

Vergaderjaar 1992–1993

23 095

## **Aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk)**

Nr. 3 (HERDRUK)<sup>1</sup>

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **Algemeen**

Bij wet van 15 november 1989, Stb. 1990, 378 kwam een algemene regeling van de koop (titel 7.1) tot stand. Ter aanvulling daarvan zijn in bijgaand wetsvoorstel bijzondere regels opgenomen inzake de koop van onroerende zaken en daarmee gelijkgestelde rechten. Voorts bevat het een hercodificering van de regeling van de aanneming van werk die in belangrijke mate gebaseerd is op het voorontwerp voor titel 7.12 van de hand van H. Drion (*Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers*, vierde gedeelte, 1972, Tekst p. 316–316b en Toelichting p. 1062–1083: het zgn. «Groene Boek» voor Boek 7). De tekst van het voorontwerp en de toelichting zijn, zoals toegezegd (*Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7, p. 303) in deze memorie weergegeven. Naast deze algemene regeling van de aanneming van werk worden bijzondere consumentenbeschermende regels inzake de bouw van een woning voorgesteld, die ten dele verband houden met de genoemde bijzondere koopregels. Afgezien is van een algehele codificering van de specifiek voor de bouw geldende regels.

De in dit wetsvoorstel vervatte consumentenbeschermende regels ten aanzien van de koop en de bouw van woningen zijn reeds aangekondigd in de brief van de staatssecretaris van Economische Zaken, de minister van Justitie en de staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer van 16 juli 1991 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, inhoudende de regeringsvoornemens ten aanzien van de bemiddeling bij en totstandkoming van onroerend goed-transacties (Kamerst. II 1990–1991, 21 800 XIII, nr. 79). Voorgesteld wordt dat bij de koop door een consument (een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf) van een onroerende zaak of een recht waaraan deze is onderworpen of bij de opdracht van een consument tot de bouw van een woning een driedaagse bedenktijd geldt. Voorts wordt het mogelijk gemaakt – dit geldt ook voor de koop door een niet-consument – om de koop van registergoederen in te schrijven in de openbare registers met bescherming in het bijzonder tegen vervreemding aan een ander, beslag op het goed en faillissement van de verkoper. Wat betreft de koop/aanneming van een nieuw gebouwde woning verdient

<sup>1</sup> I.v.m. drukfouten.

nog in het bijzonder vermelding de mogelijkheid om 5% van de prijs in depot te storten bij de notaris in verband met eventuele bij of na de levering blijken gebreken. Men zie verder de Inleidende opmerkingen bij Artikel I (aanvulling van titel 7.1) en bij Artikel II (titel 7.12).

## **Deregulering**

Zoals hierboven opgemerkt bevat het ontwerp voor een belangrijk deel (de eerste afdeling van titel 7.12) een hercodificatie van bestaand recht.

Van de bedenktijd bij de koop door een consument en bij de bouw van een woning in opdracht van een consument, mag men verwachten dat meer kopers resp. opdrachtgevers zullen overgaan tot het raadplegen van een deskundige, waardoor het aantal geschillen – en daarmee het beroep op de rechter – zal afnemen. Uiteraard zijn aan de bedenktijd nadelen verbonden voor de verkoper. De bedenktijd dient dan ook kort te zijn – niet langer dan drie dagen – en slechts éénmaal te kunnen worden gehanteerd.

Aan de inschrijving van de koop in de openbare registers met zakelijke werking zullen zekere kosten verbonden zijn. De koper is echter vrij om deze mogelijkheid al dan niet te benutten. In dit verband is van belang dat de koper volgens de thans voorgestelde regeling niet tot vooruitbetaling van de prijs kan worden verplicht.

Wat betreft de mogelijkheid bij de koop/aanneming van een nieuw gebouwde woning om 5% van de prijs in depot te storten bij de notaris in verband met eventuele gebreken acht ik de lastenverhoging voor het bedrijfsleven die dit met zich meebrengt gerechtvaardigd door het belang van de koper/opdrachtgever. Voorgesteld wordt evenwel het depot in beginsel te beperken tot drie maanden. Daarna heeft de verkoper/aannemer recht op vergoeding van de wettelijke rente, aangenomen uiteraard dat het depot niet langer gerechtvaardigd is. Van de regeling kan overigens bij standaardregeling worden afgeweken.

In de bouw heeft de particuliere geschillenbeslechting een hoge vlucht genomen. Door de ministeries van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en Economische Zaken wordt in samenwerking met belanghebbenden gezocht naar verbetering (versnelling van de procedure) ten behoeve van de consument. De onderhavige regeling is daarmee echter niet verbonden.

De onderhavige regeling roept geen nieuwe organen of bestuursinstrumenten in het leven. Zij bevat geen delegatiebepalingen.

## **Artikel I (Koop onroerende zaken: aanvulling van titel 7.1)**

### **Inleidende opmerkingen**

1. *Voorgeschiedenis.* In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 16 979 (vaststelling en invoering van titel 7.1) is aangekondigd dat de vraag of het noodzakelijk is regels op te nemen speciaal ter bescherming van de koper van onroerend goed, zo spoedig mogelijk na de indiening van de invoeringswet Boeken 3–6 zou worden onderzocht. De koop van onroerend goed zou dan in samenhang met de titel Aanneming van werk (7.12) kunnen worden gezien (Parl. Gesch., Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7, p. 27).

In verband hiermee is op 7 december 1982 advies gevraagd aan de Consumentenbond (NCB), het Konsumenten Kontakt (KK) en de Vereniging Eigen Huis (VEH). Deze hebben een gezamenlijk advies uitgebracht in december 1985. Dit advies werd op 16 januari 1986 om commentaar voorgelegd aan de Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) en de Koninklijke Notariële Broederschap (KNB). Van de ROZ is een rapport d.d. 6 mei 1987 ontvangen dat is voorbereid door een commissie waarin

de KNB mede vertegenwoordigd was. Hierop hebben de consumentenorganisaties gereageerd bij brief van 6 juli 1987.

Vervolgens heeft intensief overleg met de belanghebbende organisaties plaatsgevonden. Mede naar aanleiding daarvan is nog advies gevraagd aan het Instituut voor Bouwrecht (Harmonisatiecommissie Standaardvoorwaarden in de Bouw); advies uitgebracht april 1990.

2. Onderscheiden kunnen worden de bemiddeling bij en de totstandkoming van een onroerend goed-transactie. Geruime tijd zijn deze twee elementen gescheiden van elkaar benaderd. Wat betreft de bemiddeling heeft de Sociaal-Economische Raad in 1985 een advies uitgebracht (*Advies bemiddeling onroerend goed*, Publikatie nr. 1, 15 februari 1985); wat betreft de totstandkoming van de koop/aanneming zie men hiervoor onder 1. De regering heeft echter gemeend dat ten aanzien van de positie van de consument op de onroerend goed-markt een geïntegreerde benadering moet worden gevolgd. Deze benadering heeft geresulteerd in de onder Algemeen reeds genoemde brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 16 juli 1991 (Kamerst. II 1990-1991, 21 800 XIII, nr. 79). Aan deze brief – waarin onder meer het onderhavige wetsvoorstel werd aangekondigd – is een mondeling overleg gewijd van de vaste Commissie van de Tweede Kamer voor het midden- en kleinbedrijf op 20 november 1991 (verslag in: Kamerst. II 1991-1992, 22 300 XIII, nr. 41). Met de tijdens dit overleg gemaakte opmerkingen is in de onderhavige memorie van toelichting rekening gehouden.

3. *Vormvereiste en bedenktijd.* Zowel de consumentenorganisaties als de ROZ bepleitten dat overeenkomsten van koop/verkoop en van koop/aanneming uitsluitend in schriftelijke vorm, waarbij een deskundige wordt ingeschakeld, tot stand kunnen komen. Dit zou niet alleen voor woningen moeten gelden. Op deze schriftelijke vorm en juridische bijstand werd ook in de literatuur reeds geruime tijd door vele schrijvers aangedrongen. Men zie o.a. het rapport over titel 7.1 van een Commissie ingesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, WPNR 5268 (1974), p. 399-400; W.M. Kleijn en A.A. van Velten, *Bescherming van kopers van woningen*, pre-adviezen voor de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht, 1985, p. 106 e.v.; en A.H.M. Santen, *Aanbod en aanvaarding bij het kopen van een woning*, oratie 1988, p. 30-31, met lit.

Weliswaar eist de wet een notariële akte voor de levering, maar op het tijdstip van levering bestaat de gebondenheid van partijen al. Bij de aanvaarding van een aanbod is in de huidige praktijk vaak nog slechts gesproken over prijs, object, opleveringsdatum en wijze van oplevering, zonder dat voldoende aan de orde zijn geweest: eventuele opschortende of ontbindende voorwaarden, verborgen gebreken, kettingsbedingen e. d., erfdienstbaarheden, huur/pachtverhoudingen, publiekrechtelijke beperkingen, het risico tussen het moment van koop en dat van de overdracht, de juiste begrenzing van het verkochte in het platte vlak enz. Bovendien speelt mee – omdat in het proces van onderhandelingen partijen er soms behoefte aan of belang bij hebben onduidelijk te zijn – dat niet altijd voldoende zeker is dat er werkelijk reeds wilsovereenstemming bestaat.

4. Op basis van een voorontwerp van het Ministerie van Justitie van 3 april 1989 (ten dele gepubliceerd in: H.O. Thunnissen, *Bouwaanneming volgens het NBW*, Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 18, 1990, p. 81 e.v.), is nader overleg gevoerd. De in dit voorontwerp neergelegde exclusieve inschakeling van de notaris als deskundige vond onvoldoende steun. Ook compromisoplossingen (notaris en makelaar van

de koper; notaris, makelaar van de koper en makelaar van de verkoper, met nacontrole door de notaris) konden niet worden bereikt.

5. Besloten is daarom van een verplichte deskundigenbijstand af te zien en het aan de koper zelf over te laten of hij al dan niet een deskundige wil inschakelen en zo ja, welke. Door een bedenktijd – hierop was door de consumentenorganisaties in hun advies van december 1985 reeds aangedrongen – kan worden verzekerd dat de gelegenheid daartoe ook werkelijk bestaat. Bovendien kan door een bedenktijd een – wellicht in de gegeven omstandigheden gedwongen – overhaaste koopbeslissing worden hersteld. Zoals in de brief van 15 juli 1991 van de staatssecretaris van Economische Zaken, de minister van Justitie en de staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (Kamerst. II 1990–1991, 21 800 XIII, nr. 79) is gesteld, past deze oplossing in het regeringsbeleid van terughoudendheid ter zake van inmenging in het marktproces. In het onderhavige wetsvoorstel wordt voorgesteld de wettelijke bedenktijd uitsluitend ter beschikking te stellen van de consument-koper (een koper die natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Voorts behoort de bedenktijd, met het oog op de belangen van de verkoper, kort te zijn – drie dagen, met toepasselijkheid van de Algemene termijnenwet – en slechts éénmaal te kunnen worden benut.

6. De bedenktijd vangt aan op het moment dat de koper de koopakte of een afschrift daarvan ontvangt. Dit brengt mee dat, anders dan thans het geval is, een onroerend goedtransactie waarbij de koper een consument is, uitsluitend schriftelijk tot stand kan komen. Dit vormvoorschrift ter zake van het sluiten van de overeenkomst heeft als voordelen dat eenduidigheid bestaat over de vraag of, en zo ja wanneer, wilsovereenstemming tussen partijen bestaat en dat de koper een schriftelijk stuk in handen heeft om aan de eventueel door hem in te schakelen deskundige voor te leggen.

Is de koper niet een consument dan blijft wat betreft de totstandkoming van de koop het huidige recht – zonder vormvoorschrift – gehandhaafd. Wel is een schriftelijke vastlegging nodig indien men de koop wenst in te schrijven in de openbare registers (zie hierna bij artikel 3 van Boek 7, punt 1).

7. Zowel de consumentenorganisaties als de Raad voor Onroerende Zaken hechten er grote waarde aan dat aan de consument-koper voldoende informatie is verschaft voordat tot het sluiten van de koopovereenkomst wordt overgegaan. Te denken valt aan: woningtype, zakenrechtelijke toestand, obligatoire beperkingen, publiekrechtelijke lasten en beperkingen, financiering, subsidie, garantie, bouwtechnische toestand, jaarlijkse woonlasten. Aangedrongen werd op een wettelijk voorgeschreven informatieplicht van de verkoper. Een dergelijke plicht kan echter in het algemeen reeds uit de artikelen 15 en 17 van Boek 7 alsmede uit de artikelen 44 van Boek 3 (bedrog) en 228 van Boek 6 (dwaling) worden afgeleid.

Wat betreft de kenbaarheid van publiekrechtelijke beperkingen zie men de Parl. Gesch., Invoering Boeken 3, 5 en 6, Kadasterwet, p. 42–45. Inmiddels zijn door de Voorlopige Raad voor Vastgoedinformatie (RAVI) de volgende rapporten gepubliceerd: *De kenbaarheid van de publiekrechtelijke rechtstoestand* (Rapport nr. 13, april 1988); *Wat niet weet maar toch deert. Advies omtrent een samenwerkingsmodel voor de registratie van publiekrechtelijke beperkingen* (Rapport nr. 22, december 1990); en *De lijst tegen het licht gehouden* (Rapport nr. 25, oktober 1991). Als centraal verwijzingsstelsel voor publiekrechtelijke beperkingen is naar de mening van de Raad de kadastrale registratie geschikt.

In een verwijzingsstelsel treft men slechts een summiere samenvatting van de relevante informatie aan, aangevuld met een verwijzing naar het gedetailleerde brondocument. Het brondocumentensysteem wordt gevormd door de schriftelijke stukken waarin de betreffende publiekrechtelijke beperkingen zijn vervat. In het kader van het voorgestelde registratiesysteem zullen de brondocumenten worden geregistreerd in de openbare registers of in voor het publiek toegankelijke registers bij gemeenten en waterschappen.

8. *Inschrijving met zakelijke werking.* Door de consumentenorganisaties en de ROZ is gepleit voor enigerlei vorm van publicatie van de koopovereenkomst in de openbare registers ter bescherming van de koper. Men zie ook A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed*, diss. 1982, p. 232 e.v. en de genoemde preadviezen voor de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht *Bescherming van kopers van woningen*, 1985, p. 57-60 (Kleijn) en p. 61-65 (Van Velten). In het voorgestelde nieuwe artikel 3 van Boek 7 wordt hieraan tegemoet gekomen. Gekozen is voor een inschrijving met een tijdelijk rechtsgevolg die bescherming biedt in het bijzonder tegen wanprestatie van de verkoper daarin bestaande dat deze na de koopovereenkomst (onbelast) levert aan een derde, alsmede tegen beslaglegging en faillissement.

Deze keuze heeft ertoe geleid dat de wenselijkheid van een dergelijke figuur ook in ruimer verband onder ogen is gezien. Het belang dat de koper in zijn recht op werkelijke nakoming wordt beschermd, is geen typisch consumentenbelang, zoals dat met het oog waarop de bedenktijd is voorgeschreven. Juist ook in andere gevallen kan grote behoefte bestaan om de koper in zijn belang bij nakoming te beschermen. De mogelijkheid van inschrijving van de koopakte, die thans wordt voorgesteld, is daarom betrokken op alle registergoederen, inclusief teboekstaande schepen en luchtvaartuigen en op alle groepen van kopers. Wel is voor het geval dat een consumentkoper een woning koopt lid 1 van artikel 3 van Boek 7, waarin bedoelde mogelijkheid van inschrijving wordt geopend, van dwingend recht verklaard. Anders dan in de voorgestelde artikelen 2, 8 en 26 leden 3 en 4 is in artikel 3 lid 1 niet bepaald dat daarvan kan worden afgeweken bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6. Daar de bevoegdheid tot inschrijving door een dergelijke afwijking zou worden aangetast en dit de hantering van de mogelijkheid van inschrijving niet onaanzienlijk zou kunnen compliceren, kan een dergelijke afwijking beter niet worden toegelaten. Voor de overige leden van artikel 3, die in hoofdzaak betrekking hebben op de zakelijke werking van de inschrijving, vloeit het dwingendrechtelijke karakter, ook voor andere gevallen dan de koop van een woning door een consument-koper, reeds voort uit de goederenrechtelijke aard van deze leden, die aan afwijking bij obligatoire overeenkomst tussen koper en verkoper in de weg staat.

Door de beperkte duur van het aan de inschrijving verbonden rechtsgevolg – zes maanden – wordt voorkomen dat de overdracht waartoe de koopovereenkomst strekt tot in lengte van dagen met zakelijke werking kan worden uitgesteld – bijv. om heffing van overdrachts-/omzetbelasting uit te stellen of daaraan te ontkomen – en dat overdracht aan anderen dan de koper tot in lengte van dagen kan worden geblokkeerd; men vergelijk artikel 252 lid 5 van Boek 6 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 944-945 alsmede Parl. Gesch. Invoering Boek 6, p. 1822-1823.

Mogelijk blijft om bijv. te bedingen dat levering voorlopig niet of eerst na een termijn van zes maanden of langer plaats zal vinden. Ook in zodanige gevallen kan inschrijving van de koopovereenkomst zin hebben nl. indien zij plaats vindt op een tijdstip waarop de tot de levering resterende periode minder dan zes maanden bedraagt. Dergelijke bedingen

komen ook niet in strijd met het dwingende karakter van artikel 3 lid 1 van Boek 7, nu dit slechts verbiedt de bevoegdheid tot inschrijving geheel uit te sluiten.

Het bovenstaande betekent dat wordt teruggekomen op het standpunt ingenomen bij de totstandkoming van Boek 3 en Boek 8. Men zie Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1077–1081 en de wijzigingen die de artikelen 199 en 790 van Boek 8 en artikel 6 Wet teboekgestelde Luchtvaartuigen hebben ondergaan bij de Invoeringswet Boek 8 B.W., tweede gedeelte (Stb. 1990, 379) en de Aanpassingswet Boek 8 (Stb. 1991, 664). Bij nader inzien wordt niet verwacht dat de hoeveelheid inschrijvingen voor de Rijksdienst van het Kadaster en de Openbare Registers verwerkingsproblemen zal opleveren. Door de Koninklijke Notariële Broederschap is medegedeeld dat de notaris voor zijn bemoeiingen geen kosten in rekening zal brengen, aangenomen dat de koop door levering gevolgd wordt.

9. Voor het overige zij verwezen naar de artikelsgewijze toelichting.

## **Artikelen**

### *Artikel 2 van Boek 7*

1. Deze bepaling is reeds in het algemeen gedeelte onder de punten 3–7 in hoofdzaken toegelicht. Het artikel betreft de koop van onroerende zaken en rechten waaraan deze zijn onderworpen. Tot deze rechten behoren het door splitsing van de eigendom ontstane appartementsrecht (titel 5.9), de rechten van erfpacht (titel 5.7) en opstal (titel 5.8) die ook in appartementsrechten kunnen worden gesplitst (artikel 106 van Boek 5) en het recht van vruchtgebruik (titel 3.8). Daarbij dient men niet alleen te denken aan rechten die ten tijde van de koop reeds bestaan, maar ook aan rechten waaraan de zaak ter nakoming van de koop moet worden onderworpen (bijv. koop van een te vestigen recht van erfpacht).

De omschrijving van de te beschermen consument-koper is ontleend aan het slot van artikel 5 lid 1 van Boek 7 dat weer aansluit bij de artikelen 236 en 237 van Boek 6.

Nu de wet hier een vorm voorschrijft, moet ingevolge artikel 88 lid 3 van Boek 1 de daarbedoelde toestemming van de andere echtgenoot schriftelijk worden verleend; vgl. Parl. Gesch. Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing BW, p. 28, 32–33.

Het voor de koop gestelde vormvereiste geldt ingevolge artikel 226 van Boek 6 ook voor eventuele voorovereenkomsten, althans voor zover sprake is van een gebondenheid bij voorbaat tot koop. De volmacht tot het aangaan van een koop kan daarentegen vormvrij worden verleend.

2. Ten aanzien van de bedenktijd van drie dagen is de Algemene termijnenwet van toepassing. Dit betekent dat de bedenktijd zonodig zoveel verlengd wordt, dat daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn (artikel 2 ATW). De termijn begint op de dag volgend op die van de terhandstelling («dies a quo non computatur»). Is dus op vrijdag de – door beide partijen getekende – koopakte aan de koper ter hand gesteld, dan moet in het normale geval uiterlijk op dinsdag de ontbindingsverklaring de verkoper bereikt hebben (vgl. artikel 37 van Boek 3).

3. Een wettelijk ontbindingsrecht verdient de voorkeur boven een wettelijk optierecht. Nog ervan afgezien dat ook de Colportagewet een ontbindingsrecht bevat, bij een optie bestaat er groter kans dat niet op alle punten door partijen afspraken zijn gemaakt: met de onzekerheden die daar het gevolg van zijn als tot koop wordt overgegaan. Voorts is het gevaar dat lichtvaardig een optie wordt afgesproken groter dan dat licht-

vaardig de koop wordt gesloten met ontbindingsmogelijkheid. Een optie verloopt immers louter door tijdsverloop, voor een ontbinding dient de koper tijdig in aktie te komen.

5. In lid 3 worden de voorgaande leden mede van toepassing verklaard op bepaalde deelnemings- of lidmaatschapsrechten. Men vergelijk artikel 56a lid 2 Woningwet en artikel 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer.

Dat het gaat om *tijdelijke* bewoning is voor de toepasselijkheid geen beletsel. Ook ten aanzien van zgn. «periode-eigendom» («timesharing») (zie A.A. van Velten, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1991, p. 339 e.v.) wordt bescherming geboden.

Op 2 juli 1992 heeft overigens de Commissie van de Europese Gemeenschappen een voorstel voor een richtlijn betreffende de bescherming van de koper bij overeenkomsten inzake gebruik van onroerende goederen in «timesharing» bij de Raad van de Europese Gemeenschappen ingediend (PbEG C 222/5). Onder meer wordt voorgesteld een bedenktijd van 14 dagen dan wel, indien het genotsrecht in «timesharing» in een ander land kan worden uitgeoefend dan dat waarin de koper zijn gewone verblijfplaats heeft, van 28 dagen. Voorwaarde voor de toepasselijkheid is echter dat de verkoper handelt in het kader van zijn beroepsuitoefening. Daarin onder meer verschilt het richtlijnvoorstel van het onderhavige wetsontwerp.

6. Lid 4 verklaart het in de vorige leden bepaalde van dwingend recht, in die zin dat afwijking ten nadele van de koper onmogelijk is, behalve bij standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6. Wat deze standaardregeling betreft denke men aan nieuwbouw onder garantie. Artikel 214 vereist immers dat een der partijen de overeenkomst (hier: de koop) sluit in de uitoefening van haar bedrijf of beroep.

7. Ingevolge lid 5 is de onderhavige bepaling niet van toepassing op de huurkoop en koop op een openbare veiling.

Voor de huurkoop bestaan bijzondere regels (Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken) die overigens zullen worden herzien en overgebracht naar het BW. Dat het in de leden 1-2 bepaalde niet of moeilijk toepassing kan vinden op de veilingkoop, spreekt voor zich.

Onder het begrip «veiling» valt niet de verkoop louter bij inschrijving. Men vergelijk artikel 1 van de Wet ambtelijk toezicht bij openbare verkopen (Stb. 1971, 748), artikel 519 Rv. en de Algemene veilingvoorwaarden onroerend goed 1992 van de Koninklijke Notariële Broederschap onder «Begrippen», punt 1.

#### *Artikel 3 van Boek 7*

1. Zie reeds de Inleidende opmerkingen, punt 8. Voor de inschrijving is ingevolge artikel 26 van de Kadasterwet nodig een notariële verklaring met daaraan gehecht de koopakte. Deze notariële verklaring moet zijn opgemaakt met inachtneming van artikel 37 van de Kadasterwet, wat erop zal neerkomen dat de notaris verklaart dat zowel de koper als de verkoper hebben medegedeeld met de inschrijving in te stemmen dan wel dat bewijsstukken aan hem zijn overgelegd die genoegzaam aantonen dat de koop inderdaad is gesloten.

De verklaring moet zijn opgemaakt met inachtneming van de artikelen 21, 22, 25-36 en 38 lid 1 van de Wet op het Notarisambt. Men zie artikel 38a van deze wet zoals vastgesteld bij artikel XI van het zevende gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 (Stb. 1989, 616).

Voor het geval dat de koop bij notariële akte is tot stand gekomen zie men artikel 26 lid 3 Kadasterwet.

2. Veelal zal de koopovereenkomst een ontbindende voorwaarde bevatten, bijv. met het oog op financiering of zakenrechtelijke of publiekrechtelijke beperkingen ten aanzien waarvan op het tijdstip van tekenen van de koopakte nog geen zekerheid kon worden verkregen. De vervulling van een voorwaarde kan worden ingeschreven ingevolge artikel 17 lid 1 onder c van Boek 3 juncto artikel 30 Kadasterwet. De verkoper zal bij de inschrijving van de vervulling van een ontbindende voorwaarde belang kunnen hebben in verband met de praktische mogelijkheden een nieuwe koper te vinden. Gaat het om een opschortende voorwaarde, dan heeft inschrijving van de vervulling minder betekenis. Een redelijke uitleg van artikel 24 lid 1 van Boek 3 brengt met zich dat een niet-ingeschreven vervulling alleen dan niet aan een derde aan wie door de verkoper – in strijd met de koopovereenkomst – het goed vervreemd is, kan worden tegengeworpen, indien op het ogenblik waarop deze derde verkreeg, de vervulling van de voorwaarde ook niet meer had kunnen plaatsvinden; men zie Parl. Gesch. Invoering Boek 3, p. 1100. Men denke bijv. aan een opschortende voorwaarde dat binnen een maand de financiering rond is. Na een maand kan deze voorwaarde niet meer in vervulling gaan en geldt de voorwaarde jegens de derde die de vervulling niet kende, als onvervuld. In dit soort – naar men mag aannemen uitzonderlijke – gevallen, kan het dus wenselijk zijn dat de koper overgaat tot inschrijving van de vervulling van een opschortende voorwaarde.

3. Heeft de inschrijving binnen haar werkingsduur (zie lid 4), anders dan door levering aan de koper, haar betekenis verloren – bijv. doordat partijen zijn overeengekomen dat de koop geen doorgang zal vinden – dan kunnen de artikelen 28 en 29 van Boek 3 worden toegepast.

4. Wat betreft de inschrijfbaarheid is een uitzondering gemaakt voor de koop van toekomstige goederen, d.w.z. goederen ten aanzien waarvan de koper nog niet beschikkingsbevoegd is. Het sluit aan bij de uitsluiting van levering van toekomstige registergoederen bij voorbaat in artikel 97 lid 1, slot van Boek 3. De gedachte die hieraan blijktens de Parlementaire Geschiedenis van Boek 3, p. 401–402, ten grondslag ligt, nl. dat het onwenselijk is de openbare registers met dergelijke slechts met het oog op toekomstverwachtingen opgenomen inschrijvingen te belasten, geldt hier nog sterker. Bovendien maakt deze uitzondering uiteraard ook de regeling van de aan de inschrijving verbonden zakelijke werking eenvoudiger.

Ingevolge artikel 50 van Boek 7 is de onderhavige bepaling van overeenkomstige toepassing op ruil. Echter niet op de ruilverkavelingsovereenkomst, die een afzonderlijke, in de wet aangeduide benoemde overeenkomst is, met eveneens in de wet geregelde gevolgen.

5. Lid 2 stelt als vereiste voor inschrijving dat er geen bedenktijd als bedoeld in artikel 2 lid 2 loopt; dit in verband met de rechtszekerheid en de belasting der registers.

Bovendien betekent dit vereiste, gelet op artikel 26 Kadasterwet, geen bezwaar van betekenis. Zie verder lid 5.

6. Lid 3 geeft een precieze en dus vrij uitvoerige regeling van de zakelijke werking van de inschrijving van de koop. Dit is noodzakelijk omdat niet zonder meer aangesloten kan worden bij wat ter zake van inschrijvingen en inschrijfbaar feiten uit afdeling 3.1.2 volgt. In dit geval gaat het immers om een obligatoire overeenkomst waaraan een aantal zakenrechtelijke gevolgen worden toegekend die precies moeten worden omljnd. Het gaat dus niet om iets wat uit de aard van de openbaarmaking in de registers volgt, maar om een werking die uitdrukkelijk moet worden toegekend.



De regeling vertoont gelijkenis met die van het beslag. Men zie artikel 505 lid 2 (en artikel 726 lid 1) Rv. zoals vastgesteld bij het eerste gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 (wet van 7 mei 1986, Stb. 295). De bescherming die de inschrijving van de koop biedt is echter in zoverre groter dat ook een beslag op het verkochte goed door een derde-crediteur of een faillissement van de verkoper niet aan de koper kan worden tegengeworpen, mits althans de levering plaatsvindt binnen zes maanden na de inschrijving (lid 4).

Het gaat telkens om feiten van *na* de inschrijving van de koop. Daaronder vallen niet inschrijvingen die *tegelijk met* de koopinschrijving geschieden (vgl. artikel 21 van Boek 3).

7. Lid 3 onder a betreft een *na* de inschrijving plaatsvindende vervreemding of bezwaring *door de verkoper*. Hieronder is dus niet begrepen een vervreemding of bezwaring bij wege van executie door de houder van een eerder gevestigde hypotheek of door een beslaglegger of faillissementscurator (zie wat deze laatste twee betreft, verder lid 3 onder f en g). Onder de woorden «door de verkoper» valt daarentegen wel de inschrijving van een vonnis overeenkomstig artikel 300 e.v. van Boek 3. Een dergelijk vonnis wordt uitgesproken tussen de verkoper en de andere gerechtigde tot levering en zegt niets over de verhouding tussen deze andere gerechtigde tot levering en de koper die zijn koop deed inschrijven.

8. Rekening is gehouden met de mogelijkheid dat het goed meer dan éénmaal is verkocht door de verkoper en meer dan één koop is ingeschreven. Uit het bepaalde onder a volgt dat in beginsel het recht op levering uit de eerst ingeschreven koop voorgeeft, ook al was de later ingeschreven koop eerder gesloten of behoorde, gelet op artikel 298 van Boek 3 het eruit voortvloeiende recht op levering uit andere hoofde voor te gaan. Een uitzondering op het primaat van de eerder ingeschreven koop is echter gemaakt voor het geval dat de koper die daarbij partij was, ten tijde van inschrijving het recht op levering van de andere koper *kende* (vgl. voor eenzelfde constructie het slot van de artikelen 24 lid 1, 25 en 26 van Boek 3) en voor het geval dat er op dat moment reeds door deze andere koper een conservatoir beslag tot levering (artikel 730 e.v. Rv.) was gelegd en het betrokken proces-verbaal was ingeschreven. Deze uitzonderingen in lid 3 onder a betreffen ook andere gevallen waarin tegenover het recht op levering uit een ingeschreven koop een concurrerend recht op levering staat. Behalve aan de in het geheel niet ingeschreven koop, kan men o.a. denken aan een legaat, schenking, verdeling als bedoeld in artikel 186 van Boek 3 en ontbinding van een wederkerige overeenkomst.

Wat het conservatoir beslag tot levering betreft, zij er op gewezen dat dit beslag zich daarin onderscheidt van het executoriaal beslag en het conservatoir beslag tot het verhaal van een geldvordering, dat het in beginsel niet leidt tot executoriale verkoop van het goed. Een executoriale verkoop als gevolg van een eerder beslag kan aan de koper worden tegengeworpen omdat in dat geval de vervreemding of bezwaring niet geschiedt «door de verkoper» (zie hierboven punt 7). Zou men niets in het bijzonder bepalen omtrent een eerder conservatoir beslag tot levering, dan zou levering door de verkoper aan de beslaglegger die op grond van artikel 298 van Boek 3 een beter recht heeft dan de koper, niet aan de koper kunnen worden tegengeworpen (tenzij men aanneemt dat de koper dat recht door de inschrijving van het beslag *kende*), terwijl levering aan de koper wegens de artikelen 734 lid 1 jis 726 lid 1 en 505 lid 2 Rv. niet aan de eerdere beslaglegger zou kunnen worden tegengeworpen.

9. Omdat lid 3 onder a zich, in tegenstelling tot bijv. artikel 505 lid 2 Rv., beperkt tot vervreemding of bezwaring *door de verkoper*, is onder b uitdrukkelijk bepaald dat de zakelijke werking van de inschrijving ook vervreemdingen of bezwaringen die daarop een vervolg zijn treft.

10. In lid 3 onder c is bepaald dat een eerder bewind dat toen niet was ingeschreven, alleen dan aan de koper kan worden tegengeworpen indien de koper het bewind *kende* op het moment van inschrijving van de koop. Dat de koper het bewind «had behoren te kennen» is dus onvoldoende en in zoverre is lid 3 onder c *lex specialis* ten opzichte van artikel 439 van Boek 1 over het beschermingsbewind (zie echter ook artikel 436 lid 3 van Boek 1 dat de bewindvoerder tot inschrijving verplicht). Ook ten aanzien van een rechtshandeling tot verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel geldt overigens dat een niet-ingeschreven bewind slechts kan worden tegengeworpen indien de verkrijger het bewind *kende*. Men zie artikel 24 lid 1 van Boek 3 (het bewind is niet in lid 2 opgenomen) en de Parlementaire Geschiedenis van Boek 3, p. 133, eerste alinea en p. 134–135.

11. In lid 3 onder d is de bijzondere regel uit artikel 505 lid 2 Rv met betrekking tot de verhuur van woonruimte niet overgenomen. De kans dat de eigenaar die een woning verkocht heeft, deze vóór de levering verhuurt (zodat hij de koopprijs niet zal ontvangen), is minder groot dan dat een eigenaar verhuurt nadat op de woning door een crediteur beslag gelegd is. Bovendien bedenke men dat de koper van een woning deze veelal ook zelf in gebruik zal willen nemen als eigen woonruimte.

De bepalingen in lid 3 onder e–g spreken voor zich. Zie wat betreft beslag en het faillissement, nog de punten 6–8 en 12. Men lette erop dat de omstandigheid dat een faillissement terugwerkt tot de aanvang van de dag van de uitspraak onder g tot een afwijkende redactie heeft geleid. Wanneer het faillissement *niet* aan de koper kan worden tegengeworpen, moet de curator aan de nakoming van de koop meewerken.

12. In lid 4 wordt bepaald dat de zakelijke werking met terugwerkende kracht wegvalt indien niet binnen zes maanden na de inschrijving van de koop levering is geschied. Voor de achtergrond zij verwezen naar de toelichting onder Algemeen, punt 8. Een termijn van zes maanden vindt men ook in artikel 735 Rv., zoals vastgesteld bij het eerste gedeelte van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6.

Een schuldeiser van de verkoper kan dus met het oog op de mogelijkheid dat levering niet tijdig zal volgen, ondanks de inschrijving van de koop beslag op het goed leggen. Ook kan hij uiteraard beslag leggen op de koopprijs onder de koper of de notaris. Dit wordt door de inschrijving van de koop vergemakkelijkt doordat hun namen hem bekend zijn.

Tevens kan door deze openbaarmaking de geheimhoudingsplicht van de notaris geen moeilijkheid meer vormen.

13. De tweede zin van lid 4 bevat een bepaling waarvan de formulering overeenstemt met die van artikel 20 lid 5 van Boek 3 over de boeking in het register van voorlopige aantekeningen. Zij hangt samen met de omstandigheid dat de inschrijving van de koop blijft voortbestaan, ook al heeft deze haar tijdelijke rechtsgevolg als bedoeld in lid 4 verloren. Via de kadastrale registratie blijven de stukken derhalve voor derden te raadplegen. Bepaald wordt echter dat met het vervallen van de werking van de inschrijving, ook de kenbaarheid van de koop door raadpleging der registers geacht wordt weg te vallen. Dit komt erop neer dat wie de registers raadpleegt in beginsel ervan mag uitgaan dat de

ingeschreven koop inmiddels ontbonden is. De inschrijving hoeft hem niet tot verdere recherche te nopen, hetgeen tot gevolg zal hebben dat niet snel zal mogen worden aangenomen dat hij door zelf te kopen jegens de eerdere koper aansprakelijk is uit onrechtmatige daad. Men zie de rechtspraak genoemd in de losbladige *Onrechtmatige daad* III, nr. 92 (G.E. van Maanen).

14. In lid 5 wordt een herhaalde inschrijving van de koopovereenkomst of een inschrijving van een nieuwe koopovereenkomst tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde goed gedurende zes maanden onmogelijk gemaakt. De beoogde tijdelijkheid van de zakelijke werking van de inschrijving van de koop zou anders illusoir worden gemaakt.

15. Het zesde lid heeft als uitgangspunt dat de bewaarder niet onnodig belast moet worden met allerlei controles die een onderzoek van de aangeboden stukken zelf te buiten gaan. Daarom is voorgeschreven dat de notaris, wiens medewerking ingevolge artikel 26 van de Kadasterwet voor de inschrijving vereist is, onderaan de in te schrijven akte verklaart dat de koop, gelet op de leden 1, 2 en 5 inschrijfbaar is, hetgeen wil zeggen dat niet sprake is van een toekomstig goed, dat een bedenktijd niet heeft bestaan of is afgelopen en dat niet binnen de afgelopen zes maanden een eerdere koopinschrijving met betrekking tot hetzelfde goed en dezelfde partijen haar werking heeft verloren.

Men vergelijk artikel 24 van de Wet voorkeursrecht gemeenten.

16. Wat betreft lid 7 zie hiervoor bij artikel 2 lid 5.

#### *Artikel 8 van Boek 7*

In artikel II van dit ontwerp wordt een tweede afdeling van titel 7.12 voorgesteld die enkele specifieke dwingendrechtelijke consumentenbeschermende bepalingen bevat met betrekking tot de aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Het is wenselijk dat deze bepalingen ook gelden indien sprake is van een koop en ongeacht of de consument contracteert vóór, tijdens of na de bouw. Dit is gerealiseerd door de artikelen 7.12.17 (vooruitbetaling) en 7.12.18 (5%-regeling) van overeenkomstige toepassing te verklaren op de koop door een consument van een te bouwen en na de voltooiing te leveren woning of van een reeds voltooide nieuw gebouwde woning. Een voorziening ten aanzien van artikel 7.12.16 (bedenktijd) is niet nodig aangezien deze bepaling overeenstemt met artikel 2 van Boek 7.

Wat betreft artikel 7.12.18 houde men in het oog dat de 5% betrekking heeft op de aanneemprijs, dus niet op de prijs voor de grond en dat de overeenkomstige toepasselijkheid met zich brengt dat de drie maanden beginnen te lopen na aflevering aan de consument-koper, ook al was de bouw eerder voltooid (m.a.w. de woning eerder opgeleverd aan de verkoper).

#### *Artikel 26 leden 3 en 4 van Boek 7*

1. In de tweede zin van lid 2 is ten aanzien van de «consumentenkoop» zoals omschreven in artikel 5 lid 1 – dus betrekking hebbende op roerende zaken – een bepaling gegeven over de vooruitbetaling. Deze dient te worden gelezen in samenhang met artikel 6 lid 2 en komt erop neer dat vooruitbetaling van meer dan de helft van de koopprijs slechts bij individueel beding of standaardregeling – en dus niet op grond van algemene voorwaarden – mogelijk is.

Het is wenselijk ten aanzien van de koop door een consument van een onroerende zaak of een recht waaraan deze is onderworpen een strengere regel te geven. De overwegingen die ten grondslag liggen aan de wenselijkheid van het vormvereiste en de bedenktijd – het gaat om relatief hoge bedragen en voor de meeste consumenten is de transactie zeer ingrijpend en eenmalig – doen zich voor een belangrijk deel ook hier gelden. Bepaald is dat de koper niet tot vooruitbetaling verplicht kan worden, echter met als uitzondering de thans gebruikelijke storting in depot bij de notaris van 10% van de koopprijs. Het karakter van deze depotstorting – veelal is deze gekoppeld aan een boetebeding (artikelen 91–94 van Boek 6) – wordt aan de overeenkomst overgelaten. In plaats van een depotstorting kan ook zekerheid worden gesteld, waarover nader artikel 51 van Boek 6.

Bepaald is dat het hier gaat om dwingend recht (afwijking slechts bij standaardregeling) en dat hetgeen teveel betaald is als onverschuldigd kan worden teruggevorderd (vgl. artikel 25 van Boek 6 in tegenstelling tot artikel 39 lid 2 van Boek 6).

2. Het nieuwe lid 4 komt overeen met artikel 2 lid 3; zie hiervoor bij artikel 2, punt 5.

## Artikel II (Aanneming van werk: titel 7.12)\*

### *Inleidende opmerkingen*

#### 1. Toelichting voorontwerp:

*Inleidende opmerkingen.* Titel 12 behandelt de overeenkomst die in het huidige B.W., eveneens onder de naam «aanneming van werk», in de zesde afdeling van Titel 7A van Boek III wordt geregeld.

Niet zonder aarzeling is de benaming «aanneming van werk» voor deze overeenkomst behouden. Het bezwaar tegen deze term en tegen de daarmee verband houdende benaming van de partijen bij dit contract, is dat in het gewone spraakgebruik bij een «aannemingscontract» en bij «aannemer» bijna uitsluitend wordt bedoeld op de aanneming van bouwwerken of wat daarmee verband houdt, terwijl de titel over aanneming van werk betrekking heeft op een oneindig veel grotere variëteit van contracten, zoals de overeenkomsten tot het wassen of stomen van kleren, tot het repareren van gebruiksvoorwerpen enz. Ongetwijfeld vallen ook de bouwcontracten onder de «aanneming van werk», maar voor deze contracten zal de wettelijke regeling in de meeste gevallen slechts een beperkte betekenis hebben omdat zij bijna altijd beheerst worden door standaardvoorwaarden (sedert 1968 meestal de «Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken»: de U.A.V.)<sup>1</sup>. Tegen de term «aanbesteder» kan bovendien worden aangevoerd dat het woord «aanbesteding» in de praktijk gebruikt pleegt te worden voor een speciale wijze van totstandkoming van aannemingscontracten.

Toch lijkt het de voorkeur te verdienen niet op grond van de hier genoemde bezwaren te breken met de op dit punt bestaande juridische traditie, te meer waar het gewone spraakgebruik zelf geen algemene benaming kent voor alle overeenkomsten die onder het begrip «aanneming van werk» vallen<sup>2</sup>.

De eerste vraag waarvoor men zich gesteld ziet bij het ontwerpen van een wettelijke regeling van de zeer gevarieerde contracten die onder aanneming van werk vallen, is die, of de regeling gesplitst zal moeten worden in verschillende categorieën, waarbij dan vooral gedacht zou kunnen worden aan een speciale regeling van de aanneming van bouwwerken, terwijl binnen deze dan nog een splitsing zou kunnen worden overwogen voor de bouwwerken die wél en de bouwwerken die niét «onder directie» van een door de aanbesteder aangewezen deskundige (architect of ingenieur) worden uitgevoerd. Gaat men echter na op welke punten een speciale wettelijke regeling voor aanneming van bouwwerken gewenst kan zijn, dan komt men tot zo weinig bijzondere bepalingen, dat een afzonderlijke afdeling weinig zin zou hebben.<sup>3</sup> De enige bijzondere bepaling voor

\* De vergelijking van het ontwerp titel 7.12 nieuw B.W. met de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV) 1989 is als bijlage I bij deze toelichting gedrukt.

<sup>1</sup> Mogelijk zullen deze standaardvoorwaarden in de toekomst geheel of gedeeltelijk worden vervangen door «standaardregelingen» in de zin van art. 6.5.1.2, maar dat maakt voor het hier opgemerkte geen verschil.

<sup>2</sup> Ook in andere landen kent men de moeijelijkheid van benaming. Terwijl in Frankrijk de C.c. spreekt van «louage des entrepreneurs d'ouvrages» (1779, 3<sup>e</sup>) en van «devis et marchés» (titel van de section gewijd aan het aannemingscontract), prefereert de moderne rechtswetenschap de term «contrat d'entreprise» (Planiol-Ripert-Rouast, *Traité pratique* XI (1954) no. 906). In Duitsland en Zwitserland heet de overeenkomst «Werkvertrag». Vgl. verder Italië 1655 e.v. («appalto»), Spanje 1588 («las obras por ajuste o precio alzado»), Portugal 1396 («contrato de empreitado»).

<sup>3</sup> Aldus G. de Grooth, *preadv.* N.J.V. 1955 p. 225 v. Ook de nieuwste buitenlandse codificaties hebben over het algemeen geen afzonderlijke regeling van de aanneming van bouwwerken, met uitzondering van Polen 647/658, alsmede van U.S.S.R. 368/372, waar een speciale regeling voor belangrijke bouwwerken is gegeven naast de artikelen 350/367 gewijd aan het aannemingscontract in het algemeen. Zie ook Chili 2003. Omgekeerd is de Engelse «bailment for hire of work and labour» beperkt tot de aannemingsovereenkomsten waarbij roerende zaken ter bewerking aan de aannemer worden toevertrouwd. Vgl. Chitty on Contracts 22d ed. 1961, II p. 189.

bouwwerken die het ontwerp bevat, is de langere verjaringstermijn voor de vordering ter zake van gebreken (artikel 7.12.11 lid 2).

Wat in het bijzonder de bouwwerken «onder directie» betreft: hiervan is al opgemerkt dat juist zij bijna alle beheerst worden en zullen blijven door standaardcondities van belanghebbenden (of standaardregelingen in de zin van artikel 6.5.1.2.). Aan aanvullend recht op dit stuk bestaat daarom praktisch geen behoefte,<sup>4</sup> terwijl er ook geen speciale onderwerpen op het gebied van bouwwerken zijn, waar bijzondere regels van dwingend recht gewenst zijn.<sup>5</sup>

De regeling van het aannemingscontract, zoals die gegeven is in de 12e titel van Boek 7, moet natuurlijk gezien worden tegen de achtergrond van de algemene regels van Boek 3 en Boek 6. Zij vormt er een aanvulling en een nadere precisering van, waar zulke aanvulling of precisering nodig en mogelijk is. Een aantal van de vragen waaraan de regelingen van het aannemingscontract in het huidige B.W. of in buitenlandse codificaties speciale bepalingen wijden, zijn reeds op voldoende wijze geregeld in de algemene beginselen van het vermogensrecht en van het verbintenissenrecht in Boek 3 en Boek 6. In het bijzonder over belang zijn in dit verband: de mogelijkheid van ontbinding van wederkerige overeenkomsten zonder rechterlijke tussenkomst, ook als de niet-nakoming door een der partijen niet aan deze kan worden toegerekend (6.5.4.6 v.); de mogelijkheid van wijziging of gehele of gedeeltelijke ontbinding door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden (6.5.3.11); de mogelijkheid van evenredige prijsvermindering (6.5.4.10); de restitutieregel van 6.5.4.15. Voorts zij gewezen op artikel 6.1.6.1 (zorg voor de af te leveren zaak), afdeling 6.1.7 (crediteursverzuim) en afdeling 6.1.8 (in het bijzonder de eerste vier artikelen en de artikelen 14 en 15). Bij de bespreking van verschillende artikelen van deze titel zal nog op het belang van deze algemene bepalingen worden teruggekomen.

De titel bevat een aantal bepalingen op punten waarvoor het huidige B.W. geen regeling bevat, met name 7.12.3 (prijsbepaling, indien de prijs niet in een bedrag was uitgedrukt), 7.12.4 (invloed van onvoorziene kostenverhogende omstandigheden), 7.12.6 (mogelijkheid van ontbinding vóór oplevering), 7.12.8 (herstel van gebreken), 7.12.9 (prijsvermindering wegens gebreken), 7.12.11 (reclame- en verjaringstermijn ter zake van gebreken). Anderzijds zijn overbodige bepalingen als de artikelen 1644, 1649 en 1651 B.W. komen te vervallen.<sup>6</sup>

De materie van artikel 1650 («directe actie» van ambachtlieden tegen aanbesteders) en die van artikel 1652 (retentierecht) is niet in deze titel behandeld, omdat zij reeds een voldoende regeling heeft gevonden in afdeling 3.10.3. Weliswaar kent artikel 3.10.3.14 aan de in artikel 1650 B.W. bedoelde personen geen directe actie doch slechts een voorrecht toe, maar dank zij het tweede lid van 3.10.3.14 zal dit voorrecht betere bescherming geven dan het huidige artikel (daargelaten dat de kring van beschermde personen ruimer is genomen en ook leveranciers van materialen omvat), terwijl de problemen van een directe actie, die zich in het bijzonder voordoen wanneer de vordering op de opdrachtgever niet groot genoeg is om er alle door de directe actie te beschermen personen uit te voldoen, worden ontgaan. Aan een verdere bescherming dan het voorrecht van 3.10.3.14 schijnt geen maatschappelijke behoefte te bestaan.<sup>7</sup>

Artikel 1652 is niet overgenomen. Ook op het terrein van de aanneming van werk geldt het retentierecht van artikel 6.5.4.5 dat voor overeenkomsten in het algemeen geschreven is, terwijl de inhoud van het retentierecht in het algemeen wordt geregeld in afdeling 3.10.4A. Zoals in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer over Boek 3 bij de artikelen 3.10.3.2–15 en 3.10.4.1. wordt gezegd, zal nog worden bezien in hoeverre naast de voormelde bepalingen nog plaats is voor het voorlopig gehandhaafde artikel 3.10.3.13, dat oorspronkelijk het retentierecht van artikel 1652 B.W. beoogde te vervangen.

Voor de regeling van het risico van het tenietgaan van het werk vóór de oplevering, die nu in het huidige wetboek op onduidelijke wijze gegeven is in de artikelen 1641–1643, zie men de artikelen 7.12.7 en 10 en de toelichting daarop.

In deze titel zijn geen speciale bepalingen opgenomen over oplevering en opneming, zoals men deze in verschillende buitenlandse wetgevingen vindt.<sup>8</sup> Voor ons huidige recht bestaat er verschil van mening over, of er een plicht voor de

<sup>4</sup> Anders Van Zeggelen, preadvies N.J.V. 1955 p. 246. In haar vergadering van 1955 (Hand. II, p. 152) heeft de N.J.V. ook, overeenkomstig het preadvies van Van Zeggelen (p. 246), de wens uitgesproken dat de wetgever in zijn regelen voor de aanneming van werk verschil make voor wat betreft de aansprakelijkheid van de aannemer al naar gelang deze het plan voor het werk ontwerpt, dan wel dat plan hem door de opdrachtgever wordt voorgeschreven. In het ontwerp volgt een dergelijk onderscheid uit art. 7.12.10 lid 3, waar de aanbesteder wordt belast met het risico van gebreken in de door hem verschaftte plannen, voor zover de aannemer met betrekking tot die gebreken geen verwijt kan worden gemaakt. Een verdergaand onderscheid in aansprakelijkheidsregeling schijnt niet verantwoord.

<sup>5</sup> Het Italiaanse B.W. maakt nog een andere onderscheiding, en wel tussen «appalto», geregeld in de artt. 1655 v. (in het 4e boek), en het «contratto d'opera», geregeld in de artt. 2222 v. (in het 5e boek). Bij «appalto» gaat het om de uitvoering van een werk of dienst «con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio», terwijl er bij het «contratto d'opera» van artt. 2222 v. sprake is van uitvoering van een werk of dienst «con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione», voor zover de verhouding niet valt onder de appalto (of enig ander contract van boek IV). Het onderscheid lijkt voor privaatrechtelijke doeleinden weinig gelukkig. In de praktijk zullen de meeste bepalingen van 1655 v. analoog ook op het «contratto d'opera» worden toegepast. Vgl. D. Rubina, Dell'appalto, 1961 (Comment. del C.c. IV) p. 5.

<sup>6</sup> Ten aanzien van de behoefte aan een bepaling in de geest van art. 1644 B.W. zou men kunnen aarzelen in verband met de regel van art. 6.1.6.3 volgens welke een schuldeiser kan weigeren het verschuldigde bij gedeelten aan te nemen. Maar, zoals in de toelichting bij dit artikel reeds is opgemerkt, deze regel geldt uiteraard niet als de bevoegdheid van de schuldenaar om bij gedeelten te presteren in de overeenkomst ligt opgesloten. Dit laatste zal zich ook bij de aannemingsovereenkomst kunnen voordoen. Wanneer dat het geval is, kan onmogelijk in een wettelijke regel gepreciseerd worden. Het criterium van art. 1644 («bij het stuk of bij de maat bearbeid») is zeker onvoldoende. Vgl. ook § 1, lid 2 van de U.A.V.

<sup>7</sup> Griekenland 702 en Egypte 662 hebben wel een directe actie (Egypte ook voor onderaannemers en hun arbeid). Idem Venezuela 1643, Portugal 1405 (ook voor leveranties van materiaal).

<sup>8</sup> Duitsland 640 v., Polen 643 en U.S.S.R. 361.

aanbesteder tot «opneming» in de zin van keuring van de geleverde prestatie moet worden aangenomen.<sup>9</sup> Wat hiervan zij: aan een dergelijke positieve verplichting bestaat geen enkele behoefte.<sup>10</sup> Wel zal de aannemer in vele gevallen mogen verwachten dat de aanbesteder bij de oplevering het werk min of meer zorgvuldig op zijn deugdelijkheid keurt, maar het nalaten van een dergelijke keuring zal slechts tot gevolg hebben, dat de aanbesteder zijn recht verwerkt nog te klagen over de gebreken die hij bij een normale keuring had behoren te ontdekken.<sup>11</sup> Een dergelijke regel bevat het ontwerp reeds in algemene zin in artikel 6.1.8.14. Aan een herhaling ervan voor het aannemingscontract bestaat geen behoefte. Uiteraard kan in het contract een opnemingsplicht van de aanbesteder worden gestipuleerd, in welk geval het dan een kwestie van interpretatie zal zijn of hiermee inderdaad een positieve verplichting is bedoeld waarvan niet-nakoming wanprestatie oplevert. Niet gemakkelijk zal dat kunnen worden aangenomen.<sup>12</sup> Ook kan het zijn dat in het contract de nakoming van de opleveringsplicht van de aannemer gebonden is aan de inspectie van het werk door de aanbesteder. In dat geval zal de aanbesteder die niet, wanneer hij daartoe is uitgenodigd, tot opneming over wil gaan, zich schuldig maken aan crediteursverzuim, met alle gevolgen van dien (afdeling 6.1.7). Tenslotte zal de aannemer, althans bij de belangrijker aannemingscontracten, een schriftelijk bewijs van de deugdelijke uitvoering van het werk («kwijting») mogen verlangen, zoals uit artikel 6.1.6.17 lid 1 volgt.<sup>12a</sup>

2. Met voldoening heb ik geconstateerd dat het door H. Drion ontworpen voorontwerp over het geheel genomen in de literatuur goed is ontvangen. Met de op specifieke punten geleverde kritiek is zoveel mogelijk rekening gehouden. In het bijzonder zij hier vermeld het preadvies van P. Zonderland voor de Vereniging voor Bouwrecht (*Het nieuwe BW en de aanneming van bouwwerken*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 1, 1973) en naar aanleiding daarvan het verslag van de discussie in *Bouwrecht* 1974 p. 153 e.v.; de bespreking van het voorontwerp door H.O. Thunnissen in *WPNR* 5260–5261 (1974); het rapport van de Commissie Boek 7 van de Koninklijke Notariële Broederschap, *WPNR* 5373 (1977); het artikel van H.C.J. Cavadino, J.J. Goudsmit en H. de Vries, Nogmaals: het aannemingsrecht in het nieuwe B. W., *Bouwrecht* 1980, p. 571 e.v.; de bewerking door H.O. Thunnissen van het gedeelte over aanneming van werk in Asser-Kamphuisen, *Bijzondere Overeenkomsten* (5-III) (waarvan de eerste druk is besproken door H. Drion in *Bouwrecht* 1978, p. 640 e.v.); en het preadvies van H.O. Thunnissen, *Bouwaanneming volgens het NBW: evaluerende en rechtsvergelijkende beschouwingen*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 18, 1990; met het verslag in *Bouwrecht* 1991, p. 173 e.v.

3. In afwijking van het voorontwerp is gekozen voor de term «opdrachtgever» in plaats van «aanbesteder». De term «opdrachtgever» is in de praktijk gebruikelijk; onder «aanbesteder» pleegt slechts te worden verstaan de persoon die *voornemens* is een werk op te dragen (artikel 1 lid 1 van het Uniform Aanbestedingsreglement, Stcrt. 1986, 118; Asser-Thunnissen 5-III, 1988, nr. 485). Het bezwaar dat de term «opdrachtgever» ook gebruikt wordt in titel 7.7, weegt hier niet tegen op. Ook in het ontwerp-Benelux-overeenkomst inzake aanneming van werk (1981), ontworpen door de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse studiecommissie voor eenmaking van het recht en grotendeels gebaseerd op het Nederlandse voorontwerp, zijn de aanduidingen «aannemer» en «opdrachtgever» gekozen.

4. In het voorontwerp werd afgezien van een speciale regeling van de aanneming van bouwwerken. De argumentatie heeft in de literatuur steun gevonden (Asser-Thunnissen 5-III, nr. 480–482; zie ook Thunnissen, preadvies 1990, p. 6–10). Voor een speciale categorie van

<sup>9</sup> Vóór een dergelijke plicht – doch niet de jure constituendo – is Asser-Kamphuisen p. 436–437; *er tegen* De Grooth, preadvies N.J.V. 1955 p. 177.

<sup>10</sup> Aldus ook Asser-Kamphuisen p. 437. In het buitenland hebben de wettelijke bepalingen over de opneming tot grote meningsverschillen over de juridische betekenis ervan geleid. Vgl. Staudinger BGB II, 3 (1958) Anm. II ad § 640.

<sup>11</sup> Het «behoren te ontdekken» moet uiteraard in de relatie tot de aannemer worden beoordeeld. De aannemer zal de aanbesteder niet kunnen verwijten dat hij bepaalde gebreken had behoren te ontdekken, als hij (aannemer) die gebreken juist opzettelijk verborgen had. Vgl. Griekenland 692 en Italië 1667 en 2226.

<sup>12</sup> Ook § 9 van de U.A.V. bevat niet een zodanige positieve verplichting.

<sup>12a</sup> Aldus ook § 9 lid 3 van de U.A.V.

aanneming van bouwwerken, de aanneming die strekt tot de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is echter een uitzondering gemaakt, mede in verband met de in Artikel I voorgestelde consumentenbeschermende regeling van de koop van onroerende zaken. Voorgesteld wordt om ook hier dwingendrechtelijk de schriftelijke vorm en de bedenktijd voor te schrijven. Verder wordt – zoals bij de koop – de vooruitbetaling aan banden gelegd, en is een regeling getroffen voor de opleveringsproblematiek. Men zie afdeling 2 (de artikelen 7.12.15–7.12.19).

In Bijlage I bij deze memorie van toelichting wordt duidelijkheidshalve een vergelijkend overzicht gegeven van de relevante voorschriften van de onderhavige titel 7.12 en de op 25 augustus 1989 vastgestelde gewijzigde *Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de Uitvoering van werken 1989* (UAV 1989) (Stcrt. 1989, 181). Bij dit overzicht verdient aantekening dat deze voorwaarden weliswaar een gedetailleerde regeling inhouden van wat grotendeels door de voorschriften van titel 7.12 wordt bestreken, maar dat zulks deze voorschriften, ook waar het om bouwwerken gaat, nog niet zinloos maakt.

In de eerste plaats bevat titel 7.12 op een aantal plaatsen dwingend recht, bijvoorbeeld voor de aannemingsovereenkomst in het algemeen in de artikelen 7.12.5 (prijsverhoging in geval van meer werk) en 7.12.12 (aansprakelijkheid aannemer voor hem bekende verborgen gebreken), en voor de aanneming van de bouw van een woning in opdracht van een consument in afdeling 2 van titel 7.12. Voorts zwijgen de algemene voorwaarden inzake aanneming van werk over sommige onderwerpen waarvoor titel 7.12 wel regels bevat, zoals ten aanzien van de UAV 1989 uit het vergelijkend overzicht titel 7.12/UAV 1989 ook meermalen blijkt. Ten slotte kan titel 7.12 richtsnoeren bieden bij het opstellen, herzien, interpreteren en toetsen van algemene voorwaarden, alsmede, in voorkomend geval, van standaardregelingen als bedoeld in artikel 214 van Boek 6, die de aanneming van bouwwerken aangaan. Men vergelijk bij het voorgaande nog Asser-Thunnissen, nr. 481.

5. Een tweede afwijking van het voorontwerp is dat thans wel een algemene bepaling over oplevering en opneming is opgenomen (artikel 7.12.7a; zie ook artikel 7.12.1). Hierop was in de literatuur vrij algemeen aangedrongen.

6. Naar aanleiding van de Toelichting op het voorontwerp zij erop gewezen dat artikel 3.10.3.14 is vervallen en dat thans in artikel 285 van Boek 3 een voorrecht is toegekend aan de aannemer die persoonlijk aan de uitvoering van in de uitoefening van zijn bedrijf aangenomen werk pleegt deel te nemen dan wel een vennootschap of een rechtspersoon is, waarvan een of meer beherende vennoten of bestuurders dit plegen te doen. In het op 30 november 1992 bij de Tweede Kamer ingediende voorstel van wet onder meer houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de bevoorrechtiging van vorderingen (Kamerst. II 1992–1993, 22 942, nrs. 1–3) wordt het onderhavige voorrecht vermeld in een nieuw artikel 280 onder 4, sub a, van Boek 3, welk artikel onderdeel is ontleend aan genoemd artikel 285 van Boek 3. Men zie de toelichting op genoemd wetsvoorstel, p. 9.

Artikel 6.5.4.5 over het retentierecht is opgegaan in artikel 57 van Boek 6. Artikel 3.10.3.13 kon vervallen; men zie de Parlementaire Geschiedenis van Boek 3, p. 875.

7. Wat betreft de in de toelichting bij het voorontwerp aangehaalde bepalingen bij het ontwerp nieuw BW in oude nummering, is in Bijlage II bij deze memorie van toelichting een transponeringstabel opgenomen.

8. Ten slotte enige opmerkingen over de verhouding tussen dit wetsvoorstel en het voorstel voor een EG-richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor diensten van 18 januari 1991 (PbEG C 12/8).

Het genoemde richtlijn-voorstel heeft op grond van artikel 2 lid 1 in beginsel betrekking op een zeer ruim toepassingsgebied: een dienst in de zin van het richtlijn-voorstel is «elke verrichting die als beroepswerkzaamheid of in het kader van een openbare dienst zelfstandig, al dan niet onder bezwarende titel, wordt uitgevoerd en die niet rechtstreeks en uitsluitend de vervaardiging van goederen of de overdracht van zakelijke rechten of intellectuele eigendomsrechten ten doel heeft.» Artikel 4 van het richtlijn-voorstel beperkt dit toepassingsgebied tot gevallen waarin de dienstverrichting tot letselschade of tot (kort gezegd) privé-zaakschade leidt. De Europese Commissie heeft inmiddels toegezegd dat op deelterreinen specifieke richtlijnvoorstellen zullen worden uitgewerkt, waarbij in het bijzonder aan de bouw wordt gedacht. Op dit terrein is reeds een aantal werkgroepen bezig met het voorbereiden van richtlijnvoorstellen op het gebied van verzekering, aansprakelijkheid, garantie en oplevering. Het is niet bekend wanneer deze richtlijnvoorstellen zullen worden gepresenteerd, noch wat de inhoud ervan zal zijn.

Het onderhavige wetsvoorstel inzake aanneming van werk heeft slechts in beperkte mate raakvlakken met de dienstenrichtlijn, ervan uitgaande dat de bouw van het toepassingsgebied zal worden uitgesloten. Veel van de overige vormen van aanneming van werk zal zich afspelen tussen professionele partijen. Het veroorzaken van letselschade is hierbij niet snel denkbaar, terwijl de zaakschade niet onder het bereik van het richtlijn-voorstel valt, omdat er geen sprake zal zijn van schade aan privé-zaken die ook als zodanig worden gebruikt.

Raakvlakken tussen het onderhavige wetsvoorstel en het richtlijn-voorstel zijn denkbaar in de sfeer van reparatieovereenkomsten met betrekking tot privé-zaken. Wellicht kan ook worden gedacht aan stomerij-overeenkomsten. In dit verband is van belang dat de dienstverrichter op grond van het richtlijn-voorstel aansprakelijk is voor schade aan deze zaken, tenzij hij kan aantonen geen fout te hebben gemaakt (artikel 1 leden 1 en 2). Voorts bepaalt artikel 7 dat de dienstverrichter zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde kan beperken noch uitsluiten.

<sup>13</sup> Aldus de meeste schrijvers en rechtspraak in Nederland (zie Asser-Kamphuisen p. 342, waaraan toe te voegen G. de Grooth en A. C. van Zeggelen preadv. N.J.V. 1955 pp. 163 en 236); *afwijkend* Meijers, Arbeidsovereenkomst 3e dr. (1924) p. 33 en M. M. van Praag, Bouwrecht (1966) p. 54. In Frankrijk en België wordt de beperking tot stoffelijke werken niet gemaakt, al bestaat er een neiging bij de rechtspraak om de diensten van advocaten, notarissen en artsen niet onder de aanneming maar onder de lastgeving te brengen. Zie Planiol-Rouast nos. 909 v. en Flamme et Lepaffe, Le contrat d'entreprise (1966), nos. 2 en 3. Het Duitse «Werkvertrag» wordt niet tot het tot stand brengen van stoffelijke werken beperkt (zie Palandt § 631, Anm. 2). Ook in Zwitserland wordt een dergelijke beperking i.h.a. door de rechtspraak verworpen (maar zie ook in andere zin G. Gautschi in «Berner Kommentar» VI. 2.3 (1967), blz. 9/11). Zie eveneens Klang-Adler-Höller, Komm. zum A.B.G.B. 2.A., V (1954), p. 373/374. Voorts de rechtsvergelijkende beschouwingen van G. v. Hecke in Tijdschrift voor Privaatrecht 1966, p. 343 e.v.

## *Afdeling 1 (Aanneming van werk in het algemeen)*

### *Artikel 7.12.1. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 1.* Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de aanbesteder, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen tegen een door de aanbesteder te betalen prijs in geld.

### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikel 7.12.1.* Dit artikel geeft een definitie van de aanneming van werk, welke aansluit op de heersende opvattingen in Nederland, behoudens één nog aan te duiden verschil. Als kenmerkende eigenschappen van het aannemingscontract noemt artikel 7.12.1:

- a. de verplichting van de aannemer om een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen;<sup>13</sup>
- b. buiten dienstbetrekking;
- c. tegen een door de aanbesteder te betalen prijs.

Het spreekt vanzelf dat overeenkomsten die geheel vallen binnen de definitie



van een der andere benoemde contracten van het ontwerp, zoals die tot uitgave van werken (titel 7.8) of die tot vervoer en expeditie (die in Boek 8 wordt geregeld), niet tevens als een species van het genus «aanneming» mogen worden beschouwd, ook voor zover zij wel geacht zouden kunnen worden altijd of in bepaalde gevallen op de totstandkoming van een stoffelijk werk te zijn gericht.<sup>14</sup> Dit wil echter niet zeggen dat zich geen gemengde contracten kunnen voordoen, die zowel de elementen van het aannemingscontract als die van andere benoemde contracten in zich verenigen. Op zulke gemengde contracten zal de regel van artikel 6.5.1.4 moeten worden toegepast.

Aanneming van werk van een niet stoffelijk karakter valt niet onder deze titel maar onder de titels 7.7 of 7.8.

Artikel 7.12.1 gaat er overeenkomstig de heersende opvatting van uit dat werkzaamheden in dienstbetrekking uitgevoerd niet vallen onder de hier bedoelde overeenkomst.<sup>15</sup> Uiteraard kan er onder bepaalde omstandigheden wel aanleiding bestaan voorschriften van deze titel analoog toe te passen op een overeenkomst tot het verrichten van stukwerk in dienstbetrekking (bijvoorbeeld artikel 7.12.9).

De prestatie van de aanbesteder bestaat in het betalen van een prijs in geld.<sup>16</sup> Een overeenkomst waarbij de aanbesteder zich verbindt tot het leveren van goederen of diensten, is geen zuivere aannemingsovereenkomst. Wel zullen de bepalingen van deze titel van analoge toepassing kunnen zijn op de verplichtingen van de aannemer en de rechten van de aanbesteder.<sup>17</sup>

Artikel 7.12.1 eist niet dat het bedrag van de door de aanbesteder te bepalen prijs bij de overeenkomst moet zijn bepaald. In zeer veel gevallen gebeurt dit niet en wordt er van uitgegaan dat de aannemer de voor hem of in zijn branche normale prijs zal berekenen als uitgewerkt in 7.12.3. Ook voor het huidige recht wordt aangenomen dat dergelijke overeenkomsten onder aanneming vallen. Als er bij het sluiten van de overeenkomst niet over een prijs is gesproken, zal op grond van de omstandigheden moeten worden uitgemaakt of een vergoeding in de bedoeling van partijen lag. Een wettelijke bepaling hierover lijkt niet nodig.<sup>18</sup>

In afwijking van wat meestal voor het huidige recht wordt aangenomen<sup>19</sup>, is de definitie in artikel 7.12.1 zo geformuleerd dat zij ook de zgn. regie-contracten kan omvatten.<sup>20</sup> Wel zijn niet alle bepalingen van deze Titel van toepassing op dit soort overeenkomst (met name niet artikel 7.12.4).

Het lijkt onnodig uitdrukkelijk te bepalen – zoals artikel 1640 B.W. dit doet – dat ook kan worden overeengekomen dat de aannemer de voor het werk nodige materialen zal leveren. De definitie sluit dit in genen dele uit<sup>21</sup> en op dit punt bestaat in Nederland ook ten aanzien van het jus constituendum geen enkele controverse die door een uitdrukkelijke wetsbepaling uit de wereld geholpen zou moeten worden. Problemen van afbakening met het koopcontract, die hierbij kunnen ontstaan, zullen, zoals ook thans, door de rechtspraak moeten worden opgelost.<sup>22</sup> Hetzelfde geldt voor de vraag of en in hoever de aard van de overeenkomst of van bepaalde in aanmerking komende voorschriften zich verzet tegen toepassing van de in artikel 6.5.1.4 lid 1 gegeven regel voor gemengde contracten (in casu leidend tot combinatie van de regels van aanneming en koop). Het lijkt ongewenst op dit punt enige bindende regel te geven.<sup>22a</sup>

3. Zoals reeds in de Inleidende opmerkingen onder punt 2 is opgemerkt, is gekozen voor de aanduiding «opdrachtgever» in plaats van «aangebesteder». Verder is als verplichting van de aannemer tevens vermeld de oplevering, waaronder in het algemeen moet worden verstaan het overeenkomstig de inhoud en strekking van de overeenkomst ter beschikking stellen van het werk aan de opdrachtgever na voltooiing. Zie verder artikel 7.12.7a.

4. In lid 2 zijn de bepalingen van titel 12 voor zover mogelijk rechtstreeks – en niet meer analogisch – van toepassing verklaard op het geval dat de betaling niet in geld geschiedt. Men zie hierover H. Drion, *Bouwwrecht* 1978, p. 642 rk.

<sup>14</sup> In Duitsland schijnt het vervoercontract wél als een species van het genus «Werkvertrag» te worden beschouwd, het uitgeverscontract niet. Zie Soergel, B.G.B. II (1962), Vorbem. 11 en 24 voor § 631, maar zie ook Vorbem. 34.

<sup>15</sup> Zie de schrijvers geciteerd in noot 13. Ook in het buitenland wordt bij het handelen in dienstbetrekking geen aannemingscontract aangenomen. Vgl. o.a. voor Frankrijk: Planiol-Ripert-Rouast l.c. no. 907, voor Duitsland: Palandt, B.G.B. Anm. 2–b ad § 631 (al is omgekeerd voor het «Dienstvertrag» ondergeschiktheid niet vereist), voor Italië: 1655, voor Oostenrijk: Klang-Adler-Höller, Kommentar zum A.B.G.B. 2.A., V. (1954), p. 376.

<sup>16</sup> Aldus Land-Losecaat Vermeer, p. 361 en Hofmann, *Nederlandsch Verbintenissenrecht* II 2 (1942) p. 278. Zie ook Italië 1655 en Argentinië 1623 v. jo. 1493. Het Duitse en het Zwitserse recht kennen deze beperking niet. Vgl. Riezler, *Rebels Zeitschrift* 1952 p. 551 en voor Zwitserland Oser-Schönenberger, *Obligationenrecht* 2. Teil 2A. (1936) p. 1384. Ook in Oostenrijk wordt zij niet aangenomen (Klang-Adler-Höller, *Komm. zum A.B.G.B. 2.A. V* (1954), p. 416).

<sup>17</sup> Vgl. Oser-Schönenberger l.c. voor het Zwitserse recht (vgl. vorige noot).

<sup>18</sup> Vgl. Duitsland 632-I, Oostenrijk 1152, Argentinië 1628, Griekenland 682.

<sup>19</sup> Vgl. Asser-Kamphuisen p. 433, Cremers, *Bouwwrecht* p. 144 en Van Praag, *Bouwwrecht. Anders Van Zeggelen*, preadv. N.J.V. 1955 p. 237 en M. A. van Wijngaarden, *De nieuwe A. V.*, diss. V.U. 1969, nr. 129.

<sup>20</sup> Conform De Grooth, preadv. N.J.V. 1955 p. 224, en de grote meerderheid van de vergadering van de N.J.V. 1955, II p. 152. Zie ook voor Duitsland Soergel, B.G.B. II (1962), Vorbem. 10 voor § 631.

<sup>21</sup> *Anders Mexico* 2616.

<sup>22</sup> Vgl. Asser-Kamphuisen p. 430 v.

<sup>22a</sup> Zoals Duitsland 651.

## Artikel 7.12.2. 1. Tekst voorontwerp:

*Artikel 2.* Tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit, is de aannemer bevoegd het werk onder zijn leiding door anderen te doen uitvoeren, en ten aanzien van onderdelen ook de leiding aan anderen over te laten, zulks onverminderd zijn aansprakelijkheid voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst.

## 2. Toelichting voorontwerp:

*Artikel 7.12.2.* In de moderne maatschappij past het vooropstellen van de regel dat de aannemer het werk door anderen mag laten uitvoeren mits onder zijn leiding.<sup>23</sup> Zelfs kan men zich afvragen of het niet als regel (behoudens afwijkende overeenkomst of gebruik) vrij zou moeten staan ook de leiding van het werk aan anderen over te laten, uiteraard met behoud van de verantwoordelijkheid van de aannemer jegens de aanbesteder (vergelijk 6.1.8.3).<sup>24</sup> Toch zou daarmee geen recht worden gedaan aan het belang voor de aanbesteder van de keuze van een aannemer, welk belang zeker niet hoofdzakelijk bepaald wordt door de solvabiliteit van de aannemer. Natuurlijk kan de aard van de overeenkomst ook de bevoegdheid voor de aannemer meebrengen het hele werk aan een ander over te laten.

Mag de aanbesteder er in het algemeen dus van uitgaan dat de leiding van het gehele werk bij de aannemer berust, hij zal er in het normale geval geen bezwaar tegen kunnen maken dat onderdelen ervan tot stand komen onder leiding van anderen, die daartoe door de aannemer zijn ingeschakeld.<sup>25</sup> Aan de verantwoordelijkheid van de aannemer doet dit natuurlijk niet af.

Aan een regel betreffende de verplichting voor de aannemer tot het verschaffen van de nodige hulpmiddelen of werktuigen<sup>26</sup> bestaat geen behoefte. Deze regel vloeit voldoende duidelijk voort uit de algemene beginselen van het contractenrecht in verband met de aard van deze speciale overeenkomst.

3. De beginwoorden van het artikel zijn geschrapt. Zij zouden tot misverstand kunnen leiden. Men zie uitvoerig Parl. Gesch. Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 7, p. 336 en 402–403.

4. De aansprakelijkheid voor hulppersonen wordt geregeld in artikel 76 van Boek 6. In beginsel is niet van belang of de schuldenaar de hulppersoon inschakelt op eigen initiatief of op verzoek of zelfs op aanwijzing van de schuldeiser. Dit sluit echter niet uit dat met deze en andere omstandigheden van het geval wordt rekening gehouden; men zie Asser-Hartkamp 4–I, nr. 328. Vergelijk in dit verband ook, wat betreft de bouw, § 6 lid 27 van de UAV 1989 (waarover M. A. M. C. van den Berg, *Bouwrecht* 1990, p. 89–90) en de discussie in *Bouwrecht* 1991, p. 181–183 en 184–185.

## Artikel 7.12.3 1. Tekst voorontwerp:

*Artikel 3.* 1. Indien de prijs bij het sluiten van de overeenkomst niet is bepaald, is de aanbesteder een redelijke prijs verschuldigd. Bij de bepaling van de prijs wordt rekening gehouden met de door de aannemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gewoonlijk bedongen prijzen en met de door hem ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen. Geen rekening wordt gehouden met arbeid en kosten die zijn veroorzaakt door een omstandigheid welke voor rekening van de aannemer komt.

2. Indien de prijs slechts ten naaste bij was bepaald, zal deze richtprijs met niet meer dan tien ten honderd mogen worden overschreden, tenzij de aannemer de aanbesteder zo tijdig mogelijk voor de waarschijnlijkheid van een verdere overschrijding heeft gewaarschuwd, om hem de gelegenheid te geven het werk

<sup>23</sup> Aldus Zwitserland, O.R. 364 II.

<sup>24</sup> Aldus Oostenrijk 1165, Italië 1956, Egypte 661.

<sup>25</sup> Vgl. § 6 lid 26 van de U.A.V.

<sup>26</sup> Vgl. Zwitserland, O.R. 364 III. U.S.S.R. 368 bevat voor belangrijke bouwcontracten de regel dat de aanbesteder het technisch hulpmateriaal en electriciteit e.d. ter beschikking van de aannemer moet stellen.

alsnog te beperken of te vereenvoudigen. De aannemer zal binnen de grenzen van het redelijke aan zulke beperking of vereenvoudiging moeten meewerken.

3. Het vorige lid is van overeenkomstige toepassing op aannemingen van werk waarbij de prijs afhankelijk is gesteld van de bij de overeenkomst geschatte tijdsduur voor de uitvoering van het werk.

## 2. Toelichting voorontwerp:

*Artikel 7.12.3.* Zoals reeds bij artikel 7.12.1 is opgemerkt, wordt voor aanneming niet vereist dat de prijs reeds bij de overeenkomst is uitgedrukt. Bij de talrijke kleine aannemingsovereenkomsten van het dagelijkse leven zal dit zelfs veelal niet het geval zijn. Hierbij kan nog onderscheiden worden tussen de gevallen waarin geen enkele prijs is genoemd, en die waarin de aannemer een richtprijs heeft opgegeven. Voor deze beide categorieën geeft lid 1 van artikel 7.12.3 een regel die grotendeels overeenkomt met de regel voor de koopovereenkomst (artikel 7.1.1.2). Artikel 7.12.3 bevat echter ook de verwijzing naar de door de aannemer ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen. Juist bij aannemingsovereenkomsten komt het niet zelden voor dat de prijs niet van tevoren precies kan worden vastgesteld, maar dat de aannemer er wel een indicatie van geeft. De juridische betekenis van een dergelijke indicatie zal van de omstandigheden afhangen, maar het is in ieder geval duidelijk dat zij een factor is, die bij de uiteindelijke prijsbepaling niet buiten aanmerking mag worden gehouden. Indien de indicatie echter het karakter van een richtprijs heeft, zal daarop tevens lid 2 van dit artikel toepasselijk zijn. Men zie overigens de toelichting bij artikel 7.1.1.2.

De laatste zin van het eerste lid spreekt voor zich zelf.

*Tweede lid.* Zoals in de toelichting bij het vorige lid al is opgemerkt, kan of wil de aannemer zich in talrijke gevallen nog niet binden aan een precies bedrag voor de aannemingssom en beperkt hij zich tot het ongeveer aangeven van de prijs. Het staat de partijen dan natuurlijk vrij de gevolgen van een dergelijke richtprijs te regelen zoals zij willen. Maar meestal zal een contractuele regeling van de gevolgen achterwege blijven. Voor die gevallen geeft het tweede lid, evenals verschillende buitenlandse wetgevingen,<sup>27</sup> een nadere regeling die beoogt de aanbesteder een redelijke bescherming te bieden tegen het «op kosten jagen», zonder de aannemer volledig te belasten met het risico van een overschrijding van zijn prijsschatting.

Voorop dient te worden gesteld dat de richtlijnen van het eerste lid ook toepasselijk zijn in het geval dat de aannemer de prijs slechts ten naaste bij had aangegeven. Wat het tweede lid echter hieraan toevoegt, is in de eerste plaats de verplichting voor de aannemer om de aanbesteder bij een dreigende overschrijding van de geschatte prijs met meer dan 10% tijdig te waarschuwen, zodat deze de gelegenheid krijgt het uit te voeren werk te beperken of te vereenvoudigen; in de tweede plaats de verplichting, aan een dergelijke beperking of vereenvoudiging dan binnen de grenzen der redelijkheid zijn medewerking te verlenen. De sanctie op deze verplichtingen van de aannemer is, dat hij bij niet nakomen ervan zijn recht verspeelt de richtprijs met meer dan 10% te overschrijden.

Met het oog op de rechtszekerheid verdient het de voorkeur de vrije marge van prijsbepaling waarbinnen geen waarschuwingsplicht bestaat, scherp aan te geven, en niet door een weinig houvast biedende formule zoals men die in het Duitse recht vindt.<sup>27a</sup> Van een duidelijke margebepaling in de wet is ook een grotere invloed te verwachten op de gebruiken in de maatschappij.

Indien zij dat willen, kunnen partijen natuurlijk van de wettelijke marge van 10% afwijken. Contractuele afwijking van het voorschrift is ook mogelijk in die zin, dat bepaalde posten uitdrukkelijk of stilzwijgend buiten de 10%-grens worden gebracht. Hiervan zal bij voorbeeld sprake zijn bij het opnemen van «stelposten» of het werken met «glijdende schalen».

<sup>27</sup> Zie Duitsland 650 jo. 645, Zwitserland, O.R. 375, Oostenrijk 1170a II, Polen 628.

<sup>27a</sup> Duitsland 650 («eine wesentliche Ueberschreitung»). Idem U.S.S.R. 352.

Lid 2 gaat alleen over de mogelijkheid van *overschrijding* van de ten naaste bij bepaalde prijs. Dit hangt er mee samen, dat het artikel in wezen niet anders doet dan in aanvulling op de regeling van de prijsbepaling in lid 1 een verplichting op de aannemer te leggen tot tijdige waarschuwing voor dreigende overschrijding en tot medewerking aan een daardoor wenselijk geworden beperking of vereenvoudiging van het werk. Een recht op afwijking naar beneden kan de aanbesteder er natuurlijk niet aan ontnemen.<sup>28</sup> Uiteraard kan de overeenkomst wel een dergelijk recht meebrengen.

Het derde lid spreekt voor zichzelf.

3. In de eerste zin van lid 1 wordt thans duidelijkheidshalve uitdrukkelijk bepaald dat een redelijke prijs ook verschuldigd is, indien het geval bedoeld in lid 2 zich voordoet, te weten dat slechts een richtprijs is gegeven. Evenzo het Benelux-ontwerp.

De derde zin van lid 1 in het voorontwerp hoort eerder thuis in een toelichting (H. Drion, *Bouwrecht* 1974, p. 163).

4. Niet langer worden in lid 2 de termen «richtprijs» en «prijs die slechts ten naaste bij was bepaald» als synoniemen naast elkaar gebruikt (vgl. Zonderland, *preadvies*, p. 40–41; Rozemond in *Bouwrecht* 1974, p. 174; Cavadino, Goudsmit, De Vries, *Bouwrecht* 1980, p. 579).

Het voorstel van de Commissie Boek 7 van de Koninklijke Notariële Broederschap om te bepalen dat indien een richtprijs is bepaald, deze met niet meer dan 10% zal mogen worden overschreden (WPNR 5373, p. 28 rk) is te strak, al kunnen partijen uiteraard een dergelijke limiet afspreken. De betekenis van lid 2 is voor een belangrijk deel daarin gelegen dat de aannemer dient te *waarschuwen*, wil hij, ook al zou dat op zichzelf een «redelijke prijs» zijn, meer dan 110% van de richtprijs in rekening kunnen brengen. Over tolerantiepercentages in de praktijk: Asser-Thunnissen, nr. 596. De waarschuwing dient – in de bewoordingen van lid 2 – «zo tijdig mogelijk» te geschieden.

Teneinde de redelijkheid van de prijs – met inbegrip van een eventuele overschrijding van de richtprijs – te kunnen beoordelen, kan de opdrachtgever verlangen dat de aannemer een specificatie verstrekt.

#### *Artikel 7.12.4. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 4. 1.* Indien na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden ontstaan of aan het licht komen zonder dat zulks aan de aannemer kan worden toegerekend, zal de rechter op vordering van de aannemer de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk aan de kostenverhoging kunnen aanpassen, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden. Een aanzienlijke vermeerdering van de vereiste arbeid wordt als een kostenverhogende omstandigheid beschouwd.

2. De aannemer mag de prijs zonder tussenkomst van de rechter aanpassen, indien de kostenverhoging het gevolg is van door de aanbesteder verschaft onjuiste gegevens welke voor de prijsbepaling van belang zijn, tenzij de aannemer de onjuistheid der gegevens vóór het vaststellen van de prijs had behoren te ontdekken.

3. De in dit artikel bedoelde bevoegdheden komen de aannemer alleen toe, als hij de aanbesteder zo spoedig mogelijk voor de noodzaak van een prijsverhoging heeft gewaarschuwd, opdat deze tijdig hetzij gebruik kan maken van het hem in artikel 14 toegekende recht, hetzij een voorstel kan doen tot beperking of vereenvoudiging van het werk.

<sup>28</sup> Zwitserland, O.R. 375 II kent deze mogelijkheid wel voor bouwwerken die op grond van de aanbesteder worden uitgevoerd. De mogelijkheid wordt ook in Oostenrijk aangenomen in het geval van § 1170a II (Klang-Adler-Höller, *Komm. 2. A.B.G.B. 2.A.V.* (1954) p. 421).

## 2. Toelichting voorontwerp:

Artikel 7.12.4. Evenals men zulks in de meeste recente codificaties vindt<sup>29</sup>, geeft dit artikel een regeling van de invloed van kostenverhogende omstandigheden waarmee bij het bepalen van de prijs geen rekening was gehouden.<sup>30</sup> Hoewel het artikel in principe ook toepassing kan vinden als de prijs slechts ten naaste bij was bepaald, zal de aannemer er dan meestal geen behoefte aan hebben, gezien de armslag die hem door artikel 7.12.3 wordt gelaten.

Anders dan de eerder genoemde buitenlandse wetgevingen is artikel 7.12.4 niet beperkt tot omstandigheden ontstaan na het sluiten van het contract, maar is het ook toepasselijk op omstandigheden die bij het contracteren reeds bestonden maar pas later aan het licht zijn gekomen.

Voor zover het voorschrift betrekking heeft op kostenverhogende omstandigheden ontstaan na het sluiten van het contract, kan het worden gezien als een precisering van de algemene regel van artikel 6.5.3.11 voor een speciaal geval van gewijzigde omstandigheden. Met betrekking tot de omstandigheden die reeds ten tijde van het contract bestonden, geeft het een uitwerking van artikel 6.5.2.11 (betreffende een «onjuiste veronderstelling» die aan de overeenkomst ten grondslag was gelegd).

Willen kostenverhogende omstandigheden kunnen leiden tot een verhoging van de overeengekomen prijs, dan zal – afgezien van speciale bedingen – aan de volgende eisen moeten zijn voldaan:

1e. het na het sluiten van het contract ontstaan of aan het licht komen van de omstandigheden moet niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. In hoeverre zulks het geval is, hangt af van de aard van de overeenkomst en van de omstandigheden. De beginselen van artikel 7.12.10 leden 2 en 3 zijn mede van toepassing.

2e. de aannemer behoefde bij het bepalen van de prijs geen rekening te houden met de kans op dergelijke omstandigheden. De kostenverhogende risico's waarvan de aanbesteder mocht aannemen dat zij in de prijs verdisconteerd waren, dienen voor rekening van de aannemer te blijven. (vgl. de 3e alinea van de toelichting bij art. 6.5.3.11).

Met kostenverhogende omstandigheden zijn gelijkgesteld omstandigheden die tot een aanzienlijke vermeerdering van de arbeid voor de aannemer leiden, ook al zijn hiermee geen extra kosten gemoeid. Het lijkt redelijk niet in iedere vermeerdering van arbeid ten gevolge van omstandigheden waarmee geen rekening is gehouden, een reden te zien tot verhoging van de overeengekomen prijs.

De prijsverhoging ingevolge kostenverhogende omstandigheden geschiedt – tenzij anders is bedongen – in het algemeen niet van rechtswege of door een verklaring van de aannemer, maar moet van de rechter worden gevorderd.<sup>30a</sup> Hetzelfde geldt voor de wijziging of ontbinding van de overeenkomst krachtens artikel 6.5.3.11, maar niet voor de vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 6.5.2.11 (onjuiste veronderstelling), die immers door een buitengerechtelijke verklaring kan geschieden (3.2.13 v.). Gezien de vele factoren die bij de beoordeling van het of en hoeveel van de prijsaanpassing een rol kunnen spelen, moet aan de rechter een grote vrijheid worden toegekend («geheel of gedeeltelijk ..... kunnen aanpassen»<sup>31</sup>).

Intussen is de rechterlijke tussenkomst krachtens lid 2 niet nodig als de aannemer de prijs te laag heeft berekend ten gevolge van onjuiste gegevens die de aanbesteder hem heeft verschaft. Dit zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als de hoeveelheid of de kwaliteit van bepaalde materialen, opgegeven in het bestek van de aanbesteder, niet voldoende of niet bruikbaar is voor de uitvoering van het werk. Maar had de aannemer de onjuistheid van de gegevens moeten ontdekken, dan zal hij de fout in zijn prijsberekening voor eigen rekening moeten nemen. In welke gevallen de aannemer dergelijke fouten behoort te ontdekken en welke zorgvuldigheid en deskundigheid daarbij van hem gevergd kan worden, hangt van vele omstandigheden af, waarvan de beoordeling aan de rechter zal moeten worden overgelaten.<sup>32</sup>

Ook gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken, als bedoeld in artikel 7.12.10 lid 2, kunnen kostenverhogend (resp. arbeidsvermeerderend) werken.

<sup>29</sup> Zwitserland, O.R. 375 II, Italië 1664, Griekenland 696 en 697, Egypte 658 lid 3 en 4. Vgl. Polen 630/632 en Portugal 1401. De U.A.V. maken onderscheid al naar de kostenverhoging haar oorzaak vindt in (wijziging van) wettelijke voorschriften (§ 6, leden 11, 12 en 13) of in andere omstandigheden (§ 47).

<sup>30</sup> Het voorschrift is uit zijn aard niet toepasselijk op regiecontracten.

<sup>30a</sup> De mogelijkheid van arbitrage of bindend advies wordt hiermee natuurlijk niet uitgesloten.

<sup>31</sup> Dit lijkt beter dan om de voor prijsaanpassing vereiste oorzaken of omvang van kostenverhoging in de wet op te nemen. Vgl. Italië 1664 (kostenverhoging ten bedrage van minimum 1/10 van de overeengekomen prijs vereist) en Portugal 1401 § unico (prijsaanpassing alleen bij kostenverhoging van minimum 20% ten gevolge van devaluatie).

<sup>32</sup> Vgl. § 29, lid 3 van de U.A.V.; voor de door de aanbesteder in het bestek opgegeven hoeveelheden geven de §§ 38 en 39 een bijzondere regeling.

Voor zover het gaat om «gebreken» in «plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften» (vgl. artikel 7.12.10 lid 3) zullen zij meestal vallen onder lid 2 van artikel 7.12.4. De aannemer zal dan de prijs zonder rechterlijke tussenkomst kunnen aanpassen. Voor gebreken in andere van de aanbesteder afkomstige zaken, hetzij zaken waarop het werk moet worden uitgevoerd, hetzij zaken waarmee het moet worden uitgevoerd (materialen en andere hulpmiddelen), zou de automatische prijsaanpassing van lid 2, gezien de veelheid van situaties die zich hierbij kunnen voordoen, te ver gaan. In deze gevallen zal de aannemer, als de aanbesteder niet vrijwillig in een prijsverhoging toestemt, de rechter moeten inschakelen, tenzij alweer partijen anders zijn overeengekomen.

Het verschil tussen de regeling van lid 1 en die van lid 2 is, behalve wat betreft de aan de rechter in lid 1 toegekende vrijheid, praktisch vooral van belang in verband met het retentierecht van de aannemer die een roerende zaak ter bearbeiding heeft gekregen (artikel 3.10.3.13). Dit retentierecht zal in de gevallen van lid 1 niet kunnen worden uitgeoefend voor het bedrag waarmee de aannemer de prijs verhoogd wenst te zien, zolang de rechter niet tot een dergelijke prijsverhoging heeft besloten.

Lid 3 verplicht de aannemer die de hem in lid 1 of lid 2 gegeven bevoegdheden wil uitoefenen, de aanbesteder zo tijdig mogelijk voor de prijsverhoging te waarschuwen. Deze waarschuwing geeft de aanbesteder de gelegenheid de overeenkomst te beëindigen overeenkomstig artikel 7.12.14, maar ook om een voorstel tot beperking of vereenvoudiging van het werk te doen ter voorkoming van de dreigende prijsverhoging.<sup>32a</sup> Indien een dergelijk voorstel redelijk is, zal de aannemer er in het geval van lid 1 verstandig aan doen het te aanvaarden, daar hij na een dergelijk voorstel verworpen te hebben met een vordering tot prijsverhoging bij de rechter niet veel kans zal krijgen. In het geval van lid 2 zal de aannemer op een dergelijk voorstel – waardoor hij zijn recht op de winst over het niet uit te voeren deel van het werk geheel of gedeeltelijk zou prijs geven – slechts ingaan, hetzij op grond van *coulance*-overwegingen, hetzij omdat niet geheel zeker is of aan de voorwaarden van lid 2 volledig is voldaan.

Overigens bedenke men dat artikel 7.12.4 niet van toepassing is op kostenverhogende omstandigheden die van dien aard zijn, dat de niet-uitvoering van het werk ten gevolge daarvan niet meer aan de aannemer zou kunnen worden toegerekend (overmacht). Zijn immers de gerezen obstakels voor de uitvoering van het werk zó ernstig, dat voltooiing van het werk zelfs bij aanpassing van de prijs niet van de aannemer gevergd kan worden, dan geldt niet 7.12.4 maar 6.1.8.1 v.

Sommige wetgevingen kennen de mogelijkheid van prijsaanpassing ook, als de kosten van de uitvoering van het werk veel lager zijn dan te voorzien was.<sup>33</sup> Hoewel een dergelijke wederkerigheid van de regel op het eerste gezicht redelijk kan schijnen, wordt erbij uit het oog verloren dat het gelijk blijven van de prijs bij een volstrekt onvoorziene kostenverhoging hele andere gevolgen voor de aannemer heeft dan het gelijkblijven van de prijs bij een onvoorziene vermindering der uitvoeringskosten voor de aanbesteder.<sup>34</sup>

3. De tweede zin van lid 1 is geschrapt. Er is onvoldoende reden om hier onderscheid te maken tussen arbeid en andere kosten (Cavadino, Goudsmit, De Vries, *Bouwwrecht* 1980, p. 580 lk).

Wat betreft het in de Toelichting op het voorontwerp aangehaalde artikel 3.10.3.13 (retentierecht) zij verwezen naar de Inleidende opmerkingen, punt 6, slot.

4. Zoals in de Toelichting op het voorontwerp vermeld bevat dit artikel een uitwerking van de algemene regels met betrekking tot onvoorziene omstandigheden en dwaling (artikelen 258 en 228 lid 1 onder c van Boek 6). Bij andere dan kostenverhogende omstandigheden kan, indien deze van voldoende gewicht zijn, op die regels (waarvan die neergelegd in artikel 258 van dwingend recht is) beroep gedaan worden, eventueel ook door de opdrachtgever. Men denke bij voorbeeld aan het geval genoemd door de Commissie van de Koninklijke Notariële Broederschap, dat heiwerk niet meer nodig blijkt te zijn (WPNR 5373, p. 28 rk).

<sup>32a</sup> Vgl. § 47, lid 4 van de U.A.V.

<sup>33</sup> Aldus Italië 1664.

<sup>34</sup> Ook Zwitserland, O.R. 373 II en Polen 632 kennen alleen bij kostenverhoging de mogelijkheid van prijsaanpassing (resp. ontbinding). Evenzo de U.A.V. § 6, leden 12 en 13, en § 47. Vgl. Van Wijngaarden, nrs. 286 en 291.

Ten aanzien van de onderhavige bepaling geldt overigens hetzelfde als ten aanzien van artikel 7.12.3, te weten dat een belangrijk element is dat de prijswijziging afhankelijk wordt gesteld van een waarschuwing «zo tijdig mogelijk».

*Artikel 7.12.4a.* Dit artikel kwam niet voor in het voorontwerp. Op vermelding van de waarschuwingsplicht is echter in de literatuur sterk aangedrongen, al valt aan een vage omschrijving van de norm niet goed te ontkomen (Asser-Thunnissen, nrs. 537 en 556, met gegevens; vgl. ook H. Drion, *Bouwrecht* 1978, p. 642 lk). Terminologisch is aangesloten bij de leden 2 en 3 van artikel 7.12.10. De betekenis van het onderhavige artikel betreft in het bijzonder de ondeugdelijke uitvoering van het werk. Maar ook denkbaar is dat de aannemer die tekortschiet in de naleving van zijn waarschuwingsplicht, aansprakelijk is voor andere schade, bijvoorbeeld verdragingschade. In voorkomende gevallen kan de schade wegens eigen schuld worden verdeeld overeenkomstig het in artikel 101 van Boek 6 bepaalde. Men vergelijkte in dit verband de beslissing van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven van 7 oktober 1983, *Bouwrecht* 1984, p. 166 e.v. m.nt. H.O. Thunnissen (relevante maar onvoldoende waarschuwing tegen fout in ontwerp).

#### *Artikel 7.12.5. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 5.* In geval van door de aanbesteder gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk kan de aannemer slechts dan een verhoging van de prijs vorderen, wanneer hij de aanbesteder tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de aanbesteder die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Van deze bepaling kan niet bij overeenkomst worden afgeweken, wel bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 6.5.1.2.

#### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikel 7.12.5.* De betekenis van dit artikel is tweërlei:

1. het maakt duidelijk dat toestemming tot meerwerk niet zonder meer toestemming tot prijsverhoging impliceert. De aanbesteder zal op deze consequentie van de verandering in of toevoeging aan het opgedragen werk moeten worden gewezen, tenzij de aanbesteder die uit zich zelf had behoren te begrijpen. Of dit laatste het geval is, zal grotendeels afhangen van de vraag, hoeveel deskundigheid de aannemer bij de aanbesteder mocht verwachten. Dit betekent dat bij een werk «onder directie» de aanbesteder niet gemakkelijk een beroep op dit artikel zal kunnen doen; nog minder, bij onderaanneming, de hoofdaannemer tegenover de onderaannemer.<sup>35</sup>

2. de hier gegeven bescherming van de aanbesteder tegen ongewenste prijsverhogingen is van dwingend recht, doch met de mogelijkheid van afwijking bij een van overheidswege goedgekeurde standaardregeling overeenkomstig artikel 6.5.1.2.

De hier gegeven regeling wijkt op verschillende punten af van het veel bekritiseerde artikel 1646 B.W.:

1. zij is niet beperkt tot bouwwerken; voor een dergelijke beperking bestaat geen reden;

2. zij eist geen *schriftelijke* toestemming. Daar de aannemer de verleende toestemming voor de prijsverhoging zal moeten bewijzen, heeft hij er voldoende belang bij hiervan een schriftelijk bewijs te vragen.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Zo heeft de Hoge Raad ook art. 1646 niet toepasselijk geacht op onderaanneming (8 mei 1924, N.J. 1924, 869).

<sup>36</sup> Van de nieuwere codificaties eisen Italië 1659 lid 2, Venezuela 1638 en Egypte 658 wél een schriftelijke goedkeuring, doch de laatste twee alleen als het aannemingscontract zelf ook schriftelijk was aangegaan.

3. geen toestemming is nodig, als de aanbesteder de consequentie van prijsverhoging uit zich zelf had moeten begrijpen.

In sommige rechtsstelsels is aan de aanbesteder een recht toegekend tot wijziging van de verleende opdracht.<sup>37</sup> Hieraan schijnt weinig behoefte te bestaan. Voor zover een dergelijk recht redelijk is, vloeit het voldoende voort uit de aard van de overeenkomst en uit de algemene beginselen neergelegd in 6.1.1.2 en 6.5.3.1. Een verdere precisering door de wetgever van dit recht<sup>38</sup> lijkt óf onmogelijk óf ongewenst.

3. De laatste zin is terminologisch aangepast aan artikel 7.12.19, artikel 2 lid 4 van Boek 7 en het reeds ingevoerde artikel 6 lid 1 van Boek 7.

4. Evenmin als in het huidige BW is geregeld welke gevolgen een door de aannemer opgevolgde wens van de opdrachtgever tot minder werk moet hebben op het bedrag van de verschuldigde aanneemsom. Een regeling zou, gelet op de veelvormigheid waarin de aanneming van werk zich kan voordoen (zowel de bouw als een eenvoudige reparatie valt eronder), te strak zijn en licht ten nadele strekken van de niet-professionele opdrachtgever; men denke aan het voorstel om voor te schrijven dat de opdrachtgever tijdig met de aannemer overleg pleegt over het bedrag van de prijsverlaging en over de wijze van verrekening hiervan (Thunnissen, preadvies Vereniging voor Bouwrecht 1990, p. 60). Indien de aannemer zonder meer meewerkt aan de wijziging van de opdracht, kan wellicht in veel gevallen ervan worden uitgegaan dat hij ook instemt met een evenredige verandering van het contract wat de aanneemsom betreft. Soms echter zal de aannemer de opdracht tot minder werk mogen beschouwen als een gedeeltelijke opzegging in de zin van artikel 7.12.14. Alles hangt af van de omstandigheden: in het bijzonder van de aard van het contract, de aard van het uit te voeren werk, de aard van de gevraagde wijziging en de manier waarop het verzoek daartoe is gedaan (H. Drion, *Bouwrecht* 1978, p. 643-644).

Over meer en minder werk (in ruime zin) in de bouw zie de UAV 1989, § 35-§ 39.

#### *Artikel 7.12.6. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 6.* 1. Indien reeds vóór de vastgestelde tijd van oplevering waarschijnlijk wordt dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd, kan de rechter de overeenkomst op vordering van de aanbesteder geheel of gedeeltelijk ontbinden.

2. Indien reeds vóór de oplevering waarschijnlijk wordt dat de aanbesteder niet op tijd of niet behoorlijk aan zijn verplichtingen zal voldoen, of dat de aannemer de overeenkomst niet zal kunnen uitvoeren ten gevolge van een omstandigheid die hem niet kan worden toegerekend, kan de rechter de overeenkomst op vordering van de aannemer geheel of gedeeltelijk ontbinden.

3. De rechter bepaalt de gevolgen van de ontbinding; hij kan de ontbinding ook doen afhangen van door hem te stellen voorwaarden.

#### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikel 7.12.6.* Dit artikel geeft een verruiming van de ontbindingsmogelijkheid die reeds in het algemeen voortvloeit uit artikel 6.1.8.5 in verband met artikel 6.5.4.6. Tervijl artikel 6.1.8.5 behalve in de onder b en c genoemde gevallen eist dat «vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn», is voor de

<sup>37</sup> Zie o.a. Italië 1661. Zie ook § 36, lid 1 van de U.A.V.

<sup>38</sup> Zo de begrenzing van het wijzigingsrecht van Italië 1661 tot een zesde van het bedrag van de overeengekomen aanneemingsprijs. Zie ook § 36, lid 1 van de U.A.V.



ontbinding volgens artikel 7.12.6 voldoende de *waarschijnlijkheid* dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd. Een dergelijke verruiming van de mogelijkheid van tijdige ontbinding is voor het aannemingscontract dáárom gewenst, omdat de uitvoering van dit contract zich nog al eens over een lange tijd uitstrekt en ontbinding achteraf veelal geen bevredigende oplossing geeft.

Daar voor ontbinding waarschijnlijkheid van een niet tijdige of niet behoorlijke nakoming reeds voldoende is, zal de ontbinding in dit geval niet reeds door een enkele schriftelijke kennisgeving van de partij jegens wie de wanprestatie dreigt (vgl. 6.5.4.6) kunnen volgen, maar moet zij door de rechter worden uitgesproken. Deze heeft daarbij de vrijheid de overeenkomst geheel of slechts gedeeltelijk te ontbinden. Krachtens het derde lid bepaalt hij de gevolgen van de ontbinding en kan hij de ontbinding ook voorwaardelijk uitspreken, bijvoorbeeld voor het geval dat de aanbesteder niet binnen een bepaalde tijd voldoende zekerheid heeft gesteld.

Bovendien opent lid 2 dan nog voor de aannemer de mogelijkheid om ontbinding te vorderen, als waarschijnlijk wordt dat hij de overeenkomst door overmacht niet zal kunnen uitvoeren. Een dergelijke bevoegdheid komt niet aan iedere schuldenaar uit een wederkerige overeenkomst toe.

#### *Artikel 7.12.7. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 7. 1.* Wordt de uitvoering van het werk onmogelijk doordat de zaak waarop of waaraan het werk moet worden uitgevoerd, tenietgaat of verloren raakt zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend, dan is de aannemer gerechtigd tot een evenredig deel van de vastgestelde prijs op grondslag van de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten. In geval van opzet of grove schuld van de aanbesteder is de aannemer gerechtigd tot een bedrag berekend overeenkomstig het bepaalde in artikel 14 lid 2.

2. Bevond de zaak zich echter, in het geval bedoeld in het vorige lid, ondèr de aannemer, dan is de aanbesteder tot geen enkele vergoeding gehouden, tenzij het tenietgaan of verloren raken aan zijn schuld was te wijten, in welk geval het vorige lid onverminderd toepassing vindt.

#### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikel 7.12.7.* Dit artikel geeft een speciale regeling voor een bepaald geval van het onmogelijk worden van de prestatie van de aannemer, dat karakteristiek is voor het aannemingscontract, nl. het onmogelijk worden door het tenietgaan of verloren raken van de zaak waarop of waaraan het werk moest worden uitgevoerd. Gedeeltelijk concretiseert deze regeling de algemene regeling, vervat in de artikelen 6.5.4.6 v. (in verband met de artikelen 6.1.7.1 v. betreffende crediteursverzuim en met artikel 6.1.8.2 betreffende overmacht), gedeeltelijk geeft zij een daarvan afwijkende oplossing. Ook van de regeling van het huidige B.W. (1641/1643) wijkt artikel 7.12.7 op belangrijke punten af. Niet alleen zijn de oplossingen die de wetgever in de artikelen 1641/1643 heeft gegeven, weinig gelukkig, maar hij heeft hier ook uiteenlopende vragen op een verwarrende wijze door elkaar gehaald. Ook de buitenlandse wetgevingen zijn trouwens zelden geslaagd in een heldere en bevredigende regeling met een billijke afweging van de wederzijdse belangen en risico's.<sup>39</sup> Volgens de algemene regels van Boek 6 kan de crediteur (in dit geval: de aanbesteder) in geval van niet-nakoming die niet aan de debiteur (de aannemer) kan worden toegerekend, de overeenkomst door een schriftelijke of gerechtelijke kennisgeving ontbinden. De gevolgen van deze ontbinding worden uitgewerkt in de artikelen 6.5.4.14 v. Een dergelijk ontbindingsrecht komt de crediteur echter niet toe, als de oorzaak van de verhindering aan zijn zijde is opgekomen, tenzij de oorzaak van de verhindering niet aan hem kan worden toegerekend (6.5.4.7 lid 1 jo. 6.1.7.1. lid 1). Kan de oorzaak van de verhindering hem wèl worden toegerekend, dan blijft hij dus tot volledige nakoming van zijn eigen verplichting gebonden. Wel zal hij nog tot zover

<sup>39</sup> Zie Riezler in Rabel's Zeitschrift 1952 p. 562 v.

vergoeding kunnen vorderen voor het niet ontvangen van de gecontracteerde prestatie, als zijn wederpartij door het verhinderd zijn van zijn prestatie voordeel heeft genoten (6.1.8.4).

Tegen deze achtergrond heeft artikel 7.12.7 nu de volgende betekenis:

1. het geeft een antwoord op de vraag in hoever het tenietgaan of verloren raken van de zaak waaraan of waarop het werk moest worden uitgevoerd, een oorzaak van verhindering is die de aanbesteder kan worden toegerekend in de zin van artikel 6.1.7.1 lid 1, en wel in die zin dat het tenietgaan of verloren raken van de zaak niet voor rekening van de aanbesteder komt als de zaak zich voor reparatie of bewerking onder de aannemer bevond (lid 2), doch wél, wanneer zulks niet het geval was (lid 1). Als criterium is dus gekozen het zich al of niet «onder de aannemer» bevinden van de zaak tijdens het tenietgaan of verloren raken. In de praktijk zal dit veelal samenvallen met het al of niet roerend zijn van de zaak, waaraan het werk moet worden uitgevoerd, maar dit behoeft niet altijd het geval te zijn. Een enkele keer zal het twijfelachtig kunnen zijn of een onroerende zaak zich onder de aannemer bevond. Het is aan de rechter om in zulke uitzonderlijke gevallen de nodige precisering van het criterium te geven.

2. Bevond de zaak zich niet onder de aannemer (zoals meestal bij aanneming van werk met betrekking tot onroerende zaken), dan geeft lid 1 voor de meeste gevallen een oplossing die vrij ingrijpend afwijkt van de regeling, zoals die voortvloeit uit de artikelen 6.5.4.7 en 6.1.8.4. De aannemer behoudt immers niet zijn recht op de volle aanneemsom onder aftrek van het door hem door de niet-voltooiing van het werk genoten voordeel (bespaarde kosten en dergelijke), maar hij heeft slechts recht op een evenredig deel van de aanneemsom, berekend op grondslag van de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten. Wel zullen deze kosten alle kosten omvatten die met het oog op de uitvoering van het werk zijn gemaakt (dus ook het loon van uitsluitend voor dit werk aangetrokken krachten, wanneer door het onmogelijk worden van het werk niet volledig van hun arbeid gebruik kon worden gemaakt).

Slechts wanneer het tenietgaan van de zaak te wijten zou zijn aan opzet of grove schuld van de aanbesteder, geldt een regeling (van artikel 7.12.14 lid 2) die praktisch niet veel afwijkt van de gecombineerde werking van 6.5.4.7 en 6.1.8.4.

De hier gegeven oplossing lijkt voor de bedoelde gevallen beter aan te sluiten bij de in de maatschappij levende opvattingen dan een regeling die er toe zou leiden dat bijvoorbeeld een schilder, in geval van brand van een huis waaraan schilderwerk moest worden verricht, de rekening zou kunnen presenteren voor het ten gevolge van de brand niet uitgevoerde schilderwerk. Anderzijds is de oplossing van artikel 7.12.7 lid 1 ook billijker dan die van artikel 1643 B.W. voor wat betreft het reeds wél uitgevoerde deel van het werk.

3. Is het tenietgaan van de zaak te wijten aan opzet of grove schuld van de aanbesteder, dan zou het onbillijk zijn de aannemer zijn recht te ontfemen op de volle winst die hij bij voltooiing van het werk zou hebben gemaakt. Het ontwerp stelt hem dan in dezelfde positie als zou de aanbesteder gebruik hebben gemaakt van zijn recht om te allen tijde de overeenkomst te beëindigen (artikel 7.12.14). Men bedenke hierbij dat de ernst van de schuld beoordeeld moet worden op basis van de contractuele verhouding met de aannemer. Het lijkt minder billijk deze oplossing te aanvaarden voor iedere vorm van schuld aan de kant van de aanbesteder.<sup>40</sup> Of en wanneer er, in gevallen van handelingen van de aanbesteder in noodtoestand, gesproken zal kunnen worden van opzet in de zin van dit artikel, moet aan de rechter worden overgelaten.

4. Gaat de zaak, zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend, teniet of raakt zij verloren terwijl zij zich onder de aannemer bevindt, dan geeft lid 2 in zover een eigen regeling, afwijkend van die van Boek 6 (i.c. artikel 6.5.4.6), dat het de verplichting van de aanbesteder tot betaling van de aanneemsom

<sup>40</sup> In die zin Zwitserland, O.R. 378-II.

automatisch doet vervallen zonder dat hiervoor nog een schriftelijke of gerechtelijke kennisgeving tot ontbinding is vereist.<sup>41</sup> Bovendien heeft lid 2, zoals boven is aangegeven, de betekenis dat het tenietgaan van de zaak in deze situaties op zichzelf als een niet aan de aanbesteder toe te rekenen oorzaak van verhindering in de zin van 6.1.7.1 (crediteursverzuim) karakteriseert. Dit laatste wordt natuurlijk anders als de aanbesteder schuld zou hebben aan het tenietgaan of verloren raken van de zaak. In dat geval verklaart lid 2 weer de regeling van lid 1 van toepassing; d.w.z. dat in geval van – niet grove – schuld de oplossing van de eerste zin van lid 1 zal gelden (evenredige vermindering van de aanneemsom) en in geval van opzet of grove schuld die van de tweede zin (volle aanneemsom onder aftrek van de door de aannemer uitgespaarde kosten). Onder schuld van de aanbesteder moet mede worden begrepen schuld van personen wier diensten hij bij de uitvoering van de overeenkomst, voor zover hier van belang, heeft gebruikt. Maar omstandigheden die krachtens artikel 7.12.10 lid 2 voor rekening van de aanbesteder komen, zullen, bij afwezigheid van schuld, niet mogen leiden tot een afwijking van de algemene regel van «gezond verstand», zoals die in de eerste helft van lid 2 is neergelegd.<sup>42</sup> Een te ver gaande nuancering in deze situaties zou de eenvoud van de rechtstoepassing onnodig schaden.

Het onmogelijk worden van de uitvoering van het werk moet wél onderscheiden worden van de gebrekkige oplevering die niet aan de aannemer kan worden toegerekend, al zullen zich grensgevallen kunnen voordoen. Over de gebreken in de oplevering die het gevolg zijn van gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken, handelt artikel 7.12.10 leden 2 en 3.

Artikel 7.12.7 handelt uitsluitend over het geval dat de uitvoering van het werk onmogelijk is geworden door een omstandigheid die niet aan de aannemer kan worden toegerekend. Kan de onmogelijkheid aan de aannemer worden toegerekend, dan is de aannemer aansprakelijk volgens de algemene regelen van aansprakelijkheid wegens de niet-nakoming van verbintenissen (6.1.8.1 v.).

In dit artikel is ook niet geregeld het geval dat een half voltooid werk zelf tenietgaat met mogelijkheid van vervanging. Voor zover het onbillijk is de aannemer dan te belasten met de kosten van de vervanging van wat reeds was uitgevoerd, zal deze een beroep moeten doen op artikel 7.12.4 (onvoorziene kostenverhoging).<sup>43</sup>

Artikel 7.12.7 bevat geen aparte voorziening voor het geval dat de uitvoering van het aangenomen werk afstuit op wettelijke voorschriften, daaronder begrepen het ontbreken van wettelijk voorgeschreven vergunningen.<sup>43a</sup> Of een dergelijke omstandigheid voor rekening van de aanbesteder behoort te komen in de zin van lid 1, zal van geval tot geval moeten worden beslist. Ook kan het zijn dat de aard van het contract of de bestaande gebruiken op een van beide partijen terzake een garantielijcheid leggen. Bij bouwcontracten onder directie van de aanbesteder is deze laatste nog wel eens door arbiters belast met het volle risico van de gevolgen van het uitblijven der vergunning of van andere wettelijke belemmeringen.<sup>44</sup> Maar er zijn ook beslissingen in andere zin.<sup>45</sup>

3. Zoals in de Toelichting op het voorontwerp vermeld (punt 4) regelt dit artikel niet het risico van tenietgaan van het werk in uitvoering zelf. Bestaat de mogelijkheid van vervanging dan kan de aannemer zich niet op overmacht beroepen en dient hij voor eigen rekening de vervanging te verrichten. Voor zover dit onbillijk is, kan hij beroep doen op artikel 7.12.4 (onvoorziene kostenverhoging).

Is de mogelijkheid van vervanging er niet – men moet aannemen dat dit uitzonderlijk is – dan kan de opdrachtgever op grond van artikel 265 van Boek 6 de overeenkomst ontbinden. De gevolgen van deze ontbinding zijn geregeld in de artikelen 269 e.v. van Boek 6.

Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever. Zie artikel 7.12.7a lid 2.

*Artikel 7.12.7a.* 1. Deze bepaling kwam niet voor in het voorontwerp, in het bijzonder niet in verband met het bestaan van artikel 89 van Boek

<sup>41</sup> Met het oog op deze gevallen, waarin de uitvoering onmogelijk is geworden zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend maar ook zonder dat de gebeurtenis binnen de risicosfeer van de aanbesteder ligt, kan niet volstaan worden met een eenvoudige oplossing als die van Mexico 2639, volgens welke de aannemer altijd bij onmogelijk worden van het werk buiten zijn schuld recht heeft op vergoeding van de verrichte arbeid en de gemaakte kosten.

<sup>42</sup> *Anders* Duitsland 645.

<sup>43</sup> Vgl. § 44 lid 3 van de U.A.V.

<sup>43a</sup> Zie hierover § 5, leden 1 en 4 en § 6, lid 10 van de U.A.V.

<sup>44</sup> Zie de beslissingen bij Van Zeggelen, preadv. N.J.V. 1955 p. 253.

<sup>45</sup> Vgl. Hof Amsterdam 24 juni 1936, N.J. 1937 no. 1125.

6. Men zie de Toelichting voorontwerp, Inleidende opmerkingen, laatste alinea; en H. Drion in *Bouwrecht* 1974, p. 183 en 1978, p. 642. In de literatuur is dit echter algemeen als een gemis ervaren (Asser-Thunnissen, nr. 560, met gegevens; Cavadino, Goudsmit, De Vries, *Bouwrecht* 1980, p. 573, 574–575) en hieraan is, om met H. Drion te spreken, «uit overwegingen van legislatieve elegantie» tegemoetgekomen.

2. De inhoud van de leden 1 en 3 van de onderhavige bepaling is ontleend aan artikel 8 van het Benelux-ontwerp, dat aldus luidde:

#### *Artikel 8*

1. Wanneer de aannemer te kennen geeft dat het werk klaar is om te worden opgeleverd, moet de opdrachtgever het binnen redelijke tijd keuren en ofwel, al dan niet onder voorbehoud, aanvaarden, ofwel onder aanwijzing van de gebreken weigeren. Blijft de opdrachtgever te dien aanzien in gebreke, dan wordt hij geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard.

2. De uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding ontslaat de aannemer van alle aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken.

#### *3. Toelichting Benelux-ontwerp:*

Wanneer de aannemer meent dat het werk voltooid is, moet hij, al naar gelang van hetgeen overeengekomen is, hetzij de opdrachtgever meedelen dat het werk voltooid is, hetzij het werk aan de opdrachtgever leveren. De opdrachtgever moet daarop nagaan of het werk conform de bepalingen van de overeenkomst uitgevoerd is. Die controle zal het de opdrachtgever mogelijk maken

1. het werk te aanvaarden, of
2. het werk te aanvaarden onder voorbehoud voor bepaalde door hem vermelde gebreken, of
3. te weigeren het werk te aanvaarden.

De aanvaarding van het werk valt dus niet altijd samen met de levering. De levering kan aan de aanvaarding vooraf gaan, bijvoorbeeld wanneer het werk ten huize van de opdrachtgever geleverd wordt in diens afwezigheid. Zij komt na de aanvaarding bij een bouwwerk waar het voltooide werk op uitnodiging van de aannemer wordt gecontroleerd en de levering pas daarna plaatsvindt door overhandiging van de sleutels. Tenslotte kunnen de levering en de aanvaarding samenvallen, bijvoorbeeld bij eenvoudige werken die bij de levering kunnen worden gecontroleerd (bv. een foto).

De controle en de aanvaarding van het werk of de weigering van de aanvaarding moeten geschieden binnen een redelijke termijn na de levering van het werk of de uitnodiging door de aannemer om te aanvaarden. Welke termijn redelijk is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval en van hetgeen ter zake gebruikelijk is. Voor werken die gemakkelijk gecontroleerd kunnen worden op het ogenblik van de levering, kan die termijn kort zijn of zelfs ontbreken.

Het werk is stilzwijgend aanvaard wanneer de opdrachtgever nalaat binnen een redelijke termijn het werk te aanvaarden of op een andere wijze te reageren.

De vorm en het ogenblik van de aanvaarding variëren naar gelang van de aard van het werk en de omstandigheden. Zodra het werk echter aanvaard is, is de aannemer bevrijd van alle aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken waarvoor de opdrachtgever geen voorbehoud heeft gemaakt. De uitdrukking «zichtbaar gebrek» is ondefinieerbaar maar zal naar gelang van de omstandigheden verschillende betekenissen hebben. Een gebrek dat zichtbaar is voor iemand van dezelfde beroepstak als de aannemer kan een verborgen gebrek zijn voor een leek-opdrachtgever die niet bijgestaan wordt door een deskundige.

4. In de thans voorgestelde tekst van lid 1 is een iets andere formulering gebruikt teneinde het dubbelzinnige woord «moet» te vermijden.

Hier is sprake van een zgn. «Obliegenheit» (Asser-Thunnissen, nr. 562), al is niet uitgesloten, afhankelijk van het contract, dat in een voorkomend geval een verbintenis moet worden aangenomen. Men zie ook de Toelichting voorontwerp, Inleidende opmerkingen, aan het slot. Voorts is toegevoegd dat na de aanvaarding het werk als opgeleverd wordt beschouwd.

5. Over het risico voor het werk in uitvoering zie bij artikel 7.12.7 punt 3. Het spreekt vanzelf dat na de oplevering het risico voor de opdrachtgever is. Aldus lid 2 van de onderhavige bepaling dat geïnspireerd is door artikel 10 lid 1 van Boek 7.

6. Lid 3 is aangepast aan artikel 89 van Boek 6.

#### *Artikel 7.12.8. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 8. 1.* Indien het werk na oplevering gebreken vertoont, waarvoor de aannemer aansprakelijk is, moet de aanbestedder, tenzij zulks in verband met de omstandigheden niet van hem kan worden gevergd, aan de aannemer de gelegenheid geven de gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen, onverminderd de aansprakelijkheid van de aannemer voor schade ten gevolge van de gebrekkige oplevering.

2. De aanbestedder kan vorderen dat de aannemer de gebreken binnen redelijke termijn wegneemt, tenzij de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de aanbestedder bij herstel in plaats van schadevergoeding.

#### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikelen 7.12.8–12.* De artikelen 7.12.8–12 geven enige speciale regels voor het geval dat het opgeleverde werk gebreken heeft. Het huidige wetboek heeft dienaangaande alleen het controversiële voorschrift van artikel 1645 met betrekking tot het geheel of gedeeltelijk vergaan van een gebouw ten gevolge van een «gebrek in de samenstelling» of «ongeschiktheid van de grond».

*Artikel 7.12.8.* In het algemeen heeft de crediteur die een gebrekkige prestatie heeft ontvangen, krachtens artikel 6.1.8.1 het recht ter zake van die gebrekkigheid schadevergoeding te vorderen, tenzij de gebrekkige nakoming niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Dit recht wordt slechts getemperd door de artikelen 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.10. Alleen wanneer hij in plaats van de aangeboden prestatie vervangende schadevergoeding vordert, zal hij ingevolge artikel 6.1.8.11 lid 2 de debiteur door een schriftelijke aanmaning eerst nog in staat moeten stellen alsnog deugdelijk na te komen, tenzij zulke nakoming niet meer mogelijk is.

In het geval van het aannemingscontract is het echter in het algemeen gewenst dat de aannemer ook het betalen van een *aanvullende* schadevergoeding zoveel mogelijk kan ontgaan door de gebreken in het opgeleverde werk binnen redelijke termijn weg te nemen. Een dergelijke mogelijkheid biedt lid 1 van artikel 7.12.8. Maar die mogelijkheid zal ook niet onbepaald mogen zijn. Juist in sommige typische aannemingsituaties zal niet altijd van de aanbestedder gevergd kunnen worden dat hij de aannemer toelaat tot het wegnemen der gebreken. Met name zal dit zich kunnen voordoen als de noodzakelijke herstelwerkzaamheden groot ongerief voor de aanbestedder zouden meebrengen, of als in verband met de gebleken onbekwaamheid van de aannemer geen goed resultaat van de herstelwerkzaamheden is te verwachten, of als niet valt aan te nemen dat de herstellingen binnen redelijke termijn voltooid kunnen worden.<sup>46</sup>

Maakt de aannemer gebruik van de hem in lid 1 toegekende bevoegdheid, dan behoort dit uiteraard de aanbestedder niet te beroven van een vergoeding van de schade die hij door de gebrekkige levering lijdt, ook als de gebreken later worden weggenomen. Voor zover het daarbij alleen om verdragingschade gaat, zal

<sup>46</sup> Vergelijk het geval beslist in H.R. 14.11.1952, N.J. 1953, 135.

voldaan moeten zijn aan de eis van ingebrekestelling (6.1.8.6 v.), tenzij in de overeenkomst een bepaalde termijn voor nakoming was aangewezen (6.1.8.8. sub a).

Lid 2 vormt een tegenhanger van lid 1 in zover het aan de aanbesteder een recht op herstel van gebreken toekent, tenzij de kosten daarvan in geen verhouding staan tot het belang van de aanbesteder bij het wegnemen der gebreken. Een dergelijke bepaling komt, met enige nuances, in vele buitenlandse wetgevingen voor<sup>47</sup>. In sommige gevallen vloeit het hier aan de aanbesteder toegekende recht ook reeds voort uit het algemene beginsel van artikel 3.11.1, met name wanneer het wegnemen van de gebreken beschouwd kan worden als een gewone – zij het vertraagde – nakoming van de overeenkomst. Maar niet altijd behoeft daarvan sprake te zijn.

Voor de vraag of de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de aanbesteder bij herstel in plaats van schadevergoeding, zal natuurlijk niet alleen met het financieel belang van de aanbesteder rekening moeten worden gehouden.

De aanbesteder kan eisen dat de gebreken binnen een redelijke tijd worden weggenomen. Daarvoor zal hij een termijn kunnen stellen. Voldoet de aannemer hieraan niet, dan zal de aanbesteder de gebreken voor eigen rekening kunnen laten wegnemen en de kosten daarvan als schade op de aannemer verhalen. Een speciale wettelijke bepaling, zoals sommige buitenlandse wetgevingen die kennen, schijnt daarvoor niet nodig.

In plaats van zijn recht uit lid 2 te gebruiken, zal de aanbesteder ook krachtens artikel 6.5.4.6 de overeenkomst kunnen ontbinden, «tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet kan rechtvaardigen». Bovendien kent artikel 7.12.9 hem nog de bevoegdheid tot vermindering van de prijs toe.

3. De komma na «vertoont» is geschrapt. Het gaat immers om een bijzin met beperkende betekenis (M.A. van Wijngaarden, *Bouwwrecht* 1991, p. 177). Onder «de kosten van herstel» kunnen ook begrepen zijn kosten om de uitvoering van het herstel mogelijk te maken.

#### *Artikel 7.12.9 (vervallen) 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 9.* Onverminderd het bepaalde in het vorige artikel, kan de aanbesteder in geval van gebreken waarvoor de aannemer aansprakelijk is, de nog niet of niet geheel betaalde prijs verminderen overeenkomstig de mindere waarde van het geleverde werk, mits hij de aannemer tijdig van de gebreken in kennis heeft gesteld. Deze bevoegdheid is niet onderworpen aan verjaring.

#### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikel 7.12.9.* In geval van gebrekkige oplevering door de aannemer heeft de aanbesteder in de eerste plaats de rechten die iedere partij bij een wederkerige overeenkomst heeft jegens een wederpartij die ondeugdelijk presteert. Men zie de artikelen 6.1.8.1. v. en 6.5.4.2. v. Ingevolge artikel 7.12.8 heeft hij ook het recht om te verlangen dat de gebreken worden weggenomen. Daarnaast kent artikel 7.12.9 de aanbesteder die de volle prijs nog niet betaald heeft, nog de bevoegdheid toe de aannemingssom te verminderen overeenkomstig de mindere waarde van het geleverde<sup>49</sup>. Hiervoor is natuurlijk nodig dat hij de aannemer tijdig van de gebreken in kennis heeft gesteld (vgl. artikel 6.1.8.14). Deze mededeling zal de aannemer c.q. de gelegenheid geven om gebruik te maken van zijn bevoegdheid de gebreken binnen redelijke tijd weg te nemen (artikel 7.12.8 lid 1).

Anders dan artikel 6.5.4.10 lid 1, eist artikel 7.12.9 enerzijds geen rechterlijke tussenkomst<sup>49a</sup>. Anderzijds is het artikel slechts toepasselijk – anders dan artikel 6.5.4.10 – in geval van aansprakelijkheid van de aannemer voor de gebreken. In geval van gebreken die niet aan de aannemer kunnen worden toegerekend, is de aanbesteder dus aangewezen op artikel 6.5.4.10 om tot een vermindering van de verschuldigde prijs te komen.

<sup>47</sup> Duitsland 633 II, Japan 634, Italië 1688, Griekenland 687/688, USSR 364, Polen 637.

<sup>49</sup> Duitsland 634, Zwitserland, O.R. 368 II, Oostenrijk 1167, Italië 1668.

<sup>49a</sup> Volgens lid 2 van art. 6.5.4.10 kan de wederpartij van degeen die in de nakoming van zijn verplichtingen tekortschiet, zonder rechterlijke tussenkomst zijn eigen prestatie evenredig verminderen, maar alleen «indien de beide prestaties volgens de aangegeven maatstaf deelbaar zijn», en daarvan is juist bij het aannemingscontract meestal geen sprake.

De bewijslast ter zake van de gebreken rust op de aanbesteder die zich op dit artikel beroept (vgl. ook artikel 6.1.8.15).

In sommige buitenlandse wetgevingen is de bevoegdheid tot vermindering van de prijs alleen gegeven als de aanbesteder eerst een termijn heeft gesteld voor het wegnemen der gebreken door de aannemer<sup>50</sup>. Een dergelijke regeling in de wet lijkt onnodig. Wil zij rekening houden met de mogelijkheid dat de aanbesteder herstelwerkzaamheden door de aannemer in een gegeven geval niet hoeft te dulden, dan zal zij betrekkelijk uitvoerig moeten zijn.

Ook bestaat er geen reden de bevoegdheid tot prijsvermindering te beperken tot betrekkelijk kleine gebreken<sup>51</sup>, noch om haar in dat geval zonder meer<sup>52</sup> in de plaats te stellen van de algemene mogelijkheid van ontbinding (artikel 6.5.4.6)<sup>53</sup>. Omdat de vermindering alleen kan worden toegepast ten aanzien van de nog niet (geheel) voldane prijs, bestaat er geen aanleiding deze bevoegdheid aan verjaring te onderwerpen (lid 2)<sup>54</sup>. Ook hierin biedt artikel 7.12.9 een voordeel, in vergelijking met artikel 6.5.4.10 i.v.m. artikel 7.12.11.

3. Aangezien de leden 2 en 3 van artikel 6.5.4.10 die tussenkomst door de rechter voorschreven, bij de «stofkamoperatie» zijn geschrapt, is er onvoldoende reden dit artikel te handhaven. Wat de verjaring betreft is in een nieuw lid 4 van artikel 7.12.11 een nadere voorziening getroffen.

#### *Artikel 7.12.10. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 10. 1.* Tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit, komen de gevolgen van een ondeugdelijke uitvoering van het werk, die te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen, voor rekening van de aannemer.

2. Is de ondeugdelijke uitvoering te wijten aan gebreken of ongeschiktheid van zaken afkomstig van de aanbesteder, daaronder begrepen de grond waarop hij een werk laat uitvoeren, dan komen de gevolgen voor zijn rekening, voor zover de aannemer bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst niet met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten.

3. Lid 2 is van overeenkomstige toepassing in geval van fouten of gebreken in door de aanbesteder verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.

#### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikel 7.12.10.* Dit artikel geeft een risicoregeling voor de gevolgen van gebreken of ongeschiktheid van zaken die bij de uitvoering van het werk een rol hebben gespeeld, en breidt deze regeling, voor wat betreft zaken afkomstig van de aanbesteder, uit tot de gevolgen van fouten of gebreken in door de aanbesteder verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, enz. (lid 3).

Het eerste lid geeft een uitwerking en precisering van de algemene regel van artikel 6.1.8.2, en wel in die zin dat voor de aannemingsovereenkomst gebreken of ongeschiktheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen in de regel moeten worden beschouwd als oorzaken welke voor rekening van de aannemer komen. Het is gewenst dat de wetgever op dit voor het aannemingscontract praktisch zo belangrijke punt enige richtlijn geeft<sup>54a</sup>. Het artikel bevat een voorbehoud voor het geval dat uit de overeenkomst een andere risicoverdeling voortvloeit. Dit laatste kan het gevolg zijn van de aard van de overeenkomst of van een uitdrukkelijke of stilzwijgende afwijking van de wettelijke regel door partijen<sup>55</sup>. Zijn de door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen afkomstig van de aanbesteder, dan komen de gevolgen krachtens lid 2 voor rekening van de aanbesteder. Blijkens het derde lid is dit ook het geval, indien bepaalde materialen op

<sup>50</sup> Duitsland 634.

<sup>51</sup> Zwitserland, O.R. 368 II, Oostenrijk 1167.

<sup>52</sup> D.w.z. los van de algemene beperking van de mogelijkheid van ontbinding, die al in art. 6.5.4.6. lid 1 is aangegeven.

<sup>53</sup> Zwitserland, O.R. 368 II.

<sup>54</sup> Vgl. Zwitserland, O.R. 371 jo. 210 II en Griekenland 693 jo. 558. Zie ook art. 6.5.4.2 lid 3.

<sup>54a</sup> Aldus ook G.J.S. onder H.R. 13 dec. 1968, N.J. 1969, 174. De regel die de Hoge Raad in dit arrest formuleert, gaat wat minder ver (behoefde voor het gegeven geval ook niet verder te gaan), maar bestrijkt dan ook een wat ruimer gebied, n.l. van alle resultaatsverbintenissen.

<sup>55</sup> Vgl. de zesde alinea van de Inleidende opmerkingen bij deze titel.

aanwijzing van de aanbestede zijn gebruikt en deze materialen in het algemeen ondeugdelijk blijken voor het doel waarvoor zij moeten worden aangewend.

Dat de gevolgen van de fouten van de personen van wier hulp de aannemer bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik maakt, voor zijn rekening komen, volgt uit artikel 6.1.8.3 en vindt zijn bevestiging in de slotwoorden van artikel 7.12.2.

Lid 2 heeft betrekking op de voor het aannemingscontract zo karakteristieke gevallen dat voor de door de aannemer te leveren prestatie zaken worden gebruikt die van de aanbestede afkomstig zijn. Dat is natuurlijk in de eerste plaats het geval, indien het werk moet worden uitgevoerd aan een zaak van de aanbestede (reparatie, onderhoud, verfraaiing), maar ook als er grondstoffen en/of hulpmiddelen door de aanbestede worden verschaft. Indien zulke van de aanbestede afkomstige zaken gebreken vertonen, kan dat op verschillende manieren een nadelige invloed hebben op de uitvoering van het werk:

a. de oplevering van het werk kan gebrekkig zijn door gebrekkigheid van de gebruikte materialen of van de zaak waarop het werk moest worden uitgevoerd (het kled dat gestoomd moest worden, bleek zó vergaan te zijn, dat het niet tegen die behandeling bestand was);

b. de uitvoering van het werk kan er door zijn vertraagd;

c. de aannemer heeft ten gevolge van de gebreken in de zaken van de aanbestede extra kosten moeten maken of extra arbeid moeten verrichten om het werk op deugdelijke wijze uit te kunnen voeren;

d. de uitvoering van het werk is door een gebrek in een van de aanbestede afkomstige zaak onmogelijk geworden.

De onder a en b genoemde gevallen zijn geregeld in artikel 7.12.10 lid 2<sup>56</sup>, terwijl onder c en d genoemde gevallen beheerst worden door artikel 7.12.4 en artikel 7.12.7<sup>57</sup>.

Om alle twijfel dienaangaande uit te sluiten, wordt onder «zaken afkomstig van de aanbestede» gebracht de grond waarop deze het werk laat uitvoeren. Op het eerste gezicht kan dit – voor bouwwerken die voor een bepaalde prijs zijn aangenomen – een belangrijke afwijking schijnen van de regel van artikel 1645 B.W. Van men deze regel echter op als een vermoeden van schuld ten laste van de aannemer in geval van instorting door o.m. de ongeschiktheid van de grond, zoals de Hoge Raad in navolging van de Franse rechtspraak schijnt te doen<sup>58</sup>, dan verdwijnt het verschil met artikel 7.12.10 lid 2, dat immers ook van de aannemer het bewijs verlangt, dat hij niet in deskundigheid en zorgvuldigheid ter zake tekort is geschoten (zie hieronder).

Voor al deze zaken geldt dat de in artikel 7.12.10 lid 2 genoemde gevolgen van de gebreken die er in te blijken te bestaan, in de zin van artikel 6.1.9.6 voor rekening van de aanbestede komen, ongeacht of deze schuld aan de gebreken heeft<sup>59</sup>. De aanwezigheid van schuld bij de aanbestede wordt relevant, als de gebreken leiden tot het tenietgaan van de zaak waaraan het werk moest worden uitgevoerd, en dan nog (tenzij in geval van grove schuld) slechts wanneer deze zaak aan de aannemer was toevertrouwd (artikel 7.12.7 lid 2).

Wil er sprake zijn van *gebreken* in van de aanbestede afkomstige zaken, dan zal de betreffende zaak niet die kwaliteiten moeten bezitten, die de aannemer er van mocht verwachten. Zo zal een antiek meubel dat ter stoffering aan een stoffeerder wordt toevertrouwd, nog niet gezegd kunnen worden «gebreken» te hebben in de zin van dit artikel, ook zal zou het in vergelijking met een nieuw meubel gebrekkig kunnen worden genoemd.

Zoals al in de toelichting op artikel 7.12.7 is opgemerkt, moeten de gevallen van gebrekkige oplevering onderscheiden worden van de gevallen waarin de uitvoering van het werk onmogelijk is (geworden). Bij gebrekkige oplevering is er sprake van een prestatie die de aannemer als het door hem verschuldigde werk aanbiedt. Bij onmogelijkheid van (volledige) uitvoering beroept de aannemer er zich juist op dat het hem onmogelijk is het door hem verschuldigde werk (volledig) op te leveren. Het verschil is van belang in het geval van het tenietgaan of verloren raken van de zaak waarop of waaraan het werk moest worden uitgevoerd (7.12.7). Is er in een zodanig geval sprake van een omstandigheid die voor rekening van de aanbestede komt, dan behoeft deze slechts een evenredig verminderde prijs te betalen,

<sup>56</sup> Vgl. Duitsland 645, Zwitserland, O.R. 376 III, Japan 636, Griekenland 691 en Polen 655.

<sup>57</sup> Zie negende alinea van de toelichting bij art. 7.12.4 en de op drie na laatste alinea van de toelichting bij art. 7.12.7.

<sup>58</sup> H.R. 13 nov. 1930, N.J. 1931 p. 247 m.o. E.M.M. alsmede noot Meijers onder H.R. 18 maart 1932, N.J. 1932 p. 925. Zie voor de Franse opvatting Planiol-Ripert-Rouast, XI no. 949.

<sup>59</sup> Vgl. Part. arb. 9.4.1935, A.R. 198.



terwijl hij bij een gebrekkige oplevering ten gevolge van gebreken in zaken die van hem afkomstig zijn, ondanks de gebrekkigheid van de oplevering de volledige prijs zal moeten betalen. De gebrekkigheid komt immers voor zijn rekening.

Ook als de gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken er toe leiden dat de uitvoering van het werk onmogelijk wordt, zodat artikel 7.12.7 toepasselijk is, vervult artikel 7.12.10 leden 2 en 3 nog deze functie, dat het de gebreken in zaken afkomstig van de aanbesteder, voor zover de aannemer ter zake niet in deskundigheid of zorgvuldigheid is tekortgeschoten, ook voor toepassing van artikel 7.12.7 tot omstandigheden stempelt die voor rekening van de aanbesteder komen. Het is juist in dit verband dat het huidige wetboek in artikel 1643 een, zij het onvolledige, verwijzing naar de mogelijke invloed van gebreken in door de aanbesteder verschaft stof bevat<sup>60</sup>.

Artikel 7.12.10 lid 2 brengt de nadelige gevolgen van gebreken in zaken, afkomstig van de aanbesteder, alleen voor rekening van de aanbesteder «voor zover de aannemer bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst niet met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten»<sup>61</sup>. Bij het *aangaan* van de overeenkomst zal de aannemer tekort zijn geschoten, als hij met de deskundigheid die van hem verwacht mocht worden en met de onder de omstandigheid te vergen zorgvuldigheid de gebreken in de zaken zou hebben ontdekt. Bij de *uitvoering* zal de aannemer tekortschieten, als hij de schadelijke gevolgen van de gebreken had kunnen voorkomen bij inachtneming van de onder de omstandigheid vereiste zorgvuldigheid en bij aanwezigheid van de vereiste deskundigheid. De vereiste zorgvuldigheid zal kunnen meebrengen dat hij de aanbesteder waarschuwt, zodat deze zijnerzijds maatregelen kan treffen ter voorkoming van schadelijke gevolgen<sup>62</sup>. Een dergelijke waarschuwingsplicht in dit verband speciaal in de wet te vermelden lijkt niet gewenst<sup>63</sup>.

Het artikel legt de bewijslast ter zake van de inachtneming van de vereiste zorgvuldigheid op de aannemer<sup>64</sup>. De van hem te vergen deskundigheid brengt mee dat hij de hem verschaft grondstoffen niet blindelings gebruikt. Bij werken «onder directie» kan dit anders zijn – en zulks zal vooral het geval zijn bij de overeenkomstige toepassing krachtens lid 3 –, maar deze plegen beheerst te worden door uitvoerige standaardcondities.

Gezien het verband tussen lid 1 en lid 2, geldt het in de aanhef van lid 1 gemaakte voorbehoud («Tenzij de aard van de overeenkomst iets anders meebrengt») ook voor de risicoregeling van lid 2, zoals trouwens ook voor die van lid 3.

Het derde lid verklaart de risicoregeling van lid 2 van overeenkomstige toepassing bij fouten of gebreken in door de aanbesteder verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, enz., aan de hand waarvan het werk moet worden uitgevoerd<sup>64a</sup>. Van een gebrek in bestek of uitvoeringsvoorschriften is ook sprake als het daarbij voorgeschreven materiaal van een bepaald fabrikaat ondeugdelijk blijkt te zijn voor het uit te voeren werk. Anders dan de Hoge Raad brengt het ontwerp een gebrek in een bepaald voor het werk gebruikt specimen van een voorgeschreven op zichzelf deugdelijk fabrikaat niet onder het risico van de aanbesteder<sup>64b</sup>. Dit wél te doen lijkt in zijn algemeenheid noch billijk, noch in overeenstemming met de op dit punt in de praktijk bestaande opvattingen. Uiteraard zullen partijen dit risico wel uitdrukkelijk of stilzwijgend op de aanbesteder kunnen leggen.

In de Inleidende opmerkingen bij deze titel<sup>65</sup> is er al op gewezen dat artikel 7.12.10 lid 3, door fouten in een van de aanbesteder afkomstig plan voor rekening van de aanbesteder te brengen, in feite leidt tot een onderscheid in aansprakelijkheidsregiem met betrekking tot zulke gebreken, al naar gelang het constructieplan afkomstig is van de aanbesteder dan wel van de aannemer.

Het kan voorkomen dat de gebrekkige oplevering ten gevolge van gebreken in zaken van de aanbesteder voor de aannemer zekere kostenbesparingen meebrengt, al zal men dan meestal eerder met een geval van onmogelijkheid van uitvoering hebben te maken (artikel 7.12.7). Op zulke kostenbesparingen is artikel 6.1.8.4 van toepassing.

<sup>60</sup> Vgl. Duitsland 645, Zwitserland O.R. 376 III, Oostenrijk 1168a.

<sup>61</sup> Een dergelijke beperking wordt ook aangenomen met betrekking tot art. 1643 B.W. Vgl. Asser-Kamphuisen p. 441 en de schrijvers aldaar geciteerd.

<sup>62</sup> Vgl. Part. Arb. 9.4.1935, A.R. 198.

<sup>63</sup> Aldus wél verschillende buitenlandse wetgevingen, zoals Zwitserland, O.R. 365 III, Griekenland 685,2, Italië 1663 en Polen 651. Zie ook § 6, lid 14 van de U.A.V.

Voor zover het gaat om door de aanbesteder te verschaffen materialen of hulpmiddelen, zal meestal een verplichting voor de aanbesteder moeten worden aangenomen, ten aanzien waarvan de aannemer, als schuldeiser, onderworpen is aan art. 6.1.8.14.

<sup>64</sup> Anders Diephuis XII p. 371.

<sup>64b</sup> H.R. 25 maart 1966, N.J. 1966, 279 m.o. G.J.S., waarover A.R. Bloembergen in Bouwrecht 1966, p. 325.

<sup>64a</sup> Vgl. § 5, leden 2 en 3 van de U.A.V.

<sup>65</sup> Zie noot 4.

3. De beginwoorden zijn vervallen zoals ook bij artikel 7.12.2. Men zie daaar.

In lid 2 is thans verwezen naar de in artikel 7.12.4a uitdrukkelijk genoemde waarschuwingsplicht van de aannemer.

4. Ten aanzien van voorgeschreven hulppersonen zie men de toelichting, punt 4, bij artikel 7.12.2.

#### *Artikel 7.12.11. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 11. 1.* Elke vordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart door verloop van een jaar nadat de aanbesteder ter zake heeft geprotesteerd. Indien de aanbesteder de aannemer een termijn heeft gesteld, waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.

2. De vordering verjaart in ieder geval door verloop van twintig jaren na de oplevering in geval van aanneming van bouwwerken en door verloop van tien jaren na de oplevering in alle andere gevallen.

3. Indien de vordering krachtens het bepaalde in de vorige leden zou verjaren tussen het tijdstip waarop de aannemer aan de aanbesteder heeft medegedeeld dat hij het gebrek zal onderzoeken of herstellen, en het tijdstip waarop hij het onderzoek en de pogingen tot herstel kennelijk als beëindigd beschouwt, wordt de verjaringstermijn verlengd overeenkomstig artikel 3.11.19.

#### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikel 7.12.11* Dit artikel voorziet in een dubbele verjaringstermijn voor acties van de aanbesteder wegens gebreken in het opgeleverde werk : 1. een eenjarige termijn lopende vanaf het tijdstip dat de aanbesteder ter zake van de gebreken heeft geprotesteerd, en 2. een tien-, resp. twintigjarige termijn die loopt vanaf het moment van oplevering. Deze verjaring geldt voor alle vorderingen tegen de aannemer ter zake van gebreken in het opgeleverde werk, anders dan de tienjarige verjaring van artikel 1645 B.W., die volgens de Hoge Raad<sup>66</sup> alleen betrekking heeft op de in dat artikel voorziene garantie met betrekking tot bouwwerken.

De eenjarige termijn moet worden gezien in verband met artikel 6.1.8.14, hetwelk bepaalt dat de schuldeiser «op een gebrek in de prestatie geen beroep meer (kan) doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd».

De eenjarige verjaring laat echter de mogelijkheid open van vorderingen die pas vele jaren na de oplevering worden ingesteld, voor zover het namelijk gaat om gebreken die de aanbesteder niet eerder had ontdekt en ook niet redelijkerwijs had moeten ontdekken. Artikel 3.11.13 voorziet voor het geval van een onbekend gebleven schade in een twintigjarige verjaring lopende vanaf de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Overwogen is of voor de vordering tegen de aannemer ter zake van verborgen gebleven gebreken volstaan zou kunnen worden met een verwijzing naar deze algemene bepaling. Voor bouwwerken, die in het algemeen belang bestemd zijn een lange tijd mee te gaan en waarbij gebreken zich veelal pas later openbaren, lijkt een twintigjarige verjaring – maar dan vanaf het moment van oplevering – inderdaad redelijk. Het buitenland werkt veelal met veel kortere termijnen<sup>67</sup>, die dan echter in de plaats plegen te komen van de eenjarige termijn voorzien in artikel 7.12.11. Het lijkt niet rechtvaardig de aanbesteder die slaagt in het moeilijke bewijs dat het gebrek reeds aanwezig was op het moment van oplevering, en aan wie niet verweten kan worden dat hij het gebrek niet eerder heeft ontdekt, zo spoedig van een vordering te beroven. Dit geldt in het bijzonder wanneer de aannemer het gebrek wél gekend heeft. Voor dat geval

<sup>66</sup> H.R. 13 nov. 1930, N.J. 1931 p. 247.

<sup>67</sup> Duitsland 638: zes maanden, resp. een jaar (voor werken aan onroerende goederen), resp. vijf jaar (voor bouwwerken) vanaf moment van opnemings; maar de verjaring werkt niet t.a.v. arglistig verzwegen gebreken. Zwitserland, O.R. 371 jo. 210: een jaar na oplevering, resp. (voor bouwwerken) vijf jaar na opnemings; hier werkt de verjaring niet bij «opzettelijk bedrog» van de aannemer (210 lid 3). In dezelfde zin Portugal 1399, Brazilië 1245, Japan 637 en 638 (vijfjarige garantie voor bouwwerken en tienjarige garantie voor stalen constructies). Italië 1667, lid 3 («appalto»): twee jaar vanaf de oplevering, resp. 2226 lid 2 («lavoro autonomo»): een jaar. Vgl. Polen 646 (twee jaar). Griekenland 693: zes maanden na oplevering, resp. tien jaar (voor bouwwerken) met dien verstande dat t.a.v. garanties de verjaring pas loopt vanaf moment dat gebrek wordt ontdekt (693 jo. 556) en dat verjaring niet werkt t.a.v. opzettelijk verborgen gebreken. Zie ook U.S.S.R. 365. De U.A.V. (§ 12, lid 4) voorzien in een vijfjarige verjaring.

sluiten verschillende van de buitenlandse wetgevingen, die een korte verjaring kennen, dan ook iedere verjaring uit<sup>68</sup>. Maar daarmee is de aannemer dan toch weer blootgesteld – en nu zelfs zonder enige verjaring – aan vorderingen ter zake van lang geleden uitgevoerde werken. Bovendien leidt een korte verjaring er soms toe dat men haar niet toepast op vorderingen tot vergoeding van schaden die door de gebreken in het werk aan andere rechtsgoederen zijn veroorzaakt<sup>69</sup>.

Wat betreft de twintigjarige verjaring voor bouwwerken bedenke men dat deze geen verzwaring van de positie van de aannemer betekent, vergeleken met de regeling van artikel 1645 B.W. Volgens de Hoge Raad laat de in dat artikel voorziene termijn van tien jaar de algemene vordering van de aanbesteder wegens wanprestatie immers onverlet. Voor deze algemene vordering geldt in ons huidige recht de gewone verjaring van dertig jaar.

Artikel 7.12.11 in samenhang met artikel 6.1.8.14 leidt er toe dat de aannemer tegen een vordering ter zake van gebreken – naast zijn verweer ter zake van de vraag of de oplevering gebrekkig is geweest – de volgende verweren kan voeren:

a. Eiser heeft niet tijdig geprotesteerd nadat hij het gebrek had ontdekt of had moeten ontdekken (6.1.8.14); de bewijslast terzake van het eerder ontdekt (moeten) hebben van het gebrek berust op de aannemer, doch in vele gevallen zal deze bewijslast verlicht worden door feitelijke vermoedens.

b. Ook al zou eiser tijdig hebben geprotesteerd, dan heeft hij zijn vordering niet binnen een jaar na zijn (beweerde) protest ingesteld<sup>70</sup>;

c. Ook al zou hij zijn vordering binnen een jaar na zijn – tijdig – protest hebben ingesteld, dan heeft hij zulks toch niet binnen 10, resp. 20 jaar na de oplevering gedaan of na het protest, als dit een schriftelijke aanmaning in de zin van artikel 3.11.17, lid 1, inhoudt.

Aan een speciale bepaling waardoor in afwijking van artikel 3.11.20a lid 3, contractuele verlenging der verjaringstermijn voor de vordering ter zake van gebreken mogelijk zou worden gemaakt<sup>71</sup>, schijnt bij de hier voorziene verjaringstermijnen geen behoefte te bestaan. De mogelijkheid van een contractuele verkorting der termijnen wordt beperkt door artikel 7.12.12.

De korte verjaringstermijn van het eerste lid begint te lopen vanaf het moment dat de aanbesteder ter zake van het gebrek heeft geprotesteerd. Dit zou tot onbillijke resultaten leiden, als de aanbesteder overeenkomstig artikel 7.12.8 aan de aannemer een termijn had gesteld om het gebrek te herstellen. Hierin voorziet de tweede zin van lid 1.

Daar met het onderzoek naar, en het herstellen van gebreken veel tijd kan zijn gemoeid, is het gewenst de verjaringstermijn gedurende deze periode te laten doorlopen overeenkomstig de regeling van artikel 3.11.19. Vandaar de bepaling van lid 3<sup>71a</sup>.

3. De verjaringstermijn in het eerste lid is verlengd van één naar twee jaar, zoals ook is geschied bij de koop (artikel 23 lid 2, eerste zin van Boek 7). In lid 4 is een bepaling gegeven die correspondeert met de tweede zin van artikel 23 lid 2. Zie ook de slotzin van het vervallen artikel 7.12.9.

#### *Artikel 7.12.12. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 12.* De aansprakelijkheid van de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen, kan niet worden uitgesloten of beperkt, noch kan zij aan kortere verjaringstermijnen worden onderworpen dan die voorzien in artikel 11. Verzwijging door degenen die de aannemer met de leiding van zijn bedrijf heeft belast, wordt gelijkgesteld met verzwijging door de aannemer.

#### 2. Toelichting voorontwerp :

*Artikel 7.12.12.* Artikel 7.12.12 bepaalt dat de aansprakelijkheid van de aannemer voor door hem verzwegen gebreken niet kan worden uitgesloten of beperkt<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Vgl. de Duitse, Zwitserse en Griekse wetsvoorschriften genoemd in de voorgaande noot.

<sup>69</sup> Zo wordt in Duitsland op deze z.g. «positive Vertragsverletzung» niet de verjaringstermijn van § 638 maar die van § 195 (30 jaar) of van § 852 (idem) toegepast. Vgl. Palandt Anm. 1 ad § 638 en Larenz II (1956) p. 177. Over de preciese afbakening van de verjaring van § 638 bestaat geen eenheid van opvatting.

<sup>70</sup> Krachtens art. 3.11.17 lid 2 zal het voldoende zijn dat binnen de voorgeschreven verjaringstermijn een – schriftelijke of gerechtelijke (zie art. 3.2.4, lid 2; vgl. ook art. 6.1.8.7) – aanmaning heeft plaatsgevonden, mits deze met bekwame spoed door een gerechtelijke daad van rechtsvervolgning is gevolgd.

<sup>71</sup> Vgl. Duitsland 638 II.

<sup>71a</sup> Aldus Duitsland 639 II.

<sup>72</sup> Aldus Duitsland 637 («arglistig verschweigt»). In Frankrijk wordt aangenomen dat de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken in bouwwerken (art. 1792 C.c.) van openbare orde is (Planiol-Ripert-Rouast XI no. 957). Aldus uitdrukkelijk Egypte 653, en bij ons M.M. van Praag, Bouwrecht (1966) p. 89. In andere zin, wat betreft art. 1645 B.W.: H.R. 28 nov. 1862, W. 2436. Zie ook Asser-Kamphuisen p. 457. Art. 7.12.12. gaat veel minder ver dan de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken van openbare orde te verklaren.

Ook aan een contractuele verkorting van de verjaringstermijn zal in zulke gevallen geen betekenis mogen worden gehecht<sup>73</sup>.

Niet alleen een uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid door de aannemingsovereenkomst wordt door artikel 7.12.12 getroffen. Ook op een door de aanbesteder bij de aanvaarding van het opgeleverde werk getekende afstand van mogelijke rechten ter zake van nog niet door hem gekende gebreken zal de aannemer geen beroep kunnen doen, als hij die gebreken opzettelijk verzwegen had.

De tweede zin breidt de draagwijdte van het artikel in zóver uit, dat ook verzwijging door personen die de aannemer met de leiding van zijn bedrijf heeft belast, er onder wordt gebracht. Anderzijds wordt hiermee tevens duidelijk gemaakt dat het verzwijgen van gebreken door andere leden van het personeel of door niet ondergeschikte personen die bij de uitvoering van de overeenkomst worden gebruikt (zoals onderaannemers), niet gelijk mag worden gesteld met opzet van de aannemer.

3. De woorden «leiding van zijn bedrijf» zijn vervangen door «leiding over de uitvoering van het werk» conform het advies van het Instituut voor Bouwrecht.

#### *Artikel 7.12.13. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 13.* Indien de aannemer na het sluiten van de overeenkomst overlijdt of invalide wordt, kan ieder der partijen de overeenkomst beëindigen, voor zover zij, gezien de aard van de overeenkomst, aan het overlijden of de invaliditeit een redelijk belang bij beëindiging kan ontleen. Voor de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten is de aanbesteder een naar redelijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden te bepalen vergoeding verschuldigd.

#### *2. Toelichting voorontwerp:*

*Artikel 7.12.13.* De meeste codificaties bevatten een speciale regeling voor de beëindiging van het aannemingscontract door de dood van de aannemer<sup>74</sup>. Volgens artikel 1648 B.W., ontleend aan 1795 C.c., eindigt iedere overeenkomst van aanneming door de dood van de aannemer. Vooral de latere wetgevingen zijn deze regel gaan beperken tot die aannemingsovereenkomsten die met het oog op de persoonlijke kwaliteiten van de aannemer worden aangegaan<sup>75</sup>. In sommige landen leidt de dood van de aannemer niet automatisch tot beëindiging van de overeenkomst, maar geeft hij ieder der partijen een recht om te beëindigen<sup>76</sup>.

Zowel de erfgenamen van de aannemer als de aanbesteder kunnen na overlijden van de aannemer een redelijk belang hebben bij beëindiging van de overeenkomst. De erfgenamen van de aannemer zullen een redelijk belang hebben als de voltooiing van het werk door de dood van de aannemer veel moeilijker of kostbaarder zou zijn geworden. Zonder een speciale regeling zouden zij dan slechts krachtens artikel 7.12.4 aan de rechter een aanpassing van de prijs kunnen vragen als aan de vereisten van artikel 7.12.4 is voldaan. Zou de dood van de aannemer de voltooiing van het werk onmogelijk maken, dan zouden de erfgenamen zich veelal op overmacht kunnen beroepen (6.1.8.1 jo 6.1.8.2). De aanbesteder kan dan de overeenkomst ontbinden (6.5.4.6), in welk geval hij het reeds ontvangen deel van het werk (resp. de waarde ervan) moet teruggeven (6.5.4.15).

Het mogelijk belang van de aanbesteder bij beëindiging in geval van overlijden van de aannemer ligt natuurlijk daarin, dat hierdoor de behoorlijke aflevering van het werk in gevaar kan worden gebracht, en dit zal zich vooral voordoen als de overeenkomst met het oog op de persoonlijke kwaliteiten van de aannemer was afgesloten. Zonder een speciale beëindigingsregeling zou de aanbesteder slechts via een beroep op de rechter tot ontbinding van de overeenkomst kunnen komen (7.12.6).

Kiest men, zoals in artikel 1648 B.W. is gedaan, het stelsel van automatische

<sup>73</sup> In sommige landen wordt iedere verjaring t.a.v. opzettelijk verborgen gebreken zelfs uitgesloten. Vgl. Griekenland 693 j<sup>o</sup> 557.

<sup>74</sup> Doch niet het Duitse B.G.B. Zie Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. Amtl. Ausg. II (1888), blz. 504/505.

<sup>75</sup> Aldus Oostenrijk 1171, Spanje 1595, Zwitserland, O.R. 379, Italië 1674, Egypte 666, Polen 645.

<sup>76</sup> Portugal 1403, Mexico 2638. De wetboeken van Italië (1674) en Egypte (666) kennen, bij aannemingsovereenkomsten die niet met het oog op de persoon van de aannemer zijn aangegaan, in geval van diens dood aan de aanbesteder een beëindigingsrecht toe, als de erfgenamen van de aannemer geen zekerheid bieden voor een goede uitvoering van het werk. De U.A.V. (§ 46, lid 4) bevatten voor dit geval een regel overeenkomstig die van artikel 37F.

beëindiging bij dood van de aannemer, dan zullen partijen door uitdrukkelijke of stilzwijgende wilsovereenstemming, ook nadat deze beëindigingsoorzaak zich heeft voorgedaan, daarvan kunnen afwijken, met name door de overeenkomst gewoon verder uit te voeren<sup>77</sup>. Eist men een wilsverklaring van een der partijen voor beëindiging in geval van dood, dan zal deze wilsverklaring natuurlijk ook stilzwijgend kunnen worden gegeven. In zover is de afstand tussen deze beide alternatieven praktisch minder groot dan op het eerste gezicht kan schijnen.

Het ontwerp sluit zich aan bij de wetgevingen die voor beëindiging in geval van dood van de aannemer een wilsverklaring eisen van de partij die bij die beëindiging belang heeft. De mogelijkheid om de overeenkomst in dit geval te beëindigen is niet beperkt door eisen te stellen aan het persoonlijk karakter van de door de aannemer verschuldigde prestatie, maar door te eisen dat de partij die wil beëindigen (hetzij de erfgenamen van de aannemer, hetzij de aanbestede), aan het overlijden van de aannemer een redelijk belang kan ontfangen bij de beëindiging van de overeenkomst. Of dit in een concrete situatie het geval is, zal bij geschil door de rechter moeten worden beslist. Niet voldoende is dat degen die beëindigt daarbij op zichzelf een redelijk belang heeft, maar hij moet dat belang speciaal aan het overlijden van de aannemer ontfangen. Voor de beëindiging door de aanbestede zal zulk belang meestal schuilen in het persoonlijk karakter van de door de aannemer verschuldigde prestatie, maar het kan ook zijn dat het overlijden van de aannemer tot een ontwijking leidt die de ernstige vertraging van de voltooiing van het werk waarschijnlijk maakt. Op grond van artikel 7.12.6 zal de aanbestede in dat geval ook gehele of gedeeltelijke ontbinding door de rechter kunnen vorderen. Wat betreft beëindiging door de erfgenamen van de aannemer zal hun redelijk belang bij beëindiging meestal geen verband houden met het persoonlijk karakter van de verschuldigde prestatie, maar veeleer met de moeilijkheid voor hen om deze prestatie zonder extra grote kosten en moeiten nog te leveren. Zonder artikel 7.12.13 zouden zij dan nog wel de mogelijkheid van aanpassing van de aannemingsprijs hebben (7.12.4), maar daarvoor is gerechtelijke tussenkomst vereist, terwijl zonder artikel 7.12.13 twijfel zou kunnen bestaan over de vraag of de dood van de aannemer een feit is dat hem niet kan worden toegerekend.

Het ontwerp heeft aan de dood van de aannemer als beëindigingsgrond toegevoegd zijn invaliditeit<sup>78</sup>. Een nadere kwalificatie van de vereiste invaliditeit leek niet nodig in verband met de eis dat de invaliditeit zo moet zijn dat daaraan een redelijk belang bij beëindiging van de overeenkomst kan worden ontleend.

Er bestaat geen reden ook het faillissement van de aannemer tot een wettelijke grond voor beëindiging te maken<sup>79</sup>. Bijna altijd zal de aanbestede dan het recht van artikel 37 F.W. kunnen uitoefenen. Zou hij de aannemingsom volledig vooruit hebben betaald, wat niet vaak voorkomt, dan zal hij een beroep moeten doen op artikel 7.12.6.

Voor de vergoeding waarop de aannemer of zijn erfgenamen bij beëindiging van de overeenkomst ingevolge artikel 7.12.13 zin 2 aanspraak kunnen maken, geeft de tweede zin een wat elastischer formule dan artikel 1648 B.W. Laatstgenoemde bepaling heeft trouwens aanleiding gegeven tot verschil van mening over de preciese interpretatie<sup>80</sup>. Gezien de grote verscheidenheid van situaties die zich bij dood of invaliditeit van de aannemer kunnen voordoen, lijkt het niet wel mogelijk een scherp criterium te geven, dat voor al deze situaties een bevredigende oplossing geeft. Anderzijds is het praktische belang van de gevallen waarop artikel 7.12.13 betrekking heeft, weer niet zo groot, dat er hier met het oog op de rechtszekerheid een maatschappelijke behoefte aan een scherpe wettelijke richtlijn voor partijen zou bestaan. Uiteraard zal de aanbestede die beëindigt, nooit méér behoeven te betalen dan het bedrag dat hij moet betalen als hij gebruik maakt van zijn algemene beëindigingsrecht (7.12.14).

#### *Artikel 7.12.14. 1. Tekst voorontwerp:*

*Artikel 14. 1. De aanbestede is te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen.*

<sup>77</sup> Vgl. Rb. Groningen 5 april 1918, N.J. 1918 p. 686.

<sup>78</sup> Vgl. Zwitserland, O.R. 379 en Polen 645.

<sup>79</sup> Vgl. Argentinië 1643.

<sup>80</sup> Met name wat betreft de «in gereedheid gebrachte bouwstoffen». Vgl. Asser-Kamp-huisen p. 444.

2. In geval van zulke opzegging zal hij de voor het gehele werk geldende prijs moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien, tegen aflevering door de aannemer van het reeds voltooid werk. Indien de prijs afhankelijk was gesteld van de werkelijke door de aannemer te maken kosten, wordt de door de aanbesteder verschuldigde prijs berekend op grondslag van de gemaakte kosten, de verrichte arbeid en de winst die de aannemer over het gehele werk zou hebben gemaakt.

## 2. Toelichting voorontwerp:

*Artikel 7.12.14.* Dit artikel bevat het beginsel van artikel 1647 B.W., dat ook in de meeste buitenlandse rechtsstelsels is terug te vinden<sup>81</sup>, volgens hetwelk de aanbesteder te allen tijde de overeenkomst mag beëindigen. Zolang de aannemer er financieel niet op achteruitgaat, is het belang dat de aanbesteder kan hebben bij niet-voortzetting van het werk, groter dan het belang van de aannemer bij de voltooiing ervan<sup>82a</sup>. Meestal wordt deze regel gezien als een uitzondering op het beginsel van artikel 1374 lid 2 B.W.<sup>83</sup>. Daarentegen heeft de Hoge Raad in artikel 1647 een toepassing gezien van de algemene regel dat een partij bij een overeenkomst in het algemeen niet verplicht is de prestatie waarop hij recht heeft, in ontvangst te nemen, maar zonder dat dit wijziging brengt in zijn eigen verplichting<sup>84</sup>. De opvatting van de Hoge Raad heeft het bezwaar dat zij de regel van 1647 B.W. uitsluit ingeval de aannemingsovereenkomst voor de aanbesteder een bepaalde *verplichting* tot het leveren van grondstoffen of het geven van bepaalde medewerking aan de uitvoering impliceert. Bovendien zou hij een consequente toepassing van deze opvatting slechts plaats zijn voor een vermindering van de prijs met de door de aannemer bespaarde kosten tot aan het bedrag van de schade, die de aanbesteder eventueel door de niet-uitvoering van het werk zou hebben geleden (6.1.8.4.). Anderzijds heeft deze opvatting wél het voordeel duidelijk te maken dat de «schadeloosstelling» waarvan 1647 B.W. spreekt, het nakomen van de primaire verplichting van de aanbesteder is, zij het in gewijzigde vorm, en niet een soort van schadevergoeding wegens schending van het contract<sup>85</sup>.

Het ontwerp ziet de uitoefening van het recht van de aanbesteder als een opzegging die slechts een beperkte invloed heeft op de verplichting van de aanbesteder tot betalen van de aannemingsprijs<sup>86</sup>. De opzegging brengt geen verandering in de aard van die schuld, wél – in de meeste gevallen – in de omvang.

Overeenkomstig de opvatting van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 1647 B.W.<sup>87</sup>, geeft artikel 7.12.14 de aanbesteder ook de bevoegdheid de overeenkomst gedeeltelijk op te zeggen, d.w.z. op te zeggen met betrekking tot een deel van het opgedragen werk.

Wat betreft de door de aanbesteder bij beëindiging verschuldigde prijs maakt lid 2 onderscheid al naar gelang de overeengekomen prijs niet of wel afhankelijk was gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten.

Voor de aannemingscontracten waarbij de prijs van het begin af aan vaststaat, wordt de prijs berekend door uit te gaan van de overeengekomen prijs voor het hele werk, welke slechts wordt verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de beëindiging van het werk voortvloeien<sup>88</sup>. Deze oplossing lijkt voor dit soort contracten te prefereren boven de formule van artikel 1647 B.W., volgens welke de door de aanbesteder verschuldigde vergoeding de som is van gemaakte kosten, verrichte arbeid en gederfde winst<sup>89</sup>. Deze berekening zou er toe kunnen leiden dat de aanbesteder, als de aannemer zijn prijs te laag berekend had, meer zou moeten betalen voor het onvoltooid werk dan voor het hele werk was overeengekomen. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn<sup>90</sup>.

De besparingen voor de aannemers omvatten natuurlijk in de eerste plaats de bespaarde kosten van materialen en arbeid. Maar de term is ruim genoeg om er ook de vergoeding voor niet gelopen risico onder te brengen, voor zover het gebruikelijk is in de begroting van het werk een post daarvoor op te nemen buiten de eigenlijke winst. Ook de bespaarde eigen arbeid van de aannemer, voor zover

<sup>81</sup> Frankrijk 1794, Duitsland 649, Zwitserland, O.R. 377, Italië 1671 en 2227, Spanje 1594, Portugal 1402, Argentinië 1638, Brazilië 1247, Chili 1999, Japan 641, Griekenland 700, Egypte 663, Polen 644.

<sup>82a</sup> Anders: H.A. Diderich in *Bouwrecht* 1965, p. 195 e.v.

<sup>83</sup> Vgl. Asser-Kamphuisen p. 442, Planiol-Ripert-Rouast XI no. 937 (die op grond van deze opvatting tot een zeer restrictieve uitleg komen). Vgl. (in andere zin) De Grooth, *preadv.* N.J.V. 1955 p. 190.

<sup>84</sup> H.R. 8 nov. 1918, N.J. 1918 p. 1242, W. 10363.

<sup>85</sup> Voor het belang hiervan zie De Grooth, *preadv.* N.J.V. 1955 p. 190 v.

<sup>86</sup> Aldus Van Brakel II p. 199. Zie ook Duitsland 649 («Kündigung»).

<sup>87</sup> H.R. 8 nov. 1918 N.J. 1918 p. 1242, W. 10363.

<sup>88</sup> Vgl. Duitsland 649 en Griekenland 700. Aldus ook § 14, lid 10 van de U.A.V.

<sup>89</sup> Een zelfde berekeningswijze vindt men, behalve in Frankrijk 1794, onder meer ook in Italië 1671 en 2227, Spanje 1594, Brazilië 1247, Chili 1499. Anders nog weer Zwitserland, O.R. 377 («gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung»), Japan 641 (schadevergoeding) en U.S.S.R. 360 lid 3 (idem). In Egypte 663 is aan de rechter een matigingsrecht toegekend.

<sup>90</sup> Vgl. H.R. 19 dec. 1930, N.J. 1931 p. 425.

deze in het kader van het gegeven contract als een werkelijke besparing moet worden gezien, zal er onder bepaalde omstandigheden onder kunnen vallen. Gezien de veelheid van situaties lijkt het gewenst, door een elastische term als «besparingen» een zekere vrijheid voor de rechter (of arbiter) te laten, liever dan een meer gedetailleerde regeling te geven, zoals die voorkomt in het Duitse B.G.B. (§ 649)<sup>91</sup>.

Artikel 7.12.14 spreekt van de «voor het gehele werk geldende prijs». Dit doelt op de prijs, zoals deze uitdrukkelijk was gecontracteerd of kon worden vastgesteld aan de hand van artikel 7.12.3.

De tweede zin van lid 2 geeft een eigen berekeningswijze voor de aannemingscontracten waarbij de prijs afhankelijk is gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten, de z.g. regiecontracten. De formule van de eerste zin geeft in deze gevallen geen oplossing, terwijl anderzijds het eerder genoemde bezwaar tegen de berekeningswijze van artikel 1647 B.W. hier niet geldt: de uiteindelijk verschuldigde prijs voor het hele werk kan nooit minder zijn dan de kosten van materialen en arbeid voor het voltooide deel van het werk.

Het verschil in de berekeningswijzen van de eerste en tweede zin van lid 2 kan nog van belang zijn voor de bewijslastverdeling. Als de aanbesteder de hele prijs moet betalen, verminderd met de bespaarde kosten, ligt het voor de hand dat het bewijsrisico t.a.v. door de aanbesteder beweerde besparingen op de aanbesteder rust, ook al zal de aannemer een belangrijke mededelingsplicht hebben<sup>92</sup>. Maar bij de berekeningswijze van de tweede zin moet de aannemer bewijzen welke kosten hij heeft gemaakt en welke winst hij derft.

#### *Afdeling 2 (Bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf)*

*Artikel 7.12.15.* 1. De hier gegeven omschrijving van de «consument» stemt overeen met die in de regeling van algemene voorwaarden (afdeling 6.5.3), van de consumentenkoop (titel 7.1), lastgeving (titel 7.7), borgtocht (titel 7.14) en verzekering (titel 7.17); alsmede in artikel 86 lid 3 onder a van Boek 3. Wat betreft de zgn. «praktijkwoning» zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 367.

2. De gebouwde woning moet een onroerend karakter hebben (zie artikel 3 lid 1 van Boek 3). Niet bestreken worden dus woonkeet, sta-woonwagen, toer- of trekwagen, caravan en woonschip. Hetzelfde geldt overigens voor de in Artikel I voorgestelde bepalingen in titel 7.1.

*Artikel 7.12.16.* Deze bepaling correspondeert met artikel 2 van Boek 7, wat erop neerkomt dat ook voor de opdracht tot het doen bouwen van een woning een schriftelijke vorm en bedenktijd gelden. Men zie bij artikel I, de Inleidende opmerkingen onder 3-7 en bij artikel 2 van Boek 7.

*Artikel 7.12.17.* 1. Zowel volgens de consumentenorganisaties als de Raad voor Onroerende Zaken behoort vóórfinanciering niet plaats te vinden. Het artikel bepaalt daarom dat, althans bij benadering, de betalingen gelijke tred moeten houden met de voortgang van de bouw dan wel moeten overeenstemmen met de waarde van de aan de opdrachtgever overgedragen goederen (met name de grond). Een wettelijke regeling inzake termijnbetalingen zou een te statisch karakter hebben. Het Garantie-Instituut Woningbouw hanteert een standaard-termijnregeling die in de koop-/aannemingsovereenkomst moet zijn opgenomen, maar ook deze laat afwijking (met toestemming van de directeur van het GIW) toe. Deze termijnregeling – 10% bij de aanvang van de bouw na fundering; 20% na het leggen van de ruwe begane grondvloer; 20% na het leggen van de ruwe verdiepingsvloer(en); 20% na het waterdicht maken van het dak; 20% na het stuc- en

<sup>91</sup> In art. 6.1.8.4 wordt aan de crediteur die de hem toekomende prestatie heeft geweigerd, een recht toegekend op schadevergoeding voor zover de debiteur door het niet presteren in het algemeen een voordeel geniet, maar men bedenke dat bij een voor alle verbintenissen geldende bepaling als deze een meer concrete berekening van de verschuldigde vergoeding, zoals die in art. 7.12.14 lid 2 wordt gegeven, niet wel mogelijk is. Overigens gaat art. 6.1.8.4 slechts over het recht op schadevergoeding van de crediteur.

<sup>92</sup> Vgl. De Grooth, preadv. N.J.V. 1955 p. 191 en het door hem geciteerde arrest R.G. in J.W. 1907 p. 362.

tegelwerk; 10% voor oplevering – kan uiteraard steun bieden bij de concretisering van de norm «althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw».

2. Het artikel bevat eenzelfde uitzondering als artikel 26 lid 3 van Boek 7: de opdrachtgever kan worden verplicht 10% van de aanneemsom als waarborgsom te storten bij een notaris of vervangende zekerheid te stellen, waarover nader artikel 51 van Boek 6 (men denke in het bijzonder aan een bankgarantie).

*Artikel 7.12.18.* 1. Door de consumentenorganisaties is bepleit dat bij de koop/aaneming van een nieuwe woning, de koper/opdrachtgever gerechtigd zou zijn 5% van de prijs in depot te storten in verband met eventuele bij of na de oplevering blijvende gebreken. Vergelijk ook W. M. Kleijn, preadvies Koninklijke Notariële Broederschap/Vereniging voor Bouwrecht (*Bescherming van kopers van woningen*, 1985), p. 80 (2 à 5% van de koopsom in te houden, gedurende een bepaalde periode na de oplevering van de woning).

In dit verband verdient mede vermelding par. 43A van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (UAV 1989), waarin wordt bepaald dat de opdrachtgever een zekerheidsstelling kan bedingen van de aannemer tot nakoming van de verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomst, welke zekerheidsstelling in beginsel 5% van de aannemingssom bedraagt. Indien een onderhoudstermijn is voorgeschreven, blijft de zekerheid van kracht tot is geconstateerd dat de aannemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan.

2. Aan deze wens is in dit artikel gehoor gegeven. Voorgesteld wordt dat de opdrachtgever – en ingevolge artikel 8 van Boek 7 geldt dit ook voor de koper van een te bouwen of nieuw gebouwde woning – het recht heeft 5% van de prijs in depot te storten bij de notaris, zonder dat hij beroep hoeft te doen op het opschortingsrecht bedoeld in artikel 262 van Boek 6 (de *exceptio non adimpleti contractus*), m.a.w. zonder dat hij behoeft aan te voeren dat zich gebreken voordoen. Hij blijft derhalve zijn recht op oplevering behouden (lid 1). Dit nieuwe opschortingsrecht eindigt na drie maanden, welke termijn als wettelijke «onderhoudstermijn» kan worden beschouwd. Wil de opdrachtgever dat het depot gecontinueerd wordt, dan zal hij wel beroep moeten doen op artikel 262 van Boek 6: dus stellen dat de aannemer zijn verplichtingen niet is nagekomen (lid 2). De aannemer kan anderzijds na deze drie maanden op de wettelijke rente aanspraak maken voor zover de opdrachtgever in verzuim is (lid 4).

Het depot eindigt, behalve door verloop van de drie maanden (indien de opdrachtgever geen beroep doet op artikel 262 van Boek 6), doordat de opdrachtgever met de beëindiging instemt, de aannemer vervangende zekerheid stelt (bijv. een bankgarantie) of een bindende beslissing is gevallen.

Het is wenselijk dat, indien de aannemer teneinde volledige betaling te verkrijgen vervangende zekerheid heeft gesteld, geen geschil kan ontstaan over de hoogte van de schadevergoeding die de opdrachtgever na bedoelde drie maanden eventueel aan de aannemer verschuldigd is. Deze schadevergoeding is daarom – zoals ook geldt ten aanzien van het depot – gesteld op de wettelijke rente (lid 4).

*Artikel 7.12.19.* Deze tweede afdeling wordt hier van dwingend recht – afwijking slechts bij standaardregeling – verklaard. Voor zover nodig voor de toepassing van artikel 7.12.18 (de 5%-regeling), geldt dit ook voor artikel 262 van Boek 6. Zou derhalve een beroep op de *exceptio non adimpleti contractus* contractueel zijn uitgesloten – een dergelijk beding



in algemene voorwaarden zou overigens als onredelijk bezwarend worden aangemerkt (artikel 236 onder c van Boek 6) – dan belet dat niet dat de opdrachtgever het depot van 5% van de prijs na drie maanden continueert.

Komt een standaardregeling tot stand – men denke in het bijzonder aan nieuwbouw onder garantie – dan houdt de wettelijke regeling betekenis voor de niet door de standaardregeling bestreken bouw, alsmede voor het geval dat partijen in hun overeenkomst van de standaardregeling afwijken.

### **Artikelen III–VI**

Voor artikel 1637b van Boek 7A, dat een omschrijving bevat van «aanneming van werk», stelt het onderhavige wetsvoorstel artikel 7.12.1 in de plaats. De verwijzing in enige bijzondere wetten naar artikel 1637b van Boek 7A wordt in de artikelen III–VI vervangen door een verwijzing naar artikel 7.12.1.

### **Artikel VII**

*Artikel 91.* Deze bepaling betreft de zgn. «zaakwaarnemers-administrateurs». Men zie Parl. Gesch., Invoering Boeken 3, 5 en 6, Overgangsrecht, p. 106–107.

*De artikelen 197 en 217.* Deze overgangsbepalingen corresponderen met artikel 196 zoals voor de koop vastgesteld. Aangezien met betrekking tot het onderhavige onderwerp na vaststelling van de tekst geen moratorium van twee jaar zal gelden, is er geen reden de termijn van drie jaar tot één jaar te verkorten (vgl. de Parl. Gesch., Invoering Boeken 3, 5 en 6, Overgangsrecht, p. 168–169 en 177).

De Minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin

**Bijlage I. Vergelijking van het ontwerp titel 7.12 nieuw Burgerlijk Wetboek (Aanneming van werk) met de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV) 1989**

**Titel 12**

*Aanneming van werk*

*Afdeling 1. Aanneming van werk in het algemeen*

*UAV 1989*

*Artikel 7.12.1*

1. Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.

De UAV 1989 geven geen definitie van de aannemingsovereenkomst. De UAV vooronderstellen een tussen partijen gesloten aannemingsovereenkomst. De UAV verstaan onder «de overeenkomst» dan ook de tussen opdrachtgever en aannemer tot stand gekomen overeenkomst van aanneming van werk (§ 1, lid 1).

2. Bestaat de tegenprestatie niet of niet geheel in geld, dan vindt deze titel toepassing, voor zover de aard van de tegenprestatie zich daartegen niet verzet.

Bij de UAV 1989 wordt de aan de aannemer toekomende tegenprestatie gevormd door de aannemingssom, zoals gedefinieerd in § 1, lid 1.

*Artikel 7.12.2*

De aannemer is bevoegd het werk onder zijn leiding door anderen te doen uitvoeren, en ten aanzien van onderdelen ook de leiding aan anderen over te laten, zulks onverminderd zijn aansprakelijkheid voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst.

De UAV 1989 staan de aannemer niet toe om het werk geheel of ten dele aan een andere aannemer over te dragen. Dat is anders voor zover de aannemer daartoe de schriftelijke goedkeuring van de opdrachtgever heeft gekregen. Zie §6, lid 25.

De aannemer mag onderdelen van het werk in onderaanneming laten uitvoeren, mits voor de keuze van die onderdelen en de in te schakelen onderaannemers schriftelijke goedkeuring van de directie is verkregen. Ondanks die goedkeuring blijft de aannemer jegens de opdrachtgever voor het werk van de onderaannemer ten volle verantwoordelijk. Zie voor dit alles § 6, lid 26. Een hiervan afwijkende regeling geldt indien de opdrachtgever aan de aannemer een bepaalde onderaannemer heeft voorgeschreven. Daarvan is sprake wanneer de opdrachtgever aan de aannemer de verplichting heeft opgelegd om voor de uitvoering van een bepaald onderdeel van het werk een bepaalde onderaannemer in te schakelen. De gevolgen van het voorschrijven van een onderaannemer zijn geregeld in § 6, lid 27.

De verschillen tussen de voorgestelde wettekst en de UAV 1989 zijn dus dat:

– de wet rekening houdt met de mogelijkheid dat het totale werk in onderaanneming wordt uitgevoerd, terwijl de UAV spreken over het in onderaanneming uitvoeren van onderdelen van het werk;

- de wet slechts rekening houdt met het door de aannemer aan anderen overlaten van de leiding over onderdelen van het werk, terwijl de UAV ook rekening houden met de mogelijkheid van overdracht van het totale werk (zij het niet dan nadat de opdrachtgever daartoe schriftelijke goedkeuring heeft gegeven);
- de wet niet het vereiste van toestemming van opdrachtgever dan wel directie stelt;
- de wet niet de situatie regelt dat aan de aannemer de inschakeling van een onderaannemer wordt voorgeschreven.

### Artikel 7.12.3

1. Indien de prijs bij het sluiten van de overeenkomst niet is bepaald of slechts een richtprijs is bepaald, is de opdrachtgever een redelijke prijs verschuldigd. Bij de bepaling van de prijs wordt rekening gehouden met de door de aannemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gewoonlijk bedongen prijzen en met de door hem ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen.

2. Indien een richtprijs was bepaald, zal deze richtprijs met niet meer dan 10% mogen worden overschreden, tenzij de aannemer de opdrachtgever zo tijdig mogelijk voor de waarschijnlijkheid van een verdere overschrijding heeft gewaarschuwd, om hem de gelegenheid te geven het werk alsnog te beperken of te vereenvoudigen. De aannemer zal binnen de grenzen van het redelijke aan zulke beperking of vereenvoudiging moeten meewerken.

3. Lid 2 is van overeenkomstige toepassing op aannemingen van werk waarbij de prijs afhankelijk is gesteld van de bij de overeenkomst geschatte tijdsduur voor de uitvoering van het werk.

### Artikel 7.12.4

1. Indien na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden ontstaan of aan het licht komen zonder dat zulks aan de aannemer kan worden toegerekend, zal de rechter op vordering

De UAV 1989 gaan er van uit dat het uit te voeren werk wordt verricht tegen betaling van een tevoren overeengekomen bedrag, de aannemingsom (§ 1, lid 1).

De overeengekomen aannemingsom blijft in administratieve zin steeds dezelfde; wat de opdrachtgever aan de aannemer uiteindelijk betaalt, wordt gevormd door de aannemingsom, verhoogd, respectievelijk verlaagd met hetgeen overigens aan of door de aannemer verschuldigd is, zo zegt § 40, lid 1. Zaken die tot verrekening ten opzichte van de aannemingsom leiden zijn de in de UAV genoemde meer en minder werk-gevallen (§ 35, lid 1), de in de UAV genoemde gevallen van «bijbetaling» (zie daarvoor het register bij de UAV onder «bijbetaling»), alsmede «andere aanspraken» (zoals schadeclaims) (§ 6, lid 15).

De UAV 1989 gaan dus niet uit van de situatie dat tevoren geen prijs wordt bepaald of slechts een richtprijs. Dat neemt overigens niet weg dat de UAV wel in die situaties kunnen worden toegepast, zij het dat dan in het contract aanpassingen ten opzichte van de UAV zullen moeten plaatsvinden.

Van de situatie dat tevoren geen prijs is bepaald is sprake wanneer een werk «in regie» wordt uitgevoerd. Bij een regiecontract bestaat de beloning van de aannemer niet uit een vooraf vastgestelde prijs, maar uit de werkelijke uitvoeringskosten van het werk, verhoogd met een opslagpercentage ter vergoeding van algemene kosten en winst. Van regiecontracten wordt in de bouw gebruik gemaakt wanneer tevoren niet goed kan worden bepaald welke werkzaamheden in welke omvang moeten worden verricht om het door de opdrachtgever gewenste resultaat te verkrijgen. Hierbij is bij voorbeeld te denken aan de restauratie van een kerk.

Ook de UAV 1989 bieden in § 47 een regeling voor het geval kostenverhogende omstandigheden optreden. Onder kostenverhogende omstandigheden verstaan de UAV in § 47, lid 1: «omstandigheden die

van de aannemer de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk aan de kostenverhoging kunnen aanpassen, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden.

van dien aard zijn dat bij het tot stand komen van de overeenkomst geen rekening behoefde te worden gehouden met de kans dat zij zich zouden voordoen, die de aannemer niet kunnen worden toegerekend en die de kosten van het werk aanzienlijk verhogen».

Een eerste verschil tussen deze omschrijving en de wettelijke is dat de wet niet het vereiste stelt dat de omstandigheden de kosten van het werk aanzienlijk verhogen.

Een tweede verschil is dat de wettekst spreekt over aanpassing van de overeengekomen prijs door de rechter; bij de UAV is het daarentegen in de eerste plaats een zaak van partijen om te bepalen wat gebeuren moet bij het intreden van onvoorziene omstandigheden. Zie § 47, lid 3.

Een derde verschil is dat kostenverhogende omstandigheden volgens de wettekst leiden tot aanpassing van de prijs; bij de UAV leiden zij tot bijbetaling (§ 47, lid 2). Dat komt doordat de UAV ervan uitgaat dat de eenmaal overeengekomen aannemingssom geen wijzigingen ondergaat. Zie de opmerking bij artikel 7.12.3.

Overigens kennen de UAV een aantal bepalingen die geschreven zijn voor *specifieke* gevallen waarin zich na het sluiten van de overeenkomst een verandering in de omstandigheden voordoet of waarin na sluiting van de overeenkomst de omstandigheden blijken af te wijken van die waarvan de aannemer bij het aangaan van de overeenkomst is uitgegaan. Als voorbeelden daarvan worden hier genoemd § 6, leden 12 en 13 en § 29, lid 3.

2. De aannemer mag de prijs zonder tussenkomst van de rechter aanpassen, indien de kostenverhoging het gevolg is van door de opdrachtgever verschafte onjuiste gegevens welke voor de prijsbepaling van belang zijn, tenzij de aannemer de onjuistheid der gegevens vóór het vaststellen van de prijs had behoren te ontdekken.

Op grond van § 29, lid 3, tweede zin, UAV 1989 draagt de opdrachtgever de verantwoordelijkheid voor de door of namens hem verstrekte gegevens. Dat beginsel geldt ook wanneer in het bestek een toestand van bestaande gebouwen, werken of terreinen is aangeduid, en de bij de uitvoering blijvende toestand daarvan afwijkt. Zie § 29, lid 3, eerste zin en § 15, lid 3. Mits de afwijking belangrijk genoeg is, heeft de aannemer dan recht op bijbetaling. Hetzelfde geldt voor het geval een in het bestek vermelde afmeting niet met de werkelijkheid overeenstemt. Zie § 29, lid 2.

Voor gevallen waarin sprake is van tegenstrijdigheid tussen besteksonderdelen, hetgeen vrijwel altijd zal betekenen dat informatie in het ene onderdeel juist is en in het andere onjuist, geven de UAV 1989 in § 2, lid 4 een rangorderegeling. Aan de rangorderegeling is in § 2, lid 5 toegevoegd dat die onverlet laat de verplichting van de aannemer om in geval van een klaarblijkelijke tegenstrijdigheid tussen onderdelen van het bestek de opdrachtgever te waarschuwen. Uiteraard werkt die waarschuwingsplicht pas op het moment dat de UAV gelden, met andere woorden vanaf het moment van sluiting van de overeenkomst. Dat is een

verschil met de wettelijke regeling, maar dat verschil wordt door de werking van de precontractuele redelijkheid en billijkheid verkleind.

In enkele gevallen houden de UAV er reeds op voorhand rekening mee dat door de opdrachtgever verstrekte gegevens in werkelijkheid waarschijnlijk niet juist zullen blijken. Dat is bij voorbeeld het geval wanneer de opdrachtgever in het bestek een zogenaamde stelpost heeft opgenomen, of in het bestek heeft bepaald dat een hoeveelheid «geschat» of «verrekenbaar» zal zijn. Zie de §§ 37, 38 en 39.

3. Het in de leden 1 en 2 bepaalde geldt slechts indien de aannemer de opdrachtgever zo spoedig mogelijk voor de noodzaak van een prijsverhoging heeft gewaarschuwd, opdat deze tijdig hetzij gebruik kan maken van het hem in artikel 7.12.14 toegekende recht, hetzij een voorstel kan doen tot beperking of vereenvoudiging van het werk.

Wat betreft de in lid 1 van artikel 7.12.4 bedoelde situatie geldt het volgende:

Ook de UAV 1989 verplichten de aannemer in § 47, lid 3 om bij het optreden van kostenverhogende omstandigheden de opdrachtgever daarvan zo spoedig mogelijk – schriftelijk – op de hoogte te stellen. Dit met het oog op de bevoegdheid van de opdrachtgever om het werk te beëindigen. De UAV geven de opdrachtgever in § 47, lid 4 bovendien de mogelijkheid om het werk te beperken of te vereenvoudigen en spreken dus niet van het door de opdrachtgever kunnen doen van een voorstel tot beperking of vereenvoudiging van het werk, zoals de wettekst wel doet.

Waar het gaat om aanspraken tot bijbetaling wegens door of namens de opdrachtgever verstrekte onjuiste gegevens (de in artikel 7.12.4, lid 2 bedoelde situatie; vgl. § 15, lid 3 en § 29, lid 3 UAV), is de aannemer op grond van § 6, lid 15 UAV 1989 verplicht om de opdrachtgever daarvan zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis te stellen. De achtergrond daarvan is dat de vertegenwoordiger van de opdrachtgever daardoor de nodige gegevens kan verzamelen om die aanspraken te kunnen beoordelen. De UAV bieden de opdrachtgever in die gevallen weliswaar niet de mogelijkheid om het werk te beperken of te vereenvoudigen. Maar dat laat uiteraard onverlet de mogelijkheid van de opdrachtgever om de aannemingsovereenkomst op te zeggen. Daartoe biedt § 14, lid 7 te allen tijde de mogelijkheid.

Zoals hierboven bij artikel 7.12.4, lid 2 werd opgemerkt, rust op de aannemer de plicht om de opdrachtgever te waarschuwen bij tegenstrijdigheden tussen onderdelen van het bestek (§ 2, lid 5 UAV).

Een specifieke regel geldt in het geval de tegenstrijdigheid bestaat uit een in de beschrijving van het werk voorkomende afmeting die afwijkt van die op de tekening, alsmede in het geval een in werkelijkheid voorkomende afmeting afwijkt van een in het bestek aangegeven afmeting (§ 29, leden 1 en 2).

De aannemer is bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst verplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Hetzelfde geldt in geval van gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond waarop de opdrachtgever een werk laat uitvoeren, alsmede fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.

De UAV 1989 bevatten een tweetal waarschuwingsplichten.

De eerste staat in § 2, lid 5. Deze verplicht de aannemer om de opdrachtgever te waarschuwen wanneer sprake is van klaarblijkelijke tegenstrijdigheid tussen onderdelen van het bestek. Dat valt enerzijds binnen het kader van de in de wettekst bedoelde «onjuistheden in de opdracht» en anderzijds binnen het kader van de in de wettekst bedoelde «fouten of gebreken in verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften».

De tweede waarschuwingsplicht is die van § 6, lid 14 UAV 1989. Die is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid en houdt in dat de aannemer de opdrachtgever dient te waarschuwen tegen klaarblijkelijke fouten of gebreken in:

- door of namens de opdrachtgever voorgeschreven constructies;
- door of namens de opdrachtgever voorgeschreven werkwijzen;
- door of namens de opdrachtgever gegeven orders en aanwijzingen;
- door de opdrachtgever ter beschikking gestelde bouwstoffen of hulpmiddelen;
- door de opdrachtgever voorgeschreven bouwstoffen;
- bouwstoffen die bij een de door de opdrachtgever voorgeschreven leverancier moeten worden betrokken. Zie § 5, leden 2, 3 en 4.

Deze waarschuwingsplicht heeft voorts betrekking op de niet of niet tijdige levering van voorgeschreven bouwstoffen en van bouwstoffen die moeten worden betrokken van een voorgeschreven leverancier (§ 5, lid 5).

Wanneer de wettekst naast de waarschuwingsplicht van § 6, lid 14 gelegd wordt, valt op dat de wettekst de aannemer ook verplicht om te waarschuwen tegen gebreken of ongeschiktheid van de grond waarop de opdrachtgever het werk laat uitvoeren. Op grond van § 5, lid 2 UAV 1989 is het de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever om de voorgeschreven constructie en werkwijze af te stemmen op de ter plekke aanwezige bodemgesteldheid. Volgens de UAV 1989 zal dan ook door de aannemer gewaarschuwd moeten worden wanneer de afstemming tussen ontwerp en bodemgesteldheid een fout bevat, maar een verplichting om te waarschuwen tegen een gebrek in of ongeschiktheid van de bouwgrond zelf, is in de UAV niet te lezen. Een verschil met de wettekst is voorts dat § 6, lid 14 meteen ook het rechtsgevolg van het verzuimen van de waarschuwingsplicht door de aannemer geeft. Het door de aannemer verzuimen van die waarschuwingsplicht leidt ertoe dat hij voor de schadelijke gevolgen daarvan aansprakelijk is.

In beide gevallen – dus zowel § 2, lid 5 als § 6, lid 14 – verplichten de UAV de aannemer alleen dan tot het geven van een waarschuwing wanneer het gaat om klaarblijkelijke fouten of gebreken in hetgeen van de opdrachtgever afkomstig is.

Een ander belangrijk verschil tussen de in de wet opgenomen waarschuwingsplicht en de in de UAV neergelegde waarschuwingsplichten is dat de wettelijke waarschuwingsplicht ook geldt bij het *aangaan* van de overeenkomst. De in de UAV neergelegde waarschuwingsplichten werken dan nog niet, want de UAV zijn eerst van toepassing na de totstandkoming van het contract. Dit wil echter niet zeggen dat bij het sluiten van de aannemingsovereenkomst niet toch een waarschuwingsplicht bestaat: de precontractuele redelijkheid en billijkheid zouden in een bepaald geval kunnen meebrengen dat de aannemer dient te waarschuwen.

#### Artikel 7.12.5

In geval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk kan de aannemer slechts dan een verhoging van de prijs vorderen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 214 van Boek 6.

De UAV 1989 geven in § 36 een uitgebreide regeling van het onderwerp bestekswijzigingen. Daaronder worden verstaan wijzigingen in het bestek, het werk of de voorwaarden van uitvoering van het werk.

Het aanbrengen van een bestekswijziging is een van de wijzen waarop het kan komen tot de verrekening van meer werk. Zie § 35, lid 1.

Een specifiek geval van het wijzigen van het overeengekomene is geregeld in § 13, lid 1. Daar gaat het om de bevoegdheid van de directie om wijziging aan te brengen in het overeengekomen tijdstip van uitvoering van bepaalde werkzaamheden.

Ook in andere in de UAV 1989 geregelde gevallen gaat het om veranderingen in het overeengekomen werk die aanleiding kunnen geven tot verrekening van meer werk. Daarbij is te denken aan de regeling van de stelposten in § 37, en aan die van de afwijking van geschatte hoeveelheden en van verrekenbare hoeveelheden. Zie § 38, lid 2 en § 39.

De UAV kennen in § 34 voorts de mogelijkheid van het door de directie brengen van een wijziging in de uitvoering.

De wijziging in de uitvoering van § 34 mag overigens niet op een lijn worden gesteld met de bestekswijziging van § 36. Bij een bestekswijziging gaat het om een wijziging in hetgeen is overeengekomen; bij een wijziging in de uitvoering om wijziging van een door de aannemer in vrijheid bepaalde uitvoeringswijze (bij voorbeeld de werkvolgorde). Bij de bestekswijziging is dus wel sprake van wijziging van het overeengekomene; bij wijziging in de uitvoering niet. Dat laatste betekent ondertussen niet dat geen financiële consequenties verbonden zouden zijn aan een wijziging in de uitvoering op grond van § 34. Want wanneer door

die wijziging meer van de aannemer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevegd, heeft deze op grond van die paragraaf recht op bijbetaling.

Lang niet in alle hierboven genoemde gevallen verplichten de UAV de aannemer om de opdrachtgever te wijzen op de noodzaak van een prijsverhoging, laat staan dat op zo'n verhoging geen aanspraak kan worden gemaakt bij het niet gewezen hebben op die noodzaak. Op grond van § 6, lid 15 UAV 1989 is de aannemer slechts ten aanzien van «andere aanspraken» jegens de opdrachtgever verplicht om daarvan zo spoedig mogelijk aan de opdrachtgever kennis te geven. Die «andere aanspraken» zijn alle financiële aanspraken, behalve die tot betaling van de aannemingsom en die tot verrekening van meer en minder werk op grond van de §§ 35 t/m 39.

Dit betekent dat bedoelde schriftelijke mededeling door de aannemer aan de opdrachtgever achterwege kan blijven wanneer het gaat om:

- bestekswijzigingen;
- afwijkingen van de bedragen van stelposten;
- afwijkingen van geschatte hoeveelheden;
- afwijkingen van verrekenbare hoeveelheden;
- in de UAV met name genoemde gevallen welke leiden tot de verrekening van meer of minder werk.

Onder de «andere aanspraken» zoals bedoeld in § 6, lid 15 zijn bij voorbeeld te rangschikken aanspraken wegens bijbetaling en aanspraken tot vergoeding van schade. Van het eerste is bij voorbeeld sprake bij wijziging in de uitvoering zoals bedoeld in § 34.

Een apart voorschrift geldt nog ten aanzien van de in § 36 bedoelde bestekswijzigingen. Die moeten de aannemer schriftelijk worden opgedragen, zo zeggen de leden 2 en 5 van § 36. Echter, het gemis van een schriftelijke opdracht laat de aanspraken van de aannemer voor verrekening van meer werk onverlet.

#### *Artikel 7.12.6*

1. Indien reeds vóór de vastgestelde tijd van oplevering waarschijnlijk wordt dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd, kan de rechter de overeenkomst op vordering van de opdrachtgever geheel of gedeeltelijk ontbinden.

De UAV 1989 kennen niet een bepaling in de trant van artikel 7.12.6, eerste lid.

Wel geven de UAV in § 46, lid 2 de directie de bevoegdheid om de aannemer schriftelijk aan te manen om de uitvoering te bespoedigen wanneer de aannemer voor de uitvoering van het werk te weinig personeel of hulpmiddelen (van voldoende capaciteit) inzet, en daardoor naar het oordeel van de directie ontoelaatbare vertraging ontstaat.

Meer algemeen geeft § 46, lid 1 de opdrachtgever de mogelijkheid om de aannemer in gebreke te stellen bij het niet-nakomen van zijn verplichtingen. Blijft de aannemer in gebreke, dan is de opdrachtgever gerechtigd het werk voor rekening van de aannemer te voltooien of te doen voltooien.



2. Indien reeds vóór de oplevering waarschijnlijk wordt dat de opdrachtgever niet op tijd of niet behoorlijk aan zijn verplichtingen zal voldoen, of dat de aannemer de overeenkomst niet zal kunnen uitvoeren ten gevolge van een omstandigheid die hem niet kan worden toegerekend, kan de rechter de overeenkomst op vordering van de aannemer geheel of gedeeltelijk ontbinden.

De UAV 1989 bieden de aannemer in § 43a, lid 8 een regeling die enigszins gelijk is op de regeling in artikel 7.12.6, lid 2 voor de eerste in genoemd artikellid omschreven situatie. De UAV geven de aannemer namelijk het recht om te verlangen dat de opdrachtgever genoegzame zekerheid stelt wanneer de aannemer gegronde redenen heeft om aan te nemen dat de opdrachtgever de aannemer niet of niet tijdig zal betalen. Het rechtsgevolg is dus anders dan de door de wet genoemde mogelijkheid van ontbinding. De UAV voegen daar nog aan toe, dat indien de verlangde zekerheid niet door de opdrachtgever wordt gesteld, de aannemer de bevoegdheid heeft om het werk te schorsen of te beëindigen in onvoltooide staat.

De UAV 1989 kennen geen algemene regel die het de aannemer mogelijk maakt ontbinding van de overeenkomst te vorderen wanneer het werk niet zal of zal kunnen worden uitgevoerd ten gevolge van een omstandigheid die de aannemer niet kan worden toegerekend. Wel houden de UAV rekening met de mogelijkheid dat de uitvoering van het werk door de opdrachtgever geschorst wordt (§ 14, lid 1). Daartoe zou de opdrachtgever zich genoodzaakt kunnen zien wanneer de uitvoering van het werk juridisch of feitelijk niet mogelijk is, bij voorbeeld omdat de bouwvergunning of het bouwterrein niet tijdig beschikbaar is (zie § 5, lid 1). Voorts kan worden gedacht aan het geval waarin schorsing van de uitvoering noodzakelijk is wegens het bij grondwerk aantreffen van een gevonden voorwerp, zoals een uit historisch oogpunt merkwaardige kademuur (zie § 32). Wanneer door dergelijke omstandigheden de schorsing langer duurt dan zes maanden, geeft § 14, lid 6 de aannemer de bevoegdheid om het werk in onvoltooide staat te beëindigen. Hetzelfde geldt wanneer de uitvoering van het werk gedurende meer dan twee maanden ononderbroken is vertraagd ten gevolge van voor rekening van de opdrachtgever komende omstandigheden (§ 14, lid 8).

3. De rechter bepaalt de gevolgen van de ontbinding; hij kan de ontbinding ook doen afhangen van door hem te stellen voorwaarden.

Ook deze regel komt in de UAV niet voor.

#### Artikel 7.12.7

1. Wordt de uitvoering van het werk onmogelijk doordat de zaak waarop of waaraan het werk moet worden uitgevoerd, tenietgaat of verloren raakt zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend, dan is de aannemer gerechtigd tot een evenredig deel van de vastgestelde prijs op grondslag van de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten. In geval van opzet of grove schuld van de opdrachtgever is de aannemer gerechtigd tot een bedrag berekend overeenkomstig het bepaalde in artikel 7.12.14 lid 2.

De UAV 1989 regelen niet het in artikel 7.12.7, lid 1 omschreven geval dat de uitvoering van het werk onmogelijk wordt doordat de zaak waarop of waaraan het werk moet worden uitgevoerd, tenietgaat of verloren raakt. De UAV 1989 regelen in § 6, lid 4 en in § 44 wel de gevolgen van schade aan het werk.

2. Bevond de zaak zich echter, in het geval bedoeld in het vorige lid, onder de aannemer, dan is de opdrachtgever tot geen enkele vergoeding gehouden, tenzij het tenietgaan of verloren raken aan zijn schuld was te wijten, in welk geval het vorige lid onverminderd toepassing vindt.

#### Artikel 7.12.7a

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. Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever. Derhalve blijft hij de prijs verschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van het werk door een oorzaak die niet aan de aannemer kan worden toegerekend.

3. De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

Ook dit geval wordt in de UAV 1989 niet geregeld.

De UAV geven in de §§ 9 en 10 een uitgebreide regeling omtrent de oplevering van het werk. Binnen de eigenlijke opleveringsprocedure kunnen worden onderscheiden: de gereedmelding door de aannemer, de opneming door de vertegenwoordiger van de opdrachtgever en de goedkeuring welke leidt tot oplevering van het werk. Ook de UAV kennen de mogelijkheid van een stilzwijgende oplevering. Daarvan is sprake wanneer de vertegenwoordiger van de opdrachtgever het werk niet tijdig opneemt of, na een wel gedane opneming, zich niet tijdig uitspreekt omtrent goed- of afkeuring van het werk.

Met de wettelijke bepaling dat het risico voor het werk met de oplevering van de aannemer naar de opdrachtgever verspringt, stemt overeen § 6, lid 4 UAV 1989. Met de tweede zin van artikel 7.12.7a, lid 2 stemt overeen § 11, lid 4 UAV 1989, die in de onderhoudstermijn aan het werk optredende schade aan het werk voor rekening van de opdrachtgever brengt, met uitzondering van schade die het gevolg is van door de aannemer verricht onvoldoende werk.

De aansprakelijkheid na de oplevering is in de UAV geregeld in § 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 artikel 7A:1645 BW voordoet, dan wel sprake is van een in § 12, lid 2b jo lid 3 UAV omschreven verborgen gebrek.

De omschrijving in de UAV van het verborgen gebrek stemt niet overeen met die in de wet.

Een punt van verschil is dat voor de vraag of een gebrek al dan niet verborgen is, de wettekst uitsluitend kijkt naar hetgeen op het moment van oplevering kon worden opgemerkt, maar de UAV bovendien kijken naar hetgeen tijdens de uitvoering redelijkerwijs onderkend had kunnen worden. De verklaring van dat verschil is gelegen in de omstandigheid dat de UAV ervan uitgaan dat tijdens de uitvoering namens de opdrachtgever toezicht wordt uitgeoefend op de uitvoering van het werk. Vandaar ook dat de UAV bovendien de eis stellen dat een gebrek als een verborgen gebrek is aan te merken wanneer het «ondanks nauwlettend toezicht» niet onderkend had kunnen worden.

Ook ten aanzien van een gebrek, leidend tot het in artikel 7A:1645 BW bedoelde geval, wordt in rechtspraak en literatuur meestal aangenomen dat een opdrachtgever zich op dat gebrek niet kan beroepen wanneer het tijdens de uitvoering of bij de opnemingsredelijkerwijs onderkend had kunnen worden.

#### Artikel 7.12.8

1. Indien het werk na oplevering gebreken vertoont waarvoor de aannemer aansprakelijk is, moet de opdrachtgever, tenzij zulks in verband met de omstandigheden niet van hem kan worden gevergd, aan de aannemer de gelegenheid geven de gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen, onverminderd de aansprakelijkheid van de aannemer voor schade ten gevolge van de gebrekkige oplevering.

2. De opdrachtgever kan vorderen dat de aannemer de gebreken binnen redelijke termijn wegneemt, tenzij de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de opdrachtgever bij herstel in plaats van schadevergoeding.

#### Artikel 7.12.10

1. De gevolgen van een ondeugdelijke uitvoering van het werk, die te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen, komen voor rekening van de aannemer.

2. Is de ondeugdelijke uitvoering echter te wijten aan gebreken of ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond

In de UAV 1989 komt een dergelijke bepaling niet voor. Dat de opdrachtgever de aannemer in beginsel wel in de gelegenheid dient te stellen om na de oplevering aan het werk blijvende tekortkomingen te herstellen, vloeit echter voort uit de algemene regel van § 46, lid 1.

Meer specifieke bepalingen van de UAV 1989 op grond waarvan de aannemer tot herstel gehouden is zijn § 6, lid 7 («onvoldoend werk»), § 9, lid 7 (bij de opnemingsgeconstateerde kleine gebreken) en § 11, lid 2 (in de onderhoudstermijn aan de dag tredende gebreken).

De UAV 1989 kennen een dergelijke bepaling niet. Wel komt men haar tegen in de rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland. Dat is de in de UAV (§ 49) aangewezen geschilleninstantie.

Dat de aannemer dient in te staan voor de deugdelijkheid van de door hem gebruikte materialen, vloeit voort uit § 17, lid 1 UAV 1989. Een uitzondering op die hoofdregel is het geval waarin de opdrachtgever aan de aannemer heeft voorgeschreven om gebruik te maken van een bouwstof van een bepaald fabrikaat. In dat geval is de opdrachtgever op grond van § 5, lid 4 namelijk aansprakelijk voor de gevolgen van functionele ongeschiktheid van de voorgeschreven bouwstof. Van functionele ongeschiktheid van bouwstoffen is sprake wanneer zij naar hun aard niet geschikt zijn voor het doel waarvoor zij blijkens het bestek zijn bestemd. Met de situatie dat een bouwstof van een bepaald fabrikaat is voorgeschreven wordt in § 5, lid 4 gelijk gesteld de situatie waarin de opdrachtgever een bepaalde leverancier aan de aannemer heeft voorgeschreven en die leverancier slechts een bepaald fabrikaat bouwstof levert.

Wat de aansprakelijkheid voor door de aannemer gebruikte hulpmiddelen (zoals gereedschappen) betreft, maken de UAV geen onderscheid al naar gelang die wel of niet door de opdrachtgever zijn voorgeschreven.

Ook volgens de UAV 1989 draagt de opdrachtgever het risico voor hetgeen van hem afkomstig is.

waarop hij een werk laat uitvoeren, dan komen de gevolgen voor zijn rekening, voor zover de aannemer niet zijn in artikel 7.12.4a bedoelde waarschuwingsplicht heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten.

In de eerste plaats zijn dat de voorgeschreven constructies en werkwijzen, alsmede gegeven orders en aanwijzingen. Zie § 5, lid 2.

In de tweede plaats gaat het om door de opdrachtgever aan de aannemer ter beschikking gestelde bouwstoffen of hulpmiddelen. Zie § 5, lid 3.

Ook de UAV leggen aan de aannemer de verplichting op om de opdrachtgever te waarschuwen indien sprake is van klaarblijkelijke fouten of gebreken in hetgeen van de opdrachtgever afkomstig is. Zie hetgeen daarover is opgemerkt bij de bespreking van artikel 7.12.4a.

Zie hetgeen hierboven bij lid 2 is opgemerkt.

De UAV 1989 kennen niet een bepaling van de strekking van artikel 7.12.11, lid 1.

Zoals bij artikel 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 een verborgen gebrek bevat. Zie § 12, lid 2 UAV.

Ten aanzien van het verborgen gebrek geldt op grond van § 12, lid 2b jo. lid 4 een vervaltermijn van 5 jaren, te rekenen vanaf de dag van oplevering. Dat betekent dat een opdrachtgever zijn rechtsvordering op grond van verborgen gebreken binnen die termijn moet instellen, bij gebreke waarvan zijn rechten vervallen.

De UAV 1989 geven niet aan welke verjaringstermijn geldt voor het geval zich de in artikel 7A:1645 BW bedoelde situatie voordoet. De Hoge Raad heeft in het tweede Mook/Sap-arrest (HR 13 november 1930, NJ 1931, p. 247) beslist dat artikel 7A:1645 BW een regel van bewijsrecht geeft en onverlet laat de aansprakelijkheid van de aannemer op grond van het algemene verbintenissenrecht. Onder het oude recht

3. Lid 2 is van overeenkomstige toepassing in geval van fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.

#### *Artikel 7.12.11*

1. Elke vordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld, waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.

2. De vordering verjaart in ieder geval door verloop van twintig jaren na de oplevering in geval van aanneming van bouwwerken en door verloop van tien jaren na de oplevering in alle andere gevallen.

betekende die opvatting dat de aannemer na oplevering gedurende 30 jaren aansprakelijk was voor het geval zich de in artikel 7A:1645 BW bedoelde situatie voordeed. Uit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven bleek echter dat bij het zich voordoen van de in artikel 7A:1645 BW bedoelde situatie, niet de algemene verjaringstermijn van 30 jaar werd aangehouden, maar de in artikel 7A:1645 BW zelf genoemde termijn van 10 jaar. Dat werd dan beargumenteerd met verwijzing naar het in § 12, lid 1 UAV neergelegde uitgangspunt dat de aannemer na oplevering niet meer voor tekortkomingen aan het werk aansprakelijk is. Dat uitgangspunt bracht in de ogen van arbiters mee dat de daarop in § 12, lid 2 geformuleerde uitzonderingen beperkt moeten worden uitgelegd. Daarbij paste dan wat betreft artikel 7A:1645 BW niet de 30-jarige verjaringstermijn van het algemene verbintenissenrecht.

Wanneer de in artikel 7A:1645 BW bedoelde situatie zich voordoet en de aansprakelijkheid van de aannemer moet worden beoordeeld volgens het huidige BW, komt men, afhankelijk van hetgeen gevorderd wordt, terecht bij de artikelen 3:310 of 311.

Op grond van § 12, lid 5 geldt dat de vervaltermijn wegens het verborgen gebrek en de verjaringstermijn terzake van de in artikel 7A:1645 BW bedoelde situatie, een aanvang nemen na afloop van de zogenaamde onderhoudstermijn, indien in het bestek een dergelijke onderhoudstermijn is voorgeschreven. Zie ook § 11, lid 1.

Een bepaling van deze strekking ontbreekt in de UAV 1989.

3. Indien de vordering krachtens het bepaalde in de vorige leden zou verjaren tussen het tijdstip waarop de aannemer aan de opdrachtgever heeft medegedeeld dat hij het gebrek zal onderzoeken of herstellen, en het tijdstip waarop hij het onderzoek en de pogingen tot herstel kennelijk als beëindigd beschouwt, wordt de verjaringstermijn verlengd overeenkomstig artikel 320 van Boek 3.

4. De leden 1-3 laten onverlet de bevoegdheid van de opdrachtgever om aan een vordering tot betaling van de prijs zijn recht op vermindering daarvan door gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst of op schadevergoeding tegen te werpen.

#### Artikel 7.12.12

De aansprakelijkheid van de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen, kan niet worden uitgesloten of beperkt, noch kan zij aan kortere verjaringstermijnen worden onderworpen dan die voorzien in artikel 7.12.11. Verzwijging door degenen die de aannemer met de

In de UAV 1989 komt een dergelijke bepaling niet voor.

De UAV 1989 bevatten niet een dergelijke bepaling.

Wel heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven enkele malen beslist dat de aannemer soms aan de opdrachtgever niet kan

leiding over de uitvoering van het werk heeft belast, wordt gelijkgesteld met verzwijging door de aannemer.

#### Artikel 7.12.13

Indien de aannemer na het sluiten van de overeenkomst overlijdt of invalide wordt, kan ieder der partijen de overeenkomst beëindigen, voor zover zij, gezien de aard van de overeenkomst, aan het overlijden of de invaliditeit een redelijk belang bij beëindiging kan ontleen. Voor de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten is de opdrachtgever een naar redelijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden te bepalen vergoeding verschuldigd.

#### Artikel 7.12.14

1. De opdrachtgever is te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen.

2. In geval van zulke opzegging zal hij de voor het gehele werk geldende prijs moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien, tegen aflevering door de aannemer van het reeds voltooide werk. Indien de prijs afhankelijk was gesteld van de werkelijke door de aannemer te maken kosten, wordt de door de opdrachtgever verschuldigde prijs berekend op grondslag van de gemaakte kosten, de verrichte arbeid en de winst die de aannemer over het gehele werk zou hebben gemaakt.

tegenwerpen dat een tekortkoming aan het werk niet verborgen was voor de opdrachtgever of voor degene die tijdens de uitvoering toezicht uitoefende. Dat deed zich met name voor in die gevallen waarin de aannemer zich er bewust van moet zijn geweest dat het werk door hem onzorgvuldig was uitgevoerd.

Van de in de wet genoemde gevallen regelen de UAV 1989 in § 46, lid 5 alleen de gevolgen van het overlijden van de aannemer.

De UAV bepalen in § 46, lid 5 dat bij het overlijden van de aannemer de overeenkomst niet uit dien hoofde is ontbonden. De UAV reppen alleen over de mogelijkheid dat de opdrachtgever de erfgenamen van de aannemer sommeert om binnen acht dagen te verklaren of zij bereid zijn het werk voort te zetten. Zijn zij daartoe niet bereid, dan is de opdrachtgever gerechtigd om het werk voor rekening van de erfgenamen te voltooien of te doen voltooien, onverminderd zijn recht op schadevergoeding. Zie § 46, leden 3 (waarnaar in § 46, lid 5 verwezen wordt) en 6, alsmede § 40, lid 12. De UAV geven de opdrachtgever bij onvermogen van de aannemer (waaronder het geval dat deze overlijdt) voorts het recht om bij voltooiing gebruik te maken of te doen maken van alle ter beschikking van de aannemer staande hulpmiddelen. Zie § 46, leden 7 en 8.

Ook op grond van de UAV (§ 14, lid 7) is de opdrachtgever bevoegd om te allen tijde de aannemingsovereenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen. In de UAV 1989 wordt echter niet over een opzegging gesproken maar over een opdracht aan de aannemer door de opdrachtgever om het werk «in onvoltooide staat te beëindigen».

De financiële gevolgen van een door de opdrachtgever aan de aannemer gegeven opdracht om het werk in onvoltooide staat te beëindigen worden gegeven in § 14, lid 10 UAV. De daar omschreven wijze van afrekening is gelijk aan die van artikel 7.12.14. Een verschil is wel dat de UAV de aannemer bovendien recht geven op vergoeding van de kosten die hij als gevolg van de niet-voltooiing heeft moeten maken.

Een ander verschil is dat de UAV geen rekening houden met de uitvoering van het werk in regie, zoals de wettekst dat wel doet. In geval van regie-werk zal § 14, lid 10 UAV reeds daarom niet kunnen worden toegepast omdat bij uitvoering van een werk in regie geen sprake is van een aannemingssom.

*Afdeling 2. Bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf*

De UAV 1989 bevatten geen bijzondere bepalingen voor het geval de aannemingsovereenkomst tot onderwerp heeft de bouw van een woning in opdracht van een consument. Niet uitgesloten is echter dat de UAV op een dergelijke aannemingsovereenkomst van toepassing worden verklaard, met name wanneer de aannemer een woning bouwt op basis van een ontwerp of bestek dat hem door de opdrachtgever wordt gepresenteerd. Vaak zal de opdrachtgever dat ontwerp of bestek door een derde (bij voorbeeld een architect) hebben laten vervaardigen.

Voor de situatie waarin de bouw van de woning plaatsvindt op basis van een door of namens de bouwondernemer vervaardigd plan wordt in de praktijk vaak gebruik gemaakt van de zogenoemde Model Koop-/aannemingsovereenkomst met bijbehorende algemene voorwaarden.

**Bijlage II. Transponeringstabel betreffende de in het voorontwerp voor titel 7.12 aangehaalde artikelen van de boeken 3, 6 en 7 nieuw Burgerlijk Wetboek in de oude nummering**

Oude nummering	Nieuwe nummering
3.2.13	3:49
afd. 3.10.3	afd. 3.10.2
3.10.3.2	3:283
3.10.3.15	3:287
3.10.4.1	3:288
3.10.3.13	vervallen
3.10.3.14	vervallen
afd. 3.10.4A	afd. 3.10.4
3.11.1	3:296
3.11.13	3:310
3.11.17	3:317
3.11.19	3:320
3.11.20a	3:322
6.1.1.2	6:2
6.1.6.1	6:27
6.1.6.17	6:48
6.1.6A.6	6:57
afd. 6.1.7	afd. 6.1.8
6.1.7.1	6:58
afd. 6.1.8	afd. 6.1.9
6.1.8.1	6:74
6.1.8.2	6:75
6.1.8.3	6:76
6.1.8.3a	6:77
6.1.8.4	6:78
6.1.8.5	6:80
6.1.8.6	6:81
6.1.8.8	6:83
6.1.8.11	6:87
6.1.8.14	6:89
6.1.8.15	vervallen
6.5.1.2	6:214
6.5.1.4	6:215
6.5.2.11	6:228
6.5.3.1	6:248
6.5.3.10	vervallen
6.5.3.11	6:258
6.5.4.2	6:262
6.5.4.5	vervallen
6.5.4.6	6:265
6.5.4.7	6:266
6.5.4.10	6:270
6.5.4.14	6:271
6.5.4.15	6:272
7.1.1.2	7:4