

De praktische gevolgen van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) voor de verhouding tussen opdrachtgever en aannemer

- Mr. A. Paternotte en mr. C.M.A. van der Kwaak¹ -

1. Inleiding

Het voorstel voor de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb)² heeft al voor veel ophef gezorgd binnen de bouwwereld. Veel opdrachtgevers en aannemers vragen zich af hoe de voorgestelde wijzigingen in de praktijk zullen uitvallen en hoe zij zich hier zo goed mogelijk op kunnen voorbereiden.

Het wetsvoorstel is op 21 februari 2017 aangenomen door de Tweede Kamer. De stemming over het voorstel door de Eerste Kamer is op 11 juli 2017 op verzoek van de minister van Binnenlandse Zaken aangehouden. Tijdens het debat bleek dat er op enkele onderdelen van het voorstel zorgen leven in de Eerste Kamer. Deze zorgen vormden aanleiding tot nader beraad bij het kabinet. Het is onduidelijk wanneer de stemming in de Eerste Kamer zal plaatsvinden. De datum van inwerkingtreding van de Wet Kwaliteitsborging is daarmee nog onbekend.

Het wetsvoorstel heeft twee componenten: het verleggen van de kwaliteitsborging naar de marktpartijen en het versterken van de positie van de opdrachtgever. In dit artikel bespreken wij de wijzigingen die in het kader van de versterking van de positie van de opdrachtgever worden doorgevoerd in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Naar verwachting zullen deze wijzigingen op 1 januari 2018 in werking treden.

De wijzigingen in Boek 7 BW zullen belangrijke gevolgen hebben voor de bouwpraktijk. De verhouding tussen aannemer en opdrachtgever zal veranderen, met name waar het particuliere opdrachtgevers betreft. In dit artikel zetten wij de drie voorgestelde wijzigingen in Boek 7 BW uiteen en bespreken we de praktische gevolgen daarvan voor de bouwpraktijk. De relevante amendementen die recentelijk door de Tweede Kamer zijn aangenomen zullen daarbij worden aangestipt. We sluiten af met aandachtspunten voor de opdrachtgever en de aannemer.

2. Aansprakelijkheid voor verborgen gebreken

2.1 Wijziging artikel 7:758 BW

Tot het moment van oplevering is een aannemer aansprakelijk voor alle gebreken. Vanaf het moment van oplevering is de aannemer echter enkel aansprakelijk voor verborgen gebreken. Dit is vastgelegd in artikel 7:758 lid 3 BW: 'De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.' Welke gebreken de opdrachtgever redelijkerwijs had moeten ontdekken is mede afhankelijk van zijn deskundigheid.³

In het wetsvoorstel wordt een vierde lid aan artikel 7:758 BW toegevoegd: '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

¹ Anna Paternotte is advocaat bij SWDV Advocaten. Mr. C.M.A. van der Kwaak was tot 1 januari 2018 advocaat bij SWDV Advocaten. Dank is verschuldigd aan mr. M. van der Knijff, voorheen juridisch medewerker bij SWDV Advocaten.

² *Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 2.*

³ *Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 28.*

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 omschrijving van verborgen gebreken wijzigt dus van ‘gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken’ naar ‘gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt’. Door deze wijziging zal eerder sprake zijn van een verborgen gebrek. Of de opdrachtgever het gebrek had moeten ontdekken is niet meer relevant. Het argument van de wetgever daarvoor is dat een gebrek dat de opdrachtgever had kunnen opmerken ook door de aannemer zelf opgemerkt had moeten worden.⁴ De wetgever vindt het niet eerlijk als de aannemer dan niet meer aansprakelijk is.

In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt het proces-verbaal van oplevering genoemd als bewijsmiddel waarmee aangetoond kan worden of een gebrek bij de oplevering is ontdekt.⁵ Als het gebrek niet in het proces-verbaal van oplevering staat, ligt het in de rede dat de aannemer aannemelijk moet maken dat het gebrek bij de oplevering toch is ontdekt. Als er sprake is van een gebrek dat niet is ontdekt, betekent dit niet in alle gevallen dat de aannemer aansprakelijk is. De aannemer heeft immers de mogelijkheid om aan te tonen dat ‘deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen’, zoals in de nieuwe wetstekst staat. De opdrachtgever heeft bovendien nog steeds de plicht om tijdig een klacht in te dienen (art. 6:89 BW).

De nieuwe aansprakelijkheidsregeling ziet specifiek op de aanneming van bouwwerken en is dus niet op alle aanneemovereenkomsten van toepassing. Van de nieuwe aansprakelijkheidsregeling mag niet worden afgeweken in een overeenkomst met een particuliere opdrachtgever (een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Bij overeenkomsten met andere opdrachtgevers mag dit wel, maar dan moet de afwijking uitdrukkelijk in de aanneemovereenkomst zelf (dus niet in de algemene voorwaarden) worden opgenomen.

2.2 Gevolgen voor documentatie en oplevering

Door de verruiming van de aansprakelijkheid van de aannemer wordt de positie van de opdrachtgever versterkt. De positie van de aannemer wordt echter zwakker. Als de aannemer door de opdrachtgever na de oplevering wordt aangesproken voor een gebrek dat niet in het proces-verbaal van oplevering is opgenomen, zal de aannemer moeten aantonen dat geen sprake is van een verborgen gebrek of dat het gebrek hem niet is toe te rekenen. Dat vraagt om een andere houding van de aannemer: hij zal zich gedurende het bouwproces en met name bij de oplevering moeten indekken tegen eventuele toekomstige aansprakelijkheidsclaims.

In het kader van de Wkb dienen aannemers de stukken van een bouwproject op orde te hebben. De Tweede Kamer heeft namelijk een amendement⁶ aangenomen dat aannemers verplicht (in een nieuw artikel 7:757a BW) om een opleverdossier aan de opdrachtgever over te leggen bij de kennisgeving dat het bouwwerk klaar is voor oplevering. Het dossier moet volledig inzicht geven in de nakoming van de aanneemovereenkomst en dient tenminste de volgende stukken te bevatten: de tekeningen en berekeningen, een beschrijving van toegepaste materialen en installaties, de gebruiksfuncties van het bouwwerk en informatie over gebruik en onderhoud van het bouwwerk.

⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 34.

⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 35.

⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34453, nr. 17.

Het zorgvuldig bijhouden van een bouwdoos is echter ook buiten deze verplichting om van belang, omdat het de bewijspositie van de aannemer versterkt bij eventuele claims.

Onder de huidige aansprakelijkheidsregeling is een zorgvuldige oplevering met name voor de opdrachtgever van belang. Als hij immers bij de oplevering zichtbare gebreken niet opmerkt, kan hij daar de aannemer later niet meer op aanspreken. Onder de nieuwe Wkb-regeling is met name de aannemer gebaat bij een zorgvuldige vastlegging. Een zorgvuldige vastlegging in het proces-verbaal van oplevering kan zijn bewijspositie immers versterken, bijvoorbeeld als afwijkingen van de oorspronkelijke bouwplannen uitdrukkelijk benoemd worden en de opdrachtgever daarmee akkoord gaat.

De aannemer zou er zelfs voor kunnen kiezen bij de oplevering aan de opdrachtgever te vragen uitdrukkelijk akkoord te gaan met zichtbare aspecten van het bouwwerk. Gedacht kan worden aan uiterlijke kenmerken als kleurgebruik of tegelpatronen.⁷ Een akkoord van de opdrachtgever zorgt ervoor dat er minder verborgen gebreken kunnen zijn na oplevering. Een akkoord is natuurlijk alleen bruikbaar voor aspecten waarover de opdrachtgever zich bij oplevering ook daadwerkelijk een oordeel kan vormen. Over het functioneren van het gebouwde kan de opdrachtgever per slot van rekening doorgaans pas na ingebruikneming oordelen. Voor een beoordeling van bijvoorbeeld de kwaliteit van gebruikte materialen zal de opdrachtgever veelal te weinig expertise hebben.

Aannemers doen er goed aan om uitgebreid te documenteren bij de oplevering. Het is namelijk denkbaar dat een opdrachtgever een aannemer aanspreekt voor een gebrek dat feitelijk geen verborgen gebrek is, maar een gevolg van het handelen van de opdrachtgever na de oplevering. De aannemer kan dan zijn documentatie gebruiken om aan te tonen dat het gebrek bij de oplevering nog niet bestond. Wij raden de aannemer daarom aan om bij de oplevering gedetailleerde foto's (of video-opnamen) te maken van het bouwwerk.

2.3 Gevolgen voor aanneemovereenkomsten

Van de nieuwe aansprakelijkheidsregeling in artikel 7:758 lid 4 BW mag niet worden afgeweken in overeenkomsten met particuliere opdrachtgevers. Als wel een afwijkende regeling is opgenomen, is die nietig wegens strijd met de wet. De in de veelgebruikte modellen voor (koop-/)aannemingsovereenkomsten opgenomen aansprakelijkheidsregeling voor verborgen gebreken strookt niet met de nieuwe wetgeving. Wij gaan ervan uit dat deze modellen voor inwerkingtreding van de Wkb zullen worden aangepast. In overeenkomsten met niet-particuliere opdrachtgevers mag wel van de nieuwe regeling worden afgeweken. De wetstekst stelt dat alleen ten nadele van de opdrachtgever kan worden afgeweken indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen. Dat betekent dat sowieso niet volstaan kan worden met een afwijkende aansprakelijkheidsregeling in de algemene voorwaarden. 'Uitdrukkelijk' suggereert naar onze mening dat bij het opnemen van een afwijkende aansprakelijkheidsregeling moet worden vermeld dat daarmee wordt afgeweken van artikel 7:758 lid 4 BW.

Ook in de UAV en de UAV-GC, die worden toegepast bij bouwprojecten die door de overheid worden aanbesteed, is sprake van een afwijkende aansprakelijkheidsregeling. Aanbestedende diensten moeten de UAV en de UAV-GC echter integraal toepassen.⁸ De wetswijziging is, juist gezien de in lid 4 van artikel 7:758 BW geboden optie om andere voorwaarden te hanteren, naar

⁷ E.M. Bruggeman, 'De privaatrechtelijke aspecten het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel II). Aansprakelijkheid na oplevering (art. 7:758 BW)', *TBR* 2016/92, p. 590-598.

⁸ Voorschrift 3.9C van de Gids Proportionaliteit.

ons oordeel onvoldoende grond om van de UAV(-GC) af te wijken. Totdat nieuwe versies van de UAV en UAV-GC uitkomen, kan gebruik gemaakt worden van een door mr. Bruggeman voorgestelde oplossing⁹: de aanbestedende dienst kan in een (aanvullende) overeenkomst opnemen dat met het van toepassing verklaren van §12 van de UAV dan wel §28 van de UAV-GC uitdrukkelijk beoogd is af te wijken van artikel 7:758 lid 4 BW.

De gewijzigde aansprakelijkheidsregelingen vergroten de risico's voor aannemers. Voor aannemers zou dit een reden kunnen zijn om geen aanneemovereenkomsten met particuliere opdrachtgevers meer te sluiten. Overwogen kan worden te werken met niet-particuliere opdrachtgevers die na oplevering doorverkopen aan particulieren. Of deze constructie juridisch houdbaar is zal toekomstige jurisprudentie moeten uitwijzen.

2.4 Overige gevolgen

Als de aannemer aangesproken wordt voor verborgen gebreken, heeft hij de mogelijkheid aan te tonen dat het gebreken betreft die 'niet aan de aannemer zijn toe te rekenen'. De bewijslast daarvan rust bij de aannemer.¹⁰ De aannemer is bijvoorbeeld niet aansprakelijk voor gebreken die zijn toe te rekenen aan een door de architect voorgeschreven uitvoeringswijze. Het is daarom van belang dat de verhouding tussen architect, aannemer en eventuele andere bij de bouw betrokken partijen zo helder mogelijk is.

De aannemer moet de opdrachtgever wel waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht of gebreken in door de opdrachtgever aangeleverde zaken (artikel 7:754 BW). Als hij niet voldoet aan de waarschuwingsplicht ten aanzien van een gebrek dat hij kende of redelijkerwijs behoorde te kennen, blijft hij aansprakelijk. Door een amendement bij de Wkb is de waarschuwingsplicht van de aannemer bij aanneming van bouwwerken verscherpt: de aannemer moet schriftelijk en ondubbelzinnig waarschuwen en de opdrachtgever tijdig wijzen op de mogelijke gevolgen voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst. Deze bepaling is opgenomen in het belang van de opdrachtgever, maar een duidelijke schriftelijke waarschuwing is in het kader van bewijsvoering ook in het belang van de aannemer.

Wij kunnen ons verder nog voorstellen dat de gewijzigde aansprakelijkheidsregeling gevolgen gaat krijgen voor de aansprakelijkheidsverzekeringen en garantieregelingen van aannemers. De vergrote aansprakelijkheid zal naar verwachting meer en grotere verzekeringsclaims tot gevolg hebben. Het ligt voor de hand dat op termijn de tarieven van verzekeringen daarop aangepast zullen worden.

3. Informatieplicht zekerheden en garanties

3.1 Nieuw artikel 7:765a BW

In het wetsvoorstel wordt een nieuw artikel 7:765a BW toegevoegd: '1. Voordat de opdrachtgever gebonden is aan een overeenkomst als bedoeld in artikel 765 dan wel aan een daartoe strekkend aanbod, informeert de aannemer de opdrachtgever schriftelijk en ondubbelzinnig of en, zo ja, op welke wijze de nakoming van zijn verplichtingen tot uitvoering van het werk en zijn aansprakelijkheid voor gebreken die aan hem zijn toe te rekenen door een verzekering dan wel een andere financiële zekerheid is of zal worden gedekt. Deze informatie wordt op een voor de

⁹ E.M. Bruggeman, 'De privaatrechtelijke aspecten het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel II). Aansprakelijkheid na oplevering (art. 7:758 BW), *TBR* 2016/92, p. 590-598.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34453, nr. 6, p. 28.

opdrachtgever duidelijke en begrijpelijke wijze verstrekt en ziet in ieder geval op de omvang van de verzekering of de financiële zekerheid, de dekkinggraad, de looptijd en de som waarvoor de verzekering is afgesloten dan wel de financiële zekerheid is verstrekt. 2. De in het eerste lid bedoelde informatie vormt een integraal onderdeel van de overeenkomst.’

Het artikel is van toepassing op aanneemovereenkomsten die strekken tot de bouw van een woning in opdracht van een particuliere opdrachtgever (art. 7:765 BW). De aannemer is verplicht de opdrachtgever vóór het sluiten van de aanneemovereenkomst te informeren over de verzekeringen (of andere zekerheden en garanties) die hij heeft afgesloten om de risico’s voor de opdrachtgever te verkleinen. Het betreft in ieder geval de risico’s als gevolg van een faillissement (of betalingsuitstel) van de aannemer en als gevolg van het optreden van verborgen gebreken na oplevering.¹¹

De informatie maakt deel uit van de aanneemovereenkomst¹² en moet schriftelijk en ondubbelzinnig worden verstrekt. In het artikel is expliciet opgenomen dat de informatie op een voor de opdrachtgever duidelijke en begrijpelijke wijze verstrekt moet worden. Dat betekent dat de informatie in duidelijke en begrijpelijke taal moet zijn opgesteld en voor de gemiddelde opdrachtgever inzichtelijk en leesbaar moet zijn.¹³

3.2 Gevolgen voor opdrachten

Een faillissement van de aannemer heeft voor de opdrachtgever vaak aanzienlijke gevolgen. Het leidt tot allerhande rompslomp en vertraagt het bouwproces. Als een opdrachtgever een voorschot aan de aannemer heeft betaald, krijgt hij daar vaak maar een fractie van terug. Om deze en andere risico’s voor opdrachtgevers te ondervangen, wordt in de bouw veelvuldig gebruik gemaakt van garantieregelingen en van aansprakelijkheids- en insolventieverzekeringen. Circa 85% van de koopwoningen wordt momenteel gebouwd onder een garantie- en waarborgregeling met het keurmerk van de stichting Garantiewoning.

De wetgever heeft met dit voorstel de bescherming van de overige 15% op het oog.¹⁴ Particuliere opdrachtgevers zijn geneigd te kiezen voor de aannemer met de laagste prijs, maar ze realiseren zich vaak niet dat de risico’s dan doorgaans ook groter zijn. Als de aannemer de opdrachtgever inlicht over de geboden zekerheden, kan de opdrachtnemer een geïnformeerde afweging maken. Als een opdrachtgever besluit toch in zee te gaan met de aannemer die de risico’s beperkt of in het geheel niet heeft afgedekt, dan kan hij de hogere risico’s mee laten wegen bij het onderhandelen over de aanneemsom. De opdrachtgever doet er verstandig aan om bij grotere risico’s zelf voor een grotere financiële buffer te zorgen.

Het zijn vooral kleinere aannemers die niet zijn aangesloten bij een garantieregeling. Met name voor hen zou deze wetwijziging consequenties kunnen hebben. Zij moeten het immers ook aan de opdrachtgever melden als zij geen of een beperkte dekking hebben. Dit zou opdrachtgevers kunnen afschrikken. Een lager prijsniveau of een persoonlijke bekendheid van de opdrachtgever met de aannemer kan ervoor zorgen dat een opdrachtgever toch een aanneemovereenkomst wil sluiten. Voorstelbaar is echter dat deze aannemers minder opdrachten krijgen. Wij raden hen

¹¹ *Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 41.*

¹² *Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 91.*

¹³ *Kamerstukken II 2016/17, 34453, nr. 13.*

¹⁴ *Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 40.*

daarom aan om nogmaals te overwegen of het bieden van extra zekerheid opweegt tegen de kosten daarvan.

3.3 Gevolgen voor aanneemovereenkomsten

De door de aannemer verstrekte informatie maakt integraal deel uit van de overeenkomst. Het ligt daarom voor de hand de informatie in of bij de aanneemovereenkomst zelf op te nemen. De informatie moet echter wel aan de opdrachtgever worden verstrekt voordat de overeenkomst wordt aangegaan, omdat de opdrachtgever of basis van de geboden informatie moet kunnen afwegen of hij de overeenkomst wel wil aangaan. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een garantieregeling of van veelgebruikte verzekeringen, dan ligt voor de hand dat een standaarddocument wordt gebruikt. Denkbaar is dat voor veelgebruikte garantieregelingen een voor consumenten toegankelijke 'bijsluiter' wordt opgesteld.¹⁵

Als de aannemer niet aan de informatieplicht heeft gedaan, kan de opdrachtgever de overeenkomst vernietigen op grond van dwaling (of strijd met de wet). Ook zou een beroep op wanprestatie gedaan kunnen worden, wat tot ontbinding of schadevergoeding kan leiden.¹⁶ Omdat het voor de aannemer van belang is dat hij kan aantonen dat de opdrachtgever daadwerkelijk door hem geïnformeerd is, raden wij aan in aanneemovereenkomsten een aparte handtekening te vragen van de opdrachtgever waarmee hij bevestigt dat hij de informatie heeft ontvangen en begrepen. Hierbij kan gedacht worden aan een zinsnede vergelijkbaar met de veelgebruikte (door de opdrachtgever te ondertekenen) clausules over de ontvangst van algemene voorwaarden en/of bepalingen.

4. Opschortingsbevoegdheid

4.1 Wijziging artikel 7:768 BW

Artikel 7:768 BW regelt de opschortingsbevoegdheid van een particuliere opdrachtgever bij de bouw of verbouwing van een woning. Hij mag maximaal 5% van de koopsom inhouden op de laatste termijn(en) en dit bedrag in depot storten bij de notaris. Na afloop van de wettelijke onderhoudstermijn van drie maanden na oplevering zorgt de notaris dat het bedrag alsnog naar de aannemer gaat, tenzij de opdrachtgever heeft aangegeven dat het depot moet worden gehandhaafd omdat er sprake is van tekortkomingen.

In het wetsvoorstel wordt een nieuw tweede lid tussengevoegd: '2. De aannemer stelt de opdrachtgever uiterlijk twee maanden na het tijdstip van oplevering, doch niet eerder dan één maand na dat tijdstip, schriftelijk in de gelegenheid aan te geven of hij van de in artikel 262 van Boek 6 toegekende bevoegdheid gebruik wenst te maken.' In het (dan) derde lid wordt toegevoegd dat de notaris het depot alleen aan de aannemer mag uitkeren, als hij een afschrift van de aankondiging aan de opdrachtgever heeft ontvangen.

De bedoeling van deze wijziging is de opdrachtgever bewust te maken van het aflopen van het depot en van de mogelijkheid om daartegen op te komen. De wetgever heeft bewust gekozen voor een termijn van één tot twee maanden na de oplevering, zodat de opdrachtgever voldoende tijd heeft gehad om eventuele gebreken op te merken en bij de aannemer te melden.¹⁷

¹⁵ *Kamerstukken II 2016/17, 34453, nr. 13.*

¹⁶ *Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 92.*

¹⁷ *Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 38.*

De aannemer kan ervoor kiezen in plaats van het depot een vervangende zekerheid te stellen. In de praktijk wordt regelmatig gekozen voor het afgeven van een bankgarantie. Niet altijd zijn daaraan echter dezelfde voorwaarden verbonden. In het wetsvoorstel wordt het begrip 'vervangende zekerheid' vervangen door 'een (aan het depot) gelijkwaardige zekerheid'. Er is alleen sprake van een gelijkwaardige zekerheid als de bankgarantie (of andere zekerheid) in dezelfde gevallen en onder dezelfde voorwaarden inroepbaar is als het depot.¹⁸

4.2 Gevolgen voor depot en vervangende zekerheden

Na het betrekken van een woning lopen opdrachtgevers gedurende de eerste periode regelmatig nog tegen (kleine) gebreken op die bij de oplevering niet zijn opgemerkt. Als ze tijdig richting de notaris aangeven dat het depot (gedeeltelijk) gehandhaafd dient te worden, is dat voor de aannemer een stok achter de deur om snel tot herstelmaatregelen over te gaan. Doordat aannemers particuliere opdrachtgevers actief op deze mogelijkheid moeten gaan attenderen, is te verwachten dat hiervan in de toekomst ook vaker gebruik gemaakt zal worden. Voor aanhouding van het depot blijft wel gelden dat de aanhouding proportioneel moet zijn: de tekortkoming van de aannemer moet de aanhouding (en de hoogte van het aangehouden bedrag) rechtvaardigen (artikel 6:262 BW).

Als de aankondiging niet is gedaan, mag de notaris het depot niet uitkeren. Over de consequenties van een te late aankondiging vermeldt (de toelichting bij) het wetsvoorstel niets. Wij kunnen ons voorstellen dat in dat geval expliciete instemming van de opdrachtgever vereist is voor de uitkering van het depot. Toekomstige jurisprudentie zal dit moeten uitwijzen.

Als een aannemer ervoor kiest vervangende zekerheid te stellen, dan zullen aan deze vervangende zekerheid (vaak een bankgarantie) dezelfde voorwaarden verbonden moeten zijn als aan het depot. Een bankgarantie die automatisch vervalt is bijvoorbeeld niet gelijkwaardig met een depot dat aangehouden kan worden. Ook een bankgarantie waarbij de opdrachtgever eerst bewijs van een tekortkoming moet leveren of een vordering moet instellen is niet gelijkwaardig. Wij zien hier een belangrijke rol weggelegd voor de notaris. Hij mag immers het depot alleen uitkeren als daadwerkelijk sprake is van een aan het depot gelijkwaardige zekerheid.

5. Conclusie en aandachtspunten

De wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek zullen grote gevolgen hebben voor de bouwpraktijk. Om klaar te zijn voor inwerkingtreding van de wet doen opdrachtgevers en aannemers er goed aan hun overeenkomsten en hun werkwijze door te lichten en zo nodig aan te passen. Wij hebben voor beide partijen een aantal aandachtspunten opgesteld die daarbij richting kunnen geven.

¹⁸ *Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 93.*

Aandachtspunten voor opdrachtgevers

- Als bij oplevering gebreken worden opgemerkt, zorg dan dat er afspraken gemaakt worden over reparatie en leg dit schriftelijk vast, zodat duidelijk is dat de gebreken niet geaccepteerd zijn.
- Als de aannemer bij oplevering vraagt om akkoord te gaan met wijzigingen of zichtbare kenmerken, let dan op dat je geen rechten verspeelt. Controleer extra goed voordat je akkoord geeft.
- Maak gebruik van de verruimde aansprakelijkheid van de aannemer. Als na oplevering gebreken worden ontdekt, onderneem dan tijdig actie.
- Voor niet-particuliere opdrachtgevers geldt: controleer of in een aanneemovereenkomst een afwijkende aansprakelijkheidsregeling is opgenomen en treed hier zo nodig over in onderhandeling.
- Aanbestedende diensten die gebruik maken van de UAV(-GC) moeten in een overeenkomst opnemen dat uitdrukkelijk is beoogd af te wijken van artikel 7:758 lid 4 BW.
- Voor particuliere opdrachtgevers geldt: neem de door de aannemer verstrekte informatie over zekerheden en garanties zorgvuldig door en weeg de risico's af. Zorg zo nodig zelf voor een financiële buffer.
- Maak in geval van gebreken gebruik van de mogelijkheden die een depot of bankgarantie biedt. Dit kan een stok achter de deur zijn voor de aannemer om tot herstel over te gaan.
- Zorg voor een goede samenwerking met de aannemer.

Aandachtspunten voor aannemers

- Overweeg of je in het licht van de gewijzigde aansprakelijkheidsregelingen nog aanneemovereenkomsten met particuliere opdrachtgevers wilt sluiten. Mogelijk kan gebruik gemaakt worden van constructies met niet-particuliere tussenpersonen. - Denk bij het sluiten van een overeenkomst met een niet-particuliere opdrachtgever na over het al dan niet afwijken van de aansprakelijkheidsregeling van artikel 7:758 BW en overleg hierover met de opdrachtgever. Leg afwijkingen uitdrukkelijk vast in de aanneemovereenkomst.
- Als je fouten aantreft in ontwerp, berekeningen of materiaalgebruik, waarschuw de opdrachtgever dan schriftelijk en duidelijk.
- Zorg ervoor dat je administratie in orde is, want dat versterkt je bewijspositie. Begin tijdig aan het consumentendossier. Als je vanaf het begin al een consumentendossier bijhoudt, scheelt dit aan het eind veel werk.
- Leg de staat van het bouwwerk bij de oplevering zorgvuldig vast. Aan te raden is om foto- of video-opnamen van het bouwwerk te maken. Overweeg om akkoord van de opdrachtgever te vragen (en vast te leggen) ten aanzien van wijzigingen en/of zichtbare kenmerken bij de oplevering.
- Inventariseer je garanties en verzekeringen en licht particuliere opdrachtgevers voor de bouw van een woning hierover in. Zorg dat je de informatie bij de overeenkomst voegt en laat de opdrachtgever tekenen voor ontvangst.
- Attendeer de opdrachtgever die gebruik maakt van de 5%-regeling tijdig op de mogelijkheid het depot aan te houden. Doe je dit niet tijdig, dan blijft het depot in stand. Als je gebruik wilt maken van een bankgarantie in plaats van de 5%-depotstelling, controleer dan of de voorwaarden van je bankgarantie overeenkomen met die van het depot.
- Zorg voor een goede samenwerking met de opdrachtgever en een goed kwaliteitsbeleid. Hiermee voorkom je claims en procedures.