

Afstemming van de AVA Zakelijk 2023 op art. 7:758 lid 4 BW

Bruggeman, E.M.; Jansen, C.E.C.; Wouda, C.A.E.

Publication date

2024

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Bouwrecht

Citation (APA)

Bruggeman, E. M., Jansen, C. E. C., & Wouda, C. A. E. (2024). Afstemming van de AVA Zakelijk 2023 op art. 7:758 lid 4 BW. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2024(2), Article TBR 2024/14.

Important note

To cite this publication, please use the final published version (if applicable).
Please check the document version above.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download, forward or distribute the text or part of it, without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license such as Creative Commons.

Takedown policy

Please contact us and provide details if you believe this document breaches copyrights.
We will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Green Open Access added to TU Delft Institutional Repository

'You share, we take care!' - Taverne project

<https://www.openaccess.nl/en/you-share-we-take-care>

Otherwise as indicated in the copyright section: the publisher is the copyright holder of this work and the author uses the Dutch legislation to make this work public.

TBR 2024/14

Afstemming van de AVA Zakelijk 2023 op art. 7:758 lid 4 BW

prof. mr. E.M. Bruggeman, prof. mr. C.E.C. Jansen, mr. C.A.E. Wouda^[1]

1. Inleiding

De inwerkingtreding van de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) per 1 januari 2024 heeft tot een vijftal wijzigingen van Titel 7.12 (Aanneming van werk) geleid. Eén van die wijzigingen betreft de toevoeging van een nieuw vierde lid aan art. 7:758 BW. Deze nieuwe bepaling voorziet in een bijzondere, van de algemene regeling van lid 3 afwijkende regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering van een *bouwwerk*. Recent verscheen een artikel van Bruggeman en Jansen over de vraag in hoeverre opdrachtgevers en aannemers nog aanvullende of zelfs van art. 7:758 lid 4 BW afwijkende afspraken kunnen maken.^[2] Op basis van de beantwoording van die vraag hebben zij vervolgens toegelicht waarom en hoe de UAV en UAV-GC zouden moeten worden aangepast om te voorkomen dat een na 1 januari 2024 gesloten overeenkomst, waarop de UAV of de UAV-GC van toepassing worden verklaard, in strijd is met art. 7:758 lid 4 BW.^[3]

De UAV en de UAV-GC zijn nog niet afgestemd op de Wkb. Dat is inmiddels wel gebeurd ten aanzien van de Algemene Voorwaarden van Aanneming van werk (AVA), die in 2023 door Bouwend Nederland zijn herzien.^[4] Van de AVA 2023 zijn twee versie beschikbaar, één voor het sluiten van aannemingsovereenkomsten met consumentenopdrachtgevers, aangeduid als de AVA Consumenten 2023, en één voor het sluiten van aannemingsovereenkomsten met professionele opdrachtgevers, aangeduid als de AVA Zakelijk 2023.^[5] Beide versies van de AVA 2023 bevatten een regeling met betrekking tot de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering.^[6] Voor het onderwerp van deze bijdrage is met name art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 relevant. Die bepaling dient dan overigens niet op zichzelf te worden beschouwd, maar te worden gelezen in samenhang met art. 10 van de bijbehorende modelovereenkomst.^[7]

In deze bijdrage beantwoorden wij de vraag of de recente herziening van de AVA Zakelijk 2023 ertoe heeft geleid dat deze standaardvoorwaarden daarmee in overeenstemming zijn gebracht met art. 7:758 lid 4 BW. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, toetsen wij art. 10 van de modelovereenkomst in samenhang met art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 aan het eerder door Bruggeman en Jansen uiteengezette toetsingskader.^[8] Dat toetsingskader zetten wij hierna voor de volledigheid nog eens kort uiteen (par. 2). Vervolgens laten wij zien dat bij de recente herziening keuzes zijn gemaakt die tot gevolg hebben dat de hiervoor genoemde bepalingen in strijd zijn met art. 7:758 lid 4 BW (par. 3). Daarna bespreken wij de rechtsgevolgen van deze keuzes voor overeenkomsten die na 1 januari 2024 met gebruikmaking van de AVA Zakelijk 2023 worden aangegaan (par. 4). Wij sluiten af met enkele conclusies en aanbevelingen (par. 5).





2. Toetsingskader: art. 7:758 lid 4 BW

Om te kunnen beoordelen of de opstellers van de AVA Zakelijk 2023 de door art. 7:758 lid 4 BW gestelde kaders in acht hebben genomen, moet eerst worden vastgesteld wat die kaders inhouden. Welke ruimte bieden zij om bij de afstemming van algemene voorwaarden op het nieuwe lid 4 nog inhoudelijke keuzes te maken? In de volgende paragrafen vatten wij de bevindingen van eerder onderzoek kort samen.^[9] Dat onderzoek laat zien dat de hiervoor bedoelde ruimte in de eerste plaats wordt beperkt door de afbakening van het toepassingsbereik van de materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW (par. 2.1). In de tweede plaats wordt de ruimte begrensd door de beperkingen ten aanzien van de mogelijkheid tot afwijking van de materiële regel, zoals die volgen uit de tweede en derde volzin van lid 4 (par. 2.2).

2.1 De materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW

Art. 7:758 lid 3 BW regelt de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering als volgt:

‘De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.’

De eerste volzin van het nieuwe lid 4 luidt als volgt:

'In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. (...)'

De materiële regel van lid 4 van art. 7:758 BW pakt op twee manieren anders uit dan de regel van lid 3 van dat artikel.^[10] Allereerst vindt in lid 4 een omkering plaats van het onder lid 3 geldende uitgangspunt dat de aannemer na de opleveringsfase is ontslagen van aansprakelijkheid. Voorts voorziet het nieuwe lid 4 - anders dan lid 3 dat doet - niet in een regeling van een onderzoeksplicht van de opdrachtgever tijdens de opleveringsfase, nu het 'redelijkerwijs had moeten ontdekken' ten aanzien van de gebreken, uit de tekst is verdwenen en is vervangen door een feitelijk 'niet zijn ontdekt' (van die gebreken).^[11]

Met de constatering van deze twee belangrijkste verschillen blijven nog een aantal te beantwoorden vragen over met betrekking tot het toepassingsbereik van de materiële regel van lid 4. Omdat die regel een uitzondering vormt op lid 3 van art. 7:758 BW, is in het eerder verrichte onderzoek het toepassingsbereik van dat lid bij die beantwoording betrokken.^[12] Dat heeft de volgende inzichten opgeleverd.

Een eerste bevinding is dat aan het begrip 'gebreken' een ruime uitleg dient te worden gegeven.^[13] Verder is het zo dat noch de tekst van het nieuwe lid 4 van art. 7:758 BW, noch de wetsgeschiedenis van die bepaling aanknopingspunten biedt voor de gedachte dat het begrip 'gebreken' in lid 4 een andere betekenis heeft dan in lid 3.^[14] De ruime uitleg van het begrip - gegeven het bepaalde in de tweede en derde volzin van lid 4^[15] - zorgt voor een aanzienlijke beperking van de mogelijkheid tot het bij algemene voorwaarden afwijken van de materiële regel van lid 4, nu die beperking immers ook het begrip 'gebreken' raakt.

Wat de woorden 'bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt' in lid 4 betreft, zijn de volgende conclusies getrokken. Vooropgesteld: de wetgever bedoelt met de woorden 'bij de oplevering' hetzelfde als met de woorden 'op het tijdstip van oplevering' in lid 3.^[16]

Met de woorden 'niet zijn ontdekt' creëert de wetgever in lid 4 - zoals hierboven al werd opgemerkt - een belangrijk verschil ten opzichte van de regel van art. 7:758 lid 3 BW. Daar waar de opdrachtgever de aansprakelijkheid van de aannemer op grond van lid 3 BW enkel nog kan inroepen voor gebreken die hij tijdens de opleveringsfase 'redelijkerwijs niet had moeten ontdekken', kan hij dat op grond van de materiële regel van lid 4 voor een veel ruimere categorie van gebreken, namelijk die gebreken die feitelijk 'niet zijn ontdekt' tijdens de oplevering. Lid 4 voorziet namelijk, anders dan lid 3^[17], niet in een onderzoeksplicht van de opdrachtgever tijdens de opleveringsfase. De opdrachtgever verliest op grond van lid 4 enkel zijn aanspraken jegens de aannemer in het geval hij tijdens die fase een gebrek daadwerkelijk ontdekt en vervolgens verzuimt ter zake van dat gebrek bij de aannemer te protesteren.^[18] Die klachtplicht staat weliswaar niet uitdrukkelijk in het nieuwe lid 4, maar volgt uit de aanvullende werking van art. 6:89 BW.^[19]

Een bevinding die samenhangt met het voorgaande is de volgende. De wetgever heeft met art. 7:758 lid 3 BW weliswaar voorzien in een onderzoeksplicht van de opdrachtgever *tijdens de opleveringsfase*, maar met die bepaling uitdrukkelijk *niet* willen voorzien in een verplichting van de opdrachtgever tot het verrichten van onderzoek naar eventuele gebreken in de fase die daaraan voorafgaat, te weten de uitvoeringsfase. Wel is het zo

dat lid 3 daarmee géén afbreuk doet aan de contractvrijheid van partijen om wat deze onderzoeksplicht betreft tijdens de uitvoeringsfase eventueel zelf nadere afspraken te maken.^[20] Uit de tekst alsmede de ratio van de materiële regel van lid 4 kan echter worden afgeleid dat de wetgever met die bepaling niet alleen heeft willen voorzien in een regeling die inhoudt dat de opdrachtgever geen onderzoeksplicht heeft *tijdens* de opleveringsfase, maar daarmee tevens heeft beoogd te regelen dat de opdrachtgever een dergelijke onderzoeksplicht evenmin heeft tijdens de daaraan voorafgaande *uitvoeringsfase*.^[21]

Een volgende conclusie die uit het eerder verrichte onderzoek kan worden getrokken, betreft de woorden 'tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen' in lid 4. Dat het vereiste van toerekening niet in lid 3 is terug te vinden, laat onverlet dat de aansprakelijkheid van de aannemer - ook in de gevallen die onder het toepassingsbereik van dat lid vallen - pas gevestigd zal kunnen worden nadat is vast komen te staan dat het gebrek aan de aannemer kan worden toegerekend.^[22]

Het eerdere onderzoek laat wat betreft de kwestie van de bewijslastverdeling zien dat de opdrachtgever aannemelijk zal moeten maken dat sprake is van schade die het gevolg is van een gebrek dat bij de oplevering niet is ontdekt. De aannemer moet vervolgens stellen en bewijzen a) dat het gebrek wél is ontdekt tijdens de opleveringsfase en/of b) dat het gebrek niet aan hem is toe te rekenen.^[23]

Een slotbevinding betreft de uitleg van het begrip 'bouwwerk' dat vanuit de Wkb is overgenomen in art. 7:758 lid 4 BW. Op dit moment bestaat daarover nog veel onduidelijkheid.^[24] Sommigen nemen het standpunt in dat het begrip ruim moet worden uitgelegd met een beroep op de doelstellingen van de Wkb, de systematiek van de wet alsook de gevolgen van een te beperkte uitleg voor de praktijk.^[25] Anderen menen daarentegen dat voor het bepalen van het toepassingsbereik van het begrip aansluiting moet worden gezocht bij de in het publiekrecht daaraan gegeven beperkte uitleg.^[26] Het wachten is nu op verduidelijking in de jurisprudentie, maar uit een oogpunt van rechtszekerheid kan ook worden gekozen voor het overnemen van art. 7:758 lid 4 BW in de algemene voorwaarden zelf zonder daarbij de term 'bouwwerken' te gebruiken.^[27] In dat geval kan een eventuele discussie achteraf over de vraag of het door de aannemer gerealiseerde werk een *bouwwerk* is immers geen afbreuk meer doen aan het feit dat partijen in hun overeenkomst de materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW zijn overeengekomen.^[28]

2.2 Afwijkingsmogelijkheden van de materiële regel van lid 4

De mogelijkheden tot afwijken van de materiële regel, zoals neergelegd in de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW, zijn beperkt. In de tweede en derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW is namelijk bepaald:

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

Wat zijn de bevindingen die uit het eerder verrichte onderzoek volgen ten aanzien van deze afwijkingsmogelijkheden?^[29] Vooropgesteld: wij gaan hier niet in op de vraag in welke gevallen sprake is van

een consument en een afwijking van de materiële regel van lid 4 niet is toegestaan vanwege de (volledig) dwingendrechtelijke regel van de tweede volzin van dat lid.^[30] Die bepaling is voor het doel van onze bijdrage namelijk niet relevant: de AVA Zakelijk 2023 zal niet van toepassing worden verklaard op overeenkomsten met consumentenopdrachtgevers.

In het geval sprake is van een professionele opdrachtgever mag echter wel in het nadeel van de opdrachtgever van de materiële regel van lid 4 worden afgeweken, mits die afwijking in de overeenkomst wordt opgenomen en wel op zo'n wijze dat de afwijkingsbepaling niet het karakter van een algemene voorwaarde draagt.^[31] De afwijking moet in de overeenkomst bovendien 'uitdrukkelijk' plaatsvinden. Het opnemen in de overeenkomst van een ander aansprakelijkheidsregime, zonder dat daarbij is vermeld dat sprake is van een afwijking van art. 7:758 lid 4 BW, lijkt dan ook niet voldoende. Indien partijen een tekst als '*met deze aansprakelijkheidsregeling wordt door partijen uitdrukkelijk afgeweken van art. 7:758 lid 4 BW*' in de overeenkomst opnemen, lijkt daarmee wel te worden voldaan aan de genoemde voorwaarde.^[32]

3. Beoordeling van de AVA Zakelijk 2023

Zoals wij hierboven al opmerkten, zijn de AVA recent herzien. De vraag is nu of het resultaat van die herziening - de AVA Zakelijk 2023 - in overeenstemming is met art. 7:758 lid 4 BW. Bij de beantwoording van deze vraag moet worden vooropgesteld dat de regeling van de aansprakelijkheid na oplevering in de AVA zelf niet is gewijzigd. De voor het doel van deze bijdrage relevante bepalingen van art. 15.3 lid 1 en lid 2 van de AVA Zakelijk 2023 zijn namelijk identiek aan die van art. 16.3 AVA 2013 (herziene versie december 2014) en luiden als volgt:

'1. Na de dag waarop het werk als opgeleverd geldt, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.

2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering indien sprake is van een gebrek:

a. dat in de onderhoudstermijn aan de dag is getreden en dat redelijkerwijs niet bij oplevering door de opdrachtgever onderkend had kunnen worden, tenzij de aannemer aannemelijk maakt dat het gebrek met grote mate van waarschijnlijkheid moet worden toegeschreven aan een omstandigheid, die aan de opdrachtgever kan worden toegerekend;

b. dat na afloop van de onderhoudstermijn aan de dag is getreden, dat redelijkerwijs niet bij oplevering onderkend had kunnen worden en waarvan de opdrachtgever aannemelijk maakt dat het gebrek met grote mate van waarschijnlijkheid moet worden toegeschreven aan een omstandigheid, die aan de aannemer kan worden toegerekend.'

Wat wel nieuw is, is dat in art. 10 van de modelovereenkomst behorende bij de AVA Zakelijk 2023 nu de volgende bepaling is opgenomen:

'De aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering wordt bepaald door artikel 15.3 van de AVA Zakelijk 2023. Indien deze overeenkomst is gesloten op of na 1-1-2024 geldt dat artikel 7:758 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk niet van toepassing is.'

Hieruit blijkt dat de opstellers met art. 10 van de modelovereenkomst hebben beoogd gebruik te maken van de afwijkingmogelijkheid van de derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW, teneinde de oorspronkelijke aansprakelijkheidsregeling in de tekst van de AVA zelf in stand te kunnen laten.^[33] In de navolgende paragrafen gaan wij na of deze constructie voldoet aan de door art. 7:758 lid 4 BW gestelde eisen.

Bij de beantwoording van die vraag hanteren wij het toetsingskader dat wij in par. 2 hebben samengevat. Dat kader maakt een onderscheid tussen de materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW enerzijds en de afwijkingmogelijkheid die de derde volzin van dat artikel biedt anderzijds.^[34] Wij toetsen hierna eerst of de blijkens art. 10 van de modelovereenkomst door de opstellers gebruikte afwijkingmogelijkheid voldoet aan de derde volzin (par. 3.1). Voor het eventuele geval dat die vraag ontkennend zal moeten worden beantwoord, gaan wij vervolgens na of en, zo ja in hoeverre de bepalingen van lid 1 en lid 2 van art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 afwijken van de materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW (par. 3.2).

3.1 Voldoet art. 10 modelovereenkomst aan de derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW?

In art. 10 van de modelovereenkomst behorende bij de AVA Zakelijk 2023 is bepaald dat art. 7:758 lid 4 BW 'uitdrukkelijk niet van toepassing is'. Met die bepaling wordt afgeweken van de materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW. In het geval van overeenkomsten met professionele opdrachtgevers is dat toegestaan, vooropgesteld echter dat de afwijking dan in overeenstemming is met de eisen die de derde volzin van lid 4 daaraan stelt. Zoals opgemerkt in par. 2.2 van deze bijdrage moet sprake zijn van een '*uitdrukkelijke*' afwijking door partijen '*in de overeenkomst*'. Wij menen dat art. 10 van de modelovereenkomst om twee redenen niet aan deze eisen voldoet.

In de eerste plaats is art. 10 van de modelovereenkomst op zichzelf te beschouwen als een algemene voorwaarde die is opgenomen in een standaarddocument dat - in ieder geval op onderdelen - eveneens kan worden beschouwd als een set van algemene voorwaarden.^[35] Art. 10 wordt immers standaard overeengekomen in alle overeenkomsten die (na 1 januari 2024) worden gesloten en waarop de AVA Zakelijk 2023 van toepassing worden verklaard. Dat betekent dat art. 10 van de modelovereenkomst voldoet aan de in art. 6:231 onder a BW genoemde criteria en in zoverre kwalificeert als een algemene voorwaarde. Het is immers een beding dat is opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, niet zijnde een kernbeding van de overeenkomst. Daarmee is niet voldaan aan de in de derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW gestelde eis dat een afwijking van de in de eerste volzin van dat lid opgenomen regel 'in de overeenkomst' moet zijn opgenomen en in ieder geval niet mag geschieden bij algemene voorwaarden die op de overeenkomst van toepassing worden verklaard.^[36] Het is bovendien nog maar de vraag of, gelet op de huidige opzet van art. 10 van de modelovereenkomst, kan worden aangenomen dat partijen over die bepaling hebben onderhandeld en dat zij, zoals de wetgever dat heeft verwoord, 'in onderling overleg' hebben besloten tot het overeenkomen van

art. 10.^[37] Bij het hanteren van een in een modelovereenkomst opgenomen standaardbepaling lijkt dat laatste zeer onwaarschijnlijk.

In de tweede plaats stellen wij vast dat in art. 10 van de modelovereenkomst enkel en alleen is bepaald dat art. 7:758 lid 4 BW *'uitdrukkelijk niet van toepassing is'* en dat *'de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering wordt bepaald door art. 15.3 van de AVA Zakelijk 2023'*. Het is zeer de vraag of op deze wijze sprake is van een afwijking van de materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW die *'uitdrukkelijk'* in de overeenkomst is opgenomen. Het in art. 10 van de modelovereenkomst enkel uitsluiten van de materiële regel van lid 4, onder verwijzing naar de van toepassing verklaring van een elders opgenomen alternatieve regel, lijkt niet voldoende. Uit art. 10 van de modelovereenkomst blijkt weliswaar dat wordt afgeweken - uitdrukkelijk - van de materiële regel van lid 4, maar als wij de wetgever goed hebben begrepen dan zou die afwijkingsbepaling tevens de materiële regel zelf moeten bevatten die door contractpartijen in de plaats wordt gesteld van de regel die in de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW staat.^[38] Dat is nu niet gebeurd: de alternatieve materiële regel staat niet in art. 10 van de modelovereenkomst, maar in art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023.

Uitgaande van onze veronderstelling - zie de eerste hierboven door ons genoemde reden - dat ook art. 10 van de modelovereenkomst een algemene voorwaarde is, betekent het voorgaande verder nog dat aan de eisen van de derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW evenmin zal zijn voldaan indien de alternatieve materiële regeling van art. 15 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023 alsnog in art. 10 van de modelovereenkomst zou worden opgenomen.

Samenvattend zijn wij van oordeel dat art. 10 van de modelovereenkomst niet voldoet aan de eisen die de wetgever aan de mogelijkheid tot afwijken in de derde volzin van art. 7:758 lid 4 BW heeft gesteld.

3.2 Wijkt art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 af van art. 7:758 lid 4 BW ten nadele van de opdrachtgever?

Met de in de vorige paragraaf uitgevoerde beoordeling van art. 10 van de modelovereenkomst lijkt ook het lot van art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023 bezegeld. Die laatstbedoelde bepaling is blijkens art. 10 immers in de plaats gekomen van de materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW. Zoals hiervoor bleek, is dat gebeurd op een wijze die in strijd is met de eisen van de derde volzin van dat lid. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat dit enkel en alleen problematisch is voor zover de regeling van art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023 betrekking heeft op kwesties die onder het toepassingsbereik van de materiële regel van lid 4 vallen en die regeling - in vergelijking met de regeling die lid 4 biedt - *'ten nadele van de opdrachtgever'* is.^[39] Het behoeft geen betoog - ook de opstellers van de AVA Zakelijk 2023 zullen dat waarschijnlijk met ons eens zijn - dat art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023 tal van afwijkingen van de materiële regel van art. 7:758 lid 4 BW ten nadele van de opdrachtgever bevat. Wij lichten de meest in het oog springende hieronder kort toe, waarbij wij zullen verwijzen naar het in par. 2.1 samengevatte toetsingskader.^[40]

3.2.1 Uitgangspunt en terminologie

Het eerste lid van art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 neemt als uitgangspunt dat de aannemer na de dag waarop het werk als opgeleverd geldt, niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan het werk. In het tweede lid is hierop een uitzondering geformuleerd voor gebreken die hetzij in de onderhoudstermijn (lid 2 sub a), hetzij na afloop van die termijn (lid 2 sub b) aan de dag zijn getreden.

Wat dan allereerst opvalt is dat art. 15.3 lid 1 en lid 2 (aanhef) AVA Zakelijk 2023 qua opzet grote gelijkenis vertoont met die van art. 7:758 lid 3 BW en van par. 12 lid 1 en lid 2 UAV 2012. Daarmee wijkt art. 15.3 echter af van art 7:758 lid 4 BW. Zoals wij eerder opmerkten is onder lid 4 immers het uitgangspunt dat de aannemer aansprakelijk is voor gebreken na oplevering, tenzij hij stelt en bewijst a) dat het gebrek - anders dan de opdrachtgever stelt - wél is ontdekt tijdens de opleveringsfase en/of b) dat het gebrek niet aan hem is toe te rekenen.^[41] Art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 gaat daarentegen uit van ontslag van aansprakelijkheid van de aannemer voor tekortkomingen aan het werk en maakt vervolgens in lid 2 een uitzondering op dat uitgangspunt. Zoals wij hierna in par. 3.2.2 nog zullen laten zien, heeft de regeling van die uitzondering op verschillende manieren consequenties voor de bewijspositie van de opdrachtgever. In zoverre werkt het uitgangspunt van art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 uit in het nadeel van de opdrachtgever, in vergelijking met het door de wetgever in art. 7:758 lid 4 BW gekozen uitgangspunt.

In de tweede plaats vertoont de in lid 1 en lid 2 (aanhef) van art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 gebruikte terminologie grote gelijkenis met die van par. 12 lid 1 en lid 2 UAV 2012. Het voert te ver om op deze plaats uitgebreid in te gaan op de verschillen tussen de begrippen 'tekortkomingen', 'tekortkomingen aan het werk' en 'gebreken'. Wij verwijzen daarvoor naar het eerder verrichte onderzoek en volstaan hier met de volgende concluderende opmerkingen.^[42] Duidelijk is dat art. 7:758 BW in lid 3 en lid 4 enkel het begrip 'gebreken' hanteert. Met het gebruik van zowel de term 'tekortkomingen aan het werk' als 'gebreken' beogen de opstellers met art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 de aansprakelijkheid voor 'tekortkomingen aan het werk' geheel uit te sluiten en voor gebreken een uitzondering op die hoofdregel te creëren. Voor zover daarmee is bedoeld een beperktere uitleg te geven aan het begrip 'gebrek' dan de wetgever met dat begrip voorstaat, wijkt art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 eveneens ten nadele van de opdrachtgever af van art. 7:758 lid 4 BW.^[43]

3.2.2 Onderzoeksplicht, toerekening en bewijslast

De eventuele toepassing van de uitzondering van art. 15.3 lid 2 AVA Zakelijk 2023 op de hoofdregel van lid 1 - de aannemer is niet meer aansprakelijk - is afhankelijk van het moment waarop een gebrek na afloop van de opleveringsfase aan de dag treedt. Gebeurt dat in de onderhoudstermijn, dan moet die toepassing worden beoordeeld op basis van de regel van lid 2 onder a. Treedt het gebrek aan de dag na afloop van die termijn, dan moet de toepassing van de uitzonderingsregel worden beoordeeld op basis van de regel van lid 2 onder b.

Wat deze twee uitzonderingsregels vervolgens met elkaar gemeen hebben, is dat aan de toepassing daarvan enkel kan worden toegekomen indien het gebrek 'redelijkerwijs niet bij oplevering door de opdrachtgever onderkend had kunnen worden'. Daarmee houdt de regeling van art. 15.3 lid 2 AVA Zakelijk 2023 vast aan een onderzoeksplicht van de opdrachtgever tijdens de opleveringsfase (zoals ook opgenomen in lid 3 van art. 7:758 BW), terwijl de wetgever een dergelijke onderzoeksplicht met de materiële regel van art. 7:758 lid 4 nu juist heeft willen uitsluiten.^[44] Lid 4 spreekt immers van gebreken die feitelijk 'niet zijn ontdekt'. Ook in zoverre wijkt art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 af van die wetsbepaling, ten nadele van de opdrachtgever.

Pas wanneer de opdrachtgever erin slaagt te bewijzen dat het gebrek redelijkerwijs niet bij oplevering door hem onderkend had kunnen worden, kan aan de kwestie van de toerekening worden toegekomen. Art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 hanteert op dit punt verschillende regels. Doet een gebrek zich voor in de onderhoudstermijn, dan

is de aannemer aansprakelijk *'tenzij de aannemer aannemelijk maakt dat het gebrek met grote mate van waarschijnlijkheid moet worden toegeschreven aan een omstandigheid, die aan de opdrachtgever kan worden toegerekend.'* In dat geval draagt de aannemer de stelplicht en bewijslast dat het gebrek aan de opdrachtgever is toe te rekenen.^[45] Deze regel komt nog het dichtst in de buurt van de regel die zou gelden zowel wanneer de aansprakelijkheid van de aannemer op basis van art. 7:758 lid 3 BW als op basis van lid 4 van dat artikel zou moeten worden beoordeeld.^[46] Doet een gebrek zich daarentegen voor na afloop van de onderhoudstermijn, dan zal de opdrachtgever enkel een beroep op de uitzondering op de hoofdregel van art. 15.3 lid 1 AVA Zakelijk 2023 kunnen doen indien hij *'aannemelijk maakt dat het gebrek met grote mate van waarschijnlijkheid moet worden toegeschreven aan een omstandigheid, die aan de aannemer kan worden toegerekend'*. De opdrachtgever zal dan moeten stellen én bewijzen dat het gebrek aan de aannemer is toe te rekenen.^[47] Deze regel houdt niet alleen een afwijking in, ten nadele van de opdrachtgever, in vergelijking met de regel die geldt op basis van art. 7:758 lid 4 BW, maar wijkt ook af van de regel die zou gelden in het geval dat de aansprakelijkheid van de aannemer zou moeten worden beoordeeld op basis van lid 3 van dat artikel.^[48]

4. Rechtsgevolgen van strijdigheid van art. 10 modelovereenkomst en art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023 met art. 7:758 lid 4 BW

In de voorgaande paragrafen hebben wij betoogd dat de opstellers van de AVA Zakelijk 2023 met art. 10 van de modelovereenkomst - gelezen in samenhang met art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023 - ten nadele van de opdrachtgever zijn afgeweken van de materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW, op een wijze die niet voldoet aan de eisen van de derde volzin van dat lid. Zoals eerder al uiteengezet, heeft het niet op de door lid 4 derde volzin voorgeschreven wijze afwijken van de materiële regel van lid 4 tot gevolg dat sprake is van een vernietigbare rechtshandeling.^[49] Een gedeeltelijke vernietiging^[50], te weten die van art. 10 modelovereenkomst en van art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023, zal dan het meest voor de hand liggen.

De hiervoor bedoelde gedeeltelijke vernietiging zal er toe leiden dat het aansprakelijkheidsregime van art. 7:758 lid 4 BW in de plaats zal treden van de vernietigde bepalingen van de modelovereenkomst en de AVA Zakelijk 2023. Dit is overigens alleen het geval als de rechter of arbiter oordeelt dat sprake is van een bouwwerk in de zin van art. 7:758 lid 4 BW. Zoals reeds opgemerkt, is er nog geen duidelijkheid over hoe breed of smal dat begrip moet worden ingevuld. Mocht een rechter of arbiter in het concrete geval oordelen dat het onderhavige werk niet (geheel) valt binnen de definitie van het door hem ingevulde bouwwerk-begrip, dan kan art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 in stand blijven.^[51]

5. Besluit

Aannemers die na 1 januari 2024 overeenkomsten sluiten met gebruikmaking van de door Bouwend Nederland onlangs herziene modelovereenkomst met bijbehorende AVA Zakelijk 2023, moeten zich goed realiseren dat zij in geval van gebreken na oplevering het risico lopen dat hun opdrachtgevers een beroep zullen doen op de vernietigbaarheid van art. 10 modelovereenkomst en van art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023. Vooropgesteld dat de overeenkomst strekt tot het realiseren van een 'bouwwerk' schatten wij de kans van slagen van een dergelijk beroep hoog in, aangezien de opstellers met de hiervoor genoemde bepalingen dan ten nadele van de opdrachtgever zijn afgeweken van de materiële regel van de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW, op een wijze die niet voldoet aan de eisen van de derde volzin van dat lid.

In het geval dat het beroep op vernietigbaarheid slaagt, zal de overeenkomst vervolgens met behulp van art. 7:758 lid 4 BW moeten worden aangevuld. De rechtsonzekerheid, het verlies aan tijd, geld en vertrouwen dat gepaard gaat met een dergelijke rechtsgang zijn aanzienlijk. En ook als het niet tot een rechtsgang komt, zullen partijen die aan de houdbaarheid van de met lid 4 strijdige regel twijfelen, tijd en middelen in het wegnemen van de twijfel dan wel het oplossen van de dreigende problemen, stoppen.

Het hiervoor geschetste risico van rechtsonzekerheid en de daarmee samenhangende gevolgen op de bouwplaats en in de keet zijn beheersbaar, maar dat vraagt om een koerswijziging van Bouwend Nederland. Daarbij valt te denken aan het schrappen van art. 10 van de modelovereenkomst en het aanpassen van de regeling opgenomen in art. 15.3 AVA Zakelijk 2023, bijvoorbeeld conform de benadering die Bruggeman en Jansen recent hebben voorgesteld in het kader van de afstemming van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 op art. 7:758 lid 4 BW. Het vervangen van art. 15.3 lid 1 en lid 2 AVA Zakelijk 2023 zou in ieder geval moeten gebeuren met behulp van een bepaling die dezelfde inhoud en strekking heeft als de eerste volzin van art. 7:758 lid 4 BW. ^[52] Bouwend Nederland zou haar leden vervolgens in een toelichting op die bepaling kunnen instrueren hoe zij te werk moeten gaan wanneer zij projectspecifieke afwijkingen van die bepaling met hun opdrachtgevers wensen overeen te komen, zonder daarbij het risico te lopen dat zo'n afwijking alsnog het lot van vernietiging vanwege strijd met art. 7:758 lid 4 BW treft. ^[53] Een dergelijke instructie mag dan echter niet in de vorm van een standaardbepaling worden gegeven, om te voorkomen dat zo alsnog het risico ontstaat van het hanteren van een algemene voorwaarde. Wel zou de instructie aanbevelingen kunnen bevatten over het in gesprek gaan met de opdrachtgevers over het maken van een projectspecifieke afspraak die in ieder geval uitdrukkelijk van de (nieuw te formuleren) regeling van art. 15.3 AVA Zakelijk 2023 afwijkt en daar een andere regeling voor in de plaats stelt.

-
- 1 Evelien Bruggeman is hoogleraar bouwwrecht aan de TU Delft en tevens directeur van het Instituut voor Bouwwrecht. Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Centre for Public Contract Law & Governance (CPC). Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag. Stijn Wouda is wetenschappelijk medewerker bij het Instituut voor Bouwwrecht.
 - 2 E.M. Bruggeman en C.E.C. Jansen, 'Afstemming van de UAV en de UAV-GC op art. 7:758 lid 4 BW', [TBR 202 4/1](#), p. 2 t/m 24.
 - 3 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 17-23.
 - 4 Althans, uit de Toelichting op art. 3 en art. 15 van de AVA Consumenten 2023 kan worden afgeleid dat Bouwend Nederland zich bij de herziening van de AVA mede heeft laten leiden door de ten tijde van die herziening op handen zijnde inwerkingtreding van de Wkb. Zie ook: 'Webinar AVA 2023: toelichting op alle wijzigingen', *Koninklijke Bouwend Nederland*, YouTube 6 oktober 2023. Zie voorts R.G.T. Bleeker en E. Touwen, 'Herziening AVA. De nieuwe AVA Zakelijk en Consumenten 2023', [TBR 2023/111](#), p. 824-830, in het bijzonder par. 1.1 en par. 1.3.2.
 - 5 De tekst van de AVA Consumenten 2023, de AVA Zakelijk 2023 en de toelichting op deze standaardvoorwaarden is terug te vinden op de webpagina 'Modellen, modelcontracten en

- modelovereenkomsten' van Bouwend Nederland. Zie voor een uiteenzetting van de belangrijkste bepalingen: Bleeker & Touwen, [TBR 2023/111](#), p. 824-830.
- 6 Zie art. 16 lid 2 AVA Consumenten 2023 en art. 15.3 AVA Zakelijk 2023.
- 7 Deze wordt aangeduid als: 'Overeenkomst van aanneming van werk behorende bij de AVA Zakelijk 2023'. In zoverre is de juridische constructie - een projectspecifiek in te vullen modelovereenkomst met bijbehorende standaardvoorwaarden - vergelijkbaar met de Model Basisovereenkomst (MBO) met bijbehorende UAV-GC 2005 en met de Model Basisopdracht met bijbehorende DNR 2011.
- 8 Zie hierover veel uitvoeriger: Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), par. 2 en par. 3.
- 9 Zie de in de vorige noot genoemde publicatie. In het vervolg van deze bijdrage zullen wij voor een nadere uitwerking en onderbouwing van onze stellingen telkens in de voetnoten naar die publicatie verwijzen.
- 10 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 10.
- 11 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 11.
- 12 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 3.
- 13 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 4-7.
- 14 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 11.
- 15 Zie par. 2.2.
- 16 Beide bepalingen zien op het volledige proces van oplevering dat start met de kennisgeving van de aannemer dat het werk klaar is om te worden opgeleverd en dat eindigt op het moment waarop de opdrachtgever uitdrukkelijk of stilzwijgend te kennen geeft het werk te aanvaarden, zie Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 7-8 en p. 11.
- 17 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 8-9 en p. 11-12.
- 18 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 11.
- 19 Zie de vorige noot.
- 20 Zoals dat bijvoorbeeld is gebeurd in par. 12 lid 2 sub b UAV 2012. Zie hierover uitvoeriger Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 9.
- 21 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 11-12.
- 22 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 9 en 12.
- 23 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 14.
- 24 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 12-14.
- 25 Ook wij huldigen deze opvatting, zie Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 14.
- 26 Het betreft hier in het bijzonder Bouwend Nederland. Zie hierover meer uitvoerig de vorige noot.
- 27 Zoals bijvoorbeeld is aanbevolen door Bruggeman en Jansen ten aanzien van de UAV en de UAV-GC Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 19-22. Zie hierna ook par. 5.
- 28 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 21.
- 29 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 15-17.
- 30 Zie hierover wel Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 15-16.
- 31 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 16-17.
- 32 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 17.
- 33 Aldus ook: 'Webinar AVA 2023: toelichting op alle wijzigingen', *Koninklijke Bouwend Nederland*, YouTube 6 oktober 2023.
- 34 Zie daarvoor par. 2.1 respectievelijk par 2.2.

- 35 Zie hierover uitgebreid Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 16-17.
- 36 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 453, nr. 3 (MvT), p. 36. Zie hierover Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 16
- 37 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 453, nr. 3 (MvT), p. 36.
- 38 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 453, nr. 3 (MvT), p. 36. Zie hierover Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 17.
- 39 Om die reden gaan wij in deze bijdrage bijvoorbeeld voorbij aan de bepalingen van art. 15.3 lid 3 en lid 4 AVA Zakelijk 2023, aangezien deze betrekking hebben op kwesties die buiten het toepassingsbereik van art. 7:758 lid 4 BW vallen. Zie hierover ook Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 15.
- 40 Zie voor een vergelijkbare en meer uitgebreide analyse van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005: Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 10-14 en p. 18.
- 41 Zie par. 2.1.
- 42 Zie hierover uitvoeriger Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 4-7.
- 43 Eenzelfde conclusie trokken Bruggeman & Jansen ten aanzien van par. 12 UAV 2012, zie Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 18.
- 44 Zie par. 2.1.
- 45 Zie art. 15.3 lid 2 onder a AVA Zakelijk 2023.
- 46 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 14.
- 47 Zie art. 15.3 lid 2 onder b AVA Zakelijk 2023.
- 48 Immers, wanneer is komen vast te staan - zoals hiervoor is aangenomen - dat het gebrek redelijkerwijs niet bij oplevering door de opdrachtgever onderkend had kunnen worden, zal vervolgens de regel van art. 6:74 lid 1 BW moeten worden toegepast. Gelet op de formulering van de in die bepaling opgenomen tenzij-regel is het dan aan de aannemer om te stellen en te bewijzen dat de aan het gebrek ten grondslag liggende tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend.
- 49 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 18-19.
- 50 Zie de vorige noot.
- 51 Zie par. 2.1.
- 52 Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 20.
- 53 Een basis voor deze instructies is aangereikt in Bruggeman & Jansen, [TBR 2024/1](#), p. 23.