstuk 3.

10 § 4.3 van hoofdstuk 4.

11 Ibid.

12 Ibid.

een pand dat deels woning, deels bedrijfsruimte is), is het antwoord op deze vraag voor de koop-/aannemingsovereenkomst van belang. Uit § 2.1 van hoofdstuk 3 blijkt dat voor uitleg van dit begrip op nationaal en internationaal recht wordt teruggevallen.

13.1.4 Afwijken van (dwingend of regelend) nationaal recht

In sommige gevallen wordt in de overeenkomst afgeweken van regelend recht. In dat geval resulteert die afwijking voor de consument soms in een gunstiger en soms in een minder gunstig resultaat. In enkele uitzonderlijke gevallen is sprake van afwijken van of strijd met dwingend nationaal recht. Twee soorten afwijkingen kunnen zich voordoen: afwijkingen in de overeenkomst ten opzichte van het gemene recht (§ 1.4.1) of afwijkingen in de manier waarop de Raad van Arbitrage met (de uitleg van) bepalingen omgaat in de rechtspraak (§ 1.4.2).

13.1.4.1 Afwijkingen in de overeenkomst

Het belangrijkste voorbeeld van het afwijken van dwingend rechtelijke regels betreft de al eerder genoemde uitbreiding van de bedenktijd (in art. 2 KA) en het hanteren van de verzendtheorie bij het invoeren van de ontbinding op basis van de bedenktijd. Deze beide afwijkingen zijn in het voordeel van de verkrijger.

Ook een afwijking ten gunste van de verkrijger ten opzichte van de regeling in het BW betreft de opleveringsregeling neergelegd in de koop-/aannemingsovereenkomst. In het BW is de oplevering geregeld in art. 7:758 BW. Hierin is opgenomen dat de verkrijger na de gereedmelding van de woning door de ondernemer op straffe van rechtsverlies de woning binnen een redelijke termijn moet aanvaarden. In de koop-/aannemingsovereenkomst is in art. 14 AV geregeld dat het aan de ondernemer is om een opleverdatum vast te stellen, waarbij hij de verkrijger tussen aankondiging van de oplevering en de daadwerkelijke oplevering minimaal een termijn van veertien dagen moet gunnen. Onder het BW is met de bepaling van art. 7:758 lid 1 BW mogelijk dat, door het uitblijven van een keuring door de verkrijger, stilzwijgende aanvaarding van de woning plaatsvindt. De regeling in de koop-/aannemingsovereenkomst voorkomt dat de verkrijger door onoplettendheid de woning stilzwijgend aanvaardt en hierdoor rechtsverlies lijdt. Het feit dat de wettelijke regeling een stilzwijgende aanvaarding van de woning mogelijk acht, kan indien de consument zich niet realiseert dat daarmee het recht op herstel van opleveringsgebreken verloren gaat, nadelig zijn.¹³ Het toepassen van de wettelijke regeling is af te raden uit het oogpunt van consumentenbescherming. De regeling in de koop-/aannemingsovereenkomst vormt dan ook een voor de verkrijger goede, en uit oogpunt van consumentenbescherming aanbevelenswaardige afwijking van het BW.

13 Hierover is (nog) geen jurisprudentie bekend. Dit komt waarschijnlijk doordat de meeste consumentenovereenkomsten niet zijn gesloten onder deze voorwaarden maar met behulp van de model koop-/aannemingsovereenkomst, waarin dit anders is geregeld.

Een andere afwijking in de koop-/aannemingsovereenkomst ten opzichte van het BW betreft het opnemen in de koop-/aannemingsovereenkomst van een onderhoudsperiode na oplevering van de woning. De onderhoudsperiode gaat gepaard met een garantie waarin de ondernemer garandeert tegen alle in die periode aan de dag getreden tekortkomingen.¹⁴ In Titel 7.12 ontbreekt de onderhoudsperiode, de in die titel opgenomen bepalingen omtrent aansprakelijkheid gelden meteen na oplevering. In de koop-/aannemingsovereenkomst daarentegen fungeert de zes maanden durende onderhoudsperiode van de koop-/aannemingsovereenkomst eerst als een garantieperiode (inhoudende een garantie tegen elke in die periode aan de dag getreden tekortkoming) voordat de beperking van de aansprakelijkheid aan bod komt. De regeling in de koop-/aannemingsovereenkomst is voor de verkrijger aantrekkelijker dan die in het BW.

Tegenover de ruimere bescherming in de koop-/aannemingsovereenkomst voor de verkrijger gedurende de onderhoudsperiode staat een beperking van de aansprakelijkheid in de koop-/aannemingsovereenkomst ten opzichte van het BW voor de periode na de onderhoudsperiode. In art. 7:758 lid 2 BW is opgenomen dat het werk na oplevering voor risico van de opdrachtgever is.¹⁵ In het derde lid is opgenomen dat ‘de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.’¹⁶ Uit deze formulering valt op te maken dat de aannemer wel aansprakelijk is voor gebreken die zich pas na oplevering openbaren. Zijn partijen contractueel geen aansprakelijkheidsbeperking overeengekomen dan is de aannemer aansprakelijk voor elke hem toe te rekenen tekortkoming die verborgen was. In de algemene voorwaarden is deze aansprakelijkheid van de ondernemer beperkt tot de drie in art. 18 AV genoemde gevallen. Dit is een beperking ten opzichte van de regeling in het BW.

In hoofdstuk 3 kwam de regeling opgenomen in art. 12 KA aan bod. In deze bepaling is samengevat opgenomen dat afwijken van de (model)overeenkomst ten nadele van de verkrijger zonder voorafgaande toestemming nietig is. Zoals in hoofdstuk 3 wordt betoogd lijkt het onmogelijk voor het GIW een sanctie als nietigheid op deze wijze in te roepen. De regeling van art. 12 KA is de enige in de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden gevonden bepaling die daadwerkelijk in strijd met het nationaal recht is.

14 Zie § 12.9.1 van hoofdstuk 12.

15 Art. 7:758 lid 2 BW: Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever. Derhalve blijft hij de prijs verschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van het werk door een oorzaak die niet aan de aannemer kan worden toegerekend.

16 Art. 7:758 lid 3 BW: De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

13.1.4.2 Afwijkingen in de toepassing van het gemene recht op de koop-/aannemingsovereenkomst

Niet alleen in de koop-/aannemingsovereenkomst zelf, ook in de toepassing van het gemene recht op de koop-/aannemingsovereenkomst door de Raad van Arbitrage kan worden afgeweken van dit gemene recht.

In het kader van de bouwtijd is in art. 14 AV een bepaling opgenomen waarin is neergelegd dat bij overschrijding van de contractueel overeengekomen bouwtijd een boete verschuldigd is. De Raad van Arbitrage betreft bij het uitleggen van dat boetebeding twee aspecten die niet in lijn zijn met het gemene recht. Allereerst betreft hij bij het beantwoorden van de vraag of de verkrijger recht heeft op de door de ondernemer verbeurde boete, regelmatig de vraag of verkrijger als gevolg van de bouwtijdoverschrijding schade heeft geleden. Heeft de verkrijger geen schade geleden of kan hij zijn schade niet aantonen, dan bestaat, aldus de Raad, geen recht op schadevergoeding in de vorm van de boete.¹⁷ De gewone rechter oordeelt daarentegen dat de boete verschuldigd is, ongeacht het antwoord op de vraag of schade is geleden. Dit is in lijn met de bepalingen van art. 6:91BW. Had de verkrijger die geen schade heeft geleden of zijn schade niet kan aantonen, voor de gewone rechter gestaan, dan had hij wel schadevergoeding in de vorm van de verbeurde boete ontvangen.¹⁸

Het tweede aspect waaraan door de Raad een andere uitleg wordt gegeven dan door de nationale rechter betreft de matiging van de boete. Daar waar de gewone rechter slechts tot matiging overgaat waar sprake is van een buitensporig hoge en daarom onaanvaardbare boete, gaat de Raad van Arbitrage veelal tot matiging over als de boete ‘aanzienlijk’ hoger is dan de schade.¹⁹ Doordat de Raad een andere maatstaf hanteert bij matiging dan de gewone rechter is de kans groot dat een verkrijger beter af zou zijn als hij voor de gewone rechter had gestaan dan voor de Raad van Arbitrage. In tegenstelling tot het afwijken van het nationaal recht onder de koop-/aannemingsovereenkomst in geval van de bedenktijd en de opleveringsregeling, is de verkrijger met betrekking tot het boetebeding onder de koop-/aannemingsovereenkomst (waarbij is gekozen voor de Raad van Arbitrage als geschilbeslechtende instantie) minder goed af.

13.1.5 De inhoud van de overeenkomst in vergelijking tot de Europese beginselen

In de hoofdstukken 3 t/m 12 zijn de regels neergelegd in de koop-/aannemingsovereenkomst vergeleken met de relevante bepalingen in de PECL en de PELSC. Voor een meer gedetailleerde vergelijking van deze beginselen met de bepalingen van de koop-/aannemingsovereenkomst en de algemene voorwaarden wordt verwezen naar de afzonderlijke hoofdstukken.

17 Zie o.a. RvA 29 oktober 1997, nr. 18.186, RvA 8 september 1999, nr. 20.504, RvA 24 maart 2000, nr. 21.412, RvA 3 oktober 1995, nr. 17.230, BR 1997, p. 260 en hoofdstuk 10, § 10.5.2.

18 Zie § 10.5.2 van hoofdstuk 10.

19 Zie § 10.5.3.1 van hoofdstuk 10.

In algemene zin kan worden opgemerkt dat het opvallend is dat de regels van zowel de PECL als de PELSC te algemeen en te weinig gedetailleerd zijn om goed vergeleken te kunnen worden met de bepalingen in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden. Voor de PECL is dit iets minder verwonderlijk dan voor de PELSC, aangezien deze eerste beginselen geschreven zijn als bepalingen van algemeen verbintenisrecht en de PELSC een regeling bevatten o.a. specifiek voor aanneming van werk.

Bepalingen die in de PELSC zijn opgenomen maar moeilijk toepasbaar zijn op de situatie als onder de koop-/aannemingsovereenkomst zijn de bepalingen omtrent het geven van aanwijzingen omtrent de opdracht, beschreven in hoofdstuk 9, § 2.7 en § 7. De bepalingen in de PELSC zien op een veel breder scala aan vormen van aanneming van werk dan enkel de bouw van woningen voor consumenten en zijn daardoor niet goed toegesneden op die specifieke situatie.

Wat met name opvalt aan de bepalingen van de PELSC is dat zij, in tegenstelling tot de Titels 7.1 en 7.12 geen bepalingen bevatten die specifiek gericht zijn op consumententransacties. Hierdoor is de consument-verkrijger onder de PELSC vaak slechter af dan hij onder het BW of de model koop-/aannemingsovereenkomst zou zijn geweest. Zo kennen de PELSC geen bedenktijd, Vormerkung, schriftelijkheidseis of 5%-regel.

Een belangrijke uitzondering op de regel dat de PELSC niet goed toepasbaar zijn op de situatie als onder de koop-/aannemingsovereenkomst vormen de regels opgenomen in de artikelen 2:105 en 2:106 PELSC betreffende de aanneming van werk. Ingevolge deze bepalingen heeft het proces van keuring, aanvaarding en oplevering geen enkel gevolg voor de (beperking van de) aansprakelijkheid van de aannemer. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak.²⁰

13.1.6 Algemene conclusie

De model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden bevatten bepalingen die over het algemeen als consumentvriendelijk maar desalniettemin evenwichtig kunnen worden aangemerkt. Door de hoge mate van gedetailleerdheid van de voorwaarden weten beide partijen waar zij aan toe zijn, dit voorkomt onduidelijkheden en conflicten. Ondanks het feit dat de overeenkomst en algemene voorwaarden, op een enkele uitzondering na, overeenkomen met de bepalingen in het algemene recht is de toegevoegde waarde gelegen in de gedetailleerdheid van de regeling. Deze gedetailleerdheid biedt rechtszekerheid aan beide partijen.

De enkele afwijkingen van het algemene recht zijn vaak afwijkingen die de consument een betere bescherming bieden (denk aan de genoemde langere bedenktijd, de verzendtheorie bij de bedenktijd, de onmogelijkheid van een stilzwijgende oplevering enz.). Het feit dat de verkrijger meer tijd heeft deskundig advies in te winnen is een voordeel voor hem dat de ondernemer geen buitensporige nadelen

20 In § 13.2.9.2 van dit hoofdstuk wordt dieper ingegaan op deze regel.

oplevert. Dit zorgt er dan ook voor dat de voorwaarden evenwichtig blijven. Hoewel op sommige punten verbeteringen mogelijk zijn (zie de hieronder aangedragen aanbevelingen), zijn de model koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden evenwichtige voorwaarden die beide partijen bescherming en zekerheid bieden.

13.2 AANBEVELINGEN

In deze paragraaf worden kort alle gedane praktische aanbevelingen samengevat. Deze aanbevelingen kunnen enerzijds een aanzet vormen voor het verbeteren van de model koop-/aannemingsovereenkomst zelf en zijn als zodanig gericht aan de opstellers van de voorwaarden en anderzijds betreffen de aanbevelingen de uitleg van de overeenkomst in toekomstige geschillen en zijn ze gericht op geschilbeslechters. Aan elk onderwerp waarover aanbevelingen tot verbetering zijn opgenomen is een subparagraaf in dit hoofdstuk gewijd.

13.2.1 Aard van de overeenkomst

In hoofdstuk 3 zijn in het kader van de aard van de overeenkomst twee aanbevelingen gedaan. De eerste heeft betrekking op de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is, de tweede op het in art. 12 KA opgenomen verbod om af te wijken van de model overeenkomst.

13.2.1.1 Gemengde overeenkomst

In jurisprudentie van de Raad komt de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is regelmatig aan de orde. Uit het literatuuronderzoek opgenomen in hoofdstuk 3, § 3.2.4 blijkt dat de model koop-/aannemingsovereenkomst op basis van de (daar genoemde) literatuur, in tegenstelling tot het oordeel van de Raad, gekarakteriseerd wordt als een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 BW. Deze karakterisering, die door mij wordt onderschreven, leidt ertoe dat in beginsel de bepalingen van zowel de Titels koop als aanneming op de overeenkomst van toepassing zijn behoudens indien er bepalingen in de Titel koop of de Titel aanneming zijn die niet wel verenigbaar zijn met elkaar of waarvan de strekking zich in verband met de aard van de overeenkomst verzet tegen toepassing. In dat geval moet gekozen worden tussen die bepalingen. De kans dat sprake is van strijdige bepalingen is met de invoering van Titel 7.12 en aanvullingen van Titel 7.1 in september 2003 afgenomen. Dit neemt niet weg dat nog steeds een kleine kans aanwezig is dat verschillen kunnen leiden tot onverenigbaarheid.

Met betrekking tot dit onderwerp is in hoofdstuk 3, § 3.2.4 ook vastgesteld dat de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is, van beperkt belang is. Dit beperkte belang volgt uit het feit dat de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden veel onderwerpen uitputtend regelen, en hierdoor wordt vrij weinig op het BW teruggevallen. De vraag of de koop-/

aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is, wordt in de praktijk²¹ vrijwel alleen gesteld in het kader van de aansprakelijkheid van de ondernemer na de oplevering en de vraag of de ondernemer op grond van art. 7:17 BW aansprakelijk is te stellen. Omdat in de overeenkomst en de algemene voorwaarden juist de aansprakelijkheid van de ondernemer uitputtend is geregeld en het bepaalde in art. 7:17 BW regelend recht betreft, is de vraag voor dit onderwerp nauwelijks van belang.

Voor één, niet in de jurisprudentie teruggekomen geval is het onderwerp wel van belang: de vraag of de koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is speelt wel inzake de mogelijkheid tot voorinschrijving van de overeenkomst, geregeld in art. 7:3 BW.²² Het gaat er hier om dat het recht van de verkrijger de overeenkomst in te schrijven in de registers, niet is opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst. Derhalve dient terug te worden gevallen op het BW. Omdat, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de bedenktijd, dit onderwerp niet zowel in de Titel Koop als in de Titel Aanneming van werk is geregeld doch alleen in de Titel Koop, dringt zich de vraag op of het recht van voorinschrijving van de koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing is op de (gehele) koop-/aannemingsovereenkomst, of enkele op het koopgedeelte (namelijk de koop van de grond).²³

De aanbeveling die uit deze paragraaf volgt, houdt in dat de Raad van Arbitrage in de toekomst bij een beroep op art. 7:3 BW zou dienen te concluderen dat de model koop-/aannemingsovereenkomst een gemengde overeenkomst is. In die gevallen waarin verkrijgers een beroep doen op art. 7:17 BW of elke andere aansprakelijkheidsgrond in het BW, zou de Raad moeten oordelen dat het artikel in zijn geheel niet van belang is nu het in de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen (bepaalde) aansprakelijkheidsregime van toepassing is.

13.2.1.2 Art. 12 KA: Nietigheid bij afwijken van de overeenkomst

In § 3.3.5 van hoofdstuk 3 komt het in art. 12 KA opgenomen verbod tot afwijken van de modelovereenkomst aan bod. Het artikel houdt samengevat in dat partijen overeenkomen dat afwijkingen ten nadele van de verkrijger die niet ter goedkeuring aan de waarborgende instelling zijn voorgelegd, nietig zijn. De bepaling is opgenomen met het oog op het behouden van het evenwicht in de voorwaarden. Mede omdat de verkrijger weinig invloed lijkt te kunnen uitoefenen op de inhoud van de voorwaarden, is het van belang dat de modelvoorwaarden niet gewijzigd kunnen worden.

Uit het onderzoek in § 3.3.5 volgt dat de regeling in art. 12 KA niet houdbaar is. Dogmatisch is het allereerst zo dat de in art. 12 KA opgenomen nietigheids-sanctie niet door het GIW of haar waarborgende instelling kan worden uitgesproken omdat deze sanctie is voorbehouden aan de wetgever. Ten tweede heeft een

21 Blijkens de jurisprudentie van de Raad, zie hoofdstuk 3, § 3.2.4

22 Zie hoofdstuk 5, § 5.4.2

23 De vraag wordt beantwoord in § 5.4.2.2 van hoofdstuk 5.

dergelijke sanctie dusdanig vergaande gevolgen, het GIW grijpt in in de inhoud van de rechtsverhouding tussen ondernemer en verkrijger, dat de vraag rijst of dit geen strijd met de contractsvrijheid van partijen tot gevolg heeft.

Om er zorg voor te dragen dat het evenwicht in de voorwaarden bewaard blijft, verdient het aanbeveling het ongewijzigde gebruik van de modelvoorwaarden te stimuleren. Een afspraak zoals nu neergelegd in art. 12 KA kan ook op andere wijze én veel effectiever worden afgedwongen. Het verdient dan ook aanbeveling dat ondernemer en de waarborgende instellingen nadere afspraken maken over dit onderwerp. Door middel van bijvoorbeeld een boeteclausule of uitsluiting van het bouwen met (GIW) garantie als sanctie, kunnen de ondernemers gedwongen worden tot het ongewijzigd gebruik van de modelovereenkomst. De overeenkomst waarbij ondernemers zich jegens de waarborgende instelling verbinden het ongewijzigde model te gebruiken, kan deel uitmaken van de lidmaatschapsvoorwaarden van het GIW of elke andere garantie-instelling. Een andere mogelijkheid is dat het GIW en haar waarborgende instelling slechts garantie afgeven voor die overeenkomsten die volgens het model zijn gesloten. Partijen zijn zo vrij af te wijken van het model, maar de verkrijger verspeelt zo wel zijn recht op garantie. Op deze wijze oefent het GIW echter geen (directe) invloed meer uit op de inhoud van de overeenkomst. Dit lijkt de eenvoudigste en ook meest effectieve oplossing waardoor ook de consument het best wordt beschermd. Dit past dan ook het beste bij de ratio van het artikel: bescherming consument door verbod afwijkingen

13.2.2 Sluiten van de overeenkomst

Hoofdstuk 5 gaat over het sluiten van de overeenkomst. Drie onderwerpen komen aan bod: de bedenktijd, de eis van schriftelijke vastlegging van de koop-/aannemingsovereenkomst en de zgn. Vormerkung of voorinschrijving van de overeenkomst. Hieronder worden de aanbevelingen, opgenomen in dat hoofdstuk, weergegeven.

13.2.2.1 Vorm van de ontbinding bij een beroep op de bedenktijd

In de wet is geen vereiste opgenomen voor de vorm waarin een ontbinding op basis van de bedenktijd moet plaatsvinden. De reden hiervoor gelegen in het feit dat het niet voldoen aan een wel gesteld vereiste dat constitutief van aard zou zijn ingevolge art. 3:39 BW leidt tot nietigheid van de ontbinding. Met het niet opnemen van een vormvereiste heeft de wetgever het de koper makkelijker willen maken.²⁴

Uit bewijsrechtelijk oogpunt is het mondeling ontbinden van een overeenkomst evenwel bij nader inzien toch niet aanbevelenswaardig. Het feit dat de koop-/aannemingsovereenkomst en de wettelijke regeling geen vormvoorschrift kennen voor ontbinding biedt de consument, bewijsrechtelijk gezien, minder bescherming dan wanneer een schriftelijke ontbinding geëist wordt. Het nadeel van

24 Op de achtergrond van de bedenktijd wordt ingegaan in hoofdstuk 5, § 5.3.1.

het opnemen van een schriftelijke ontbinding als constitutief vereiste is dat bij een mondelinge ontbinding die door beide partijen is geaccepteerd, de vraag kan rijzen of nu wel of niet ontbonden is. Dit probleem is vergelijkbaar met de onduidelijkheid die in lagere rechtspraak nu bestaat omtrent de schriftelijkheidseis bij de koop van woningen.²⁵ Uit bewijsrechtelijk oogpunt is een schriftelijke ontbinding op basis van de bedenktijd echter het meest wenselijk.

13.2.2.2 Opnemen van de mogelijkheid tot voorinschrijving in de koop-/aannemingsovereenkomst

In art. 7:3 BW is de zgn. Vormerkung of voorinschrijving opgenomen. Dit houdt in dat de koper van een woning voordat de goederenrechtelijke levering plaatsvindt, zijn koopakte kan inschrijven in de openbare registers. De Vormerkung beschermt de koper na het sluiten van de koop maar vóór de levering tegen derden die een recht verwerven dat aan de koper zou kunnen worden tegengeworpen.²⁶ De koper is niet verplicht de koopovereenkomst in te schrijven, maar de wettelijke bevoegdheid daartoe kan hem niet (contractueel of anderszins) worden ontnomen.

Evenals in het NVM-koopcontract het geval is, behoort het opnemen van een contractuele bepaling waarin de verkrijger de keuze wordt voorgelegd de koop-/aannemingsovereenkomst in te schrijven in de openbare registers op grond van het bepaalde in art. 7:3 BW, tot de mogelijkheden. De vraag die in § 4.2.3 aan de orde komt is of ook de koop-/aannemingsovereenkomst een bepaling zou moeten bevatten waarin de verkrijgers op de mogelijkheid van voorinschrijving worden gewezen en zij kunnen aangeven of zij van die mogelijkheid gebruik willen maken.

Uiteraard is het netjes om de koper op deze wijze op de mogelijkheden die de wet hem biedt te wijzen. De vraag is echter of de koper door in de overeenkomst aan te geven dat hij de notaris geen opdracht geeft tot voorinschrijving, afziet van zijn recht op voorinschrijving zodat hij niet in een later stadium alsnog gebruik kan maken van zijn recht op voorinschrijving. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de verkrijger op deze wijze afstand kan doen van zijn recht op voorinschrijving, nu art. 7:3 BW dwingend recht is. Een tweede vraag is of een voorinschrijving door middel van een aantekening in de koop-/aannemingsovereenkomst eenvoudig te regelen is. Het komt immers regelmatig voor dat de grond bij het sluiten van de overeenkomst nog in het bezit is van de gemeente. Al met al lijkt het niet noodzakelijk een mogelijkheid vergelijkbaar met het NVM model op te nemen. Temeer daar verkrijgers die dat willen ook zonder deze clause een beroep op dit recht kunnen doen.²⁷

25 Zie § 5.2.5 van hoofdstuk 5.

26 Zie § 5.4 van hoofdstuk 5.

27 § 5.4.2.3 van hoofdstuk 5.

13.2.3 Financiering

In hoofdstuk 6 kwamen zekerheidsstellingen en financiering aan bod. De aanbeveling die in dit hoofdstuk is opgenomen heeft betrekking op het stellen van aanvullende eisen voor de verkrijger voor het aantonen van vervullen van zijn inspanningsverplichting tot het verkrijgen van hypothecaire financiering. Deze inspanningsverplichting houdt in dat de verkrijger ‘al het nodige’ moet doen om een hypothecaire financiering te verkrijgen. Wat moet worden verstaan onder ‘al het nodige’ is niet uitgewerkt in de koop-/aannemingsovereenkomst en algemene voorwaarden.

In tegenstelling tot de koop-/aannemingsovereenkomst, kent de NVM-koopakte wel een bepaling waarin de inhoud en omvang van de inspanningsverplichting enigszins is uitgewerkt. In die bepaling is opgenomen dat bij het inroepen van de ontbinding op basis van de financieringsclausule, de geleverde inspanningen ‘goed gedocumenteerd’ moeten zijn.

Uit de in hoofdstuk 6 genoemde uitspraken blijkt dat de Raad van Arbitrage als regels hanteert, ondanks het ontbreken van een clausule vergelijkbaar met die in de NVM-akte, dat alleen het tonen van twee of meer afwijzingen door de bank niet voldoende is om te hebben voldaan aan de inspanningsverplichting.²⁸ Ook andere factoren spelen een rol bij het beantwoorden van de vraag of de verkrijger zich voldoende heeft ingespannen voor het verkrijgen van een hypothecaire financiering. Gekeken wordt naar de vraag of de verkrijger te goeder trouw is ten aanzien van de afwijzing.²⁹

Betoogd is in hoofdstuk 6 dat bij de beoordeling van de vraag of aan de inspanningsverplichting is voldaan meer en andere omstandigheden meegenomen zouden dienen (en ook kunnen) worden. Gesteld is bijvoorbeeld dat gegevens die de verkrijger in het kader van de financieringsaanvragen aan de bank heeft verstrekt en alle relevante gegevens aangaande de inkomsten en schulden van de verkrijger en zijn partner, ook in de beoordeling van de inspanningsverplichting zouden kunnen worden meegewogen. Ondanks dat de Raad, blijkens de jurisprudentie genoemd in § 6.3.2.2, zorgvuldig de omstandigheden van het geval afweegt bij het vaststellen of verkrijger zich voldoende heeft ingespannen, zou een verdere precisering van wat onder de inspanningsverplichting wordt verstaan een hoop duidelijkheid voor beide partijen kunnen verschaffen. Dit schept niet alleen duidelijkheid als het gaat om het achteraf, door een arbiter, vaststellen of is voldaan aan de vereisten, maar ook vooraf voor kopers die vrezen dat zij ontbinding zullen moeten gaan inroepen. Zij weten dan precies waar zij aan toe zijn bij het verrichten van de inspanningen en het documenteren ervan. Dit brengt mee dat zij zowel inhoudelijk beter weten wat van hen verwacht wordt, maar ook dat zij later in een betere bewijspositie verkeren mocht een conflict ontstaan omtrent de ontbinding.

Het zou duidelijkheid scheppen als in de koop-/aannemingsovereenkomst wordt opgenomen dat minimaal twee financiële instellingen geraadpleegd moeten

28 Zie § 6.3.2.3 van hoofdstuk 6.

29 Zie § 6.3.2.2 van hoofdstuk 6.

worden, en onder omstandigheden meer dan twee. Die omstandigheden kunnen dan bijvoorbeeld zijn gelegen in het feit dat een hypotheekbedrag net niet wordt gehaald. Voorts zou het goed kunnen zijn om ter onderbouwing niet alleen de twee afwijzingen te verstrekken maar tevens de gegevens waarop die afwijzingen zijn gebaseerd. Als bijvoorbeeld twee partners (met beiden een inkomen) de koop-/aannemingsovereenkomst sluiten, is denkbaar dat als alleen één inkomen in de financieringsaanvraag is betrokken, niet aan de inspanningsverplichting is voldaan. Een uitzondering hierop vormt de situatie waarin vooraf uitdrukkelijk in de ontbindende voorwaarden (in de koop-/aannemingsovereenkomst) is opgenomen dat slechts één inkomen in de hypotheekberekening moet worden betrokken.

13.2.4 Betaling en kostenwijziging

In hoofdstuk 7 komen de betaling van de koop-/aanneemsom en de (eventuele) subsidies en kostenwijzigingen aan bod. Hieruit vloeien drie aanbevelingen voort.

13.2.4.1 Verduidelijking van art. 5 KA over uitstel van betaling en uitstelrente

In hoofdstuk 7 komt in het kader van de betalingsregeling o.a. ook de betaling van de koop-/aanneemsom aan de orde. In de betalingsregeling opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst is een aantal rentes en vergoedingen over de koop-/aanneemsom opgenomen die in de praktijk tot verwarring lijken te leiden. Uit de in § 1.4.1 genoemde uitspraken blijkt dat art. 5 KA (ontrent de uitstelrente) een bepaling is die voor niet alle verkrijgers eenvoudig te begrijpen is. Het artikel vraagt van de verkrijger enige bestudering om de betekenis en consequenties ervan te kunnen overzien. In sommige situaties zal de verkrijger nadere inlichtingen moeten inwinnen bij consumentenorganisaties of de ondernemer. Deze inspanningen zijn niet onoverkomelijk, en zeker bij een zeer grote aanschaf als een woning, mag van de verkrijger enige assertiviteit worden verwacht.

Een wijziging in de redactie van het artikel kan het artikel begrijpelijker maken en onduidelijkheid en extra (uitzoek)werk voorkomen. Het zou bijdragen aan de duidelijkheid als in art. 5 KA expliciet wordt aangegeven of in dit specifieke geval wel of geen rente verschuldigd is. Dit kan door in het artikel een optiemogelijkheid op te nemen waarin kan worden aangegeven óf de betaling van uitstelrente aan de orde is. Partijen zullen in dat geval bewust moeten kiezen voor óf uitstel van betaling en dus betaling van de rente óf voor directe betaling van (nog niet verschuldigde) termijnen en dus geen betaling van de rente. Daarbij zullen verkrijgers wel goed op de risico's van het wel betalen van de termijnen moeten worden gewezen, namelijk dat in dat geval de insolventiewaarborg van het GIW³⁰ en de afbouwgarantie nog niet gelden. Het artikel zou er dan als volgt uit kunnen zien:

30 Zoals in de hoofdstuk 1 opgemerkt zal het GIW per 1 januari 2010 worden opgeheven. Vanaf dat moment zullen Bouwfonds, SWK en Woningborg in hun eigen garantievoorzwaarden hanteren waarin de insolventiewaarborg anders vorm is gegeven.

Voorstel voor art. 5 lid 5 KA

A)*

Partijen komen tot het moment dat de grond met de eventueel daarop reeds gebouwde opstallen aan de verkrijger is geleverd, uitstel van betaling van het reeds verschuldigde deel van de koop-/aaneensom overeen.

Dit uitstel geldt tot het moment waarop de grond met de eventueel daarop reeds gebouwde opstallen aan de verkrijger wordt geleverd.

dit recht op uitstel van betaling staat de verplichting tot het betalen van (uitstel)rente aan de ondernemer van % per jaar voor de grondkosten en% per jaar voor de overige termijnen, te berekenen als volgt:

a.1. over het in lid 3 vermelde bedrag van de grondkosten (exclusief omzetbelasting) vanaf de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen van deze overeenkomst tot aan de datum van levering;

a.2. over de overige in lid 3 vermelde termijnbedragen (inclusief omzetbelasting) vanaf de in het hoofd van deze akte genoemde datum van overeenkomen tot aan de datum van levering;

b. over de overige termijnen (inclusief omzetbelasting) vanaf de vervaldatum tot aan de datum van levering.

Deze rente dient bij de levering te worden voldaan. Op de dag van de levering wordt het op dat moment reeds verschuldigde deel van de koop-/aaneensom opeisbaar.

B)*

partijen komen geen uitstel van betaling van het reeds verschuldigde deel van de koop-/aaneensom overeen.

Dit betekent dat de reeds verschuldigde termijnen van de koop-/aaneensom opeisbaar worden veertien dagen na de dagtekening van een door de ondernemer gedaan betalingsverzoek.

Doordat partijen overeen komen dat geen uitstel van betaling zal plaatsvinden, is de verkrijger geen rentevergoeding verschuldigd.

13.2.4.2 Rente over de vijf procent

Ingevolge zowel de wettelijke regeling als de koop-/aannemingsovereenkomst zelf heeft de verkrijger het recht bij oplevering vijf procent van de aaneensom in depot te storten bij de notaris. Dit depot kan in beginsel tot drie maanden na oplevering gehandhaafd blijven als zekerheidstelling voor de verkrijger voor nog aan de dag te treden gebreken.

In § 7.1.6.3 van hoofdstuk 7 is beschreven dat uit de praktijk blijkt dat er onduidelijkheid bestaat omtrent het antwoord op de vraag aan wie de rente over het depotbedrag toekomt. Door Storm worden in een artikel in WPNR drie situaties en bijbehorende oplossingen beschreven die zowel voor de ondernemer als verkrijger een billijke en goed verdedigbare verdeling van de rente over het depotbedrag bieden. Om de huidige onduidelijkheid tot een oplossing te brengen verdient het aanbeveling de door Storm gegeven oplossingen te volgen. Dit zou er dan als volgt uitzien:

1) Verlengt de verkrijger het depot niet na drie maanden dan valt het depot vrij aan de ondernemer en komt ook hem de rente over de periode van het depot toe.

2) Kent een arbiter na verloop van drie maanden een schadevergoeding toe aan de verkrijger wegens gebreken en valt een deel van het depot vrij aan de ondernemer en een deel van het depot terug aan de verkrijger dan heeft de ondernemer recht op de rente over het gehele bedrag vanaf de aanvang van het depot tot de dag van uitspraak van de arbiter omtrent de schadevergoeding. Het gedeelte van de rente over het bedrag aan schadevergoeding komt vanaf de dag van de uitspraak toe aan de verkrijger, de overige rente over het resterende depotbedrag komt toe aan de ondernemer.

In beide situaties komt de rente over de eerste drie maanden toe aan de ondernemer.

Doet de verkrijger een beroep op zijn verlengd opschortingsrecht in de zin van art. 6:262 BW, is er geen sprake van tussenkomst door een arbiter maar geeft de verkrijger het depot na verlenging alsnog vrij (bijvoorbeeld omdat de gebreken inmiddels door de ondernemer zijn verholpen), dan zijn verschillende oplossingen denkbaar.

De periode waarover rente ontstaat kan worden ingedeeld in twee delen. Het eerste deel betreft de opschorting in de eerste drie maanden na oplevering (op basis van art. 7:768 BW), het tweede deel betreft de periode waarin sprake is van een verlengd depot (op basis van art. 6:262 BW).

Omtrent de rente over de eerste periode indien dus terecht niet wordt vrijgegeven zijn volgens Storm twee oplossingen denkbaar:

- de eerste periode wordt 'meegesleept' door de tweede. Indien de rente in de tweede periode toekomt aan de verkrijger dient deze ook over de eerste periode aan hem toe te vallen. Volgens Storm is wederom de gedachte dat de verkrijger bij opschorting bij aanneming van werk niet slechter mag worden dan bij een ander opschortingsrecht.
- voor de eerste periode geldt hetzelfde als in situatie I, het rentebedrag komt toe aan de ondernemer. Nu in de eerste periode het opschortingsrecht nog niet is ingeroepen wordt de verkrijger ook niet slechter dan in andere situaties waarin hij een opschortingsrecht heeft.

Het ligt m.i. het meest voor de hand het rentebedrag over de eerste periode toe te laten komen aan de ondernemer. Deze oplossing sluit het best aan bij het systeem uiteengezet in situatie I en geeft de ondernemer ook (terecht) de gelegenheid de rente te ontvangen over het geld waar hij recht op heeft.

Met betrekking tot de tweede periode zijn twee oplossingen denkbaar. Houdt de verkrijger het depot terecht in (omdat er nog steeds gebreken aan de woning kleven) dan lijkt het gerechtvaardigd dat de verkrijger recht heeft op de rente over in ieder geval het gedeelte van de verlengde inhouding van het depot. Storm is van mening dat, omdat de vijf-procent-regel is ontworpen om de positie van de verkrijger te versterken, diens positie niet slechter mag worden in vergelijking tot een beroep op een opschortingsrecht in andere situaties dan de aannemingsovereenkomst. Degene die in andere situaties dan de vijf-procent-regel zijn betaling opschort, houdt het opgeschorte bedrag op zijn eigen rekening en ontvangt over dat bedrag dan ook rente. Om de verkrijger de positie te geven die gelijkwaardig is aan de positie van degene die in een andere situatie opschort, zal de rente in

ieder geval vanaf het beroep op het opschortingsrecht moeten toekomen aan de opdrachtgever. Houdt de verkrijger het depotbedrag onterecht langer in depot dan is de verkrijger ingevolge art. 15 lid 5 AV als schadevergoeding de wettelijke rente over dat bedrag verschuldigd en valt de rente dus toe aan de ondernemer.

13.2.4.3 Art. 8 AV over kostenwijzingen

In art. 8 AV is een bepaling opgenomen over de doorberekening van loon- en prijsstijgingen. Dit artikel hoort niet thuis in de koop-/aannemingsovereenkomst. Op basis van het onder III en art. 5 KA wordt er door partijen vooraf van uitgegaan dat, behoudens meer- en minderwerk, vooraf een vaste koop-/aanneemsom is overeengekomen. Het feit dat in art. 8 AV is opgenomen dat doorberekening van kostenwijzingen is uitgesloten, ligt in de lijn van de aard van de overeenkomst. Niet in overeenstemming hiermee is het feit dat blijkbaar door partijen anders kan worden overeengekomen en dat daarvoor een post risicoverrekening moet worden opgenomen. Deze bepaling lijkt te stammen uit de tijd dat het consumentenbouwrecht nog niet volledig uitgekristalliseerd was en nog naar de UAV 1989 werd gekeken voor de invulling van consumentenbouwcontracten.

Uit consumentrechtelijk oogpunt is het onwenselijk om in een regeling als de model koop-/aannemingsovereenkomst een bepaling op te nemen die een afwijkende regeling met betrekking tot kostenwijziging mogelijk maakt. Beide partijen zijn er bij gebaat vooraf zekerheid te hebben over de te betalen prijs. Een afwijkende kostenregeling of zelfs de mogelijkheid een afwijkende kostenregeling overeen te komen, zoals in art. 8 lid 1 KA, is uit consumentrechtelijk oogpunt niet wenselijk, en gezien de praktijk waarin vrijwel nooit van een afwijkende kostenregeling gebruik wordt gemaakt, ook onnodig. Om problemen in de toekomst te voorkomen zou art. 8 lid 1 AV in een nieuwe versie van de model koop-/aannemingsovereenkomst geschrapt kunnen worden.

13.2.5 Levering van de grond

De levering van de grond is in hoofdstuk 8 behandeld. In het hoofdstuk zijn twee aanbevelingen tot verbetering gedaan. De eerste aanbeveling heeft betrekking op art. 3 KA dat de verrekening bij de levering van over- of ondermaat regelt. De tweede aanbeveling heeft betrekking op de wijze van schadeberekening bij de levering van ondermaat. De aanbevelingen die in dit hoofdstuk worden gedaan betreft zowel aanbevelingen betreffende de koop-/aannemingsovereenkomst als aanbevelingen betreffende de uitspraken van arbiters van de Raad.

13.2.5.1 Alternatief voor optie A van art. 3 KA

Uit de in hoofdstuk 8 uiteen gezette jurisprudentie blijkt dat het uitsluiten van de aansprakelijkheid van de ondernemer door middel van art. 3 KA, in veel gevallen minder onredelijk uitpakt dan op het eerste gezicht lijkt. Toch blijft de positie van de verkrijger bij de levering van ondermaat onzeker indien optie A van art. 3 KA van toepassing is. In dat geval moet de verkrijger, als de ondernemer niet uit zich-

zelf (of na aandringen van de verkrijger) tot verrekening overgaat, veelal eerst een procedure voor de Raad starten om schadevergoeding te ontvangen.

Ingewikkelde en kostbare procedures kunnen in de toekomst worden voorkomen door het schrappen van optie A en het altijd hanteren van optie B. In dat geval wordt met de dagelijkse praktijk van het pas na oplevering opmeten van het perceel rekening gehouden en krijgt de verkrijger schadevergoeding voor datgene wat hem niet geleverd is. Blijft men binnen de marges van optie B, dat wil zeggen de afwijking is niet groter dan vijf procent, dan wordt de verkrijger niet geconfronteerd met ingewikkelde bewijskwesities die bij optie A wel nodig zijn, en voorkomt men dat mensen betalen voor iets wat ze niet krijgen. Uiteraard behoudt men bij afwijkingen onder de vijf procent waarbij blijkt dat de ondernemer niet te goeder trouw was wel de mogelijkheid ook over die afwijking een vergoeding te krijgen als blijkt dat een beroep op de exoneratie van optie in dat geval in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Een andere oplossing voor het probleem is in de overeenkomst geen oppervlaktemaat te noemen. In dat geval krijgt een verkrijger ook niet de indruk dat hij een koopsom betaalt, gebaseerd op een aantal vierkante meters. Koop-/aannemingsovereenkomsten met slechts een aanduiding van het perceel zonder oppervlaktematen worden ook in grote getale door het kadaster ingeschreven. Het is dus geen ongebruikelijke methode, maar voor verkrijgers wellicht niet een methode die meer zekerheid biedt.

13.2.5.2 Schadeberekening bij ondermaat

Uit de in hoofdstuk 8, § 8.5.6 weergegeven jurisprudentie blijkt dat er geen lijn is te ontdekken in de manier waarop de schadevergoeding bij de levering van ondermaat door de Raad wordt vastgesteld. De praktijk van het ‘naar billijkheid’ vaststellen van een bedrag door arbiter dient mijns inziens afgewezen te worden wegens een gebrek aan transparantie en de kans op grote verschillen in het toekennen van vergoedingen voor vergelijkbare gevallen. Een oplossing voor een transparantere schadeberekening onder art. 3 KA kan allereerst zijn dat arbiters het door hun toegekende bedrag voorzien van een uitgebreidere motivering. Om de berekening inzichtelijk en verdedigbaar te maken zou in eerste instantie als uitgangspunt voor de schadeberekening moeten worden gekeken naar het aantal te weinig geleverde meters. Aan dit aantal vierkante meters moet een grondprijs zijn gekoppeld die óf gebaseerd is op de totale grondprijs vermeld in de koop-/aannemingsovereenkomst, óf op de in de overeenkomst vermelde prijs per vierkante meter. Beschikken partijen niet over deze gegevens dan dient onderzoek naar de gemiddelde grondprijs in de buurt, stad of regio te worden verricht om tot een gefundeerd oordeel te komen. Als op deze wijze wordt omgegaan met de schadeberekening worden onbegrijpelijke bedragen en grote verschillen in die bedragen voorkomen.

13.2.6 Wijzigingen

Zowel wijzigingen op initiatief van de ondernemer als wijzigingen op initiatief van de verkrijger komen in hoofdstuk 9 aan bod. De enige aanbeveling die uit hoofdstuk voortvloeit heeft betrekking op de uitleg van art. 4 AV. Dit artikel houdt in dat de ondernemer wijzigingen ten opzichte van de situatietekening mag doorvoeren die voortvloeien uit een overheidsvoorschrift of enig andere gegronde reden. De vraag die in § 4.2 gesteld wordt, is of de beperking van de ontbindingsbevoegdheid opgenomen in art. 4 AV moet worden aangemerkt als een onredelijk bezwarend beding in de zin van art. 6:236 onder b BW.

Ingevolge dit artikel wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in Afdeling 5 van Titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt. Art. 6:236 onder b BW verbiedt zowel het geheel uitsluiten als het beperken van het de verkrijger krachtens Afdeling 6.5.5, dus ook een beperking van het op grond van art. 6:265 BW toekomend recht op ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming. Als art. 4 AV beperkter zou worden uitgelegd dan art. 6:265 lid BW (de wettelijke regeling voor ontbinding), zou het artikel een zwart beding zijn in de zin van art. 6:236 BW. Om dit te voorkomen zal de ontbindingmogelijkheid van art. 4 AV even ruim moeten worden uitgelegd als art. 6:265 BW.

13.2.7 Bouwtijd

Uit hoofdstuk 10 over de bouwtijd komen een viertal aanbevelingen voort.

13.2.7.1 Regelmatig voortzetten en het ontbreken van een sanctie

Wanneer tijdens de bouw de funderingswerkzaamheden zijn begonnen (bij eengezinswoningen) dan wel na aanvang van de bouw (appartementen) is de ondernemer krachtens art. 14 lid 3 AV verplicht de werkzaamheden regelmatig voort te zetten. Deze fase van de bouw wordt in hoofdstuk 9 de tweede fase genoemd. In deze fase kan de overeenkomst niet meer worden ontbonden omdat reeds een aanvang is gemaakt met de bouw, maar de bouwtijd met daaraan verbonden de boete van artikel 6 AV, is nog niet aangevangen. De bouw van appartementen kent, in tegenstelling tot die van eengezinswoningen, maar twee fases omdat na de aanvang van de bouw (het einde van de eerste fase), de contractuele bouwtijd van art. 6 AV (het begin van de derde fase bij eengezinswoningen) een aanvang neemt.

De eerste aanbeveling betreft de bepaling omtrent het regelmatig voortzetten van de bouw in de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementen. Het regelmatig voortzetten zoals neergelegd in art. 14 lid 3 AV hoort niet thuis in de overeenkomst voor appartementen nu die overeenkomst tijdens de bouw geen tweede fase (zoals uiteen gezet in hoofdstuk 9) kent. De eerste fase van de bouw gaat bij appartementen meteen over in de derde fase van de bouw. Dit houdt in dat nadat een aanvang is gemaakt met de bouw van het appartementencomplex, de bouwtijd

van art. 6 AV begint te lopen. De verplichting om de bouw ‘regelmatig voort te zetten’ na aanvang van de bouw, neergelegd in art. 14 lid 3 AV, is niet noodzakelijk. De boete (art. 14 lid 5 AV) verbonden aan het overschrijden van de bouwtijd (van art. 6 AV) zorgt er immers voor dat de ondernemer de bouw sowieso zal willen voortzetten om zo binnen de bouwtijd te blijven. De verplichting van art. 14 lid 3 AV om de bouw regelmatig voort te zetten, kan om verwarring te voorkomen, worden geschrapt uit de algemene voorwaarden voor appartementen.

In de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinswoningen heeft de ondernemer wel de verplichting de bouw regelmatig voort te zetten nadat is begonnen met de funderingswerkzaamheden (tot de aanvang van de bouwtijd van art. 6 AV). Wat onder regelmatig voortzetten moet worden verstaan, wordt in de koop-/aannemingsovereenkomst en de AV echter niet uitgewerkt. Het ontbreken van een duidelijke uitleg van dit begrip, en het ontbreken van duidelijkheid omtrent de rechtsgevolgen als niet regelmatig wordt voortgezet, schept onduidelijkheid en onzekerheid.³¹ Het is voor de verkrijgers van belang dat juist over deze periode duidelijkheid bestaat, omdat een aanvang is gemaakt met de werkzaamheden en zij als gevolg hiervan de overeenkomst niet meer kunnen ontbinden op basis van art. 14 lid 2 AV. Het verdient dan ook aanbeveling dat wordt gedefinieerd (door middel van jurisprudentie dan wel in de koop-/aannemingsovereenkomst zelf, wat onder regelmatig voortzetten moet worden verstaan).

Een andere aanbeveling met betrekking tot dit onderwerp betreft het ontbreken van een sanctie op niet regelmatig voortzetten van de bouw in deze periode. Omdat de contractuele bouwtijd met daaraan gekoppeld de boete wegens bouwtijdoverschrijding nog niet is aangevangen, wordt een grote vertraging in deze periode ook niet ontmoedigd met een boete. In theorie zou de bouw in deze fase, zonder gevolgen voor de ondernemer³², in een impasse terecht kunnen komen. Om de verkrijger een sterkere positie te verschaffen zou voor het niet regelmatig voortzetten van de bouw door de ondernemer een sanctie dienen worden opgenomen in art. 14 AV.

13.2.7.2 Oplevertermijn voor de gemeenschappelijke delen van een appartementencomplex

Voor de bouw van appartementencomplexen geldt dat het in de koop-/aannemingsovereenkomst genoemde aantal werkbare werkdagen slechts de bouwtijd voor het privégedeelte uitdrukken en niet die van de algemene ruimten. Voor de oplevering van de algemene ruimten is in de algemene voorwaarden en de koop-/aannemingsovereenkomst dus geen termijn gegeven. Het verdient aanbeveling om, met het oog op completere en consumentvriendelijker voorwaarden, de voorwaarden op dit punt aan te passen. Op die manier hebben de verkrijgers van appartementen

31 Zie § 10.3.2 van hoofdstuk 10.

32 Ontbinden op basis van art. 14 lid 2 AV kan namelijk niet meer en de bouwtijd met daaraan gekoppeld de boete is nog niet aangevangen.

ook ten aanzien van de gemeenschappelijke ruimte een sanctiemogelijkheid (door middel van de boeteclausule) en weten zij waar zij aan toe zijn doordat zij weten wanneer zij de oplevering ongeveer kunnen verwachten.

13.2.7.3 Uitleg van het boetebeding

De boete wegens bouwijdoverschrijding is een gefixeerde schadevergoeding van vijf/tiende promille van de koop-/aannemingsom per kalenderdag. Art. 14 lid 5 AV dient zowel als prikkel voor nakoming als, als middel tot fixeren van de schade. Aangezien in art. 6:91 BW is opgenomen dat bij een boetebeding de schadevergoeding verschuldigd is ‘ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan’, is in feite niet van belang of schade is geleden. Ingevolge de wettelijke bepalingen is de ondernemer bij bouwijdoverschrijding derhalve altijd de boete verschuldigd. De Raad van Arbitrage oordeelt echter in het kader van het boetebeding wegens bouwijdoverschrijding regelmatig niet in lijn met art. 6:91 BW.³³ Om de uitleg van de koop-/aannemingsovereenkomst overeen te laten stemmen met het nationaal recht en verkrijgers niet in een slechtere positie te laten verkeren dan zij op basis van de het BW en voor de gewone rechter zouden zijn geweest, zou de Raad zich in lijn met art. 6:91 BW over dit onderwerp dienen uit te spreken. Verkrijgers zouden, ongeacht de aan- of afwezigheid van schade als gevolg van de latere oplevering, aanspraak moeten kunnen maken op de boete van art. 14 lid 5 AV.

13.2.7.4 Matiging

Op grond van art. 6:94 eerste en derde lid BW komt de rechter in geval van een te hoge boete, wanneer de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, een recht van matiging of aanvullende schadevergoeding toe als hierom door een der partijen wordt verzocht. Uit de jurisprudentie blijkt dat de Raad van Arbitrage niet dezelfde maatstaf hanteert bij het matigen van de boete als de Hoge Raad. De Raad lijkt in zijn uitspraken sneller over te gaan tot matiging dan de Hoge Raad.³⁴ Door de Hoge Raad wordt de boete gematigd als sprake is van een ‘buitensporig’ hoog bedrag aan schadevergoeding, de Raad hanteert het begrip ‘aanzienlijk’.³⁵ De maatstaf van de Raad lijkt hierdoor minder streng. Het feit dat geleden schade aanzienlijk lager is dan de boete is op grond van het BW, geen reden tot matiging.

Verdedigd wordt hier dat, uit het oogpunt van rechtsgelijkheid, het onwenselijk als de Raad van Arbitrage eerder tot matiging overgaat dan de Hoge Raad. Tevens is van belang dat de positie van de verkrijger verslechtert als de Raad eerder tot matiging overgaat nu de boete in feite dient als stok achter de deur voor de ondernemer om tot oplevering over te gaan. Als het beroep op matiging wordt gehonoreerd wanneer de boete de daadwerkelijke schade aanzienlijk overschrijdt, verdwijnt deze stok achter de deur in belangrijke mate. In veel gevallen zal de

33 Zie ook de conclusie in § 13.1.4.2 van dit hoofdstuk.

34 Zie § 10.5.3 van hoofdstuk 10.

35 Zie eveneens § 10.5.3 van hoofdstuk 10.

schade van verkrijgers namelijk lager, en soms zelfs aanzienlijk lager, zijn dan de hoogte van de verschuldigde boete.

Uit jurisprudentie blijkt ook dat over het algemeen mag worden aangenomen dat het in de algemene voorwaarden opgenomen boetepercentage redelijk is en in beginsel geen aanleiding geeft tot matiging. Om de boete effectief te laten zijn en om discussies omtrent de vraag wat de hoogte van de schade is en wat een ‘aanzienlijke’ lage schade is te vermijden, dient de Raad een beroep op matiging niet te snel te honoreren.

13.2.8 Oplevering

Het hoofdstuk over oplevering van de woning, hoofdstuk 11, bevat één aanbeveling. Deze aanbeveling heeft betrekking op de beoordeling door arbiters van gevallen waarin de oplevering is aanvaard ‘onder protest’, het betreft geen aanbeveling ter verbetering van de (tekst van de koop-/aannemingsovereenkomst. Bij oplevering van de woning dient de verkrijger de woning te aanvaarden of te weigeren. Voor het aanvaarden van de woning moet het opleveringsrapport worden getekend ‘voor akkoord’. Regelmatig komt het voor dat verkrijgers het rapport wel tekenen, maar de woning niet willen aanvaarden. Verkrijgers kunnen er belang bij hebben de woning snel te aanvaarden, omdat zij bijvoorbeeld anders zonder woonruimte komen te zitten, en omdat zij onder druk kunnen zijn gezet door de ondernemer die zijn woningen graag en binnen korte tijd opgeleverd wil zien. Zij tekenen dan bijvoorbeeld wel het rapport, maar ‘onder protest’. Verkrijgers zijn zich waarschijnlijk niet altijd bewust van de consequenties van een aanvaarding. Zo kunnen zij vanaf dat moment geen beroep meer doen op schadevergoeding wegens te late oplevering, terwijl het heel wel mogelijk is dat bij een aanvaarding onder protest nog werkzaamheden aan de woning moeten worden verricht die aan ingebruikname in de weg staan en dus kosten met zich kunnen brengen voor de verkrijgers. Tevens gaat de onderhoudsperiode na oplevering in, en als bewoners de woning niet kunnen betrekken hebben zij ook minder gelegenheid om door en gedurende het gebruik van de woning tekortkomingen te constateren. Hierdoor lijden verkrijgers rechtsverlies.

Bij een aanvaarding van de woning onder protest dienen arbiters voorzichtig te zijn met hun oordeel omtrent de vraag of de woning is aanvaard en dus opgeleverd of niet. Door arbiters zal onderzocht moeten worden of verkrijgers door hun (verkeerde) beslissing het opnamerapport te tekenen, niet ongewild en onterecht een ernstig rechtsverlies hebben geleden.

13.2.9 Aansprakelijkheid van de ondernemer voor tekortkomingen

De aansprakelijkheid van de ondernemer voor tekortkomingen komt in hoofdstuk 12 aan bod. Twee aanbevelingen vloeien uit dit hoofdstuk voort. De eerste heeft betrekking op het toepasselijke bouwbesluit, de tweede op de uitsluiting van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering zichtbare, maar niet genoteerde gebreken.

13.2.9.1 Verschillende versies bouwbesluit van toepassing op dezelfde overeenkomst

Zowel in de koop-/aannemingsovereenkomst als de GIW garantie- en waarborgregeling wordt het bouwbesluit van toepassing verklaard. De koop-/aannemingsovereenkomst verklaart het Bouwbesluit van toepassing dat op het moment van tekenen van de overeenkomst van kracht is. Op basis van de garantie- en waarborgregeling is het bouwbesluit van toepassing dat gold ten tijde van het afgeven van de bouwvergunning.

Doordat het bouwproces enkele jaren in beslag kan nemen bestaat de kans dat het Bouwbesluit gedurende de bouw wordt aangepast. Als gevolg daarvan kan het voorkomen dat één verkrijger een koop-/aannemingsovereenkomst (met garantieregeling) sluit waarbij op dezelfde woning of hetzelfde appartement twee verschillende (en wellicht afwijkende) bouwbesluiten van toepassing zijn. Om onduidelijkheden en tegenstrijdigheden te voorkomen, verdient het aanbeveling in de toekomst voor zowel de koop-/aannemingsovereenkomst als de garantie- en waarborgregeling hetzelfde Bouwbesluit van toepassing te verklaren. Dit is bij voorkeur het Bouwbesluit dat gold op het moment van aangaan van de individuele koop-/aannemingsovereenkomst omdat de verkrijger geen kennis heeft van het moment waarop de bouwvergunning is afgegeven en dus ook niet weet welk bouwbesluit toen van toepassing was.³⁶ Tevens komen in dat geval de wijzigingen in regelgeving tijdens de bouw voor risico van de verkrijger.³⁷

13.2.9.2 Wenselijkheid van uitsluiting van aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken

De ondernemer is ingevolge art. 17 en 18 AV niet aansprakelijk voor bij oplevering zichtbare tekortkomingen die niet zijn opgenomen in het proces-verbaal van oplevering. De vraag die in § 5.5 is gesteld, is of de regel zoals opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomst, mede uit oogpunt van consumentenbescherming, wenselijk is.

De jurisprudentie op dit punt is divers. Uit verschillende uitspraken van de Raad blijkt dat onder de koop-/aannemingsovereenkomst vaak wegen worden gezocht onder het resultaat van de hoofdregel uit te komen.³⁸ Uit de beschreven uitspraak en de reacties daarop blijkt dat het onder de koop-/aannemingsovereenkomst gebruikelijke uitsluiten van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering zichtbare gebreken niet altijd als redelijk wordt aangemerkt. Ik sluit mij aan bij die opvatting.³⁹

36 Zoals arbiter opmerkt in r.o. 6 van Afdeling Arbitrage GIW, 3 september 2003, nr. 11.994, BR 2004, p. 68.

37 Zie § 12.2.2.2 van hoofdstuk 12.

38 Zie de in § 12.3.1 genoemd jurisprudentie. En ook de door M.A.B. Chao-Duivis genoemde jurisprudentie en methoden gebruikt onder de UAV in haar noot bij RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, BR 2007, p. 53 en ook Asser/Van den Berg 5IIC 2007, nr. 115.

39 Zie § 12.5.5 van hoofdstuk 12.

De uitsluiting van de aansprakelijkheid van de ondernemer voor bij oplevering zichtbare gebreken zou niet helemaal uit de model koop-/aannemingsovereenkomst hoeven te verdwijnen. Een oplossing zou kunnen liggen in het verlengen van de termijn waarbinnen de verkrijger zogenaamde zichtbare gebreken dient te melden. Is nu slechts het moment van de opnemingsperiode ter gelegenheid van de oplevering de periode om gebreken te constateren en melden, in de toekomst zou een langere periode waarbinnen gebreken gemeld kunnen worden wellicht uitkomst kunnen bieden. Een voorbeeld van een dergelijke regeling is te vinden in de PELSC.

De PELSC kennen, in tegenstelling tot het BW en de koop-/aannemingsovereenkomst, geen keuring bij oplevering.⁴⁰ Ingevolge het tweede lid van art. 2:106 PELSC hebben keuring, aanvaarding en oplevering geen enkel gevolg voor de (bepijking van de) aansprakelijkheid van de aannemer. In het derde lid van art. 2:105 PELSC is opgenomen dat gebreken aan de inspectie, of een inadequate inspectie, toezicht of aanvaarding de ondernemer niet bevrijdt van aansprakelijkheid. Deze regel is eveneens van toepassing wanneer op de opdrachtgever een contractuele verplichting rust tot inspectie, toezicht of aanvaarding van de zaak of de vervaardiging ervan.

De PELSC kennen dus geen rechtsverlies ten aanzien van bij oplevering zichtbare gebreken. Terecht is wel in de toelichting op art. 2:106 PELSC opgenomen dat de aannemer na oplevering zal willen weten of het werk naar tevredenheid van de opdrachtgever is opgeleverd of dat nog inspanningen van zijn kant worden verwacht.⁴¹ In dat kader spreekt de toelichting wel van de mogelijkheid van rechtsverlies door de opdrachtgever als hij met het inspecteren van het gebouw en melden van gebreken, te lang wacht of de inspectie niet adequaat uitvoert. De verkrijger is echter een langere periode voor inspectie en het melden van gebreken gegund dan onder de koop-/aannemingsovereenkomst.

Betoogd wordt dan ook dat onder de koop-/aannemingsovereenkomst aan de opnemingsperiode en oplevering minder vergaande gevolgen verbonden zou dienen te worden dan thans het geval is. Wordt de verkrijger een 'redelijke termijn' gegeven (zoals onder de PELSC) om de woning te inspecteren dan zal hij meer tijd hebben gebreken te ontdekken. Over de vraag wat moet worden verstaan onder een 'redelijke termijn' kan worden gediscussieerd. Onder de PELSC wordt beoordeeld naar zogenaamde objectieve maatstaven.⁴² Dit houdt in dat de vraag of de verkrijger een bepaald moment geacht kan worden op de hoogte te zijn geweest, afhangt van wat een vergelijkbare verkrijger ('comparable client') in dezelfde omstandigheden 'would have had reason to know'.⁴³ De reden voor deze objectieve maatstaf is gelegen in het feit dat het voor een ondernemer moeilijk is aan te tonen dat de verkrijger reeds langer op de hoogte was van een gebrek en dat hij de ondernemer hier van niet op de hoogte heeft gesteld.

40 Dit onderwerp kwam aan bod in § 11.7 van hoofdstuk 11.

41 Barendrecht e.a. 2006, p. 368.

42 Barendrecht e.a. 2007, p. 352.

43 Ibid.

Deze regel zou, aldus de toelichting, ‘geen enkele verplichting inhouden voor de verkrijger om actief naar gebreken te zoeken.’⁴⁴ Wordt een tekortkoming na oplevering maar binnen een redelijke termijn, gemeld dan is het aan de ondernemer aan te tonen dat de gemelde tekortkomingen niet aan hem zijn te wijten.⁴⁵ Dit zal discussie op kunnen leveren bij gebreken die door de ingebruikname van de woning of door de verhuizing van verkrijger kunnen zijn ontstaan (denk aan krassen op deuren of muren), maar in geval van tekortkomingen die een andere uitvoering betreffen (denk aan de levering van de voordeur in een andere kleur) zal de verkrijger zonder veel problemen nog een verhaalsmogelijkheid hebben. Meldt de verkrijger na die eerste week nog gebreken die voor een ‘comparable client’ zichtbaar waren in die eerste week dan is de ondernemer niet meer aansprakelijk omdat de verkrijger geacht mag worden deze zichtbare gebreken te hebben aanvaard. Openbaren zich na die week nog tekortkomingen dan is de ondernemer nog aansprakelijk op grond van de garantie in de onderhoudsperiode.

44 Ibid.

45 Dit is in lijn met het garantiekaracter van de onderhoudsperiode die intreedt na oplevering. Hierover meer in § 13.6 van dit hoofdstuk.

Literatuurlijst

Literatuurlijst bij hoofdstuk 1

Berger 2001

K.P. Berger, 'The Principles of European Contract Law and the Concept of the 'Creeping Codification' of law', *ERPL* 2001, p. 21-34.

Busch & Hondius 2002

D. Busch en E. Hondius, *The principles of European contract Law and Dutch Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri & Den Haag: Kluwer Law International, 2002.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Gandolfi 2001

G. Gandolfi (red.), *Code Européen des contrats/avant-projet, livre premier*, Milano: Guiffre 2001.

Hondius 2000a

E.H. Hondius, 'Kronieken. Algemeen', *NTBR* 9-10 2000, p. 485-493.

McGregor 1993

H. McGregor, *Contract code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milan/London 1993.

Smits 2005

J.M. Smits, 'The Principles of European Contract Law and the harmonisation of private law in Europe', in: A. Vacquer (red.), *La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia: Tirant 2005, p. 567-590.

Smits 2001b

J.M. Smits, 'The Principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law', *WPNR* 6436 2001, p. 235-242.

Van Wijngaarden 1990

M.A. van Wijngaarden, *Aanneming van bouwwerken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 2

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005.

Bank 1993

P.E.M. Bank, 'De Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en de artikelen 6:231-248 BW', *NbBW* 1993, p. 89-90.

Von Bar 2000

C. von Bar, 'Die Study Group on a European Civil Code', in: Festschrift Dieter Henrich, Bielefeld: Giesecking 2000, p. 1-12.

Von Bar, Clive en Schulte-Nölke 2009

Chr. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (ed.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference, Outline Edition*, München: Sellier 2009.

Barendrecht e.a. 2007

J.M. Barendrecht, e.a., *Principles of European law. Service contracts (PEL SC)*, Munich: Sellier. European Law Publishers together with Study Group on a European Civil Code 2007.

Barendrecht, Van Gulijk, Jansen & Loos 2008

J.M. Barendrecht, S. van Gulijk, C.E.C. Jansen & M.B.M. Loos, *Principles of European Law on Service Contracts (PELSC) in bouwcontractenrechtelijk perspectief*, *TBR* 2008, p. 689-705.

Beale e.a. 2002

H. Beale, H. Kötz, A. Hartkamp & D. Tallon, *Contract Law*, Oxford: Hart Publishing 2002.

Beatson & Schrage 2003

J. Beatson and E.J.H. Schrage, *Unjustified Enrichment*, Oxford: Hart Publishing 2003.

Benacchio & Pasa 2005

G. A. Benacchio & B. Pasa, *A common law for Europe*, Budapest/New York: Central European University Press, 2005.

Berger 2001

K.P. Berger, 'The Principles of European Contract Law and the Concept of the 'Creeping Codification' of law', *ERPL* 2001, p. 21-34.

Bonell 1999

M.J. Bonell, *A New Approach to International Commercial Contracts/the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Hague: Kluwer Law International 1999.

Bouwes 2005

M.Tj. Bouwes, 'Harmonisatie van het Burgerlijk recht door de achterdeur. Een common frame of reference', *NJB* 2005, p. 944-948.

Bovens & Yesilkagit 2005

M.A.P. Bovens, K. Yesilkagit, 'De invloed van Europese Richtlijnen op de Nederlandse wetgever', *NJB* 2005, p. 520-529.

Brandner & Ulmer 1991

H.E. Brandner & P. Ulmer, 'The Community Directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission', *CMLR* 1991, p. 647-662.

Bruggeman 2006

E.M. Bruggeman, *Praktijkboek koop-/aannemingsovereenkomst*, Den Haag: IBR 2006.

Busch & Hondius 2000

D. Busch & E.H. Hondius, 'Een nieuw contractenrecht voor Europa, de Principles of European Contract Law vanuit Nederlands perspectief', *NJB* 2000, p. 837-848.

Busch & Hondius 2002

D. Busch en E. Hondius, *The principles of European contract Law and Dutch Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri & Den Haag: Kluwer Law International, 2002.

Bussani & Palmer 2000

M. Bussani & V.V. Palmer, *Pure economic loss in Europe*, (Cambridge Studies in International and Comparative Law), 'The Common Core of European Private Law', Cambridge etc.: Cambridge University Press 2000.

Chao-Duivis 2002

M.A.B. Chao-Duivis, *Nieuwe contractvormen in de bouw: Is er nog toekomst voor de UAV 1989?*, *BR* 2002, p. 361-370.

Donders 1991

N.J.M. Donders, 'Enkele kanttekeningen bij het Rapport Mathurin - Study of responsibilities, guarantees and insurance in the construction industry with a view to harmonisation at community level', *BR* 1991, p. 261-265.

Drion 2005

C.E. Drion, 'Internationalisering van ons privaatrecht: zegen of zonde?', *NJB* 2005, p. 79.

Drion 2006

C.E. Drion, 'Europa is niet, maar bestaat toch', *NJB* 2006, p. 1203-1206.

Gandolfi 2001

G. Gandolfi (red.), *Code Européen des contrats/avant-projet*, livre premier, Milano: Guiffre 2001.

Van Gerven e.a. 1998

W. van Gerven e.a., *Tort law - Scope of protection*, Oxford: Hart Publishing 1998.

Van Gerven e.a. 2000

W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 2000.

Gordley 2001

James Gordley, *The enforceability of promises in European contract law*, (Cambridge Studies in International and Comparative Law) 'The Common

Core of European Private Law', Cambridge etc.: Cambridge University Press 2001.

Graziadei e.a. 2005

M. Graziadei, U. Mattei & L. Smith, Commercial Trusts in European Private Law, 'The Common Core of European Private Law', Cambridge/New York etc.: Cambridge University Press 2005.

Grundmann & Stuyck 2002

S. Grundmann en J. Stuyck (red.), An Academic Green Paper on European Contract Law, Den Haag, Londen, New York: Aspen Publishers 2002.

Grundmann 2008

S. Grundmann, 'The structure of the DCFR - Which Approach for Today's Contract Law?', *ERCL* 2008, p. 225-247.

Hardy 2005

R.R.R. Hardy, 'Harmonisatie van het overeenkomstenrecht in Europa en art. 95 als rechtsbasis daarvoor', *VrA* 2005, p. 40-60.

Hartkamp 2000

A.S. Hartkamp, 'Perspectives for the development of a European civil code', *WPNR* 2000, p. 331-335.

Hartkamp e.a. 2004

A.S. Hartkamp e.a. (red), Towards a European Civil Code, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Hartkamp 2007a

A.S. Hartkamp, 'Europees recht en Nederlands contractenrecht', in: De invloed van het Europese recht op het Nederlandse recht, Deventer: Kluwer 2007, p. 335-450.

Hartkamp 2007b

A.S. Hartkamp, 'Niets om bang voor te zijn! Of toch?', *NJB* 2007, p. 2482-2483.

Hayton e.a. 1999

D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann & H.L.E. Verhagen (red.), Principles of European trust Law, The Hague: Aspen Publishers 1999.

Hesselink 2003

M.W. Hesselink, 'Naar een coherenter Europees contractenrecht? Het actieplan van de Europese Commissie', *NJB* 2003, p. 2086-2094.

Hesselink 2004a

M.W. Hesselink, 'The politics of a European Civil Code', *European Law Journal* 2004, p. 675-697.

Hesselink 2004b

M.W. Hesselink, 'The European Commission's action plan: towards a more coherent European contract law?', *ERPL* 2004, p. 397-419.

Hesselink 2007

M.W. Hesselink, Een Europees Burgerlijk Wetboek door de voordeur, *NJB* 2007, p. 2482-2485.

Hijma 1997

J. Hijma, 'Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 415-425.

Hondius 1977

E.H. Hondius, *Konsumentenrecht*, (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 23), Deventer: Kluwer 1976.

Hondius 1993a

E.H. Hondius, *Naar een Europees Burgerlijk recht* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en de Nederlandse Vereniging voor Europees recht), Lelystad: Vermande 1993, p. 1-31.

Hondius 1993b

E.H. Hondius, 'Naar een Europees contractenrecht: de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', *NTBR* 1993, p. 108-112.

Hondius 1997b

E.H. Hondius, 'Non-implementation of the directive on unfair Contract terms: the Dutch case', *ERPL* 1997, p. 193-196.

Hondius 2000

E.H. Hondius, 'De betekenis van de Principles of European Contract Law voor het Nederlands recht/inleiding', *NTBR* 2000, p. 428-432.

Hondius 2008

E.H. Hondius, 'Gemeenschappelijk referentiekader (common frame of reference): kiem van een Europees BW?', *TvC* 2008, p. 134-143.

Keus 2004

L.A.D. Keus, 'De Europeanisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht', bijdrage in: *Europeanisering van het Nederlands Recht*, opstellen aangeboden aan mr. W.E. Haak, Deventer: Kluwer 2004, p. 195-208.

Keus 1993

L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht een bonte lappendeken* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht), Lelystad: Vermande 1993, p. 33-83.

Kieninger & Graziadei 2004

E. Kieninger & M. Graziadei, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, 'The Common Core of European Private Law', Cambridge etc.: Cambridge University Press 2004.

Krans 2004

H.B. Krans, 'Europa en ons contractenrecht', *NTBR* 2004, p. 501-509.

Lando & Beale 2003

O. Lando & H. Beale, *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague: Kluwer Law International 2003.

Lando & Beale 2000

O. Lando, H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law. Part I and II*, The Hague: Kluwer Law International 2000.

Lando & Beale 1995

O. Lando & H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law. Part I*, Dordrecht: Nijhoff 1995.

Lando 1978

O. Lando, 'Unfair contract clauses and European uniform commercial code', in: M. Cappelletti (red.), *New perspectives for common law of Europe*, Leiden: Sijthoff 1978, p. 267-288.

Legrand 1997

P. Legrand, 'Against a European civil code', *MLR* (60) 1997, p. 44-63.

Lerner 2008

P.Lerner, 'The relationship between 'Common Principles, Comparative Law and the 'New Ius Commune'', *ERPL* 2008, p. 949-972.

Lete 1997

J. Lete, 'The non implementation of the EC Directive on unfair contract terms in Spain', *ERPL* 1997, p. 205-212.

Loos 2008

M.B.M. Loos, Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellende richtlijnvoorstel, *TvC* 2008, p. 173-178.

Loos 2004

M.B.M. Loos, Service Contracts, bijdrage in: Towards a European Civil Code, Nijmegen: Ars Aequi Libir/ Kluwer Law International 2004, p. 571-582.

Loos 2002

M.B.M. Loos, 'Europees contractenrecht', *NTER* 2002, p. 18-20

Loos 2001a

M.B.M. Loos, 'Veroordeling Nederland wegens niet-omzetting Richtlijn oneerlijke bedingen', *NTER* 2001, p. 242.

McBryde e.a. 2003

W.W. McBryde, A. Flessner & S.C.J.J. Kortmann (red.), Principles of European Insolvency Law, Deventer: Kluwer 2003.

McGregor 1993

H. McGregor, Contract code drawn up on behalf of the English Law Commission, Milan/London 1993.

De Mot & De Geest 2002

J. de Mot en G. de Geest, 'De toekomst van het Europees Privaatrecht na het Groenboek', *NJB* 2002, p. 881-890.

Pasa & Benacchio 2005

B. Pasa & G.A. Benacchio, *The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe*, Budapest/New York: Central European University Press, 2005.

Posch 1997

W. Posch, 'The implementation of the EC Directive on unfair contract terms into Austrian law' *ERPL* 1997, p. 135-142.

Reich 1997

N. Reich, 'The implementation of directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany', *ERPL* 1997, p. 165-172.

Rutgers & Sefton Green 2008

J.W. Rutgers & R. Sefton-Green, 'Revising the Consumer Acqui: (Half) opening the doors of the Trojan Horse', *ERPL* 2008, p. 427-441.

Schulze & Wilhelmsson 2008

R. Schulze & T. Wilhelmsson, 'From Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules', *ERCL* 2008 (vol. 4- nr. 2), p. 154-168.

Sefton-Green 2005

Ruth Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (Cambridge studies in international and comparative law), 'The Common Core of European Private Law', Cambridge etc.: Cambridge University Press 2005.

Smits & Hardy 2002

J.M. Smits en R.R.R.Hardy, 'De toekomst van het Europees contractenrecht', *WPNR* 2002, 6531, p. 827-833.

Smits, Kornet & Hardy 2004

J.M. Smits, N. Kornet, R.R.R. Hardy, 'Naar een Gemeenschappelijk Referentiekader voor het Europees Contractenrecht', *WPNR* 2006/6603, p. 1001-1006.

Smits 2008a

J.M. Smits, 'Het ontwerp-gemeenschappelijk Referentiekader (GRK) voor een Europees privaatrecht', *WPNR* 2008/6741, p. 109-111.

Smits 2008b

J.M. Smits, 'The draft-common frame of reference for a European Private Law: Fit for purpose?', *MJ* 2008, p. 145-148.

Smits 2007

J.M. Smits, *De toekomst van het Europees privaatrecht in: De invloed van het Europese recht op het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 281-297

Smits 2006

J.M. Smits, *Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid (preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging)*, in: D.M. Curtin, *Europese integratie (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2006-I)*, Deventer: Kluwer 2006, p. 57-104.

Smits 2004

J.M. Smits, 'Europa en het Nederlandse privaatrecht', *NTBR* 2004, p. 490-500.

Smits 2001a

J.M. Smits, 'Nogmaals de Richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie', *WPNR* 2001, p. 853-855.

Smits 2001b

J.M. Smits, 'The Principles of European Contract Law en Common Law en Civil Law', *WPNR* 6436 2001, p. 235-242.

Smits 2001c

J.M. Smits, 'Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is', *Contracteren* 2001, p. 73-74.

Smits 2000a

J.M. Smits, 'Europees privaatrecht en rechtsvergelijking', *WPNR* 2000, 6399, p. 281-287.

Smits 2000b

J.M. Smits, *The good Samaritan in European private law: on the perils of principles without a programme and a programme for the future (oratie Maastricht)*, Deventer: Kluwer 2000.

Social Justice Group 2004

Social Justice in European contract law: a manifesto', *ELJ*, Vol. 10, no. 6, November 2004, p. 653-674.

Terryn 2007

E. Terryn, The Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, *TvC* 2007, p. 105-110.

Thunnissen 1990

H.O. Thunnissen, Bouwaanneming volgens het NBW: evaluerende en rechtsvergelijkende beschouwingen (preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer 1990.

Thunnissen 1991

H.O. Thunnissen, Inleiding tot beraadslagingen over het preadvies, 'Verslag van de VBR-jaarvergadering 1990', *BR* 1991, p. 171-173.

Twigg-Flesner 2008

Chr. Twigg-Flesner, The Europeanisation of Contract Law, Londen/New York: Routledge-Cavendish 2008.

Van Velten 1998

A.A. van Velten, Europese Richtlijnen onroerend goed recht (serie Europees Privaatrecht 3), Deventer: Kluwer 1998, p. 28.

Werro & Palmer

F. Werro and V.V. Palmer, The boundaries of strict liability in European tort law, 'The Common Core of European Private Law The Trento Project, Durham/Bern/Brussel: Carolino Academic Press/Staempfli Publishers/Bruylant 2004.

Wessels & Jongeneel 1997

B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, Algemene voorwaarden (Studiepockets privaatrecht, nr. 48), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Willet 1997

C. Willet, 'The Directive on unfair terms in consumer contracts and its implementation in the United Kingdom', *ERPL* 1997, p. 223-236.

Wissink 1995

M.H. Wissink, 'Algemene voorwaarden en de Richtlijn oneerlijke bedingen', *Bb* 1995, p. 1-4.

Wissink 1999

M.H. Wissink, 'Een 'effectief wetsvoorstel', *WPNR* 1999, 6371, p. 679-680.

Zimmerman & Whittaker 2000

R. Zimmermann & S. Whittaker (eds.), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge studies in international and comparative law), 'The Common Core of European Private Law', Cambridge: Cambridge University Press 2000.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 3

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 IIIc. Aanneming van werk, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hijma 5-I 2007

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht. Arbeidsovereenkomst. Aanneming van werk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Asser/Maeijer 5-V 1995

J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, nr. 5, Bijzondere overeenkomsten, Deel V, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser/Van Schaick 5-IV 2004

A.C. van Schaick, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Deventer: Kluwer 2004.

Van den Berg e.a. 1996

M.A.M.C. van den Berg e.a., De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build-contracten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Broekema-Engelen 1993

B.J. Broekema-Engelen, 'Boekbespreking Consumentenkoop van M. van Delft-Baas', Serie Monografieën Nieuw BW, *WPNR* 1993-6108, p. 709-711,

Van der Boom 1990

C.F.G. van der Boom, Nieuwbouw koopwoningen, Deventer: Kluwer 1990.

Cahen 2004

J.L.P. Cahen, Overeenkomst en derden, Monografieën Nieuw BW B57, Deventer: Kluwer 2004.

Cahen 2002

C.L.P. Cahen, Pitlo - deel 4, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2002.

Castermans & Krans

A.G. Castermans en Krans, 'Gemengde overeenkomsten', *NbBW* 2003, nr. 7/8, p. 104-108.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Van Erp & Jongeneel 1992

J.H.M. van Erp en R.H.C. Jongeneel, 'reactie op "Vallen door een ander dan partijen opgestelde Algemene Voorwaarden onder afdeling 6.5.3"', *WPNR* 6037 1992 p. 127-130.

Hensen 1992

Chr.J.F.M. Hensen, 'Koop van onroerende zaken. De voorgestelde regeling in vergelijkend perspectief', *NJB* 1992, p. 1484-1490.

Hijma 1997a

Jac. Hijma, Algemene Voorwaarden (Monografieën Nieuw BW B55), Deventer: Kluwer 1997.

Hondius 1976

E.H. Hondius, Konsumentenrecht, (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 23), Deventer: Kluwer 1976.

Hondius 1980

E.H. Hondius 'Consumentenrecht: de eerste tien jaar', *NJB* 1980, p. 849-856.

Hondius 1992

E.H. Hondius, Consumentenrecht, (Monografieën Nieuw BW, A8), Deventer: Kluwer 1992.

Hondius & Rijken 1996

E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument (Recht en Praktijk 27), Deventer: Kluwer 1996.

Hondius & Serrasis-Perrick 1979

Hondius & G. Serrasis-Perrick, 'Het voorontwerp inzake consumentenkoop', *NJB* 1979, p.773.

Jongeneel 1991a

R.H.C. Jongeneel, 'Vallen door een ander dan partijen opgestelde algemene voorwaarden onder afdeling 6.5.3?', *WPNR* 6072 1991, p. 813-816.

Jongeneel 1991b

R.H.C. Jongeneel, De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz, Deventer: Kluwer 1991.

Joustra 1996

C.A. Joustra, 'Naar een uniform begrip consument', in: Van Buren-Dee, Hondius & Kottenhagen-Edzes 1996, p. 201-212.

Lando & Beale 2000

O. Lando & H. Beale, Principles of European Contract Law, Parts I and II, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 2000.

Loos 2001a

M.B.M. Loos, 'Veroordeling Nederland wegens niet-omzetting Richtlijn oneerlijke bedingen', *NTER* 2001, p. 242.

Loos 2001b

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en de mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2001.

Loos 2004

M.B.M. Loos, *Consumentenkoop, Monografieën Nieuw BW B65b*, Deventer: Kluwer 2004.

Loos 2005

M.B.M. Loos, 'Het begrip 'consument' in het Europese en Nederlandse privaatrecht', *WPNR* 6638-2005, p. 771-772.

Loos 2006

M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Mortelmans & Watson 1995

K.J.M. Mortelmans en S. Watson, 'The notion of consumer in community law: a lottery?', *TvC* 1995, p. 229-246.

Pasa & Benacchio 2005

B. Pasa & G.A. Benacchio, *The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe*, Budapest/New York: Central European University Press, 2005.

Reehuis & Slob 1990

W.H.M. Reehuis, *Invoering boeken 3, 5, en 6, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Rinkes 2009

J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009, p. 380-387.

Van Schaick 1994

A. C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Schrama 2002

W.M. Schrama, 'Chapter 2. Formation of Contracts. Section 1. General Provisions', in: D. Busch & E. Hondius & H.J. van Kooten & H.N. Schelhaas (gen. red.) & W.M. Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch law. A commentary*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 75-103.

Smits 2001a

J.M. Smits, 'Nogmaals de Richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie', *WPNR* 2001, p. 853-855.

Smits 2000a

J.M. Smits, 'Europees privaatrecht en rechtsvergelijking', *WPNR* 2000, 6399, p. 281-287.

Snijders 1973

W. Snijders, *Speculum Langemeijer*, 31 rechtsgeleerde opstellen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.

Temmink 1996

H.A.G. Temmink, 'Europees consumentenrecht', in: Hondius & Rijken 1996, p. 9-50.

Verhulp 2003

In: P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten & E. Verhulp, *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Kluwer: Deventer

Vermeij 2006

P. Vermeij, 'De reikwijdte van de (non-)conformiteit bij koop/-aannemings-overeenkomst', *BR* 2006, p. 612-616.

Wessels en Jongeneel 1997

B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, *Algemene Voorwaarden*, Studiepockets privaatrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Wessels 1993

B. Wessels, 'Recente rechtspraak inzake gemengde contracten', *NbBW*, 1993, nr. 1, p. 8-10.

Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2006

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 4

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hijma 5-I 2001

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Breedveld-de Voogd 2007

C.G. Breedveld-de Voogd, Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning, Den Haag Boom Juridische Uitgevers 2007.

Chao-Duivis & Koning 2001

M.A.B. Chao-Duivis en A.Z.R. Koning, Veranderende rollen. Een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht, Deventer: Kluwer 2001.

Duk 1998

R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en uitleg van CAO's', *SMA* 1998, p. 469-471.

Grosheide 2000

F.W. Grosheide, 'Lees maar er staat niet wat er staat', *Contracteren* 2000, p.100-107.

Van de Heijden 1994

P.F. van de Heijden, 'Uitleg van CAO-bepalingen', *Arbeidsrecht* 1994-8, p. 4.

Lando & Beale 2000

O. Lando & H. Beale, Principles of European Contract Law. Parts I and II, The Hague/London/Boston Kluwer Law International 2000.

McKendrick 2004

E. McKendrick, The creation of a European law of contracts - the role of standard form contracts and principles of interpretation, Deventer: Kluwer 2004.

Nieuwenhuis 2007

J.H. Nieuwenhuis, 'Tekst en tijd. Het belang van het voortschrijden van de tijd bij uitleg van juridische teksten.', *WPNR* 2007, p. 379-387.

Paquay 1992

G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Van Rossum 2006

M.M. van Rossum, 'Uitleg van algemene voorwaarden', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene Voorwaarden*, (Serie Recht en Praktijk 143), Deventer, Kluwer 2006, p. 47-69.

Sagel 2000

S.F. Sagel, 'Grammaticale uitleg van CAO-bepalingen: een absoluut criterium?', *Arbeidsrecht* 2000-1, p. 23-29.

Sagel 2003

S.F. Sagel, 'De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (I)', *Arbeidsrecht* 2003-11, p. 12-25.

Sandee 1995

F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabriektenkoop*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Van Schaik 1991

A.C. van Schaik, 'Uitlegeregels', *WPNR* 1991-6311, p. 272-277.

Tanja-van den Broek 2002

H. Tanja-van den Broek, *WPNR* 2002-6493, p. 430-435.

Tjittes 2003

R.P.J.L. Tjittes, 'Contractsuitleg', *RM Themis*, 2003, p. 121-122.

Tjittes 2007

R.P.J.L. Tjittes, 'Terug naar de tekst - een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten', *WPNR* 2007, p. 417-423.

Valk 1994

W.L. Valk, 'De grenzen van de Haviltexformule en de uitleg van algemene voorwaarden', *NTBR* 1994, p.111-113.

Van Wechem & Wissink 2004

T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink, 'Herpositionering van Haviltex: een wegwijzer voor de keuze tussen subjectieve en objectieve uitleg van schriftelijke contracten', *Contracteren* 2004, p. 21-22.

Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw 1981

Werkgroep standaardregelingen in de bouw, Harmonisatie van Standaardvoorwaarden in de Bouw, (Bouwrecht Monografieën deel 5), Deventer: Kluwer-Samsom 1981.

Van Wijngaarden 2001

M.A. van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht 12a. Onduidelijkheden in bestek en overeenkomst, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005a

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, Hoofdstukken Bouwrecht 12a. Onduidelijkheden in bestek en overeenkomst, Deventer: Kluwer 2005.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005b

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, Hoofdstukken Bouwrecht 12b. Tegenstrijdigheden in bestek en overeenkomst, Deventer: Kluwer 2005.

Wissink 2000

M.H. Wissink, 'Contracten uitleggen; een verkenning van hoofdstuk 5 van de Principles of European Contract Law', *NTBR* 2000, p. 465-470.

Wissink 2002

M.H. Wissink, Chapter 5. Interpretation, in: D. Busch, E. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas (gen. red.) & W.M. Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch law. A commentary*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 241-257.

Zweigert & Kötz 1998

K. Zweigert & H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford: Clarendon Press 1998.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 5

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 3C. Aanneming van werk, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hijma 5-I 2007

Jac. Hijma, Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, zesde druk, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Hijma 5-I 2001

Jac. Hijma, Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, zesde druk, Deventer: Kluwer 2001.

Asser/Mijnssen/de Haan/van Dam/Ploeger 3-I 2006

F.H.J. Mijnssen, P. de Haan, C.C. Dam & H. D. Ploeger, Mr. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijke recht. 3. Goederenrecht. Deel I. Algemeen goederenrecht, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2006.

Bakker 2006

P.S. Bakker, 'Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 BW nader beschouwd', *BR* 2006, p. 1063-1068.

Bartels 1996

S.E. Bartels & J.M. van Buren-Dee, 'Woningkoop door consumenten' in: J.M. van Buren-Dee, E. Hondius & P.A. Kottenhagen-Edzes (red.), *Consument zonder Grenzen* (opstellen aangeboden aan mr. M. van Delft-Baas), 1996, p. 55-67.

Bartels 2006

S.E. Bartels, De 'Vormering drie jaar van kracht', *BR* 2006, p. 1068-1077.

Bartels & Heyman 2004

S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers', *WPNR* 2004-6600, p. 938-941.

Bartels & Heyman 2006

S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'Overbruggingshypotheek en Vormerkung', *WPNR* 2006-6654, p. 121-123.

Bartels & Sander 1998

S.E. Bartels & C.J. Sander, 'De bedenktijd in het Burgerlijk recht', in: Van Boom e.a. (red.), *Koop! BW-krant jaarboek 14*, p. 79-98.

Van den Berg 2002

M.A.M.C van den Berg, 'Een nieuwe regeling voor de aanneming van werk', *BR* 2002, p. 1014-1027.

De Boer 1993

J. de Boer, 'Huizenkoop en notaris', *NJB* 1993, p. 1243-1244.

Bosman 2005

H.A. Bosman, 'Enkele notities over de artt. 7:2 en 7:3 BW bij consumenten o.g.', *WPNR* 2005, p. 748-751.

Breedveld-de Voogd 2003

C.G. Breedveld-de Voogd, 'Het schriftelijkheidsvereiste in de nieuwe regeling voor de koop van onroerend goed', *NbBW* 2003, p. 114-119.

Breedveld-de Voogd 2004

C.G. Breedveld-de Voogd, 'Geen wijziging van de Wet Koop van onroerende zaken', *NbBW* 2004, p. 34-40.

Breedveld-de Voogd 2006

C.G. Breedveld-de Voogd, 'Het begrip 'tot bewoning bestemde onroerende zaak' uit art. 7:2 BW', *MvV* 2006, p. 223-227.

Breedveld-de Voogd 2007

C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, Boom Juridische Uitgevers 2007.

Breedveld-de Voogd 2008,

C.G. Breedveld-de Voogd, 'Hoe nietig is de nietige koopovereenkomst?', *TBR* 2008, p. 519-528.

Breedveld-de Voogd 2009,

C.G. Breedveld-de Voogd, 'De notariële koopovereenkomst en de sanctie op een vormvoorschrift', *WPNR* 2009/6781, p. 6-9.

Broekveld 2004a

L.P. Broekveld, 'Koop registergoed 'Vormerkung' en beslag (I)', *WPNR* 2004-6600, p. 930-937.

Broekveld 2004b

L.P. Broekveld, 'Koop registergoed 'Vormerkung' en beslag (II, slot)', *WPNR* 2004-6601, p. 959-967.

Broekveld 2006

L.P. Broekveld, 'Problemen rond 'Vormerkung', 'paritas creditorum' en rangorde', *WPNR* 2006-6675, p. 559-565.

Castermans 1992

A.G. Castermans, 'De makelaar, de notaris en de koop van onroerende zaken', *WPNR* 1992-6044, p. 271-274.

Chao-Duivis 1995

M.A.B. Chao-Duivis in: A.J.H.W. Coppelmans, W.E.C.A. Valkenburg, R.D. Vriesendorp & W.J. Witteveen (red.), *Het actuele recht 2*, Lelystad: Vermande 1995, p. 49-50.

Consumentenorganisatie ROZ 1985

Rapport consumentenorganisaties december 1985, Rapport ROZ mei 1987.

Croes 2001

A.L. Croes, 'Enige bedenkingen tegen de bedenktijd bij de koop van onroerende zaken', *NTBR* 2001, p.334-339.

Van Dam 1994

C.C. van Dam, *Politieke infiltratie in het privaatrecht (oratie)*, Deventer: Law & Practice: 1994.

Dammingh 1998

J. Dammingh, 'De mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper', *WPNR* 1998-6327, p. 567-571.

Dammingh 2004

J.J. Dammingh, 'De nieuwe wet 'koop onroerende zaken' en de makelaar', *BR* 2004, p. 293-303.

Dammingh 2006a

J.J. Dammingh, 'Enkele opmerkingen over de Vormerkung', *WPNR* 2006-6650, p. 25-26.

Dammingh 2006b

Naschrift van J.J. Dammingh bij: J.W.A. Hockx, 'Voorrangsaantekening nader beschouwd, reactie op 'Enkele opmerkingen over de Vormerkung', *WPNR* 2006-6664, p. 342-345, *WPNR* 2006-6664, p. 346.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Frenk 1996

N. Frenk, 'De koop van onroerende zaken toch niet in notariële vorm', *NbBW* 1996, p. 14-15.

Van Gastel 2006

C.P. van Gastel, 'Reactie op 'eerste ervaringen met het vormvereiste van art. 7:2 lid 1 BW (vervolg)' en enkele notities over de artt. 7:2 en 7:3 BW bij consumentenkoop o.g.' in *WPNR* 2005-6636', *WPNR* 2006-6650, p. 44-45.

Hartlief & Reurich 1999

T. Hartlief & L. Reurich, 'De invloed van een afkoelingsperiode op toepassing van het dwalingsleerstuk', *WPNR* 1999-6342, p. 49-51.

Hensen 1992

Chr.J.F.M. Hensen, 'Koop van onroerende zaken. De voorgestelde regeling in vergelijkend perspectief', *NJB* 1992, p. 1484-1490.

Hesselink & Van Kooten 1996

M.W. Hesselink & H.J. van Kooten, 'De rechtspositie naar art. 7:2 (nieuw) van de consument die bij mondelinge overeenkomst een woning heeft gekocht', in: J.M. van Buren-Dee, E. Hondius & P.A. Kottenhagen-Edzes (red.), *Consument zonder Grenzen* (opstellen aangeboden aan mr. M. van Delft-Baas), 1996, p. 69-82.

Hijma 2003

Jac. Hijma, 'Bedenktijdoverpeinzingen', *WPNR* 2003-6552, p. 813-814.

Hijma & Valk 2004

Jac. Hijma & L. Valk, *Wettelijke bedenktijd, preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2004.

Hondius 2004

E.H. Hondius, 'Ars Aequi Katern Consumentenrecht', *AA* (2004) Katern 95, p. 5244.

Hockx 2006

J.W.A. Hockx, 'Voorrangs aantekening nader beschouwd, reactie op 'Enkele opmerkingen over de Vormerkung'', *WPNR* 2006-6664, p. 342-345.

Huijgen 2002

W.G. Huijgen, 'Aanvulling Boek 7 nieuw BW met koop en huurkoop van onroerende zaken en aanneming van werk', *BR* 2002, p. 1003-1010.

Huijgen 2003

W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken (Studiepockets Priivaatrecht)*, Deventer: Kluwer 2003.

Huijgen 2004

W.G. Huijgen, 'Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW', *JBN* 2004, nr. 65, p. 13.

Huijgen 2005

W.G. Huijgen, 'De reikwijdte van art. 7:3 BW', *WPNR* 2005-6637, p. 763.

Huijgen 2006

W.G. Huijgen, 'Recente ontwikkelingen rond de totstandkoming van de koop van een woning (art. 7:2 BW)', *BR* 2006, p. 1055-1063.

Huijgen 2008

W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken (Monografieën Privaatrecht)*, Deventer: Kluwer 2008.

Kleijn 1992

W.M. Kleijn, *Koop van onroerend goed en efficiënte consumentenbescherming, afscheidsrede*, Gouda Quint 1992.

Kleijn & Van Velten 1985

W.M. Kleijn & A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen, VBR-advies nr. 13*, Deventer: Kluwer 1985.

KNB 2003

De meest gestelde vragen over de Wet koop onroerende zaken en aanneming', *KNB 2003/1*, nr. 10.

Koenecke 2006

J.R. Koenecke, 'Reactie op de reactie van J.W.A. Hoeckx en het naschrift van Dammingh inzake de vooraantekening over de Vormerkung in *WPNR 2006-6664*', *WPNR 2006-6671*, p. 465.

Krans 2003

H.B. Krans, 'De nieuwe regeling der 'Vormerkung'', *NbBW 2003*, p. 176-178.

Lando & Beale 2000

O. Lando and H. Beale (red.), *The Principles of European Contract Law parts I and II*, Den Haag: Kluwer Law International 2000.

Loos 2002

M.B.M. Loos, 'Consumentenbescherming bij de koop van onroerende zaken en aanneming van werk: een nog altijd onevenwichtig en onvoldoende doordacht wetsvoorstel', *NTBR 2002*, p. 356-367.

Loos 2003a

M.B.M. Loos, 'Bedenktijd en precontractuele aansprakelijkheid bij de koop van woningen', in: *Aan Wil besteed*, liber amicorum voor prof. dr. W. Wedekind onder redactie van D.L.M.Th. Dankers-Hagenaars en P.A.W. Piepers, Deventer: Kluwer 2003, p. 251-264.

Loos 2003b

M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming', *TvC* 2003, p. 6-23.

Loos 2003c

M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumentenbescherming' in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 151-168.

Loos 2005

M.B.M. Loos, 'Het begrip 'consument' in het Europese en Nederlandse privaatrecht', *WPNR* 6638-2005, p. 771-772.

Loos 2006

M.B.M. Loos, 'Binding van de verkoper bij 'consumentenkoop' van woningen aan de mondelinge wilsovereenstemming: drie jaar ervaring maar nog altijd geen duidelijkheid', *TvC* 2006-6, p. 179-182.

Luijten 1993

E.A.A. Luijten, 'De koopakte van onroerende zaken in notariële vorm; een na te streven rechtsgoed', *WPNR* 6081-1993, p. 129-134.

Mok 1997

M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch? (afscheidsrede Groningen)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Mourik 1975

M.J.A. van Mourik, 'De tussenkomst van de notaris bij de totstandkoming van obligatoire overeenkomsten, in het bijzonder die tot eigendomsoverdracht van onroerend goed', *WPNR* 1975-5302, p. 245-255.

Nieskens-Isphording 1997

B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Vormering met doorwerking; een andere kijk op art. 7:3 BW', *WPNR* 1997-6277, p. 459-460.

Nieuwenhuis 2001

J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkend contractenrecht', *NTBR* 2001, p. 333.

Oranje & Schreurs 2002

M.R. Oranje & S.K. Schreurs, De betekenis van het inschakelen van deskundigen bij koopovereenkomsten, een overzicht in verband met de grens tussen onderzoeks- en mededelingsplicht, *BR* 2002, p. 945-952.

Rijntjes 2005

M. Rijntjes, 'Wordt de schriftelijkheidseis als bedoeld in art. 7:2 BW te strak gehanteerd?' *Vastgoedrecht* 2005, p. 115-117.

Roes 2006

B.H.J. Roes, 'Reactie op 'Enkele opmerkingen over de Vormerkung'', *WPNR* 2006-6650', *WPNR* 2006-6671, p. 466.

Van Rossum 2009

M.M. van Rossum, De regeling met betrekking tot de consumentenkoop van woningen, *TvC* 2009, p. 81-86.

Van Rossum 2003

M.M. van Rossum, 'Wet koop onroerende zaken en aanneming van werk: enige notities met betrekking tot de consumentenbescherming', *TvC* 2003-4, p. 264-275.

Le Roy 2005

R.G.N. le Roy, 'Tekortschieten remedies voor teleurgestelde kopers van woningen', *NTBR* 2005, p. 249-261.

Schrama 2002

W.M.Schrama, 'Chapter 2 Formations of contracts. Section 1: General Provisions', in: D. Busch e.a. (eds.) *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Selderbeek-Doyer 2008

H.C. Selderbeek-Doyer, Vijf jaar artikel 7:2 BW, *TvC* 2008, p. 179-186.

Tjittes 1992

R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht* (Monografieën Nieuw BW A-6a), 1992.

Valk 1998

W.L. Valk, 'Koop en contractsevenwicht', in: Van Boom e.a. (red.), *Koop! BW-krant jaarboek 14*, p. 9-24.

Van Velten 1994a

A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken en aanneming van werk (I)', *WPNR* 1994-6138, p. 381-386.

Van Velten 1994b

A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken en aanneming van werk (II)', *WPNR* 1994-6139, p. 397-401.

Van Velten 1994c

A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken en aanneming van werk (III, slot)', *WPNR* 1994-6140, p. 418-421.

Van Velten 2003b

A.A. van Velten, 'Bedenkingen omtrent de bedenktijd', *WPNR* 2003-6554, p. 855-856.

Van Velten 2003c

A.A. van Velten, 'De behandeling van de wetsvoorstellen koop, aanneming en huurkoop van onroerende zaken in de Eerste Kamer en de positie van de notaris: never a dull moment', *WPNR* 2003-6538, p. 496-501.

Van Velten 2004a

A.A. van Velten, 'Bedenktijd in het vermogensrecht', *WPNR* 2004-6575, p. 295-300.

Van Velten 2004b

A.A. van Velten, 'Gerezen problemen bij toepassing van de nieuwe artikelen 7:2 en 7:766 BW inzake de bedenktijd', *BR* 2004, p. 310-318.

Van Velten 2005a

A.A. van Velten, 'Eerste ervaringen met het vormvereiste van art. 7:2 lid 1 BW bij de consumetenkoop o.g.', *WPNR* 2005-6613, p.197-198.

Van Velten 2005b

A.A. van Velten, 'Eerste ervaringen met het vormvereiste van art. 7:2 lid 1 BW (vervolg)', *WPNR* 2005-6636, p. 729-730.

Van Velten 2005c

A.A. van Velten, 'Rechtsvragenrubriek. Het stellen van de Vormerkung bij de koop van een door de verkoper te formeren appartementsrecht', *WPNR* 2005-6617, p. 305-306.

Van Velten 2005d

A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken (Monografieën BW B65c)*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Velten 2006

A.A. van Velten, 'Verdere ervaringen met de bedenktijd en vormvereiste van een schriftelijk contract bij de consumentenkoop o.g. (art. 7:2 BW)', *WPNR* 2006-6675, p. 563-565.

Van Velten 2008

A.A. van Velten, *Het schriftelijk koopcontract van art. 7:2 BW*, *WPNR* 2008-6740, p. 106-108.

Wedekind 1991

W.G.Ph.E. Wedekind, 'De koper heeft honderd ogen nodig, de verkoper niet een', *WPNR* 1991-6019, p. 643-648.

Wedekind 1994

W.G.Ph.E. Wedeking, 'Wetsontwerp ('consumenten') koop van onroerende zaken bij de Tweede Kamer ingediend', *BR* 1994, p. 365-368.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht 2. De aansprakelijkheid na de onderhoudsperiode. Aansprakelijkheid na de oplevering volgens het BW*, Deventer: Kluwer 2007.

Zwitser 1994a

R. Zwitser, 'De zakenrechtelijke positie van de koper van onroerend goed (I)', *WPNR* 1994-6161, p. 857-862.

Zwitser 1994b

R. Zwitser, 'De zakenrechtelijke positie van de koper van onroerend goed (II, slot)', *WPNR* 1994-6162, p. 881-885.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 6

Asser/Hijma 5-I 2007

Jac. Hijma, *Mr. C.Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijke recht, Bijzondere overeenkomsten deel I. Koop en ruil*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2007.

Breedveld-de Voogd 2007

C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, Vrijheid en gebondenheid bij de koop van woningen*, Boom Juridische Uitgevers 2007.

Bruggeman 2006

E.M. Bruggeman, *Praktijkboek koop-/aannemingsovereenkomst*, Den Haag IBR 2006.

Chao-Duivis 1997

M.A.B. Chao-Duivis, 'Kroniek van het privaatrecht voor zover voor de bouw van belang, augustus tot en met december 1996 II', *BR* 1997, p. 906-912.

Dammingh 2002a

J. J. Dammingh, 'Het gebruik van een financieringsclausule bij de koop en verkoop van een woning' (I), *WPNR* 2002-6510, p. 779-784.

Dammingh 2002b

J.J. Dammingh, 'Het gebruik van een financieringsclausule bij de koop en verkoop van een woning' (II), *WPNR* 2002-6511, p. 794-799.

Van Emden 2004

E.L.A. van Emden, 'Arrest verhoogt kans op procedure bij bankgaranties', *WPNR* 2004-6592, p. 781-782.

Hijma e.a. 2004

Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 3), vierde druk, Deventer: Kluwer 2004.

Hondius 1992

E.H. Hondius, 'Het bestendig gebruikelijk beding ... weg ermee', bijdrage in *Quod Licet* Kleijn-bundel, Deventer: Kluwer 1992, p. 127-133.

Huijgen 2003

W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken*, Studiepockets Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2003.

Sleger 2002

C.W.M. Sleger, 'De Bankgarantie', in: *Garanties in de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2002.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 7

Asser/Van den Berg 5-IIIc 2007

M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht deel 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III-C, Aaneming van werk*, Kluwer: Deventer 2007.

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, *Mr. C Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hijma 5-I 2007

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijke recht, Bijzondere overeenkomsten deel I. Koop en ruil*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2007.

Barendrecht e.a. 2007

J.M. Barendrecht, e.a., *Principles of European law. Service contracts (PEL SC)*, Munich: Sellier. European Law Publishers together with Study Group on a European Civil Code 2007.

Van der Beek 2003

H.L. van der Beek, de 5%-regeling bij de oplevering van nieuwbouwwoningen, in: hoofdstukken Bouwrecht, *Aangenomen werk Liber Amicorum* prof. mr. M.A. van Wijngaarden, W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 175-180.

Bruggeman 2006

E.M. Bruggeman, *Praktijkboek koop-/aannemingsovereenkomst*, Den Haag: IBR 2006.

Bruggeman 2008

E.M. Bruggeman, Oplevering van nieuwbouwwoningen, *TBR* 2008, p. 109-118.

Busch & Hondius 2002

D.Busch, E.H. Hondius et al, *The principles of European contract law and Dutch law. A commentary*, Nijmegen: Kluwer Law International 2002.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Heering 2003

J.P. Heering, Contra Proferentem: uitlegregel of gezichtspunt?', *WPNR* 2003/6518 p. 99-102.

Hijma 1999

J. Hijma, 'Uitleg contra proferentem', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 461-474.

Storm 2006

J.J. Storm, 'De voorwaarden voor uitbetaling bij de 5%-regeling voor nieuwbouw-woningen', *WPNR* 2006-6685, p. 758-759.

Storm 2008

J.J. Storm, 'Aan wie komt de rente toe bij de 5%-regeling?', *WPNR* 2008-6773, p. 832-835.

Tjittes 2005

R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005, p. 2-29.

Wessels. e.a. 2006

B. Wessels, R.H.C. Jongedeel, M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006.

Wissink 1999

M.H. Wissink, 'Een 'effectief' wetsvoorstel', *WPNR* 1999/6317, p. 679-680.

Van Wijngaarden 1991

M.A. van Wijngaarden, interventie, in: 'Beraadslagingen over het preadvies', *BR* 1991, p.173-198, p. 177-178 & 179.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2005

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, Hoofdstukken Bouwrecht 12a, Onduidelijkheden in bestek en overeenkomst, vijfde druk, Den Haag: Kluwer 2005, nr. 761.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 8

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 IIIC. Aanneming van werk, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Hartkamp 4-I 2004

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2008

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2008

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hijma 5-I 2007

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, Deventer: Kluwer 2007.

Barendrecht e.a. 2007

J.M. Barendrecht, e.a., Principles of European law. Service contracts (PEL SC), Munich: Sellier. European Law Publishers together with Study Group on a European Civil Code 2007.

Bartels 2003

S.E. Bartels, ABC-contracten en aansprakelijkheid, Contracteren 2003, p. 68 e.v.

Bartels 2005

S.E. Bartels, 'Bijzondere lasten en beperkingen bij verkoop en levering van vastgoed', *VrA* 2005, p. 29-39.

Van den Berg 2001

M.A.M.C. van den Berg, De keuze tussen nakoming, schadevergoeding en ontbinding en de belangen van de debiteur, *WPNR* 6439/2001, p. 299-301.

Van den Berg & Lavrijssen 2004

M.F.M.van den Berg & N.Lavrijssen, Artikel 2 modelcontract GIW: een luchtkasteel!, *TvC* 2004, p. 172- 178.

Breedveld-de Voogd 2007

C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, Boom Juridische Uitgevers 2007.

Broekema-Engelen & Castermans 1990

B.J. Broekema-Engelen & A.G. Castermans, 'Koop van onroerende zaken en overdracht van onbelaste eigendom', *WPNR* 5975(1990), p. 607-608.

Bruggeman 2006

E.M. Bruggeman, 'Te weinig geleverde grond, aansprakelijkheid en schadevergoeding', *BR* 2006, p. 514-523.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Duyvensz 2003

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van exoneratieclausules* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Heyman & Van Rossum 1992

H.W. Heyman & M.M. van Rossum, Artikel 7:17 BW: een valkuil voor verkoper en koper van onroerend goed, *WPNR* 6046, 1992 p. 307-314.

Huijgen 2003

W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken* (Studiepockets Privaatrecht), Deventer: Kluwer 2003.

Janssen & Van Rossum 2001

M.A.J.G Jansen & M.M. van Rossum, Acties van de koper, *Advocatenblad* 2001, p. 649-700.

Kleijn & Van Wijngaarden 1975

W.M. Kleijn & M.A. van Wijngaarden, 'De nieuwe voorwaarden m.b.t. koop en aanneming van woningen', *WPNR* 1975/5302 p. 222-245.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999.

Loos 2001

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Kleijn 1992

W.M. Kleijn, *Koop van onroerend goed en efficiënte consumentenbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Lando & Beale 2000

O. Lando, H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law. Part I and II*, The Hague: Kluwer Law International 2000.

Rijken 1983

G.J. Rijken, *Exoneratieclausules*, Deventer: Kluwer 1983.

Rijken 1994

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën NBW deel 5A), Deventer: Kluwer 1994.

Schaaf & Swennenhuis 1990

F.R.A. Schaaf & Y.M. Swennenhuis, 'Ondermaat bij nieuwbouwwoningen', *BR* 1990, p.258-263.

Valk 1998

W.L. Valk, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Velten 1979

A.A. van Velten, 'De rechtspositie van de verkrijger van een nieuw gebouw', *BR* 1979, p. 667-672.

De Vries 2002

G.J.P. de Vries, *remedies op grond van niet-nakoming van internationale contracten in het licht van de PECL*, Deventer: Kluwer 2002.

Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Zeben e.a. 1990

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (eindred.), W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Van Zeben, Reehuis & Slob 1991

C.J. van Zeben (eindred.), W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten. Titels 1,7,9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 9

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 3C. Aanneming van werk, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2008

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hartkamp 4-I 2004

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk rech. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hijma 2007

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht. Arbeidsovereenkomst. Aanneming van werk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Barendrecht e.a. 2007

Barendrecht e.a., Principles of European Law, Service Contracts, München: Sellier European Law Publishers 2007.

Van den Berg 1996

M.A.M.C. van den Berg, De ontwerpende bouwer: over turnkey- en design & build-contracten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Janssen 1998

C.E.C. Jansen, towards a European building contract law (diss), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998.

Kleijn & Van Wijngaarden 1975

W.M. Kleyn & M.A. van Wijngaarden, 'De nieuwe voorwaarden m.b.t. koop en aanneming van woningen', *WPNR 1974*, pp. 222-245.

Van Nispen 2003

C.J.J. C van Nispen, Sancties in het vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2003.

Stichting Bouwresearch 2003

J. Hacquebord, *Consumentgericht bouwen: strategie en praktijk*, Rotterdam: stichting SBR 2003.

Thunnissen 1978

H.O. Thunnissen, 'globale vergelijking van enige bepalingen van het BV, het NBW en van een aantal bepalingen van standaardvoorwaarden in de bouw', *BR 1978*, pp. 256, 257.

Venekatte 2001

E. Venekatte, 'De Raad van Arbitrage en de koop-/aannemingsovereenkomst', *BR 2001*, p. 563-572.

Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2006

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht 5*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht 6*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis 2006

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, Hoofdstukken Bouwrecht 13. Verantwoordelijkheid voor de uitvoering. Verantwoordelijkheid voor de onderaannemer. Orders en aanwijzingen van de directie, Deventer: Kluwer 2006.

Van Wijngaarden 1990

M.A. van Wijngaarden, Aanneming van bouwwerken, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Van Wijngaarden 1974

M.A. van Wijngaarden, Handleiding tot de UAV, Deventer: Kluwer 1974.

Literatuurlijst bij hoofdstuk 10

Asser/Van den Berg 2007

M.A.M.C. van den Berg, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht deel 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III-C, Aanneming van werk, Kluwer: Deventer 2007.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Kortmann/de Leede/Thunnissen 1994 (5-III)

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle, 1994

Van den Berg 1990

M.A.M.C. van den Berg, Samenwerkingsvormen in de bouw, Kluwer: Deventer 1990

Van den Berg 1996

M.A.M.C. van den Berg, 'Koop-/aannemingsovereenkomst', *TVC* 1996/5, p. 355-360

Van der Boom 1990

C.F.G. van der Boom, *Nieuwbouw koopwoningen*, Deventer: Kluwer 1990

Busch & Hondius 2002

D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri & Den Haag: Kluwer Law International 2002.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Donders 1968

N.J.M. Donders, 'De aansprakelijkheid van de hoofdaannemer voor de hem door de directie voorgeschreven onderaannemers', BR 1968, p. 440-445

Van Dunné 1984

J.M. van Dunné, 'De aansprakelijkheid voor en risico's van aangetrokken adviseurs, leveranciers, onderaannemers en andere hulppersonen', BR 1984, p. 649-659

Van Dunné 1998

J.M. van Dunné, *Acts of God, overmacht en onvoorziene omstandigheden in het bouwrecht*, Deventer: Kluwer 1998

Goedmakers 1998

A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, : Arnhem:Gouda Quint BW 1998

Herber 2005

W.J.M Herber, 'Staaprijzen, ofwel de invloed van China op de Nederlandse bouwrechtspraak', BR 2005, p. 288-296

Kreuk e.a. 2007

A.E. Kreuk en T.H.M. van Wechem, 'rechterlijke matiging van contractuele boeten - buitensporig en daarom onaanvaardbaar', VrA 2007, p. 79-88.

Lando & Beale 2000

O. Lando & Hugh Beale, Principles of European Contract Law Parts I and II, Combined and revised, The Hague/Londen/Boston: Kluwer Law International 2000.

Van Nielen 2004

P.C. van Nielen, 'Werkstaking in de bouw', BR 2004/2, p. 126-138

C.J. van Zeben & J.W. du Pon 1981

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 1981

Schelhaas

H.N. Schelhaas, losbladige Verbintenissenrecht, supplement 122, art. 91-1.

Van Wijngaarden 1974

M.A. van Wijngaarden, Handleiding tot de UAV, Bouwrecht Monografieën 2, Deventer: Kluwer 1974

Van Wijngaarden 1984

M.A. van Wijngaarden, 'Aansprakelijkheid en risico tijdens en na de uitvoering van het werk', BR 1984, p. 639-644

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006a

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis 2006, *Hoofdstukken Bouwrecht 3, Aanvang en uitvoeringsduur van het werk (verplichtingen en risico's van aannemer en opdrachtgever)*, Deventer: Kluwer 2006,

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006b

M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht 4, Verdragingschade (rechten van aannemer en opdrachtgever)*, Zwolle: Deventer: Kluwer 2006

Literatuurlijst bij hoofdstuk 11

Asser/van den Berg 5-IIIc 2007

M.A.M.C. van den Berg , Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht deel 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III-C, Aanneming van werk, Kluwer: Deventer 2007.

Asser/Kortmann/de Leede/Thunnissen 5-III 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle, 1994.

Van den Berg 2002

M.A.M.C. van den Berg, Een nieuwe regeling voor de aanneming van werk, *BR* 2002/12, p. 1014-1027.

Bruggeman 2008

E.M. Bruggeman, Oplevering van nieuwbouwwoningen, *TBR* 2008, p. 109-118.

Busch & Hondius 2002

D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri & Den Haag: Kluwer Law International 2002.

Cavadino, Goudsmit & De Vries 1980

H.C.J. Cavadino, J.J. Goudsmit en H. de Vries, Nogmaals: het aannemingsrecht in het nieuwe B.W., *BR* 1980, p. 571-582.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Drion 1974

H. Drion, 'Slotbijdrage van de co-referent, mr. H. Drion', *BR* 1974, p. 182-185.

Drion 1978

H. Drion, 'Asser-Thunissen over aanneming', *BR* 1978, p. 640-644.

Fesevur 1999

J.E. Fesevur, 'Enige praktische kwesties betreffende retentierecht op onroerende zaken', *BR* 1999/9, p. 755-766.

Hartlief 1993

T. Hartlief, Invoering titel aanneming van werk, *Bb* 1993/19, p. 165-169.

Lando & Beale 2000

O. Lando & Hugh Beale, Principles of European Contract Law Parts I and II, Combined and revised, The Hague/Londen/Boston: Kluwer Law International 2000.

Barendrecht e.a. 2007

Barendrecht e.a., Principles of European Law, Service Contracts, München: Sellier European Law Publishers 2007.

Kleijn & Van Wijngaarden 1975

W.M. Kleijn & M.A. van Wijngaarden, 'De nieuwe voorwaarden m.b.t. koop en aanneming van woningen', *WPNR* 1975/5302, p. 222-245

Van Veen 2002

R. van Veen, 'Het landelijke contract Koop-/aanneming voor nieuwbouw met GIW garantie: een juridisch doolhof!', *BR* 2002, p. 936-945.

Venekatte 2001

E. Venekatte, 'De Raad van Arbitrage en de koop-/aannemingsovereenkomst', *BR* 2001, p. 407-417.

Van Wijngaarden 1990

M.A. van Wijngaarden, Aanneming van Bouwwerken, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a

M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis 2007, Hoofdstukken Bouwrecht 1, De oplevering, Deventer: Kluwer 2007

Literatuurlijst bij hoofdstuk 12

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 IIIc. Aanneming van werk, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Hartkamp 4-II 2005

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp 4-I 2004

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2004.

Asser/Hijma 5-I 2007

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Kortmann/De Leede/Thunnissen 5-III 1994

S.C.J.J. Kortmann, L.J.M. de Leede & H.O. Thunnissen, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel III. Overeenkomst van opdracht. Arbeidsovereenkomst. Aanneming van werk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Asser/Van Schaick 5-IV 2004

A.C. van Schaick, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Deventer: Kluwer 2004.

Barendrecht e.a. 2007

Barendrecht e.a., Principles of European Law, Service Contracts, München: Sellier European Law Publishers 2007.

Van den Berg 2003

M.A.M.C. van den Berg, Naar een nieuwe regeling in de UAV van de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering van het werk, in: M.A.M.C. van den Berg, M.A.B. Chao-Duivis & H. Langendoen (red.), Aangenomen

werk: Liber amicorum prof. Mr. M.A. van Wijngaarden, W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 181-197.

Van den Berg 2001

M.A.M.C. van den Berg, 'De keuze tussen nakoming, schadevergoeding of ontbinding en de belangen van de debiteur', WPNR 6439 (2001), p. 299-301.

Van den Berg e.a. 1996

M.A.M.C. van den Berg e.a., De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build-contracten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van den Berg 1993

M.A.M.C. Van den Berg, Ondanks nauwlettend toezicht (inaugurele rede Tilburg), Deventer: Kluwer 1993.

Van den Berg 1990

M.A.M.C. van den Berg, Samenwerkingsvormen in de bouw, Deventer: Kluwer 1990.

Bruggeman 2006

E.M. Bruggeman, Praktijkboek koop-/aannemingsovereenkomst, Den Haag: IBR 2006.

Castermans 1992

A.G. Castermans, De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase, Deventer: Kluwer 1992.

Chao-Duivis e.a. 2005

M.A.B. Chao-Duivis, E.M. Bruggeman & A.Z.R. Koning, UAV 1989 Toegelicht, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2005 p. 77.

Chao-Duivis 1991

M.A.B. Chao-Duivis, 'Informatie en mededelingsplichten: een causaliteitsprobleem', BR 1991, p. 81-94.

Dammingh 2002

J.J. Dammingh, Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, Deventer: Kluwer 2002.

Dammingh 2000

J.J. Dammingh, 'Aansprakelijkheid verkoper bij woningkoop', *Advocatenblad* 2000, p. 891-896.

Van Dam 1998

C.C. van Dam, in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 1998.

Dierikx 2008

M. Dierikx, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van de consument op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt, bijdrage aan een mogelijke Europese regulering, Nijmegen: WLP 2008.

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Compendium Vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005.

Hartkamp 1990

A.S. Hartkamp, Titel 7.1 (koop en ruil) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, AA 39 (1990), p. 295 e.v.

Jansen 1998

C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Jongeneel 1988

R.H.C. Jongeneel, Knelpunten in de regeling van de consumentenkoop, *NJB* 1988, p. 1231-1236.

Klik 2004

P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2004, p. 44.

Lando 2004

O. Lando, 'Non-performance (breach) of contracts', bijdrage in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: *Ars Aequi libri*/Kluwer Law International 2004, p. 505-515.

Lando & Beale 2000

O. Lando & Hugh Beale, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Combined and revised, The Hague/Londen/Boston: Kluwer Law International 2000.

Oranje & Schreurs 2002

M.R. Oranje en S.K. Schreurs, 'De betekenis van het inschakelen van deskundigen bij koopovereenkomsten, een overzicht in verband met de grens tussen onderzoeks- en mededelingsplicht', *BR* 2002, p. 945-952.

Otten 2002

J. Otten, 'Heldere ramen, vage regels?', *BR* 2002, p. 209-219.

Paquay 1992

G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Reehuis & Slob 1991

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Rijken 1994

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid (Monografieën Nbw a5)*, 1994.

Van Rossum 2006

M.M. van Rossum 'Uitleg van het begrip 'normaal gebruik' in de standaard NVM-akte: notities naar aanleiding van HR 23-12-2005, *RvdW* 2006, 17.

Van Rossum 2002

M.M. van Rossum (red.), *Garanties in de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2002.

Thunnissen 1989

H.O. Thunnissen, 'Leidt de aannemingsovereenkomst tot een resultatenverbintenis?', *BR* 1989, p. 177-179.

Tjittes 2007a

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking (Monografieën BW A6b)*, Deventer; Kluwer 2007.

Tjittes 2007b

R.P.J.L. Tjittes, 'De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties', *RM Themis* 2007, p. 15-25.

Tjittes 2006

R.P.J.L. Tjittes, 'Koop van een woning met verborgen gebrek', *WPNR* 2006/6659, p. 231-232.

Tjittes 2001a

R.P.J.L. Tjittes, 'Toerekening van kennis van een externe deskundige', *NJB* 2001, p. 7-15.

Valk 1993

W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, Deventer: Kluwer 1993.

Van Velten 1990

A.A. van Velten, 'Aanneming van werk onder het NBW', *WPNR* 5977/1990, p. 642-?.

Vermeij 2006

P. Vermeij, 'De reikwijdte van de (non-)conformiteit bij koop/-aannemings-overeenkomst', *BR* 2006, p. 612-616.

De Vries 2004

F.J. de vries, 'Binnen bekwame tijd', *BW-krant Jaarboek 2004*, Deventer: Kluwer 2004.

De Vries 2002

G.J.P. de Vries, 'Remedies op grond van niet-nakoming van internationale contracten in het licht van de PECL', Deventer: Kluwer: 2002.

Vlaanderen 2000

C.M.H. Vlaanderen, 'Over (on)bekendheidsverklaringen en conformiteit in de NVM koopakte', *WPNR* 6410/2000, p. 514-519.

Van Wijngaarden 1990

M.A. van Wijngaarden, *Aanneming van Bouwwerken (Studiepockets privaatrecht nr. 7)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Van Wijngaarden 1974

M.A. van Wijngaarden, *Handleiding tot de UAV (Bouwrecht Monografieën 2)*, Deventer: Kluwer 1974

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007a

M.A.B. Chao-Duivis en M.A. van Wijngaarden 2007, Hoofdstukken Bouwrecht 1, Deventer: Kluwer.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2007b

M.A.B. Chao-Duivis en M.A. van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht 2, Deventer: Kluwer 2007

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006c

M.A.B. Chao-Duivis en M.A. van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht 13, Deventer: Kluwer 2006.

Van Wijngaarden & Chao-Duivis 2006d

M.A.B. Chao-Duivis en M.A. van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht 14, Deventer: Kluwer 2006.

Van Zeben, du Pon & Olthof 1981

C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1981.

Summary

The purchase/construction contract – a broad perspective

This thesis analyses the model contract that is used for most of the newly built dwellings in the Netherlands: the combined purchase/construction contract and the general terms and conditions that go with it. These two documents were drawn up by consumer and producer stakeholder organizations and are designed to cover the entire legal relationship between consumer (the purchaser) and producer (the constructor).

This model purchase/construction contract was previously used in combination with the guarantee- and safeguard provision of the National Home Warranty Institute (Garantie Insituut Woningbouw, GIW) and is therefore commonly known as the GIW purchase/construction contract (although this is technically inaccurate). It is, however, a widely used independent model contract. There are two versions of the contract – one for single-family houses and one for flats, but both sets of terms and conditions are (almost) similar. The scheme for single-family houses is designated by the letter E (from the Dutch word *eengezinswoning*), whilst for flats the letter A is used (from the Dutch word *appartement*). The letter is followed by a date specifying the year of the relevant scheme. The agreement and the terms and conditions are periodically adjusted to ensure compliance with new legislation.

This thesis compares the model purchase/construction contract with Dutch and European contract law. The central question is how the agreement relates to the requirements of both Dutch and European law. Each chapter covers certain subjects and provisions in the agreement and general terms by means of literature and case law studies. Where possible, the model contract is compared to other Dutch model contracts such as the UAV 1989, the UAV-gc 2005 and the Dutch Civil Code and the Principles of European Contract Law (PECL) and the Principles of European Law on Service Contracts (PELSC).

The chapters in this thesis are in the same order as the actual contracting and building process; four general chapters introduce the research:

- Chapter 1 describes the lay-out of the research.
- Chapter 2 introduces the European law with which the purchase/construction contract is compared. There is a particular focus on the Unfair Contract Terms Directive and its implementation in Chapter 6 of the Dutch Civil Code.
- Chapter 3 discusses the contents and character of the agreement. Of special importance in this chapter is the question of whether or not the purchase/construction agreement is a ‘mixed contract’ as specified by Article 6:215 of the Dutch Civil Code. Case law from the Court of Arbi-

tration for the Building Industry in the Netherlands (*Raad van Arbitrage voor de Bouw*) demonstrates that this question plays an important role in determining whether the constructor is liable for defects according to the Dutch Civil Code. The Court of Arbitration does not view the purchase/construction agreement as a mixed contract and is therefore of the opinion that the constructor is not liable on the basis of Chapter 7, Title 1 of the Civil Code (which contains the provisions pertaining to sale). The conclusion of this chapter, by contrast, is that the purchase/construction contract is in fact a mixed contract. However, this is of no help for the purchaser while the agreement itself covers all forms of liability and excludes the Civil Code in this matter. This chapter also discusses the applicability of the general terms and conditions, the definition of the term ‘consumer’ and the question of whether or not the agreement represents an obligation to achieve a result (*a resultaatsverbintenis*).

- Chapter 4 discusses the rules for interpreting the model agreement and its general terms and conditions.

After the four introductory chapters, Chapters 5 -12 detail the research concerning the purchase/construction agreement and itself and its terms and conditions. Almost the entire legal relationship between purchaser and constructor is covered in this section of the thesis:

- Chapter 5 discusses the formation of the contract. Special attention is given to the possibility – originating in the Civil Code – of dissolving the contract within a certain time of its conclusion (the *bedenktijd* or reflection period). It also discusses the obligation to formalise the contract in writing (*schrijftelijkheidseis*) laid down in Article 7:2 of the Dutch Civil Code and the possibility of registering the contract, the *Vormkering* or *voorinschrijving* (Article 7:3 of the Dutch Civil Code).
- Chapters 6 and 7 discuss the financial aspects of the contract: the standing security and the financing of the house by means of a mortgage (chapter 6) and the rules regarding payment, the possibility of finding financial support by means of governmental regulations and the changes in calculated costs. Particular attention is given to the obligation of the purchaser to make reasonable efforts to find a mortgage. Another subject discussed is the possibility to deposit the final 5% of the construction sum upon delivery of the residence at a public notary.
- Chapter 8 discusses the delivery of the parcel. An issue discussed in this context is the delivery of ‘short measure’.
- Chapter 9 concerns changes, both changes in the construction plan made by the constructor and changes made at the request of the purchaser (additional work or *meerwerk*).
- Chapter 10 discusses the construction period and gives an overview of the different legal and practical phases during the construction of a newly built residence.

- Chapter 11 details the delivery of the residence. Special attention is given to the legal differences between the delivery of single-family houses and the delivery of flats.
- Chapter 12 discusses the constructor's liability for defects. Particular attention is given to the differences and similarities between the rules laid down in the contract and its general terms and conditions and the statutory rules concerning liability. Of particular importance are the rules concerning the (exemption of the) liability of the constructor for visible defects.

Chapter 13 contains the conclusions and recommendations. Overall, it can be said that the purchase/construction contract and its general terms and conditions contain balanced rules for both parties. Nonetheless, recommendations are made to ensure that the contract and its general terms and conditions conform more to daily practice as well as to Dutch and European Law, and become more consumer-friendly.

Trefwoordenregister

A

Aansprakelijkheid 399
 Aanvang bouw 339
 Afwijken van het ontwerp 78, 191
 Afwijken van overeenkomst 75, 29
 Anticipatieve ontbinding 243
 Anti-speculatiebeding. 32
 Artist impressions 112, 115

B

Bedenktijd 125, 135, 147, 150, 152, 153, 155, 156, 157, 158, 159
 Bestek 110
 Bestemmingscriterium 55
 Bestendig gebruikelijk beding 196
 Betaling 205, 207, 208, 209, 212, 218, 220, 222, 224, 225, 229
 Boeterente 216
 Bouwtijd 327
 Breed overleg 100

C

Clausules van niet-bindendheid 78, 114
 Collectief opgenomen vrije dagen 344
 Consumentgericht bouwen 285
 Contra-proferentemregel 104

D

De Garantie- en Waarborgregeling 69
 Derdenbeding 76, 79

E

Errata 109

F

Factuurdatum 340
 Financiering 173, 176, 177, 180, 181, 185, 189, 192, 195, 196, 197, 198, 192,
 201
 Financieringsvergoeding 207
 Financieringsvoorbehoud 159, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 186, 187,
 189, 190, 193, 195, 197, 202

G

Gemengde overeenkomst 57, 58, 60, 62, 117, 136, 164, 168
GIW 11
Goed en deugdelijk werk 409
Grijze lijst 26, 27
Grond 134, 237
Grondkosten 207

I

Individueel opgenomen vrije of vakantiedagen 344
Inhoud van de overeenkomst 64, 72, 73, 74, 117, 128
Inspanningsverbintenis 53

K

Kernbedingen 56
Koop-/aanneemsom 205
Kostenwijziging 205, 234

L

Landelijk erkende feestdagen 343
Lokale feestdagen 343
Loon- en prijsstijgingen 234

M

Maatafwijking 266
Maquettes 112, 115
Matiging 361
Meerwerk 289
Minderwerk 283
Modelwoningen 116
Monsters 116, 117, 118

N

NHG 198
Nietigheid 82
Normaal gebruik 409
NVM-model 92, 181, 187

O

Onderhoudsperiode 417
Onredelijk bezwarend beding 26, 32
Ontbinding 157, 158, 198, 200

Oplevering 369

P

Per-datum 208

Principles 6, 33, 37, 40, 41, 44, 46, 68, 101, 169, 171, 230

Proportionaliteitsbeginsel 256

R

Rente 207, 212, 214, 216, 218, 221, 223

Rentevergoeding 208

Resultaatsverbintenis 53

S

Schadevergoeding 200, 203, 246, 273, 277, 314, 315, 334, 353, 363, 364

Schriftelijkheidseis 124, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 135, 136, 137, 138, 140,
145, 146, 291

Startdatum 339

Subsidies 205, 231

T

Technische omschrijving 110, 115

Tot bewoning bestemde onroerende zaak 128

Transparenzgebot 23, 24

Tweede oplevering 387

V

Verkoopbrochure 111, 115

Vertraging 349

Vijf procent-regel 220, 221, 223, 225, 227, 229, 231

Vormerkung 159, 164, 167

W

Waarborgsom 173, 175, 176, 225

Waarschuwingsplicht 302

Werkstakingen 350

Wijzigingen 78, 191, 279

Woning 133, 135

Z

Zekerheidstelling 173

Zwarte lijst 26, 27

Curriculum vitae

Evelien Bruggeman werd op 6 november 1977 geboren in Amsterdam. Zij groeide op in Zoetermeer en volgde daar van 1991 tot 1997 aan het Alfrink College het VWO. Ze studeerde in 2003 af aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden in het Nederlands Recht, met een scriptie over de aansprakelijkheid van tabaksfabrikanten in Nederland. Daarna was zij van 2003 tot 2008 werkzaam bij het Instituut voor Bouwrecht. Hier werkte zij onder andere aan dit proefschrift. Sinds september 2008 is zij werkzaam bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden, sectie Civiel. Zij heeft diverse publicaties op het gebied van o.a. de koop-/aannemingsovereenkomst op haar naam staan.

