

# VU Research Portal

## Wijziging van titel 7.12 BW vanwege de inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen

Jansen, Chris

### **published in**

Maandblad voor Vermogensrecht  
2023

### **document license**

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Jansen, C. (2023). Wijziging van titel 7.12 BW vanwege de inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2023(5), 162.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Wijziging van titel 7.12 BW vanwege de inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen

*Prof. mr. C.E.C. Jansen\**

## 1 Inleiding

Op 14 maart 2023 stemde de Eerste Kamer definitief in met de inwerkingtreding op 1 januari 2024 van de Omgevingswet. In samenhang daarmee zal op die datum ook de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) in werking treden. Het doel van de Wkb is de verbetering van de bouwkwaliteit.<sup>1</sup> De wetgever beoogt dat doel onder andere te bereiken door de privaatrechtelijke positie van opdrachtgevers in de bouw te versterken.<sup>2</sup> Als gevolg daarvan wordt de regeling van de aanneming van werk in titel 7.12 BW op onderdelen gewijzigd. De rode draad die de belangrijkste van die wijzigingen met elkaar verbindt, is dat in titel 7.12 BW een onderscheid gaat worden gemaakt tussen aanneming van *werk* en aanneming van *bouwwerken*.

Het doel van deze bijdrage is tweeledig. Enerzijds wordt beoogd een overzicht op hoofdlijnen te geven van de aanstaande wijzigingen van titel 7.12 BW. Daarnaast heeft deze bijdrage tot doel een aantal kwesties te belichten<sup>3</sup> waar de rechtspraak vanaf 1 januari 2024 naar verwachting mee geconfronteerd zal gaan worden bij de toepassing van de belangrijkste nieuwe bepalingen.<sup>4</sup> Het gaat hier om de bepalingen die zien op de oplevering van *bouwwerken* en de daaraan verbonden rechtsgevolgen.

Hierna wordt eerst kort ingegaan op het toepassingsbereik van de in 2003 ingevoerde titel 7.12 BW (par. 2). Vervolgens wordt een overzicht gegeven van de aanstaande wijzigingen van die ti-

tel en hoe in dat kader gedifferentieerd gaat worden tussen aanneming van *werk* en aanneming van *bouwwerken* (par. 3). Daarna volgt een bespreking van de regeling van de oplevering en haar rechtsgevolgen, zoals die sinds 2003 voor de aanneming van *werk* geldt (par. 4). In aansluiting daarop wordt geschetst hoe die regeling als gevolg van de inwerkingtreding van art. 7:757a en 7:758 lid 4 BW gaat wijzigen voor de aanneming van *bouwwerken* (par. 5). Deze wijzigingen worden vervolgens geproblematiseerd (par. 6), waarna ik enkele afsluitende opmerkingen maak (par. 7).

## 2 Toepassingsbereik van titel 7.12 BW

### 2.1 Afdeling 7.12.1 BW: aanneming van werk in het algemeen

Titel 7.12 BW voorziet sinds 1 september 2003 in een nieuwe regeling van de aanneming van werk.<sup>5</sup> Hij omvat ruim twintig bepalingen die voor het merendeel in afdeling 7.12.1 zijn geplaatst. Het toepassingsbereik van deze eerste afdeling strekt zich uit tot aannemingsovereenkomsten in het algemeen.<sup>6</sup> De wetgever heeft daarmee alle overeenkomsten op het oog waarbij een aannemer zich jegens een 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.<sup>7</sup> Het gaat hier overigens niet alleen om overeenkomsten waarbij de aannemer zich verbindt tot het vervaardigen van een nieuwe zaak. Ook overeenkomsten die strekken tot het bewerken van een reeds bestaande zaak, met het oog op een verandering – in de regel: kwalitatieve verbetering – van de toestand waarin de te bewerken zaak zich bij het aangaan van de overeenkomst bevindt, vallen immers onder het toepassingsbereik van afdeling 7.12.1.<sup>8</sup>

\* Prof. mr. C.E.C. Jansen is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) van de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 2 (MvT).

2 Zie noot 1.

3 In dat kader bouw ik voort op de volgende publicaties: E.M. Bruggeman & H.P.C.W. Strang, Afbakeningsvragen in Titel 7.12 BW. Een verkenning van de reikwijdte van de titel en de daarin opgenomen bepalingen, TBR 2018/134, p. 888-896; E.M. Bruggeman & J.R. Hoogendoorn, De wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek als gevolg van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2022; Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022; A. Duijverman, P. Vermeij & R.M. Uittenbogaard-de Keyser, Het begrip 'bouwwerk' volgens de Wet kwaliteitsborging, BR 2022/10, afl. 2, p. 54-57.

4 Eventuele overgangsrechtelijke vragen die in dat kader kunnen rijzen, komen hierna nog aan de orde.

5 Die regeling wijkt aanzienlijk af van die van het BW van 1838, die vóór de inwerkingtreding van titel 7.12 BW was opgenomen in afd. 6 van Boek 7A BW.

6 Art. 7:750-764 BW.

7 Art. 7:750 lid 1 BW.

8 Vgl. Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 12 (MvT): 'zoals de overeenkomsten tot het wassen of stomen van kleren, tot het repareren van gebruiksvoorwerpen', en op p. 32: 'reparatie, onderhoud en verfraaiing'.

2.2 *Afdeling 7.12.1 BW is lex generalis, óók voor aanneming van bouwwerken*

Het staat niet ter discussie dat overeenkomsten waarbij een aannemer zich verbindt tot het vervaardigen van een nieuw bouwwerk, dan wel tot het veranderen van de kwalitatieve toestand van een reeds bestaand bouwwerk,<sup>9</sup> eveneens onder het toepassingsbereik van afdeling 7.12.1 vallen. De wetgever heeft het in 2003 echter niet nodig gevonden – op één uitzondering na<sup>10</sup> – nader te differentiëren tussen de regeling van aanneming van werk in het algemeen en aanneming van bouwwerken in het bijzonder,<sup>11</sup> zoals dat bijvoorbeeld in het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) is gebeurd.<sup>12</sup> Aangenomen wordt overigens dat de bepalingen van afdeling 7.12.1 de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en aannemer weliswaar consistent en evenwichtig regelen, maar dat zij onvoldoende zijn toegesneden op de specifieke behoeften van de bouwpraktijk.<sup>13</sup> De wettelijke regeling zoals die gold vóór 1 september 2003 was eveneens met dat euvel behept. Tegen deze achtergrond valt dan ook te verklaren waarom zich in de bouwsector en in aanverwante sectoren een uitgesponnen stelsel van modelovereenkomsten met bijbehorende algemene voorwaarden heeft kunnen ontwikkelen,<sup>14</sup> waarvan de belangrijkste bovendien in paritair overleg tot stand zijn gebracht.<sup>15</sup> Deze ontwikkeling is mede mogelijk geweest doordat de bepa-

lingen van afdeling 7.12.1 hoofdzakelijk van regelend recht zijn.<sup>16</sup>

2.3 *Afdeling 7.12.2 BW: bouw van een woning in opdracht van een consument*

De wetgever heeft in 2003 geen onderscheid gemaakt tussen aanneming van werk in het algemeen en aanneming van bouwwerken. Dat laat onverlet dat destijds wel is voorzien in afdeling 7.12.2 – in aanvulling op de algemene bepalingen van afdeling 7.12.1 – in een dwingendrechtelijke<sup>17</sup> regeling van enkele specifieke kwesties die verband houden met overeenkomsten die strekken tot de bouw van een woning in opdracht van een consument.<sup>18</sup> De wetgever heeft daarmee echter geen integrale regeling van dergelijke overeenkomsten beoogd.

Art. 7:765 BW bepaalt dat afdeling 7.12.2 van toepassing is op ‘aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan, in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’. Daarvan is niet alleen sprake wanneer een consument-opdrachtgever en een aannemer overeenkomen dat de aannemer een geheel nieuwe onroerende zaak ten behoeve van bewoning moet vervaardigen. Ook wanneer zij overeenkomen dat de aannemer een reeds bestaande onroerende zaak die nog geen woning is – te denken valt aan een kantoor- of winkelpand – door middel van verbouwingwerkzaamheden tot een woning moet transformeren, valt de overeenkomst binnen het toepassingsbereik van afdeling 7.12.2. Een overeenkomst die echter enkel de strekking heeft een reeds bestaande woning in opdracht van een consument intern te verbouwen of extern uit te breiden met een nieuwe op- of aanbouw valt niet onder dat toepassingsbereik.<sup>19</sup> De algemene regels van afdeling 7.12.1 blijven in dat geval uiteraard onverkort van toepassing.<sup>20</sup>

3 **Overzicht van wijzigingen in titel 7.12 BW als gevolg van de inwerkingtreding van de Wkb**

3.1 *Wijzigingen in afdeling 7.12.1 BW*

Met de inwerkingtreding van de Wkb wordt titel 7.12 BW op 1 januari 2024 uitgebreid met een vijftal nieuwe bepalingen.<sup>21</sup>

9 Zie Kamerstukken I 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 9-10 (Nadere MvA): ‘verbouwing’. Zie ook C.E.C. Jansen, Aanneming van werk (Mon. BW nr. B84), Deventer: Kluwer 2013/85, Bruggeman & Strang 2018, p. 890 en Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/8 en 25.  
10 Zie art. 7:761 lid 2 BW, dat voorziet in een bijzondere regeling van de absolute verjaringstermijn (van twintig jaren na de oplevering) in geval van aanneming van bouwwerken, in afwijking van de algemene regeling van de verjaringstermijn (van tien jaren na de oplevering) die geldt voor alle andere gevallen van aanneming van werk.  
11 Zie Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 12 (MvT).  
12 Zie de regeling van het *Werkvertrag* in Boek 2, titel 9, afd. 1 BGB. Hoofdstuk 1 regelt het *Werkvertrag* in het algemeen (§§ 631-650). Hoofdstuk 2 voorziet in aanvulling daarop in een regeling van het *Bauvertrag* (§§ 650a-650h). In aanvulling daarop regelt hoofdstuk 3 het *Verbraucherbauvertrag* (§§ 650i-650n).  
13 Zie hierover bijv. Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/8 en 9.  
14 Zie voor een algemeen overzicht C.E.C. Jansen, Algemene voorwaarden en de bouw, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), Algemene voorwaarden, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 731-741. Zie Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022 voor een inhoudelijke bespreking van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (UAV 2012), de Model Basisovereenkomst (MBO) met bijbehorende Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen 2005 (UAV-GC 2005) en de Model koop-/aannemingsovereenkomst (K/A) met bijbehorende Algemene Voorwaarden (AV) en Toelichting voor Eengezinshuizen.  
15 Voor de UAV 2012 en de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005 geldt bovendien dat overheidsopdrachtgevers op grond van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) verplicht zijn deze te hanteren, telkens wanneer zij bouwcontracten aangaan na het doorlopen van een aanbestedingsprocedure. Zie daarvoor art. 1.10 lid 2 sub h jo. lid 3, art. 1.13 lid 2 sub h jo. lid 3 en art. 1.16 lid 2 sub d jo. lid 3 Aw 2012 gelezen in samenhang met Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit.

16 Een uitzondering vormen art. 7:755 BW inzake prijsverhoging in geval van meerwerk, art. 7:756 BW voor wat betreft het vereiste dat een ontbinding op grond van die bepaling in rechte zal moeten worden gevorderd, en art. 7:762 BW inzake verzwijging door de aannemer van voor hem bekende verborgen gebreken.  
17 Zie art. 7:769 BW.  
18 Zie art. 7:765-769 BW. Deze bepalingen staan in nauw verband met regels voor de koop van een bestaande dan wel nieuw gebouwde of te bouwen woning: art. 7:2, 7:8 en 7:26 lid 4 BW.  
19 Anders dan ik eerder heb geopperd, zie Jansen 2013/85, waarin ik voor wat betreft interne verbouwingen overigens aandacht heb gevraagd voor afbakeningsvragen. De jurisprudentie heeft inmiddels meer duidelijkheid in deze kwestie gebracht, zie Hof Den Haag 23 augustus 2016, ECLI: NL:GHDHA:2016:2391. Zie hierover ook Bruggeman & Strang 2018, p. 894-895 en Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/172.  
20 Zie par. 2.2.  
21 Zie voor een overzicht Bruggeman & Hoogendoorn 2022.

Het toepassingsbereik van de drie belangrijkste daarvan beperkt zich tot de aanneming van *bouwwerken*.<sup>22</sup> Zij worden ondergebracht in de algemene regeling van aanneming van werk in afdeling 7.12.1 en niet in een afzonderlijke nieuwe afdeling.<sup>23</sup> Wat hun plaatsing betreft is overigens zo veel mogelijk aansluiting gezocht bij onderwerpen die al in 2003 in de wet zijn geregeld. Ik geef hieronder kort de essentie van deze drie nieuwe bepalingen weer.

Het huidige art. 7:754 BW met betrekking tot de waarschuwingsplicht van de aannemer wordt omgenummerd tot art. 7:754 lid 1 BW en met een nieuw tweede lid aangevuld. Die nieuwe bepaling – die deels een codificatie van jurisprudentie behelst<sup>24</sup> – voorziet in nadere regels met betrekking tot de vorm en inhoud van de waarschuwing die de aannemer van een *bouwwerk* eventueel op grond van het eerste lid moet geven. De waarschuwing zal in dat geval schriftelijk en ondubbelzinnig moeten geschieden, waarbij de aannemer de opdrachtgever tijdig zal moeten wijzen op de mogelijke gevolgen voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst.<sup>25</sup> Het is niet mogelijk ten nadele van een consument-opdrachtgever van deze nieuwe bepaling af te wijken. Verder is het zo dat zij ook van toepassing is op overeenkomsten die zijn gesloten vóór inwerkingtreding van de Wkb, althans voor zover de uitvoering van de overeenkomst ná die inwerkingtreding nog niet heeft geresulteerd in de oplevering van het bouwwerk.

Hoewel de reikwijdte van de verplichting van art. 7:754 lid 2 BW op onderdelen vragen oproept,<sup>26</sup> wordt het artikel hierna niet verder besproken. Veel belangrijker – en problematischer – voor de (rechts)praktijk zijn namelijk de twee andere nieuwe bepalingen waarmee afdeling 7.12.1 wordt aangevuld: art. 7:757a en 7:758 lid 4 BW. Met de invoering van art. 7:757a BW wordt voorzien in de regeling van een nieuwe verplichting van de aannemer om bij aanvang van het opleveringsproces een zogenoemd opleverdossier met betrekking tot het tot stand gebrachte bouwwerk aan de opdrachtgever over te leggen. Daarnaast wordt met de toevoeging aan art. 7:758 BW van een nieuw lid 4 voorzien in een regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer voor gebreken die bij de oplevering van het bouwwerk niet zijn ontdekt. Deze regeling wijkt af van de algemene regeling die sinds 2003 geldt op grond van het derde lid van art. 7:758 BW en die ook na 1 januari 2024 zal blijven gelden. Art. 7:757a en 7:758 lid 4 BW worden hierna in paragraaf 5 en 6 uitgebreid besproken.

### 3.2 Wijzigingen in afdeling 7.12.2 BW

Ook afdeling 7.12.2 wordt als gevolg van de inwerkingtreding van de Wkb uitgebreid. Omdat de twee bepalingen waarmee dat gebeurt wat minder belangrijk zijn, wordt hier volstaan

met een korte toelichting.<sup>27</sup> Daarbij zij nogmaals aangetekend dat het toepassingsbereik van deze dwingendrechtelijke bepalingen zich beperkt tot aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning in opdracht van een consument.<sup>28</sup> Overeenkomsten die strekken tot de verbouwing van reeds bestaande woningen in opdracht van een consument vallen enkel onder het toepassingsbereik van afdeling 7.12.1.

Allereerst wordt een nieuw art. 7:765a BW ingevoegd, dat voorziet in een precontractuele verplichting van de aannemer om de consument-opdrachtgever te informeren of, en zo ja, op welke wijze hij de nakoming van zijn verplichtingen tot uitvoering van het werk en zijn aansprakelijkheid voor gebreken die aan hem zijn toe te rekenen door een verzekering dan wel een andere financiële zekerheid heeft afgedekt of zal afdekken. De wetgever heeft met deze verplichting de volgende risico's op het oog: het risico dat de aannemer tijdens de bouw insolvent raakt en het risico dat de consument-opdrachtgever na oplevering met schade wordt geconfronteerd die wordt veroorzaakt door gebreken waarvoor de aannemer aansprakelijk is.<sup>29</sup> Het artikel voorziet niet in een verplichting van de aannemer om deze risico's daadwerkelijk te verzekeren of anderszins door het stellen van een financiële zekerheid af te dekken: hij moet de consument-opdrachtgever enkel informeren of, en zo ja, op welke wijze hij dat eventueel heeft gedaan, zodat deze vervolgens een geïnformeerde afweging kan maken alvorens de overeenkomst aan te gaan. Komt de aannemer de in art. 7:765a BW voorziene informatieverplichting niet na, dan kan de consument-opdrachtgever volgens de wetsgeschiedenis terugvallen op een breed arsenaal aan remedies.<sup>30</sup>

In de tweede plaats wordt in art. 7:768 BW een nieuw tweede lid ingevoegd. Het eerste lid van dat artikel kent de consument-opdrachtgever reeds de bijzondere bevoegdheid toe om maximaal 5% van de aanneemsom in te houden op de laatste betalingstermijn(en) en dit bedrag in depot te storten bij een notaris. Daarmee wordt de consument-opdrachtgever echter niet beperkt in zijn mogelijkheid om – in het geval dat het depot van 5% onvoldoende is om het herstel van de gebreken te dekken – het meerdere boven die 5% op de aanneemsom in te houden op grond van art. 6:262 BW. Niet iedere consument-opdrachtgever zal van die laatste mogelijkheid echter op de hoogte zijn. Om die reden regelt het nieuwe tweede lid van art. 7:768 BW dat wanneer de consument-opdrachtgever de in het eerste lid voorziene bijzondere bevoegdheid uitoefent en vervolgens de oplevering van het werk plaatsvindt, de aannemer verplicht is de consument-opdrachtgever schriftelijk in de

22 Art. 7:754 lid 2, 7:757a en 7:758 lid 4 BW.

23 Zoals in par. 2.2 is opgemerkt, is dat bijv. wel gebeurd in het Duitse BGB.

24 Zie Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 31-35 en 37.

25 Aldus het nieuwe art. 7:754 lid 2 BW.

26 Zie bijv. Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/90; Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 38-39.

27 Art. 7:765a en 7:768 lid 2 BW. Art. 7:768 wordt daarnaast op een tweetal plaatsen vanwege juridisch-technische redenen gewijzigd en op één plaats verduidelijkt. Zie hierover Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 70-74. Beide bepalingen zijn van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten na de inwerkingtreding van de Wkb op 1 januari 2024.

28 Zie par. 2.3.

29 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 40 (MvT). Zie hierover ook Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 64 en Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/176.

30 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 92 (MvT).

gelegenheid te stellen aan te geven of deze van zijn algemene opschortingsbevoegdheid op grond van art. 6:262 BW gebruik wil maken. De aannemer moet dat overigens uiterlijk twee maanden na oplevering doen, maar niet eerder dan één maand na dat tijdstip.

#### 4 Huidig recht: de oplevering van het werk en haar rechtsgevolgen

##### 4.1 Inleiding

Zoals hierboven al is opgemerkt, bevatten art. 7:757a en 7:758 lid 4 BW de voor de (rechts)praktijk belangrijkste twee nieuwe bepalingen waarmee afdeling 7.12.1 vanaf 1 januari 2024 wordt aangevuld. Deze bepalingen hebben betrekking op de oplevering van het *bouwwerk* en de daaraan verbonden rechtsgevolgen. Om de consequenties van de invoering van deze bepalingen goed te kunnen doorgronden,<sup>31</sup> volgt hierna eerst een overzicht van de regeling van de oplevering van het *werk* en het belangrijkste daaraan verbonden rechtsgevolg: de decharge van de aannemer van diens aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever ten tijde van de oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.<sup>32</sup>

##### 4.2 Oplevering: wat is dat?<sup>33</sup>

Het begrip ‘oplevering’ is niet in titel 7.12 BW gedefinieerd. De praktijk – en dan vooral de bouwpraktijk – gebruikt het begrip ‘oplevering’ ter aanduiding van het geheel aan handelingen van partijen die moeten plaatsvinden alvorens een bepaalde rechtstoestand met bijbehorende rechtsgevolgen intreedt. Art. 7:758 lid 1 BW sluit bij die praktijk aan, in die zin dat uit het artikel valt op te maken welke handelingen dat zijn en op welk moment de daarmee beoogde rechtstoestand intreedt: dat is het moment waarop de opdrachtgever het door de aannemer tot stand gebrachte werk – de nieuw vervaardigde dan wel bewerkte zaak – aanvaardt. Vanaf dát moment wordt het werk als opgeleverd beschouwd.<sup>34</sup> De handelingen die daaraan voorafgaan, hebben in hun onderlinge samenhang gezien geen zelfstandige juridische betekenis. Zoals hierna nog zal blijken, kan juridisch eventueel wel betekenis toekomen aan elk van die handelingen afzonderlijk, dan wel aan het nalaten daarvan. Zij laten zich in de praktijk overigens niet altijd eenvoudig van elkaar onderscheiden. Dat verklaart mogelijk waarom zij in de praktijk dikwijls worden aangeduid met het containerbegrip ‘oplevering’.

Het proces van oplevering start met de kennisgeving van de aannemer aan de opdrachtgever dat hij zijn verbintenis om het werk tot stand te brengen is nagekomen. Met deze eerste handeling verzoekt de aannemer de opdrachtgever om dat laatste te bevestigen en het werk te aanvaarden.<sup>35</sup> De kennisgeving

van de aannemer zal voor de opdrachtgever veelal de aanleiding vormen om over te gaan tot een beoordeling van de kwaliteit van het tot stand gebrachte werk teneinde voor zichzelf te kunnen vaststellen of de kwaliteit van de nieuw vervaardigde dan wel bewerkte zaak aan de overeenkomst beantwoordt.<sup>36</sup> Art. 7:758 lid 1 BW duidt deze tweede handeling aan met het begrip ‘keuren’. Hoewel de opdrachtgever niet tot keuren is verplicht, zal hierna nog blijken dat het nalaten daarvan, evenals het onvoldoende keuren, tot rechtsverlies voor de opdrachtgever kan leiden in het geval dat sprake is van aanname van *werk*. Het proces van oplevering wordt vervolgens afgerond met de mededeling van de opdrachtgever dat hij het werk – al dan niet onder het voorbehoud van herstel van geconstateerde gebreken – aanvaardt, dan wel onder aanwijzing van die gebreken weigert.<sup>37</sup>

##### 4.3 Rechtsgevolg oplevering: decharge aannemer

Binnen de kaders van het opleveringsproces is de aanvaarding door de opdrachtgever juridisch gezien de meest relevante handeling, omdat zij een aantal belangrijke rechtsgevolgen doet intreden.<sup>38</sup> Vanaf dat moment is het werk immers voor risico van de opdrachtgever en blijft hij de met de aannemer overeengekomen prijs verschuldigd, ongeacht het tenietgaan of de achteruitgang van het werk door een oorzaak die niet aan de aannemer kan worden toegerekend, aldus art. 7:758 lid 2 BW. Daarnaast is de aannemer op grond van art. 7:758 lid 3 BW ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Gelet op het doel van deze bijdrage is het met name die laatste bepaling die hierna verdere aandacht verdient.

De eventuele toepassing van art. 7:758 lid 3 BW vooronderstelt dat zich na oplevering gebreken kunnen manifesteren. De wetgever heeft in titel 7.12 BW niet voorzien in een definitie van het begrip ‘gebrek’. Aangenomen wordt dat van een gebrek sprake zal zijn in het geval dat de nieuw vervaardigde dan wel bewerkte zaak niet beantwoordt aan de door de opdrachtgever in de overeenkomst gespecificeerde eisen. Van een gebrek zal eveneens sprake zijn in het geval dat de zaak niet de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik van die zaak no-

31 Zie par. 5 en 6 hierna.

32 Zie art. 7:758 lid 1 en 3 BW.

33 Jansen 2013/66-70.

34 Zie de laatste volzin van art. 7:758 lid 1 BW.

35 Zie art. 7:758 lid 1 BW: ‘Indien de aannemer te kennen heeft gegeven dat het werk klaar is om te worden opgeleverd (...)’

36 Afhankelijk van de aard van het werk kan het dan nodig zijn dat de aannemer de opdrachtgever eerst daartoe in de gelegenheid stelt. Hier zou dan eventueel een afzonderlijke handeling kunnen worden onderscheiden, zie ook C.E.C. Jansen, Over de verhouding tussen de verplichting van de aannemer om het werk ‘op te leveren’ (art. 7:750 lid 1 BW) en de ‘oplevering’ van het werk als gevolg van de aanvaarding daarvan door de opdrachtgever (art. 7:758 lid 1 BW), TBR 2018/139, p. 933.

37 De – eventuele – feitelijke aflevering en/of juridische levering door de aannemer van de nieuw vervaardigde dan wel bewerkte zaak is overigens geen handeling die noodzakelijk is om oplevering in de zin van art. 7:758 lid 1 BW te bewerkstelligen. Het is in zoverre dan ook verwarrend dat de wetgever in art. 7:750 lid 1 BW de woorden ‘op te leveren’ gebruikt ter aanduiding van de (af)leveringsverplichting van de aannemer. Zie hierover Jansen 2018, p. 928-934.

38 Die relevantie blijkt overigens ook uit het feit dat in art. 7:758 lid 1 BW een regeling is getroffen voor het geval dat de opdrachtgever nalaat binnen een redelijke termijn mee te delen of hij het werk aanvaardt: in dat geval wordt hij geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard.

dig zijn. Bij de wat meer complexe gevallen van aanneming van werk kan zich een samenloop van de twee hiervoor genoemde gevallen voordoen.<sup>39</sup>

In de regel zal een gebrek zoals hiervoor bedoeld zijn oorzaak vinden in een tekortkoming van de aannemer in de nakoming van zijn primaire verbintenis – het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard<sup>40</sup> – dan wel in een tekortschieten van de aannemer in de naleving van een eventuele waarschuwingplicht.<sup>41</sup> Een gebrek kan zich overigens ook manifesteren zonder dat de oorzaak daarvan in de verantwoordelijkheidssfeer van de aannemer ligt.<sup>42</sup> Omgekeerd zal niet elke tekortkoming van de aannemer zich als een gebrek manifesteren.<sup>43</sup> Voor de toepassing van art. 7:758 lid 3 BW is dit alles overigens niet relevant. Een beantwoording van ter zake relevante vragen is immers pas aan de orde nadat is vastgesteld dat de opdrachtgever de gebreken die zich hebben gemanifesteerd op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat art. 7:758 lid 3 BW een nadere uitwerking vormt van art. 6:89 BW.<sup>44</sup> Het artikel voorziet evenals art. 6:89 BW in een regeling van een onderzoeksplicht van de opdrachtgever, maar bevat anders dan art. 6:89 BW geen uitdrukkelijke regeling van diens klachtplicht. Aangenomen wordt echter dat de opdrachtgever een klachtplicht heeft ter zake van gebreken die hij op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.<sup>45</sup> Hij moet die plicht naleven door het werk onder voorbehoud van herstel van geconstateerde gebreken te aanvaarden, dan wel onder aanwijzing

van die gebreken te weigeren.<sup>46</sup> Doet de opdrachtgever dat niet, dan lijdt hij rechtsverlies.

Uit de formulering van art. 7:758 lid 3 BW en uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever deze mogelijkheid van rechtsverlies uitdrukkelijk heeft willen beperken tot gebreken die de opdrachtgever redelijkerwijs had moeten ontdekken ‘op het tijdstip van oplevering’.<sup>47</sup> Daarmee doelt de wetgever op het totale opleveringsproces dat het geheel aan handelingen van partijen omvat zoals die hierboven zijn beschreven.<sup>48</sup> Het voorgaande betekent dat de fase die voorafgaat aan het in art. 7:758 lid 1 BW bedoelde opleveringsproces – de fase waarin de aannemer het werk nog aan het tot stand brengen is – buiten het toepassingsgebied van de onderzoeksplicht van art. 7:758 lid 3 BW valt.<sup>49</sup> Dat laat overigens onverlet dat wanneer de opdrachtgever al tijdens die fase een gebrek opmerkt en verzuimt tijdig daarover te klagen, een na aanvaarding van het werk op dat gebrek gebaseerde vordering zal kunnen afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW.<sup>50</sup>

Wat betreft de aard en omvang van het onderzoek dat de opdrachtgever moet verrichten om zich van zijn onderzoeksplicht op grond van art. 7:758 lid 3 BW te kwijten, zou kunnen worden betoogd dat dit van geval tot geval zal moeten worden vastgesteld aan de hand van de regels die gelden bij art. 7:23 BW en die volgens de Hoge Raad van overeenkomstige toepassing zijn bij een beroep op art. 6:89 BW in geval van een gesteld gebrek in een prestatie die in iets anders bestaat dan in de aflevering van een verkochte zaak.<sup>51</sup> Een kanttekening die hierbij kan worden geplaatst, is dat art. 7:758 lid 3 en 7:23 lid 1 BW beide weliswaar een uitwerking vormen van art. 6:89 BW, maar niet elkaars exacte evenknie zijn. De fase waarin de onderzoeksplicht van art. 7:758 lid 3 BW aan de orde is, is immers duidelijk afgebakend in de tijd en gaat ook overigens *vooraf* aan de aanvaarding door de opdrachtgever als bedoeld in lid 1 van dat artikel: de verklaring of gedraging waarmee hij te kennen geeft dat de nakoming door de aannemer van zijn primaire verbintenis beantwoordt aan de eisen van de overeenkomst. Daar komt bij dat het op grond van art. 7:758 lid 3 BW te verrichten onderzoek nu juist mede tot doel heeft de opdrachtgever geïnformeerd te laten beslissen of hij tot de hiervoor bedoelde aanvaarding zal kunnen overgaan, gegeven de belangrijke rechtsgevolgen die daaraan zijn verbonden. Het

39 Zie over het voorgaande meer uitvoerig Jansen 2013/17 e.v. en 71.

40 Zie art. 7:750 lid 1 BW.

41 Zie art. 7:754 jo. art. 7:760 lid 2 BW.

42 Te denken valt aan het voorbeeld waarbij een of meer van de door de opdrachtgever gespecificeerde eisen fouten blijken te bevatten. De primaire verbintenis van de aannemer houdt in dat de zaak aan deze eisen zal moeten beantwoorden. In een dergelijk geval mag de opdrachtgever vervolgens echter niet verwachten dat de zaak óók de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik van de zaak nodig zijn. Wanneer na oplevering blijkt dat de zaak die eigenschappen ontbeert, is sprake van een gebrek. Dat gebrek vindt zijn oorzaak dan niet in een tekortkoming van de aannemer in de nakoming van zijn primaire verbintenis. Wanneer in een dergelijk geval evenmin kan worden vastgesteld dat sprake is van een tekortschieten van de aannemer in de naleving van een waarschuwingplicht, ligt het gebrek niet in de verantwoordelijkheidssfeer van de aannemer. Vgl. in dit verband art. 7:760 lid 2 en 3 jo. art. 7:754 BW.

43 Deze stelling kan als volgt worden toegelicht. De primaire verbintenis van de aannemer houdt zoals gezegd in dat hij een nieuwe zaak tot stand brengt of een bestaande zaak bewerkt conform de door de opdrachtgever gespecificeerde eisen. Deze eisen kunnen worden onderscheiden in resultaatseisen (‘wat’ er tot stand moet worden gebracht) en proceseisen (‘hoe’ het ‘wat’ tot stand moet worden gebracht). In het geval dat de zaak niet beantwoordt aan de resultaatseisen, is per definitie sprake van een gebrek. Wijkt de aannemer daarentegen af van de proceseisen, dan *kan* dat resulteren in een gebrek, maar dat hoeft niet in alle gevallen zo te zijn. Te denken valt aan het voorbeeld waarbij de aannemer bij het tot stand brengen van het werk bepaalde eisen die voortvloeien uit veiligheids- en gezondheidswetgeving niet naleeft.

44 Zie Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 27 en 29 (MvT).

45 Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 27 (MvT); Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/119; Jansen 2013/71.

46 Vgl. art. 7:758 lid 1 BW.

47 Zie Kamerstukken I 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 11 (Nadere MvA).

48 Zie par. 4.2. Zie ook Jansen 2013/72; vgl. ook Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/119.

49 Zie Kamerstukken I 2002/03, 23095, nr. 38a, p. 11 (Nadere MvA). De wetgever heeft daarmee willen aansluiten bij het recht van de ons omringende landen: zie C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law* (diss. Tilburg), 1998, p. 358-395.

50 Aldus Hof Arnhem-Leeuwarden 29 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7320, r.o. 2.9. Zie ook Jansen 2013/72; vgl. ook Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/103 en 119.

51 Aldus begrijp ik Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/119. Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 m.nt. J. Hijma (Van de Steeg/Rabobank), r.o. 4.2.2.

voorgaande ligt anders ten aanzien van de onderzoeksplicht van art. 7:23 lid 1 BW, in die zin dat deze pas aan de orde is nadat de verkoper de zaak heeft afgeleverd.<sup>52</sup> Die onderzoeksplicht is bovendien niet afgebakend in de tijd en is ook overigens geen onderdeel van een in de wet voorzien proces dat tot doel heeft vast te stellen of de nakoming door de verkoper van zijn primaire verbintenis beantwoordt aan de eisen van de koopovereenkomst: titel 7.1 BW voorziet immers niet in een regeling van een dergelijk proces. In zoverre kan worden betoogd dat art. 7:758 lid 3 BW voorziet in een bijzondere voor de aanneming van werk geldende onderzoeksplicht van de opdrachtgever. Het voorgaande laat overigens onverlet dat een met de eerste volzin van art. 7:23 lid 1 BW vergelijkbare regel in geval van aanneming van werk eveneens geldt in het geval dat zich *na* de aanvaarding als bedoeld in art. 7:758 lid 1 BW een gebrek manifesteert dat de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs *niet* behoefde te ontdekken. *Die* regel vindt zijn grondslag echter in art. 6:89 BW.<sup>53</sup>

Wat er verder ook zij van de bovenstaande kanttekening: aangenomen mag worden dat de bijzondere in art. 7:758 lid 3 BW voorziene onderzoeksplicht vereist dat de opdrachtgever de nieuw vervaardigde dan wel bewerkte zaak in ieder geval onderwerpt aan een normaal gebruikelijke uitwendige visuele inspectie en tests om na te gaan of sprake is van een gebrek. Die plicht strekt niet zover dat de opdrachtgever de zaak als het ware uit elkaar zou moeten halen zodat ook uitwendig verborgen onderdelen aan een visuele inspectie en tests kunnen worden onderworpen, wanneer daar bijzondere middelen of vaardigheden voor nodig zijn, dan wel het risico bestaat dat een en ander zal leiden tot gebreken of tot andere schade.<sup>54</sup> Uit de wetsgeschiedenis kan daarentegen wel worden afgeleid dat naarmate de opdrachtgever over meer relevante deskundigheid beschikt – al dan niet via de inschakeling van experts – sneller geoordeeld zal kunnen worden dat de opdrachtgever een gebrek op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.<sup>55</sup>

## 5 Komend recht: de oplevering van het bouwwerk en haar rechtsgevolgen

### 5.1 *Verplichting tot het verstrekken van een opleverdossier*

Hierboven is het geheel aan partijhandelingen geschetst dat schuilgaat onder het containerbegrip ‘oplevering’.<sup>56</sup> Deze zullen wat de aanneming van *bouwwerken* betreft ook na de inwerkingtreding van de Wkb hun praktische betekenis blijven behouden. De juridische betekenis die eventueel aan (het nalaten van) die handelingen toekomt, zal als gevolg van die inwer-

kingtreding echter wijzigen. Alvorens daar in de volgende paragrafen nader op in te gaan, dient hier eerst te worden gewezen op een door de wetgever voorziene uitbreiding van de in het kader van het opleveringsproces te verrichten handelingen.

Dat proces start zoals gezegd met de kennisgeving van de aannemer aan de opdrachtgever dat hij zijn verbintenis om het werk tot stand te brengen is nagekomen. Daarmee verzoekt de aannemer de opdrachtgever om dat laatste te bevestigen en het werk te aanvaarden. De kennisgeving zal voor de opdrachtgever veelal de aanleiding vormen om voor zichzelf na te gaan of de kwaliteit van de nieuw vervaardigde dan wel bewerkte zaak aan de overeenkomst beantwoordt. In geval van aanneming van *bouwwerken* verplicht het nieuwe art. 7:757a BW de aannemer om bij de hiervoor bedoelde kennisgeving het zogenoemde opleverdossier aan de opdrachtgever over te leggen. In dat artikel – dat overigens van regelend recht is – is het volgende bepaald:

‘In geval van aanneming van een bouwwerk legt de aannemer bij de kennisgeving dat het werk klaar is om te worden opgeleverd, bedoeld in art. 7:758 lid 1, een dossier aan de opdrachtgever over met betrekking tot het tot stand gebrachte bouwwerk. Het dossier bevat gegevens en bescheiden die volledig inzicht geven in de nakoming van de overeenkomst door de aannemer en de te dien aanzien uitgevoerde werkzaamheden en bevat in ieder geval:

- a. 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;
- b. gegevens en bescheiden die nodig zijn voor gebruik en onderhoud van het bouwwerk.’

De minister heeft aangekondigd dat art. 7:757a BW niet eerder in werking zal treden dan het moment waarop is voorzien in een regeling van bijzonder overgangsrecht voor het artikel.<sup>57</sup> Dat betekent dat de in art. 7:757a BW voorziene verplichting alleen geldt voor overeenkomsten die zijn gesloten na inwerkingtreding van het artikel. De verwachting is overigens dat dit laatste gelijktijdig met de inwerkingtreding van de overige artikelen van de Wkb zal gebeuren,<sup>58</sup> op 1 januari 2024.

### 5.2 *Geén decharge aannemer in geval van oplevering van een bouwwerk*

Aan art. 7:758 BW wordt met de inwerkingtreding van de Wkb een nieuw vierde lid toegevoegd. Die bepaling gaat voor de aanneming van *bouwwerken* voorzien in een regel die afwijkt van art. 7:758 lid 3 BW.<sup>59</sup> Dat nieuwe vierde lid luidt komt als volgt te luiden:

52 Vgl. ook de conclusie van A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:949, bij HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:345, nr. 3.4.2.

53 Zie Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 34-35 (MvT), Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/122-123 en Jansen 2013/80. Zie ook de conclusie van A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2020:949, bij HR 5 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:345, nr. 3.4.3.

54 Jansen 2013/72.

55 Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 28 (MvT).

56 Zie par. 4.2.

57 Zie de bijlage bij Kamerstukken I 2021/22, 34453, AC, p. 2.

58 Zie hierover Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 50.

59 Zie par. 4.3. Zie voor een overzicht Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 51 e.v. en Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/103 en 125.

‘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. Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, voor zover de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In andere gevallen kan van dit lid alleen ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen.’

Voor de aanneming van *werk* blijft derhalve de regel van art. 7:758 lid 3 BW gelden: de aannemer is ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever tijdens het opleveringsproces redelijkerwijs had moeten ontdekken. De essentie van het nieuwe vierde lid is dat de opdrachtgever in geval van aanneming van *bouwwerken* geen aanspraken kan verliezen door tijdens het opleveringsproces geen dan wel onvoldoende onderzoek te doen naar eventuele gebreken. Er rust op hem namelijk – anders dan bij de aanneming van *werk* – gedurende dat proces geen onderzoeksplicht.

Partijen kunnen in hun overeenkomst niet ten nadele van de opdrachtgever afwijken van het bepaalde in art. 7:758 lid 4 BW, voor zover de opdrachtgever een consument is. In andere gevallen blijft het mogelijk een afwijkende regeling ten nadele van de opdrachtgever overeen te komen, maar zal die afwijking uitdrukkelijk in de overeenkomst moeten zijn opgenomen.

## 6 Kwesaties die voor de rechtspraak in het verschiep liggen

### 6.1 Inleiding

De inwerkingtreding van de hierboven besproken wijzigingen van afdeling 7.12.1 BW roept een aantal vragen op waar de rechtspraak naar verwachting mee geconfronteerd zal gaan worden. De belangrijkste daarvan zullen hierna worden geadresseerd. Achtereenvolgens gaat het dan om de afbakening van het nieuwe begrip ‘bouwwerk’ (par. 6.2), de reikwijdte van de nieuwe verplichting van de aannemer tot het verstrekken van een opleverdossier en de rechtsgevolgen van de tekortkoming in de nakoming van die verplichting (par. 6.3), de inhoud en strekking van de nieuwe materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW, mede in het licht van het derde lid van dat artikel (par. 6.4), en de positie van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005, gezien in het licht van de derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW (par. 6.5).

### 6.2 Wat is een ‘bouwwerk’?

De hamvraag die uiteraard zal moeten worden beantwoord om art. 7:757a en 7:758 lid 4 BW goed te kunnen toepassen, luidt: hoe onderscheidt aanneming van *werk* zich van aanne-

ming van *bouwwerken*?<sup>60</sup> Deze vraag valt in twee deelvragen uiteen.

In de eerste plaats: gegeven dat de aannemer zich bij een aannemingsovereenkomst verbindt tot het vervaardigen van een nieuwe zaak dan wel tot het bewerken van een reeds bestaande zaak,<sup>61</sup> aan welke criteria moet die zaak dan voldoen om de overeenkomst als aanneming van *bouwwerken* te kunnen kwalificeren? Ten tijde van de inwerkingtreding van titel 7.12 BW in 2003 speelde deze vraag nog niet, met dien verstande dat met art. 7:761 lid 1 BW destijds wel is voorzien in een bijzondere verjaringsregel in geval van aanneming van *bouwwerken*.<sup>62</sup> Nóch de totstandkomingsgeschiedenis, nóch de schaarse jurisprudentie met betrekking tot die bepaling geeft echter duidelijkheid over de afbakening van het begrip bouwwerk.<sup>63</sup> De Wkb doet dat nu evenmin. Desgevraagd heeft de minister zich bij de behandeling van het wetsvoorstel als volgt uitgelaten over de betekenis van de woorden ‘een werk van stoffelijke aard tot stand brengen’<sup>64</sup> voor wat betreft de aanneming van *bouwwerken*:

‘De terminologie (...) heeft dezelfde betekenis als de betekenis die in de Woningwet wordt gegeven aan het bouwen van een bouwwerk (zie artikel 1 van de Woningwet).’<sup>65</sup>

De Woningwet bevat zelf geen definitie van het begrip bouwwerk. De bestuursrechtelijke jurisprudentie zoekt daarom aansluiting bij de definitie in de VNG Model Bouwverordening.<sup>66</sup> De bijlage bij art. 1.1 Omgevingswet, waarin definities zijn opgenomen van de belangrijkste in die wet gebruikte begrippen, doet dat ook.<sup>67</sup> Bruggeman en Strang merken op dat de bestuursrechtelijke jurisprudentie geen eenduidig beeld laat zien.<sup>68</sup> In dat verband wijzen zij erop dat tal van werken vol-

60 Die vraag is ook relevant in het kader van de eventuele toepassing van het nieuwe art. 7:754 lid 2 BW, zie daarover par. 3.1.

61 Zie par. 2.1.

62 Zie par. 2.2.

63 Zie Bruggeman & Strang 2018, p. 891 en Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 13. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Wkb heeft de minister overigens opgemerkt: ‘Uit de Parlementaire Geschiedenis bij de totstandkoming van dit artikel en uit de praktijk zijn geen signalen naar voren gekomen dat dit tot noemenswaardige afbakeningsproblemen heeft geleid’, zie Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 6, p. 37 (NV II). Deze opmerking gaat eraan voorbij – zoals ook Bruggeman en Strang signaleren – dat de afbakeningskwesatie in het kader van art. 7:761 lid 2 BW nauwelijks praktische relevantie heeft.

64 Zie art. 7:750 lid 1 BW.

65 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 6, p. 37 (NV II). In dezelfde zin: Kamerstukken I 2020/21, 34453, Q, p. 31 (Verslag I).

66 Aldus Bruggeman & Strang 2018, p. 892. Zie ook Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 15.

67 In die bijlage wordt het begrip bouwwerk als volgt gedefinieerd: ‘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 bouwgebonden installaties anders dan een schip dat wordt gebruikt voor verblijf van personen en dat is bestemd en wordt gebruikt voor de vaart’.

68 Zie Bruggeman & Strang 2018, p. 892-893. Zie ook Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 15-16.



gens die jurisprudentie niet als een bouwwerk in de zin van de Woningwet zijn te beschouwen, zoals wegen, terreinverhardingen en schilderwerk. Gegeven deze beperkingen vragen zij zich af of het begrip bouwwerk in het privaatrechtelijk onderdeel van de Wkb precies dezelfde reikwijdte zou moeten hebben als in het publiekrechtelijk onderdeel, zoals de minister stelt. De auteurs merken terecht op dat een onderbouwing van het standpunt van de minister ontbreekt, nog daargelaten dat de praktische gevolgen daarvan niet worden geproblematiseerd.<sup>69</sup> Zij wijzen in dit verband bijvoorbeeld op afbakeningsproblemen die zullen ontstaan wanneer het begrip bouwwerk in de zin van titel 7.12 BW zal worden ingevuld aan de hand van publiekrechtelijke begrippen en daarover verschenen jurisprudentie, die privaatrechtelijke precisie lijken te missen. Zij menen dat op zekere hoogte weliswaar inspiratie kan worden geput uit de definitie van het begrip bouwwerk in de publiekrechtelijke regelgeving, maar bepleiten daarnaast een eigen invulling van het privaatrechtelijk begrip aanneming van *bouwwerken* die losstaat van die regelgeving.

Het standpunt van Bruggeman en Strang is verworpen door branchevereniging Bouwend Nederland.<sup>70</sup> Ook zij wijst op de uitleg die de bestuursrechtelijke jurisprudentie aan het begrip bouwwerk geeft en noemt aanvullende voorbeelden van werken – zoals terrassen, wegfunderingen en kunstgrasvelden – die in die jurisprudentie niet als bouwwerken worden beschouwd. Onder verwijzing naar het hierboven geciteerde antwoord van de minister stelt de branchevereniging zich op het standpunt dat infrastructurele werken – zoals wegen, waterwegen, spoorwegen en kabels- en leidingennetwerken – geen bouwwerken in de zin van titel 7.12 BW zijn.

Wat eventueel tegen het standpunt van Bouwend Nederland zou kunnen worden ingebracht, is dat de memorie van toelichting op de Wkb ook infrastructuur als voorbeeld noemt van bouwwerken die onder het in de wet voorziene stelsel van kwaliteitsborging gaan vallen.<sup>71</sup> Daar staat evenwel tegenover – en dat pleit weer vóór het standpunt van Bouwend Nederland – dat niet valt te ontkennen dat de publiekrechtelijke regelgeving hoe dan ook een onderscheid maakt tussen het begrip ‘bouwwerk’ enerzijds en de begrippen ‘werk, geen bouw-

werk zijnde<sup>72</sup> en ‘infrastructuur’<sup>73</sup> anderzijds.<sup>74</sup> Aan Bruggeman en Strang moet echter worden toegegeven dat daarmee niet vanzelfsprekend is dat aan het begrip bouwwerk in titel 7.12 BW dezelfde beperkte betekenis zou moeten worden toegekend als in die publiekrechtelijke regelgeving is gebeurd.<sup>75</sup> Waar het mijns inziens om gaat, is dat de wetgever het nodig heeft gevonden om, in het licht van de specifieke doelstellingen die hij met die publiekrechtelijke regelgeving heeft beoogd, binnen de kaders van die regelgeving te differentiëren al naargelang de aard van het te realiseren werk en de daarmee gemoeide publieke en private belangen. Wanneer het begrip bouwwerk dan vervolgens van die specifieke kaders wordt losgemaakt en in een ander juridisch kader komt te staan, zal bij de uitleg van het begrip opnieuw aansluiting moeten worden gezocht bij de specifieke doelstellingen en belangen die de wetgever met dat kader beoogt te dienen.<sup>76</sup>

Dat het begrip ‘bouwwerk’ in dit geval binnen een en hetzelfde juridisch kader wordt gebruikt – namelijk: de Wkb –, doet aan het voorgaande niet af. In de openingszin van de memorie van toelichting bij de Wkb valt immers weliswaar te lezen wat het centrale doel van de wet is – de verbetering van de bouwkwaliteit –, maar óók dat de wetgever dat doel langs twee afzonderlijke wegen beoogt te bereiken:

‘Dit wetsvoorstel strekt tot verbetering van de bouwkwaliteit door (1) verbetering van de privaatrechtelijke positie van de particuliere en de zakelijke bouwconsument en (2) door de introductie van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor bouwwerken.’<sup>77</sup> (opsommingsnummers toegevoegd; CJ)

De verbetering van de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever<sup>78</sup> wil de wetgever bewerkstelligen via enkele wijzigingen van titel 7.12 BW. Voor de vernieuwing van het stelsel

69 Van Gulijk doet dat overigens evenmin. Zij meent dat de praktische gevolgen van de door de wetgever gecreëerde onduidelijkheid mogelijk zullen meevallen, zie Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/8.

70 Zie Duijverman, Vermeij & Uittenbogaard-de Keyser 2022, p. 55-56.

71 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 26 (MvT). Zie ook op p. 23: ‘De instrumentaanbieder geeft bij het verzoek om toelating van het instrument zelf aan voor welk type bouwwerken een instrument toepasbaar is en waarvoor de toelating wordt gevraagd. Met name in de infrastructuur, waar voor veel bouwwerken feitelijk alleen de regels voor (construc-tieve) veiligheid van toepassing zijn, biedt dit de mogelijkheid aan leveranciers en specialistische controlebureaus om zich bij het ontwikkelen van een instrument voor kwaliteitsborging toe te leggen op een bepaald type bouwwerken.’

72 Zie art. 2.1 lid 1 sub a en b Wabo.

73 Zie opnieuw de bijlage bij art. 1.1 Omgevingswet, waarin dit begrip wordt gedefinieerd als: ‘wegen en vaarwegen, waaronder routenetwerken voor wandelen, fietsen en varen, spoorwegen, havens, luchthavens, energie-infrastructuur, telecommunicatie-infrastructuur, buisleidingen, openbare hemelwater- en ontwateringsstelsels en vuilwaterriolen, infrastructuur voor watervoorzieningswerken als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Drinkwaterwet en andere vitale infrastructuur’.

74 In de analyse van Bruggeman en Strang wordt dit aspect gemist.

75 Terzijde: als dat wel zou moeten, zou dit dan ook betekenen dat het begrip bouwwerk in art. 7:761 lid 2 BW een beperkter toepassingsgebied heeft dan velen de afgelopen twintig jaar hebben verondersteld?

76 Een voorbeeld daarvan biedt de MvT bij art. 11 lid 3 Wet OB 1968, zie Kamerstukken II 1995/96, 24703, nr. 3: ‘Zo is in het derde lid, onderdeel a, de definitie van “gebouw” uit de richtlijn overgenomen (artikel 4, lid 3, sub a, slotzin, van de richtlijn). Het daarin gehanteerde begrip bouwwerk heeft een ruimere betekenis dan hetgeen doorgaans onder gebouw wordt verstaan. (...) Naast “echte” gebouwen zoals huizen, kantoren, schuren en dergelijke, vallen daar bij voorbeeld onder bruggen, tunnels, viaducten, straten, wegen, pleinen en sluisen.’

77 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 2 (MvT).

78 Want dat is degene die de wetgever met het begrip ‘bouwconsument’ voor ogen heeft, zie Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 2 (MvT): ‘In juridische zin wordt de bouwconsument aangehaald als opdrachtgever, conform de terminologie van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).’

van kwaliteitsborging kiest hij voor de weg van de wijziging van de hiervoor genoemde publiekrechtelijke regelgeving. Nóch in de Wkb zelf, nóch in de wetsgeschiedenis is terug te zien dat deze twee wegen wat hun juridische uitwerking betreft nauw met elkaar samenhangen en daarom op elkaar zijn afgestemd. Bij de uitwerking van het publiekrechtelijk deel heeft de wetgever bepaalde keuzes gemaakt voor wat betreft het toepassingsbereik van het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging. Blijkbaar laat de doelstelling van de Wkb – de verbetering van de bouwkwaliteit – zich bij die keuzes het beste verenigen met de specifieke doelstellingen en belangen die aan de bestaande publiekrechtelijke regelgeving ten grondslag liggen. Daarmee is echter niet gezegd dat diezelfde doelstelling van de Wkb zich eveneens het beste laat verenigen met de aan titel 7.12 BW ten grondslag liggende doelstellingen en belangen, wanneer de verbetering van de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever beperkt blijft tot bouwwerken in de publiekrechtelijke betekenis van dat begrip. Het voorgaande betekent mijns inziens dat bij de toepassing van de nieuwe bepalingen van afdeling 7.12.1 BW de focus zal moeten liggen op de door de wetgever beoogde verbetering van de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever. In dat kader kan het dan noodzakelijk zijn uit te gaan van een andere en ruimere definitie van het begrip ‘bouwwerk’ dan de wetgever nodig heeft gevonden voor de eveneens beoogde vernieuwing van het publiekrechtelijk stelsel van kwaliteitsborging.

Afgezien van het voorgaande, rijst nog een tweede afbakeningsvraag. Is van aanneming van bouwwerken enkel sprake wanneer de overeenkomst strekt tot het vervaardigen van een nieuwe zaak, of is daarvan tevens sprake wanneer zij strekt tot het bewerken van een reeds bestaande zaak? Ook deze vraag laat de wetgever onbeantwoord. Uit niets blijkt overigens dat de wetgever het toepassingsbereik van aanneming van *bouwwerken* – in vergelijking met dat van aanneming van *werk* – heeft willen beperken tot het vervaardigen van nieuwe zaken. Ook het bewerken van een reeds bestaande zaak voldoet daarmee aan de kwalificatie aanneming van *bouwwerken*. Een bijkomende vraag is dan nog wel of enkel die gevallen onder het toepassingsbereik vallen waarbij de te bewerken zaak bij aanvang van de uitvoering van de prestatie *zelf* reeds een bouwwerk is,<sup>79</sup> of dat het toepassingsbereik zich tevens uitstrekt tot de gevallen waarbij het proces van bewerking van de zaak ertoe leidt dat een zaak die nog geen bouwwerk is tot een bouwwerk wordt getransformeerd.<sup>80</sup> Aangenomen mag worden dat dat laatste het geval is, nu de wetgever wat deze kwestie betreft er evenmin blijk van heeft gegeven dit anders te zien.

79 Te denken valt aan het voor de hand liggende voorbeeld van de verbouwing van een bestaand kantoorpand.

80 Een voorbeeld is het ombouwen van een toercaravan tot een vakantie-woning. In dat geval zouden dan bovendien de bepalingen van afd. 7.12.2 BW van toepassing zijn.

### 6.3 Het opleverdossier: reikwijdte verplichting en rechtsgevolgen van tekortkoming

Een tweede kwestie houdt verband met de nieuwe verplichting van de aannemer op grond van art. 7:757a BW tot het verstrekken van een opleverdossier. Dat het artikel een opsomming geeft van de gegevens en bescheiden die in ieder geval in het dossier moeten zitten,<sup>81</sup> neemt niet weg dat de wetgever voor veel onduidelijkheid heeft gezorgd wat betreft de reikwijdte van deze nieuwe verplichting. Hoe dient de aannemer de opdrachtgever het door art. 7:757a BW vereiste volledige inzicht in de nakoming van de overeenkomst te verschaffen, en welke gegevens en bescheiden zullen in dat kader precies moeten worden verstrekt?<sup>82</sup> Wat in dit verband bovendien problematisch is, is dat er een discrepantie bestaat tussen de tekst van art. 7:757a BW en de toelichting op die bepaling.<sup>83</sup> Partijen kunnen het risico van eventuele onduidelijkheid achteraf over de reikwijdte van de verplichting overigens beheersen door zelf aanvullende afspraken te maken over welke gegevens en bescheiden de aannemer in het opleverdossier moet opnemen.<sup>84</sup> Aangezien art. 7:757a BW van regeland recht is, zouden zij zelfs kunnen overeenkomen dat de aannemer géén opleverdossier behoeft over te leggen, of dat hij kan volstaan met een dossier dat beperkter van opzet en inhoud is dan het artikel voorschrijft.<sup>85</sup>

Een kwestie die de wetgever eveneens heeft laten rusten, betreft de vraag of de opdrachtgever aanvaarding van het bouwwerk op grond van art. 7:758 lid 1 BW zal mogen weigeren in het geval de aannemer géén dan wel een onvolledig opleverdossier heeft overgelegd. Even afgezien van het feit dat de opdrachtgever die aanvaarding alleen mag weigeren onder aanwijzing van in het werk geconstateerde gebreken, is het op zich denkbaar dat een louter fysieke keuring van het werk reeds uitwijst dat zich daarin geen gebreken bevinden. In dat licht bezien valt er iets te zeggen voor het standpunt van Bruggeman en Hoogendoorn dat het onwaarschijnlijk lijkt dat een tekortkoming van de aannemer in de nakoming van zijn verplichting om een opleverdossier over te leggen, de opdrachtgever het recht zou geven het werk te weigeren.<sup>86</sup> Anderzijds blijkt uit de tekst van art. 7:757a BW dat de daarin voorziene verplichting nu juist mede tot doel heeft de opdrachtgever inzicht te geven in de nakoming van de overeenkomst door de aannemer en de te dien aanzien uitgevoerde werkzaamheden.<sup>87</sup>

81 Zie par. 5.1.

82 Zie hierover uitgebreider Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 45 e.v.

83 Zie Kamerstukken II 2016/17, 34453, nr. 17. Van Gulijk leest daar wat de vereiste mate van gedetailleerdheid van het dossier betreft méér in dan in die toelichting staat, zie Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/116, in navolging overigens van N.P.M. Scholten, R.T.H. de Wildt, G. Koop & G.J.A.M. Bogaers, De risicobeoordeling kwaliteitsborging 3.0 en de functie van het overdrachtdossier. Reactie op TBR 2021/130, TBR 2021/58, p. 440.

84 Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 48.

85 Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 50.

86 Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 49.

87 Zie met name art. 7:757a aanhef en sub a BW. Dat geldt niet voor het bepaalde sub b: ‘gegevens en bescheiden die nodig zijn voor gebruik en onderhoud van het bouwwerk’.

Hierboven is al opgemerkt dat de opdrachtgever dat inzicht nodig heeft om zich erover te kunnen uitlaten of hij het werk al dan niet aanvaardt.<sup>88</sup> Wanneer hij dan niet gerechtigd zou zijn die mededeling – en eventueel ook de daaraan voorafgaande fysieke keuring – uit te stellen totdat de aannemer alsnog het (volledige) opleverdossier heeft overgelegd, lijkt de functie van art. 7:757a BW daarmee te worden ondergraven.

6.4 *Inhoud en strekking eerste volzin van art. 7:758 lid 4 in relatie tot art. 7:758 lid 3 BW*

De essentie van art. 7:758 lid 4 BW is dat de opdrachtgever in geval van aanneming van *bouwwerken* geen aanspraken kan verliezen door tijdens het opleveringsproces geen dan wel onvoldoende onderzoek te doen naar eventuele gebreken. Er rust op hem gedurende dat proces namelijk geen onderzoeksplicht, anders dan in geval van aanneming van *werk* op grond van het derde lid geldt. Dit laat overigens onverlet dat wanneer de opdrachtgever tijdens het opleveringsproces er toch toe overgaat enig onderzoek te verrichten en hij in dat kader een gebrek daadwerkelijk ontdekt,<sup>89</sup> hij op straffe van verval van aanspraken tijdig ter zake van dat gebrek bij de aannemer zal moeten protesteren.<sup>90</sup>

De vraag is dan hoe eventueel kan komen vast te staan dat een gebrek tijdens het opleveringsproces door de opdrachtgever is ontdekt. De wetgever beantwoordt deze vraag enkel voor het voor de hand liggende geval dat het proces-verbaal expliciet melding maakt van dat gebrek.<sup>91</sup> Aangenomen mag echter worden dat wanneer het proces-verbaal daar géén melding van maakt, de aannemer bewijs mag proberen te leveren dat de opdrachtgever het gebrek desalniettemin tijdens het opleveringsproces heeft ontdekt.

In art. 7:758 lid 4 BW is bepaald dat de aannemer *aansprakelijk* is voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn *toe te rekenen*. De gekozen formulering is enigszins verwarrend, omdat zij – gelezen in samenhang met lid 3 – suggereert dat de opdrachtgever in geval van aanneming van bouwwerken enkel zijn aanspraak op *schadevergoeding* niet zal verliezen wanneer hij tijdens het opleveringsproces geen dan wel onvoldoende onderzoek doet naar eventuele gebreken. Die suggestie wordt in de memorie van toelichting op verschillende plaatsen versterkt.

88 Zie par. 4.2.

89 Blijkens de tekst van het nieuwe vierde lid blijft de aansprakelijkheid van de aannemer vanaf het moment van oplevering immers enkel gehandhaafd voor zover het gebreken betreft ‘die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt’ (curs. CJ).

90 Het artikel wijzigt in zoverre niets aan de *klacht*plicht die volgt uit art. 6:89 BW, zie Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 36 en 90 (MvT). Zie ook Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/103 en 125. Het artikel wijzigt evenmin de rechtspositie van partijen gedurende de aan het opleveringsproces voorafgaande uitvoeringsfase, zie daarover par. 4.3.

91 Zie Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 35 (MvT).

Zo omschrijft de wetgever art. 7:758 lid 3 BW als een ‘afwijking’ van de algemene regel van art. 6:74 lid 1 BW.<sup>92</sup> Het begrip ‘afwijking’ suggereert dat art. 7:758 lid 3 BW een regel bevat die de toepassingsvoorwaarden van art. 6:74 BW wijzigt, en dat is niet zo. De kern van de zaak is dat aan toepassing van art. 6:74 BW niet wordt toegekomen indien het in art. 7:758 lid 3 BW geregelde geval zich voordoet.

De hiervoor bedoelde verwarrende suggestie wordt nog verder versterkt door de volgende passage in de artikelsgewijze toelichting op het nieuwe vierde lid van art. 7:758 BW:

‘Deze aanpassing betekent niet dat de aannemer hiermee in alle gevallen aansprakelijk wordt voor gebreken die na de oplevering aan het licht komen. Daartoe zal eerst moeten worden vastgesteld dat deze aan hem *toe te rekenen* zijn. In artikel 6:75 van het BW is bepaald dat een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst de schuldenaar niet kan worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. (...) In artikel 7:760 van het BW is voorts bepaald dat 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 komen van de aannemer*, maar dat de ondeugdelijke uitvoering die te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond waarop hij een werk laat uitvoeren, *voor rekening van de opdrachtgever* komen, voor zover de aannemer niet zijn waarschuwplicht heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten.’<sup>93</sup> (curs. CJ)

Er dient geen misverstand over te bestaan dat wanneer zich na oplevering van een bouwwerk gebreken manifesteren die tijdens het opleveringsproces niet zijn ontdekt, de opdrachtgever *alle* normale contractenrechtelijke remedies jegens de aannemer zal kunnen invoeren,<sup>94</sup> vooropgesteld dat die gebreken hun oorzaak vinden in een tekortkoming van de aannemer in de nakoming van zijn primaire verbintenis – het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard – dan wel in een tekortschieten van de aannemer in de naleving van een eventuele waarschuwplicht.<sup>95</sup> In die gevallen komen de gevolgen van die tekortkoming respectievelijk dat tekortschieten immers ‘voor rekening van de aannemer’ zoals bedoeld in art. 7:760 BW. Het toerekeningsvereiste van art. 6:74 lid 2 jo. art. 6:75

92 Zie Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 33 (MvT) en daarop voortbouwende literatuur over art. 7:758 lid 4 BW, zoals bijv. Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 52.

93 Zie Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 90 (MvT).

94 Zie in dit verband overigens de bijzondere regels van art. 7:759 BW.

95 Zie par. 4.3.

BW is vervolgens enkel en alleen relevant wanneer de opdrachtgever een vordering tot schadevergoeding instelt.<sup>96</sup>

*6.5 Aanpassing UAV 2012 en UAV-GC 2005 in het licht van derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW*

Zoals in paragraaf 5.2 is opgemerkt, kunnen partijen in hun overeenkomst niet ten nadele van een consument-opdrachtgever afwijken van het bepaalde in het nieuwe art. 7:758 lid 4 BW. In andere gevallen blijft het overeenkomen van een afwijkende regeling ten nadele van de opdrachtgever wel mogelijk, maar zal die afwijking uitdrukkelijk in de overeenkomst moeten zijn opgenomen. Het enkel opnemen van een afwijkende regeling in algemene voorwaarden is niet voldoende.<sup>97</sup> Bruggeman en Hoogendoorn wijzen erop dat de tekst van de overeenkomst niet alleen de afwijkende regeling zelf zal moeten bevatten, maar ook de uitdrukkelijke verklaring van partijen dat zij met die regeling beogen af te wijken van het bepaalde in art. 7:758 lid 4 BW.<sup>98</sup>

Het voorgaande betekent dat de eerdergenoemde paritair tot stand gebrachte modelovereenkomsten met bijbehorende algemene voorwaarden – de UAV 2012 en de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005<sup>99</sup> – op dit moment niet voldoen aan de laatste volzin van art. 7:758 lid 4 BW. Problematisch is niet dat zij afwijken van die bepaling,<sup>100</sup> maar dat die afwijkingen in de algemene voorwaarden staan.<sup>101</sup> De bouwsector werkt aan een aanpassing van de UAV 2012 en de MBO met bijbehorende UAV-GC 2005 teneinde deze in overeenstemming te brengen met de laatste volzin van art. 7:758 lid 4 BW, maar het is de vraag of die aanpassingen op 1 januari 2024 gereed zullen zijn. Wanneer dat niet het geval is en professionele partijen deze voorwaarden ook na die datum ongewijzigd op hun overeenkomsten van toepassing blijven verklaren, rijst de vraag wat daar dan de gevolgen van zijn. Aangenomen dat de laatste volzin van art. 7:758 lid 4 BW uitsluitend strekt ter bescherming van de opdrachtgever, zal een en ander op basis van art. 3:40 lid 2 jo. art. 3:41 BW tot vernietigbaarheid van de met art. 7:758 lid 4 BW strijdige bedingen leiden.<sup>102</sup>

## 7 Besluit

Op 1 januari 2024 wijzigt titel 7.12 BW als gevolg van de inwerkingtreding van de Wkb. De wetgever beoogt met deze wijziging de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever ten opzichte van de aannemer van *bouwwerken* te verbeteren. In deze bijdrage heb ik laten zien dat te verwachten valt dat de

toepassing van enkele belangrijke wijzigingsbepalingen die betrekking hebben op de oplevering van bouwwerken en de daaraan verbonden rechtsgevolgen, vanuit juridisch-technisch perspectief tot vragen zal gaan leiden. Hoe die vragen dan moeten worden beantwoord, heb ik geprobeerd in het voorgaande duidelijk te maken.

96 Dat is overigens niet anders voor gebreken die onder het toepassingsbereik van art. 7:758 lid 3 BW vallen, gesteld dat toepassing van de regel van die bepaling tot de vaststelling leidt dat de aannemer *niet* is ontslagen van aansprakelijkheid.

97 Kamerstukken II 2015/16, 34453, nr. 3, p. 36 en 91 (MvT).

98 Zie Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 60.

99 Zie par. 2.2.

100 In het geval dat partijen contracteren op basis van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 zal de opdrachtgever in de regel immers geen consument zijn.

101 Zie par. 12 lid 2 sub b UAV 2012 en par. 28 lid 1 sub c UAV-GC 2005.

102 Vgl. Bruggeman & Hoogendoorn 2022, p. 60-61.