



Delft University of Technology

## Afstemming van de UAV en de UAV-GC op art. 7:758 lid 4 BW

Bruggeman, E.M.; Jansen, C.E.C.

**Publication date**  
2024

**Published in**  
Tijdschrift voor Bouwrecht

### **Citation (APA)**

Bruggeman, E. M., & Jansen, C. E. C. (2024). Afstemming van de UAV en de UAV-GC op art. 7:758 lid 4 BW. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2024(1), Article TBR 2024-1.

### **Important note**

To cite this publication, please use the final published version (if applicable).  
Please check the document version above.

### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download, forward or distribute the text or part of it, without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license such as Creative Commons.

### **Takedown policy**

Please contact us and provide details if you believe this document breaches copyrights.  
We will remove access to the work immediately and investigate your claim.

***Green Open Access added to TU Delft Institutional Repository***

***'You share, we take care!' - Taverne project***

**<https://www.openaccess.nl/en/you-share-we-take-care>**

Otherwise as indicated in the copyright section: the publisher is the copyright holder of this work and the author uses the Dutch legislation to make this work public.

### Afstemming van de UAV en de UAV-GC op art. 7:758 lid 4 BW

prof. mr. E.M. Bruggeman, prof. mr. C.E.C. Jansen<sup>[1]</sup>

#### 1. Inleiding

Op 1 januari 2024 is Titel 7.12 BW gewijzigd als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb). Een belangrijke wijziging betreft de regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken die zich na oplevering manifesteren. Vooropgesteld: een belangrijke bepaling die is blijven bestaan, is art. 7:758 lid 3 BW. Daarin is bepaald dat de aannemer in geval van aanneming van *werk* ontslagen is van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Aan art. 7:758 BW is met ingang van 1 januari 2024 echter een nieuw vierde lid toegevoegd waarvan de eerste volzin voorziet in een afwijking van het derde lid: in geval van aanneming van *bouwwerken* kan de opdrachtgever geen aanspraken verliezen wanneer hij tijdens de oplevering geen dan wel onvoldoende onderzoek naar eventuele gebreken heeft verricht.<sup>[2]</sup> In het nieuwe lid 4 is bovendien bepaald dat partijen in hun overeenkomst niet ten nadele van de opdrachtgever kunnen afwijken van de hiervoor bedoelde regel, voor zover de opdrachtgever een consument is. In andere gevallen blijft het mogelijk een afwijkende regeling ten nadele van de opdrachtgever overeen te komen, maar zal die afwijking uitdrukkelijk in de overeenkomst moeten zijn opgenomen.

De aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken na oplevering kent van oudsher een uitgebreide regeling in de veelvuldig in de bouw toegepaste standaardvoorwaarden, zoals de UAV 2012 en de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005. Het staat niet ter discussie dat deze voor de praktijk zeer belangrijke standaardvoorwaarden op dit moment niet voldoen aan het bepaalde in art. 7:758 lid 4 BW en om die reden zullen moeten worden aangepast.<sup>[3]</sup> In een eerdere bijdrage aan dit tijdschrift hebben wij al een procesvoorstel gedaan voor de wijze waarop de sector deze aanpassing zou kunnen organiseren.<sup>[4]</sup> In die bijdrage hebben wij tevens toegezegd nog met een afzonderlijke publicatie te komen over de juridisch-inhoudelijke aspecten van de afstemming van de UAV en de UAV-GC op het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW. Met deze bijdrage lossen wij die belofte in.<sup>[5]</sup>

De kernvraag die wij in deze bijdrage aan de orde stellen is hoe de aanpassing van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 inhoudelijk haar beslag zal moeten krijgen. Wij zullen die vraag beantwoorden in par. 4 en in dat kader een aantal concrete tekstvoorstellen doen voor die aanpassing. De onderbouwing van deze tekstvoorstellen vindt plaats in de overige paragrafen van deze bijdrage, waarin wij een aantal voorvragen zullen beantwoorden. Alvorens tot aanpassing van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 te kunnen overgaan, zal immers eerst duidelijk moeten zijn welke ruimte art. 7:758 lid 4 BW nog biedt om bij die aanpassing inhoudelijke keuzes te maken. Waar lid 3 van art. 7:758 BW die ruimte altijd heeft geboden, beperkt lid 4 van het artikel die ruimte nu aanzienlijk. Dat roept de vraag op of en in hoeverre de bepalingen die nu nog in par. 12 UAV 2012 en par. 20

UAV-GC 2005 staan, behouden kunnen blijven. Om die vraag te kunnen beantwoorden, is het zaak goed in beeld te krijgen wat nu precies het toepassingsbereik is van de materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW: waarover gaat die regel, maar vooral ook: waarover gaat zij *niet*? Deze vragen beantwoorden wij hierna in par. 3.

Aangezien de materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW een uitzondering vormt op lid 3 van dat artikel, kunnen de hiervoor gestelde vragen niet goed worden beantwoord zonder eerst na te gaan wat het toepassingsbereik is van lid 3. Welke ruimte tot het maken van inhoudelijke keuzes biedt die bepaling - wanneer we abstraheren van het nieuwe lid 4 - en hoe zijn de opstellers van de UAV en de UAV-GC in het verleden met die ruimte omgegaan? Die vragen beantwoorden wij hierna in par. 2.

## **2. Geldend recht: art. 7:758 lid 3 BW in relatie tot par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005**

De aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken die zich na oplevering manifesteren is sinds 1 september 2003 geregeld in art. 7:758 lid 3 BW. Deze bepaling is van regeland recht en biedt contractpartijen ruimte tot het maken van aanvullende of zelfs afwijkende afspraken. In deze paragraaf beantwoorden wij de volgende vragen. Waarover gaat de regel van lid 3 *wel* en waarover gaat die regel *niet*? Wat betekent de beantwoording van die vraag voor de ruimte die contractpartijen hebben tot het maken van aanvullende of zelfs afwijkende afspraken? Hoe is de aansprakelijkheid van de aannemer vervolgens in de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 geregeld en in hoeverre passen de in dat kader gemaakte keuzes binnen de door art. 7:758 lid 3 BW geboden ruimte, mede gelet op het toepassingsbereik van die bepaling? Om tot beantwoording van deze vragen te komen, geven wij hierna eerst een overzicht van de inhoud van de voor ons onderzoek relevante bepalingen en hoe die bepalingen zich op hoofdlijnen verhouden tot het uitvoerings- en opleveringsproces (par. 2.1). Vervolgens zullen wij de belangrijkste onderdelen van art. 7:758 lid 3 BW analyseren in samenhang met de relevante bepalingen van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 (par. 2.2).

### **2.1 Overzicht van de bepalingen in relatie tot de fasering van het uitvoerings- en opleveringsproces**

De voor ons onderzoek relevante bepalingen zijn allereerst terug te vinden in art. 7:758 lid 1 en lid 3 BW. Daarin is het volgende bepaald:

- '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 voorbehoud aanvaardt dan wel onder aanwijzing van de gebreken weigert, wordt de opdrachtgever geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard. Na de aanvaarding wordt het werk als opgeleverd beschouwd.
2. (...)
3. De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.'

Gelet op de inhoud van de bovenstaande bepalingen en het doel dat wij voor ogen hebben - nagaan waar lid 3 wel en niet over gaat - vinden wij het nuttig om in het vervolg van deze bijdrage een onderscheid te maken

tussen een drietal fasen: de uitvoeringsfase, de opleveringsfase en de fase na oplevering.



De eerste fase start met de totstandkoming van de overeenkomst en eindigt met de kennisgeving van de aannemer dat het werk klaar is voor oplevering. Tijdens deze eerste fase vindt de uitvoering van het werk plaats. Zonder op de zaken te willen vooruitlopen, merken wij hier alvast het volgende op. In de eerste plaats: gedragingen van de aannemer die tot zijn aansprakelijkheid voor gebreken na oplevering zouden kunnen leiden, zullen zich tijdens deze eerste fase voordoen. In de tweede plaats: in het geval dat van dergelijke gedragingen inderdaad sprake is, heeft de opdrachtgever *feitelijk* gezien de mogelijkheid om dat tijdens deze eerste fase na te gaan en vast te stellen. Op de vraag hoe deze mogelijkheid *juridisch* moet worden gewaardeerd, komen wij hierna nog uitgebreid terug.

De tweede fase start waar de eerste fase eindigt: met de kennisgeving van de aannemer dat het werk klaar is voor oplevering. Vanaf het moment van kennisgeving heeft de opdrachtgever opnieuw de mogelijkheid om na te gaan - namelijk: door het gerealiseerde werk te keuren (ook wel aangeduid als "opnemen") - of het werk met gebreken is behept waarvoor de aannemer mogelijk aansprakelijk is. Deze tweede fase eindigt op het moment waarop de opdrachtgever uitdrukkelijk of stilzwijgend te kennen geeft het werk te aanvaarden. Die aanvaarding markeert het einde van het opleveringsproces.

Vanaf de aanvaarding van het werk start een derde en laatste fase. Voor zover gebreken in het werk zich niet reeds tijdens de uitvoeringsfase dan wel de opleveringsfase hebben gemanifesteerd, kunnen zij dat nog doen na de aanvaarding van het werk door de opdrachtgever.

De hierboven beschreven fasering ligt ook ten grondslag aan de regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken na oplevering in de UAV en de UAV-GC. Zo bevatten par. 9 UAV 2012 en par. 24 UAV-GC 2005 een gedetailleerde regeling van de opleveringsfase en vormen zij in zoverre de pendanten van art. 7:758 lid 1 BW. Zij moeten worden gelezen in samenhang met hun pendanten van art. 7:758 lid 3 BW. In lid 3 is opgenomen wat rechtens is als zich na het afronden van de opleveringsfase gebreken manifesteren. In de eerste plaats betreft de evenknie van art. 7:758 lid 3 BW par. 12 lid 1 en lid 2 UAV 2012, waarin het volgende is bepaald:

‘1. Na de dag, waarop het werk (...) als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijkheid voor tekortkomingen aan het werk.

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

a. dat toe te rekenen is aan de aannemer en

- b. dat bovendien ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opneming van het werk (...) door de directie niet onderkend had kunnen worden en waarvan
- c. de aannemer binnen een redelijke termijn na ontdekking mededeling is gedaan.'

De regeling in par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 luidt als volgt:

- '1. Na de (...) oplevering is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het Werk (...), tenzij:
- a. die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling, of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen
- en bovendien
- b. de Opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt
- en bovendien
- c. de Opdrachtgever die gebreken op het tijdstip van de (...) oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken.'

In de volgende paragraaf analyseren wij de belangrijkste onderdelen van art. 7:758 lid 3 BW om vast te kunnen stellen waar die bepaling wel en niet over gaat. In het verlengde daarvan gaan wij vervolgens na in hoeverre de keuzes die zijn gemaakt bij het opstellen van par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 binnen de kaders van art. 7:758 lid 3 BW passen.

## **2.2 Analyse van art. 7:758 lid 3 BW in relatie tot par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005**

Het vertrekpunt van onze analyse betreft het geval waarin zich tijdens de derde door ons onderscheiden fase - de fase na oplevering - een gebrek in het door de aannemer gerealiseerde werk manifesteert. In dat geval is de toepassing van art. 7:758 lid 3 BW aan de orde, althans wanneer we abstraheren van de mogelijkheid dat partijen zelf nadere afspraken hebben gemaakt met betrekking tot de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken na oplevering. Bij de toepassing van lid 3 lopen we dan aan tegen een aantal vragen die beantwoording behoeven om het toepassingsbereik van die bepaling nader te kunnen duiden.

In de eerste plaats spreekt art. 7:758 lid 3 BW van "gebreken": wat zijn dat (par. 2.2.1)? In de tweede plaats is het toepassingsbereik van lid 3 beperkt tot gebreken die de opdrachtgever "op het tijdstip van oplevering" (redelijkerwijs had moeten ontdekken). De te beantwoorden vraag is dan: wanneer is dat "tijdstip" (par. 2.2.2)? In het verlengde hiervan duidt de formulering "redelijkerwijs had moeten ontdekken" op het bestaan van een onderzoeks- en klachtplicht van de opdrachtgever. Naast de vraag naar de ratio van die verplichting (par. 2.2.3) kan tevens de vraag worden gesteld in welke van de hierboven door ons onderscheiden fasen de opdrachtgever

die verplichtingen moet naleven. Strekt lid 3 zich enkel uit tot de opleveringsfase, of ook tot de daaraan voorafgaande uitvoeringsfase (par. 2.2.4)? En in het geval dat vast komt te staan dat de opdrachtgever het gebrek op het tijdstip van oplevering *niet* redelijkerwijs had moeten ontdekken, is de aannemer blijkens de tekst van art. 7:758 lid 3 BW (dus) *niet* ontslagen van aansprakelijkheid. Staat daarmee dan vast dat zijn aansprakelijkheid is gevestigd? Of dient daarvoor eerst nog vast komen te staan dat aan het gebrek een toerekenbare tekortkoming van de aannemer ten grondslag ligt (par. 2.2.5)? En in hoeverre speelt in dat kader dan nog een rol dat de opdrachtgever mogelijk heeft nagelaten om in de derde fase - de fase na oplevering - een eventueel op hem rustende onderzoeks- of klachtplicht na te leven (par. 2.2.6)?

### 2.2.1 Wat zijn “gebreken”?

De wetgever heeft het begrip “gebrek” niet in Titel 7.12 BW gedefinieerd. Wat onder een “gebrek” moet worden verstaan, lijkt zo voor de hand te liggen dat ook in de recente handboeken tevergeefs naar een definitie wordt gezocht.<sup>[6]</sup> De wetgever heeft het begrip overigens wel gedefinieerd voor andere in Boek 7 BW geregelde bijzondere overeenkomsten, zoals de huurovereenkomst en de pachtovereenkomst.<sup>[7]</sup> Die omschrijvingen sluiten bovendien sterk aan bij de omschrijving van de conformiteitseis van art. 7:17 lid 2 BW in de regeling van de koopovereenkomst.<sup>[8]</sup> maatgevend is uiteindelijk of de zaak over de eigenschappen beschikt die de koper, huurder of pachter op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

Dat in Titel 7.12 BW niet uitdrukkelijk is voorzien in een bij het hiervoor genoemde criterium aansluitende omschrijving van het begrip “gebrek”, laat onverlet dat voor dat criterium in de wetsgeschiedenis wel een aanknopingspunt is te vinden. Ook die wetsgeschiedenis geeft weliswaar geen definitie van het begrip “gebrek” in de context van de door de aannemer te leveren primaire prestatie, maar doet dat wel in het kader van de spiegelbeeldige regeling van de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor de door hem aan de aannemer ter beschikking gestelde zaken:

‘Wil er sprake zijn van gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken, dan zal de betreffende zaak niet die kwaliteiten moeten bezitten, die de aannemer er van mocht verwachten.’<sup>[9]</sup>

Gelet op het voorgaande lijkt het ons voor de hand te liggen om voor de uitleg van het begrip “gebrek” in de zin van art. 7:758 lid 3 BW aansluiting te zoeken bij de inhoud en strekking van de primaire verbintenis van de aannemer.<sup>[10]</sup> hij moet een werk tot stand brengen conform de uitdrukkelijk in de overeenkomst gespecificeerde en impliciet daarin verdisconteerde eisen. Dat kunnen in de eerste plaats eisen zijn die zien op het resultaat (het “wat”) dat de aannemer tot stand moet brengen. In de praktijk is het gebruikelijk deze eisen als *resultaateisen* aan te duiden. Naast deze resultaateisen worden in de praktijk ook eisen onderscheiden die zien op het proces dat de aannemer moet volgen (het “hoe”), teneinde het beoogde resultaat te bereiken: dat zijn de zogenoemde *proceseisen*.

In het geval vervolgens blijkt - hetzij tijdens de opleveringsfase, hetzij tijdens de fase na oplevering - dat het gerealiseerde werk niet beantwoordt aan een resultaatseis, is sprake van een tekortkoming van de aannemer in de nakoming van zijn primaire verbintenis: het tot stand brengen van het werk conform de daaraan gestelde

eisen. Gegeven dat die tekortkoming een resultaatseis betreft (een tekortkoming met betrekking tot het “wat”, te weten het werk), zal de eventuele manifestatie van die tekortkoming de vorm aannemen van een gebrek in het werk in de zin van art. 7:758 lid 3 BW.<sup>[11]</sup> Het voorgaande betekent dat het begrip “gebrek” in die bepaling niet beperkt mag worden opgevat.<sup>[12]</sup> Het is bijvoorbeeld niet zo dat van een gebrek enkel sprake is in het geval dat het werk bouwkundig, constructief of technisch onvolkomen is en in zoverre niet beantwoordt aan een uitdrukkelijk in de overeenkomst gespecificeerde of impliciet daarin verdisconteerde resultaatseis. Ook in het geval een werk vanuit een bouwkundig, constructief of technisch oogpunt gezien volkomen gaaf lijkt, zal toch sprake zijn van een gebrek indien het werk desalniettemin niet kan worden gebruikt voor het doel waarvoor het blijkens de in de overeenkomst voorziene resultaatseis is bestemd.<sup>[13]</sup> Onder dergelijke functionele resultaatseisen kunnen uiteraard tal van gebruiks- en ook veiligheidseisen worden geschaard. Voor zover het werk aan alle bouwkundige, constructieve, technische én functionele resultaatseisen voldoet, zou zich verder nog het geval kunnen voordoen dat het werk niet beantwoordt aan esthetische eisen.<sup>[14]</sup> Ook in die gevallen zal sprake zijn van een gebrek in de zin van art. 7:758 lid 3 BW.<sup>[15]</sup> Van een “gebrek” zal echter geen sprake zijn in het geval dat de prestatie waartoe de aannemer zich heeft verplicht geheel is uitgebleven.<sup>[16]</sup>

De UAV-GC 2005 volgen de hiervoor uiteengezette ruime benadering van het begrip “gebrek” door aansluiting te zoeken bij het geval dat de opdrachtnemer tekortschiet in de nakoming van een overeengekomen resultaatseis. In par. 4 lid 1 UAV-GC 2005 is immers bepaald:

‘De Opdrachtnemer is verplicht de Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgelegde datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen. *Voldoet het Werk niet aan de eisen, dan is er sprake van een gebrek.*’  
[Onze cursivering, auteurs]

Minder duidelijk is wat dat betreft par. 12 lid 1 UAV 2012, gelezen in verband met de aanhef van lid 2, waarin het volgende is bepaald:

‘1. Na de dag, waarop het werk (...) als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.

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

(...).’

Deze bepaling zou aldus kunnen worden opgevat dat het in lid 2 gebruikte begrip “gebrek” als een species van het in lid 1 gebruikte begrip “tekortkomingen aan het werk” dient te worden beschouwd. Dat sprake zou zijn van een onderscheid tussen de termen “tekortkomingen aan het werk” en “gebreken”, lijkt ook door sommige auteurs te worden gesuggereerd.<sup>[17]</sup>

Dat roept uiteraard de vraag op wat dan eventuele “tekortkomingen aan het werk” zouden kunnen zijn die niet tevens als een “gebrek” zijn te kwalificeren.<sup>[18]</sup> Over het vermeende onderscheid tussen de begrippen, zoals gebruikt in par. 12 lid 1 en lid 2 UAV 2012, is echter maar zeer weinig jurisprudentie te vinden.<sup>[19]</sup>

Wij menen dan ook dat er geen licht kan zitten tussen de begrippen ‘tekortkomingen *aan het werk*’ en ‘gebreken’. Steun voor deze opvatting vinden wij allereerst in een annotatie van Thunnissen:

‘Blijft de vraag of kan worden gezegd, dat dit uitgevoerde werk een tekortkoming vertoonde in de zin van (...) paragraaf 12 lid 1 van de UAV op grond dat de overigens kwalitatief goede deur geen hardhouten deur was zoals overeengekomen. *Of moet hier de term “tekortkomingen” worden verstaan als “gebreken”?* Voor die laatste opvatting, die kennelijk ten grondslag ligt aan de beslissing van arbiters, is veel te zeggen, omdat het niet zo voor de hand ligt, dat men bij de formulering van de uitzonderingsbepalingen inzake de verborgen gebreken, op iets anders het oog had dan op hetgeen in de hoofdregel is omschreven als tekortkomingen aan het werk.’<sup>[20]</sup> [Onze cursivering, auteurs]

Ook Van Wijngaarden onderschrijft deze opvatting:

‘Het woord “gebrek” wordt in de UAV niet gedefinieerd. Het lijkt mij het meest juist onder een gebrek, dat in de onderhoudstermijn blijkt, te verstaan een tekortkoming aan het werk die het gevolg is van tijdens de uitvoering verricht onvoldoend werk’.<sup>[21]</sup>

Steun voor deze opvatting bieden voorts zowel de structuur van par. 12 UAV 2012 alsook de wetsgeschiedenis. De structuur van die bepaling doet vermoeden dat lid 1 de hoofdregel bevat en lid 2 de uitzondering. De uitzondering op de hoofdregel moet gelet op de historische ontwikkeling van par. 12 echter niet aldus worden uitgelegd dat de hoofdregel inhoudt dat aannemer niet meer aansprakelijk is voor *tekortkomingen aan het werk* (lid 1), met uitzondering van de aansprakelijkheid voor *gebreken* (lid 2).<sup>[22]</sup> Wanneer wij namelijk de tekstversie van de UAV 1989 raadplegen, dan blijkt dat het accent op andere bewoordingen dient te worden gelegd. De hoofdregel houdt in dat de aannemer na oplevering *niet meer aansprakelijk is* (voor tekortkomingen aan het werk), met een uitzondering (op die hoofdregel) voor *verborgen* gebreken.

Ook de parlementaire geschiedenis bij de invoering van art. 7:758 lid 3 BW geeft inzicht in hoe zowel art. 7:758 lid 3 BW als par. 12 UAV 1989 dienen te worden gelezen. Zij ondersteunt zowel de ruime uitleg van het begrip “gebrek” in Titel 7.12 BW alsook, in samenhang daarmee, de betekenis van het begrip “tekortkomingen aan het werk” in par. 12 van de UAV 1989 en de UAV 2012 zoals wij die, in navolging van Thunnissen en Van Wijngaarden, begrijpen. In de MvT wordt namelijk de volgende vergelijking gemaakt tussen art. 7:758 lid 3 BW en par. 12 UAV 1989:

‘De aansprakelijkheid na de oplevering is in de UAV geregeld in par. 12. *Het uitgangspunt daarvan komt overeen met de wettelijke bepaling*, want dit luidt dat de aannemer na de dag van oplevering niet meer

voor tekortkomingen aan het werk aansprakelijk is. Dat uitgangspunt lijdt echter uitzondering wanneer zich het geval als bedoeld in art. 7A:1645 voordoet, dan wel sprake is van een in § 12, lid 2b jo lid 3 UAV omschreven verborgen gebrek.<sup>[23]</sup> [Onze cursivering, auteurs]

De wetgever heeft derhalve beoogd het uitgangspunt en de strekking van art. 7:758 lid 3 BW in lijn te brengen met dat van par. 12 UAV en daarbij het woord “gebreken” gehanteerd waar de UAV spreekt van “tekortkomingen aan het werk”.<sup>[24]</sup> De uitzonderingen opgenomen in par. 12 lid 2 UAV 1989 zijn niet overgenomen in lid 3 van art. 7:758 BW, terwijl de hoofdregel (opgenomen in lid 1 van par. 12 UAV 1989 en de latere versie van 2012) wel is opgenomen.<sup>[25]</sup> Dit sluit aan bij wat wij hierboven lieten zien en wat bovendien uit de jurisprudentie volgt: telkens wanneer de aannemer tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis tot het realiseren van het werk conform een overeengekomen resultaatseis, ongeacht de aard van die resultaatseis, zal die tekortkoming zich manifesteren in de vorm van een gebrek in de zin van art. 7:758 lid 3 BW.

Wij kunnen ons overigens voorstellen dat de aannemer tijdens de uitvoeringsfase kan tekortschieten in de nakoming van een *proceseis* - zoals een V&G-eis - zonder dat dit een tekortschieten in de nakoming van een *resultaatseis* tot gevolg heeft. In dat geval is inderdaad sprake van een “tekortkoming” van de aannemer,<sup>[26]</sup> zonder dat die tekortkoming zich manifesteert in de vorm van een “gebrek” (in de zin van art. 7:758 BW lid 3 BW of de in par. 12 UAV 2012 of par. 4 lid 1 UAV-GC 2005 opgenomen evenknieën daarvan). Wij kunnen ons echter niet voorstellen - mede in het licht van de voorgaande analyse - dat de opstellers van de UAV dergelijke gevallen op het oog zullen hebben gehad met de woorden “tekortkomingen *aan het werk*”. Die woorden kunnen immers niet anders worden begrepen dan dat het tekortschieten van de aannemer zich manifesteert in het door hem gerealiseerde eindresultaat: het werk.

### 2.2.2 “Op het tijdstip van oplevering”: wanneer is dat?

In art. 7:758 lid 3 BW is bepaald dat de aannemer is ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. De laatste zinsnede - “redelijkerwijs had moeten ontdekken” - ziet op een onderzoeks- en (impliciete) klachtplicht van de opdrachtgever waar wij in de volgende twee paragrafen nog nader over komen te spreken. De vraag waar wij ons in deze paragraaf vooral op willen concentreren is: hoe dienen de woorden “op het tijdstip van oplevering” te worden begrepen, mede in het licht van de vraag naar het toepassingsbereik van art. 7:758 lid 3 BW?

Het begrip “oplevering” is niet in Titel 7.12 BW gedefinieerd. De praktijk gebruikt het begrip “oplevering” ter aanduiding van het geheel aan handelingen van partijen die moeten plaatsvinden alvorens een bepaalde rechtstoestand met bijbehorende rechtsgevolgen intreedt. Art. 7:758 lid 1 BW sluit bij die praktijk aan, in die zin dat uit het artikel valt op te maken welke handelingen dat zijn en op welk moment de daarmee beoogde rechtstoestand intreedt: dat is het moment waarop de opdrachtgever het door de aannemer tot stand gebrachte werk aanvaardt. Vanaf *dat* moment wordt het werk blijkens lid 1 als “opgeleverd” beschouwd. Het voorgaande laat zien dat het begrip “oplevering” zowel in verband kan worden gebracht met het *proces* dat moet plaatsvinden om het daarmee beoogde rechtsgevolg te laten intreden, als met het *resultaat* van dat proces: het intreden van het rechtsgevolg.<sup>[27]</sup>

Naar de letter van de tekst lijkt het dan alsof de wetgever met de woorden “op het tijdstip van oplevering” het oog heeft op het tijdstip waarop het opleveringsproces leidt tot het beoogde rechtsgevolg: het tijdstip waarop de opdrachtgever het werk aanvaardt. Daarmee zouden dan enkel die gevallen onder het toepassingsbereik van art. 7:758 lid 3 BW vallen, waarin kan worden gezegd dat de opdrachtgever op *dat* tijdstip - het moment van aanvaarding van het werk dus - de gebreken “redelijkerwijs had moeten ontdekken”. Dat laatste zou dan tevens gelden voor par. 28 lid 1 sub c UAV-GC 2005, waarin in navolging van art. 7:758 lid 3 BW eveneens de woorden “op het tijdstip van de (...) oplevering” worden gebruikt.

Uit de literatuur volgt echter dat dit een te beperkte lezing is van de bepaling<sup>[28]</sup>: de wetgever doelt met de woorden “op het tijdstip van oplevering” op het volledige proces van oplevering dat, zoals wij in par. 2.1 al opmerkten, start met de kennisgeving van de aannemer dat het werk klaar is om te worden opgeleverd en dat eindigt op het moment waarop de opdrachtgever uitdrukkelijk of stilzwijgend te kennen geeft het werk te aanvaarden. De tekst van par. 12 lid 2 sub b UAV 2012 brengt deze op het opleveringsproces geënte uitleg duidelijker tot uitdrukking met de woorden “bij de opnemings van het werk”. Dat de wetgever met de woorden “op het tijdstip van oplevering” de reikwijdte van art. 7:758 lid 3 BW inderdaad de opleveringsfase op het oog heeft gehad en de reikwijdte van de onderzoeks- en (impliciete) klachtplicht van de opdrachtgever bovendien tot die fase heeft willen beperken, kunnen wij overigens nog verder toelichten in de volgende twee paragrafen.

### 2.2.3 Onderzoeks- en klachtplicht (“redelijkerwijs had moeten ontdekken”): waarom?

De ratio die ten grondslag ligt aan art. 7:758 lid 3 BW - geen aansprakelijkheid meer voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken - is de aannemer te beschermen tegen late en daardoor vaak moeilijk te betwisten klachten. Blijkens de wetsgeschiedenis vormt art. 7:758 lid 3 BW daarmee een uitwerking van het op het leerstuk van rechtsverwerking gebaseerde art. 6:89 BW.<sup>[29]</sup> Daarin is het volgende bepaald:

‘De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.’

Art. 6:89 BW voorziet met de woorden “redelijkerwijze had moeten ontdekken” in de eerste plaats in de regeling van een onderzoeksplicht van de schuldeiser. Die formulering zien we ook terug in art. 7:758 lid 3 BW dat in zoverre eveneens voorziet in een onderzoeksplicht van de opdrachtgever. Art. 7:758 lid 3 BW kent echter, anders dan art. 6:89 BW, geen uitdrukkelijke regeling van een klachtplicht van de opdrachtgever. Aangenomen wordt echter dat de opdrachtgever een dergelijke plicht heeft ter zake van gebreken die hij tijdens de opleveringsfase redelijkerwijs had moeten ontdekken.<sup>[30]</sup> Hij zal die klachtplicht moeten naleven - mede gelet op het bepaalde in het art. 7:758 lid 1 BW - door het werk onder voorbehoud van herstel van geconstateerde gebreken te aanvaarden, dan wel onder aanwijzing van die gebreken te weigeren.

### 2.2.4 Onderzoeks- en klachtplicht (“redelijkerwijs had moeten ontdekken”): wanneer (niet)?

Welke tussenconclusies kunnen op basis van het voorafgaande worden getrokken ten aanzien van het toepassingsbereik van art. 7:758 lid 3 BW? Uit de eerdere paragrafen volgt dat de bepaling voorziet in een onderzoeks- en klachtplicht van de opdrachtgever terzake van eventueel tekortschieten van de aannemer in de nakoming van een of meer resultaatseisen, voor zover zich dat tekortschieten manifesteert in de vorm van gebreken. Indien de opdrachtgever die gebreken gedurende de opleveringsfase redelijkerwijze had moeten ontdekken<sup>[31]</sup>, zal hij ter zake die gebreken vervolgens moeten protesteren. Hij zal dat moeten doen uiterlijk aan het einde van de opleveringsfase, op het moment waarop hij het werk - onder voorbehoud van herstel van de gebreken - aanvaardt.

Het voorgaande roept vervolgens de vraag op of de in art. 7:758 lid 3 BW voorziene onderzoeksplicht zich beperkt tot de door ons als zodanig onderscheiden opleveringsfase, of dat die plicht ook reeds op de opdrachtgever rust gedurende de daaraan voorafgaande uitvoeringsfase. Zoals wij eerder immers in par. 2.1 opmerkten, heeft de opdrachtgever *feitelijk* gezien ook in die fase reeds de mogelijkheid om na te gaan en vast te stellen of het werk in uitvoering met gebreken is behept. Uit de wetsgeschiedenis van art. 7:758 lid 3 BW volgt echter dat het toepassingsbereik van de daarin voorziene onderzoeksplicht is beperkt tot de opleveringsfase:

‘Het ontwerp bevat geen bepaling over de toerekening van toezicht tijdens de uitvoering van het werk.’  
<sup>[32]</sup>

Dat art. 7:758 lid 3 BW niet voorziet in een verplichting van de opdrachtgever tot het verrichten van onderzoek naar eventuele gebreken tijdens de uitvoeringsfase, laat uiteraard onverlet dat zich ook dan nog steeds feiten en omstandigheden gedurende die fase kunnen voordoen die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of de opdrachtgever de aansprakelijkheid van de aannemer kan inroepen voor gebreken die zich gedurende de fase na oplevering manifesteren. Wanneer de opdrachtgever tijdens de uitvoeringsfase immers een gebrek opmerkt en hij vervolgens nalaat tijdig daarover te klagen, zal een na aanvaarding van het werk op dat gebrek gebaseerde vordering zowel kunnen afstuiten op art. 6:89 BW<sup>[33]</sup> als op art. 6:248 lid 2 BW.<sup>[34]</sup>

Tot slot: dat de wetgever met art. 7:758 lid 3 BW niet heeft voorzien in een verplichting van de opdrachtgever tot het verrichten van onderzoek naar eventuele gebreken tijdens de uitvoeringsfase, doet geen afbreuk aan de contractvrijheid van partijen om wat deze verplichting betreft zelf nadere afspraken te maken. In het kader van het opstellen van de UAV en de UAV-GC zijn in dit verband verschillende keuzes gemaakt. Zo voorziet par. 12 lid 1 jo lid 2 sub b UAV 2012 in een regeling die inhoudt dat de aannemer ontslagen is van aansprakelijkheid in geval van gebreken die bij nauwlettend toezicht tijdens de uitvoeringsfase onderkend hadden kunnen worden. Daartegenover staat par. 28 lid 1 sub b UAV-GC 2005, waarin de hiervoor bedoelde mogelijkheid van ontslag van aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is beperkt tot gebreken die de opdrachtgever tijdens de uitvoeringsfase heeft opgemerkt.

### 2.2.5 “Niet ontslagen van aansprakelijkheid”: wat betekent dat?

Uit de tekst van art. 7:758 lid 3 BW volgt dat wanneer komt vast te staan dat de opdrachtgever het gebrek tijdens de opleveringsfase redelijkerwijs *niet* had moeten ontdekken, de aannemer *niet* is ontslagen van

aansprakelijkheid. Daarmee is de vestiging van de aansprakelijkheid van de aannemer echter nog niet gegeven. Hoewel de tekst van art. 7:758 lid 3 BW daar zelf geen melding van maakt, zal immers eerst vast moeten komen te staan dat het gebrek dat zich na oplevering heeft gemanifesteerd het gevolg is van een toerekenbare tekortkoming van de aannemer in de nakoming van de overeenkomst.<sup>[35]</sup> Dat volgt niet uit art. 7:758 lid 3 BW, maar uit de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht van art. 6:74 jo 6:75 BW. De tekst van § 12 lid 1 jo lid 2 sub a UAV 2012 en par. 28 lid 1 sub a UAV-GC 2005 voorziet overigens uitdrukkelijk in een regeling van het vereiste van toerekenbaarheid.

### 2.2.6 Onderzoeks- en klachtplicht tijdens de fase na oplevering?

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat art. 7:758 lid 3 BW evenmin voorziet in een regeling van de onderzoeks- en klachtplicht van de opdrachtgever gedurende de fase na de oplevering. Ook hier werkt het algemene verbintenissenrecht echter aanvullend, in die zin dat de opdrachtgever op grond van het eerdergenoemde art. 6:89 BW de aansprakelijkheid van de aannemer ter zake van gebreken niet meer zal kunnen invoeren, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek na de aanvaarding van het werk heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de aannemer terzake heeft geprotesteerd.<sup>[36]</sup> De tekst van de UAV-GC 2005 bevat hierover geen uitdrukkelijke regeling, maar de UAV wel: uit par. 12 lid 1 jo lid 2 sub c UAV 2012 volgt dat de opdrachtgever een klachtplicht heeft ter zake van gebreken die zich gedurende de fase na oplevering hebben gemanifesteerd.

## 3. Nieuw recht: art. 7:758 lid 4 BW

Nu in de voorgaande paragraaf meer duidelijkheid is geboden over het toepassingsbereik van art. 7:758 lid 3 BW, komen wij toe aan de analyse van het nieuwe lid 4 van dat artikel, dat als volgt luidt:

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

De materiële regel van de eerste volzin van deze bepaling maakt een uitzondering op de regel van lid 3.<sup>[37]</sup> Blijkens de tweede en de derde volzin heeft lid 4 bovendien, anders dan lid 3, een (semi-) dwingendrechtelijk karakter en biedt lid 4 contractpartijen in zoverre weinig ruimte voor het maken van afwijkende afspraken.

In deze paragraaf beantwoorden wij de volgende vragen. In de eerste plaats: waarover gaat de materiële regel van art. 7:758 lid 4, eerste volzin, BW *wel* en waarover gaat die regel *niet* (par. 3.1)? Bij de beantwoording van deze vraag zullen wij de vergelijking trekken met de beantwoording in par. 2.2 van diezelfde vraag voor wat betreft lid 3. In de tweede plaats: wat is vervolgens het toepassingsbereik van de afwijkingsmogelijkheid die wordt geboden in lid 4, tweede en derde volzin, van art. 7:758 BW (par. 3.2)? Beantwoording van de hiervoor

gestelde vragen is zoals gezegd nodig om in par. 4 van deze bijdrage de vraag te kunnen beantwoorden of en in hoeverre de bepalingen van par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 behouden kunnen blijven en hoe zij eventueel dienen te worden aangepast.

### 3.1 Analyse van de materiële regel van art. 7:758 lid 4, eerste volzin, BW

Het vertrekpunt van onze analyse in deze paragraaf betreft opnieuw het geval waarin zich tijdens de eerder door ons onderscheiden derde fase<sup>[38]</sup> - de fase na oplevering - een gebrek in het door de aannemer gerealiseerde werk manifesteert. Wanneer het dan zo is dat dit geval onder het toepassingsbereik van de materiële regel van lid 4 van art. 7:758 BW valt, zien we dat die regel op twee manieren anders uitpakt dan de regel van lid 3 van dat artikel.

Allereerst vindt in lid 4 een omkering plaats van het onder lid 3 geldende uitgangspunt dat de aannemer na de opleveringsfase is ontslagen van aansprakelijkheid. Op basis van lid 4 geldt immers het uitgangspunt: de aannemer is aansprakelijk, tenzij. Verder voorziet het nieuwe lid 4 - anders dan lid 3 dat doet - niet in een regeling van een onderzoeksplicht van de opdrachtgever tijdens de opleveringsfase. De bepaling voorziet enkel nog in een (impliciete) klachtplicht van de opdrachtgever met betrekking tot gebreken die tijdens de opleveringsfase zijn ontdekt. Gegeven deze twee verschillen lopen we bij de toepassing van de materiële regel van lid 4 vervolgens tegen een aantal vragen aan die beantwoording behoeven om het toepassingsbereik van die regel nader te kunnen duiden. Ten dele zijn dat dezelfde vragen die wij in par. 2.1 ook ten aanzien van de regel van lid 3 hebben gesteld.

In de eerste plaats spreekt ook art. 7:758 lid 4 BW van "gebreken": wat zijn dat (par. 3.1.1)? In de tweede plaats is het toepassingsbereik van lid 4 beperkt tot gebreken die "*bij de oplevering* van het werk niet zijn ontdekt". De te beantwoorden vraag is dan: wanneer is dat, "bij de oplevering" (par. 3.1.2)? In het verlengde hiervan roept de formulering "niet zijn ontdekt" de vraag op welke verplichtingen er daarmee nog op de opdrachtgever rusten en in welke van de eerder door ons onderscheiden fasen van het uitvoerings- en opleveringsproces hij die verplichtingen moet naleven (3.1.3)? In het geval dat vervolgens vast komt te staan dat het gebrek "bij de oplevering *niet is ontdekt*", is de aannemer blijkens de tekst van art. 7:758 lid 4 BW (dus) aansprakelijk. Staat daarmee dan vast dat zijn aansprakelijkheid is *gevestigd* of is daar meer voor nodig (3.1.4)? En in hoeverre speelt in dat kader dan nog een rol dat de opdrachtgever mogelijk heeft nagelaten om in de fase na oplevering een eventueel op hem rustende onderzoeks- of klachtplicht na te leven (par. 3.1.5)? Een belangrijke vraag met betrekking tot het toepassingsbereik is uiteraard hoe het begrip "bouwwerk" moet worden begrepen (par. 3.1.6). Volledigheidshalve besluiten wij de analyse van het toepassingsbereik van het nieuwe lid 4 met enkele opmerkingen over de verdeling van bewijslast (par. 3.1.7).

#### 3.1.1 Wat zijn "gebreken"?

Zoals wij hiervoor in par. 2.2.1 hebben laten zien, moet aan het in art. 7:758 lid 3 BW gebruikte begrip "gebreken" een ruime uitleg worden gegeven. Noch de tekst van het nieuwe lid 4 van het artikel, noch de wetsgeschiedenis van die bepaling biedt aanknopingspunten voor de gedachte dat het begrip "gebreken" in lid 4 een andere betekenis heeft dan in lid 3. Het is belangrijk om deze constatering vast te houden in het licht van de hierna in

par. 3.2 nog te bespreken aanzienlijke beperking van de mogelijkheid tot afwijken van de materiële regel van lid 4. Die beperking raakt ook het begrip "gebreken".

### 3.1.2 "Bij de oplevering": wanneer is dat?

Het toepassingsbereik van materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW is beperkt tot gebreken die "bij de oplevering" niet zijn ontdekt. De vraag is dan: hoe dienen de woorden "*bij de oplevering*" te worden begrepen, aangezien lid 4 immers een afwijking vormt van de regel van lid 3 en de wetgever in die laatstgenoemde bepaling spreekt van "*op het tijdstip van oplevering*"? Ook hier geldt dat noch de tekst van het nieuwe lid 4 van het artikel, noch de wetsgeschiedenis van die bepaling aanknopingspunten geeft voor de stelling dat de wetgever met het woord "bij" iets anders heeft beoogd dan met de woorden "op het tijdstip van". Dat betekent dat de uitleg die wij in par. 2.2.2 hiervoor aan die woorden hebben gegeven dient te worden doorgetrokken naar de uitleg van de woorden "*bij de oplevering*". De wetgever doelt daarmee op het volledige proces van oplevering dat, zoals wij in par. 2.1 hebben uiteengezet, start met de in art. 7:758 lid 1 BW bedoelde kennisgeving van de aannemer dat het werk klaar is om te worden opgeleverd en dat eindigt op het moment waarop de opdrachtgever uitdrukkelijk of stilzwijgend te kennen geeft het werk te aanvaarden.

### 3.1.3 Klachtplicht ("niet zijn ontdekt"): wanneer (niet)?

Daar waar de opdrachtgever de aansprakelijkheid van de aannemer op grond van art. 7:758 lid 3 BW enkel nog kan invoeren voor gebreken die hij tijdens de opleveringsfase "redelijkerwijs niet had moeten ontdekken", kan hij dat op grond van de materiële regel van lid 4 voor een veel ruimere categorie van gebreken. Anders dan lid 3 dat doet,<sup>[39]</sup> voorziet lid 4 immers niet in een onderzoeksplicht van de opdrachtgever tijdens de opleveringsfase. De opdrachtgever verliest op grond van lid 4 enkel zijn aanspraken jegens de aannemer in het geval dat hij tijdens dat proces - al dan niet na het (onverplicht) verrichten van onderzoek - een gebrek ontdekt en vervolgens verzuimt ter zake van dat gebrek bij de aannemer te protesteren, uiterlijk aan het einde van de opleveringsfase, op het moment waarop hij het werk - onder voorbehoud van herstel van de gebreken - aanvaardt. Dat deze klachtplicht niet in lid 4 is terug te vinden, laat de aanvullende werking van art. 6:89 BW opnieuw onverlet.<sup>[40]</sup> Deze klachtplicht zal de opdrachtgever vervolgens óók moeten naleven wanneer hij - opnieuw: al dan niet na het onverplicht verrichten van onderzoek - tijdens de aan de opleveringsfase voorafgaande uitvoeringsfase een gebrek ontdekt. De materiële regel van lid 4 wijkt wat dit laatste betreft immers niet af van hetgeen op grond van art. 6:89 BW geldt in het geval dat de regel van lid 3 van art. 7:758 BW wordt toegepast.<sup>[41]</sup>

Een vraag die dan nog resteert is de volgende. In par. 2.2.4 hebben wij laten zien dat de wetgever met art. 7:758 lid 3 BW weliswaar heeft voorzien in een onderzoeksplicht van de opdrachtgever *tijdens de opleveringsfase*, maar met die bepaling uitdrukkelijk *niet* heeft willen voorzien in een verplichting van de opdrachtgever tot het verrichten van onderzoek naar eventuele gebreken *tijdens de uitvoeringsfase*. De conclusie die wij daaraan hebben verbonden, is dat lid 3 daarmee géén afbreuk doet aan de contractvrijheid van partijen om wat deze onderzoeksplicht betreft tijdens de uitvoeringsfase eventueel zelf nadere afspraken te maken, zoals in par. 12 lid 2 sub b UAV 2012 is gebeurd.<sup>[42]</sup> De vraag is of de wetgever met de materiële regel van het nieuwe lid 4 nu alsnog zelf in een regeling van deze materie heeft willen voorzien. De relevantie van die vraag moge duidelijk

zijn in het licht van de hierna in par. 3.2 nog te bespreken aanzienlijke beperking van de mogelijkheid tot afwijken van de materiële regel van lid 4.

Wij menen dat zowel uit de tekst als de ratio van art. 7:758 lid 4 BW moet worden afgeleid dat de wetgever met die bepaling niet alleen heeft willen voorzien in een regeling die inhoudt dat de opdrachtgever geen onderzoekspllicht heeft tijdens de opleveringsfase, maar daarmee tevens heeft beoogd te regelen dat de opdrachtgever een dergelijke onderzoekspllicht evenmin heeft tijdens de aan de opleveringsfase voorafgaande uitvoeringsfase. De wetsgeschiedenis biedt hierover weliswaar geen duidelijkheid, maar het lijkt toch moeilijk voorstelbaar hier anders over te denken. Zou men dat wel doen, dan zou dat betekenen dat de bescherming die de wetgever de opdrachtgever met het bepaalde in lid 4 beoogt te bieden gedurende de opleveringsfase, volledig wordt ondergraven als gevolg van een nadere partijafpraak die voorziet in een onderzoekspllicht van de opdrachtgever tijdens de uitvoeringsfase.<sup>[43]</sup>

### **3.1.4 “Is aansprakelijk”: wat betekent dat??**

Uit de tekst van de materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW volgt dat wanneer komt vast te staan dat de opdrachtgever het gebrek tijdens de opleveringsfase niet heeft ontdekt, de aannemer aansprakelijk is. Daarmee is de vestiging van de aansprakelijkheid echter nog niet gegeven. Zoals uitdrukkelijk in de regel is bepaald, zal immers eerst vast moeten komen te staan dat het gebrek dat zich na oplevering heeft gemanifesteerd aan de aannemer is toe te rekenen.<sup>[44]</sup> Onduidelijk is overigens waarom de wetgever het nodig heeft gevonden het toerekeningsvereiste uitdrukkelijk te regelen voor het in lid 4 bedoelde geval dat de opdrachtgever het gebrek tijdens de opleveringsfase niet heeft ontdekt.<sup>[45]</sup> Zoals wij in par. 2.2.5 hebben laten zien, geldt het toerekeningsvereiste immers ook in het geval dat lid 3 van toepassing is en vervolgens vast komt te staan dat de opdrachtgever het gebrek tijdens de opleveringsfase redelijkerwijs *niet* had moeten ontdekken. In dat geval is de aannemer op grond van lid 3 niet ontslagen van aansprakelijkheid, maar is voor de vestiging van diens aansprakelijkheid wel nog nodig - ook al bepaalt lid 3 dat niet uitdrukkelijk - dat het gebrek aan de aannemer kan worden toegerekend.

### **3.1.5 Onderzoeks- en klachtplicht tijdens de fase na oplevering?**

In par. 2.2.6 hebben wij laten zien dat art. 7:758 lid 3 BW weliswaar niet voorziet in een regeling van de onderzoeks- en klachtplicht van de opdrachtgever gedurende de fase na de oplevering, maar dat art. 6:89 BW hier aanvullend werkt. Dat betekent dat de opdrachtgever op grond van die bepaling de aansprakelijkheid van de aannemer ter zake van gebreken niet meer zal kunnen invoeren, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek na de aanvaarding van het werk heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de aannemer terzake heeft geprotesteerd. Het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW brengt hier geen verandering in aangezien die bepaling, evenmin als lid 3 dat doet, geen regeling van de onderzoeks- en klachtplicht van de opdrachtgever gedurende de fase na de oplevering bevat.

### **3.1.6 Wat is een “bouwwerk”?**

Art. 7: 758 lid 3 BW is van toepassing op “werken”, terwijl lid 4 is beperkt tot “bouwwerken”.<sup>[46]</sup> Er bestaat op dit moment geen eenduidigheid over de betekenis en reikwijdte van het begrip “bouwwerk”. Nu invulling van het begrip van belang is voor het toepassingsbereik van art. 7:758 lid 4 BW, staan wij in deze paragraaf stil bij de in de wetsgeschiedenis, literatuur en praktijk ingenomen standpunten.

Titel 7.12 BW kent reeds sinds 2003 een bepaling waarin het begrip “bouwwerk” voorkomt, te weten art. 7:761 lid 2 BW. Art. 7:761 lid 2 BW geeft, zowel in de tekst, als in de parlementaire geschiedenis, als in de (vrijwel afwezige) jurisprudentie over dit artikel, geen houvast voor de invulling van het begrip.<sup>[47]</sup>

Over de betekenis van dit begrip is zowel in de MvT bij de Wkb, alsook tijdens de behandeling in de Tweede Kamer, nauwelijks gesproken. Wel heeft de minister tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voor de Wkb in de Tweede Kamer vragen beantwoord over de betekenis en reikwijdte van het begrip “aanneming van bouwwerken” waarbij de minister voor de invulling van de betekenis van het begrip “bouwwerk” heeft verwezen naar art. 1 van de Woningwet.<sup>[48]</sup> De Woningwet bevat echter geen definitie van het begrip “bouwwerk”. In de jurisprudentie en literatuur wordt wat dat betreft veelal verwezen naar de VNG Model Bouwverordening. Daarin wordt het begrip “bouwwerk” gedefinieerd als:

‘elke constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren.’

Ook de Omgevingswet geeft een omschrijving van “bouwwerk” die grotendeels overeenkomt met de bovenstaande omschrijving uit de VNG Model Bouwverordening.<sup>[49]</sup> Op basis van het antwoord van de minister zou het begrip “bouwwerk” moeten worden ingevuld aan de hand van publiekrechtelijke normen en jurisprudentie. Dit heeft onder andere tot gevolg dat wegen, terreinverhardingen en schilderwerk niet onder het begrip vallen.<sup>[50]</sup>

Het is de vraag of de wetgever met de Wkb heeft beoogd om de genoemde werken buiten het toepassingsbereik van het begrip “bouwwerk” te laten vallen, in die gevallen waarin toepassing van de bepalingen van Titel 7.12 BW aan de orde is. Wij denken van niet. Voor deze redenering kan steun worden gevonden in de doelstellingen die de wetgever nastreeft met de invoering van de Wkb.<sup>[51]</sup> De centrale doelstelling van de Wkb is de verbetering van de bouwkwaliteit.<sup>[52]</sup> Die doelstelling beoogt de wetgever langs twee afzonderlijke wegen te bereiken, namelijk via het privaatrecht door verbetering van de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever en via het publiekrecht door de introductie van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor bouwwerken. Om deze doelstelling te realiseren zijn door de wetgever keuzes gemaakt met betrekking tot het toepassingsbereik van de daarvoor in te zetten privaatrechtelijke en publiekrechtelijke middelen. Zo heeft de wetgever bij de uitwerking van het publiekrechtelijk deel van de Wkb bepaalde beperkende keuzes gemaakt wat betreft het toepassingsbereik van het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging. Blijkbaar laat de centrale doelstelling van de Wkb - de verbetering van bouwkwaliteit - zich bij die keuzes van de wetgever het beste verenigen met de specifieke doelstellingen en belangen die aan de bestaande publiekrechtelijke regelgeving ten grondslag liggen. Daarmee is echter niet gezegd dat de centrale doelstelling

van de Wkb zich eveneens het beste laat verenigen met de specifieke aan Titel 7.12 BW ten grondslag liggende doelstellingen en belangen, wanneer de met de Wkb eveneens beoogde verbetering van de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever beperkt zou blijven tot bouwwerken in de publiekrechtelijke betekenis van dat begrip. Het is tevens zo dat nóch in de Wkb zelf, nóch in de wetsgeschiedenis is terug te zien dat de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke middelen die de wetgever heeft gekozen om de centrale doelstelling van de Wkb te bereiken wat hun *juridische uitwerking betreft* nauw met elkaar samenhangen en daarom op elkaar zijn afgestemd. Kort en goed: mogelijk is voor het bereiken van de doelstellingen via privaatrechtelijke weg (namelijk het verbeteren van de positie van de opdrachtgever) een andere, ruimere uitleg van het bouwwerkbegrip noodzakelijk dan voor het bereiken van de via het publiekrecht te realiseren doelstellingen (namelijk de introductie van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging).

Daarnaast is het de vraag of de minister zich bij het beantwoorden van Kamervragen over de invulling van het begrip "bouwwerk" heeft gerealiseerd wat de gevolgen zijn van de beperkte invulling vanuit de invalshoek van het publiekrecht, voor het behalen van de via privaatrechtelijke weg te behalen specifieke doelstellingen.<sup>[53]</sup> In het verlengde hiervan is het zeer de vraag of de wetgever zich heeft gerealiseerd dat een dergelijke beperkte invulling van het begrip niet past in het systeem van Titel 7.12 BW en dat dit niet alleen grote gevolgen heeft voor de toepassing van de regeling in art. 7:758 BW, maar ook voor de reikwijdte van de andere artikelen in Titel 7.12 BW waarin het bouwwerkbegrip wordt gebruikt. De gevolgen voor het systeem van de wet zijn, indien deze beperkte reikwijdte gehanteerd wordt, groot. Nu de term "bouwwerk" wel is opgenomen in het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW, maar niet in lid 3, kan als gevolg van de beperkte uitleg van het begrip op sommige werken in de bouw lid 4 van toepassing zijn (namelijk die werken die kwalificeren als "bouwwerk" in de betekenis zoals daaraan is gegeven door de minister) en op andere (namelijk die dat niet doen) lid 3 van art. 7:758 BW. Als gevolg hiervan zou niet alleen de bouw te maken kunnen krijgen met twee verschillende aansprakelijkheidsregimes, maar kan het zelfs voorkomen dat binnen één werk of project, twee regimes van toepassing zijn.<sup>[54]</sup> Het lijkt uitermate onwaarschijnlijk, de MvT en kamerbehandeling rond lid 4 van 7:758 BW in ogenschouw nemend, dat dit de bedoeling van de wetgever is geweest.<sup>[55]</sup>

Het voorgaande laat zien dat er debat mogelijk is over de betekenis en reikwijdte van het begrip "bouwwerk". Ten aanzien van de uitleg van het begrip zijn inmiddels dan ook twee stromingen te onderscheiden. Aan de ene kant zijn dat diegenen die het standpunt innemen dat het begrip ruim moet worden uitgelegd en dat het begrip in de context van de toepassing van de bepalingen van Titel 7.12 BW enkel is bedoeld ter onderscheiding van andere vormen van aanneming van werk die onder het toepassingsbereik van Titel 7.12 vallen.<sup>[56]</sup> Aan de andere kant zijn dat diegenen die als vertegenwoordigers van de branchevereniging Bouwend Nederland het standpunt innemen dat voor het bepalen van het toepassingsbereik van het begrip aansluiting moet worden gezocht bij de in het publiekrecht daaraan gegeven beperkte uitleg, zoals ook de minister dat heeft gedaan.<sup>[57]</sup> Wij nemen het eerste standpunt in en achten een beperkte uitleg, zoals hiervoor reeds uiteengezet, zowel in het licht van de doelstellingen van de Wkb, de systematiek van de wet alsook de gevolgen van die uitleg voor de praktijk, onwenselijk.

Wij merken tot slot nog het volgende op. De onduidelijkheid over de invulling en reikwijdte van het begrip "bouwwerk" leidt op dit moment tot grote rechtsonzekerheid voor alle partijen in de bouw. Niet valt uit te sluiten dat als gevolg daarvan conflicten en geschillen gaan ontstaan. Omdat een definitief uitsluitsel op basis van

uitspraken van rechters en arbiters over de betekenis van het begrip nog jaren op zich kan laten wachten, zou het op zo kort mogelijke termijn forceren van een onherroepelijke uitspraak van een lagere rechter over de uitleg van het begrip “bouwwerk” nuttig zijn. Op basis daarvan kan dan immers - eveneens op korte termijn - de procureur-generaal bij de Hoge Raad worden verzocht cassatie in belang der wet in te stellen zodat de Hoge Raad zich kan uitspreken over de betekenis en reikwijdte van het begrip.<sup>[58]</sup>

### 3.1.7 Bewijslastverdeling

De regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken na oplevering raakt ook aan vragen over de verdeling van de bewijslast tussen de opdrachtgever en de aannemer. Deze materie is echter geen onderwerp van debat geweest tijdens de introductie van de Wkb.<sup>[59]</sup> Als gevolg van de formulering van art. 7:758 lid 4 BW lijkt er echter een wijziging in de bewijslastverdeling op te treden in vergelijking met hoe die verdeling uitpakt onder lid 3. Immers, lid 3 heeft als uitgangspunt het ontslag van de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering, lid 4 heeft het tegenovergestelde uitgangspunt, namelijk: de aannemer is aansprakelijk, tenzij. Meent de opdrachtgever onder lid 3 toch aanspraken jegens de aannemer geldend te kunnen maken, dan is het aan hem om dat standpunt te onderbouwen nu de aansprakelijkheid van de aannemer in beginsel niet meer kan worden ingeroepen. Onder lid 4 verkeert de opdrachtgever in een andere positie: daar is de aansprakelijkheid van de aannemer (voor niet ontdekte gebreken) immers het uitgangspunt.

Op basis van de tekst van lid 4, zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de opdrachtgever, op basis van lid 4, gelezen in samenhang art. 6:74 lid 1 BW, aannemelijk moet maken dat sprake is van schade die het gevolg is van een gebrek dat zich na oplevering heeft gemanifesteerd en dat tijdens de opleveringsfase niet is ontdekt. De aannemer moet vervolgens, op basis van de in lid 4 gehanteerde “tenzij-formulering”, stellen en bewijzen dat a) het gebrek wél tijdens de opleveringsfase is ontdekt en/of b) dat het gebrek niet aan hem is toe te rekenen.<sup>[60]</sup>

De kwestie van de bewijslastverdeling lijkt echter gecompliceerder te liggen dan de tekst van het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW doet vermoeden. De wetgever heeft zowel in de MvT als in de daarna volgende kamerbehandeling namelijk geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen het bewijzen van het niet ontdekt zijn van het gebrek en het bewijzen van de niet-toerekenbaarheid van dat gebrek en daarnaast ook tegenstrijdige antwoorden op Kamervragen gegeven.<sup>[61]</sup> De meningen over de wijze waarop art. 7:758 lid 4 BW moet worden gelezen lopen dan ook uiteen.<sup>[62]</sup> Samenvattend kan in ieder geval wel worden vastgesteld dat de parlementaire geschiedenis op dit punt veel onduidelijkheid heeft gecreëerd en dat een eenduidige uitleg van de bewijslastverdeling uit art. 7:758 lid 4 BW niet kan worden gegeven.<sup>[63]</sup> Wij zien weliswaar voor ons hoe de wetgever deze onduidelijkheid had kunnen voorkomen, maar daarvoor is het nu te laat. De rechtspraak zal daarom moeten uitwijzen hoe de bewijslast in het kader van de toepassing van het nieuwe lid 4 moet worden verdeeld.

### 3.2 Analyse van de afwijkingsmogelijkheid van art. 7:758 lid 4, derde volzin, BW

In par. 3 lieten wij zien dat art. 7:758 lid 4 BW niet alleen een van lid 3 afwijkende materiële regel kent, maar ook een regeling bevat ten aanzien van de (on)mogelijkheid om van die regel af te wijken. In de laatste twee volzinnen van het artikel is het volgende bepaald:

‘(...) Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, voor zover de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in uitoefening van een beroep of bedrijf. In andere gevallen kan van dit lid alleen ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.’

In deze paragraaf zullen wij antwoord geven op een aantal vragen die zien op het toepassingsbereik van de afwijkmogelijkheid die lid 4 biedt. In de eerste plaats rijst dan de vraag hoe de woorden “van dit lid” dienen te worden begrepen gelezen in verband met de woorden “ten nadele van de opdrachtgever” (par. 3.2.1). In de tweede plaats: wat is een “natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf” (par. 3.2.2) ? Tot slot gaan wij nog na aan welke voorwaarden zal moeten zijn voldaan wil een afwijking in andere gevallen voldoende “uitdrukkelijk” en “in de overeenkomst” zijn geregeld (par. 3.2.3).

### **3.2.1 “Van dit lid” en “ten nadele van de opdrachtgever”: wat valt daar (niet) onder?**

Zoals in par. 3.2.2 en 3.2.3 hierna zal blijken, leggen de bepalingen van art. 7:758 lid 4, tweede en derde volzin, BW de mogelijkheid om contractueel af te wijken van het bepaalde in lid 4 sterk aan banden. Daarmee heeft de wetgever contractuele bepalingen op het oog die afwijken van de - van lid 3 afwijkende - materiële regel die in de eerste volzin van lid 4 is opgenomen. In dit verband is het dus van belang goed nota te nemen van de kwesties die binnen het toepassingsbereik van die materiële regel vallen en die wij in par. 3.1 hierboven uiteen hebben gezet.

Die uiteenzetting laat tevens zien dat de materiële regel van lid 4 - evenals de regel van lid 3 dat doet - enkel betrekking heeft op de *vestiging* van aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken die zich na afloop van de opleveringsfase manifesteren. Deze regels gaan dus *niet* over de *rechtsgevolgen* die intreden in het geval dat de aansprakelijkheid van de aannemer kan worden gevestigd. Dat betekent dat de wetgever met lid 4 niet heeft beoogd te voorzien in beperkingen van de mogelijkheid tot het maken van nadere contractuele afspraken wat die rechtsgevolgen betreft, ook niet voorzover partijen daarmee zouden afwijken van bepalingen in het BW die van regeland recht zijn. Wij denken hier allereerst aan de in art. 7:761 lid 2 BW voorziene verjaringstermijnen, gedurende welke de opdrachtgever de aansprakelijkheid van de aannemer nog kan invoeren. Die termijnen zijn met de in par. 12 lid 4 UAV 2012 en in par. 28 lid 4 UAV-GC 2005 voorziene vervaltermijnen aanzienlijk bekort. In de tweede plaats kan worden gewezen op de in par. 28 lid 3 UAV-GC 2005 voorziene beperking van de schadevergoedingsverbintenis van de opdrachtnemer. Kort en goed: dergelijke beperkingen zou men kunnen opvatten als beperkingen “ten nadele van de opdrachtgever”, maar dit zijn geen “afwijkingen” “van dit lid” in de zin van de tweede en derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW.

### **3.2.2 “Een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”?**

Art. 7:758 lid 4 BW is dwingend recht voor niet-professionele opdrachtgevers, te weten “een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”. Van art. 7:758 lid 4 BW kan derhalve niet worden afgeweken als de opdrachtgever een consument is.

Over de vraag onder welke omstandigheden een opdrachtgever is aan te merken als consument, is veel literatuur en rechtspraak beschikbaar. Van belang is op te merken dat de parlementaire geschiedenis van de Wkb dit begrip niet invult. Wel wordt in de MvT veel gesproken over de "bouwconsument", maar daarmee wordt bedoeld op opdrachtgevers in alle hoedanigheden, waaronder ook professionele opdrachtgevers.<sup>[64]</sup> Tijdens de kamerbehandeling is door het lid Ronnes een amendement ingediend dat tevergeefs heeft geprobeerd de reikwijdte van de bescherming van lid 4 op te rekken naar "een natuurlijk persoon die niet vanuit diens opleiding, beroep of bedrijf over een bijzondere deskundigheid ten aanzien van de bouw van het bouwwerk beschikt".<sup>[65]</sup> Dit amendement mocht echt niet op voldoende steun rekenen. Op basis hiervan lijkt te kunnen worden aangenomen dat de in de tweede volzin van lid 4 gekozen formulering in ieder geval geen bredere betekenis toekomt dan in het algemene consumentencontractenrecht. Die conclusie lijkt ook te volgen uit de beschrijving van de beoogde bescherming van de "échte" consument onder lid 4, opgenomen in de MvT.<sup>[66]</sup>

### 3.2.3 "Uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen": wanneer is daarvan (geen) sprake?

Voor professionele opdrachtgevers is het nieuwe lid 4 semi-dwingend, zo blijkt uit de derde en laatste volzin van die bepaling.<sup>[67]</sup> Wanneer sprake is van een professionele opdrachtgever mag in het nadeel van de opdrachtgever van lid 4 worden afgeweken, mits de afwijking "uitdrukkelijk in de overeenkomst" wordt opgenomen, aldus datzelfde lid 4.

De praktische vraag die de bouwsector graag beantwoord ziet is hoe afwijken van lid 4 mogelijk is. Om die vraag te beantwoorden is een antwoord nodig op de vraag wanneer sprake is van "uitdrukkelijk" afwijken, en wanneer de afwijking gebeurt "in de overeenkomst". Op het laatste wordt eerst ingegaan, daarna wordt stilgestaan bij wat verstaan wordt of kan worden onder het uitdrukkelijkheidsvereiste.

Wanneer een afwijking "in de overeenkomst" is geregeld, is door de wetgever niet (uitputtend) uiteengezet. Wel blijkt uit de MvT dat afwijken in algemene voorwaarden die van toepassing worden verklaard op een overeenkomst in ieder geval niet aan de genoemde voorwaarde voldoet.<sup>[68]</sup> Indien partijen wensen af te wijken van lid 4, zal dit derhalve bij overeenkomst moeten gebeuren, en wel op zo'n wijze dat de bepaling niet het karakter van een algemene voorwaarde draagt. De ratio hierachter is dat de wetgever het wenselijk acht dat er *bewust* van lid 4 wordt afgeweken en dat onderling door partijen overlegd en onderhandeld wordt over het afwijken van art. 7:758 lid 4 BW, aldus de MvT.<sup>[69]</sup> Dit is door de wetgever als volgt verwoord in de MvT<sup>[70]</sup>:

'Gezien de bovengenoemde bezwaren tegen de huidige aansprakelijkheidsverdeling, acht de regering het echter niet wenselijk dat de aannemer daarbij automatisch verwijst naar de in de bouw gehanteerde algemene voorwaarden op dit punt. Daarom wordt voorgesteld dat ten aanzien van de zakelijke opdrachtgevers alleen in onderling overleg van de wettelijke aansprakelijkheidsverdeling kan worden afgeweken en dat dit vervolgens uitdrukkelijk in de aanneemovereenkomst wordt overeengekomen. Dat heeft tot gevolg dat partijen niet langer kunnen volstaan met een verwijzing naar de algemene voorwaarden wat betreft een van de wettelijke aansprakelijkheidsverdeling afwijkende voorwaarde.'

Duidelijk is derhalve dat de wetgever het opnemen van een afwijkend aansprakelijkheidsregime *in* algemene voorwaarden niet toelaatbaar acht. Voorts geeft de wetgever als aanwijzing dat er sprake moet zijn onderling overleg en mogelijk van onderhandelen en dat afwijken uitdrukkelijk moet geschieden. De vraag die (allereerst) voorligt is derhalve wanneer een beding kwalificeert als algemene voorwaarde(n)? Volgens art. 6:231 lid 1 BW zijn algemene voorwaarden

‘één 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’.<sup>[71]</sup>

Van een algemene voorwaarde is geen sprake als een beding kwalificeert als een kernbeding in de zin van art. 6:231 BW. Veelal steunend op de parlementaire geschiedenis stelt de Hoge Raad dat het begrip “kernbeding” zo beperkt mogelijk moet worden opgevat.<sup>[72]</sup> Als vuistregel geldt dat de kernbedingen over het algemeen zullen samenvallen met “de essentialia van de overeenkomst”, zonder welke een overeenkomst niet tot stand zou komen.<sup>[73]</sup> Daarbij is het niet bepalend of de gebruiker een grote mate van importantie aan het beding toekent, dat is immers een subjectieve maatstaf. Of er sprake is van een kernbeding moet objectief worden beoordeeld. Het is van belang of het beding een dusdanige betekenis kent dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen. Bij gebreke van bedingen die ervoor zorgen dat er sprake is van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenis, staan de maatstaven van het objectieve recht in de weg aan de totstandkoming van een overeenkomst.<sup>[74]</sup> Dergelijke bedingen zijn derhalve aan te merken als kernbedingen. Aansprakelijkheidsbepalingen, zoals het geval is bij bepalingen die de aspecten als opgenomen in lid 4 van art. 7:758 BW regelen, geven nimmer de kern van de overeengekomen verplichtingen van een overeenkomst tot aanneming van werk aan<sup>[75]</sup>, de kernverplichting in een aannemingsovereenkomst betreft immers het tot stand brengen van een werk voor een bepaalde prijs.<sup>[76]</sup>

In het licht van de vraag wanneer sprake is van een algemene voorwaarde is voorts interessant wat in de MvT is opgenomen over het onderlinge overleg en onderhandelen tussen partijen over de voorwaarden. Zo lijkt hier van belang te zijn dat voor Afdeling 6.5.3 BW (over algemene voorwaarden) geldt dat het feit dat er mogelijk onderhandeld is over algemene voorwaarden in beginsel niet betekent dat afdeling 6.5.3 BW niet van toepassing is. Enkel wanneer de onderhandelingen de algemene voorwaarden hebben gewijzigd voor een individuele situatie, is de genoemde afdeling niet van toepassing en is geen sprake van algemene voorwaarden in de zin van die afdeling.<sup>[77]</sup> Dit lijkt ook te verklaren, nu (voor het individuele geval) gewijzigde bedingen in een set van algemene voorwaarden, in beginsel geen bedingen zijn die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Let wel, het “onderhandelingscriterium” maakt als zodanig geen deel uit van de definitie van algemene voorwaarden in art. 6:231 BW, het lijkt slechts een middel om vast te stellen of sprake is van een gestandaardiseerd beding dat ongewijzigd van toepassing wordt verklaard op een overeenkomst.

Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat het bij algemene voorwaarden dus niet hoeft te gaan om bedingen opgenomen in sets die de naam “algemene voorwaarden” dragen. Algemene voorwaarden kunnen zich ook in documenten bevinden die het label “overeenkomst” dragen. Denk bijvoorbeeld aan de Model

basisovereenkomsten die we in de bouw kennen en waarin, naast de projectspecifieke afspraken, ook bedingen zijn opgenomen die bedoeld zijn om meerdere malen ongewijzigd in gelijksoortige overeenkomsten te worden opgenomen.

Naast de vraag of op de juiste wijze “in de overeenkomst” is afgeweken van lid 4, speelt ook de vraag wanneer sprake is van “uitdrukkelijk” afwijken. Het opnemen van een ander aansprakelijkheidsregime zonder het vermelden dat sprake is van een afwijking van art. 7:758 lid 4 BW lijkt dan niet voldoende, aangezien hiermee immers niet is duidelijk aangegeven dat wordt afgeweken van het wettelijke aansprakelijkheidsregime. Indien partijen een tekst als ‘met deze aansprakelijkheidsregeling wordt door partijen uitdrukkelijk afgeweken van art. 7:758 lid 4 BW’ in de overeenkomst opnemen, lijkt er wel voldaan te worden aan de genoemde voorwaarde.<sup>[78]</sup> Het is de vraag of de wetgever ook bedoeld heeft dat de tekst die bepaalt dat partijen afwijken van art. 7:758 lid 4 BW, ook moet bevatten dat partijen zich er van bewust zijn dat zij ten nadele van de opdrachtgever afwijken. Nu de tekst en de toelichting hier niets over zeggen, lijkt dat echter niet waarschijnlijk. Voldoende lijkt dus te zijn dat partijen in hun overeenkomst opnemen dat zij een andere regeling met betrekking tot de aansprakelijkheid na oplevering overeenkomen dan geregeld in art. 7:758 lid 4 BW. Deze bepaling kan dan echter niet zijn opgenomen in de vorm van een bepaling die kwalificeert als een algemene voorwaarde, aangezien dan immers niet is voldaan aan de eerste in de derde volzin van lid 4 bedoelde eis.

Het voorgaande betekent dat afwijken hetzij in algemene voorwaarden hetzij in andere onderdelen van de overeenkomst - waarbij te denken valt aan een Model Basisovereenkomst, maar ook aan een bestek - met behulp van een standaardtekst die kwalificeert als een algemene voorwaarde, niet mogelijk is. Dit betekent voor de praktijk dat de mogelijkheden tot afwijken uitermate beperkt zijn. Partijen die willen afwijken van art. 7:758 lid 4 BW zullen op de plaats in hun overeenkomst waar zij hun projectspecifieke afspraken opnemen, duidelijk moeten maken dat zij nadrukkelijk wensen af te wijken van art. 7:758 lid 4 BW en ook op die plaats het door hen overeengekomen alternatieve aansprakelijkheidsbeding moeten opnemen, en wel op dusdanige wijze dat duidelijk is dat geen sprake is van een standaardbeding dat kwalificeert als algemene voorwaarde.

#### **4. Aanpassing van UAV en UAV-GC**

In par. 3 hebben wij vastgesteld welke ruimte art. 7:758 lid 4 BW biedt om bij het afstemmen van de UAV en de UAV-GC op de materiële regel van die nieuwe wettelijke bepaling nog inhoudelijke keuzes te maken. In dat kader is duidelijk geworden dat die keuzevrijheid in de eerste plaats wordt beperkt door de afbakening van het toepassingsbereik van de materiële regel van de eerste volzin van lid 4 zelf - gelezen in samenhang met het in par. 2 besproken toepassingsbereik van de regel van lid 3 - en in de tweede plaats door de beperkingen ten aanzien van de afwijkingsmogelijkheid, zoals die volgen uit de derde volzin van lid 4.

De analyse in de voorgaande paragrafen stelt ons in staat om nu antwoord te geven op de vraag welke onderdelen van par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 op dit moment in strijd zijn met het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW en tot welke rechtsgevolgen dat leidt (par. 4.1). Vervolgens presenteren wij een aantal uitgangspunten (par. 4.2) op basis waarvan wij tekstvoorstellen voor de aanpassing van par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 zullen formuleren (par. 4.3).

#### **4.1 In hoeverre zijn par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 in strijd met art. 7:758 lid 4 BW en tot welke rechtsgevolgen leidt dat?**

In deze paragraaf geven wij eerst een kort overzicht van de strijdigheden die bestaan tussen par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 enerzijds en art. 7:758 lid 4 BW anderzijds (par. 4.1.1). Vervolgens gaan wij in op de vraag welke rechtsgevolgen deze strijdigheden hebben voor aannemingsovereenkomsten die na 1 januari 2024 worden gesloten en waarop de UAV 2012 of de UAV-GC 2005 ongewijzigd van toepassing worden verklaard (par. 4.1.2).

##### **4.1.1 Strijdigheid van par. 12 UAV en par. 28 UAV-GC met art. 7:758 lid 4 BW: overzicht**

Het behoeft geen betoog dat par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 afwijkingen bevatten van de materiële regel van lid 4, eerste volzin, van art. 7:758 BW.

In de eerste plaats is het in par. 12 lid 1 UAV 2012 en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 gekozen uitgangspunt - namelijk: de aannemer is niet meer aansprakelijk - in strijd met het uitgangspunt van lid 4: de aannemer is aansprakelijk, tenzij.

In de tweede plaats lijkt par. 12 lid 1 jo lid 2 UAV 2012 een onderscheid te maken tussen "gebreken" en "tekortkomingen aan het werk" die geen gebreken zijn. Voor zover daarmee is bedoeld een beperktere uitleg te geven aan het begrip "gebrek" dan de wetgever met dat in art. 7:758 lid 4 gebruikte begrip voorstaat, wijkt par. 12 UAV 2012 eveneens af van lid 4.

Verder is het zo dat zowel par. 12 lid 2 sub b UAV 2012 als par. 28 lid 1 sub c UAV 2005 in afwijking van lid 4 voorzien in een onderzoeksplicht van de opdrachtgever gedurende de opleveringsfase.

Tot slot voorziet par. 12 lid 2 sub b UAV 2012 daarenboven nog - eveneens in strijd met lid 4 - in een onderzoeksplicht van de opdrachtgever gedurende de aan de opleveringsfase voorafgaande uitvoeringsfase.

De hiervoor bedoelde afwijkingen van de materiële regel van art. 7:758 lid 4, eerste volzin, BW zijn alle opgenomen in de tekst van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005. Dat betekent dat die afwijkingen niet voldoen aan de in de derde volzin van lid 4 gestelde uitdrukkelijkheidsvereiste en vormvereiste. Ook in zoverre is er dus sprake van strijdigheid met lid 4.

##### **4.1.2 Rechtsgevolgen van strijdigheid van par. 12 UAV en par. 28 UAV-GC met art. 7:758 lid 4 BW**

De vraag is wat de rechtsgevolgen zijn als par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 ongewijzigd in stand worden gelaten, of als partijen ervoor kiezen om af te wijken van art. 7:758 lid 4 BW, maar dit niet doen volgens het in par. 3.2.3 hiervoor besproken uitdrukkelijkheidsvereiste of vormvereiste (te weten *niet* in de vorm van een algemene voorwaarde(n)).

Het niet voldoen aan een dwingend wettelijke bepaling kan leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van de betreffende bepaling.<sup>[79]</sup> Art 3:40 lid 2 BW stelt dat een rechtshandeling nietig is indien deze rechtshandeling in strijd is met een dwingende wetsbepaling, tenzij deze wetsbepaling slechts strekt tot de bescherming van één

van de partijen. Een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling is in dat geval vernietigbaar. De verplichting om uitdrukkelijk bij overeenkomst af te wijken van de materiële regel van lid 4 strekt alleen ter bescherming van de opdrachtgever. Dat volgt niet alleen uit de bewoordingen van de bepaling zelf, maar ook uit de doelstellingen van de Wkb.<sup>[80]</sup>

Hoewel dat niet duidelijk blijkt uit de bewoordingen van art. 3:40 lid 2 BW, heeft deze bepaling enkel betrekking op gevallen waarin het *verrichten* van de rechtshandeling als zodanig met de wet in strijd is. In het geval van een overeenkomst gaat het dan om het *sluiten* van een overeenkomst die strijd oplevert met een dwingende wetsbepaling.<sup>[81]</sup> Het sluiten van een aannemingsovereenkomst waarop algemene voorwaarden van toepassing zijn die voorzien in bepalingen die afwijken van de materiële regel van lid 4 van art. 7:758 BW, komt immers neer op het aangaan van een overeenkomst die in strijd is met de derde volzin van dat lid: daarmee is vervolgens sprake van een vernietigbare rechtshandeling.

Een gehele vernietiging van de rechtshandeling is onwenselijk gezien de ingrijpende gevolgen daarvan. Nog afgezien van de terugwerkende kracht van de vernietiging<sup>[82]</sup>, zal de opdrachtgever dan immers op zoek moeten naar een nieuwe aannemer voor de realisatie van het werk. In veel gevallen zal het werk echter, wanneer zich vragen met betrekking tot de toepassing van art. 7:758 lid 4 BW voordoen, zich al in een vergevorderd stadium van voltooiing bevinden dan wel inmiddels zijn opgeleverd. In dat geval leidt vernietiging van de gehele overeenkomst tot onaanvaardbare gevolgen. Voor die gevallen bepaalt art. 3:53 lid 2 BW:

‘Indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de rechter desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking onzeggen (...).’

Vernietiging van enkel het met de wet strijdige beding en haar rechtsgevolgen ligt daarmee dus voor de hand en heeft de minst ingrijpende gevolgen. Voor deze redenering kan (ook) aansluiting worden gezocht bij een analoge toepassing van art. 6:233 BW.<sup>[83]</sup> Bij toepasselijkheid van art. 6:233 BW leidt strijd met een dwingende wetsbepaling van consumentenbeschermende aard in beginsel tot vernietigbaarheid die zo nodig door de rechter ambtshalve kan en moet worden toegepast. De rechterlijke gehoudenheid tot ambtshalve (toetsing en) vernietiging kan, in het kader van art. 3:40 lid 2 BW, strekken tot een gehele of gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst.<sup>[84]</sup> Nu er met de materiële regel van art. 7:758 lid 4, eerste volzin, BW reeds een aansprakelijkheidsregel voor handen is die geldt indien de met de derde volzin van dat lid strijdige contractbepaling wordt vernietigd, kan de overeenkomst onder die vigeur worden voortgezet.

## 4.2 Uitgangspunten voor aanpassing van UAV en UAV-GC

Uit het voorgaande volgt dat par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 niet ongewijzigd in stand zullen kunnen blijven en zullen moeten worden aangepast. In de volgende paragraaf werken wij daar een aantal tekstvoorstellen voor uit. Bij het formuleren van die tekstvoorstellen hebben wij ons mede laten leiden door uitgangspunten die wij in deze paragraaf kort weergeven.

In de eerste plaats dient met een aanpassing van de UAV en de UAV-GC te worden voorkomen dat in de toekomst aannemingsovereenkomsten worden gesloten die in strijd zijn met art. 7:758 lid 4 BW. In de tweede plaats zal die aanpassing moeten bijdragen aan de rechtszekerheid. De bouw(recht)praktijk is immers gebaat bij duidelijkheid vooraf en moet wat dat betreft zo weinig mogelijk afhankelijk zijn van rechtsontwikkeling in de jurisprudentie op de langere termijn. Het voorgaande betekent tevens dat we zullen moeten accepteren dat de wetgever met de introductie van een aantal nieuwe bepalingen in Titel 7.12 BW onduidelijkheden heeft gecreëerd en dat de aanpassing van de UAV en de UAV-GC moet worden aangegrepen om de gevolgen van die onduidelijkheden voor de praktijk zo veel mogelijk te beperken. Dat brengt ons bij een derde uitgangspunt: bij de aanpassing van de UAV en de UAV-GC zal systeemconsistentie moeten worden bewaakt: het gaat niet alleen om de afstemming van par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005 op het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW. Systeemconsistentie vraagt ook om een goede doordenking en afstemming van de UAV en de UAV-GC als geheel op het bredere kader van de bepalingen van Titel 7.12 BW en uiteindelijk ook op de onderliggende bepalingen van het algemeen verbintenissenrecht, in het bijzonder Boek 6 BW.

### **4.3 Tekstvoorstellen voor aanpassing UAV en UAV-GC**

Daarmee komen wij toe aan de beantwoording van de vraag hoe de aanpassing van de UAV en de UAV-GC inhoudelijk haar beslag zal moeten krijgen. In deze paragraaf vertalen wij de in de paragrafen 2 en 3 beantwoorde voorvragen in een aantal tekstvoorstellen, rekening houdend met de in par. 4.2 hiervoor genoemde uitgangspunten.

#### **4.3.1 Schrap par. 12 lid 1 en 2 UAV en par. 28 lid 1 UAV-GC**

Zoals wij hiervoor concludeerden, zijn de huidige bepalingen van par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 in strijd met art. 7:758 lid 4 BW.<sup>[85]</sup> Wanneer opdrachtgevers en aannemers de UAV of de UAV-GC van toepassing verklaren op hun overeenkomsten met handhaving van die bepalingen, lopen zij het risico met ongewenste rechtsgevolgen te worden geconfronteerd.<sup>[86]</sup> Partijen kunnen dit voorkomen door de huidige bepalingen van par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 te schrappen.

#### **4.3.2 Neem art. 7:758 lid 4, eerste volzin, BW over in nieuwe par. 12 lid 1 UAV en par. 28 lid 1 UAV-GC**

In het geval dat opdrachtgevers en aannemers de UAV of de UAV-GC op hun overeenkomsten van toepassing verklaren met doorhaling van par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 respectievelijk par. 28 lid 1 UAV-GC 2005, betekent dat niet dat zij de kwestie van de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken na oplevering daarmee ongeregeld laten. In een dergelijk geval zal art. 7:758 BW die leemte in de overeenkomst immers aanvullen.<sup>[87]</sup>

Hoewel het formeel bezien dus onnodig is om, na doorhaling van de huidige bepalingen van par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005, te voorzien in een contractuele regeling van de aansprakelijkheid na oplevering, menen wij dat het wel wenselijk is om dat laatste te doen. Theoretisch mag het in de overeenkomst "overschrijven" van een wetsbepaling weliswaar minder fraai ogen, maar de praktijk is er minder bij gebaat wanneer opdrachtgevers en aannemers de tekst van de UAV of de UAV-GC telkens in samenhang met de tekst van het BW moeten raadplegen teneinde te kunnen vaststellen wat hun rechtspositie is. Onze voorgaande

aanbeveling past bovendien in een traditie: tal van andere kwesties die reeds afdoende in het BW zijn geregeld, kennen een nagenoeg gelijklopende regeling in de UAV en de UAV-GC.

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering is bovendien nog een extra argument te noemen om de materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW terug te laten komen in de UAV en de UAV-GC. Die standaardvoorwaarden voorzien in par. 12 lid 4 UAV 2012 en in par. 28 lid 2 en 3 UAV-GC 2005 immers - in aanvulling op en deels ook in afwijking van de wet<sup>[88]</sup> - in een regeling van de rechtsgevolgen in het geval dat de aansprakelijkheid van de aannemer een maal is *gevestigd*. Wij denken dat het bijdraagt aan de duidelijkheid wanneer in diezelfde bepalingen dan óók een regeling wordt opgenomen die ziet op die *vestiging* zelf: daarmee geven de voorwaarden immers inzicht in het geheel aan afspraken die gelden met betrekking tot de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken die zich na oplevering manifesteren.

Het opnemen van een regeling van de aansprakelijkheid na oplevering in de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 zelf zal voorts bijdragen aan de rechtszekerheid, aangezien in dat geval een duidelijke keuze zal moeten worden gemaakt wat betreft de inhoud van die regeling. Die keuze wordt immers in het midden gelaten in het geval dat géén regeling wordt getroffen en de aanvullende werking van art. 7:758 BW haar werk zal moeten doen. In dat kader kan het dan problematisch zijn dat - zoals wij in par. 3.1.6 hebben laten zien - op dit moment nog onduidelijkheid bestaat over het onderscheid tussen het begrip “werk” en het begrip “bouwwerk” en wat dit vervolgens betekent voor de vraag of de overeenkomst zal moeten worden aangevuld hetzij met de regel van lid 3 hetzij met die van lid 4, eerste volzin.<sup>[89]</sup>

Deze onduidelijkheid kan vooraf worden weggenomen door in de UAV en de UAV-GC zelf te voorzien in een regeling. Er kan vervolgens geen misverstand over bestaan hoe die regeling zal moeten luiden: dat moet een regeling zijn die dezelfde inhoud en strekking heeft als die van art. 7:754 lid 4, eerste volzin, BW. Het opnemen in de UAV of de UAV-GC van een andersluidende regel, zoals bijvoorbeeld een regel die overeenkomt met die van art. 7:758 lid 3 BW, is immers in strijd met de derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW.<sup>[90]</sup> Het voorgaande brengt ons tot de volgende tekstvoorstellen:

#### **Par. 12 UAV (nieuw)**

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in par. 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen.
2. (...)

#### **Par. 28 UAV-GC (nieuw)**

1. De Opdrachtnemer is na de feitelijke datum van oplevering aansprakelijk voor gebreken in het Werk of enig onderdeel daarvan die op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de Opdrachtnemer zijn toe te rekenen.

Redactionele verschillen tussen deze tekstvoorstellen houden verband met de noodzaak om de bepalingen juridisch-technisch goed te laten aansluiten op andere relevante bepalingen in de UAV en de UAV-GC.<sup>[91]</sup> Daarnaast hangen de verschillen samen met het feit dat wij - voor zover art. 7:758 lid 4 BW dat toestaat - formuleringskeuzes van de opstellers van de UAV en de UAV-GC zoveel mogelijk hebben willen eerbiedigen.<sup>[92]</sup> Wij realiseren ons - mede in het licht van onze eerdere oproep om te komen tot een coherent en consistent stelsel van juridisch-administratieve voorwaarden<sup>[93]</sup> - dat er uiteraard betere en mooiere formuleringen mogelijk zijn. Het gaat ons er nu echter om dat op de korte termijn dient te worden voorzien in een aanpassing van de UAV en de UAV-GC die zo weinig mogelijk voeten in de aarde heeft en past in zowel het systeem van de wet, als de aan te passen voorwaarden.



#### 4.3.3 Voorkom rechtsonzekerheid over de reikwijdte van het begrip “gebrek”

In de bovenstaande tekstvoorstellen hanteren wij - net zoals art. 7:758 lid 3 en lid 4 dat doen - enkel en alleen het begrip “gebrek”. Anders dan de huidige tekst van par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 dat nog doet, laten wij het begrip “tekortkomingen aan het werk” in onze tekstvoorstellen niet meer terugkeren. Voor een onderbouwing van deze keuze verwijzen wij naar de analyse in par. 2.2.1 en par 3.1.1. Die analyse laat zien dat aan het begrip “gebrek” in de zin van art. 7:758 lid 3 en lid 4, eerste volzin, BW een ruime uitleg dient te worden gegeven. Uit de derde volzin van lid 4 volgt dan dat het in de UAV of de UAV-GC overeenkomen van een bepaling die mogelijk leidt tot een beperktere uitleg van het begrip “gebrek”, niet is toegestaan.<sup>[94]</sup>

#### 4.3.4 Tref géén regeling met betrekking tot het begrip “bouwwerk”

Het behoeft geen betoog dat veel van de overeenkomsten waar de UAV of de UAV-GC op van toepassing worden verklaard tot de realisatie van een *bouwwerk* in de zin van art. 7:758 lid 4 BW zullen strekken.

Tegelijkertijd hebben wij hiervoor duidelijk gemaakt dat op dit moment onduidelijk is of elk “werk” in de zin van par. 1 lid 1 UAV en par. 1 sub (r) UAV-GC 2005 tevens een *bouwwerk* in de zin van art. 7:758 lid 4 BW is. De vraag is of dit betekent dat partijen uit een oogpunt van rechtszekerheid in dat kader nog een nadere afspraak zouden moeten maken.

Voor de kwestie die in deze bijdrage centraal staat - de afstemming van de UAV en de UAV-GC op art. 7:758 lid 4 BW - is dat laatste niet nodig, althans wanneer ons hiervoor uitgewerkte voorstel tot aanpassing van par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 en par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 wordt overgenomen. In dat geval kan een eventuele discussie achteraf tussen partijen over de vraag of het door de aannemer gerealiseerde werk een *bouwwerk* is immers geen afbreuk meer doen aan het feit dat partijen in hun overeenkomst de materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW zijn overeengekomen voor het gehele werk (bouwwerk of geen bouwwerk). Immers, partijen verklaren dan op het gehele werk het aansprakelijkheidsregime van lid 4, verdisconteerd in het nieuwe par. 12 lid 1 en 2 UAV of par. 28 lid 1 UAV-GC, van toepassing.

Partijen zouden die discussie natuurlijk ook vóór het aangaan van de overeenkomst kunnen voeren. Wanneer zij dan beiden van oordeel zijn dat het door de aannemer te realiseren werk géén bouwwerk in de zin van art. 7:758 lid 4 BW is, kunnen zij daarover een projectspecifieke afspraak maken in de overeenkomst. In het verlengde daarvan kunnen zij daarin dan ook - desgewenst - een afspraak maken die afwijkt van de door ons voorgestelde nieuwe bepaling van par. 12 lid 1 UAV of par. 28 lid 1 UAV-GC.<sup>[95]</sup> Partijen moeten zich daarbij dan wel realiseren dat het niet is toegestaan een projectspecifieke afspraak te maken die erop neerkomt dat zij het door de aannemer te realiseren werk als een werk in de zin van art. 7:758 lid 3 BW beschouwen, wanneer dat werk objectief gezien voldoet aan de criteria van het begrip bouwwerk in de zin van de in art. 7:758 lid 4 BW. Immers, afwijken van art. 7:758 lid 4 BW dient, zoals beschreven in par. 3.2.4 uitdrukkelijk en bij overeenkomst te geschieden als het gaat om werken die kwalificeren als bouwwerken. Het (willen) afwijken van de regeling van lid 4, door af te spreken dat het te realiseren werk buiten het bouwwerkbegrip valt, is geen uitdrukkelijk afwijking in de zin van datzelfde lid 4 en daarmee een afwijking in strijd met dat lid 4.

In ons voorstel voor de afstemming van de UAV en de UAV-GC op art. 7:758 lid 4 BW is het zoals gezegd niet nodig om een nadere regeling te treffen die voorziet in een verduidelijking van het in de UAV en de UAV-GC gebruikte begrip “werk” in relatie tot het begrip “bouwwerk”. Dat laat onverlet dat aan die verduidelijking alsnog behoefte zou kunnen bestaan in het kader van de toepassing van de nieuwe bepalingen van art. 7:745 lid 2 BW, art. 7:757a BW en - minder nieuw - art. 7:761 lid 2 BW, waarin het begrip bouwwerk eveneens voorkomt. Ook in dat geval raden wij echter af om in deze kwestie te voorzien door het overeenkomen van een definitiebepaling.<sup>[96]</sup> Het is in plaats daarvan beter - de wet biedt daar immers ook de ruimte voor, aangezien art. 7:754 lid 2 BW, art. 7:757a BW en art. 7:761 BW immers van aanvullend recht zijn - om in overeenkomst te voorzien in een nadere regeling voor de in die bepalingen geregelde kwesties: de door de aannemer na te leven aanvullende vereisten met betrekking tot de nakoming van de waarschuwingsplicht, diens verplichting tot het verstrekken van een opleverdossier en de duur van de aansprakelijkheid van de aannemer.<sup>[97]</sup>

#### 4.3.5 Hernummer de overige bepalingen van par. 12 UAV en par. 28 UAV-GC

In aanvulling op onze voorafgaande aanbevelingen en tekstvoorstellen voor de aanpassing van de huidige tekst van par. 12 lid 1 en 2 UAV 2012 en van par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 kunnen de overige leden van deze bepalingen behouden blijven: daarover gaat art. 7:758 lid 4 BW immers niet. Wel zullen - althans wat par. 12 UAV betreft - de overige leden hernummerd moeten worden, en zal de interne verwijzing uit het oude lid 4 (nieuwe lid 2) moeten worden aangepast. Volledigheidshalve geven wij hieronder de bepalingen zoals wij die voor ogen hebben integraal weer:

##### **Par. 12 lid UAV (nieuw)**

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen.
2. De rechtsvordering uit hoofde van een gebrek waarvoor de aannemer krachtens het eerste lid aansprakelijk is, is niet ontvankelijk indien zij wordt ingesteld na verloop van:
  - a. vijf jaren na de in het eerste lid bedoelde dag, of
  - b. tien jaren na de in het eerste lid bedoelde dag, indien het werk geheel of gedeeltelijk is ingestort of dreigt in te storten dan wel ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te raken voor de bestemming waarvoor het blijkens de overeenkomst bedoeld is en dit slechts kan worden verholpen of kan worden voorkomen door het treffen van zeer kostbare voorzieningen.
3. Indien in het bestek een onderhoudstermijn is voorgeschreven, treedt voor de toepassing van deze paragraaf de dag na het verstrijken van die termijn in de plaats van de in het eerste lid bedoelde dag en wordt onder opneming van het werk verstaan: de opneming genoemd in § 11, zesde lid.<sup>[98]</sup>

##### **Par. 28 UAV-GC (nieuw)**

1. De Opdrachtnemer is na de feitelijke datum van oplevering aansprakelijk voor gebreken in het Werk of enig onderdeel daarvan die op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de Opdrachtnemer zijn toe te rekenen.
2. De rechtsvordering uit hoofde van een gebrek waarvoor de Opdrachtnemer krachtens lid 1 aansprakelijk is, is niet ontvankelijk indien zij wordt ingesteld na verloop van:
  - a. vijf jaren na de lid 1 bedoelde dag, of

b. tien jaren na de in lid 1 bedoelde dag, indien het Werk hetzij geheel of gedeeltelijk dreigt in te storten hetzij het Werk ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te raken, voor de bestemming waarvoor het blijkens de Overeenkomst bedoeld is en dit slechts kan worden verholpen of kan worden voorkomen door het treffen van buitengewone en zeer kostbare voorzieningen.

3. De in totaal op grond van het eerste lid door de Opdrachtnemer te vergoeden schade is beperkt tot 10% van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs voorzover die prijs verband houdt met de realisatie van het Werk door middel van Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden. Indien het aldus berekende bedrag lager is dan 1.500.000 EURO, bedraagt de aan de Opdrachtgever te vergoeden schade ten hoogste 1.500.000 EURO.

4. Indien in de Vraagspecificatie een onderhoudstermijn is voorgeschreven, treedt voor de toepassing van deze paragraaf de dag na het verstrijken van die termijn in de plaats van de in lid 1 bedoelde dag.

#### **4.3.6 Faciliteer projectspecifiek afwijkingen van het nieuwe par. 12 lid 1 UAV en par. 28 lid 1 UAV-GC**

In par. 3.2.4 is reeds door ons uiteengezet dat de mogelijkheden tot afwijken van de regeling van art. 7:758 lid 4 BW voor bouwwerken uitermate beperkt zijn. Afwijken ten nadele van de opdrachtgever kan alleen als dit uitdrukkelijk en in de overeenkomst is opgenomen. Het komt er op neer dat het opnemen van een afwijkend aansprakelijkheidsregime in (de vorm van een) algemene voorwaarde(n) in ieder geval in strijd is met de wet, dat afwijken uitdrukkelijk moet geschieden en dat de wetgever als aanwijzing geeft dat sprake moet zijn van onderling overleg en mogelijk van onderhandelen.

Willen partijen afwijken van de door ons voorgestelde par. 12 lid 1 UAV en par. 28 lid 1 UAV-GC dan moeten zij aan de in art. 7:758 lid 4, derde volzin, BW opgenomen formele vereisten voor afwijking voldoen. Dat betekent dat de materieel met dat lid 4, eerste volzin, strijdige regel in de overeenkomst zelf moet zijn opgenomen in de vorm van een niet-gestandaardiseerd beding. Tevens moet daaruit blijken dat partijen uitdrukkelijk wensen af te wijken van het beding opgenomen in de toepasselijke algemene voorwaarden (par. 12 lid 1 UAV dan wel par. 28 lid 1 UAV-GC) en daarmee van de regeling van art. 7:758 lid 4 BW. Als partijen op enigerlei wijze duidelijk kunnen maken dat zij hebben gesproken over deze bepaling en het afwijken ervan, dan zal dat helpen het beding voor een rechter in stand te laten (mocht één der partijen een beroep op vernietiging doen van de van art. 7:758 lid 4, eerste volzin, BW afwijkende bepaling).

## **5. Nawoord**

Afgelopen november beschreven wij in dit tijdschrift de impasse die is ontstaan in de paritaire overleggen met betrekking tot de herziening van zowel de UAV 2012 als de UAV-GC 2005.<sup>[99]</sup> Wij beschreven daarin een aantal scenario's om tot een oplossing te komen. Nu wij concludeerden dat na respectievelijk zeven (UAV-GC) en drie jaar (UAV) praten tussen de betrokken partijen, het paritair opstellen van algemene voorwaarden onvoldoende vruchten afwerpt, betroffen die door ons beschreven opties enkel andere, niet-paritaire wijzen van aanpassen van de bestaande sets van algemene voorwaarden, dan wel het ontwikkelen van nieuwe sets.<sup>[100]</sup>

Daarbij hebben wij voor wat betreft de implementatie van de Wkb in het kader van de rechtszekerheid gepleit voor het op korte termijn aanpassen van de UAV 2012 en UAV-GC 2005, in plaats van het in stand laten van een met de wet strijdige situatie.<sup>[101]</sup> Daarnaast hebben wij gepleit voor het op de middellange termijn uniform<sup>[102]</sup> en systeemconsistent aanpassen van de UAV 2012 en UAV-GC 2005. Dat betekent dat wij als ideaalbeeld zien dat beide sets van voorwaarden uiteindelijk zoveel mogelijk in lijn worden gebracht met de tekst en reikwijdte van art. 7:758 lid 4 BW en met elkaar. Tot slot hebben wij ervoor gepleit, ook hier in het licht van de rechtszekerheid en systeemconsistentie en het voorkomen van (interpretatie) geschillen, dat zoveel mogelijk opdrachtgevers gelijklopende bepalingen (gaan) hanteren.

Inmiddels is het januari 2024 en is een dringende noodzaak ontstaan de met art. 7:758 lid 4 BW strijdige bepalingen in de UAV 2012 en UAV-GC 2005 te vervangen. Wij hebben voor de wijze waarop die aanpassing inhoudelijk vorm zou moeten worden gegeven, in deze bijdrage een voorstel gedaan en uitgebreid toegelicht waarom bepaalde (tekstuele) keuzes noodzakelijk dan wel wenselijk zijn. De vraag die ons nu nog rest, is hoe nu het aanpassen van die algemene voorwaarden procedureel moet gaan plaatsvinden. In ons artikel dat in het novembernummer van 2023 van dit tijdschrift is gepubliceerd, pleitten wij ervoor dat de organisaties van opdrachtgevers de regievoering over de inhoudelijke aspecten van implementatie van de Wkb in de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 in handen zouden geven van een commissie, bestaande uit onafhankelijke en deskundige personen. Het secretariaat van de commissie en de inhoudelijke en procesbegeleiding zouden eveneens vervuld moeten worden door een onafhankelijke derde met, idealiter, gezien de complexiteit van de materie, inhoudelijke kennis. Wij hebben daarvoor, uiteraard, verwezen naar het Instituut voor Bouwrecht.

Zoals wij in november in ons artikel opmerkten, is dit na het vastlopen van het paritaire overleg, zonder uitzicht op een oplossing op de korte termijn, wat ons betreft de op één na beste optie. Wanneer pariteit geen optie (meer) is, kan de onafhankelijkheid en vakinhoudelijke kennis van de in te stellen commissie bijdragen aan het creëren van zoveel mogelijk draagvlak voor de door die commissie te produceren tekstvoorstellen. Wat wij in november echter óók schreven, is dat zo'n commissie bij het uitvoeren van haar werkzaamheden oog zal moeten blijven houden voor de belangen van alle betrokken stakeholders. Ook dat draagt immers bij aan het creëren van voldoende draagvlak.

Nu de fatale termijn voor implementatie van de Wkb in de UAV en UAV-GC inmiddels is verstreken, ligt het door de (grote) opdrachtgevers uitgeven van een opdracht hiertoe<sup>[103]</sup> niet meer voor de hand als het gaat om de implementatie van lid 4 van art. 7:758 BW in de UAV en UAV-GC. Wij hebben daarom in dit artikel, als onafhankelijk en inhoudsdeskundig, zelf een voorstel gedaan met betrekking tot de wijze waarop die implementatie vorm kan krijgen. Dat voorstel is gebaseerd op een uitgebreide onderbouwing die inzicht geeft in onze afwegingen en motiveringen, die op hun beurt zijn gebaseerd op de beschikbare wetgeschiedenis, literatuur en kennis van het systeem van de wet en de sector.

Wij schreven in november 2023 dat in de in te stellen commissie bestaande uit onafhankelijke inhoudsdeskundigen geen belangenvertegenwoordigers van organisaties van opdrachtgevers en marktpartijen zitting nemen, maar dat de commissie bij het uitvoeren van haar werkzaamheden wel oog zal moeten hebben voor de belangen van alle betrokken stakeholders. Het borgen van inbreng door de sector kan daarbij op verschillende manieren vorm worden gegeven. De praktijk in zowel binnen- als buitenland heeft uitgewezen dat

daar waar het gaat om de consultatie van wet- en regelgeving, standaarden of sets van algemene voorwaarden, daarvoor zeer uiteenlopende mechanismen beschikbaar zijn.<sup>[104]</sup>

De consultatie van deze stakeholders hebben wij bij het schrijven van dit artikel en de daarin opgenomen tekstvoorstellen echter niet expliciet en openbaar kunnen uitvoeren, gezien het korte tijdsbestek. Wel hebben wij de afgelopen jaren, nu wij beiden nauw betrokken waren bij de herzieningsprocessen in het kader van de UAV 2012 en UAV-GC 2005, ruimschoots kennis kunnen nemen van de standpunten van alle betrokken stakeholders. Wij hebben door de jaren heen met een veelheid aan groepen en individuen met zeer uiteenlopende achtergrond en belangen gesproken over de Wkb in het algemeen en de betekenis en reikwijdte van art. 7:758 lid 4 BW in het bijzonder. Daarnaast hebben wij kennis genomen van de rond de invoering van de Wkb en de herzieningstrajecten van de UAV en UAV-GC gehouden consultaties. Tevens hebben wij kennis genomen van de in de juridische literatuur en de praktijk gevoerde discussies van de afgelopen jaren.

Het maken van verdedigbare keuzes is ons voorts makkelijker gemaakt doordat art. 7:758 lid 4 BW een dwingendrechtelijke regel bevat waarvan slechts, zoals wij uiteen hebben gezet, op bijzondere wijze kan worden afgeweken. Het dwingendrechtelijke karakter maakt dat de belangafweging over de noodzaak van het doorvoeren van deze wijziging al eerder heeft plaatsgevonden gedurende de parlementaire behandeling en wij ons daarover dus niet opnieuw hoeven uit te laten. Nu de afwijkmogelijkheden, zoals door ons in deze bijdrage uiteengezet, uitermate beperkt zijn, hoeven wij ons ook niet af te vragen óf de UAV en UAV-GC wel moesten worden aangepast: ook die afweging is eerder door onze wetgever immers al gemaakt.

Tot slot hebben wij onszelf, gezien het ad hoc karakter van het in deze bijdrage opgenomen reparatievoorstel en het ontbreken van een duidelijke opdrachtschrijving over de omvang van deze “herziening”, beperkt gehouden tot die wijzigingen die absoluut noodzakelijk zijn om art. 7:758 lid 4 BW in de UAV en UAV-GC te implementeren, *zonder* de systematiek van die voorwaarden te doorkruisen. Immers, die voorwaarden en hun systematiek kunnen vooralsnog nog op een ruim draagvlak rekenen en zijn daarom door ons zoveel mogelijk in stand gehouden.

Wij denken dan ook dat wij op basis hiervan en in het licht van de in par. 4.2 geformuleerde uitgangspunten en de op dit moment bestaande kennis over art. 7:758 lid 4 BW, de meest verdedigbare keuzes hebben gemaakt. Dit hoeft echter niet te betekenen dat wij bij het maken van onze keuzes met betrekking tot de wijze waarop lid 4 een plaats zou moeten krijgen in de UAV en UAV-GC, op dezelfde uitkomsten zijn uitgekomen als het geval zou zijn geweest bij paritair tot stand gekomen voorwaarden. Integendeel, wij hebben ons bij het maken van onze keuzes niet beperkt gevoeld door (enkel) de belangen van partijen en de noodzaak om links en rechts tijdens zo’n herzieningsproces zaken “weg te geven”, maar ons juist (kunnen) laten leiden door de bedoeling van de wetgever, de grenzen van het recht, de praktische toepasbaarheid, de consistentie en de rechtszekerheid.

Tot slot hopen wij dat de door ons aangedragen tekstvoorstellen voor aanpassing van de UAV en UAV-GC en de daarin gemaakte keuzes de inhoudelijke discussiepunten tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers zoveel mogelijk wegnemen en ertoe bijdragen dat partijen (opnieuw) het constructieve gesprek met elkaar aangaan.

- 1 Evelien Bruggeman is hoogleraar bouwrecht aan de TU Delft en tevens directeur van het Instituut voor Bouwrecht. Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Centre for Public Contract Law & Governance (CPC). Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag. De auteurs bedanken Stijn Wouda voor het literatuuronderzoek dat hij heeft verricht dat ten grondslag ligt aan delen van dit artikel. Chris Jansen bedankt de volgende (oud-)studenten van de Master Bouwrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam voor de nuttige gedachtewisseling in het kader van de begeleiding van hun afstudeerscripties over de implementatie van de Wkb in Titel 7.12, de UAV en de UAV-GC: Karim Achtioui, Chrissy van Hoof, Keshia Menig, Dagmar Neijzen, Bert Tayara, Iris van Willegen en Philippe Willemen.
- 2 Zie voor de letterlijke weergave hierna par. 3.
- 3 Zie hierna ook par. 4.1.1.
- 4 Zie E.M. Bruggeman en C.E.C. Jansen, 'Implementatie van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen in de UAV en UAV-GC: proeftuin voor de toekomst?', [TBR 2023/121](#), p. 893-902.
- 5 Inmiddels is ook een publicatie in voorbereiding die specifiek ingaat op de keuzes die wat betreft de afstemming op art. 7:758 lid 4 zijn gemaakt bij de recente herziening van de AVA 2023.
- 6 Een definitie ontbreekt bijvoorbeeld in *Asser/Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022.
- 7 Zie art. 7:204 lid 2 respectievelijk art. 7:337 lid 2 BW. Voor de schenkingsovereenkomst is dat weer niet gebeurd, zie art. 7:183 BW.
- 8 Aldus ook F.J. Vonck, *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/217.
- 9 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095 nr. 3, p. 32.
- 10 Zo ook C.E.C. Jansen, Aanneming van werk (Mon. BW nr. B84) 2013/17 e.v. en 71 en dezelfde: *MvV* 2023/5, p. 166 en *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/400, die eveneens aansluiting zoekt bij de regeling van het conformiteitsvereiste van art. 7:17 lid 2 BW.
- 11 Het maakt dan overigens geen verschil of de aannemer rechtstreeks tekortschiet in de nakoming van een resultaatseis, of dat zijn tekortschieten een proceseis betreft wat er vervolgens toe leidt dat het gerealiseerde werk evenmin beantwoordt aan een resultaatseis.
- 12 Hier kan een parallelle worden getrokken met de regeling van de huurovereenkomst in art. 7:204 lid 2 BW. Zie hierover ook Jongbloed, *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/174, die opmerkt dat 'als de huurder redelijkerwijs iets mag verwachten en dat niet (meer) aanwezig is, er sprake is van een gebrek'.
- 13 In de jurisprudentie zijn tal van voorbeelden hiervan te vinden. Zie bijvoorbeeld recentelijk Rb. Overijssel 22 november 2023, [ECLI:NL:RBOVE:2023:4770](#) met betrekking tot het niet passen van een door de opdrachtgever beoogde inbouwbox voor spotverlichting boven het aanrechtblad van de keuken.
- 14 Een esthetische eis zal onder omstandigheden kunnen samenvallen met een functionele (veiligheids)eis. Te denken valt aan de realisatie van weginfrastructuur, waarbij (onderdelen van) het te realiseren werk in een voorgeschreven kleur moet(en) worden gerealiseerd in verband met de veiligheid van het weggebruik.
- 15 Te denken valt aan kleurverschillen in voegwerk, zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2013, [ECLI:NL:GHARL:2013:9639](#) en Rb. Limburg 21 juni 2023, [ECLI:NL:RBLIM:2023:3760](#). Een ander voorbeeld biedt Rb. Oost-Brabant 23 februari 2022, [ECLI:NL:RBOBR:2022:568](#) met betrekking tot kleurverschillen ontstaan als gevolg van het gebruik van verschillende soorten hout. Zie voorts Rb. Gelderland 16 november 2022, [ECLI:NL:RBGEL:2022:6531](#) met betrekking tot kleurverschillen tussen de aangebrachte dorpel en andere kozijnonderdelen. Rb. Rotterdam 4 juni 2021, [ECLI:NL:RBROT:2021:7787](#)

betreft een voorbeeld van een geval waarin de aannemer de verkeerde kleur kozijnen levert. Zie over esthetische gebreken met betrekking tot uitgevoerd stucwerk Rb. Noord-Holland 2 september 2020, [ECLI:N L:RBNHO:2020:7092](#).

- 16 Dit is standaardjurisprudentie van de Hoge Raad, zie HR 23 maart 2007, *NJ* 2007/176 (*Brocacef/FCG*). Zie voor een toepassing van deze lijn in het kader van art. 7:758 lid 3 BW: Rb. Utrecht 16 juni 2010, [ECLI:NL:RBU TR:2010:BM8122](#), rov. 4.7 en met name 4.8. Zie hierover C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/71.
- 17 Zie o.a. *Asser/Van den Berg* 7-IV 2017/132b. Het lijkt uit sommige bronnen te volgen dat enkel is beoogd bij het toelichten van lid 1 van par. 12 UAV het onderscheid tussen "tekortkomingen" en "gebreken" aan te stippen en niet het (vermeende) verschil tussen "tekortkomingen *aan het werk*" en "gebreken", zie M.A.B. Chao-Duivis, *T&C Bouwrecht* aantekening 2 bij par. 12 lid 1 UAV 2012, (editie uit 2012). M.A.B. Chao-Duivis & H.P.C.W. Strang, *Praktische toelichting op de UAV 2012*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2018, p. 35-36. Zie eerder ook M.A.B. Chao-Duivis, *UAV 2012 Toegelicht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013, p. 77 en dezelfde, 'De AVA 2013 (1992): wijzigingen en rechtspraak (Deel 1)', [TBR 2014/169](#), p. 972, waarin zij schrijft: '*Normaal taalgebruik suggereert dat een gebrek niet hetzelfde is als een tekortkoming, maar van dat overkoepelende begrip een subgroep is. In navolging van de Ontstaansgeschiedenis van de UAV 2012 wordt hier ook voor de AVA 2013 betoogd, dat een gebrek betrekking heeft op een fysieke kwaliteit en daarmee dus een deel is van de grotere groep alle mogelijke tekortkomingen.*' Deze stelling gaat over *generieke* tekortkomingen en laat de mogelijkheid onverlet dat tussen de *specifieke* "tekortkomingen *aan het werk*" en "gebreken" geen licht zit.
- 18 Zie onder andere de in de vorige noot genoemde literatuur, die maar in zeer beperkte mate duidelijk maakt wat dan onder tekortkomingen *aan het werk* zou moeten worden verstaan. Zo zou het kunnen gaan om het tekortschieten van leveringen, bijvoorbeeld het niet leveren van reserveonderdelen, zie Chao-Duivis & Strang 2012, p. 35-36 en ook M.A.B. Chao-Duivis, *T&C Bouwrecht* aantekening 2 bij par. 12 lid 1 UAV 2012, (editie uit 2012) waar dit voorbeeld wordt opgevoerd. Wij wijzen wat dit voorbeeld betreft op hetgeen wij hiervoor schreven: van een "gebrek" in de zin van art. 7:758 lid 3 BW zal geen sprake kunnen zijn in het geval dat de prestatie waartoe de aannemer zich heeft verplicht is uitgebleven. Het ligt dan ook niet voor de hand dergelijke gevallen te betrekken in het kader van de vraag naar het vermeende onderscheid tussen tekortkomingen aan het werk en gebreken. Zie voorts nog Chao-Duivis, *T&C Bouwrecht* aantekening 2 bij par. 12 lid 1 UAV 2012, (editie uit 2020), die verwijst naar de in de volgende voetnoot te bespreken uitspraak RvA 24 februari 2015, No. 71.809 en uiteenzet dat het tekortschieten van de aannemer in die zaak geen gebrek oplevert, maar wel een tekortkoming.
- 19 Er wordt slechts één uitspraak aangehaald in het kader van de bespreking van par. 12 lid 1 UAV 2012. Het gaat om RvA 24 februari 2015, No. 71.809 zie M.A.B. Chao-Duivis, *T&C Bouwrecht* 2020, aantekening 2 bij par. 12 lid 1 UAV 2012. Deze zaak ging over het geval waarbij de aannemer geen politiekeurmerk aan de opdrachtgevers had afgegeven terwijl dit blijkt de overeenkomst wel onderdeel was van zijn prestatieplicht. De aannemer deed in dit geschil een beroep op verjaring op grond van art. 7:761 BW. De Raad oordeelt in eerste aanleg (RvA 19 maart 2012, No. 31.541) en in hoger beroep gelijkluidend. De Raad wijst het verweer in eerste aanleg af nu geen sprake is van een gebrek *in het opgeleverde werk* in de zin van art. 7:761 BW en doet de zaak in ro. 26 af door de vordering van opdrachtgever toe te wijzen op grond van

een tekortkoming, namelijk het niet voldoen aan de in de overeenkomst opgenomen verplichting tot het leveren van een keurmerk. In het hoger beroep komen arbiters in ro. 33 tot een vergelijkbaar oordeel.

- 20 Zie RvA Bouwbedrijven 2 augustus 1985, No. 11886, *BR* 1985, p. 932, m.nt. H.O Thunnissen. Deze uitspraak betrof het leveren van een deur in een andere uitvoering dan overeengekomen, namelijk een ander soort hout dan het overeengekomen hardhout.
- 21 M.A. Van Wijngaarden, *Handleiding tot de UAV*, Kluwer: 1974, nr. 131.
- 22 Zoals in de hiervoor aangehaalde literatuur wordt betoogd.
- 23 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 50 (MvT). Zie ook op p. 52: '*Zoals bij art. 7.12.7a lid 3 is opgemerkt, is de aannemer volgens de UAV 1989 na oplevering niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk. Maar dat is anders in een tweetal gevallen. Ten eerste het geval dat sprake is van de in artikel 7a:1645 BW bedoelde situatie. Ten tweede het geval dat het werk verborgen gebreken bevat. Zie par. 12, lid 2 UAV.*' (Onze cursivering, auteurs).
- 24 De wetgever vervolgt in zijn toelichting dat de omschrijving van het begrip "verborgen gebrek" in de UAV niet overeenstemt met die in de wet, zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 50 (MvT). Daar waar derhalve een uitzondering of afwijking met de UAV is beoogd, is dit uitdrukkelijk door de wetgever aangegeven. Het gaat hier om een afwijking die wij hierna in deze bijdrage nog toelichten in de laatste alinea van par. 2.2.4.
- 25 Zie de in de voetnoot hierboven genoemde *Kamerstukken*.
- 26 Wij gaan hier gemakshalve voorbij aan de vraag of van een tekortkoming reeds sprake is zodra de schuldenaar de inmiddels opeisbare verbintenis niet nakomt, of dat daarvoor ook nog nodig is dat de schuldenaar in de positie van verzuim is komen te verkeren.
- 27 De voorgaande passage is gebaseerd op: C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW B84) 2013/66; C.E.C. Jansen, *MvV* 2023/5, p. 166 en C.E.C. Jansen *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/397.
- 28 *Asser/Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/119; C.E.C. Jansen, *MvV* 2023/5, p. 167 en C.E.C. Jansen *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/400.
- 29 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 27 en 29 (MvT).
- 30 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 27 (MvT); *Asser/Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/119; C.E.C. Jansen *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/400.
- 31 Wij gaan hier niet in op de vraag naar de aard en omvang van het onderzoek dat de opdrachtgever zal moeten verrichten om zich van zijn onderzoeksplicht op grond van art. 7:758 lid 3 BW te kwijten. Zie daarover C.E.C. Jansen *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/400.
- 32 Nadere *Kamerstukken I* 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 11 (MvA). Met het niet voorzien in een dergelijke bepaling heeft de wetgever willen aansluiten bij het recht van de ons omringende landen: zie C.E.C. Jansen, diss. Tilburg 1998, p. 358-395. Zie eerder ook al *Kamerstukken II*, 23 095, nr. 3, p. 50 (MvT): '*voor de vraag of een gebrek al dan niet verborgen is, [kijkt] de wettekst uitsluitend (...) naar hetgeen op het moment van oplevering kon worden opgemerkt*'.
- 33 Daarin is immers - zie hierboven - bepaald: 'De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd' (cursivering auteurs).
- 34 C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/72; vgl. ook *Asser/Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/103 en 119.

- 35 Zie hierover meer uitgebreid ook C.E.C. Jansen, *MvV* 2023/5, p. 172-173; Jansen *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/401.
- 36 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 34-35 (MvT), Asser/*Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/122-123 en C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84), 2013/80. Zie ook de conclusie van A-G Wissink, [ECLI:NL:PHR:2020:949](#), bij HR 5 maart 2021, [ECLI:NL:HR:2021:345](#), nr. 3.4.3.
- 37 Zie par. 2.1.
- 38 Zie par. 2.1.
- 39 Zie par. 2.2.3 en 2.2.4.
- 40 Asser/*Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/103 en 125; C.E.C. Jansen *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/401.
- 41 Zie par. 2.2.4.
- 42 Zie opnieuw par. 2.2.4 met verwijzing naar Nadere MvA, *Kamerstukken I* 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 11.
- 43 En vooropgesteld uiteraard dat deze nadere partijafpraak de toets van het bepaalde in de derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW zal kunnen doorstaan. Zie hierna par. 3.2.
- 44 In dat kader moet dan aansluiting worden gezocht bij de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht van art. 6:74 jo 6:75 BW. Zie hierover meer uitgebreid C.E.C. Jansen, *MvV* 2023/5, p. 172-173.
- 45 Vgl. in dit verband ook Jansen, *MvV* 2023/5, p. 172-173; Jansen *Bijzondere overeenkomsten* (SBR 6), 2023/401.
- 46 Zoals hierna nog zal blijken, komt het begrip ook voor in art. 7:761 lid 2 BW dat in 2003 is ingevoerd. Met de invoering van de Wkb komen daar in totaal nog drie bepalingen bij: art. 7:754 lid 2 BW, art. 7:757a BW en art. 7:758 lid 4 BW.
- 47 Bruggeman & Strang 2018, par. 3 e.v.; Jansen, *MvV* 2023/5, p. 169; H.P.C.W. Strang, 'Redactioneel: Het begrip 'aanneming van bouwwerken' in (voorgenomen wijzigingen van) titel 7.12 BW', *Actualiteiten Bouwrecht* 27 oktober 2017. Recentelijk deed de RvA één uitspraak over de reikwijdte van het begrip, zij het in beperkte context, zie RvA 10 februari 2023, No. 72.277, [TBR 2023/105](#), m.nt. H.P.C.W. Strang.
- 48 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 6, p. 37.
- 49 Zie de bijlage bij art. 1.1 van de Omgevingswet: '*bouwwerk: constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren, met inbegrip van de daarvan deel uitmakende bouwwerkgebonden installaties anders dan een schip dat wordt gebruikt voor verblijf van personen en dat is bestemd en wordt gebruikt voor de vaart.*'
- 50 E.M. Bruggeman & H.P.C.W. Strang, [TBR 2018/134](#), voetnoten 40 t/m 42; C.E.C. Jansen *MvV* 2023/5, p. 169-170.
- 51 Zie ook eerder C.E.C. Jansen *MvV* 2013/5, p. 170-171.
- 52 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3: '*Dit wetsvoorstel strekt tot verbetering van de bouwkwaliteit door verbetering van de privaatrechtelijke positie van de particuliere en de zakelijke bouwconsument (...).*'
- 53 E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn 2022, par. 3.1.2.
- 54 E.M. Bruggeman & H.P.C.W. Strang 2018, par. 3.3; E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn, par. 3.1.2.
- 55 De MvT rept niet van de mogelijkheid van twee aansprakelijkheidsregimes in de bouw, en in de aanloop naar en tijdens de behandeling van de Wkb in de Tweede en Eerste Kamer is daar nooit over gesproken

- 56 Zie onder meer E.M. Bruggeman & H.P.C.W. Strang [TBR 2018/134](#); E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn 2022; C.E.C. Jansen *MvV* 2023/5, p. 169-171.
- 57 Zie onder meer A. Duijverman, P. Vermeij & R.M. Uittenbogaard-de Keyser, 'Het begrip "bouwwerk" volgens de Wet kwaliteitsborging', *BR* 2022/10, p. 54-57.
- 58 Art. 78 lid 1 RO.
- 59 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 90.
- 60 Dit is in lijn met art. 6:74 BW en 6:75 BW; M.M. Olthof, Tekst & Commentaar BW, art. 6:74 BW, aant. 2.; E.M. Bruggeman 2016, p. 591-596; E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn 2022, par. 6.5.1.
- 61 Zie hierover uitgebreid en verhelderend J.M. Henriquez & L. Rijzewijk, 'De Wet kwaliteitsborging voor het bouwen en de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling uit art. 7:758 lid 4 BW', [TBR 2020/80](#). Zie o.a. ook *Kamerstukken I* 2017/18, 34 453, I, p. 5. Anders: P. Vermeij en R.M. Uittenbogaard-de Keyser, 'Wijzigt de bewijsrechtelijke positie van de aannemer in het kader van zijn aansprakelijkheid voor gebreken na oplevering, na inwerkingtreding van de Wkb?', [TBR 2023/75](#). En kort: E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn 2022, p. 56-57.
- 62 Zie o.a. de stelling van Bouwend Nederland in Cobouw, 18 september 2023: 'De opdrachtgever moet na de inwerkingtreding van de Wkb nog steeds aantonen dat er sprake is van een gebrek en dat dit gebrek aanwezig was bij oplevering' en ook P. Vermeij & R.M. Uittenbogaard-de Keyser [TBR 2023/75](#), in vergelijking met J.M. Henriquez & L. Rijzewijk, [TBR 2020/80](#).
- 63 J.M. Henriquez & L. Rijzewijk, [TBR 2020/80](#); *Kamerstukken I* 2017/18, 34 453, I, p. 5.
- 64 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 2.
- 65 *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 453, nr. 18: Gewijzigd amendement van het lid Ronnes ter vervanging van nr. 9.
- 66 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 35: *'Zoals aangegeven kunnen in het kader van aanneming van werk verschillende partijen als opdrachtgever optreden en is er een groot verschil in kennisniveau en ervaring. Van een zakelijke opdrachtgever mag in dat verband worden verwacht dat hij in staat is personeel in dienst te nemen dat ter zake deskundig is dan wel deze deskundigheid in te huren. Het is om deze reden dat thans wordt voorgesteld de dwingendrechtelijkheid te beperken tot de particuliere opdrachtgever. Daarmee wordt aangesloten bij het onderscheid dat in het kader van de consumentenbescherming wordt gehanteerd tussen particuliere opdrachtgevers (natuurlijke personen, die niet handelen in het kader van hun beroep of bedrijf), en zakelijke opdrachtgevers (andere natuurlijke personen dan wel rechtspersonen).'*
- 67 Zie hierover: Asser/Sieburgh 6-III 2022/315: *'Dwingend recht dat het sluiten van de overeenkomst, haar inhoud of haar strekking betreft, komt voor in verschillende gradaties. Mogelijk is dat iedere afwijking van de wetsbepaling ongeoorloofd is, maar ook dat slechts afwijking ten nadele van één van de partijen ongeoorloofd is (bijvoorbeeld art. 7:6 lid 1 BW) of dat afwijking ongeoorloofd is, tenzij daarbij een bepaalde vorm in acht genomen wordt (bijvoorbeeld art. 7:619 BW. In dit laatste geval wordt wel gesproken van semidwingend recht.'*
- 68 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3 (MvT), p. 36.
- 69 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3 (MvT), p. 35-36.
- 70 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3 (MvT), p. 36: op deze pagina van de MvT wordt ook gesproken over de onderhandelingspositie van partijen ten aanzien van art. 7:758 lid 4 BW.
- 71 Mondeling overeengekomen bedingen vallen buiten deze omschrijving van art. 6:231 BW, zie Valk *Tekst & Commentaar* bij art. 6:231 BW, aant. 2. Let wel het gaat hier om de kwalificatie algemene voorwaarden. De

Richtlijn oneerlijke bedingen hanteert een grotere reikwijdte en is ook van toepassing op "uitonderhandelde" en mondelinge bedingen. Daardoor kunnen bijvoorbeeld ook contractuele bedingen en mondelinge afspraken als "oneerlijk" worden aangemerkt in de zin van de Richtlijn en dus vernietigd worden door een betrokken partij die daar een beroep op doet, zie Hondius *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:231 BW, aant. 2.3 t/m 2.9.

- 72 HR 19 september 1997, [ECLI:NL:HR:21997:ZC2435](#), NJ 1998/6.
- 73 Hondius *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:231 BW, aant. 2.9.
- 74 Valk *Tekst & Commentaar* bij art. 6:231 BW, aant. 2.
- 75 Zie ook Valk *Tekst & Commentaar* bij art. 6:231 BW, aant. 2.
- 76 Prijsbedingen worden over het algemeen gerekend tot kernbedingen in de zin van art. 6:231 BW, Hondius *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:231 BW, aant. 2.9.
- 77 In die zin R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. VU Amsterdam), 1991, p. 54; Hondius *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:231 BW, aant. 2.8.
- 78 E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn 2022, par. 6.7.
- 79 E.M. Bruggeman 2016, par. 5.2.
- 80 Zie *KamerstukkenII* 2015/16, 34 453, nr. 3: 'Dit wetsvoorstel strekt tot verbetering van de bouwkwaliteit door verbetering van de privaatrechtelijke positie van de particuliere en de zakelijke bouwconsument (...)'.  
81 TM en MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 191 en 192.
- 82 Zie art. 3:53 lid 1 BW.
- 83 Zie Hijma *Tekst & Commentaar* bij art. 3:40 BW, aant. 3.
- 84 Zie Hijma *Tekst & Commentaar* bij art. 3:40 BW, aant. 3.
- 85 Zie par. 4.1.1.
- 86 Zie par. 4.1.2.
- 87 Zie art. 6:248 lid 1 BW.
- 88 Zoals wij hebben toegelicht in par. 3.2.1, zijn deze afwijkingen toegestaan: het toepassingsgebied van art. 7:758 lid 4 BW strekt zich immers niet uit tot de duur en de omvang van de aansprakelijkheid (de schadevergoedingsverbintenis) van de aannemer.
- 89 En zoals wij in par. 3.1.7 al hebben opgemerkt, biedt de jurisprudentie nog geen definitief uitsluitsel over de vraag of aan het begrip "bouwwerk" de door ons voorgestane ruime uitleg dient te worden gegeven in het kader van de toepassing van art. 7:758 lid 4 BW en andere bepalingen van Titel 7.12 BW waarin het begrip wordt gebruikt.
- 90 Zie par. 3.2.4.
- 91 Zie bijvoorbeeld de in par. 28 lid 1 UAV-GC 2005 gebruikte woorden 'feitelijke datum van oplevering'. Zie voor de ratio van die formulering de Toelichting op de UAV-GC, p. 78.
- 92 Zie bijvoorbeeld de woorden 'in het Werk of enig onderdeel daarvan' in par. 28 lid 1 UAV-GC 2005. Zie voor de ratio van die formulering de Toelichting op de UAV-GC, p. 79. De toerekeningsgronden, zoals die nu nog staan uitgeschreven in de huidige tekst van par. 28 lid 1 sub a UAV-GC 2005, hebben wij in ons voorstel niet meer overgenomen met het oog op de leesbaarheid van de tekst. In de Toelichting op de UAV-GC staat ook overigens vermeld dat de in die bepaling gebruikte formulering haar grondslag vindt in de algemene tekortkomingsregeling van de art. 6:74 en 6:75 BW, zie p. 80.

- 93 E.M. Bruggeman & C.E.C. Jansen, 'Naar een coherent aanbestedings- en juridisch-administratief kader voor de bouw: voorstel voor een routekaart', [TBR 2021/99](#), p. 774-787.
- 94 Wij schrijven "mogelijk", omdat uit onze analyse in par. 2.2.1 volgt dat uit de structuur van par. 12 UAV 2012, de wetsgeschiedenis en de literatuur kan worden afgeleid dat er geen licht zit tussen de begrippen "tekortkomingen aan het werk" en "gebreken".
- 95 Zie hierna ook par. 4.3.6.
- 96 Bijvoorbeeld door par. 1 lid 1 UAV 2012 en par. 1 sub r UAV-GC 2005 aan te vullen met de woorden: '*Het werk is tevens een bouwwerk in de zin van titel 7.12 BW*'.
- 97 En die nadere regeling zou op termijn natuurlijk ook in de UAV en de UAV-GC kunnen worden getroffen, hetgeen voor wat betreft de duur van de aansprakelijkheid al is gebeurd in par. 12 lid 4 UAV 2012 en in par. 28 lid 2 UAV-GC 2005.
- 98 Wij laten de tekst van het derde lid ongewijzigd, hoewel daarin is bepaald wat 'voor de toepassing van deze paragraaf' onder 'opneming van het werk' dient te worden verstaan. De zinsnede 'opneming van het werk' komt in ons tekstvoorstel van 'deze paragraaf' echter niet meer voor, aangezien wij de tekst van § 12 lid 2 sub b UAV 2012 in ons voorstel immers hebben geschrapt in verband met de strijdigheid van die bepaling met art. 7:758 lid 4 BW. Dat laat onverlet dat de tekst van § 12 lid 5 UAV 2012 - na henummering lid 3 - ongewijzigd kan blijven. Met het slot van die bepaling wordt immers bedoeld op het opleveringsproces (de opneming) in het geval van een onderhoudstermijn. De toepassing van de bepaling heeft geen invloed op de materiële werking van de door ons voorgestelde nieuwe bepaling van lid 1.
- 99 E.M. Bruggeman & C.E.C. Jansen, [TBR 2023/121](#), p. 893-902.
- 100 Aangeduid als de "verbouw" en de "nieuwbouw" van het contractenhuis, zie [TBR 2023/121](#), p. 901-902.
- 101 De door onze beschreven optie 1, "niets doen", en de beschreven optie 2 "schrappen van par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005, behoren dan ook niet tot de mogelijkheden. Zie [TBR 2023/121](#), par. 3.1 en 3.2.
- 102 Dit ligt besloten in ons pleidooi voor een optie 3, waarbij opdrachtgevers gezamenlijk tot teksten komen, en in ons pleidooi voor optie 4, zie [TBR 2023/121](#), par. 3.4 en par. 4.
- 103 Zoals door ons betoogd in [TBR 2023/121](#).
- 104 Denk aan de wijze waarop in ons land wet- en regelgeving wordt geconsulteerd, maar ook aan de uiteenlopende werkwijzen die bij totstandkoming van algemene voorwaarden in bijvoorbeeld Denemarken, Noorwegen of Zwitserland of bij NEC 4 en FIDIC worden gehanteerd.