

Open Brief prof. mr. dr. M.A.B. Chao- Duivis aan Minister Blok en de leden van de Commissie Wonen en Rijksdienst

Betreffende de formulering van het concept-artikel 7:758 lid 4 BW

Ik heb mij al een paar keer in de juridische pers geuit over het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen. Het ging mij daarbij met name om het bepaalde in het concept artikel art. 7:758 lid 4 BW. Dit artikellid luidt als volgt:

‘In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen’.

Hoe langer ik naar dit artikel kijk, hoe meer ik er van overtuigd ben, dat het een zeer ongelukkig voorstel is. Het streven om met dit wetsvoorstel de positie van de opdrachtgever van bouwwerkzaamheden te verbeteren, wordt bemoeilijkt door de gekozen formulering. Het gaat mij om de woorden: *‘gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt’.*

Ik som de bezwaren op:

De term ‘ontdekt’ is onduidelijk: moet de opdrachtgever op ontdekking uit? Zo ja wordt er dus een onderzoeksplicht op de opdrachtgever gelegd? Maar als dat het geval is, waarom dan niet daarvan expliciet gesproken? Brengt niet nakoming van deze plicht met zich dat de aannemer van aansprakelijkheid is ontslagen?

Dan is er de term gebrek: waarom wordt niet gesproken in termen van tekortkoming? Dat past bij de koopovereenkomst en ook bij de regeling van de aansprakelijkheid in Boek 6 BW.

En dan tot slot het belangrijkste bezwaar. De woorden van het wetsvoorstel doen drie categorieën ontdekte gebreken ontstaan:

- (i) ontdekte gebreken die zijn opgenomen in het proces-verbaal van oplevering;
- (ii) ontdekte gebreken die niet in het proces-verbaal van oplevering zijn opgenomen, maar waarover wel is gesproken of anderszins gecommuniceerd;
- (iii) ontdekte gebreken die onderwerp van gesprek of van een andere vorm van communicatie zijn geweest en zijn aanvaard door de consument.

De eerste categorie moet door de aannemer worden hersteld (al staat dat niet in het wetsvoorstel, ook wat onhandig, maar gelukkig wel op veel voorgedrukte proces-verbalen).

De tweede categorie is ook voor rekening van de aannemer indien het bewijs van het gebrek geleverd kan worden op een andere manier dan middels het proces-verbaal; de Toelichting op het wetsvoorstel opent die mogelijkheid. Wat er van kan komen in de praktijk is mogelijk zorgelijk, want laat een consument zich niet (te) gemakkelijk overtuigen dat gebreken die niet genoteerd zijn buiten de aansprakelijkheid van de aannemer vallen?

De derde categorie valt niet binnen de aansprakelijkheid van de aannemer, tenzij er sprake is van een wilsontbreken of wilsgebrek (het aanvaarden van de oplevering is een rechtshandeling). Dat gebreken bewust aanvaard zijn door de consument is een opvallende situatie, althans één die met argusogen bekeken moet worden. Want wie aanvaardt een gebrek bewust? Dan moet er wel iets bijzonders aan de hand zijn.

Er is echter nog een categorie niet aan de orde geweest: de categorie zichtbare gebreken, die geen onderwerp van gesprek of van een andere vorm van communicatie zijn geweest. Denk aan gevallen als: dat iemand langs het gebrek liep en zich niet realiseerde dat het een gebrek was, of het gewoonweg niet zag, of zich niet realiseerde wat de consequentie/betekenis van de (op het eerste gezicht betekenisloze) verkleuring of uitvoeringswijze is? Moeten deze zichtbare gebreken worden gekwalificeerd als ontdekt of niet? Wet en Toelichting zeggen er niets over.

Er liggen twee alternatieve tekstvoorstellen die dezelfde intentie hebben als het huidige wetsvoorstel, maar die niet de vragen oproepen die het voorliggende voorstel oproepen.

In het onderzoek gedaan in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken door het Instituut voor Bouwrecht in 2013 (*Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw*) is de volgende suggestie gedaan:

‘de aannemer is na oplevering alleen aansprakelijk voor verborgen gebreken; een verborgen gebrek is een gebrek dat niet genoteerd is op het proces-verbaal van oplevering.’

Daarnaast heb ik het voorstel gedaan in Tijdschrift voor Bouwrecht 2015 om aan te knopen bij de regeling van de koopovereenkomst, art. 7:17 e.v. BW. In die regeling is bepaald, wat de verplichtingen van de ondernemer of aannemer zijn wat de sancties zijn als die verplichtingen niet worden nageleefd. En de verplichting van de verkoper is te leveren wat hij verkocht. Die regeling overnemen voor aanneming van werk is eigenlijk wetsystematisch een voor de hand liggende beslissing en vermijdt de discussies die het huidige voorstel in de praktijk gaat oproepen. Die regeling heeft mijn voorkeur.

Het wetsvoorstel heeft het in zich een verbetering van de praktijk van aanneming van bouwwerken te bewerkstelligen, waarbij opdrachtgevers gebaat zijn en de sector tot een verbetering van het kwaliteitsniveau kan komen, leidend tot meer vertrouwen in de sector. Dit gaat mij ter harte en om die reden roep ik u met deze open brief op het wetsvoorstel te verbeteren op dit punt.

Dank voor uw aandacht; ik zal de ontwikkeling met grote belangstelling blijven volgen.

Hoogachtend,

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

*Directeur Instituut voor Bouwrecht
Hoogleraar Bouwrecht TU Delft*