

# De Wet kwaliteitsborging voor het bouwen en de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling uit art. 7:758 lid 4 BW

## Aandachtspunten voor de praktijk

– Mr. J.M. Henriquez en mr. L. Rijzewijk<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Op 15 mei 2019 heeft de Eerste Kamer de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) aangenomen.<sup>2</sup> Op 20 mei 2020 heeft de Minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties de Eerste en de Tweede Kamer laten weten dat inwerkingtreding van de Wkb (en de Omgevingswet) op 1 januari 2022 wenselijk en realistisch is.<sup>3</sup>

Met de Wkb beoogt de wetgever de bouwkwaliteit te verbeteren door onder andere de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever in de bouw te versterken. Opdrachtgevers krijgen volgens de wetgever betere mogelijkheden om, wanneer bij oplevering blijkt dat een bouwwerk niet conform regelgeving en contractuele afspraken is gebouwd, de aannemer aan te sporen tot herstelwerkzaamheden.<sup>4</sup>

De Wkb wijzigt een aantal bepalingen in titel 7.12 BW. Eén van de veranderingen betreft een aanpassing van de aansprakelijkheidsregeling van art.

7:758 BW door de toevoeging van een vierde lid aan dat artikel dat specifiek voor *bouwwerken* geldt.

De Wkb en haar nieuwe aansprakelijkheidsbepaling hebben verstrekkende gevolgen voor de werking (en inkleuring) van privaatrechtelijke normen die het bouwproces beheersen. In dit verband denken wij (onder meer) aan de waarschuwingsplicht (art. 7:754 BW), de klachtplicht (art. 6:89 BW) en de relevante dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 7, Titel 12, Afd. 2, die de consument-opdrachtgever in de bouw bescherming bieden. Over deze thematiek is de afgelopen jaren een groot aantal (lezenswaardige) publicaties verschenen.<sup>5</sup> De nieuwe aansprakelijkheidsbepaling van art. 7:758 lid 4 heeft ook gevolgen voor het privaatrechtelijke bouwproces. In deze bijdrage wordt met name ingegaan op de (praktische) complicaties voor de rechtsverhouding tussen opdrachtnemer en opdrachtgever, die het nieuwe art. 7:758 lid 4 BW met zich zal meebrengen. Er wordt aandacht besteed aan de opleveringsprocedure van bouwwerken, de bewijslastverdeling en het toereke-

<sup>5</sup> Zie onder meer: E.M. Bruggeman, 'De privaatrechtelijke aspecten het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel I, II en III)', *TBR* 2016/78, *TBR* 2016/92 en *TBR* 2016/110, E.M. Bruggeman, 'De gevolgen van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen voor het consumentenrecht', *TvC* 2017-3, p. 105-114, E. Bruggeman, 'De gevolgen van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen voor het werk en de rechtsverhouding van de architect', *TBR* 2017/91, E.M. Bruggeman en H.P.C.W. Strang, 'De wijziging van de waarschuwingsplicht in de Wet kwaliteitsborging', *TBR* 2017/122, S. Van Gulijk, 'De toepassing van de klachtplicht bezien vanuit het Wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen', *Contracteren* 2018, nr 4, S.J.H. Rutten en H.C.W.M. Moesker, 'Raad van Arbitrage en de klachtplicht ex artikel 6:89 BW', *TBR* 2020/62.

<sup>1</sup> Jacob Henriquez is advocaat en partner bij Ploum. Luc Rijzewijk is advocaat bij TBI Holdings B.V. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

<sup>2</sup> Zie *Stb.* 2019, 382.

<sup>3</sup> Zie <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/05/20/kamerbrief-over-nieuwe-datum-inwerkingtreding-omgevingswet>>. De gezamenlijke verklaring is te raadplegen via <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2020/05/20/gezamenlijke-verklaring-rijk-koepels>> (geraadpleegd op 21 mei 2020).

<sup>4</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 13 (MvT).

ningsaspect, en de aansprakelijkheidsregeling in de algemene voorwaarden

**K**ortom: wij gaan in deze bijdrage primair in op de achtergrond van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling en bespreken de inhoudelijke verschillen met de huidige regeling van art. 7:758 lid 3 BW. Daarbij laten wij drie implicaties van de voorgestelde aansprakelijkheidsbepaling voor de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer de revue passeren. Wij signaleren daarbij onze aandachtspunten voor de praktijk.

## 2. Achtergrond en doel Wkb in vogelvlucht

**D**e Wkb strekt, blijkens haar wetgeschiedenis, tot verbetering van de bouwkwiteit en beoogt het publieke belang van een goede bouwkwiteit en veiligheid op meerdere manieren te borgen. De Wkb bevat voor alle partijen in het bouwproces prikkels om hun verantwoordelijkheid te nemen voor de bouwkwiteit en elkaar daar zo nodig op aan te spreken. Het realiseren van een optimale bouwkwiteit is, volgens de wetgever, in de eerste plaats een zaak van en tussen private partijen.<sup>6</sup> Bruggeman vat een en ander kernachtig samen met de vaststelling dat er in de Wkb voor is gekozen om de verantwoordelijkheid en taakverdeling voor de kwaliteit van bouwwerken te verschuiven van een publiekrechtelijk georganiseerd systeem van borging van de kwaliteit, naar een privaat georganiseerd systeem.<sup>7</sup>

**A**ldus dicht de wetgever private partijen in het bouwproces, waaronder opdrachtgever en aannemer, een grotere verantwoordelijkheid toe. Derhalve verwondert het niet dat de wetgever het van zwaarwichtig belang acht dat opdrachtgever en aannemer vanuit een (zo veel mogelijk) gelijkwaardige positie met elkaar kunnen contracteren. Van gelijkwaardigheid is volgens hem naar huidig recht geen sprake.

**U**it de Memorie van Toelichting (MvT) volgt dat de wetgever de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever in zijn relatie tot de aannemer naar huidige recht (te) zwak vindt.<sup>8</sup> Onder meer omdat hierin sprake is van een kennisasymmetrie; voor een particuliere opdrachtgever geldt dat deze maar één of hooguit enkele keren in zijn leven opdracht geeft voor het bouwen van een (groot) bouwwerk. Daardoor heeft de particuliere opdrachtgever weinig kennis over het bouwen en de daarbij gehanteerde voorschriften en normen. Dit leidt ertoe dat het voor een particuliere opdrachtgever in de regel

lastig(er) is om na te gaan in hoeverre een contract overeenkomt met zijn bedoelingen en in hoeverre een aannemer voldoet aan hetgeen contractueel is overeengekomen, aan de eisen van goed en deugdelijk werk en aan de bouwtechnische voorschriften. Omdat de particuliere opdrachtgever de consequenties niet altijd goed kan overzien, lijkt hij sneller dan voor andere aankopen geneigd te kiezen voor een lagere of zelfs de laagste prijs. Dit is voor de aannemer weer een prikkel om te kiezen voor prijsconcurrentie in plaats van concurrentie op kwaliteit. Een scherp vastgelegde aanneemsom voor een bouwproject leidt in de regel tot smalle marges en een prikkel voor de bouwbedrijven om vergaand kosten te besparen en zo winst te behalen. Dit kan in sommige gevallen ten koste gaan van de bouwkwiteit en de belangen van de particuliere opdrachtgever. Hoe beter vooraf is vastgelegd welk resultaat voor de bouwsom wordt geleverd, des te meer zekerheid heeft de opdrachtgever dat hij waar voor zijn geld krijgt.<sup>9</sup>

**D**e hiervoor beschreven kennisasymmetrie bestaat ook in het geval een aannemer contracteert met een professionele opdrachtgever. Een professionele opdrachtgever hoeft evenmin in alle gevallen deskundig te zijn op het gebied van bouwkwiteit van bouwwerken. In de regel zal de aannemer over de meeste deskundigheid beschikken ten aanzien van het realiseren van een bouwwerk. Een bouwwerk is een bijzonder complex product, waardoor de opdrachtgever al snel in de positie komt dat hij lastig kan inschatten of het bouwwerk kwalitatief goed van aard is. Dit in tegenstelling tot de aannemer, van wie mag worden verwacht dat hij de nodige kennis en ervaring heeft om het bouwwerk volgens de overeengekomen kwaliteitseisen tot stand te brengen. Hij bepaalt als uitvoerende partij voor een belangrijk deel de kwaliteit van het te realiseren bouwwerk en het voldoen daarvan aan bouwregeling, contractuele afspraken en het uitgangspunt van goed en deugdelijk werk.

**E**en opdrachtgever, ook als hij professioneel is, heeft deze kennis en ervaring vaak niet en ook de invloed op de kwaliteit van het gerealiseerde bouwwerk is veelal beperkt. Zelfs wanneer een professionele opdrachtgever de nodige kennis en ervaring zou hebben, dan nog is hij niet - zoals de aannemer - continu aanwezig bij de bouw van het bouwwerk. Een opdrachtgever, ook een professionele<sup>10</sup>, kan niet de kwaliteit van een bouwwerk volledig beoordelen wanneer hij slechts op bepaalde momenten tijdens het bouwproces een deel van de werkzaamheden van de aannemer heeft kunnen waarnemen.<sup>11</sup> Een in de praktijk gehoord kritiek-

<sup>6</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 453, p. 12 (MvA) en Kamerstukken I 2016/17, 34 453, p. 18 (MvA).

<sup>7</sup> E.M. Bruggeman, 'Wetsvoorstel Kwaliteitsborging dan toch naar de Kamer', TBR 2016/62.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p.10 (MvT).

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 32 (MvT).

<sup>10</sup> Denk in dit verband bijvoorbeeld aan MKB-ers en kleine zelfstandigen of kleine onderwijs- en zorginstellingen.

<sup>11</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 453, D, p. 18 en 19 (MvA).

punt op de huidige aansprakelijkheidsregeling (art. 7:758 lid 3 BW) is dat de aannemer ook ontslagen is van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering feitelijk niet heeft ontdekt, maar *had moeten* ontdekken. Het nieuwe aansprakelijkheidsregime van titel 7:12 BW bevat een afwijkende aansprakelijkheidsregeling voor bouwwerken.

### 3. Het nieuwe aansprakelijkheidsregime van titel 7:12 BW

#### 3.1 Twee aansprakelijkheidsregimes

Aan art. 7:758 BW wordt een vierde lid toegevoegd. Het vierde lid maakt allereerst duidelijk dat na de invoering van de Wkb twee aansprakelijkheidsregimes binnen titel 7.12 BW ontstaan. Een aansprakelijkheidsbepaling die geldt voor aanneming van werk niet zijnde bouwwerken (art. 7:758 lid 3 BW) - derhalve voor het stomen van een pak en de reparatie aan een fiets<sup>12</sup> - en een aansprakelijkheidsbepaling die geldt voor de aanneming van bouwwerken (art. 7:758 lid 4 BW).<sup>13</sup>

De term 'bouwwerk' wordt echter noch in de Wkb noch in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) omschreven.<sup>14</sup> De Raad van State<sup>15</sup> heeft overwogen dat voor deze term aansluiting kan worden gezocht bij de definitie uit de modelbouwverordening.<sup>16</sup> Deze definitie luidt: *'elke constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op 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'*. De wetgever heeft met het gebruik van deze term in de wet mogelijk aansluiting willen zoeken bij de hiervoor weergegeven definitie.

#### 3.2 Achtergrond van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling

De vraag rijst wat de achtergrond is van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling en waarom de wetgever juist voor bouwwerken een aanpassing van de aansprakelijkheidsregel noodzakelijk acht. Bij het doornemen van de MvT<sup>17</sup> vallen de volgende overwegingen op:

'In een aanneemovereenkomst komen opdrachtgever en aannemer overeen onder welke voorwaarden werkzaamheden zullen worden uitgevoerd om een bouwwerk te bouwen. Op dit moment zijn hierbij belangrijke punten het feit dat de risico's van een bouwwerk na oplevering voor de opdrachtgever zijn en het feit dat de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Deze verdeling van aansprakelijkheid tussen aannemer en opdrachtgever vormt geen prikkel voor aannemers om zich te committeren aan de kwaliteit van door hen geleverde bouwwerken ook voor de periode na oplevering en voor de langere termijn.'<sup>18</sup>

De MvT vervolgt met de stelling dat over het punt van aansprakelijkheid reeds langere tijd een discussie tussen partijen in de bouwsector gaande is en dat *'beoogd wordt deze met dit wetsvoorstel te beslechten'*.<sup>19</sup> In dit stadium kunnen twee argumenten worden geadresseerd die de wetgever naar voren brengt ter rechtvaardiging van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling: (i) risico's van het bouwwerk zijn na oplevering voor de opdrachtgever en (ii) na oplevering is de aannemer ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever bij oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

Het eerste argument is niet verrassend en kan - vanwege de vanzelfsprekendheid van de risico-overgang van aannemer naar opdrachtgever bij oplevering - in onze optiek niet als een overtuigende basis dienen voor de aanpassing van het aansprakelijkheidsregime in titel 7.12 BW. Het tweede argument is in dat kader relevanter en de volgende passage uit de MvT legt bloot waar het pijnpunt zit en voor welk probleem de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling een oplossing zou moeten zijn: *'(...) een zwaardere verantwoordelijkheid van aannemers voor de bouwkwaliteit van door hen opgeleverde bouwwerken, ook na het moment van oplevering, een stimulering voor de bouwkwaliteit zal betekenen'*. Met andere woorden, de aannemer dient na de oplevering - ook al vindt bij oplevering een risico-overgang plaats van het werk naar de opdrachtgever - een zwaardere verantwoordelijkheid te hebben en dit zou de bouwkwaliteit doen verbeteren, aldus de MvT.<sup>20</sup>

Het tweede argument legt overigens ook een verschil bloot tussen het aansprakelijkheidsregime in titel 7.12 BW voor de aannemingsovereenkomst en het aansprakelijkheidsregime in boek 6 BW, meer in het specifiek in art. 6:74 BW, voor verbintenissen die niet onder de reikwijdte van titel 7.12 BW vallen. De MvT licht toe dat de oplossing voor

<sup>12</sup> Deze voorbeelden zijn ontleend aan Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/8.

<sup>13</sup> Overigens geldt dat alle wijzigingen aan titel 7.12 BW afd. 1 ten gevolge van de Wkb specifiek zien op bouwwerken. Dat geldt door ook voor de art. 7:754 lid 2 BW (nieuw) dat ziet op de waarschuwingplicht bij aanneming van een bouwwerk en art. 7:757a BW (nieuw) dat betrekking heeft op het overdrachtsdossier.

<sup>14</sup> En evenmin in titel 7.12 BW zoals die geldt vóór invoering van de Wkb.

<sup>15</sup> ABRvS 12 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7117.

<sup>16</sup> Omdat dit in de Woningwet niet was omschreven en in de modelbouwverordening een bruikbare definitie is gegeven.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3 (MvT).

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 9 (MvT).

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 9 (MvT).

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 9 (MvT).

dit verschil zit in een meer evenwichtige aansprakelijkheidsverdeling tussen de opdrachtgever en de aannemer door een andere definitie van het begrip ‘verborgen gebrek’ te hanteren.<sup>21</sup>

De wetgever is de mening toegedaan dat in de huidige aansprakelijkheidsbepaling (art. 7:758 lid 3 BW) ten gunste van de aannemer wordt afgeweken van de algemene regel zoals neergelegd in art. 6:74 lid 1 BW dat erop neerkomt dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt, te vergoeden, tenzij die tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Hiermee is de aansprakelijkheid van de aannemer van bouwwerken sterk ingeperkt, aldus de MvT.<sup>22</sup>

De achterliggende gedachte bij de huidige aansprakelijkheidsverdeling is dat de aannemer na de oplevering een gerechtvaardigd vertrouwen mag hebben dat de opdrachtgever de gebreken heeft aanvaard en dat de opdrachtgever dus afziet van een eventueel vorderingsrecht tot herstel. Deze aansprakelijkheidsregeling is verder gebaseerd op de destijds geldende Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (UAV 1989), thans de UAV 2012. Daarin is opgenomen dat de aannemer in beginsel na de oplevering niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan het werk.<sup>23</sup>

In de MvT wordt, onder verwijzing naar het IBR eindrapport ‘Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw’ (februari 2013),<sup>24</sup> als aandachtspunt gesignaleerd dat met de huidige aansprakelijkheidsbepaling een onbevredigende situatie kan ontstaan waarbij na oplevering de opdrachtgever de bewijslast heeft van het redelijkerwijs niet moeten onderkennen van het gebrek bij oplevering terwijl de aannemer, die als deskundig mag worden verondersteld, zich slechts hoeft te verweren:

‘Dit levert veelal de onbevredigende situatie op dat tussen partijen niet in geschil is dat er een gebrek is, maar dat het geschil meer gericht is op de vraag of de opdrachtgever deze had moeten ontdekken tijdens de oplevering dan op de vraag of dit is toe te rekenen aan de aannemer. Daarbij wreekt zich dat de opdrachtgever veelal niet de kennis, ervaring en mogelijkheden heeft om te beoordelen of sprake is van gebreken, laat staan om te beoordelen of hij deze zonder risico’s kan aanvaarden, terwijl die kennis wel bij de aannemer aanwezig is. Ook speelt een rol dat een gebrek dat redelijkerwijs door de opdrachtgever

had kunnen worden ontdekt, zeker ook door de aannemer zelf had kunnen worden ontdekt.’<sup>25</sup>

Toezicht door de opdrachtgever is bedoeld als een extra waarborg ten behoeve van de opdrachtgever en niet als een factor ter vermindering van de prestatieplicht van de aannemer, aldus de MvT.<sup>26</sup> In de Memorie van Antwoord (MvA) wordt uitgelegd waarom de nieuwe regeling volgens de wetgever zal leiden tot het door hem beoogde resultaat<sup>27</sup>:

‘De kern van het wetsvoorstel is dat door de juiste prikkels een preventieve werking uitgaat richting de aannemer om aantoonbaar betere bouw kwaliteit te leveren. Daarom is in het wetsvoorstel voorgesteld de aansprakelijkheid van de aannemer van een bouwwerk voor verborgen gebreken aan te scherpen. Met de aanscherping van de aansprakelijkheid van de aannemer verbetert de juridische positie van de opdrachtgever in een geschil over een gebrek dat na oplevering aan het licht komt. De opdrachtgever krijgt hiermee een sterkere bewijspositie ten opzichte van de aannemer bij de realisatie van een bouwwerk en is daardoor beter in staat zijn recht te halen indien mocht blijken dat het bouwwerk niet voldoet aan de overeengekomen kwaliteitseisen.’

En over het beoogde effect van de nieuwe aansprakelijkheidsregeling staat in de MvA<sup>28</sup>:

‘Het effect hiervan is tweeledig. Een aannemer zal sneller geneigd zijn om ook al tijdens de bouw optredende gebreken te herstellen, omdat hij anders in een later stadium alsnog hiertoe moet overgaan. Deze preventieve werking zorgt ervoor dat de opdrachtgever niet altijd gedwongen zal zijn om een beroep te doen op de rechter om zijn recht te halen. Daarnaast heeft de verbetering van de bewijspositie van de opdrachtgever een drempelverlagend effect om herstel bij de rechter af te dwingen, wanneer hij zich wel tot de rechter moet wenden.’

Ook wordt in de MvA toegelicht waarom de wetgever de ‘nieuwe’ aansprakelijkheidsverdeling redelijk c.q. rechtvaardig acht:

‘Doel is de aannemer te prikkelen om kwaliteit te leveren. Dit is relevant voor alle bouwwerken, ongeacht of de bouwwerken voor particuliere opdrachtgevers worden gebouwd of voor zakelijke opdrachtgevers. Het wetsvoorstel zorgt voor een evenwichtigere verdeling van de aansprakelijkheid voor gebreken bij de aanneming van bouwwerken die na de oplevering aan het licht komen.

Daarom regelt het wetsvoorstel - in aansluiting op de algemene regel over aansprakelijkheid in artikel 6:74

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 31 (MvT).

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 33 (MvT).

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 33 (MvT).

<sup>24</sup> Zie bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 32 757, nr. 91 en M.A.B. Chao-Duivis en H.P.C.W. Strang, *Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2015-16, 34 453, nr. 3, p. 34 (MvT).

<sup>26</sup> Kamerstukken II 2015-16, 34 453, nr. 3, p. 35 (MvT).

<sup>27</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 453, D, p. 15/16 (MvA).

<sup>28</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 453, D, p. 15/16 (MvA).

lid 1 BW - dat de aannemer aansprakelijk blijft voor gebreken die aan hem zijn toe te rekenen. (...) Het is reëel en rechtvaardig dat een aannemer aansprakelijk is voor gebreken die na de oplevering van een bouwwerk worden ontdekt, wanneer deze gebreken aan hem zijn toe te rekenen. Dit is onafhankelijk van het soort opdrachtgever.<sup>29</sup>

### 3.3 De voorgestelde situatie

De voorgestelde aansprakelijkheidsbepaling van art. 7:758 lid 4 BW levert een herdefinitie op van het begrip ‘verborgen gebrek’. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld voor de aanneming van bouwwerken een verborgen gebrek te definiëren als ‘een gebrek<sup>29</sup> dat niet bij de oplevering van het opgeleverde bouwwerk is ontdekt’.<sup>30</sup> De woorden ‘is ontdekt’ houden een feitelijk criterium in. Om met Chao-Duivis te spreken: iets is ontdekt of niet ontdekt. Daarbij maakt het niet uit op de opdrachtgever dan wel degene die ten behoeve van hem iets bekeek, al dan niet deskundig is. Het criterium is immers niet: wat iemand redelijkerwijs had moeten of kunnen ontdekken. Zou dat het criterium zijn, dan speelt deskundigheid wel een alles bepalende rol.<sup>31</sup>

Anders dan in de huidige situatie blijft de aannemer na de oplevering dus aansprakelijk voor gebreken die op het moment van oplevering niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan hem zijn toe te rekenen. Met andere woorden, de aannemer is onder het wetsvoorstel aansprakelijk voor alle gebreken die aan hem toe te rekenen zijn, ook de bij de oplevering zichtbare gebreken die een opdrachtgever had moeten ontdekken maar niet heeft ontdekt. Als bewijs van wat bij de oplevering aan gebreken is ontdekt noemt de MvT het proces-verbaal van oplevering als mogelijkheid<sup>32</sup>, maar verplicht is dit niet.

De evenwichtigere verantwoordelijkheidsverdeling wordt in de MvT verklaard door de aannemer dat in de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling de opdrachtgever en de aannemer er een even groot belang bij hebben dat de oplevering op een zo zorgvuldig mogelijke wijze plaatsvindt.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Bruggeman merkt op dat het wellicht zuiverder was geweest als voor de term ‘tekortkoming’ was gekozen in plaats van ‘gebrek’. Dit, omdat met eerstgenoemde term wordt aangeduid dat het niet alleen gaat om (kort door de bocht geformuleerd) ‘bouwfouten’ maar ook om non-conformiteit, zoals afwijkingen van de tekeningen en esthetische wijzigingen, zie Bruggeman, ‘De privaatrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel II)’, TBR 2016/92.

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2015-16, 34 453, nr. 3, p. 35 (MvT).

<sup>31</sup> M.A.B. Chao-Duivis, ‘Verwarring en verwatering bij wetsvoorstel Kwaliteitsborging’, TBR 2017/36.

<sup>32</sup> Kamerstukken II 2015-16, 34 453, nr. 3, p. 35 (MvT).

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2015-16, 34 453, nr. 3, p. 36 (MvT).

### 3.4 Gevolgen van de voorgestelde aanpassing

Wij signaleren de volgende drie aandachtspunten voor de praktijk ten gevolge van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling:

1. De opleveringsprocedure (nieuwe stijl);
2. De bewijslastverdeling en het toerekeningsaspect;
3. De aansprakelijkheidsregeling in algemene voorwaarden (zoals de UAV 2012 en de UAV-GC 2005).

#### 3.4.1 De opleveringsprocedure (nieuwe stijl)

Art. 7:758 lid 4 BW zal gaan luiden:

‘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 (...)’.

Wij hebben de bepaling niet volledig weergegeven omdat wij ons in deze bijdrage willen richten op het eerste deel van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling en de gevolgen daarvan voor de opleveringsprocedure.

Een aannemer die zich geconfronteerd ziet met een dergelijke aansprakelijkheid na oplevering en wetende dat hij er niet meer vanuit mag gaan dat een opdrachtgever niet gemelde afwijkingen van de overeenkomst stilzwijgend (door middel van aanvaarding van het werk) heeft aanvaard, zal er alles aan willen doen om duidelijkheid te krijgen bij het opleverproces. Dit komt in onze optiek beide partijen ten goede nu beide partijen er belang bij hebben om niet verzeild te raken in discussies over bewijslast en toerekening.

#### Hoe zal de opleveringsprocedure vanaf 1 januari 2021 in de praktijk worden vormgegeven?

Een preliminaire vraag die in dit verband gesteld kan worden is of de opdrachtgever ten gevolge van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling wel voldoende prikkels zal hebben om überhaupt mee te werken aan de opnemings van het bouwwerk ten behoeve van de oplevering. In de huidige regeling wordt het niet meewerken aan een opnemings ten behoeve van de oplevering gesanctioneerd door stilzwijgende aanvaarding ex art. 7:758 lid 1 BW gecombineerd met de décharge aan de aannemer voor gebreken die de opdrachtgever, was hij wel verschenen en/of had hij wel meegewerkt aan de opnemings, redelijkerwijs had moeten ontdekken.

Deze cocktail van prikkels voor de opdrachtgever om aan de opnemings mee te werken zal er ten gevolge van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling anders uit komen te zien. Het is dan ook niet zonder reden dat het IBR in 2013 aan het voorstel om

tot een aanpassing van de term ‘verborgen gebrek’ te komen (die qua insteek is overgenomen door de wetgever in de Wkb) een medewerkingsplicht van de opdrachtgever aan de opnemings wilde koppelen: *‘Eventueel kan aan deze wijziging gekoppeld worden een expliciete verplichting rustend op de opdrachtgever het werk op te nemen.’*<sup>34</sup> Doordat de wetgever dit niet heeft gedaan lijkt het erop dat een opdrachtgever de opnemings mag overslaan nu hij achteraf altijd nog zijn beklag kan doen bij de aannemer en het niet meewerken aan de opnemings geen gevolgen lijkt te hebben voor de prima facie aansprakelijkheid van de aannemer.<sup>35</sup>

Het ligt voor de hand dat een opdrachtgever en een aannemer een proces-verbaal van oplevering of een ander document vaststellen waarop zij de gebreken die bij de oplevering aan het licht zijn gekomen, noteren, maar opdrachtgever en aannemer zijn hiertoe niet wettelijk verplicht.<sup>36</sup>

De aannemer zal aan de andere kant juist een groot belang hebben om de situatie op het moment van de opnemings (en oplevering) zo goed mogelijk vast te leggen. Dat brengt ons namelijk bij het tweede deel van het nieuwe art. 7:758 lid 4 BW: *‘(...), tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen’*. Dit betekent dat de aannemer na oplevering voor alle gebreken aansprakelijk is, ook de zichtbare gebreken, tenzij hij kan aantonen dat deze gebreken hem niet zijn toe te rekenen. Een voorbeeld van dit laatste is een gebrek dat in de optiek van de aannemer door de opdrachtgever is veroorzaakt in de periode vanaf de risico-overgang tot aan het moment waarop de opdrachtgever daarover zijn beklag bij de aannemer heeft gedaan.

Nu de bewijslast in dit geval bij de aannemer ligt, ligt het voor de hand dat hij de toestand van (alle onderdelen van) het werk bij opnemings op alle mogelijke manieren en zo gedetailleerd mogelijk wenst vast te leggen (al dan niet met behulp van daartoe dienstige technische middelen zoals bijvoorbeeld foto- en videopnames). Maar hieraan kleef ook een keerzijde als het gaat om de inrichting van de opleveringsprocedure: niet alleen zal dit een toename van de lastendruk opleveren maar de opleveringsprocedure zal ook veel meer tijd in beslag gaan nemen.<sup>37</sup>

### 3.4.2 De bewijslastverdeling en het toerekeningsaspect

In de MvT kan niet veel informatie worden gevonden over de stelplicht van de opdrachtgever (of

de bewijslast ten aanzien van het bestaan van een gebrek). Op p. 90 van de MvT - de artikelsgewijze toelichting - staat hierover:

‘Anders dan in de huidige situatie is de aansprakelijkheid van de aannemer niet langer beperkt tot de gebreken die redelijkerwijs niet bij de oplevering hadden moeten worden ontdekt. Deze aanpassing betekent niet dat de aannemer hiermee in alle gevallen aansprakelijk wordt voor gebreken die na de oplevering aan het licht komen. Daartoe zal eerst moeten worden vastgesteld dat deze aan hem toe te rekenen zijn.’<sup>38</sup>

Er wordt daarnaast in de MvT gerept over een onderzocht alternatief, te weten het invoeren van een verzwaarde stelplicht van de aannemer, maar in de MvT wordt vervolgens - verwijzend naar het IBR rapport - aangegeven dat het concept van een verzwaarde stelplicht voor de aannemer is verlaten omdat aannemers anders feitelijk verplicht worden om een uitgebreid dossier bij te houden van zowel het uiteindelijk gebouwde bouwwerk als van alle processtappen en besluiten die tot het bouwwerk hebben geleid, zelfs als hij zonder gebreken heeft gebouwd.<sup>39</sup> In het licht van de, eveneens in de Wkb ingevoerde, verplichting voor de aannemer tot het bijhouden en verstrekken van een overdrachtsdossier, is dit argument van de wetgever minder goed te begrijpen.

In de MvA staat over dit onderwerp het volgende:

‘Het wetsvoorstel beoogt een evenwichtiger aansprakelijkheidsverdeling tussen aannemer en opdrachtgever en de daarmee gemoeide bewijslastverdeling. Dat maakt de bewijspositie van de aannemer inderdaad lastiger dan in de huidige situatie, maar van een omkering van bewijslast is geen sprake. (...) In beginsel zal de schuldeiser moeten aantonen dat er sprake is van schade en het causale verband tussen de geleden schade en de tekortkoming.’<sup>40</sup>

‘Dit betekent dat de aannemer bij een gebrek dat na de oplevering is ontdekt en dat aan hem is toe te rekenen, niet onder zijn aansprakelijkheid kan uitkomen door een verweer dat de opdrachtgever het gebrek had moeten onderkennen bij de oplevering van het bouwwerk.’<sup>41</sup>

De brief van de Minister van BZK aan de Eerste Kamer d.d. 29 juni 2018<sup>42</sup> biedt over de stelplicht en bewijslast nadere informatie. In deze brief staat:

<sup>34</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 34 (MvT).

<sup>35</sup> Hierop zal art. 6:89 BW wel van toepassing zijn, maar dat is onder de huidige regeling niet anders.

<sup>36</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 91 (MvT).

<sup>37</sup> Zie ook E.M. Bruggeman, ‘De privaatrechtelijke aspecten het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel II)’, TBR 2016/92

<sup>38</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 90 (MvT).

<sup>39</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 37 (MvT).

<sup>40</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 453, D, p. 16 (MvA).

<sup>41</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 453, D, p. 17 (MvA).

<sup>42</sup> Kamerstukken I 2017/18, 34 453, I.

‘De opdrachtgever zal moeten stellen en bewijzen dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de aannemovereenkomst. De aannemer zal vervolgens moeten bewijzen dat het gebrek niet aan hem valt toe te rekenen. Dit werkt ook zo in het algemene aansprakelijkheidsrecht van artikel 6:74 e.v. BW.’<sup>43</sup>

Dit is een helder standpunt waarmee de markt houvast wordt geboden. In de volgende alinea van dezelfde brief van de Minister aan de Eerste Kamer staat echter het volgende:

‘Verder is het ook in het belang van de opdrachtgever dat hij niet te lang wacht met het aanspreken van de aannemer op gebreken. Hoe langer hij hiermee wacht, hoe lastiger het wordt om te bewijzen dat het bouwwerk met gebreken is opgeleverd.’

Hoewel het bij eerste lezing wellicht niet opvalt is hier in onze optiek een verschil tussen de volgende situaties:

- Situatie A: de opdrachtgever stelt (en zo nodig bewijst<sup>44</sup>) dat er een gebrek is<sup>45</sup>;
- Situatie B: de opdrachtgever moet bewijzen dat het bouwwerk met gebreken is opgeleverd.

In situatie A dient de opdrachtgever in principe alleen te stellen dat er een gebrek is. Dat is in lijn met art. 6:74 BW. Het bestaan van het gebrek dient met inachtneming van de klachtplicht uit art. 6:89 BW aan de aannemer kenbaar te worden gemaakt.<sup>46</sup> In situatie B lijkt de Minister ervan uit te gaan dat een opdrachtgever niet alleen het *bestaan* van een gebrek dient te stellen en tijdig aan de aannemer moet melden, maar dat het verder gaat, namelijk dat de opdrachtgever (ook) moet bewijzen dat het bouwwerk met gebreken is opgeleverd. Het is niet voor alle gebreken die na oplevering worden ontdekt of aan het licht komen evident dat deze tijdens de oplevering aanwezig - doch ‘verborgen’ - waren.

Het volgende voorbeeld maakt dit duidelijk: kraspen op de ramen van een bedrijfspand. Het maakt nogal uit of een opdrachtgever het bestaan van dit gebrek alleen tijdig hoeft te melden, waarna geldt dat de aannemer aansprakelijk is voor dit gebrek tenzij de aannemer kan aantonen dat het gebrek hem niet is toe te rekenen (Situatie A). Bijvoorbeeld omdat de aannemer aan de hand van beeldmateriaal kan laten zien dat bij risico-overgang er geen enkele kras op een raam zichtbaar was. In

Situatie B zal de opdrachtgever daarentegen moeten bewijzen dat het bedrijfspand met krassen op de ruiten is opgeleverd. Dat is een andere bewijslast, welke een extra c.q. hogere drempel opwerpt voor de opdrachtgever.

Maar het lijkt geen verschrijving in de brief van de Minister van BZK aan de Eerste Kamer d.d. 29 juni 2018. In een brief van de Minister van BZK aan de Eerste Kamer d.d. 26 maart 2019,<sup>47</sup> staat hierover namelijk het volgende:

‘Naar huidig recht geldt dat een aannemer na oplevering van een bouwwerk ontslagen is van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever tijdens de oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Het wetsvoorstel wijzigt dit door te regelen dat de aannemer na oplevering aansprakelijk is voor gebreken die bij de oplevering niet zijn ontdekt, tenzij deze niet aan hem zijn toe te rekenen. In beide gevallen is het aan de opdrachtgever om te bewijzen dat er sprake is van een gebrek tijdens de oplevering.’

De laatste zin uit voornoemde passage lijkt te bevestigen dat de wetgever uitgaat van Situatie B als het gaat om de stelplicht en bewijslast van de opdrachtgever onder de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling. In de brief van 26 maart 2019 zegt de Minister immers dat het aan de opdrachtgever is om de bewijzen dat sprake is van een gebrek *tijdens* de oplevering. Dat gaat zoals gezegd in onze optiek mogelijk verder dan alleen het bestaan van een gebrek bij de aannemer melden, waarna de aannemer aan zet is om tot herstel over te gaan of om aan te tonen dat het gebrek hem niet is toe te rekenen.

Een ander voorbeeld dat kan worden gegeven is scheurvorming in de wanden van een ondergrondse fietsenstalling die zich acht maanden na de oplevering openbaart.<sup>48</sup> Ook hier maakt het uit of een opdrachtgever het gebrek slechts bij de aannemer hoeft te melden (dat wil zeggen, het bestaan van het gebrek stellen en zo nodig bewijzen), waarna geldt dat de aannemer aansprakelijk is voor dit gebrek, tenzij de aannemer kan aantonen dat het gebrek hem niet is toe te rekenen (Situatie A) of dat de opdrachtgever moet bewijzen dat ten tijde van de risico-overgang het gebrek aanwezig was (Situatie B). Nu de scheurvorming zich acht maanden na oplevering heeft gemanifesteerd zal - wanneer wij uitgaan van Situatie B - een opdrachtgever een behoorlijke horde moeten nemen als de bewijslast die hij heeft, inhoudt dat hij zal moeten bewijzen dat het bouwwerk met dit gebrek is opgeleverd. De bewijsrechtelijke horde voor de opdrachtgever wordt

<sup>43</sup> Kamerstukken I 2017/18, 34 453, I, p. 5.

<sup>44</sup> Bij betwisting door de aannemer zal opdrachtgever het bestaan van een gebrek moeten bewijzen.

<sup>45</sup> Onder gebreken valt alles wat niet in overeenstemming is met de overeenkomst en/of de eisen van goed en deugdelijk werk (M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duvis, *serie Bouw- en Aanbestedingsrecht deel I*, Den Haag: uitgeverij Paris 2014, p. 160).

<sup>46</sup> Zie ook S.J.H. Rutten en H.C.W.M. Moesker, ‘Raad van Arbitrage en de klachtplicht ex artikel 6:89 BW’, *TBR* 2020/62.

<sup>47</sup> Te raadplegen via: <<https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-binnenlandse-zaken-en-koninkrijksrelaties/documenten/kamerstukken/2019/03/25/kamervragen-over-de-wet-kwaliteitsborging-voor-het-bouwen>> (laatstelijk geraadpleegd op 29 april 2020).

<sup>48</sup> In dit voorbeeld hanteren wij de premisse dat er geen onderhoudstermijn is afgesproken die langer is dan de genoemde 8 maanden.

in ons voorbeeld nog pregnanter indien na oplevering op een belendend perceel heiwerkzaamheden hebben plaatsgevonden die mogelijk ook hebben kunnen leiden tot de scheurvorming in de muur van de ondergrondse fietsenstalling.

Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat deze kwestie vooral lastig is wanneer het niet evident is dat het gebrek - bijvoorbeeld vanwege de aard van het gebrek - ook tijdens de oplevering geacht kan worden aanwezig te zijn geweest. Daarmee zal - in Situatie B - eerst door de opdrachtgever een bewijsrechtelijke horde moeten worden genomen voordat men toekomt aan het '(...), *tenzij*'-deel van de regeling. Het is de vraag of de wetgever dit ook daadwerkelijk zo bedoeld heeft, wanneer wij dit plaatsen tegen het licht van de strekking van het wetsvoorstel, te weten het verbeteren van de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever in zijn relatie tot de aannemer door het herdefiniëren van wat onder een 'verborgen gebrek' dient te worden verstaan:

'Daarom is in het wetsvoorstel voorgesteld de aansprakelijkheid van de aannemer van een bouwwerk voor verborgen gebreken aan te scherpen. Met de aanscherping van de aansprakelijkheid van de aannemer verbetert de juridische positie van de opdrachtgever in een geschil over een gebrek dat na oplevering aan het licht komt. De opdrachtgever krijgt hiermee een sterkere bewijspositie ten opzichte van de aannemer bij de realisatie van een bouwwerk (...).'<sup>49</sup>

De onduidelijkheid die de parlementaire geschiedenis op dit punt heeft gecreëerd is onwenselijk en zal in onze optiek aanleiding geven tot geschillen over de bewijslast die de opdrachtgever onder art. 7:758 lid 4 BW heeft en dat is te betreuren.

### 3.4.3 De aansprakelijkheidsregeling in algemene voorwaarden

De nationale bouwsector bevat algemene voorwaarden die inmiddels gemeengoed zijn geworden zoals de UAV 2012 en de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen 2005 (UAV-GC 2005), alsook - voor bouwprojecten van een bescheidener omvang - onder andere de AVA 2013. Ook wanneer een aannemingsovereenkomst met toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden is gesloten, blijft titel 7.12 BW van toepassing voor zover daarvan niet bij die voorwaarden is afgeweken en moet rekening worden gehouden met de dwingendrechtelijke bepalingen uit titel 7.12 BW.<sup>50</sup>

In onze bijdrage zullen wij ons richten op de implicaties van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling voor de UAV 2012 en de UAV-GC 2005.

Van het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW mag niet ten nadele van de particuliere opdrachtgever worden afgeweken. In de MvT is toegelicht dat voorkomen dient te worden dat de verbetering van de positie van de particuliere opdrachtgever die met art. 7:758 lid 4 BW wordt beoogd, teniet wordt gedaan in contracten.<sup>51</sup>

In de consultatieversie van het wetsvoorstel was deze dwingendrechtelijkheid voor alle opdrachtgevers, dus ook voor de zakelijke opdrachtgevers geformuleerd. Mede gezien de reacties op dat voorstel is dit door de wetgever heroverwogen. In het kader van aanneming van bouwwerken kunnen 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, aldus de MvT.<sup>52</sup> Het is om deze reden dat door de wetgever is 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 professionele opdrachtgevers (andere natuurlijke personen dan wel rechtspersonen).<sup>53</sup>

Voor professionele opdrachtgevers geldt dat van de nieuwe aansprakelijkheidsregeling alleen ten nadele van hen kan worden afgeweken "indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen".<sup>54</sup>

Gezien de bovengenoemde bezwaren tegen de huidige aansprakelijkheidsverdeling, achtte 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 aannemingsovereenkomst wordt overeengekomen.'<sup>55</sup>

Dit betekent dat partijen alleen in onderling overleg ten nadele van de professionele opdrachtge-

<sup>51</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 35 (MvT).

<sup>52</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 35 (MvT).

<sup>53</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 35 (MvT).

<sup>54</sup> Van der Beek, in: *T&C Bouwrecht*, art. 7:758 BW, aant. 9.

<sup>55</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 36 en 91 (MvT).

<sup>49</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 453, D, p. 15/16 (MvA).  
<sup>50</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2017/12.



ver van de wettelijke aansprakelijkheidsverdeling kunnen afwijken, en dus niet door middel van een verwijzing naar algemene voorwaarden.

Welke gevolgen heeft dit voor een aannemingsovereenkomst voor bouwwerken waarop partijen de UAV 2012 of de UAV-GC 2005 van toepassing willen verklaren? Beide sets voorwaarden kennen immers een van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling afwijkende aansprakelijkheidsregeling.

Mede in het licht van de parlementaire behandeling, is het aannemelijk te veronderstellen dat deze contractvoorwaarden als ‘algemene voorwaarden’ in de hier bedoelde zin zullen worden aangemerkt.

Doordat de aansprakelijkheidsregelingen uit de UAV 2012 (par. 12) en de UAV-GC 2005 (par. 28) niet als een uitdrukkelijke afwijking van art. 7:758 lid 4 BW kunnen worden aangemerkt, betekent dit dat partijen die vanaf de invoering van de Wkb de aansprakelijkheidsregeling uit de UAV 2012 of de UAV-GC 2005 van toepassing willen laten zijn op de door hen te sluiten overeenkomst, dit uitdrukkelijk in de aanneemovereenkomst moeten overeenkomen.<sup>56</sup> Volgens Bruggeman is het in dit verband voldoende dat partijen in de overeenkomst de tekst ‘met deze aansprakelijkheidsregeling wordt door partijen uitdrukkelijk afgeweken van art. 7:758 lid 4 BW’ opnemen. Met Bruggeman achten wij het enkel opnemen van een afwijkend aansprakelijkheidsregime (bijvoorbeeld een verwijzing naar art. 7:758 lid 3 BW) zonder aan te geven dat wordt afgeweken van art. 7:758 lid 4 BW in dit verband onvoldoende (‘uitdrukkelijk’).<sup>57</sup>

#### 4. Conclusie

De Wkb brengt een fundamentele wijziging aan in de aansprakelijkheidsverdeling tussen aannemer en opdrachtgever als het gaat om de aanneming van bouwwerken. Waar onder de huidige regeling (art. 7:758 lid 3 BW) geldt dat een aannemer na oplevering van een bouwwerk ontslagen is van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever bij oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken, bepaalt de nieuwe regeling (art. 7:758 lid 4 BW) dat de aannemer na oplevering van het bouwwerk aansprakelijk is voor gebreken die bij oplevering niet zijn ontdekt, *tenzij* deze niet aan hem zijn toe te rekenen.

Met de nieuwe regeling beoogt de wetgever de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever in zijn rechtsverhouding tot de aannemer te verbeteren. Of de nieuwe aansprakelijkheidsregeling voor

bouwwerken daadwerkelijk zal leiden tot het door de wetgever gewenste resultaat, hangt - naar ons oordeel - in belangrijke mate af van de stelplicht en bewijslast die ingevolge de nieuwe regeling op de opdrachtgever zullen komen te rusten. Indien het zo is dat de opdrachtgever - in lijn met art. 6:74 lid 1 BW - ‘slechts’ hoeft te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat er sprake is van een gebrek in een bouwwerk (Situatie A), dan lijkt de nieuwe regeling een verbetering van diens positie te bewerkstelligen. Indien het echter zo is dat de opdrachtgever achteraf (derhalve wanneer het gebrek aan het licht komt) zal moeten bewijzen dat een bouwwerk bij de risico-overgang met het gebrek is opgeleverd (Situatie B), zien wij voor de opdrachtgever een aantal (bewijsrechtelijke) complicaties die niet direct bijdragen aan een verbetering van diens positie. De parlementaire geschiedenis biedt op dit punt niet de (voor de praktijk) gewenste duidelijkheid.

Meer eenduidigheid bestaat er over de verwachte uitwerking die de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling zal hebben op geschillen tussen opdrachtgevers en aannemers. Die zullen zich, als gevolg van het toerekeningscriterium van art. 7:758 lid 4 BW, gaan toespitsen op de vraag aan welke partij een gebrek is toe te rekenen in plaats van op de vraag of de opdrachtgever het gebrek tijdens de oplevering had moeten ontdekken. Het effect hiervan is dat de aannemer in algemene zin wordt geprikkeld om kwaliteit te leveren en daarbij sneller geneigd zal zijn om ook al tijdens de bouw optredende gebreken te herstellen (omdat hij hiertoe mogelijk in een later stadium alsnog moet overgaan).

Van de nieuwe regeling kan niet ten nadele van de consument-opdrachtgever worden afgeweken. Voor opdrachtgevers die een rechtspersoon zijn dan wel een natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, geldt dat van de nieuwe regeling alleen ten nadele van hen kan worden afgeweken ‘indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen’. Blijkens de MvT<sup>58</sup> wordt hiermee bedoeld dat partijen alleen in onderling overleg ten nadele van de opdrachtgever van de wettelijke aansprakelijkheidsverdeling kunnen afwijken, en dus niet door middel van een verwijzing naar algemene voorwaarden.

Derhalve rijst de vraag wat de invloed van de nieuwe regeling zal zijn op de werking van par. 12 UAV 2012 en par. 28 UAV-GC 2005. Mede in het licht van de parlementaire behandeling, is het niet onaannemelijk te veronderstellen dat deze contractvoorwaarden als “algemene voorwaarden” in de hier bedoelde zin zullen worden aangemerkt. Doordat deze paragrafen verder niet als uitdrukkelijke afwijking van art. 7:758 lid 4 BW kunnen worden aangemerkt (ze zijn immers ouder, en

<sup>56</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 36 (MvT).

<sup>57</sup> E.M. Bruggeman, ‘De privaatrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel II)’, TBR 2016/92.

<sup>58</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 36 en 91 (MvT).

verwijzen er niet naar), is aannemelijk dat ze vanaf inwerkingtreding van art. 7:758 lid 4 BW hun werking zullen verliezen, tenzij partijen uitdrukkelijk anders overeenkomen. Gelet op het voorgaande zal de impact van de Wkb op de aansprakelijkheids-

verdeling in de bouwsector sterk afhangen van de mate waarin professionele opdrachtgevers van de nieuwe aansprakelijkheidsverdeling willen en zullen gaan afwijken.

licentie verstrekt aan:  
info@ploum.nl  
Ploum advocaten  
IBR Publicatie - 11-11-2022

PRAKTIJK