13. Aanneemster wijst erop dat arbiters in eerste aanleg hebben vastgesteld dat in het onderhavige geval sprake is van een verborgen gebrek, en dat de vervaltermijn voor het aanhangig maken van een rechtsvordering inzake een dergelijk gebrek ingevolge § 12 lid 4 UAV '89 per 30 november 2002 is verstreken. Opdrachtgeefster heeft de rechtsvordering op 12 oktober 2005 aanhangig gemaakt, derhalve na het verstrijken van de vervaltermijn. Op grond van het voorgaande stelt aanneemster zich op het standpunt dat arbiters in eerste aanleg opdrachtgeefster ten onrechte (toch) ontvankelijk verklaarde in haar vordering.

14. Zij voert ter toelichting aan dat een beroep op de vervaltermijn onder omstandigheden weliswaar in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid, maar dat dat in de jurisprudentie van deze Raad niet snel wordt aangenomen. Aanneemsters beroep richt zich met name tegen alinea 29 van het vonnis in eerste aanleg, waarin arbiters hebben overwogen:

> 'Binnen de vervaltermijn, noch in de daaropvolgende periode heeft aanneemster opdrachtgeefster er aanleiding toe gegeven dat zij er rekening mee had kunnen en moeten houden dat aanneemster in rechte een beroep zou doen op de vervaltermijn terzake van verborgen gebreken.'

Stellende dat arbiters in eerste aanleg ten onrechte hebben aangenomen dat aanneemster opdrachtgeefster moest waarschuwen dat zij mogelijk een beroep op bedoelde paragraaf zou kunnen doen. In aanneemsters visie is deze uitspraak niet in lijn met de jurisprudentie van de Raad. Van opdrachtgeefster mag worden verwacht dat zij zelf bedacht is op een eventueel beroep op de vervaltermijn, temeer daar zij werd bijgestaan door een ter zake deskundig makelaarskantoor, aldus aanneemster.

15. Appelarbiters overwegen dat alinea 29 wat ongelukkig is geformuleerd. Voor zover daarin een waarschuwingsplicht van aanneemster moet worden gelezen, onderschrijven appelarbiters die overweging niet. Aanneemster betoogt echter voorts dat opdrachtgeefster niet heeft aangetoond of aannemelijk gemaakt dat zij op grond van uitlatingen van aanneemster heeft mogen aannemen dat aanneemster de vervaltermijn niet zou inroepen. Dit standpunt volgen appelarbiters niet, gelet op de hiervoor weergegeven vaststaande feiten waartegen aanneemster, als vermeld, geen grief richtte.

16. Immers, uit het verloop van die feiten blijkt dat het werk van aanvang af gebrekkig was, terwijl aanneemster brieven schreef, rapporten deed opmaken, en voortdurend terugkeerde om uiteindelijk telkens slechts gedeeltelijk herstel uit te voeren. Met name in de brief d.d. 12 november 2002 (vrijwel tegen het einde van de vervaltermijn) geeft aanneemster opdrachtgeefster te kennen er van op de hoogte te zijn dat de gebreken structureel van aard zijn - hetgeen aansluit bij het niet begriefde oordeel van arbiters in eerste aanleg dat van begin af aan sprake is geweest van ondeugdelijk werk - en stelt zij voor wederom in herstel te voorzien, om vervolgens na het verstreken zijn van de vervaltermijn andermaal door derden een rapportage te doen opmaken. Onder die omstandigheden mocht opdrachtgeefster er op vertrouwen dat aanneemster bereid was de gebreken daadwerkelijk op een afdoende manier op te lossen en hoefde opdrachtgever er niet op bedacht te zijn dat aanneemster zich alsnog op de vervaltermijn zou beroepen. Waar aanneemster dat wel gedaan heeft zijn appelarbiters het in zoverre met arbiters in eerste aanleg eens, dat ook appelarbiters van oordeel zijn dat aanneemster zich in alle redelijkheid niet te goeder trouw op de vervaltermijn van § 12 lid 4 UAV '89 kan beroepen. Dit wordt niet anders doordat opdrachtgeefster zich gedurende deze periode heeft laten bijstaan door K. B.V..

17. Het voorgaande betekent dat de grief faalt, en dat het vonnis, onder verbetering van gronden wordt bekrachtigd. Aan de behandeling van het voorwaardelijk incidenteel appel komen appelarbiters derhalve niet toe. *(Enz., enz., Red.)*

Noot

Een vraag die in arbitrages over een gebrek aan een bouwwerk regelmatig aan de orde komt, is de vraag of de opdrachtgever met lege handen staat wanneer de UAV 1989 van toepassing zijn en de arbitrage aanhangig is gemaakt na ommekomst van de contractuele vervaltermijn van vijf jaren inzake verborgen gebreken zoals bedoeld in paragraaf 12 lid 4 UAV 1989. Het goede nieuws voor opdrachtgevers is dat zij dan niet steeds met lege handen staan. Het slechte nieuws is dat zulks slechts geldt voor een beperkt aantal (acht) gevallen. In deze noot zal ik een kort overzicht geven van deze gevallen en in het kader van het als laatste te behandelen geval zal ik aandacht besteden aan bovenstaande uitspraak.

a. Vervaltermijn is nog niet gaan lopen
Het eerste geval dat ik hier wil noemen, is het geval dat de vervaltermijn nog niet verstreken is omdat het werk nog niet is opgeleverd. Paragraaf 12 lid 4 juncto lid 1 UAV 1989 bepaalt immers dat de vervaltermijn pas gaat lopen na oplevering c.q.

2 RvA 29 mei 2006, No. 26.271 (niet gepubliceerd), opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr 123

na ommekomst van de onderhoudstermijn (paragraaf 12 lid 5 UAV 1989). Als de vervaltermijn nog niet is gaan lopen, kan hij dus ook nog niet verstreken zijn.[2]

b. Gebreken die niet zijn aan te merken als verborgen gebreken

De vervaltermijn inzake verborgen gebreken geldt slechts voor - u raadt het al - 'verborgen gebreken'. Volgens paragraaf 12 lid 4 UAV 1989 is een verborgen gebrek een gebrek dat ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opneming van het werk, bedoeld in paragraaf 9 lid 2, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden (en niet onderkend is, voeg ik daar volledigheidshalve aan toe). Als een gebrek niet aan te merken is als een verborgen gebrek, is de vervaltermijn dus niet van toepassing. Twee voorbeelden daarvan.

Het eerste voorbeeld betreft een gebrek dat reeds voor of ten tijde van de oplevering door de opdrachtgever bij de aannemer aan de orde is gesteld. Dat gebrek is geen verborgen gebrek en valt dus niet onder de vervaltermijn.[3] Wel gelden ten aanzien van dit gebrek de normale wettelijke verjaringstermijnen. Je kunt je daarbij afvragen of het dan gaat om de tweejaarstermijn genoemd in art. 7:761 BW (verjaring rechtsvordering wegens een gebrek) of de vijfjaarstermijn genoemd in art. 3:317 BW (verjaring van een rechtsvordering tot nakoming). Ik neig ernaar om aan te nemen dat in dat geval de vijfjaarstermijn van art. 3:317 BW van toepassing is, omdat de tweejaarstermijn genoemd in art. 7:761 BW geldt voor gebreken 'in het opgeleverde werk' hetgeen erop duidt dat het werk ten tijde van het constateren van het gebrek reeds is opgeleverd.

Het tweede voorbeeld betreft het door de aannemer achterwege hebben gelaten van een deel van het werk, hetgeen redelijkerwijs tijdens de uitvoering dan wel bij de opneming onderkend had kunnen worden maar niet is onderkend. Ook dit 'gebrek' geldt niet als een verborgen gebrek waarop de vervaltermijn van toepassing is[4]. De vraag die natuurlijk wel rijst is de vraag of op dit gebrek dan niet de hoofdregel van paragraaf 12 lid 1 UAV 1989 van toepassing is (na de dag waarop het werk als opgeleverd wordt beschouwd is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk). Strikt genomen is dat het geval, maar arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw hebben reeds in meerdere uitspraken geoordeeld dat in een dergelijk geval van ten onrechte niet uitgevoerde werkzaamheden weliswaar geen aanleiding gevonden kan worden om een vergoeding toe te wijzen op basis van de kosten om in de werkzaamheden alsnog te voorzien, maar dat wel nog een verrekening als minderwerk kan plaatsvinden 'omdat nu eenmaal niet via de betaling van de aanneemsom meer behoeft te worden betaald dan het evenredig gedeelte dat in overeenstemming is met hetgeen van het aangenomen werk is uitgevoerd'[5]. Net als in het vorige voorbeeld gelden voor deze vordering tot verrekening als minderwerk natuurlijk wel de normale wettelijke verjaringstermijnen.

c. Gebreken waarvoor de aannemer een garantie heeft verstrekt

Een ander geval waarin een opdrachtgever na verstrijken van de vervaltermijn niet met lege handen staat, is het geval dat de aannemer met betrekking tot het gebrek een garantie heeft gegeven en de opdrachtgever tijdig bij de aannemer een aanspraak onder de garantie heeft neergelegd.[6] Als grondslag voor de vordering voert de opdrachtgever dan de door de aannemer verstrekte garantie aan, en dat is een andere grondslag dan verborgen gebrek zodat daarvoor de vervaltermijn derhalve niet geldt[7]. Binnen de systematiek van de UAV 1989 is dat ook logisch; ware dat anders dan zou elke garantietermijn die de vervaltermijn overschrijdt zinloos zijn. Voor een vordering op basis van een verstrekte garantie gelden vanzelfsprekend wel de gebruikelijke wettelijke verjaringstermijnen.

d. Gevallen als bedoeld in artikel 1645 BW

Ook een geval als bedoeld in artikel 1645 (oud) BW, te weten het geheel of gedeeltelijk vergaan van het werk, valt niet onder het bereik van het vervalbeding, hetgeen reeds volgt uit de systematiek van paragraaf 12 UAV 1989. Op de hoofdregel dat de aannemer na oplevering c.q. ommekomst van de onderhoudstermijn niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan het werk worden in paragraaf 12 lid 2 UAV 1989 immers twee uitzonderingen gemaakt en het geval als bedoeld in artikel 1645 BW is de tweede uitzondering naast de uitzondering voor verborgen gebreken. Vanzelfsprekend zijn ook hier weer wel de gebruikelijke wettelijke verjaringstermijnen genoemd in artikel 7:761 BW van toepassing, waarbij ik opmerk dat

3 Zo ook RvA 2 maart 1988, No. 12.282, *BR* 1988/527.
4 RvA 2 augustus 1994, No. 16.834 (niet gepubliceerd), opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr. 124.
5 RvA 25 april 1986, No. 10.388, *BR* 1986/703. Zie ook *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr. 124.
6 RvA 10 oktober 2006, No. 70.788 (niet gepubliceerd), opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr. 124.
7 Zie voor het spiegelbeeldige geval – na verstrijken van de garantietermijn kan in beginsel nog een beroep op de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken worden gedaan (mits de vervaltermijn niet is verstreken) de jurisprudentie opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr. 65.
8 RvA 11 december 1991, No. 14.356, *BR* 1992/332. Zie ook *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr 93 en Asser-Van den Berg nr. 134 e.v.

uit de rechtspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw volgt dat in geval van toepasselijkheid van de UAV 1989 de tienjaarstermijn genoemd in artikel 1645 (oud) BW als een verkorting van de twintigjaarstermijn genoemd in artikel 7:761 lid 2 BW moet worden beschouwd. Immers, volgens die rechtspraak moet binnen die termijn het geheel of gedeeltelijk vergaan zich hebben voorgedaan en de aannemer aansprakelijk zijn gesteld[8].

e. In het verleden reeds door de aannemer herstelde gebreken

Ook ten aanzien van in het verleden reeds door de aannemer herstelde gebreken staat de opdrachtgever na ommekomst van de vervaltermijn niet per definitie met lege handen. De Raad van Arbitrage voor de Bouw heeft in meerdere uitspraken geoordeeld dat na herstel van een verborgen gebrek de vervaltermijn van paragraaf 12 lid 4 UAV 1989 opnieuw gaat lopen indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: het herstel moet door de aannemer zijn verricht, het herstel moet niet buiten erkenning van aansprakelijkheid zijn verricht, het herstel moet substantieel zijn geweest en het herstel moet niet deugdelijk zijn geweest[9]. Na herstel gaat er derhalve een nieuwe vervaltermijn van vijf jaren lopen. Overschrijding van deze nieuwe termijn leidt weer tot niet-ontvankelijkheid[10].

f. Gebreken waarvoor de aannemer herstel heeft toegezegd

Indien een aannemer herstel van een gebrek heeft toegezegd en herstel achterwege laat, kan hij zich ter zake van dat gebrek niet op het verstreken zijn van de vervaltermijn beroepen indien de opdrachtgever hem uit hoofde van die toezegging aanspreekt[11]. Wat rechtsgevoel betreft zullen de meeste juristen hier geen enkel probleem mee hebben. Als men zich echter afvraagt waarom de aannemer zich dan niet op de vervaltermijn kan beroepen, wordt het ingewikkelder. Dogmatisch is het namelijk niet zonder problemen om aan te nemen dat een éénzijdige toezegging van de aannemer voor hem een verbintenis (en daarmee een eenzijdige overeenkomst tussen hem en de opdrachtgever) in het leven roept[12]. Dat is anders indien die toezegging door de opdrachtgever wordt aanvaard[13], maar er zullen niet veel opdrachtgevers zijn die een toezegging van een aannemer om herstel uit te voeren beantwoorden met een uitdrukkelijke aanvaarding van die toezegging.

In de praktijk levert deze dogmatische discussie echter nauwelijks problemen op. Een door de aannemer gedane toezegging tot herstel kan op verschillende manieren gebruikt worden om hem een geslaagd beroep op het verstreken zijn van de vervaltermijn te onthouden. Ik heb een uitspraak gevonden - in een min of meer soortgelijk geval - waarin arbiters een toezegging aanmerken als een onherroepelijk aanbod[14]. Voorts wordt een toezegging tot herstel in de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw nogal eens als een omstandigheid aangemerkt op grond waarvan geoordeeld wordt dat het onaanvaardbaar is dat de aannemer zich op het verstreken zijn van de vervaltermijn beroept. Is de toezegging gedaan vóór het verstrijken van de vervaltermijn dan heeft de aannemer daarmee het vertrouwen gewekt dat hij zich niet op de vervaltermijn zal gaan beroepen. Is de toezegging ná het verstrijken van de vervaltermijn gedaan dan heeft de aannemer daarmee afstand gedaan van zijn recht om zich op de vervaltermijn te beroepen c.q. heeft hij bij de opdrachtgever het vertrouwen gewekt dat hij zich niet op het - inmiddels - verstreken zijn van de vervaltermijn zal beroepen. Zie verder hierna sub h.

g. Door de aannemer verzwegen gebreken

De wet bepaalt in artikel 7:762 BW dat de aansprakelijkheid van de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen, niet kan worden uitgesloten of beperkt, noch aan kortere verjaringstermijnen kan worden onderworpen dan voorzien in artikel 7:761 BW. Dit betekent dat

9 RvA 25 maart 2002, No. 70.525, *BR* 2003/151 en *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr. 124.
10 RvA 27 februari 1997, No. 18.702, *BR* 1998/146 en *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr. 124.
11 Zo ook RvA 2 juni 1994, No. 21.144 (niet gepubliceerd), opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr. 124.
12 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr 83 en *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-I* 2008, nr. 50.
13 HR 22 februari 1974, NJ 1975/381; in zijn noot onder dit arrest constateert Bloembergen dat de Hoge Raad in zijn overwegingen uitdrukkelijk overweegt dat de toezeggingen van de gemeente door de vereniging waren aanvaard, waarmee vaststond dat het ging om een overeenkomst en niet om een eenzijdige toezegging.
14 In de zaak RvA 11 februari 1999, No. 70.357 (niet gepubliceerd), ging het om een ontwikkelaar die, nadat de keukenleverancier van het woningbouwproject gefailleerd was, aan al haar kopers een brief had geschreven waarin zij verklaarde garant te staan voor eventuele reeds aan de keukenleverancier gedane aanbetalingen, onder aankondiging van een plan van aanpak. Dit aanbod werd door geen van de kopers expliciet aanvaard. Toen het plan van aanpak, met daarin een aantal voorwaarden waaraan voldaan moest worden om aanspraak te kunnen maken op de garantstelling door de ontwikkelaar, korte tijd later afkwam was één van de kopers het niet met die voorwaarden eens en vorderde hij van de ontwikkelaar onvoorwaardelijke vergoeding van de aanbetaling die hij aan de gefailleerde keukenleverancier had gedaan. De ontwikkelaar verweerde zich onder meer met de mededeling dat haar aanbod om garant te staan voor aanbetalingen niet door de koper was aanvaard. Arbiters oordeelden dat, nog daargelaten of in dit soort overeenkomsten een uitdrukkelijke aanvaarding noodzakelijk is, de aard van het aanbod in de context van de totale overeenkomst moest worden gekwalificeerd als onherroepelijk en onvoorwaardelijk.

een vordering ter zake van een door de aannemer verzwegen gebrek, dat pas na het verstrijken van de vervaltermijn aan de opdrachtgever bekend is geworden, niet tot niet-ontvankelijkheid wegens het verstreken zijn van de vervaltermijn als bedoeld in paragraaf 12 lid 4 UAV 1989 kan leiden. Het vervaltermijnbeding komt namelijk feitelijk neer op een verkorting van de verjaringstermijn van 20 jaren genoemd in artikel 7:761 lid 2 BW en een dergelijke verkorting is volgens artikel 7:762 BW niet mogelijk. Overigens is het niet zo dat de vervaltermijn in geval van een verzwegen gebrek van rechtswege geen gelding zou hebben. De sanctie die staat op een contractuele bepaling die in strijd is met de wet en die strekt ter bescherming van één der partijen (in casu de opdrachtgever), is vernietigbaarheid[15]. De opdrachtgever die in geval van een verzwegen gebrek de aannemer een beroep op het verstreken zijn van de vervaltermijn wil onthouden, zal derhalve een vernietigingsverklaring moeten uitbrengen[16].
Voor een vordering uit hoofde van verzwegen gebreken gelden natuurlijk wel de wettelijke verjaringstermijnen genoemd in artikel 7:761 BW.

h. Gevallen waarin een beroep op de vervaltermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is
Het laatste geval dat ik hier behandel is het geval dat een beroep op de vervaltermijn in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar moet worden aangemerkt (artikel 6:248 lid 2 BW). Chao-Duivis heeft in het februari nummer van dit tijdschrift al uitgebreid aandacht aan deze materie besteed en ik volsta hier dan ook met een verwijzing daarnaar (zie haar noot bij RvA 8 oktober 2007, No. 71.138, *TBR* 2008/40, p.188).

In de hierboven afgedrukte uitspraak hebben arbiters geoordeeld dat de opdrachtgever er op mocht vertrouwen dat de aannemer bereid was de gebreken daadwerkelijk op te lossen en dat de opdrachtgever er niet op bedacht hoefde te zijn dat de aannemer zich alsnog op de vervaltermijn zou beroepen. De aannemer had hoger beroep ingesteld omdat arbiters in eerste aanleg overwogen leken te hebben dat de aannemer gehouden was om de opdrachtgever te waarschuwen dat zij mogelijkerwijs een beroep zou doen op de vervaltermijn, hetgeen de aannemer niet had gedaan. Zoals de aannemer in zijn grief terecht opmerkt zou zulks niet in lijn zijn met de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw[17]. Appelarbiters overwegen dat arbiters in eerste aanleg een en ander ongelukkig hebben geformuleerd: een aannemer heeft ter zake inderdaad geen waarschuwingsplicht.
Echter, op grond van de omstandigheden van het geval (opgesomd in rov 16) menen appelarbiters dat de aannemer toch geen beroep toekomt op de vervaltermijn. In die opsomming van omstandigheden vinden we een aantal van de hierboven genoemde gevallen terug: de aannemer had al eerder en meerdere malen herstel uitgevoerd (zij het slechts gedeeltelijk), de aannemer had kort voor het verstrijken van de vervaltermijn aangeboden nog éénmaal herstel te zullen verrichten (uit de opgesomde feiten blijkt overigens niet dat de opdrachtgever dit voorstel expliciet had aanvaard), de aannemer had na het verstrijken van de vervaltermijn nog een deskundigenrapport doen opmaken naar de oorzaak van de gebreken en de wijze van herstel, en de aannemer had daarna nog een herstelvoorstel aan de opdrachtgever gedaan (zie rov 12.s). Al met al derhalve een begrijpelijk vonnis dat past binnen de reeds bestaande jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

S.J.H. Rutten

15 Zie artikel 3:40 lid 2 BW.
16 Artikel 3:49 BW.
17 Zie bijvoorbeeld RvA 1 april 1999, No. 20.718 (niet gepubliceerd), opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht* deel 2, nr. 123 en 124.