

## V. Aanneming van werk

TBR 2012/220

**Raad van Arbitrage voor de Bouw, 12 juni 2012, No. 71.634 (Overgangsrecht aanneming van werk)**

Mr. B.C. Punt, ir. E.J.M. de Groot en ir. A.W.C. Marjijnissen. Gemachtigde appellant, opdrachtgever: mr. F.J.M. Kobossen. Gemachtigde geïntimeerde, aanneemster: mr. S. de Swart

**BW: art. 7:761; Overgangswet nieuw BW: art. 217, art. 196 en art. 182**

**Tekortkoming bij oplevering. Verjaring. Uitleg art. 217 lid 3 Overgangswet. Oplevering voor of na 1 september 2003:**

**Met gastnoot S.J.H. Rutten<sup>1</sup>, Red.**

*De gronden van de beslissing*

*De bevoegdheid en de ontvankelijkheid*

7. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

8. De memorie van grieven is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis ingekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat opdrachtgever in zoverre ontvankelijk is in zijn appel.

*Het geschil in eerste aanleg*

9. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van een tussen hen gesloten aannemingsovereenkomst voor de bouw van een woonhuis en bedrijfspand op regie-basis. Het geschil betreft de door aanneemster in het werk aangebrachte betonvloer in de bedrijfshal en op het bedrijfsterrein.

10. Opdrachtgever heeft de Raad verzocht om te beoordelen in hoeverre de door aanneemster geleverde vloeistofdichte betonvloer voldeed aan de daarvoor overeengekomen eisen en om aanneemster te veroordelen alle vaststaande gebreken te herstellen, althans tot vergoeding van de schade die opdrachtgever had geleden en nog zou lijden, met veroordeling van aanneemster in de arbitragekosten.

11. Aanneemster concludeerde tot afwijzing van de vordering van opdrachtgever, met veroordeling van opdrachtgever tot betaling van de proceskosten inclusief de kosten van rechtsbijstand.

12. Het dictum van het in dat geschil gewezen vonnis waarvan beroep luidt:

'DE BESLISSING

Arbiter, rechtdoende als goed man naar billijkheid: VEROORDEELT opdrachtgever om ter tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand aan aanneemster te betalen € 4.500,00 (zegge: vierduizend vijfhonderd euro);

VERKLAART dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad; WIJST AF hetgeen meer of anders is gevorderd.'

*De vordering in hoger beroep*

13. Onder aanvoering van één grief concludeert opdrachtgever tot vernietiging van het bestreden vonnis en, opnieuw rechtdoende, tot integrale toewijzing van zijn vordering en tot afwijzing van de vordering van aanneemster, met veroordeling van aanneemster in de kosten van de procedure in beide instanties.

*Het verweer in hoger beroep*

14. Aanneemster heeft gemotiveerd verweer gevoerd en concludeert tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van opdrachtgever in de kosten van de procedure in hoger beroep, waaronder begrepen een bijdrage in de kosten van juridische bijstand aan haar zijde.

*De feiten*

15. Partijen hebben geen grieven gericht tegen de door arbiter in eerste aanleg als tussen hen vaststaand aangemerkte feiten, zodat ook appellaribiters van deze feiten uitgaan. Deze feiten luiden:

- a. aanneemster heeft voor opdrachtgever een bedrijfshal gebouwd;
- b. aanneemster heeft daarbij ook een betonvloer aangebracht, zowel binnen (350 m<sup>2</sup>) als buiten (828 m<sup>2</sup>);
- c. de werkzaamheden van aanneemster zijn in regie uitgevoerd;
- d. Gedeputeerde Staten hebben bij brief van 14 december 2005 aangezegd voornemens te zijn om een dwangsom op te leggen voor het in gebruik hebben van een niet gekeurde vloeistofdichte vloer en het niet kunnen tonen van een certificaat van vloeistofdichtheid.

16. Op grond van hetgeen verder is gesteld en niet of onvoldoende is weersproken, kunnen hieraan de volgende vaststaande feiten worden toegevoegd:  
e. de betonvloer is op een vrijdag in november 2002

<sup>1</sup> Sjoerd Rutten is advocaat en partner bij Simmons & Simmons te Amsterdam.

gestort. De dinsdag daarop volgend heeft opdrachtgever van aannemster een offerte gekregen voor het inzagen en kitten van de vloer; f. In het voorjaar van 2003 is het werk (feitelijk) opgeleverd en in gebruik genomen.

#### *De beoordeling van het geschil*

17. Opdrachtgever richt zich met zijn grief tegen de rechtsoverwegingen 25, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66 en 67 van het bestreden vonnis en tegen het dictum daarvan, waarin - kort gezegd - zijn vordering in eerste aanleg tot herstel dan wel een schadevergoeding is afgewezen en opdrachtgever is veroordeeld tot betaling van € 4.500,00 als tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand.

18. Uit de toelichting daarop begrijpen appellarbiters dat deze grief zich concreet richt tegen het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat het inzagen van de vloer met afgifte van een certificaat geen contractuele verplichting van aannemster was en dat opdrachtgever er bewust voor heeft gekozen de vloer niet in te zagen.

19. Voorts richt de grief zich blijkens de toelichting daarop tegen het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat de vordering van opdrachtgever met betrekking tot een onvoldoende afschot in de vloer onvoldoende is onderbouwd was.

20. Appellarbiters zullen de in de grief aan de orde gestelde hoofdonderwerpen (vloestofdichtheid en afschot van de betonvloer) achtereenvolgens bespreken.

#### *Vloestofdichtheid vloer*

21. Opdrachtgever stelt zich primair op het standpunt dat aannemster op grond van de aannemingsovereenkomst, anders dan arbiter in eerste aanleg heeft geoordeeld, gehouden was een vloestofdichte vloer aan te brengen en een certificaat af te geven. Aannemster betwist dat.

22. Appellarbiters overwegen dat noch in de aannemingsovereenkomst noch in de daaraan ten grondslag liggende open begroting een verplichting voor aannemster is opgenomen tot de afgifte van een certificaat. Appellarbiters onderschrijven dan ook het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat de afgifte hiervan niet tot de verplichtingen van aannemster behoorde.

23. Wel zijn appellarbiters met opdrachtgever van oordeel dat uit het feit dat in de begroting expliciet is vermeld 'vloestofdichte vloer' een leek op bouwkundig gebied er in beginsel van mag uitgaan dat dan ook een vloestofdichte vloer wordt

aangebracht. Dit geldt te meer nu ook op de bij de bouwvergunning behorende tekening (productie 5 bij memorie van eis in eerste aanleg) staat dat er een 'vloestofdichte vloer volgens norm' moet worden aangebracht.

24. Niet in geschil is dat een betonvloer van dergelijke omvang ingezaagd en gekit moet worden om de gewenste vloestofdichtheid te bereiken. Op grond van de begroting en de tekening mag een leek daarom redelijkerwijze verwachten dat deze noodzakelijke werkzaamheden - hoewel niet expliciet in de begroting vermeld - wel deel uitmaken van het aangenomen werk.

25. In het onderhavige geval is echter sprake van een opdrachtgever die bewust een aannemingsovereenkomst op regiebasis heeft gesloten om zelf, dan wel door zijn broer, werkzaamheden uit te (laten) voeren en kennelijk - want niet gemotiveerd betwist - ook het werk coördineerde. Bovendien werd opdrachtgever bijgestaan door een architect. Opdrachtgever betwist weliswaar dat de architect hem tijdens de bouw nog bijstond, maar uit de brief van de toenmalig gemachtigde van opdrachtgever van 7 april 2005 (productie 13 bij memorie van eis in eerste aanleg) blijkt in ieder geval dat de architect op 12 mei 2003 (volgens aannemster bij gelegenheid van de 'tweede oplevering') een memo heeft geschreven met daarin een aantal 'aandachtspunten van niet juist opgeleverde zaken' van het woonhuis en het bedrijfspand. Ook heeft de architect volgens aannemster tijdens de uitvoering van de werkzaamheden de constructeur opgedragen een zaagplan te maken en is daarover ook overleg geweest met de architect, hetgeen opdrachtgever niet gemotiveerd heeft betwist. Appellarbiters achten daarom aannemelijk dat de architect een grotere rol heeft gehad dan opdrachtgever stelt.

26. Of een dergelijke - van deskundige bijstand voorziene en regie voerende - opdrachtgever vanwege het niet vermeld zijn in de begroting van het inzagen en kitten van de vloer redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat de door aannemster te storten betonvloer dan ook niet waterdicht zou zijn, laten appellarbiters in het midden. Zij overwegen daartoe het volgende.

27. Aannemster stelt dat partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen dat opdrachtgever het inzagen en kitten van de vloer in eigen beheer zou uitvoeren en dat deze werkzaamheden daarom ook niet in de begroting zijn opgenomen. De reden daarvoor was volgens aannemster dat zij deze werkzaamheden niet zelf uitvoert en opdrachtgever het certificaat op zijn naam zou krijgen indien hij voor deze werkzaamheden rechtstreeks opdracht zou verlenen aan een gecertificeerd bedrijf. Volgens aannemster

zou dat ook handig zijn in verband met het noodzakelijke jaarlijkse onderhoud door een dergelijk bedrijf. Bovendien zou opdrachtgever in dat geval een aannemersprovisie van 10% besparen, aldus aannemster.

28. Aannemster stelt voorts dat er na het sluiten van de overeenkomst en tijdens de uitvoering van de werkzaamheden sprake van was dat zij alsnog de zaag- en kitwerkzaamheden zou laten uitvoeren en dat zij om die reden contact heeft gehad met diverse kit- en zaagbedrijven. Ook heeft de constructeur toen in opdracht van de architect van opdrachtgever een zaagplan opgesteld, aldus aannemster. Volgens aannemster heeft opdrachtgever ook op dat moment geen opdracht verleend deze werkzaamheden te laten uitvoeren, aangezien hij de werkzaamheden in eigen beheer wilde laten verrichten. Aannemster heeft ter zitting nog verklaard dat het kitbedrijf C haar destijds liet weten dat opdrachtgever zelf al informatie had gevraagd.

29. Ook tijdens de oplevering van het werk heeft opdrachtgever volgens aannemster aan de architect gemeld dat hij zelf een bedrijf had gevonden dat de werkzaamheden tegen een lagere prijs wilde uitvoeren dan de door de architect aangedragen bedrijven.

30. Aannemster heeft van haar stelling dat opdrachtgever het zaag- en kitwerk door een derde wilde laten uitvoeren uitdrukkelijk bewijs aangeboden.

31. Opdrachtgever betwist de stellingen van aannemster, met de enkele stelling dat hij pas enkele weken na de oplevering van de vloer van een derde heeft begrepen dat het inzagen en afkitten van de vloer binnen 24 uur dan wel binnen 48 uur na storting van de vloer uitgevoerd moest zijn teneinde de gewenste waterdichtheid daarvan te verkrijgen. Opdrachtgever betwist voorts dat de architect bij de oplevering aanwezig was.

32. Appellarbiters constateren dat opdrachtgever tegenover het gemotiveerde relaas van aannemster dat is overeengekomen dat opdrachtgever de zaag- en kitwerkzaamheden in eigen beheer zou laten uitvoeren en dat ook meermalen tussen partijen is besproken, ook in het bijzijn van de architect, heeft volstaan met een uiterst summiere betwisting daarvan. Bovendien blijkt uit de hiervoor reeds aangehaalde brief van 7 april 2005 van de toenmalig gemachtigde van opdrachtgever dat de architect wel degelijk betrokken was bij de oplevering. Mede in aanmerking genomen dat opdrachtgever in eigen beheer werkzaamheden heeft laten uitvoeren, waaronder ook de aanleg van het zandbed van de vloer en het leggen van de wapening, komt appellarbiters de stelling van aannemster dat ook de zaag- en

kitwerkzaamheden in eigen beheer zouden worden uitgevoerd, op voorhand niet onaannemelijk voor. Daarbij stellen appellarbiters vast dat ook de aanleg van het zandbed, evenals het inzagen en kitten van de vloer, niet in de begroting is opgenomen.

33. Appellarbiters zien op dit punt geen aanleiding tot het opdragen van (tegen)bewijs. Immers, al aangenomen dat aannemster contractueel gehouden was de vloer in te zagen en te kitten, dan staat vast dat opdrachtgever in ieder geval de dinsdag volgend op de vrijdag waarop de vloer is gestort een offerte van aannemster heeft ontvangen voor het inzagen en kitten van de vloer. Met arbiter in eerste aanleg zijn appellarbiters van oordeel dat, gelet op de periode van het jaar - zijnde november - waarin de omgevingstemperatuur niet hoog is, het inzagen toen nog wel zinvol zou zijn geweest. Vast staat dat aannemster toen geen opdracht heeft gekregen de zaag- en kitwerkzaamheden uit te (laten) voeren.

34. Opdrachtgever betwist dat aannemster toen zou hebben gezegd dat het inzagen en kitten van de vloer noodzakelijk was om de beoogde vloei-stofdichtheid te verkrijgen. Dat het inzagen moest gebeuren, had opdrachtgever toen echter wel duidelijk moeten zijn. Op zijn minst hadden deze offerte en het door aannemster verstrekte, door de constructeur opgestelde zaagplan voor opdrachtgever aanleiding moeten zijn (al dan niet bij de architect) navraag te doen over de noodzaak daarvan.

35. Daarbij komt dat opdrachtgever ter zitting heeft verklaard dat hij enkele weken nadat de vloer er lag navraag heeft gedaan bij kitbedrijf C en dat hem toen is gezegd dat het inzagen en kitten van de vloer nog steeds mogelijk was, zij het dat dit moeilijker zou gaan in verband met de hardheid van het beton. Ook toen heeft opdrachtgever de werkzaamheden echter niet laten uitvoeren, hoewel hij op dat moment kennelijk wel bewust was van de noodzaak daarvan.

36. Voor zover al sprake mocht zijn van een toerekenbare tekortkoming van aannemster in haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst is daarvan vanaf het moment dat opdrachtgever bewust heeft afgezien van het alsnog uitvoeren van deze door aannemster geoffeerde werkzaamheden, hoewel deze toen nog zinvol waren, in ieder geval in redelijkheid geen sprake meer. Herstel of een schadevergoeding is daarom niet aan de orde. Appellarbiters onderschrijven derhalve het oordeel van arbiter in eerste aanleg op dit punt.

37. Appellarbiters overwegen daarbij nog dat zij, tijdens de bezichtiging van het werk, in de vloer - voor zover in verband met de daarop aanwezige zaken zichtbaar - slechts op een beperkt aantal

plaatsen beperkte scheurvorming hebben waargenomen. Appellarbiters achten gezien de omvang van deze scheurvorming, afgezet tegen het feit dat de vloer reeds sinds november 2002 is gestort en sinds de oplevering in 2003 in gebruik is voor opslag ten behoeve van de metaalhandel van opdrachtgever, aannemelijk dat in geval opdrachtgever na ontvangst van de offerte van aannemster opdracht zou hebben gegeven de vloer in te zagen en te kitten geen sprake zou zijn geweest van (noemenswaardige) scheurvorming.

38. Alles bijeen zijn appellarbiters van oordeel dat arbiter in eerste aanleg terecht heeft geoordeeld dat aannemster niet aansprakelijk is voor het feit dat de vloer niet vloeistofdicht is en de vordering van opdrachtgever op dit onderdeel terecht heeft afgewezen. Voor zover de grief van opdrachtgever hier tegen is gericht, faalt deze. Voor het overige behoeft de grief op dit onderdeel geen bespreking meer.

#### *Afschot buitenvloer*

39. Ter zake van het afschot overwegen appellarbiters dat aannemster ter zitting heeft erkend dat het achter de bedrijfshal gelegen deel van de betonvloer onvoldoende op afschot ligt en dat dit ook bij de oplevering is gemeld. Ook appellarbiters hebben tijdens de bezichtiging geconstateerd dat het afschot op deze plaats onvoldoende was. Daarnaast hebben appellarbiters op twee andere plaatsen in de buitenvloer (voor de entree van de hal en in één hoek) waargenomen dat er veel water stond. Hoewel enige plasvorming bij een vloer van dergelijke afmeting onvermijdelijk is, zou het water - zelfs ondanks de op de vloer geplaatste stellages - in overwegende mate in zuidelijke richting naar de putten moeten wegstromen. Nu dat kennelijk niet gebeurt, achten appellarbiters aannemelijk dat het afschot van de buitenvloer ook op deze plaatsen onvoldoende is. In zoverre is naar het oordeel van appellarbiters sprake van een uitvoeringsfout van aannemster. Dat de vloer zou zijn verzakt als gevolg van het gebruik door opdrachtgever in strijd met de bestemming van de vloer, heeft aannemster niet nader toegelicht en tegenover de betwisting daarvan door opdrachtgever ook niet aannemelijk gemaakt, zodat appellarbiters aan die stelling voorbij gaan.

40. Naar het oordeel van appellarbiters is op dit onderdeel, anders dan arbiter in eerste aanleg heeft geoordeeld, sprake van een toerekenbare tekortkoming van aannemster. Voor zover de grief van aannemster zich richt tegen de afwijzing door arbiter in eerste aanleg van haar vordering inzake het onvoldoende afschot van de vloer, als zijnde onvoldoende onderbouwd, slaagt deze.

41. In het kader van de devolutieve werking van het appel dient vervolgens te worden beoordeeld of

de vordering van opdrachtgever ter zake het onvoldoende afschot in de vloer met inachtneming van de niet prijsgegeven verweren van aannemster op dit punt alsnog kan worden toegewezen, zoals opdrachtgever ook vordert in hoger beroep.

42. Aannemster heeft in eerste aanleg een beroep op verjaring ex artikel 7:761 BW gedaan, dat door arbiter in eerste aanleg is verworpen. Appellarbiters overwegen ter zake het volgende.

43. Zoals arbiter in eerste aanleg terecht heeft overwogen is (dat artikel van het) het huidige BW ingevoerd op 1 september 2003. In het Oud BW was de verjaringstermijn vijf jaar. Volgens artikel 7:761 BW is de verjaringstermijn twee jaar. Aldus is het overgangsrecht van belang en met name artikel 217 van de Overgangswet nieuw BW. Dit luidt als volgt: *Artikel 217 1. Op overeenkomsten van aanneming van werk die vóór het tijdstip van het in werking treden van titel 12 van Boek 7 zijn gesloten, wordt deze titel drie jaren na dat tijdstip van toepassing. 2. In afwijking van lid 1 worden de bepalingen van afdeling 2 van titel 12 van Boek 7 niet van toepassing op een overeenkomst van aanneming van werk die vóór dat tijdstip is gesloten. 3. In afwijking van de leden 1 en 2 is titel 12 van Boek 7 van toepassing op de gevolgen van niet nakoming in het geval dat een der partijen na het in werking treden van deze titel in de nakoming van een van haar verbintenissen tekortschiet, tenzij dat tekortschieten een voortzetting van een eerdere tekortkoming is.*

44. Arbiter in eerste aanleg heeft overwogen dat nu de overeenkomst tussen partijen is gesloten vóór de inwerkingtreding van titel 12 van boek 7 op 1 september 2003, namelijk in of omstreeks oktober 2002, lid 1 van artikel 217 Overgangswet nieuw BW van toepassing is. Arbiter in eerste aanleg was voorts van oordeel dat lid 3 toepassing mist omdat 'het tekortschieten - de niet vloeistofdichte vloer - is gebeurd voor 1 september 2003 en dus niet na het in werking treden van titel 12 boek 7'. Arbiter in eerste aanleg heeft daarom tot 1 september 2006 een verjaringstermijn van vijf jaar toegepast en vanaf 1 september 2006 een verjaringstermijn van twee jaar, waarna arbiter op grond van de door partijen overgelegde correspondentie oordeelde dat de vordering van opdrachtgever op dit onderdeel niet verjaard was.

45. Anders dan arbiter in eerste aanleg zijn appellarbiters van oordeel dat lid 3 wel van toepassing is voor zover het gaat om het onvoldoende afschot, dat moet worden beschouwd als een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van aannemster ten tijde van de oplevering. De oplevering vond plaats in het voorjaar van 2003, dus vóórdat op 1 september

2003 de nieuwe titel aanneming van werk (waaronder artikel 7:761 BW) werd ingevoerd. Aangezien dit gebrek ten tijde van de inwerkingtreding echter nog niet was verholpen, is sprake van een voortzetting van de tekortkoming als bedoeld in lid 3. In dat geval is oud recht van toepassing.

46. Appellarbiters overwegen daartoe dat de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 217 Overgangswet verwijst naar het verwante artikel 196, dat betrekking heeft op titel 1 van Boek 7 BW omtrent koop en ruil (Parl. Gesch. NBW, Overgangsrecht, blz. 175 ev.). Daaruit blijkt dat de wetgever met artikel 196 (en dus ook met 217) heeft bedoeld aan te sluiten bij artikel 182 Overgangswet (Boek 6 BW). Artikel 182 Overgangswet bepaalt dat wanneer een schuldenaar vóór het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, op de gevolgen van de tekortkoming de nieuwe wet niet van toepassing is, ook niet indien de tekortkoming nadien wordt voortgezet.

47. Onder het oude recht gold ook voor aanneming van werk artikel 3:307 BW. Een rechtsvordering tot nakoming verjaarde door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag volgend op die waarop de vordering opeisbaar was geworden. Dat was in casu het geval bij de (feitelijke) oplevering van het werk in het voorjaar van 2003. Opdrachtgever heeft zijn klacht met betrekking tot het onvoldoende afschot in de vloer binnen vijf jaar na de oplevering, onder meer bij brief van 1 juli 2004, gemeld en aannemster daarvoor in gebreke gesteld. Hierdoor is de verjaring gestuit en een nieuwe termijn van vijf jaar aangevangen. Bij het aanhangig maken van het geschil binnen vijf jaar nadien, op 17 april 2009, was de vordering derhalve nog niet verjaard. Uiteindelijk komen ook appellarbiters aldus tot de conclusie dat het verjaringsverweer van aannemster faalt.

48. Nu aannemster in eerste aanleg voor het overige geen andere verweren heeft gevoerd dan hiervoor reeds besproken, komen appellarbiters thans toe aan de bespreking van het petitum van opdrachtgever in eerste aanleg, voor zover gericht op het afschot.

49. De onder I van het petitum in eerste aanleg geformuleerde vordering om te beoordelen in hoeverre de door aannemster geleverde vloeiendheidsbetonvloer voldoet aan de daarvoor overeengekomen eisen, behelst feitelijk geen rechtsvordering, zodat appellarbiters daaraan voorbij gaan.

50. De onder II gevorderde veroordeling van aannemster alle vaststaande gebreken te herstellen binnen een door appellarbiters in goede justitie te bepalen termijn achten appellarbiters te onbepaald. Immers, sprake is van een vloer van een aanzienlijke omvang met slechts op enkele, niet specifiek aangeduide plaatsen een onvoldoende afschot daarin. Appellarbiters zullen daarom toewijzen de subsidiair gevorderde schadevergoeding als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van aannemster inzake het onvoldoende afschot op voornoemde door appellarbiters waargenomen drie plaatsen in de buitenvloer.

51. Appellarbiters begroten de schadevergoeding uitgaande van het herstel door derden van het afschot in circa 100 m<sup>2</sup> van de betonvloer in billijkheid op € 7.500,00.

#### Slotsom

52. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de grief van opdrachtgever slaagt voor zover gericht tegen de afwijzing door arbiter in eerste aanleg van de vordering van opdrachtgever betreffende het afschot in de vloer. Voor het overige faalt deze grief dan wel hoeft deze geen behandeling meer.

53. Het bestreden vonnis dient daarom gedeeltelijk te worden vernietigd en de subsidiaire vordering van opdrachtgever tot een schadevergoeding uit hoofde van het gebrekkige afschot in de buitenvloer zal alsnog worden toegewezen. Gelet op de (gedeeltelijke) vernietiging kan ook de in eerste aanleg uitgesproken proceskostenveroordeling niet in stand blijven, zoals opdrachtgever ook stelt. (*Enz., enz., Red.*)

#### Noot

De hierboven afgedrukte appeluitspraak is van belang voor het overgangsrecht inzake aanneming van werk. Per 1 september 2003 is titel 12 van Boek 7 BW inzake aanneming van werk in werking getreden. Het overgangsrecht van deze titel is geregeld in artikel 217 Overgangswet. Dit artikel 217 Ow, en dan met name lid 3, heeft in de praktijk regelmatig voor verwarring gezorgd en voor - naar mijn mening<sup>2</sup> - onjuiste jurisprudentie, zowel bij de burgerlijke rechter als bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw.<sup>3</sup> Enigszins begrijpelijk is dat wel; artikel 217 lid 3 is niet eenvoudig leesbaar, in die zin dat het een lezer al snel op het verkeerde been kan zetten. Daar staat echter tegenover dat de systematiek van artikel 217 Ow

2 Zie mijn artikel 'Overgangsrecht aanneming van werk', BR 2004/503, en mijn *Praktijkboek verjarings- en vervaltermijnen in de bouw*, Den Haag: IBR 2010, p. 30 e.v.

3 Zie bijvoorbeeld Rb Maastricht 13 februari 2008, LJN: BC4450, Rb Middelburg 12 augustus 2008, LJN: BK9705, RvA 8 april 2009, No. 29.914, RvA 6 april 2010, No. 30.992 en RvA 27 oktober 2010, No. 31.305.

gelijk is aan die van artikel 196 Ow, het op 1 januari 1992 in werking getreden overgangsrechtelijke artikel dat betrekking heeft titel 1 van Boek 7 BW inzake koop.<sup>4</sup> Je zou denken dat na ruim 11 jaar ervaring met het overgangsrecht inzake koop en de over het overgangsrecht verschenen literatuur<sup>5</sup> er weinig problemen zouden ontstaan bij de toepassing van artikel 217 Ow. De praktijk heeft anders uitgewezen.

In procedures over gebreken aan het opgeleverde werk komt het overgangsrecht met name aan de orde indien een aannemer een beroep doet op verjaring van de rechtsvordering van de opdrachtgever. De reden daarvoor ligt voor de hand: onder het vóór 1 september 2003 geldende recht gold voor rechtsvorderingen inzake gebreken een verjaringstermijn van vijf jaren (zie bijvoorbeeld de artikelen 3:310 en 3:311 BW). Sinds 1 september 2003 geldt ingevolge artikel 7:761 BW ter zake een aanzienlijk kortere verjaringstermijn van twee jaren. Indien de aannemingsovereenkomst gesloten is vóór 1 september 2003 kan dus relevant zijn de vraag welk recht - oud of nieuw - van toepassing is.<sup>6</sup>

In de hierboven afgedrukte appeluitspraak heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouw naar mijn mening een correcte en overtuigende uitleg gegeven aan artikel 217 lid 3 Ow. Deze uitleg is niet nieuw; in een eerdere appeluitspraak van 30 december 2010 was de Raad van Arbitrage voor de Bouw ook al tot deze uitleg gekomen<sup>7</sup>.

Thans kan derhalve gezegd worden dat er bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw sprake is van vaste rechtspraak inzake de toepassing van artikel 217 lid 3 Ow. Uit deze vaste rechtspraak kan de volgende eenvoudige regel worden opgemaakt: is een werk opgeleverd vóór 1 september 2003, dan worden gebreken in het opgeleverde werk afgewikkeld overeenkomstig het oude recht, inclusief de oude verjaringstermijnen. Is een werk opgeleverd op of ná 1 september 2003, dan worden gebreken in het opgeleverde werk afgewikkeld overeenkomstig het nieuwe recht, inclusief de nieuwe verjaringstermijnen. Hoe zijn arbiters tot dit oordeel gekomen?

Voor het gemak van de lezer eerst de relevante bepalingen uit de Overgangswet. Artikel 217 lid 1 en 3 Ow luidt als volgt:

*'1. Op overeenkomsten van aanneming van werk die vóór het tijdstip van in werking treden van titel 12 van Boek 7 zijn gesloten, wordt deze titel drie jaren na dat tijdstip van toepassing.*

*2. (...)*

*3. In afwijking van de leden 1 en 2 is titel 12 van Boek 7 van toepassing op de gevolgen van niet nakoming in het geval dat een der partijen na het in werking treden van deze titel in de nakoming van een van haar verbintenissen tekortschiet, tenzij dat tekortschieten een voortzetting van een eerdere tekortkoming is.'*

Dan de voor het overgangsrecht relevante feiten in de hierboven afgedrukte hoger beroep zaak. De aannemingsovereenkomst was gesloten ergens rond oktober 2002. Op basis van deze aannemingsovereenkomst had de aannemer een werk uitgevoerd dat hij had opgeleverd in het voorjaar van 2003, derhalve vóór de inwerkingtreding van het nieuwe recht. Enige tijd na oplevering, onder meer bij brief van 1 juli 2004, klaagde de opdrachtgever bij de aannemer over een gebrek in het werk, te weten onvoldoende afschot in de vloer. Op 17 april 2009 maakte de opdrachtgever tegen de aannemer de procedure in eerste aanleg aanhangig. Arbitrator in eerste aanleg oordeelde dat het gebrek (het tekortschieten) dateerde van vóór de inwerkingtreding van het nieuwe recht op 1 september 2003, en dat dus artikel 217 lid 3 Ow niet van toepassing was, doch artikel 217 lid 1 Ow. Op grond van artikel 217 lid 1 Ow gold volgens arbitrator tot 1 september 2006 (drie jaar na het in werking treden van het nieuwe recht) de oude verjaringstermijn van vijf jaren, en met ingang van 1 september 2006 de nieuwe verjaringstermijn van twee jaren. Volgens arbitrator was het dus mogelijk dat de rechtsvordering van de opdrachtgever op 31 augustus 2006 niet verjaard was, en een dag later op 1 september 2006 wel, omdat dan een beroep op verjaring getoetst zou moeten worden aan de nieuwe verjaringstermijn van twee jaren.<sup>8</sup>

In hoger beroep oordelen arbiters dat het gebrek (het onvoldoende afschot) moet worden aangemerkt als een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de aannemer ten tijde van de oplevering (derhalve onder het oude recht). Dat lijkt mij juist. De aannemer had het werk moeten opleveren met

4 Het belangrijkste verschil tussen de artikelen 196 en 217 Ow is dat de wetgever bij koop de uitgestelde werking van lid 1 bepaald heeft op één jaar en bij aanneming van werk op drie jaren. De reden hiervoor is waarschijnlijk dat de wetgever wil voorkomen dat partijen bij een aannemingsovereenkomst die nog - relatief - kort na de inwerkingtreding van het nieuwe recht loopt, lastig gevallen worden met de nieuwe regels en hun overeenkomst daaraan zouden moeten aanpassen (dat was althans bij koop de gedachte achter de uitgestelde werking van één jaar, zie *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek/ Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 178).

5 Bijvoorbeeld H.L. van der Beek, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1992, en *Mon. Nieuwe BW A-25* (De Vries Lentsch-Kostense), Deventer: Kluwer 1992.

6 Indien de aannemingsovereenkomst op of na 1 september 2003 is gesloten ontstaan er geen overgangsrechtelijke vragen; op die overeenkomst is titel 12 Boek 7 BW van toepassing.

7 RvA 30 december 2010, No. 71.448.

voldoende afschot. Indien de aannemer dat niet heeft gedaan, is er sprake geweest van een tekortkoming bij de oplevering.<sup>9</sup>

Appelarbiteren oordelen vervolgens dat het gebrek ten tijde van de inwerkingtreding van het nieuwe recht nog niet was verholpen, zodat sprake is van een voortzetting van de tekortkoming zoals bedoeld in artikel 217 lid 3 Ow, laatste zinsdeel. Ook dat lijkt mij juist.

Vervolgens komt de voor de uitleg van artikel 217 Ow relevante vraag aan de orde. Artikel 217 lid 3 Ow bepaalt dat in *afwijking van lid 1* (en 2) het nieuwe recht geldt indien een partij na het inwerking treden van het nieuwe recht tekortschiet, *tenzij* dat tekortschieten een voortzetting van een eerdere tekortkoming is. Betekent dit nu dat, omdat arbiters geoordeeld hebben dat sprake is van een voortzetting van eerder tekortschieten, de in lid 3 opgenomen van lid 1 afwijkende regeling niet van toepassing is, maar dat lid 1 geldt en derhalve drie jaar na 1 september 2003 het nieuwe recht het geschil gaat beheersen?<sup>10</sup>

Het antwoord luidt: neen. Arbiters wijzen er terecht op dat uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de overgangswetgever met artikel 196 Ow (en dus ook met het verwante artikel 217 Ow) beoogd heeft aan te sluiten bij artikel 182 Ow.

Artikel 182 Ow luidt als volgt:

*'Indien een schuldenaar vóór het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, is op de gevolgen van de*

*tekortkoming de wet niet van toepassing, ook niet indien de tekortkoming nadien wordt voortgezet.'*

Met andere woorden: indien het tekortschieten (in casu het opleveren met een (verborgen) gebrek) dateert van vóór de inwerkingtreding van het nieuwe recht, wordt het nieuwe recht daarop niet van toepassing doch blijft ter zake het oude recht gelden, inclusief de oude verjaringstermijnen.<sup>11</sup> Artikel 217 lid 3 Ow moet dus als volgt worden gelezen. De aanhef van lid 3 ('in afwijking van de leden 1 en 2') bedoelt duidelijk te maken dat lid 3 een van de leden 1 en 2 afwijkende regeling bevat. Die van de leden 1 en 2 afwijkende regeling geldt onvoorwaardelijk, en is dus niet voorwaardelijk gekoppeld aan het laatste zinsdeel ('tenzij (...)').<sup>12</sup> Het zinsdeel 'tenzij dat tekortschieten een voortzetting van een eerdere tekortkoming is' bedoelt een uitzondering te maken op de toepasselijkheid van titel 12 van Boek 7 in het geval een partij na het inwerking treden daarvan tekortschiet. Indien die uitzondering het geval is (te weten: er is sprake van voortzetting van een eerdere tekortkoming), is titel 12 van Boek 7 dus niet van toepassing op de gevolgen van de tekortkoming. Derhalve is het oude recht daarop van toepassing. Aan toepasselijkheid van artikel 217 lid 1 Ow wordt niet toegekomen. Met deze lezing sluit artikel 217 lid 3 Ow geheel aan bij artikel 182 Ow.

S.J.H. Rutten

8 Zie de uitspraak in eerste aanleg, RvA 27 oktober 2010, No. 31.305.

9 Zie ook Van der Beek, t.a.p., p. 234 en Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, nr. 566.

10 Dat is wat de arbiter in eerste aanleg had geoordeeld: artikel 217 lid 3 Ow is niet van toepassing, omdat het tekortschieten dateert van vóór 1 september 2003, en dus is artikel 217 lid 1 Ow van toepassing.

11 Zo ook ten aanzien van de toepassing van artikel 196 Ow Van der Beek, t.a.p., p. 248-252, De Vries Lentsch-Kostense, t.a.p., p. 84-86 en *Parlementaire Geschiedenis Overgangsrecht*, p. 181.

12 Anders had er wel iets gestaan als: 'Tenzij het tekortschieten een voortzetting is van een eerdere tekortkoming, is in afwijking van de leden 2 en 3 titel 12 van Boek 7 van toepassing op de gevolgen van niet nakoming in het geval dat een der partijen na het in werking treden van deze titel in de nakoming van een van haar verbintenissen tekortschiet.'