

Verzwegen gebreken

Publicatiedatum: 9-10-2013

Een bijzondere bepaling in titel 1 Boek 7 BW, handelend over de aannemingsovereenkomst, is artikel 7:762 BW. Dit artikel bepaalt dat de aansprakelijkheid van de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen niet kan worden uitgesloten of beperkt noch aan een kortere verjaringstermijnen kan worden onderworpen dan de tweejaarstermijn van artikel 7:761 BW. Verzwijging van een onderaannemer wordt een hoofdaannemer als zijn eigen verzwijging aangerekend. Artikel 7:762 BW stond centraal in de uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw d.d. 26 juli 2013 in de gevoegde zaken 34.202 en 34.203 hieronder besproken door mr. B.R. van Veen.

Oprachtgever heeft de bouwkundig aannemer aangesproken als rechtsopvolgster van de rechtspersoon waarmee de opdrachtgever de koop-/aannemingsovereenkomst heeft gesloten. De woning in kwestie is op 11 april 2000 opgeleverd.

Oprachtgever stelt dat sprake is van lekkage ter plaatse van de schuifpui, voor welke lekkage – bij wijze van verborgen gebrek c.q. gebrek vallende onder de garantie – de aannemer aansprakelijk zou zijn. Ter onderbouwing van zijn vordering stelt de opdrachtgever dat alle uit de koop-/aannemingsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen overgegaan zijn naar de aannemer. Hoewel de opdrachtgever erkent dat hij richting de aannemer eerst melding gemaakt heeft van de lekkage na ommekomst van de termijn voor verborgen gebreken en de garantietermijn van zes jaar, doet hij een beroep op artikel 7:762, stellende dat het verstreken zijn van voornoemde termijnen hem niet kan worden tegengeworpen. De opdrachtgever stelt dat de aannemer op de hoogte was van de gebreken voor het verstrijken van deze termijnen en opdrachtgever daarover verwijtbaar nimmer heeft geïnformeerd; een groot aantal burens heeft geklaagd bij de aannemer over gebreken aan de pui binnen de gestelde termijnen en de aannemer heeft ook herstelwerkzaamheden verricht.

De aannemer voert gemotiveerd verweer.

In de eerste plaats stelt hij dat hij slechts de garantieverplichtingen heeft overgenomen; impliciet geeft de aannemer daarmee aan dat de aansprakelijkheid op grond van verborgen gebreken bij de – vermoedelijk geliquideerde – voormalig opdrachtnemer is gebleven. Dit aspect wordt in de uitspraak niet besproken, althans lijkt door arbiter te worden meegenomen met de behandeling van artikel 7:762 BW. Een garantie is in de kern ook een beperking van aansprakelijkheid. Echter, een garantie ziet niet op een verborgen gebrek, althans niet per definitie. De behandeling van de beperking van de aansprakelijkheid via een garantie kan dan ook niet zonder meer op grond van artikel 7:762 BW worden afgehandeld. In deze kwestie maakte het overigens niet uit, zoals hierna zal blijken.

De aannemer voert als principieel verweer dat artikel 7:762 BW überhaupt niet van toepassing is. Arbiter volgt de aannemer hierin en daarmee de inmiddels vaste lijn van de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (en van de overheidsrechter).

De oplevering van het werk vond plaats in 2000, derhalve vóór de inwerkingtreding – per 1 september 2003 – van titel 1 Boek 7 BW, waarvan artikel 7:762 BW deel uitmaakt. Met verwijzing naar artikel 217 Overgangswet jo. artikel 182 Overgangswet komt arbiter tot de conclusie dat de onderhavige tekortkoming – de lekkage – reeds bestond voor inwerkingtreding van het nieuwe wettelijke regime, zodat op dit gebrek de nieuwe wet niet van toepassing is.

Omdat artikel 7:762 BW onder het oude recht geen evenknie kende, zal de opdrachtgever langs deze weg in elk geval de beperking van de aansprakelijkheid tegen zich hebben moeten laten gelden, waarmee de opdrachtgever niet-ontvankelijk verklaard zou moeten worden. Opvallend is dat arbiter de opdrachtgever niet niet-ontvankelijk verklaart, doch zijn vorderingen afwijst.

Als obiter dictum overweegt arbiter voorts dat de opdrachtgever in dit geval geen beroep toekomt op artikel 7:762 BW als het wel van toepassing zou zijn geweest. Opdrachtgever heeft naar het oordeel van arbiter onvoldoende gesteld, en het is arbiter ook niet anderszins gebleken, dat de aannemer ten tijde van de oplevering bekend was met een gebrek aan de pui.

Daarmee lijkt arbiter overigens de stellingen van de opdrachtgever enigszins uit het oog te verliezen. De opdrachtgever heeft aan de hand van een (partij)deskundigenrapport gesteld dat sprake is van eenzelfde soort gebrek als ook bij andere bewoners is opgetreden. Arbiter oordeelt echter dat niet is komen vast te staan dat het steeds om hetzelfde gebrek ging en dat geen sprake is van een structureel gebrek waarvan aannemer weet had kunnen hebben. Feit is wel dat arbiter overweegt dat sprake is van een kritisch detail dat weliswaar op de door de aannemer gehanteerde wijze kan worden uitgevoerd, mits daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Zou niet kunnen worden gesteld dat het gebrek niet specifiek het gebrek van de opdrachtgever moet zijn als wel het kennelijk kritisch zijn van de schuifpuiconstructie als zodanig? In dat geval had de uitkomst anders kunnen zijn.

De opdrachtgever voert verder nog aan dat de aannemer hem had moeten waarschuwen omdat de aannemer de opdrachtgever ondanks zijn wetenschap en expertise na een reeks van herstelwerkzaamheden in andere woningen, de opdrachtgever hierover had moeten waarschuwen. Hier doet ook het door de arbiter als kritisch beoordeeld detail opgeld. De verwijzing naar standaard

jurisprudentie van de Hoge Raad over de contractuele waarschuwingsplicht van de aannemer wordt door arbiter als niet relevant afgedaan, omdat deze waarschuwingsverplichting geldt tijdens de bouw, hetgeen ook geldt voor de wettelijke waarschuwingsverplichting ex artikel 7:754 BW, aldus arbiter; laatstgenoemde verplichting geldt wel vóór de bouw (bij het aangaan van de overeenkomst).

Tot slot voert opdrachtgever aan dat het verzwijgen van het gebrek door de aannemer aan te merken is als handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Ook dit mag de opdrachtgever niet baten, gelet op de door de aannemer gemotiveerd betwiste stelling dat sprake is van het eerder genoemde structurele gebrek; arbiter vindt dit de stellingen van de opdrachtnemer niet genoegzaam onderbouwd.

Het lijkt alsof arbiter ook bestrijdt dat de aannemer niet mee hoeft te werken aan zijn eigen veroordeling; indien de aannemer de opdrachtgever immers op de mogelijke problematiek rond de schuifpui had geattendeerd, was het heel wel mogelijk geweest dat de aannemer vervolgens aansprakelijk was gesteld. Aan de andere kant, ook naar de mening van de aannemer had hij in elk geval een garantie afgegeven op onder meer een gebrek als het onderhavige.

Een slotopmerking maak ik ter zake artikel 7:762 BW. Als gezegd sluit dit artikel de mogelijkheid uit voor een aannemer om voor bij hem bekende en verzwegen verborgen gebreken zijn aansprakelijkheid te beperken. Dit laat echter onverlet dat contractuele beperkingen – zoals de verborgen gebreken-regeling in de GIW-voorwaarden of de UAV – nu wel hun relevantie behouden. Vanuit het wettelijk systeem – de vernietigbaarheid van dergelijke aansprakelijkheidsbeperkende bepalingen – is het voor de opdrachtgever tevens vereist dat hij met zijn beroep op artikel 7:762 BW de vernietiging van die contractuele bepalingen inroept door middel van een vernietigingsverklaring ex artikel 3:49 BW; zie noot S.J.H. Rutten bij RvA 19 maart 2008, geschilnr. 71.240, *TBR* 2008/179.

Mr. B.R. van Veen
Severijn Hulshof Advocaten

Scheidsgerecht: ir. R.P. Moritz
Gemachtigde eiseres, opdrachtgeefster: mr. R.M.E. Haverlag
Gemachtigde verweerster, aanneemster: mr. L.A.M. van Kippersluis

Bron: RvA 26 juli 2013, No. 34.202 en 34.203
Datum: 26-7-2013