



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Enige observaties vanuit het notariaat wat betreft Titel 7.12 BW**  
Huijgen, W.G.

**Citation**

Huijgen, W. G. (2018). Enige observaties vanuit het notariaat wat betreft Titel 7.12 BW. *Tijdschrift Voor Bouwrecht*, 11(9), 897-903. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/66075>

Version: Not Applicable (or Unknown)  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/66075>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Enige observaties vanuit het notariaat wat betreft Titel 7.12 BW

- Prof. mr. W.G. Huijgen<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het is *vrijwel precies* vijftien jaar geleden dat de nieuwe Titel 7.12 BW inzake aanneming van werk in werking is getreden. Het is dan ook een mooi initiatief van het Instituut voor Bouwrecht om hier in september 2018 bij stil te staan. Aan mij werd verzocht om een aantal observaties vanuit het notariaat te geven na vijftien jaren ervaring te hebben opgedaan met de nieuwe regeling inzake de aanneming van werk.

Een eerste opmerking in dit verband betreft het feit dat het notariaat in zeer overwegende mate met aanneming van werk te maken heeft in de vorm van zogenaamde koop-/aannemingsovereenkomsten. Zeker nu er na de crisis van 2008 in Nederland weer volop gebouwd wordt, heeft het notariaat ook juist deze jaren veel te maken met koop-/aannemingsovereenkomsten betreffende nieuwbouw en het optreden als projectnotaris is op dit moment geen zeldzaamheid meer.

Een tweede opmerking in dit verband is het feit dat ik een aantal meer los van elkaar staande observaties vanuit het notariaat inzake titel 7.12 BW aan de orde zal stellen maar niet het voornemen heb om één of meer wetsartikelen dan wel een groep van wetsartikelen systematisch te gaan behandelen. Daartoe bestaan de handboeken en overzichtsartikelen die voldoende ingang bieden.

## 2. Een onderbelicht wetsartikel: art. 7:762 BW

Artikel 7:762 BW luidt:

De aansprakelijkheid van de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen, kan niet worden uitgesloten of beperkt, noch kan zij aan kortere verjaringstermijnen worden onderworpen dan die voorzien in art. 7:761. Verzwijging door degenen die de aannemer met de leiding over de uitvoering van het werk heeft belast, wordt gelijkgesteld met verzwijging door de aannemer.

Voor velen in het notariaat die zich met de reguliere vastgoedpraktijk bezighouden – dat wil zeggen levering van onroerend goed zonder dat er sprake is van nieuwbouw – is altijd enigszins merkwaardig gebleven dat de zeer veel gebruikte modelkoopovereenkomst van de NVM<sup>2</sup> in art. 6.1 nog altijd spreekt van zichtbare en onzichtbare gebreken aan verkochte onroerende zaken. Dit begrip herinnert in hoge mate aan de oude verborgen gebrekenregeling van art. 1540 BW (oud). De nieuwe regeling in Titel 7.1 inzake koop gaat echter niet uit van de vraag of bepaalde feitelijke gebreken al dan niet verborgen zijn maar kent als centraal begrip dat hetgeen wordt afgeleverd *conform* de koopovereenkomst moet zijn. Ofwel: verkrijgt de koper wat hij redelijkerwijs mocht verwachten op grond van de koopovereenkomst. Dit verwachtingspatroon kan door de inhoud van de koopovereenkomst worden beïnvloed in die zin dat indien in de koopovereenkomst een bijzonder gebruik van de onroerende zaak is voorzien de koper ook mag verwachten dat die zaak zodanige eigenschappen heeft dat hij geschikt is voor dat bijzondere gebruik. Is in de koopovereenkomst geen bijzonder gebruik van de onroerende zaak voorzien

---

<sup>1</sup> Pim Huijgen is hoogleraar Notarieel recht aan de Universiteit Leiden

<sup>2</sup> NVM staat voor: Nederlandse Vereniging van Makelaars en Taxateurs in onroerende goederen NVM.

dan mag de koper slechts de eigenschappen verwachten die voor een normaal gebruik van de onroerende zaak nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoeft te betwijfelen.<sup>3</sup>

Het moge dan zo zijn dat de verborgen gebrekenregeling geheel is verdwenen uit Titel 7.1 BW inzake de koop maar in art. 7:762 BW betreffende aanneming van werk vinden wij deze oude bekende weer terug.<sup>4</sup> In zoverre is het niet zo gek dat het model NVM contract spreekt van het begrip zichtbare en onzichtbare gebreken al wordt het daar gehanteerd in het kader van een koopovereenkomst en niet in het kader van een koop-/aannemingsovereenkomst.

Hiermee is niet alles gezegd over de onderbelichte betekenis van art. 7:762 BW want naar mijn mening heeft dit artikel zijn invloed laten gelden in de jurisprudentie ten aanzien van koop van onroerend goed. Wat is het geval? Kort samengevat stelde de jurisprudentie vanaf het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw zich op het standpunt dat een verkoper zich niet op een exoneratie voor verborgen gebreken kon beroepen wanneer hij die verborgen gebreken niet alleen kende maar ook indien hij die verborgen gebreken behoorde te kennen.<sup>5</sup> Decennia lang heeft deze opvatting van de Hoge Raad gegolden maar in het arrest Fabels/Meenderink<sup>6</sup> oordeelde de Hoge Raad anders. Expliciet oordeelde de Raad toen dat het Hof blij had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting indien het zou hebben geoordeeld dat enkel omdat de verkoper behoorde te weten dat de verbouwingen van de woning aan bepaalde bouwvoorschriften dienden te voldoen het beroep van die verkoper op het exoneratiebeding inzake verborgen gebreken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Kortom, een enkel 'behoren te weten' maakt nog niet dat men zich niet op een exoneratiebeding inzake verborgen gebreken kan beroepen. Juist dit laatste stemt overeen met de regel zoals neergelegd in art. 7:762 BW. Immers, de wet trekt in laatstgenoemd wetsartikel de grens voor een succesvolle uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid van de aannemer ten aanzien van hem *bekende* verborgen gebreken die hij verzwijgt. Kortom, in beginsel zal de aannemer zich succesvol kunnen exonereren voor gebreken die hij niet positief kent maar die hij wellicht – al dan niet achteraf bezien – wel had behoren te kennen. De wet is dus minder streng voor de aannemer die zich exonereert voor verborgen gebreken dan de Hoge Raad in het oude arrest Van Dijk/Bedaux.<sup>7</sup> In art. 7:762 BW is geen normatieve regel ten aanzien van kennis die de aannemer wordt toegerekend neergelegd en ook niet ten aanzien van zodanige kennis van degene die de aannemer met de leiding of de uitvoering van zijn werk heeft belast.

### **3. Enkele opmerkingen naar aanleiding van Afdeling 7.12.2 BW**

Voor zover het notariaat ervaringen heeft met de regeling van de aanneming van werk zoals neergelegd in Titel 7.12 BW gaat het in het gros van de gevallen om de ervaringen in het kader van zogenaamde koop-/aannemingsovereenkomsten met name ten aanzien van woningbouw voor particulieren. Vaak gaat het dan om situaties waarbij bijvoorbeeld een gemeente percelen grond heeft verkocht aan een ontwikkelaar die op zijn beurt bouwkvavels uit die percelen heeft verkocht aan particulieren op grond van een koop-/aannemingsovereenkomst die hem er mede

---

<sup>3</sup> Zie art. 7:17 lid 2 BW.

<sup>4</sup> Ook in art. 7:758 lid 3 BW speelt het begrip 'verborgen gebreken' nog indirect een rol waar in het derde lid gesproken wordt van 'gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.' De aannemer is derhalve – grof gezegd – slechts aansprakelijk voor verborgen gebreken en niet voor zichtbare gebreken. Dit geldt eveneens bij de koop-/aannemingsovereenkomst.

<sup>5</sup> Zie HR 7 mei 1982, NJ 1983/509 m.nt. CJHB (van Dijk/Bedaux).

<sup>6</sup> Zie HR 25 februari 2005, LJN AR5383, JOR 2005/168, m.nt. J.J. Dammingh.

<sup>7</sup> HR 7 mei 1982, NJ 1983/509 m.nt. CJHB.

toe verplicht om een woning voor die particuliere koper tot stand te brengen. Men spreekt hier ook wel van zogenaamde abc- dan wel abbc-transacties. Na vele jaren hiermee ervaring te hebben opgedaan lijkt het goed om in het kader van dit derde lustrum van Titel 7.12 BW de belangrijkste bepalingen uit Afdeling 2 langs te lopen en te signaleren waar zich vanuit notariële optiek knelpunten voordoen dan wel anderszins opvallende ontwikkelingen te signaleren zijn.

### 3.1. Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:766 lid 1 BW

Evenals art. 7:2 lid 1 BW bepaalt het eerste lid van art. 7:766 j°7:765 dat de aannemingsovereenkomst die strekt tot de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan, in opdracht van een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf (hierna te noemen: consument) schriftelijk moet worden aangegaan. Uit art. 7:766 lid 3 BW blijkt dan dat geheel 'losse' aannemingsovereenkomsten die strekken tot de bouw van een woning in opdracht van een consument op grond die de opdrachtgever reeds toebehoorde geen schriftelijkheidsvereiste kennen, maar zulks geldt wel wat betreft aannemingsovereenkomsten die met de koop van grond in verband staan dan wel een echte koop-/aannemingsovereenkomst ten aanzien van een woning zijn.

Wat betreft dit schriftelijkheidsvereiste voor koop-/aannemingsovereenkomsten valt het op dat veel knelpunten zoals die voor art. 7:2 lid 1 BW inzake de koop van woningen door een consument gelden niet of nauwelijks een rol spelen bij de koop-/aannemingsovereenkomst. Ik wijs in dit verband op het volgende. Allereerst geldt bij de totstandkoming van koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken met een gemengde bestemming zoals een woon/praktijkpand de vraag of voor dergelijke contracten het schriftelijkheidsvereiste geldt. Dit speelt bij koop-/aannemingsovereenkomsten in feite geen rol omdat het merendeel van dergelijke overeenkomsten zonder meer betrekking heeft op de bouw van woningen en voorts omdat in de praktijk koop-/aannemingsovereenkomsten in Nederland volledig zijn gestandaardiseerd op grond van bepaalde modelcontracten.<sup>8</sup> Daarbij komt verder nog dat geen aannemer een particuliere opdrachtgever aan een mondelinge afspraak zal willen houden omdat een aanneemcontract zo veel bijzondere regelingen kent, zoals bijvoorbeeld inzake opschortende en ontbindende voorwaarden, de opleveringstermijn, de bouwtermijnen en de fiscaliteit dat "zaken doen" op grond van een mondelinge afspraak in de praktijk eenvoudigweg ondenkbaar is.

In de tweede plaats was wat betreft koopovereenkomsten ten aanzien van bestaande woningen in de zin van art. 7:2 lid 1 BW lange tijd omstreden het antwoord op de vraag tot hoe lang de verkoper zich kon terugtrekken van de koopovereenkomst zelfs al was die volledig schriftelijk vastgelegd in een akte en ook al had de koper de koopakte reeds getekend. De Hoge Raad heeft de controverse over die vraag uiteindelijk beslist in zijn arrest van 9 december 2011.<sup>9</sup> In dat arrest kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat zolang beide partijen – waaronder derhalve in beginsel ook de verkoper – de koopovereenkomst niet hadden getekend een particuliere verkoper ook niet gebonden was behoudens op grond van zeer bijzondere omstandigheden. Van dit laatste is nog steeds niet duidelijk op welke omstandigheden de Hoge Raad hier precies het oog heeft. Tevens besliste de Hoge Raad toen dat een *professionele* verkoper reeds gebonden is bij het bereiken van mondelinge wilsovereenstemming omdat een andere visie ertoe zou leiden dat particuliere kopers er in rechtspositie op achteruit zouden zijn gegaan door het nieuwe art. 7:2 lid 1 BW ten opzichte van het oude recht. Immers, indien ook dergelijke

---

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld de modelcontracten afkomstig van de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen (SWK), Woningborg N.V. en de Stichting Bouwgarant die allen voor hun regelingen het keurmerk van de Stichting Garantiewoning hebben verkregen.

<sup>9</sup> Zie HR 9 december 2011, LJN BU7412, NJ 2013/273 m.nt. JH.

professionele verkopers tot op het allerlaatste moment de vrijheid zouden hebben om af te zien van de koop dan zou dat erg nadelig kunnen zijn ten opzichte van niet professionele kopers terwijl dat nadeel niet bestond vóór de invoering van art. 7:2 BW per 1 september 2003. De enkele mondelinge wilsovereenstemming was voor beide partijen toen immers bindend.

Wat betekent dit nu voor de totstandkoming van koop-/aannemingsovereenkomsten? In feite speelt deze problematiek daar niet of nauwelijks. In de eerste plaats wordt dit veroorzaakt door het feit dat bouwers – als professionele partijen – zodra ze het inhoudelijk eens zijn met de koper over het algemeen graag de nieuw te bouwen woning verkopen voor de door hen vastgestelde prijzen. Een hogere prijs ontstaat – kort samengevat – in beginsel uitsluitend ten gevolge van meerwerk. In de tweede plaats zullen bij koop-/aannemingsovereenkomsten beide partijen veel bewuster hun handtekening zetten juist omdat die koop-/aannemingsovereenkomsten een veel gecompliceerdere inhoud kennen dan een ‘eenvoudige’ koopovereenkomst ten aanzien van een bestaande woning. Daarbij komt nog dat – wellicht de belangrijkste factor dat hier geen problemen ontstaan – bouwers woningen verkopen aan particulieren op grond van door hen *vooraf* vastgestelde koopprijzen. Er vindt niet – zoals bij de verkoop van bestaande woningen – een spel van loven en bieden plaats rond de te sluiten koop-/aannemingsovereenkomst voordat de definitieve koop/aanneemsom tot stand komt tussen partijen.

Een laatste belangrijke vraag die wat betreft het schriftelijkheidsvereiste bij de koop van bestaande woningen de aandacht heeft getrokken is de vraag of de wetgever niet een zogenaamde minimuminhoud van de koopovereenkomst zou moeten voorschrijven omdat anders bij een iets meer ingrijpende tussentijdse wijziging van de koopovereenkomst de vraag rijst of er geen sprake is van een nieuw contract dat op zijn beurt ook weer zal kunnen leiden tot een nieuwe drie dagen bedenktijd in zo'n geval.<sup>10</sup> Weliswaar is denkbaar dat deze kwestie ook speelt ten aanzien van koop-/aannemingsovereenkomsten die bijvoorbeeld onvoldoende schriftelijk worden uitgewerkt, maar het realiteitsgehalte van deze vraag is in dit verband toch zeer beperkt. Ook dit wordt weer veroorzaakt door het feit dat bij de koop-/aannemingscontracten ten aanzien van woningen vrijwel altijd gewerkt wordt met door professionele organisaties opgestelde modelcontracten. Mocht dit een enkele keer anders zijn dan moet worden geconstateerd dat naar mate partijen minder in de koop-/aannemingsovereenkomst hebben vastgelegd de rechtszekerheid en de duidelijkheid rond hun afspraken ook evenredig afneemt. Dit zal er in die zeer beperkte categorie van gevallen dan inderdaad toe kunnen leiden dat wanneer partijen het contract tussentijds met wezenlijke bepalingen gaan aanvullen of veranderen geoordeeld zal kunnen worden dat er sprake is van een nieuwe koop-/aannemingsovereenkomst en dat er dan in beginsel een nieuwe bedenktijd als bedoeld in art. 7:766 lid 2 tussen partijen zal gaan lopen.<sup>11</sup>

Tenslotte verdient opmerking dat in het wetsvoorstel: Kwaliteitsborging voor het bouwen – dat recent (eind juni 2018) weer geactiveerd is door de minister<sup>12</sup> – een nieuw art. 7:765a wordt voorgesteld dat de aannemer verplicht zijn opdrachtgever schriftelijk te informeren of, en zo ja, hoe hij de nakoming van zijn verplichting tot uitvoering van het werk en zijn aansprakelijkheid voor gebreken die aan hem zijn toe te rekenen, heeft verzekerd of anderszins heeft gedekt.<sup>13</sup> De

---

<sup>10</sup> Zie in dit verband C.G. Breedveld-de Voogd, Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning, diss. Leiden 2007, p. 264 e.v..

<sup>11</sup> Zie hierover ook Asser/Van den Berg 7-VI, 2017/183.

<sup>12</sup> Zie daarover de brief van de minister van BIZK van 28 juni 2018 aan de Eerste Kamer, Kamerstukken I, 2017-2018, nr. i.

<sup>13</sup> Zie over deze nieuwe verplichting voor de aannemer: E.M. Bruggeman, De privaatrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen (Deel 1), TBR 2016/78, p. 500-506.

wet gaat er vanuit dat voordat die informatieplicht door de aannemer is vervuld, de opdrachtgever niet gebonden kan raken en de hier bedoelde informatie een integraal onderdeel van de koop-/aannemingsovereenkomst uitmaakt. Ik voorzie hier een nieuwe taak voor de notaris, te weten om steeds bij verzoeken tot het opmaken van leveringsakten op grond van de hier bedoelde koop-/aannemingsovereenkomsten<sup>14</sup> te verifiëren of de aannemer aan zijn informatieplicht op grond van art. 7:765a BW heeft voldaan.<sup>15</sup>

### **3.2. De drie dagen bedenktijd van art. 7:766 lid 2 BW**

Ook wat betreft de bedenktijd van art. 7:766 lid 2 BW moet worden geconstateerd dat veel vraagpunten die rond de drie dagen bedenktijd op grond van art. 7:2 lid 2 BW gelden bij koop van bestaande woningen niet spelen bij de koop-/aannemingsovereenkomst. Zonder hier volledigheid te pretenderen wil ik in dit verband wijzen op het volgende. In de eerste plaats wordt er bij de koop van bestaande woningen wel op gewezen dat de drie dagen bedenktijd voor kopers te kort is om daadwerkelijk deskundigen te kunnen raadplegen. Dit laatste speelt niet of nauwelijks bij koop-/aannemingscontracten omdat door zelfregulering van de verschillende betrokken organisaties<sup>16</sup> model koop-/aannemingsovereenkomsten tot stand zijn gekomen die vrijwel allemaal een langere bedenktijd dan drie dagen toekennen aan de koper, meestal een bedenktijd van een volle week.<sup>17</sup>

Ook een tweede kwestie in verband met de bedenktijd die speelt bij de koop van een bestaande woning, te weten de vraag of de koper van die bedenktijd afstand kan doen doordat hij binnen drie dagen de desbetreffende woning aan zichzelf laat leveren, is nauwelijks aan de orde bij koop-/aannemingsovereenkomsten omdat de looptijd van dergelijke contracten mede door het meestal forse aantal ontbindende voorwaarden daarin zodanig lang is dat van een levering binnen de bedenktijd normaal gesproken geen sprake kan zijn. Daar komt nog bij dat professionele verkopers zoals bouwbedrijven er eerder dan particuliere verkopers op zullen letten dat niet geleverd wordt tijdens de bedenktijd op grond van het feit dat ze geen behoefte hebben aan de rechtsonzekerheid die hiervan het gevolg is.<sup>18</sup>

Daarop sluit aan dat ook het laatste probleem meer theorie is dan werkelijkheid. Ik bedoel hier de vraag of het beroep op de bedenktijd leidt tot een ontbindingsrecht analoog aan de regeling zoals die nader is uitgewerkt in art. 6:271 BW te weten het ontstaan van ongedaanmakingsverbintenissen dan wel het beroep op de bedenktijd terugwerkende kracht heeft zoals bij een vernietiging wegens dwaling.<sup>19</sup> Of er nu sprake is van een ontbindingsrecht dat aansluit op art. 6:271 BW dan wel een terugwerkende kracht in de trend van een vernietiging van een overeenkomst op grond van een wilsgebrek maakt bij koop-/aannemingsovereenkomsten in de praktijk weinig uit omdat het invoeren van de bedenktijd in de praktijk vrijwel altijd zal plaatsvinden in een situatie dat er nog niet geleverd is. Het precieze

---

<sup>14</sup> Uiteraard geldt deze zorgplicht temeer als de notaris zelf betrokken is bij de totstandkoming van de koop-/aannemingsovereenkomsten.

<sup>15</sup> De notaris zal blijkens de wettekst ook moeten verifiëren of de informatie inzake de verzekering ingaat op de omvang van de verzekering of financiële zekerheid, de dekkingsgraad, de looptijd en de som waarvoor de verzekering is afgesloten dan wel de zekerheid is verstrekt. Uiteraard kan de aannemer ook schriftelijk melden dat er geen verzekering afgesloten is.

<sup>16</sup> Zie voor de belangrijkste hier bedoelde organisaties de instellingen vermeld in noot 6.

<sup>17</sup> Opgenomen in art. 2 van de model Koop-/aannemingsovereenkomst.

<sup>18</sup> Jurisprudentie over de vraag hoe rechtens de situatie is bij een levering van een nieuwbouwwoning binnen de bedenktijd is mij niet bekend.

<sup>19</sup> Zie over dit laatste Jac. Hijma, Bedenktijd in het contractenrecht, in: Wettelijke bedenktijd, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht 2004, p.39.

juridische rechtsgevolg van het inroepen van de bedenktijd is daarmee minder relevant. Duidelijk zal zijn dat het inroepen van de ontbinding op grond van de bedenktijd in ieder geval zal leiden tot een beëindiging van de koop-/aannemingsovereenkomst tussen de betrokken partijen.

Tenslotte wil ik nog kort wijzen op de aloude discussie of de bedenktijd nu een goed middel is ter bescherming van kopers van nieuwbouwwoningen of dat beter verplichte notariële inschakeling door de wetgever zou kunnen worden voorgeschreven. Dit laatste punt is opnieuw bepleit in de Rapportage wet koop onroerende zaken; de evaluatie.<sup>20</sup> Het is hier niet de plaats om die discussie uitvoerig opnieuw te gaan voeren. Wel wil ik er op wijzen dat het voorschrijven van verplichte notariële tussenkomst bij de koop van bestaande woningen naar mijn mening eerder voor de hand ligt dan verplichte notariële tussenkomst bij het sluiten van koop-/aannemingsovereenkomsten dan wel aannemingsovereenkomsten die met de koop van grond in verband staan. Kort en goed heb ik daarvoor de volgende redenen.

Vooreerst is de drie dagen bedenktijd in art. 7:2 lid 1 BW voor het geval van koop van een bestaande woning extreem kort en scheidt deze naar mijn mening min of meer illusoire rechten voor de koper in die zin dat hij nauwelijks in staat moet worden geacht om binnen die drie dagen tot het inschakelen van deskundigen over te kunnen gaan. Bovendien is de notaris bij de koop van bestaande woningen als jurist bij uitstek geschikt voor het tot stand brengen van de overeenkomst die de rechtstreekse basis is voor de enige tijd nadien volgende leveringsakte waarvoor het notariaat sowieso toch moet worden ingeschakeld. Bij het tot stand komen van koop-/aannemingsovereenkomsten ligt dit enigszins anders. Het tot stand brengen van een bouwwerk zoals een woning is een geheel eigensoortige problematiek die van bouwkundige aard is en op welk terrein de notaris niet specifiek deskundig is. Voorts is het deel van de koop-/aannemingsovereenkomst dat betrekking heeft op de aanneming van werk (bouw van de woning) niet de grondslag voor de later door de notaris tot stand te brengen leveringsakte.

Bovendien wordt de notaris in zo'n geval niet ingeschakeld tussen in beginsel twee particuliere niet-deskundige partijen zoals een verkoper en een koper van een bestaande woning maar tussen een professional (bouwbedrijf) en een particulier. Zulks leidt in beginsel tot de wenselijkheid van een neutrale onpartijdige tussenpersoon die juist de particuliere partij goed kan voorlichten en kan wijzen op risico's, maar daar staat tegenover dat de bouwsector in zeer aanzienlijke mate reeds zijn eigen verantwoordelijkheid heeft genomen door in het kader van zelfregulering met evenwichtige model koop-/aannemingsovereenkomsten te komen die in afstemming met consumentenorganisaties tot stand zijn gekomen. Het is dan ook naar mijn mening niet zonder meer noodzakelijk dat notarissen hier als onpartijdige tussenschakel verplicht worden voorgeschreven bij de totstandkoming van dergelijke koop-/aanneemcontracten. Een dergelijke rol kan ook worden overgelaten aan andere tussenpersonen zoals bijvoorbeeld aan makelaars met name degenen die gespecialiseerd zijn in nieuwbouw en die vaak meer specifieke kennis hebben van bouwkundige zaken.

### **3.3. De vijfprocentsregeling van art. 7:768 BW**

Hetgeen in de bouwpraktijk van het notariaat wel veel vragen oproept is de zogenaamde vijfprocentsregeling van art. 7:768 BW. Kort gezegd komt deze regeling er op neer dat een opdrachtgever, zonder beroep te doen op het opschortingsrecht van art. 6:262 BW en onder behoud van zijn recht tot oplevering, ten hoogste vijf procent van de aanneemsom mag inhouden op de laatste termijn(en) en in plaats van dit bedrag aan de aannemer te betalen het in

---

<sup>20</sup> Zie A.L.M. Kierse e.a., Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, 2009, p. 129 en p. 226 e.v.

depot stort bij een notaris.<sup>21</sup> In beginsel brengt de notaris het bedrag van de ingehouden vijf procent van de aanneemsom in de macht van de aannemer nadat drie maanden zijn verstreken na het tijdstip van de oplevering, tenzij de opdrachtgever alsnog van zijn opschortingsrecht als bedoeld in art. 6:262 BW gebruik wil maken. In dat geval deelt de opdrachtgever aan de desbetreffende notaris mee tot welk bedrag het depot moet worden gehandhaafd. Voorts brengt de notaris het bedrag in de macht van de aannemer indien de opdrachtgever daarin toestemt dan wel de aannemer vervangende zekerheid, zoals een bankgarantie,<sup>22</sup> stelt of bij een uitspraak die partijen bindt is beslist dat het depot niet langer gerechtvaardigd is.<sup>23</sup>

Zonder hier volledigheid te willen pretenderen wijs ik op de navolgende belangrijkste vragen die de vijfprocentsregeling in de (notariële) praktijk heeft opgeroepen. Allereerst is uit de wettekst niet volledig duidelijk voor wie de notaris nu eigenlijk de in depot gestorte gelden houdt. Drie antwoorden zijn hier denkbaar. In de eerste plaats kan verdedigd worden dat de notaris de in depot gestorte gelden houdt voor de opdrachtgever. In de tweede plaats is er de opvatting dat de notaris het depot aanhoudt voor de aannemer. Tenslotte is wel verdedigd dat de notaris de in depot gestorte gelden houdt voor de opdrachtgever en de aannemer tezamen. Ondanks verschillende opvattingen in de literatuur is geleidelijk als heersende leer aan te nemen dat de notaris de depotgelden in beginsel voor de opdrachtgever houdt tot het moment dat die gelden in de macht van de aannemer moeten worden gebracht. Dat is in beginsel na de periode van drie maanden als bedoeld in art. 7:768 lid 2 BW tenzij de opdrachtgever zich op goede gronden op het opschortingsrecht als bedoeld in art. 6:262 BW beroept en daarbij aangeeft voor welk deelbedrag hij het depot wenst te handhaven. Indien de opdrachtgever – na ook achteraf vast komt te staan – zich op goede gronden voor bedoeld deelbedrag op zijn opschortingsrecht uit hoofde van art. 6:262 BW heeft beroepen, houdt de notaris dat deelbedrag nog steeds voor de opdrachtgever tot het moment dat partijen het erover eens zijn dat het laatste deelbedrag ook in de macht van de aannemer moet worden gebracht dan wel bij bindende uitspraak wordt vastgesteld dat het depot voor het deelbedrag niet langer gerechtvaardigd is.<sup>24</sup>

Een tweede vraag die hierbij aansluit is de vraag aan wie de rente toekomt die wordt ontvangen over de in depot gestorte gelden. Over het antwoord op deze vraag bestaan verschillende uiteenlopende antwoorden.<sup>25</sup> Gelet op de onzekerheid wat betreft het antwoord op vorenbedoelde vraag dienen de partijen bij de aanneemovereenkomst alsmede de betrokken notaris duidelijke afspraken vooraf te maken omtrent de rente die over het depotbedrag wordt vergoed alsmede over de vraag aan wie de rente daarover toekomt. De eerste twee hier genoemde vragen betreffende praktijkproblemen die nu uit onduidelijkheid van de tekst van art. 7:768 BW voortvloeien kunnen m.i. eenvoudig worden opgelost door in de wettekst te bepalen dat de notaris het bedrag van het depot voor de opdrachtgever houdt tot het moment van uitbetaling. Tot dat laatste tijdstip komt dan ook de over het in depot gehouden bedrag opgebouwde rente aan de opdrachtgever toe.

---

<sup>21</sup> Zie hierover art. 7:768 lid 1 BW.

<sup>22</sup> Zo'n vervangende bankgarantie kan in de praktijk in die zin tot vragen leiden dat duidelijk zal moeten zijn dat die vervangende zekerheid van gelijkwaardig niveau moet zijn als een depotstorting onder de notaris. Zo zal de betrokken notaris er bijvoorbeeld op moeten toezien dat de looptijd van de bankgarantie voldoende ruim is.

<sup>23</sup> Zie over het vorenstaande art. 7:768 leden 2 en 3 BW.

<sup>24</sup> Deze visie sluit aan bij Raad van Arbitrage (RvA) voor de Bouw 19 november 2009, nr. 31.029 en RvA 14 december 2010, nr. 32.307 waarin door arbiters ter ondersteuning van hun visie een beroep wordt gedaan op zowel de consumentbescherming die de ratio vormt van art. 7:768 BW als de tekst van de wet zelf. Zie ook Asser/Van den Berg 7-VI, 2017/186b.

<sup>25</sup> Zie daarover onder meer M.A.B. Chao-Duivis, TBR 2011, p. 567; J. Storm, WPNR 2008/6773 p. 833 e.v. en A. Steneker, WPNR 2010/6862, p.806 alsmede A.L.M. Keirse e.a., Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie p. 199 e.v.



Voorts is er in de praktijk veel onduidelijkheid ontstaan over de vraag hoe de vijfprocentsregeling moet worden toegepast bij nieuwbouw van een appartementencomplex. Kernvraag daarbij is of de opdrachtgever die uiteindelijk deelgerechtigde is in een appartementencomplex het bijzondere opschortingsrecht van art. 7:768 BW ook kan laten gelden met betrekking tot de gemeenschappelijke delen van het gebouw? Hoewel die vraag aanvankelijk in de rechtspraak negatief werd beantwoord,<sup>26</sup> is daarop in latere arbitrale uitspraken teruggekomen en is thans algemeen aanvaard dat een opdrachtgever ook voor gebreken aan de gemeenschappelijke gedeelten van het appartementencomplex een beroep kan doen op de vijfprocentsregeling. Daarbij zijn een aantal nadere vragen gerezen zoals bijvoorbeeld de vraag hoeveel een appartementseigenaar daartoe in depot mag laten houden. Is dat wellicht het totale bedrag dat nodig is voor het herstel van het desbetreffende gebrek voor zover dat bedrag de omvang van vijf procent van de aanneemsom die de desbetreffende appartementseigenaar betaalt niet overtreft of moet dit op een ander bedrag worden gesteld? De hoogte van het bedrag kan ook beïnvloed worden door de hoeveelheid betrokken appartementseigenaren die een beroep doet op de vijfprocentsregeling. Zo is denkbaar dat wanneer slechts enkele van een groot aantal betrokken appartementseigenaren tijdig een beroep doet op de vijfprocentsregeling het ingehouden bedrag te laag is om het concrete gebrek te herstellen. Andersom is de situatie ook mogelijk dat wanneer vele betrokken appartementseigenaren een beroep doen op de vijfprocentsregeling uiteindelijk een te hoog bedrag in depot wordt gehouden wanneer men dit relateert aan het concrete te herstellen gebrek in het gebouw. Kortom, hier kunnen allerlei concrete problemen ontstaan bij de uitwerking van het antwoord op de vraag hoeveel er nu in concreto in zo'n situatie in depot kan worden gehouden. Het is naar mijn mening zeer de vraag of al deze uitwerkingsproblemen in een wettelijke regeling zouden moeten worden gevat of dat hier eerder een taak ligt voor het opstellen van goede (model)contracten waarin bij de bouw van een appartementencomplex in concreto nader wordt afgesproken hoe met de omvang van in depot te houden bedragen voor gebreken aan de gemeenschappelijke delen van een appartementengebouw moet worden omgegaan.<sup>27</sup>

Ik wijk bij dit laatste af van de opvatting van A.L.M. Keirse e.a., Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie, p. 196 die voorstelt dat de wettelijke regeling hier moet worden aangepast. Naar mijn mening gaat dit wat betreft dit onderwerp te ver zoals ook de minister in de parlementaire geschiedenis van het Wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen heeft laten weten.<sup>28</sup>

Wel verdient nog de aandacht dat de vijfprocentsregeling van art. 7:768 BW op een ander punt zal worden aangescherpt op grond van het Wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen. In een nieuw tweede lid zal worden bepaald dat de aannemer de opdrachtgever uiterlijk twee maanden na het tijdstip van oplevering en niet eerder dan een maand nadien, schriftelijk in de gelegenheid stelt om aan te geven of hij van zijn opschortingsrecht van art. 6:262 BW gebruik wil maken. De aannemer stuurt een afschrift van zijn schrijven aan de betrokken notaris. De consument-opdrachtgever krijgt hiermee derhalve zo'n twee maanden de tijd om het opgeleverde werk te onderzoeken en zich uit te spreken of hij het bestaande depot (zie art. 7:768 lid 1 BW) wil handhaven.<sup>29</sup> Ook hier zal de notaris waakzaam moeten zijn en opletten of de aannemer zijn wettelijke verplichting naleeft en of de opdrachtgever inderdaad van zijn bevoegdheid op grond van art. 6:262 BW gebruik wenst te maken. De notaris mag blijkens het aangescherpte nieuwe derde lid van art. 7:768 BW (voorheen lid 2) het depot niet aan de

<sup>26</sup> Zie daarvoor bijvoorbeeld Afdeling Arbitrage GIW 10 maart 2006, BR 2007, p. 629 m.nt. E.M. Bruggeman

<sup>27</sup> Zie in dezelfde lijn Asser/Van den Berg 7-VI 2017/186b.

<sup>28</sup> Zie daarover Asser/Van den Berg, t.a.p.

<sup>29</sup> Zie hierover Kamerstukken I, 2016-2017, 34453, nr. A, p. 9, (Wet **K**waliteitsborging voor het **B**ouwen).

aannemer uitbetalen als hij geen afschrift van de brief van de aannemer als hiervoor bedoeld heeft ontvangen.

## **4. Besluit**

Na deze tour d'horizon wat betreft observaties vanuit het notariaat inzake Titel 7.12 BW kan de conclusie bondig luiden dat deze titel voor het notariaat in beginsel weinig problemen oplevert. Een eerste aandachtspunt is dat het begrip verborgen gebreken uit art. 7:762 BW – zonder dat zulks in de literatuur duidelijk is opgemerkt – tot op de dag van vandaag uitstraalt naar het model NVM koopcontract waar in art. 6.1 nog steeds gesproken wordt over zichtbare en onzichtbare gebreken, terwijl een dergelijk begrip al uit het kooprecht is verdwenen sinds 1992.

Voor het overige leveren de bepalingen in afdeling 7.12.2 BW betreffende de bouw van een woning in opdracht van een 'consument' voor het notariaat weinig problemen op met dien verstande dat de vijfprocentsregeling uit art. 7:768 BW weliswaar een aantal vraagtekens oproept maar dat die vraagtekens inmiddels in literatuur en jurisprudentie voor een belangrijk deel tot min of meer eenduidige antwoorden hebben geleid. Indien zulks niet het geval is, zijn het naar mijn mening dusdanige uitwerkingsproblemen dat hiervoor niet zo zeer nieuwe wetgeving moet worden geëntameerd maar kunnen de meest betrokken partijen die uitwerkingsproblemen in goede (model)contracten oplossen. Fraai zou zijn als met een bescheiden aanpassing van de wet in art. 7:768 BW verduidelijkt zou kunnen worden dat de notaris het depot van vijf procent van de aanneemsom en de daarover opgebouwde rente houdt voor de opdrachtgever.

Tentslotte leiden de beoogde aanpassingen van afdeling 7.12.2 BW op grond van het Wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen – te weten die in het nieuwe art. 7:765a BW en in het nieuwe tweede lid van art. 7:768 BW – naar mijn mening tot nieuwe onderzoeks- en waarschuwingsplichten voor de notaris die betrokken is bij de nieuwbouw van woningen.