



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

De Wet Kwaliteitsborging voor het Bouwen

Veranderingen Burgerlijk Wetboek in de praktijk

Inhoudsopgave

De Wet Kwaliteitsborging voor het Bouwen	3
Aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering	4
1 'Van een leien dakje'	4
2 Algemene inleiding	4
3 Uitwerking 'Van een leien dakje'	5
De waarschuwingsplicht van de aannemer	7
1 'Schots en scheef'	7
2 Algemene inleiding	8
3 Uitwerking 'Schots en scheef'	9
Het dossier dat bij oplevering aan de opdrachtgever wordt verstrekt	11
1 'Zoekgeraakte tekeningen'	11
2 Algemene inleiding	12
3 Uitwerking 'Zoekgeraakte tekeningen'	12
De informatieplicht over de verzekering en financiële zekerheid	14
1 'Informereren over zekerheid'	14
2 Algemene inleiding	15
3 Uitwerking 'Informereren over zekerheid'	15
De 5%-regeling van artikel 7:768 bw	17
1 'Behoud je 5% zekerheid'	17
2 Algemene inleiding	18
3 Uitwerking 'Behoud je 5% zekerheid'	19

De Wet Kwaliteitsborging voor het Bouwen

Veranderingen in het Burgerlijk Wetboek

Op 1 oktober 2022 of 1 januari 2023 treedt de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) in werking. Een doel van de nieuwe wet is het verbeteren van de kwaliteit van bouwwerken. Om dit doel te realiseren wordt een nieuw systeem van toezicht op de bouw kwaliteit geïntroduceerd. In het nieuwe toezichtstelsel ziet een private kwaliteitsborger met behulp van een zogenaamd instrument van kwaliteitsborging toe op de bouw en de bouwplannen. Als na de afronding van de bouwwerkzaamheden naar het oordeel van de kwaliteitsborger er een gerechtvaardigd vertrouwen is dat het bouwwerk voldoet aan de bouwtechnische voorschriften, geeft hij een verklaring af. Het nieuwe toezichtstelsel wordt gefaseerd ingevoerd, startend met bouwwerken in gevolgklasse 1 (eenvoudige bouwwerken). In dit document komt het nieuwe toezichtstelsel verder niet aan bod.

Naast invoering van een nieuw toezichtstelsel, worden bij inwerkingtreding van de Wkb vijf veranderingen doorgevoerd in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Deze veranderingen staan in dit document centraal. Net als bij het nieuwe toezichtstelsel, is het doel van de vijf veranderingen in het BW het verbeteren van de kwaliteit van bouwwerken. Daarnaast wordt beoogd de positie van de opdrachtgever te versterken. De veranderingen hebben betrekking op de volgende onderwerpen:

- de uitbreiding van de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering (art. 7:758 lid 4 BW);
- de aanvulling van de waarschuwingplicht van de aannemer (art. 7:754 lid 2 BW);
- de introductie van een dossier dat bij oplevering wordt verstrekt aan de opdrachtgever (art. 7:757a BW);

- de informatieplicht van de aannemer aan de consument-opdrachtgever over zekerheden en garanties (art. 7:765a BW) en;
- de informatieplicht van de aannemer over de opschortingsbevoegdheid van de consument-opdrachtgever bij nieuwbouwwoningen (art. 7:768 BW).

Een consument-opdrachtgever is een opdrachtgever die consument is. Een consument is een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Deze vijf veranderingen worden doorgevoerd in het BW met ingang van 1 juli 2022¹ en zijn niet beperkt tot de bouwwerken in gevolgklasse 1.

Met uitzondering van de informatieplicht over de opschortingsbevoegdheid zijn de regels van toepassing op alle type bouwactiviteiten (woningbouw, utiliteitsbouw, infrastructuur).

In dit document wordt inzichtelijk gemaakt wat het gevolg is van de vijf veranderingen in het BW. Dit gebeurt aan de hand van praktische voorbeelden. Per verandering wordt een situatie weergegeven, waarna enkele relevante aspecten van de desbetreffende verandering worden behandeld. Vervolgens wordt de situatie op twee manieren uitgewerkt: een keer onder het huidige BW (de 'huidige' situatie) en een keer onder het BW mét de doorgevoerde veranderingen van de Wkb (de 'nieuwe' situatie).

¹ Dit met uitzondering van het dossier bij oplevering dat pas 6 maanden na inwerkingtreding van de Wkb in werking treedt.

Aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering

1 'Van een leien dakje'

Een opdrachtgever heeft met een aannemer een aannemingsovereenkomst gesloten voor het realiseren van een tweelaagse aanbouw bestaande uit een garage met daarop een kap met leistenen dakpannen. Na afronding van de werkzaamheden wordt het werk door de aannemer opgeleverd. Bij oplevering wordt de opdrachtgever bijgestaan door een dakspecialist. Van de oplevering wordt een proces-verbaal opgemaakt die door de opdrachtgever en de aannemer wordt ondertekend. Drie weken na oplevering beginnen enkele leistenen dakpannen los te raken van de kap. De oorzaak blijkt het gebruik van onvoldoende leisteennagels. In het proces-verbaal van oplevering is hierover niets opgenomen. Direct nadat de opdrachtgever kennis heeft genomen van de losgeraakte leistenen dakpannen brengt hij de aannemer hiervan op de hoogte. Volgens de opdrachtgever is hier sprake van een gebrek waarvoor de aannemer aansprakelijk is. De aannemer vindt dat hij niet aansprakelijk is.

Vraag: wie heeft gelijk?

2 Algemene inleiding

De aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering is in het huidige BW geregeld in art. 7:758 lid 3 BW. In het artikel is bepaald dat de aannemer is ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever bij oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Het gaat er niet om wat de opdrachtgever daadwerkelijk bij oplevering heeft ontdekt, maar om de hypothetische vraag wat hij op dat moment redelijkerwijs had moeten ontdekken. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de deskundigheid van de opdrachtgever bij oplevering en de zichtbaarheid van het gebrek. Is het antwoord op die vraag dat de opdrachtgever het gebrek redelijkerwijs had moeten ontdekken, dan is de aannemer niet aansprakelijk voor het gebrek. Het uitgangspunt van art. 7:754 lid 3 BW is dus: ontslag van aansprakelijkheid.

Met inwerkingtreding van de Wkb wordt een nieuw vierde lid toegevoegd aan art. 7:758 BW. Art. 7:758 lid 4 BW is alleen van toepassing op aanneming van werk bij bouwwerken, zoals bijvoorbeeld bij de bouw of verbouw van een woning



of bedrijfspand. In het nieuwe artikellid is opgenomen dat de aannemer aansprakelijk is voor gebreken die bij oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. Het nieuwe vierde lid wijkt dus af van het derde lid (zie de vorige alinea). Het is daardoor niet meer van belang of de opdrachtgever het gebrek bij oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken, maar of het gebrek bij oplevering daadwerkelijk door de opdrachtgever is ontdekt. Wat de opdrachtgever redelijkerwijs had moeten ontdekken op dat moment is dus niet relevant. In afwijking van art. 7:758 lid 3 BW is het uitgangspunt bij art. 7:758 lid 4 BW kortom: vestigen van aansprakelijkheid. Het is aan de aannemer om aan te tonen dat het gebrek – waarvoor hij aansprakelijk wordt gehouden – niet aan hem is toe te rekenen.

Een ‘verborgen gebrek’ is een gebrek dat de opdrachtgever bij oplevering niet heeft ontdekt en (in de huidige situatie) ook niet had hoeven ontdekken. Een aannemer is zowel in de huidige als in de nieuwe situatie na oplevering aansprakelijk voor dergelijk gebreken.

Een middel waarmee kan worden aangetoond of een gebrek daadwerkelijk bij oplevering is ontdekt, is het proces-verbaal van oplevering. Dit is een document waarin gebreken zijn opgenomen die bij oplevering door partijen zijn geconstateerd. Het proces-verbaal van oplevering is een handig middel waarmee kan worden aangetoond dat een gebrek bij oplevering door de opdrachtgever is ontdekt. Een ontdekt gebrek staat in het proces-verbaal, een niet-ontdekt gebrek staat er niet in. Maar let op: als een gebrek niet is opgenomen in het proces-verbaal van oplevering, betekent dat niet perse dat dit gebrek niet door de opdrachtgever bij oplevering is ontdekt. Ook uit andere informatie - zoals filmopnamen van de oplevering - kan dit blijken.

Een definitie van wat onder dit begrip ‘bouwwerk’ moet worden verstaan, ontbreekt in het BW. Het begrip ‘bouwwerk’ is wel gedefinieerd in de Omgevingswet: ‘constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren, met inbegrip van de daarvan deel uitmakende bouwwerkgebonden installatie’. Zoals in beantwoording van Kamervragen is aangegeven heeft de terminologie wat betreft de aanneming van bouwwerken in het BW dezelfde betekenis als de betekenis die in de Omgevingswet wordt gegeven aan een bouwwerk.

In het nieuwe art. 7:758 lid 4 BW is opgenomen dat de opdrachtgever en de aannemer niet mogen afwijken van het bepaalde in deze regeling als de afwijking in het nadeel is van de consument-opdrachtgever. Afwijken is wel toegestaan wanneer de opdrachtgever geen consument is, maar een professionele partij die handelt voor doeleinden die verband houden met een beroep of bedrijf. In dat geval mag op grond van art. 7:758 lid 4 BW in het nadeel van de professionele opdrachtgever worden afgeweken van dat artikel, mits de afwijking uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.

Wanneer een afwijking ‘uitdrukkelijk in de overeenkomst’ is opgenomen, is nog niet concreet gemaakt door de rechter of wetgever. Wel is duidelijk dat afwijken van art. 7:758 lid 4 BW in algemene voorwaarden, zoals de UAV 2012, onvoldoende is.

Tot slot, art. 7:758 lid 4 BW is niet van toepassing op aannemingsovereenkomsten die zijn gesloten vóór inwerkingtreding van de Wkb. Voor die aannemingsovereenkomsten geldt nog gewoon art. 7:758 lid 3 BW.

3 Uitwerking ‘Van een leien dakje’

De huidige situatie: de aannemer heeft gelijk

In de hiervoor uiteengezette voorbeeldsituatie waarin de aannemer onvoldoende lesteennagels heeft gebruikt, vindt de opdrachtgever dat er een gebrek is waarvoor de aannemer aansprakelijk. De aannemer vindt dat hij niet aansprakelijk is. Hoe zit dit nu onder de huidige situatie (art. 7:758 lid 3 BW)?

Art. 7:758 lid 3 BW bepaalt dat de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever bij oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. De vraag die dus beantwoord moet worden is of de opdrachtgever bij oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken dat de leistenen dakpannen met onvoldoende lesteennagels waren bevestigd. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van verschillende factoren. Een van die factoren is de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever bij oplevering, bijvoorbeeld omdat hij zelf deskundig is of een deskundige heeft meegenomen naar de oplevering. In het hiervoor beschreven voorbeeld wordt de opdrachtgever bij oplevering bijgestaan door een dakspecialist. Hierdoor kan worden aangenomen dat bij oplevering deskundigheid op het gebied van daken aanwezig was aan de zijde van de opdrachtgever. De vraag is dan of de dakspecialist had

moeten ontdekken dat de leistenen dakpannen met onvoldoende lesteennagels waren bevestigd. In deze situatie kan worden aangenomen dat de dakspecialist redelijkerwijs had moeten ontdekken dat er onvoldoende lesteennagels waren gebruikt, waardoor het risico bestond dat de leistenen dakpannen los konden raken. Deze aanname zou waarschijnlijk geen standhouden als de opdrachtgever bij oplevering niet werd bijgestaan door een dakspecialist. Van een leek mag doorgaans niet verwacht worden dat hij weet hoeveel lesteennagels moeten worden gebruikt voor het bevestigen van leistenen dakpannen. De conclusie is dat de opdrachtgever, bijgestaan door de dakspecialist, bij oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken dat onvoldoende lesteennagels waren gebruikt bij het bevestigen van de dakpannen en dat de aannemer dus op grond van art. 7:758 lid 3 BW is ontslagen van aansprakelijkheid voor dit gebrek.

De nieuwe situatie: de opdrachtgever heeft gelijk

Hoe zit het nu met de aannemer, de opdrachtgever en het leistenen dak als de Wkb is ingevoerd (art. 7:758 lid 4 BW)?

Art. 7:758 lid 4 BW is van toepassing op aanneming van bouwwerken, waarvan sprake is in het hier besproken geval. In art. 7:758 lid 4 BW is opgenomen dat de aannemer aansprakelijk is voor gebreken die bij oplevering niet zijn ontdekt. Het is dus de vraag of de opdrachtgever bij oplevering van het werk daadwerkelijk heeft ontdekt dat de

leistenen dakpannen met onvoldoende lesteennagels waren bevestigd. Het antwoord op deze vraag is waarschijnlijk: nee (gegeven de beperkte informatie uit de voorbeeld-situatie). Een aanknopingspunt voor dit antwoord is dat in het proces-verbaal van oplevering niets is opgenomen over het gebruik van onvoldoende lesteennagels. Let wel, ook op andere manieren kan worden aangetoond of het gebruik van onvoldoende lesteennagels bij oplevering al dan niet was ontdekt.

De deskundige bijstand van de dakspecialist speelt in dit geval geen rol. Het doet er namelijk niet (meer) toe dat de opdrachtgever met deskundige bijstand van de dakspecialist de oplevering bijwoont en het gebrek daarom redelijkerwijs had kunnen ontdekken. Het gaat er bij art. 7:758 lid 4 BW om wat de opdrachtgever *daadwerkelijk* heeft ontdekt.

Nu de opdrachtgever bij oplevering niet heeft ontdekt dat er onvoldoende lesteennagels waren gebruikt voor het bevestigen van de leistenen dakpannen, is de aannemer op grond van art. 7:758 lid 4 BW aansprakelijk voor dit gebrek. De aannemer kan zich eventueel wel verweren door te zeggen dat het gebrek niet aan hem is toe te rekenen. Daartoe zal hij moeten kunnen aantonen dat hij wel degelijk voldoende lesteennagels heeft aangebracht vóór oplevering of dat het hem niet toe te rekenen is, bijvoorbeeld omdat de opdrachtgever zelf een dakdekker heeft ingeschakeld.

De waarschuwingsplicht van de aannemer

1 'Schots en scheef'

Een opdrachtgever heeft met een aannemer een aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een houten schuur in zijn achtertuin. De betonnen fundering waar de aannemer de schuur op zal gaan bouwen, is door de opdrachtgever zelf gestort. Bij het uitvoeren van enkele voorbereidingswerkzaamheden, merkt de aannemer op dat de betonnen fundering niet waterpas is. De aannemer weet dat dit gevolgen kan hebben voor de stand van de schuur. De aannemer belt direct de opdrachtgever en vertelt hem dat de fundering 'niet waterpas' is waardoor de schuur 'scheef kan komen te staan'. Ondanks deze mededeling van

de aannemer geeft de opdrachtgever groen licht voor de start van de werkzaamheden. Bij oplevering ziet de opdrachtgever de schuur voor het eerst met eigen ogen en constateert dat deze scheef staat. De opdrachtgever weigert de schuur in deze staat te accepteren. Hij stelt dat de aannemer verplicht is de schuur zodanig te herstellen dat deze recht komt te staan. Volgens de aannemer is hij niet gehouden dit te doen. De opdrachtgever gaf hem immers groen licht om met de werkzaamheden te starten, ondanks de afgegeven waarschuwing door de aannemer.

Vraag: heeft de aannemer voldaan aan zijn waarschuwingsplicht?



2 Algemene inleiding

In het huidige BW is de waarschuwingsplicht van de aannemer geregeld in art. 7:754 BW. In het artikel is bepaald dat de aannemer bij het aangaan (de zogeheten 'precontractuele' fase) of uitvoeren (de zogeheten 'contractuele' fase) van de overeenkomst de opdrachtgever moet waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Dit onderdeel van de waarschuwingsplicht, namelijk wanneer en waarvoor de aannemer moet waarschuwen, wordt ook wel de 'maatstaf' van de waarschuwingsplicht genoemd. De waarschuwingsplicht geldt ook voor fouten of gebreken in plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften die door de opdrachtgever aan de aannemer zijn verstrekt.

Met de waarschuwing moet de opdrachtgever in staat worden gesteld om na te gaan of en zo ja, welke maatregelen getroffen moeten worden ter voorkoming van het intreden van de mogelijke gevolgen van het gebrek en daarmee potentiële schade.

Een belangrijk punt bij de waarschuwingsplicht is dat de waarschuwing voldoende concreet en voldoende duidelijk is, zodat de opdrachtgever de risico's, die hij bereid is te lopen, kan inschatten. Dat wil zeggen dat een waarschuwing niet te algemeen mag zijn en voldoende informatie moet bevatten over de gevolgen als de waarschuwing in de wind geslagen zou worden.

Een definitie van wat onder dit begrip 'bouwwerk' moet worden verstaan, ontbreekt in het BW. Het begrip 'bouwwerk' is wel gedefinieerd in de Omgevingswet: 'constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren, met inbegrip van de daarvan deel uitmakende bouwwerkgebonden installatie'. Zoals in beantwoording van Kamervragen is aangegeven heeft de terminologie wat betreft de aanneming van bouwwerken in het BW dezelfde betekenis als de betekenis die in de Omgevingswet wordt gegeven aan een bouwwerk.

Met inwerkingtreding van de Wkb wordt het huidige art. 7:754 BW vernoemd tot lid 1 en wordt aan het artikel een

tweede lid toegevoegd. Dit nieuwe lid 2 is alleen van toepassing op aanneming van werk bij bouwwerken, zoals bij de bouw of verbouw van een woning of bedrijfspand.

De maatstaf als opgenomen in lid 1 van art. 7:758 BW, verandert niet bij inwerkingtreding van de Wkb. De aannemer moet dus nog steeds bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst de opdrachtgever waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. In het nieuwe art. 7:754 lid 2 BW wordt dan ook expliciet verwezen naar de waarschuwingsplicht 'als bedoeld in lid 1'. Het antwoord op de vraag wanneer en waarvoor de aannemer moet waarschuwen verandert dus niet. Wat wél verandert, is het antwoord op de vraag hoe de aannemer moet waarschuwen. Samengevat bestaat deze verandering uit drie vereisten waar de waarschuwing aan moet voldoen. In lid 2 is opgenomen dat de aannemer de waarschuwing (die hij op grond van lid 1 moet geven), schriftelijk (vereiste 1) en ondubbelzinnig (vereiste 2) moet afgeven aan de opdrachtgever. Ook is in het nieuwe lid 2 opgenomen dat de aannemer bij het afgeven van de waarschuwing de opdrachtgever tijdig moet wijzen op de mogelijke gevolgen voor de deugdelijke nakoming van de afspraken in de overeenkomst (vereiste 3). Over deze drie vereisten van het nieuwe art. 7:754 lid 2 BW valt nog het volgende te zeggen.

Het schriftelijk afgeven van een waarschuwing (vereiste 1) heeft twee grote voordelen ten opzichte van een mondelinge waarschuwing. Het eerste voordeel is dat een schriftelijk afgegeven waarschuwing de opdrachtgever in staat stelt om de inhoud van de waarschuwing goed tot zich te nemen en zo nodig na te lezen. Een tweede voordeel is dat de schriftelijke waarschuwing partijen duidelijkheid geeft over de vraag of er is gewaarschuwd en hoe dat is gebeurd. Dit kan van belang zijn in een mogelijke procedure voor de rechter. Een schriftelijke waarschuwing betekent niet per se dat de waarschuwing op papier moet staan. De waarschuwing kan ook per e-mail of whatsappbericht worden gegeven aan de opdrachtgever.

De waarschuwing moet ook ondubbelzinnig zijn (vereiste 2). Hieronder zou kunnen worden verstaan dat de waarschuwing voor de opdrachtgever duidelijk en voldoende concreet moet zijn. Zo zal de aannemer niet snel weggkomen met het verweer dat de opdrachtgever een waarschuwing zelfstandig had moeten begrijpen uit een bericht dat voor meerdere uitleg vatbaar is. De eis van ondubbelzinnigheid betekent overigens niet dat de waarschuwing ook daadwerkelijk het woord 'waarschuwing' moet bevatten.

In art. 7:754 lid 2 BW is ook opgenomen dat de aannemer de opdrachtgever tijdig moet wijzen op de mogelijke gevolgen voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst (vereiste 3). Wat dit precies is, is nog niet geconcretiseerd door de rechter of wetgever. Wel is duidelijk dat 'tijdig'

inhoudt dat de aannemer niet te lang moet wachten met het afgeven van de waarschuwing.

Een voorbeeld van een waarschuwing van de aannemer die niet ondubbelzinnig is: 'Opdrachtgever, weet u zeker dat u een scheve schuur wilt?' Zo'n bericht is geen waarschuwing als bedoeld in art. 7:754 BW.

In het nieuwe art. 7:754 lid 2 BW is opgenomen dat de opdrachtgever en de aannemer niet mogen afwijken van het bepaalde in deze regeling als de afwijking in het nadeel is van de opdrachtgever en de opdrachtgever een consument is. Afwijken is wel toegestaan wanneer de opdrachtgever geen consument is, maar een professionele partij die handelt voor doeleinden die verband houden met een beroep of bedrijf. In die situatie mag op grond van art. 7:754 lid 2 BW in het nadeel van de professionele opdrachtgever worden afgeweken van dat artikel.

Er is geen bijzonder overgangsrecht opgenomen voor art. 7:754 lid 2 BW. Dit betekent dat dit artikel ook van toepassing is op aannemingsovereenkomsten gesloten vóór inwerkingtreding van de Wkb, oftewel voor alle situaties na inwerkingtreding van de Wkb waarin gewaarschuwd wordt of gewaarschuwd had moeten worden.

3 Uitwerking 'Schots en scheef'

De huidige situatie: de aannemer heeft voldaan aan zijn waarschuwingsplicht

In de hiervoor uiteengezette voorbeeldsituatie waarin de aannemer de opdrachtgever heeft gewaarschuwd voor de scheef gestorte betonnen fundering, vindt de opdrachtgever dat de aannemer gehouden is de schuur recht te zetten. De aannemer vindt dat hij hiertoe niet gehouden is, omdat hij de opdrachtgever hiervoor heeft gewaarschuwd. Hoe zit dit nu onder de huidige situatie (art. 7:754 BW)?

Bij het verrichten van enkele voorbereidingswerkzaamheden voor de bouw van de schuur is het de aannemer duidelijk geworden dat de betonnen fundering niet waterpas is. Nu de fundering afkomstig is van de opdrachtgever, is sprake van de situatie zoals opgenomen van art. 7:754 BW, namelijk dat de aannemer bekend is geworden met een gebrek in een zaak² die afkomstig is van de opdrachtgever. Op grond van art. 7:754 BW moet de

aannemer de opdrachtgever voor dit gebrek waarschuwen. De aannemer heeft dit ook gedaan. Direct na ontdekking van het gebrek heeft hij de opdrachtgever gebeld en hem verteld dat de fundering 'niet waterpas' is, waardoor de schuur 'scheef kan komen te staan'. De aannemer heeft daarmee voldaan aan zijn waarschuwingsplicht. Hij heeft de opdrachtgever gewezen op het gebrek zelf en daarbij voldoende concreet en duidelijk de gevolgen van het gebrek vermeld. De aannemer is - als hij aantoonbaar heeft gewaarschuwd - niet aansprakelijk voor de gevolgen van het scheef staan van de schuur, nu hij de opdrachtgever tijdig hiervoor heeft gewaarschuwd.

De nieuwe situatie: de aannemer heeft niet voldaan aan zijn waarschuwingsplicht

Hoe zit het nu met de aannemer, de opdrachtgever en de afgegeven waarschuwing als de Wkb is ingevoerd (art. 7:754 lid 2 BW)?

Het eerste deel van het antwoord op de vraag of de aannemer heeft voldaan aan zijn waarschuwingsplicht, wijzigt niet onder de nieuwe situatie. Op grond van art. 7:758 lid 1 BW moet de aannemer de opdrachtgever waarschuwen voor het gebrek (het niet-waterpas zijn) in de betonnen fundering die afkomstig is van de opdrachtgever. Dit heeft de aannemer ook gedaan door de opdrachtgever direct na ontdekking van het gebrek de opdrachtgever te bellen en hem hiervoor te waarschuwen. Op grond van het nieuwe art. 7:754 lid 2 BW volstaat een belletje echter niet. In dit artikel is namelijk bepaald dat de waarschuwing schriftelijk en ondubbelzinnig moet zijn. Aangenomen kan worden dat de waarschuwing ondubbelzinnig is, maar van schriftelijkheid is geen sprake. Om die reden heeft de aannemer niet voldaan aan zijn waarschuwingsplicht. Let wel, het is mogelijk dat de aannemer aan de hand van bijvoorbeeld getuigen of geluidsopnames kan aantonen dat hij de aannemer tijdens het telefoongesprek deugdelijk heeft gewaarschuwd. In zo'n situatie is het denkbaar dat het enkel niet voldoen aan de schriftelijkheidseis, niet per se betekent dat de aannemer zijn waarschuwingsplicht heeft verzuimd.

Het is nog de vraag of de aannemer voldaan heeft aan de derde eis uit het nieuwe art. 7:754 lid 2 BW. Wat onder deze eis verstaan moet worden, is zoals gezegd nog geconcretiseerd door de rechter of wetgever. De aannemer heeft de opdrachtgever weliswaar gewezen op de mogelijke gevolgen van het gebrek (namelijk dat de schuur 'scheef kan komen te staan'), maar of de aannemer daarmee de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de mogelijke gevolgen voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst,

² Voor de duidelijkheid: de betonnen fundering valt dus niet onder de grond waarop de opdrachtgever het werk laat uitvoeren. Voor het antwoord op de casus maakt dit overigens ook geen verschil.

zoals bedoeld in het nieuwe art. 7:754 lid 2 BW, is op dit moment niet te zeggen. Wel kan worden aangenomen dat de waarschuwing tijdig was, omdat de aannemer de opdrachtgever direct belde.

Wat verstaan moet worden onder 'tijdig wijzen op de mogelijke gevolgen voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst' als bedoeld in het nieuwe art. 7:754 BW, is in het BW niet geconcretiseerd. Desalniettemin verdient het aanbeveling voor de aannemer om voldoende concrete en voldoende duidelijke conclusies te verbinden aan de waarschuwing en te wijzen op mogelijke gevolgen van het gebrek.

Het dossier dat bij oplevering aan de opdrachtgever wordt verstrekt

1 'Zoekgeraakte tekeningen'

Een opdrachtgever heeft met een aannemer een aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een verdieping op een (eenlaags) bestaande woning. De verdieping wordt voorzien van een cv-installatie. Na enkele maanden belt de aannemer de opdrachtgever en meldt hem dat het werk klaar is om te worden opgeleverd. De opdrachtgever bericht de aannemer dat, voordat een afspraak wordt gemaakt voor oplevering, de aannemer hem de tekeningen van de cv-installatie moet verstrekken. De opdrachtgever wil deze

informatie hebben, zodat hij kan zien waar de leidingen van de cv-installatie lopen. De aannemer antwoordt de opdrachtgever dat hij wel nog ergens de offerte van de leverancier van de cv-installatie heeft liggen, maar dat de tekeningen door een slordige administratie zijn zoekgeraakt. Om die reden kan de aannemer de gevraagde tekeningen van de cv-installatie niet afgeven. De opdrachtgever stelt dat de aannemer wel hiertoe verplicht is op grond van de wet. De aannemer is het hier niet mee eens.

Vraag: wie heeft gelijk?



2 Algemene inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wkb wordt een nieuw artikel aan het BW toegevoegd: art. 7:757a BW. Dit nieuwe artikel roept een geheel nieuwe verplichting voor de aannemer in het leven. In het artikel is opgenomen dat de aannemer aan de opdrachtgever een dossier moet verstrekken waarin informatie is opgenomen met betrekking tot het tot stand gebrachte bouwwerk. Het moment waarop de aannemer het dossier moet verstrekken, is wanneer hij de opdrachtgever in kennis stelt dat het werk klaar is om te worden opgeleverd. Art. 7:757a BW is alleen van toepassing op aanneming van werk bij bouwwerken, zoals bijvoorbeeld bij de bouw of verbouw van een woning of bedrijfspand.

Een definitie van wat onder dit begrip 'bouwwerk' moet worden verstaan, ontbreekt in het BW. Het begrip 'bouwwerk' is wel gedefinieerd in de Omgevingswet: 'constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren, met inbegrip van de daarvan deel uitmakende bouwwerkgebonden installatie'. Zoals in beantwoording van Kamervragen is aangegeven heeft de terminologie wat betreft de aanneming van bouwwerken in het BW dezelfde betekenis als de betekenis die in de Omgevingswet wordt gegeven aan een bouwwerk.

De vraag is welke informatie de aannemer aan het dossier moet toevoegen. Hierover staat in art. 7:757a BW dat het dossier gegevens en bescheiden moet bevatten die volledig inzicht geven in de nakoming van de overeenkomst door de aannemer en de werkzaamheden die daarvoor zijn uitgevoerd. Wat daaronder moet worden verstaan, is verder niet uitgewerkt door de wetgever. Verderop in het artikel wordt wel aangegeven welke gegevens en bescheiden het dossier in ieder geval moet bevatten. Het gaat om de volgende twee categorieën gegevens en bescheiden:

1. Tekeningen en berekeningen betreffende het tot stand gebrachte bouwwerk en de bijbehorende installaties, en een beschrijving van de toegepaste materialen en installaties, alsmede de gebruiksfuncties van het bouwwerk en;
2. Gegevens en bescheiden die nodig zijn voor gebruik en onderhoud van het bouwwerk.

Art. 7:757a BW is geen dwingend recht. Dat betekent dat partijen van dit artikel mogen afwijken. Partijen kunnen in hun aannemingsovereenkomst het artikel bijvoorbeeld geheel buiten toepassing verklaren of iets anders overeenkomen ten aanzien van de inhoud van het opleverdossier. Als partijen niets overeenkomen, dan hebben opdrachtgevers echter recht op een opleverdossier zoals genoemd in art. 7:757a BW.

De Nederlandse Praktijk Richtlijn (NPR) 8092 is bedoeld als handreiking aan aannemers voor een op te stellen dossier dat bij oplevering aan consument-opdrachtgevers kan worden verstrekt. De richtlijn is opgesteld als een inhoudsopgave met toelichting voor het op te stellen opleverdossier. Het is geen wetgeving en bevat geen dwingende bepalingen. Partijen zijn ook niet gebonden aan de inhoud van de richtlijn en hoeven deze ook niet te gebruiken. Verder is van belang te weten dat in de richtlijn het opleverdossier het 'consumentendossier' wordt genoemd, omdat de richtlijn is geschreven voor de situatie dat een consument-opdrachtgever een opleverdossier zou willen hebben.

Er is in eerste instantie geen bijzonder overgangsrecht opgenomen voor art. 7:757a BW. Met behulp van een wetswijziging zal alsnog worden voorzien in overgangsrecht. Hierin wordt geregeld dat art. 7:757a BW later in werking zal treden dan de andere BW-wijzigingen en dat het opleverdossier niet hoeft te worden overgelegd bij aannemingsovereenkomsten die zijn gesloten vóór inwerkingtreding van art. 7:757a BW. Aangezien dit artikel pas in werking treedt op het moment dat het overgangsrecht in werking is getreden – naar verwachting een half jaar na inwerkingtreding van de Wkb – geldt de verplichting tot het leveren van een opleverdossier alleen voor aannemingsovereenkomsten die na die datum zijn gesloten.

3 Uitwerking 'Zoekgeraakte tekeningen'

De huidige situatie: de aannemer heeft gelijk

In de hiervoor uiteengezette voorbeeldsituatie waarin de aannemer de tekeningen van de cv-installatie wegens een slordige administratie niet kan afgeven aan de opdrachtgever, vindt de opdrachtgever dat de aannemer hiertoe wel gehouden is op grond van de wet. De aannemer is het daar niet mee eens. Hoe zit dit nu onder de huidige situatie?

In het huidige BW is geen verplichting opgenomen voor de aannemer om een dossier af te geven waarin informatie is opgenomen met betrekking tot het tot stand gebrachte bouwwerk en de bijbehorende installaties. Partijen kunnen daar wel afspraken over maken, maar dat is in deze zaak niet het geval. De aannemer is dan ook niet verplicht aan de opdrachtgever de tekeningen van de cv-installatie te geven.

De nieuwe situatie: de opdrachtgever heeft gelijk

Hoe zit het nu met de aannemer, de opdrachtgever en het afgeven van de tekeningen van de cv-installatie als de Wkb is ingevoerd (art. 7:757a BW)?

In het nieuwe art. 7:757a BW is wél een plicht opgenomen voor de aannemer om een dossier af te geven waarin informatie is opgenomen met betrekking tot het tot stand

gebrachte bouwwerk en de bijbehorende installaties.

Op grond van sub b van dat artikel moet de aannemer, op het moment dat hij de opdrachtgever kennisgeeft dat het werk klaar is voor oplevering, tekeningen en berekeningen aan de opdrachtgever verstrekken die zien op onder meer de installaties die bij het bouwwerk horen. In dit voorbeeld hebben partijen geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om van art. 7:757a BW af te wijken (bijvoorbeeld door het artikel buiten toepassing verklaren of door iets anders overeen te komen ten aanzien van de inhoud van het opleverdossier). De aannemer is op grond van art. 7:757a BW dus verplicht de tekeningen van de cv-installatie aan de opdrachtgever te verstrekken, en wel toen hij de opdrachtgever belde met de mededeling dat de bouw van de verdieping klaar was om te worden opgeleverd.

De informatieplicht over de verzekering en financiële zekerheid

1 'Informereren over zekerheid'

Een aannemer heeft met een consument-opdrachtgever een overeenkomst gesloten voor de bouw van een woning. Op een bepaald moment tijdens de werkzaamheden, komt de aannemer in financiële problemen. Uiteindelijk gaat de aannemer failliet. Op dat moment is de bouw van de woning pas voor 70% voltooid, terwijl de opdrachtgever wel al 95% van de aanneemsom heeft betaald. Tot overmaat van ramp blijkt dat de aannemer geen bankgarantie, insolventieverzekering of andere financiële zekerheid heeft afgegeven.

De opdrachtgever moet daarom uit eigen zak een nieuwe aannemer betalen om de bouw af te ronden. De opdrachtgever is verbaasd dat hij nooit van de aannemer te horen heeft gekregen dat hij geen verzekering of andere financiële zekerheid had. De opdrachtgever vraagt zijn advocaat of aannemers op enige wijze verplicht zijn informatie hierover te geven.

Vraag: wat is het antwoord van de advocaat van de opdrachtgever?



2 Algemene inleiding

Met de inwerktreding van de Wkb wordt een nieuw artikel aan het BW toegevoegd: art. 7:765a BW. Dit nieuwe artikel roept een geheel nieuwe verplichting in het leven. Het gaat om een informatieplicht van de aannemer ten opzichte van de consument-opdrachtgever bij het aangaan van de overeenkomst voor de bouw van een woning. Op grond van deze informatieplicht moet de aannemer de consument-opdrachtgever informeren over de dekking van bepaalde risico's die zien op de tussen partijen gesloten overeenkomst; dus bijvoorbeeld of en hoe de consument-opdrachtgever beschermd wordt tegen faillissement van de aannemer. De aannemer moet de consument-opdrachtgever zowel informeren of de risico's zijn gedekt, als informeren op welke wijze en tot welke hoogte deze risico's zijn gedekt.

De informatieplicht is opgenomen in het eerste lid van art. 7:765a BW. In lid 1 worden twee soorten risico's genoemd waar de informatieplicht betrekking op heeft. Het eerste risico is dat de aannemer de verplichtingen uit de overeenkomst niet of niet geheel kan nakomen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de aannemer failliet gaat waardoor hij het werk niet meer kan afmaken (dit wordt ook wel insolventie genoemd). De consument-opdrachtgever wordt in dat geval geconfronteerd met kosten, bijvoorbeeld voor het afbouwen van het werk. Het tweede risico is dat de aannemer aansprakelijk is voor gebreken die aan hem zijn toe te rekenen. Ook dan kan de consument-opdrachtgever geconfronteerd worden met kosten.

Zoals gezegd moet de aannemer de consument-opdrachtgever niet enkel informeren of hij is gedekt tegen de hiervoor genoemde risico's, maar ook op welke wijze hij is gedekt. Zo is in art. 7:765a lid 1 BW opgenomen dat de aannemer de consument-opdrachtgever moet informeren over de verzekering of andere financiële zekerheid die de risico's dekt. Deze informatie moet op een duidelijke en begrijpelijke wijze aan de consument-opdrachtgever worden gegeven. Verder is in art. 7:765a lid 1 BW bepaald dat de informatie in ieder geval moet zien op de omvang van de verzekering of de financiële zekerheid, de dekkingsgraad, de looptijd en de som waarvoor de verzekering is afgesloten dan wel de financiële zekerheid is verstrekt.

De dekking van de aannemer kan de vorm hebben van een bankgarantie of een verzekering. Voor insolventie is een insolventieverzekering de aangewezen optie, terwijl men bij gebreken kan denken aan dekking door middel van een garantie- of schadeverzekering. De meest voorkomende wijze van verzekeren is via een waarborgende instelling zoals Woningborg N.V., Stichting Waarborgfonds Koopwoningen (SWK) en Stichting BouwGarant.

Van belang is dat art. 7:765a BW slechts van toepassing is op overeenkomsten met betrekking tot nieuwbouw van woningen voor consument-opdrachtgevers. Art. 7:765a BW is bovendien van dwingend recht. Dat betekent dat partijen niet van dit artikel mogen afwijken. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk om de informatieplicht uit art. 7:765a BW uit te sluiten in algemene voorwaarden. De aannemer zal de consument dus altijd moeten informeren.

Tot slot nog enkele opmerkingen over een aantal andere relevante punten met betrekking tot art. 7:765a BW. De eerste opmerking ziet op het moment waarop de aannemer aan de informatieplicht moet voldoen. In art. 7:765a lid 1 BW is bepaald dat de aannemer de consument-opdrachtgever moet informeren 'voordat de consument-opdrachtgever gebonden is aan een overeenkomst'. Dit wordt ook wel een precontractuele informatieplicht genoemd; de aannemer moet de informatie geven vóórdat de overeenkomst tot stand komt.³ De tweede opmerking ziet op de vorm van de informatieplicht. De informatie moet schriftelijk en ondubbelzinnig worden gegeven. Met het mondeling geven van informatie wordt dus niet voldaan aan de informatieplicht uit art. 7:765a lid 1 BW. Een derde opmerking ziet op lid 2 van art. 7:765a BW. Hieruit volgt dat de door de aannemer aan de consument-opdrachtgever verstrekte informatie een integraal deel van de overeenkomst tussen partijen vormt. Het ligt daarom voor de hand om informatie over de verzekering of andere financiële zekerheid op te nemen in de overeenkomst zelf.

3 Uitwerking 'Informeren over zekerheid'

De huidige situatie: de aannemer heeft geen informatieplicht op dit gebied

In de hiervoor uiteenzette voorbeeldsituatie waarin de aannemer de opdrachtgever geen informatie heeft gegeven over de verzekering of andere financiële zekerheid, heeft de opdrachtgever zijn advocaat gevraagd of de aannemer verplicht is deze informatie te geven. Wat zal het antwoord van de advocaat zijn onder de huidige situatie?

Onder de huidige situatie heeft de aannemer geen plicht om de opdrachtgever te informeren over de dekking van risico's van het niet of niet goed nakomen van zijn verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst of zijn aansprakelijkheid voor gebreken. De aannemer heeft dus geen informatieplicht tegenover de opdrachtgever ten aanzien van een

³ Wanneer de aannemer de benodigde informatie niet heeft verschaft, kan dat verschillende gevolgen voor de aannemingsovereenkomst hebben, zie *Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 92*.

eventuele verzekering of financiële zekerheid waarover hij beschikt. Onder de huidige situatie ligt de verantwoordelijkheid om te weten te komen of de aannemer bijvoorbeeld een insolventieverzekering heeft, bij de opdrachtgever.

De nieuwe situatie: de aannemer heeft wél een informatieplicht op dit gebied

Hoe zit en nu met de aannemer, de opdrachtgever en het informeren over de dekking van risico's door een verzekering of andere financiële zekerheid onder de nieuwe situatie (art. 7:765a BW)?

Onder de nieuwe situatie is het antwoord uitgebreider. De aannemer moet wel degelijk informatie geven over zijn verzekering of andere financiële zekerheid. Deze verplichting geldt echter enkel tegenover consument-opdrachtgevers, zoals de opdrachtgever in deze zaak. Daarnaast is relevant dat de aannemer dit al moet doen vóórdat de overeenkomst is gesloten, aangezien de informatieplicht precontractueel is. Zelfs al zou de aannemer deze informatie liever niet geven en het willen uitsluiten in algemene voorwaarden, dan nog rust op hem deze plicht, omdat art. 7:768a BW van dwingend recht is.

De 5%-regeling van artikel 7:768 bw

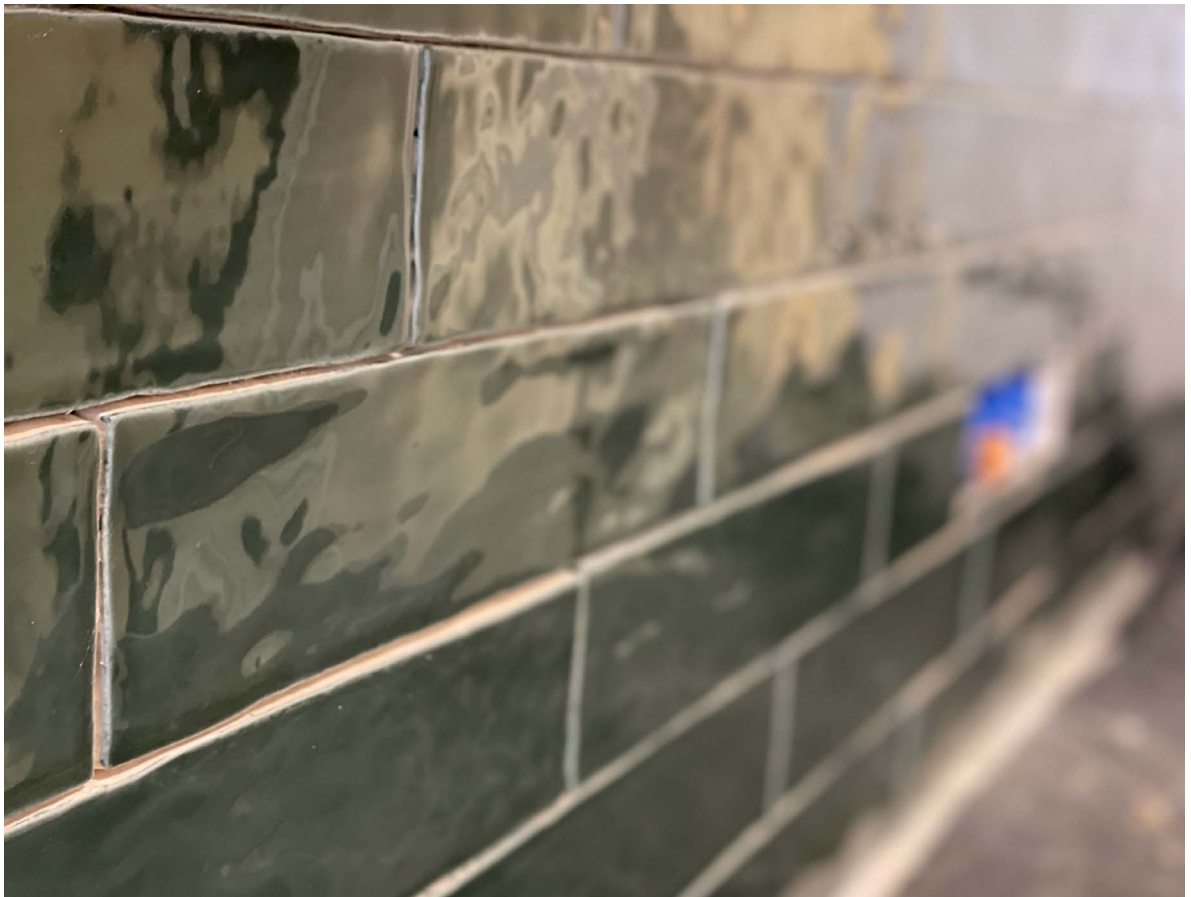
1 'Behoud je 5% zekerheid'

Een consument-opdrachtgever heeft kortgeleden zijn nieuwbouwwoning opgeleverd gekregen. Bij oplevering heeft de consument-opdrachtgever 5% van de aanneemsom ingehouden en in depot gestort bij de notaris. De consument-opdrachtgever mag dit doen voor de eerste drie maanden na oplevering, op basis van art. 7:768 BW. Dit recht heeft een consument-opdrachtgever altijd, ongeacht of er gebreken aan de nieuw opgeleverde woning kleven.

Bij oplevering van de nieuwbouwwoning bleken aan de keuken nog gebreken te kleven. Een deel van de tegels vertoonden namelijk scheuren. De consument-opdrachtgever heeft dit bij oplevering opgemerkt, maar de aannemer heeft dit nog niet hersteld. Op en dag komt de consument-

opdrachtgever thuis en vindt een brief van de notaris op de deurmat. In deze brief is te lezen dat de notaris het depotbedrag van 5% heeft overgemaakt naar de aannemer. Als reden geeft de notaris dat inmiddels drie maanden zijn verstreken na oplevering en de consument-opdrachtgever maar niets van zich liet horen. De consument-opdrachtgever is verbaasd dit te lezen. De gebreken aan de tegels zijn immers nog steeds niet hersteld. De consument-opdrachtgever wenste het bedrag ook na het verstrijken van drie maanden in depot te houden bij de notaris. Hij meent dat de aannemer hem over die mogelijkheid op enige wijze had moeten informeren. Ook meent de consument-opdrachtgever dat de notaris het depotbedrag niet had mogen overmaken aan de aannemer.

Vraag: heeft de consument-opdrachtgever gelijk?



2 Algemene inleiding

In art. 7:768 BW is de zogeheten 5%-regeling opgenomen. Deze regeling houdt in dat de consument-opdrachtgever de laatste 5% van de aanneemsom niet aan de aannemer hoeft te betalen, maar in plaats daarvan dit bedrag bij de notaris in depot stort. Het niet betalen van de aanneemsom wordt ook wel opschorting genoemd. De consument-opdrachtgever kan altijd gebruik maken van de 5%-regeling, ongeacht of het werk gebreken vertoont. De aannemer kan er ook voor kiezen om een bankgarantie te stellen, zoals in de praktijk gebruikelijk is. De bank staat dan garant voor 5% van de aanneemsom, in plaats van dat de consument-opdrachtgever dit bedrag bij de notaris in depot stort.

Allereerst is van belang dat de 5%-regeling van art. 7:768 BW alleen geldt voor overeenkomsten met betrekking tot nieuwbouw voor consument-opdrachtgevers. Art. 7:768 BW is bovendien van dwingend recht. Dat betekent dat partijen niet van dit artikel mogen afwijken. Zo is het niet mogelijk om de 5%-regeling uit te sluiten in algemene voorwaarden. Een consument-opdrachtgever moet dus altijd de mogelijkheid hebben om bij oplevering 5% van de aanneemsom in depot te storten bij de notaris. Een consument-opdrachtgever kan enkel voor de eerste drie maanden na oplevering van deze mogelijk gebruikmaken. Daarna vervalt dat recht.

Art. 6:262 BW geeft de opdrachtgever de mogelijkheid een bedrag (langer dan drie maanden) in depot te houden bij de notaris, als (nog steeds) sprake is van gebreken. Naast het feit dat er bij inhouden van het bedrag op basis van art. 6:262 BW sprake moet zijn van gebreken, moet het bedrag dat wordt ingehouden daarnaast in verhouding staan tot de omvang van de gebreken. Dat betekent dat bij kleine gebreken, niet de volle 5% in depot mag blijven. Soms kan echter ook een bedrag hoger dan 5% van de aanneemsom worden ingehouden, namelijk als het herstel van de gebreken meer kosten met zich brengt dan de 5% in depot.

In lid 2 en 3 van art. 7:768 BW is opgenomen wanneer een notaris het depotbedrag mag overmaken aan de aannemer. In lid 3 is opgenomen dat de notaris het bedrag in de macht van de aannemer brengt als de consument-opdrachtgever daarin toestemt, de aannemer zogeheten vervangende zekerheid stelt (bijvoorbeeld een bankgarantie) of de rechter hier een uitspraak over doet. In lid 2 staat dat de notaris het bedrag in de macht van de aannemer brengt nadat drie maanden zijn verstreken na oplevering. Na het verstrijken van drie maanden, bestaat echter een mogelijkheid voor de consument-opdrachtgever, om toch nog een bedrag in depot te houden bij de notaris. De notaris gaat niet over tot doorstorten van het (hele) bedrag,

als de consument-opdrachtgever binnen die drie maanden aangeeft gebruik te willen maken van zijn opschortingsrecht op grond van aan ander artikel, namelijk art. 6:262 BW. Dit opschortingsrecht lijkt op de 5%-regeling, maar zit wel anders in elkaar.

Als de consument-opdrachtgever (gedurende het in depot houden op basis van art. 7:768 BW) aangeeft gebruik te willen maken van het opschortingsrecht van art. 6:262 BW, brengt de notaris het depotbedrag niet in de macht van de aannemer. In dat geval moet de consument-opdrachtgever aan de notaris vertellen tot welk bedrag het depot moet worden gehandhaafd. Tot zover de situatie onder het huidige recht.

De Wkb brengt enkele wijzigingen aan in de 5%-regeling van art. 7:768 BW. Aan het artikel wordt een nieuw tweede lid toegevoegd waarin een informatieplicht van de aannemer aan de consument-opdrachtgever is opgenomen. Deze informatieplicht houdt in dat de aannemer de consument-opdrachtgever schriftelijk in de gelegenheid moet stellen aan te geven of hij gebruik wenst te maken van het opschortingsrecht van art. 6:262 BW. Van dit bericht stuurt de aannemer een afschrift aan de notaris. Belangrijk is de periode waarin de aannemer dit doet. De aannemer zal dit namelijk niet eerder dan één maand ná de oplevering moeten doen, maar ook niet later dan twee maanden na de oplevering (oftewel: ergens in de tweede maand na oplevering). Als de aannemer een afschrift van dit bericht aan de notaris stuurt en de notaris dit heeft ontvangen, en de consument-opdrachtgever niet aangeeft het depot op basis van art. 6:262 BW verlengd te willen inhouden, stort de notaris het depotbedrag naar de rekening van de aannemer. Let op, de notaris mag in de nieuwe situatie hiertoe dus niet overgaan als hij geen afschrift van de aannemer heeft ontvangen waaruit blijkt dat hij de consument-opdrachtgever heeft geïnformeerd over de mogelijkheid het bedrag langer in depot te houden (onder de voorwaarden zoals die gelden onder art. 6:262 BW), ook niet na het verstrijken van drie maanden na oplevering.

De inhoud, de inroepbaarheid en de looptijd van de in de praktijk veelgebruikte bankgarantie moet na inwerkingtreding van de Wkb ook gelijkwaardig zijn aan het depot. Momenteel bieden veel bankgaranties bijvoorbeeld garantie voor een beperkter bedrag dan het depot van art. 7:758 BW doet. Dit is na de inwerkingtreding van de Wkb niet meer toegestaan. Vanaf dat moment moet het bedrag waarvoor de bankgarantie is gesteld, gelijk zijn aan het 5%-depot.

Tot slot verandert de Wkb de vervangende zekerheid die een aannemer kan stellen. Hiervoor kwam aan bod dat een depot kan worden vrijgegeven, als de aannemer vervangende

zekerheid stelt. Het toekomstige stelsel na invoering van de Wkb wordt iets strenger wat betreft deze vervangende zekerheid. Dan beschrijft de wettekst deze namelijk als 'een aan het depot gelijkwaardige zekerheid'. Dat betekent dat de inhoud, de inroepbaarheid en de looptijd van de zekerheid gelijkwaardig moet zijn aan een depot.

3 Uitwerking 'Behoud je 5% zekerheid'

De huidige situatie: de opdrachtgever heeft geen gelijk

In de hiervoor uiteengezette voorbeeldsituatie heeft de aannemer de consument-opdrachtgever niet heeft geïnformeerd over de opschortingsbevoegdheid van art. 6:262 en heeft de notaris het depotbedrag in de macht van de aannemer gebracht. Hebben de aannemer en de notaris hiermee in strijd gehandeld met de huidige wet (art. 7:768 BW)?

In het huidige art. 7:768 BW is geen plicht voor de aannemer opgenomen om de consument-opdrachtgever te informeren dat hij gebruik kan maken van het opschortingsrecht van art. 6:262 BW. Het is onder het huidige BW aan de consument-opdrachtgever om in de gaten te houden wanneer de drie maanden na oplevering zijn verstreken en eventueel aan de notaris te laten weten dat hij gebruik

wenst te maken van het opschortingsrecht van art. 6:262 BW. De notaris was ook gerechtigd om na het verstrijken van drie maanden het depot in de macht van de aannemer te brengen. De consument-opdrachtgever had immers niets van zich laten horen met betrekking tot zijn wens om gebruik te maken van het opschortingsrecht van art. 6:262 BW.

De nieuwe situatie: de opdrachtgever heeft gelijk

Hoe zit en nu met de informatieplicht van de aannemer, de plicht van de notaris het bedrag in depot te houden in de nieuwe situatie (art. 7:768 BW)?

Op grond van het nieuwe art. 7:768 lid 4 BW is de aannemer verplicht om de consument-opdrachtgever schriftelijk te informeren over de mogelijkheid om gebruik te maken van het opschortingsrecht van art. 6:262 BW. De aannemer moet van het bericht waarin de aannemer de consument-opdrachtgever hierover informeert, een afschrift aan de notaris sturen. Dit moet hij doen ergens in de tweede maand ná de oplevering. In deze situatie heeft de aannemer echter niet voldaan aan die plicht. De notaris heeft dan ook geen afschrift ontvangen van de aannemer waarin de consument-opdrachtgever in de gelegenheid is gesteld aan te geven of hij van het opschortingsrecht van art. 6:262 BW gebruik wenst te maken. Om die reden mocht de notaris ook niet het depot in de macht van de aannemer brengen, ook niet na het verstrijken van de drie maanden waarin hij niets van de consument-opdrachtgever heeft vernomen.

Deze brochure is opgesteld door het Instituut voor Bouwrecht in opdracht van het **Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties**

Februari 2022