

bouwproducten stelt en aan hun geschiktheid voor gebruik, gehouden te zijn om zijn oordeel, als er een geharmoniseerde norm van toepassing is, te baseren op prestaties van het product zoals die overeenkomstig de geharmoniseerde norm zijn bepaald en gedeclareerd (in een prestatieverklaring). Net als onder de richtlijn hebben de geharmoniseerde normen onder de Verordening bouwproducten tot doel handelsbelemmeringen weg te nemen. Bij de beoordeling of een bouwproduct voldoet, moet worden uitgegaan van eigenschappen die zijn gedeclareerd overeenkomstig een geharmoniseerde norm en niet van een andere bepaling

van die eigenschappen. Dit heeft, naar valt aan te nemen, onder de Verordening bouwproducten consequenties voor toepassing van nationale regels op overeenkomsten: die regels mogen het vrij verkeer niet belemmeren. Het zou alleen anders zijn als aan de normen slechts een vermoeden van conformiteit zou zijn verbonden. Quod non. Het Hof zou onder de Verordening bouwproducten tot een ander oordeel hebben moeten komen over consequenties van geharmoniseerde normen voor bouwproducten in een civielrechtelijke verhouding.<sup>4</sup>

A.R. Neerhof

<sup>4</sup> Zie over dit arrest onder meer: A.C.M. Meuwese, 'Particuliere geharmoniseerde normen: het HvJ EU gunt zichzelf rechtmacht', *Ars Aequi* 2017/4, p. 327-331; Annalisa Volpato, 'A. Court of Justice The harmonized standards before the ECJ: James Elliott Construction', *Common Law Review* 2017, p. 591-603; P.W.J. Verbruggen, 'Het PIP-schandaal voor het HvJ EU en de constitutionalisering van private regulering', *NJB* 2017/18, p. 1248; A.R. Neerhof, 'Weinig ruimte voor private keurmerken onder de Verordening bouwproducten (Deel II). Hoe marktdeelnemers beperkingen worden opgelegd', *TBR* 2017/3, p. 205-206; A.R. Neerhof, 'Gebruik van normalisatie door de Europese en de Nederlandse overheid: een rechtsstatelijke en democratische blik', *JBplus* 2017/3, p. 206-208, 218. Zie in het bijzonder over de bevoegdheid van het Hof een uitspraak te doen over geldigheid en uitleg van geharmoniseerde normen en inschakeling van de hiervoor benodigde expertise door het Hof: CEN/Cenelec, CEN and CENELEC position on the consequences of the judgment of the European Court of Justice on James Elliott cConstruction Limited v Irish Asphalt Limited, 17 May 2017, p. 6, <www.cencenelec.eu>, under Brief News.

## Jurisprudentie – IV. Aanneming van werk

### TBR 2018/47

**Raad van Arbitrage voor de Bouw, 7 februari 2017, No. 35.567, (Verzakking begane grondvloer ernstig gebrek)**

(Mr. A. Wolfsen, ir. F.H. van der Linde en ir. J. van keulen)

**BW: art. 3:310, art. 6:81, art. 6:82, art. 6:83, art. 6:89, art. 7:23, art. 7:761; Overgangswet BW: art. 182, art. 196, art. 217**

Ernstig gebrek. Overgangsrecht. Aansprakelijkheid. Verjaring. Schending klachtplicht. Verzuim. Nadere ingebrekestelling

**Met gastnoot J.S.O. den Houting, Red.<sup>1</sup>**

#### De gronden van de beslissing

##### In conventie

##### De bevoegdheid

**7.** In de scheidsrechterlijke incidentele vonnissen van 28 januari 2016 en 24 februari 2016 is het scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw bevoegd verklaard kennis te nemen van het geschil tussen partijen en dat bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten.

##### De feiten

**8.** Tussen partijen staat onder meer het volgende vast:

a. In 1994 hebben (de rechtsvoorgangers van) opdrachtgevers met F een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een woning aan G 104 (opdrachtgevers sub 1) respectievelijk G 120 (opdrachtgeefster sub 2) te X. Op de over-

<sup>1</sup> Jørgen den Houting is advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam.

eenkomst zijn telkens de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld bij akte op 30 juni 1992, verleden voor notaris mr. A.J.A. van Orsouw en de garantie- en Waarborgregeling Eengezinshuizen E.1992 van de Stichting Garantie Instituut Woningbouw van toepassing.

b. De woningen zijn gefundeerd op palen. De vloeren zijn, zonder kruipruimte, als betonplaat aangebracht op een zandbed tussen de fundering.

c. De woning aan G 104 is op 1 juni 1995 opgeleverd en de woning aan G 120 op 24 mei 1995.

d. Bij brieven van 20 juni 2000 en 6 september 2001 hebben opdrachtgevers sub 1 geklaagd over zakking van de begane grondvloer.

e. In 2001 heeft (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster herstelwerkzaamheden uitgevoerd, bestaande uit het liften van de begane grondvloer met purschuim.

f. Op 14 mei 2004 hebben de bewoners van G een gezamenlijke brief gezonden, waarin de zakkingsproblematiek werd aangekaart.

g. Opdrachtgevers sub 1 en een van de rechtsvoorgangsters van aanneemster (H) hebben een GIW-procedure gevoerd over de zakking van de vloer. In dat kader hebben die partijen afgesproken dat de begane grondvloer zou worden opgepurd en de ondergrond zou worden verdicht. Voor deze werkzaamheden heeft H een schriftelijke garantieverklaring, gedateerd 9 januari 2006, afgegeven.

h. In 2006 heeft herstel plaatsgevonden, door het liften van de begane grondvloer in de woningen van opdrachtgevers met purschuim.

i. H is op 30 juni 2009 gefuseerd tot I, die - na eerst nog H en J te hebben geheten - op 1 januari 2014 is gefuseerd met F tot D.

j. In januari 2012 heeft (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster aangeboden de vloer (weer) te purren. Opdrachtgevers hebben dit aanbod afgewezen.

k. Op 7 september 2013 hebben opdrachtgevers sub 1 op basis van de afgegeven garantieverklaring een memorie van eis bij de Raad ingediend tegen (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster, waarin zij primair een schadevergoeding vorderden en subsidiair herstel. Bij scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 17 januari 2013 met nummer 34.078 heeft de Raad zich onbevoegd verklaard van dat geschil kennis te nemen.

l. De bewoners van G 110 hebben bij de Raad een procedure gevoerd tegen (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster in verband met opgetreden zakkingen. Bij scheidsrechterlijk vonnis van 13 november 2013 is geoordeeld dat sprake is van een ernstig constructief gebrek aan de begane grondvloer en is (die rechtsvoorgangster van) aanneemster veroordeeld tot goed en deugdelijk herstel, waarbij is overwogen dat in deugdelijk herstel alleen kon worden voorzien door alsnog een gefundeerde vloer aan te brengen dan wel de vloer als 'broodjes-ligger-vloer' (combinatievloer) op de

bestaande fundering te laten dragen. Dit vonnis is in hoger beroep op 15 april 2015 bekrachtigd. Het herstel is uitgevoerd door het aanbrengen van een 'broodjes-ligger-vloer'.

m. Op 27 oktober 2014 heeft Fugro Geoservices B.V. (Fugro) in opdracht van opdrachtgevers een rapport uitgebracht van een geotechnisch onderzoek naar de zakking van de vloer. De conclusie en aanbeveling luiden:

### 3.3 Conclusie

*Het adviesbureau Inpijn-Blokpoel heeft in zijn funderingsadvies VE-2734 van 15 oktober 1993 terecht geadviseerd de woningen aan de G 104 en 120 op palen te funderen. Voor de vloer wordt voor de sonderingen D01 t/m D03, D05 en D06 nergens in dit rapport aangegeven dat deze op staal (zand) zouden kunnen worden gefundeerd. De adviseur heeft ons inziens indertijd, vanwege de afwijkende ondergrond, voorzien dat de vloer vrij dragend zou worden uitgevoerd en dus ook op de paalfundering zou moeten rusten.*

*De pogingen de opgetreden verzakkingen van de vloer te compenseren en te stabiliseren door middel van expanderende injecties onder de huidige vloer, bieden slechts tijdelijk soelaas, daar de oorzaak van de vervormingen niet wordt weggenomen of uitgeschakeld. Met name de rottingsprocessen zullen nog langere tijd doorgaan en voor zakkingen blijven zorgen.*

*Een bijkomend risico vormen leidingen die door de zettingen van de vloer en de hier op geplaatste niet dragende muren kunnen breken of scheuren.*

### 3.4 Aanbeveling

*De zettingsproblematiek van de vloer kan enkel tot een definitief einde worden gebracht door de huidige zwevende vloer te vervangen door een vrijdragende vloer.*

*De belasting uit deze vervangende vrijdragende vloer kan mogelijk nog op de bestaande paalfundering worden bijgeplaatst. Dit dient door een constructeur nader te worden beschouwd.*

n. Op 14 januari 2015 heeft Ingenieursbureau Verhoeven en Leenders B.V. een rapport uitgebracht, waaruit blijkt dat met de toename van de belastingen uit de begane grondvloer de (bestaande) balkwapening voldoet, evenals de funderingspalen.

o. In opdracht van opdrachtgevers heeft K (K) op 20 maart 2015 een offerte voor het vervangen van de begane grondvloer afgegeven, die voor opdrachtgevers sub 1 sluit op € 47.435,00 inclusief btw en voor opdrachtgeefster sub 2 op € 47.585,00 inclusief btw.

p. In 2014 en gedurende deze procedure heeft aanneemster herstel aangeboden. Dit laatste aanbod hield in het aanbrengen van een nieuwe vrijdragende constructievloer (zogenaamde broodjesvloer) door en op kosten van aanneemster en het op kosten van aanneemster tijdelijk elders verblijven tijdens de uitvoering van de werkzaamheden.

## Het geschil

9. Opdrachtgevers stellen onder verwijzing naar het rapport van Fugro dat sprake is van een ernstig gebrek, waarvoor aanneemster op

grond van artikel 16 lid 2 sub b en lid 3 van de toepasselijke algemene voorwaarden aansprakelijk is. Aanneemster is volgens opdrachtgevers door niet tot adequaat herstel over te gaan in verzuim geraakt. Nu opdrachtgevers gezien de lange geschiedenis van deze kwestie en de houding van aanneemster geen vertrouwen meer hebben in een deugdelijke oplossing door aanneemster, maken zij aanspraak op een schadevergoeding voor het herstel door derden en voor de bijkomende kosten.

**10.** Opdrachtgevers vorderen (de schuin gedrukte tekst is letterlijk geciteerd uit de memorie van eis):

*'dat het uw Raad moge behagen bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [aanneemster] te veroordelen:*

*Primair*

*1. tot betaling aan eisers sub 1 van:*

*- een bedrag aan vervangende schadevergoeding van € 47.585,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening;*

*- een bedrag als vergoeding van de kosten voor de huur van vervangende woonruimte, het uit- en inruimen van de woningen en de opslag van meubels van € 3.000,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening,*

*- een bedrag van € 3.723,78, zijnde de buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW;*

*- een bedrag van € 892,60, zijnde de helft van de totale buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW, althans tot een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag;*

*2. tot betaling aan eiseres sub 2 van:*

*- een bedrag aan vervangende schadevergoeding van € 47.435,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening;*

*- een bedrag als vergoeding van de kosten voor de huur van vervangende woonruimte, het uit- en inruimen van de woningen en de opslag van meubels van € 3.000,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening,*

*- een bedrag van € 3.654,75, zijnde de buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW;*

*- een bedrag van € 892,60, zijnde de helft van de totale buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW, althans tot een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag;*

*Subsidiair*

*1. tot het binnen drie maanden na betekening van het vonnis naar de eis van goed en deugdelijk werk herstel-*

*len van de gebreken aan de begane grondvloer van de woningen van eisers conform de eis van goed en deugdelijk werk, op straffe van verbeurte van een dwangsom van*

*€ 1.000,00 per kalenderdag dat [aanneemster] hiermee in gebreke blijft;*

*2. tot betaling aan eisers sub 1 van:*

*- een bedrag aan vervangende schadevergoeding van € 47.435,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening;*

*- een bedrag als vergoeding van de kosten voor de huur van vervangende woonruimte, het uit- en inruimen van de woningen en de opslag van meubels van € 3.000,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening,*

*- een bedrag van € 3.723,78, zijnde de buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW;*

*- een bedrag van € 892,60, zijnde de helft van de totale buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW, althans tot een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag;*

*3. tot betaling aan eiseres sub 2 van:*

*- een bedrag aan vervangende schadevergoeding van € 47.585,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening;*

*- een bedrag als vergoeding van de kosten voor de huur van vervangende woonruimte, het uit- en inruimen van de woningen en de opslag van meubels van € 3.000,00, althans een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke hierover vanaf de datum dat [aanneemster] in verzuim is komen te verkeren tot aan de dag der algehele voldoening,*

*- een bedrag van € 3.654,75, zijnde de buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub b BW;*

*- een bedrag van € 892,60, zijnde de helft van de totale buitengerechtigde kosten ex art. 6:96 lid 2 sub c BW, althans tot een in redelijkheid door uw Raad vast te stellen bedrag;*

*alles steeds met veroordeling van [aanneemster] in de kosten van dit geding, de kosten voor rechtsbijstand in deze procedure en de nakosten daaronder begrepen.'*

**11.** Tijdens de mondelinge behandeling verklaarde mr. Dijkslag desgevraagd dat abusievelijk subsidiair onder punt 2 en 3 een vervangende schadevergoeding is gevorderd, maar dat hij heeft bedoeld enkel herstel te vorderen als vermeld onder punt 1 subsidiair en dat hij in zoverre zijn eis wijzigt. Verder constateren arbiters dat kennelijk abusievelijk onder sub 1 primair een bedrag € 47.585,00 is gevorderd in plaats van een bedrag van € 47.435,00 en onder sub 2 primair een bedrag van € 47.435,00 in plaats van € 47.585,00.

Nu uit de stukken blijkt dat opdrachtgevers hebben bedoeld onder sub 1 primair € 47.435,00 te vorderen en onder sub 2 primair € 47.585,00 zullen arbiters het petitum aldus lezen.

**12.** Aanneemster heeft verweer gevoerd. Zij betwist dat sprake is van een ernstig gebrek in de woningen van opdrachtgevers. Volgens aanneemster blijkt uit geen enkel processtuk dat sprake is van een voortgaande zakking van de begane grondvloer. Bovendien gebruiken opdrachtgevers hun woningen al jaren conform hun bestemming, wat er volgens aanneemster op duidt dat van een ernstig gebrek geen sprake is. Aanneemster beroept zich verder op verjaring ex artikel 7:761 BW dan wel artikel 7:23 BW dan wel artikel 3:310 BW en op schending van de klachtplicht door opdrachtgevers. Ook stelt aanneemster dat zij niet in gebreke is gesteld en zij niet in verzuim is geraakt, zodat ook om die reden geen schadevergoeding kan worden toegewezen. Herstel kan volgens aanneemster evenmin nog aan de orde zijn, omdat opdrachtgevers al een om-zettingsverklaring hebben uitgebracht. Aanneemster betwist ook de omvang van de gevorderde kosten.

#### De beoordeling van het geschil

**13.** Tussen partijen is niet in geschil dat wanneer sprake mocht zijn van een ernstig gebrek, aanneemster in beginsel op grond van artikel 16 lid 2 sub b juncto lid 3 van de algemene voorwaarden aansprakelijk is, dit tenzij het hierna te bespreken beroep van aanneemster op verjaring en schending van de klachtplicht slaagt.

#### Ernstig gebrek?

**14.** Naar het oordeel van arbiters hebben opdrachtgevers voldoende aannemelijk gemaakt dat in hun woningen sprake is van zodanige zakkingen dat sprake is van een ernstig constructief gebrek. Volgens het rapport van Fugro is sprake van zakkingen door rottingsprocessen als gevolg van de bodemsamenstelling die nog vele jaren doorgaan. Aangezien de begane grondvloer - in tegenstelling tot de dragende wanden die op avegaarpalen zijn gefundeerd - is gefundeerd op zand, zakt deze. Arbiters achten dat - niettegenstaande de kanttekeningen van aanneemster bij dit rapport - aannemelijk. Naast de inhoud van de stukken en het verhandelde tijdens de mondelinge behandeling wordt dit oordeel mede gesteund door de waarnemingen die de arbiters hebben gedaan tijdens de bezichtiging. Tijdens die bezichtiging in de woningen van opdrachtgevers hebben arbiters scheuren gezien tussen de niet-dragende (op de begane grondvloer geplaatste) inpandige scheidingswanden en het plafond. Opdrachtgevers hebben onweersproken verklaard dat de scheuren na de door aanneemster uitgevoerde herstelwerkzaamheden terugkeerden. Aan de buitenzijde van de woningen hebben arbiters gezien dat het maaiveld plaatselijk is gezakt.

**15.** Ondanks door aanneemster getroffen maatregelen - het tweemaal liften van de vloer en het aanbrengen van pur daaronder - blijft de begane grondvloer significant zakken. Daarbij overwegen arbiters dat aanneemster tijdens de zitting weliswaar heeft verklaard dat zij niet kan herleiden dat ook in 2001 herstelwerkzaamheden zijn uitgevoerd, maar dat arbiters deze betwisting tegenover de concrete verklaringen van opdrachtgevers onvoldoende gemotiveerd vinden. Om die reden nemen arbiters als vaststaand feit aan dat ook in 2001 herstelwerkzaamheden zijn uitgevoerd. De zakking openbaart zich door steeds weer terugkerende scheurvorming in wanden, en tussen wanden en plafonds, waardoor de hechtheid van de niet-dragende wanden wordt aangetast. Door de zakking ontstaat deformatie van de leidingen in en onder de woningen, met het gevaar dat de leidingen afbreken. Aldus is sprake van een ernstig gebrek. Dat opdrachtgevers hun woningen wel overeenkomstig hun bestemming hebben gebruikt, doet daaraan niet af. Daarbij overwegen arbiters dat opdrachtgevers niet het ongestoorde genot van hun woning hebben gehad, gezien de terugkerende scheurvorming, de gevaarzettende leidingdeformatie en de her-stelpogingen van aanneemster.

#### Verjaring

**16.** Aanneemster beroept zich primair op de tweejarige verjaringstermijn ex artikel 7:761 BW. Volgens aanneemster is dit artikel in het onderhavige geval op grond van artikel 217 Overgangswet van toepassing, hoewel de tekortkoming dateert van voor de inwerkingtreding van artikel 7:761 BW per 1 september 2003. Aanneemster stelt daartoe dat nu sprake is van een voortgezette tekortkoming, artikel 7:761 BW op grond van artikel 217 lid 3 Overgangswet met een uitgestelde werking van drie jaar als bedoeld in artikel 217 lid 1 Overgangswet, vanaf 1 september 2006 van toepassing is geworden.

**17.** Artikel 7:761 BW bepaalt dat een rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart twee jaar nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Arbiters zijn van oordeel dat de op 1 september 2003 ingevoerde titel aanneming van werk (titel 12 van boek 7 BW) in het onderhavige geval - waarbij de gebreken zich hebben gemanifesteerd vóór invoering van die titel en de melding eveneens daarvóór is geschied - toepassing mist. Arbiters volgen dan ook niet de lezing van aanneemster dat als het in artikel 217 lid 3 Overgangswet vermelde geval zich voordoet (en dus sprake is van een tekortkoming van voor 1 september 2003 die daarna is voortgezet), de in artikel 217 lid 1 Overgangswet vermelde uitgestelde werking van drie jaar geldt. Arbiters overwegen daartoe het volgende.

**18.** Artikel 217 Overgangswet bepaalt:*Artikel 217*

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

2. *In afwijking van lid 1 worden de bepalingen van afdeling 2 van titel 12 van Boek 7 niet van toepassing op een overeenkomst van aanneming van werk die vóór dat tijdstip is gesloten.*

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

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

**20.** Niet in geschil is dat sprake is van een tekortkoming van voor de inwerkingtreding van de nieuwe titel van aanneming van werk, en dat dus sprake is van een voortgezette tekortkoming als bedoeld in artikel 217 lid 3 Overgangswet. Nu al onder het oude recht sprake was van een tekortkoming blijft het oude recht derhalve van toepassing.

**21.** Aanneemster beroept zich subsidiair op de tweejarige verjaringstermijn ex artikel 7:23 BW. Dit artikel mist echter toepassing, omdat dit artikel ziet op koop en in het onderhavige geval sprake is van een gebrek in het door aanneemster aangenomen werk.

**22.** Onder het oude recht gold ook voor aanneming van werk artikel 3:310 BW. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend was geworden. Beide partijen gaan voor het aanvangsmoment van de verjaring uit van de in 2006 uitgevoerde herstelwerkzaamheden, zodat ook arbiters dit tot uitgangspunt nemen. Hoewel de schade al eerder bekend was, achten arbiters dit aanvangstijdstip ook redelijk. Na het herstel ontstaat immers een nieuwe situatie. Anders dan aanneemster stelt, betekent dit echter niet dat het toen

geldende artikel 7:761 BW alsnog van toepassing is geworden. Geen sprake is immers van een nieuwe tekortkoming, maar van een niet deugdelijke herstelde eerdere tekortkoming.

**23.** Niet in geschil is dat opdrachtgevers in 2011 opnieuw zakkingen en scheuren hebben geconstateerd en dit aan (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster hebben gemeld. Dat laatste blijkt ook uit het feit dat (een van de rechtsvoorgangsters van) aanneemster in januari 2012 herstel heeft aangeboden. In 2015, dus binnen vijf jaar na ontdekking van de schade in 2011, hebben opdrachtgevers de onderhavige procedure ahangig gemaakt. Het beroep op verjaring faalt dus.

**Klachtplicht**

**24.** Aanneemster stelt dat opdrachtgevers sub 1 in hun memorie van eis in procedure 34.078 hebben gesteld dat al vrij snel na de oplevering op 1 juni 1995 zakkingen ontstonden. Wat hier verder ook van zij, vast staat dat (de rechtsvoorgangster(s) van) aanneemster na de klachtmelding zowel in 2001 als in 2006 herstelwerkzaamheden heeft (hebben) uitgevoerd. Aanneemster kan zich er dan ook in redelijkheid niet op beroepen dat opdrachtgevers niet tijdig hebben geklaagd. Verder hebben opdrachtgevers onweersproken gesteld dat zich in 2011 wederom zakkingen hebben voorgedaan en dat zij deze direct aan (de rechtsvoorgangster(s) van) aanneemster hebben gemeld. Aldus hebben zij aan hun klachtplicht voldaan.

**Verzuim**

**25.** Arbiters stellen vast dat geen ingebrekestelling in het geding is gebracht. Volgens opdrachtgevers is aanneemster op grond van artikel 6:83 onder c BW in verzuim geraakt, door slechts beperkt herstel te willen uitvoeren. Zoals aanneemster terecht stelt, blijkt - mede gezien het herstel aanbod van aanneemster tijdens de onderhavige procedure - onvoldoende dat aanneemster mededelingen heeft gedaan waaruit blijkt dat zij tekort zou schieten in haar herstelverplichting.

**26.** Wel zijn arbiters met opdrachtgevers van oordeel dat onder de onderhavige omstandigheden een ingebrekestelling op grond van de redelijkheid en de billijkheid achterwege kon blijven. Aanneemster heeft immers al twee keer herstelwerkzaamheden uitgevoerd in de vorm van het liften van de vloer met purschuim, zonder deugdelijk resultaat. Aanneemster is niet ingegaan op het verzoek van opdrachtgevers een broedjesvloer aan te brengen, terwijl dit wel een deugdelijke oplossing was en - zoals opdrachtgevers onweersproken hebben verklaard - bij andere burens wel is toegepast. Pas tijdens deze procedure heeft aanneemster aangeboden een dergelijke vloer aan te brengen. Opdrachtgevers hebben echter onbestreden gesteld

dat aannemster niet bereid was de reeds gemaakte (buiten)gerechtelijke kosten te vergoeden, zodat hun weigering om op dit op zichzelf adequate herstelvoorstel in te gaan, gerechtvaardigd was.

### Herstelkosten

**27.** Opdrachtgevers sub 1 vorderen € 47.435,00 inclusief (21%) btw aan herstelkosten en opdrachtgeefster sub 2 vordert € 47.585,00 inclusief (21%) btw, dit alles overeenkomstig de overgelegde begrotingen van K.

**28.** Aannemster stelt dat de totale herstelkosten en een aantal specifieke posten zoals genoemd in punt 36 van haar memorie van antwoord te hoog zijn, omdat haar uit nacalculatie is gebleken dat de werkzaamheden bij de bewoners op nummer 110 voor een lager bedrag zijn uitgevoerd, namelijk voor in totaal circa € 30.500,00. Aannemster wijst ook op de als productie 20 overgelegde offerte van K aan opdrachtgevers sub 1 uit 2012, waarin de herstelkosten b-groot zijn op € 33.500,00 inclusief (19%) btw.

**29.** Dit alles achten arbiters een onvoldoende gemotiveerde betwisting. Zoals opdrachtgevers terecht stellen, is de nacalculatie niet in het geding gebracht. Arbiters achten bovendien aannemelijk dat de kosten voor het herstel door derden hoger zijn dan de herstelkosten van aannemster zelf, ook al laat aannemster naar eigen zeggen bepaalde werkzaamheden zelf ook door derden uitvoeren. Dit betreft immers slechts een deel van de werkzaamheden. Voor de hand ligt ook dat het feit dat meerdere naast elkaar gelegen woningen tegelijkertijd zijn hersteld een kostendrukkend effect heeft gehad. De offerte van K uit 2012 is gedateerd, bovendien blijkt daaruit dat niet alle werkzaamheden - zoals het verwijderen en terugplaatsen van de parketvloer in de woning van opdrachtgevers sub 1 - daarin zijn opgenomen. Arbiters passeren het verweer van aannemster om al die redenen.

**30.** In punt 36 van de memorie van antwoord stelt aannemster onder meer dat haar tijdens de uitvoering is gebleken dat ontgraven tot -400 mm niet noodzakelijk is. Uit de bij productie 11 overgelegde tekening TS-01 van 23 januari 2015 leiden arbiters echter af dat ontgraving wel degelijk nodig is, aangezien de renovatievloer volgens die tekening dikker is dan de bestaande betonvloer. Dat hiervoor kosten zijn begroot, komt arbiters dan ook aannemelijk voor en de hoogte van deze kosten is op zich zelf niet bestreden, zodat deze worden toegewezen.

**31.** Tijdens de mondelinge behandeling stelt de aannemster dat in de begroting van K een extra stalen latei is gerekend. Aannemelijk is dat dit voor de uitbouw van de woning van opdrachtgevers sub 1 is. Dat deze uitbouw pas na de

oplevering is geplaatst, doet niet af aan de aansprakelijkheid van aannemster voor de als gevolg van haar tekortkoming noodzakelijke herstelkosten. De vloer van de uitbouw zelf hoeft niet te worden vervangen, omdat dit al een broodjesvloer is. De begrote kosten voor de hoeklijn zijn het gevolg van het feit dat de vloer in de woonkamer moet worden vervangen en komen dus voor rekening van aannemster.

**32.** Aannemster heeft de hoogte van de voor de parketvloer in de woning van opdrachtgevers sub 1 begrote kosten van volgens haar € 14.444,18 exclusief btw bestreden onder verwijzing naar de als productie 16 overgelegde eerdere begroting van opdrachtgevers sub 1 waarin € 3.033,00 was opgenomen voor het (de)monteren en opslaan van de parketvloer. Niet blijkt of dit laatste bedrag in- of exclusief btw is.

**33.** Zoals opdrachtgevers sub 1 terecht stellen, is het bedrag van € 14.444,18 exclusief btw begroot voor de totale afbouw. Voor de parketvloer is een stelpost opgenomen van € 4.807,30 exclusief btw en voor de plint een stelpost van € 597,63 exclusief btw. De totale kosten voor de parketvloer bedragen dus € 5.404,93 exclusief btw. Zoals aannemster terecht stelt, is enkel sprake van het uitnemen en terugplaatsen van de bestaande vloer. Tegenover de betwisting door aannemster en gezien de eerdere begroting hebben opdrachtgevers sub 1 onvoldoende aannemelijk gemaakt dat deze werkzaamheden € 5.404,93 exclusief btw kosten. Nu aannemster ook de eerdere offerte bij gebreke van een onderbouwing heeft betwist, wijzen arbiters in billijkheid € 1.500,00 exclusief btw toe op dit punt en volgen voor het overige de begroting. Dit betekent dat de begroting voor de woning van opdrachtgevers sub 1 gecorrigeerd wordt met € 5.404,93 exclusief btw - € 1.500,00 exclusief btw = € 3.904,93 exclusief btw. Aldus stellen arbiters de directe kosten vast op € 32.707,31 exclusief btw (totale kosten p. 7 begroting) - € 3.904,93 exclusief btw = € 28.803,38 exclusief btw + (0,5 x € 5.575,00 exclusief btw =) € 2.787,50 exclusief btw algemene bouwplaatskosten (p. 15 begroting) = € 31.589,88 exclusief btw. De toe te wijzen herstelkosten bedragen vervolgens € 31.589,88 exclusief btw x 1,07 (ak) = € 33.801,17 exclusief btw x 1,03 (winst en risico) = € 34.815,21 exclusief btw x 1,0021 (CAR) = € 34.888,32 exclusief btw x 1,21 (btw) = € 42.214,87 inclusief btw.

**34.** De overige in de offertes opgevoerde kosten komen arbiters verder niet onredelijk voor. Dat geldt ook voor de kosten van de projectleider en de werkvoorbereider. Onvoldoende gesteld en ook niet gebleken is dat het aantal opgevoerde uren en het uurtarief onredelijk zijn.

**35.** Tijdens de mondelinge behandeling heeft aannemster gesteld dat sprake is van nieuw voor oud, en dan niet zozeer ten aanzien van de vloer maar wel ten aanzien van de afwerking. Nu aannemster niet nader heeft toegelicht op welke concrete posten uit de begroting zij doet, passeren arbiters dit verweer.

**36.** De door opdrachtgevers gevorderde kosten van € 3.000,00 inclusief btw per woning voor de huur van vervangende woonruimte (waarbij is uitgegaan van € 1.900,00 aan huur voor twee maanden), het in- en uitruimen van de woningen en de opslag van de meubels (in totaal geraamd op € 1.100,00) komen arbiters niettegenstaande de kanttekeningen van aannemster daarbij, niet onredelijk voor en worden toegewezen. Dat de eerder opgegeven kosten lager waren (productie 16) doet daaraan niet af, omdat - zoals opdrachtgevers onbestreden hebben gesteld - de omvang en de duur van het definitieve herstel toen nog niet bekend was en is uitgegaan van een hersteltermijn van drie weken. Aannemster heeft tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat de herstelwerkzaamheden die zijn uitgevoerd bij andere bewoners in de meeste woningen binnen zes weken gereed waren en dat voor die bewoners acht weken vervangende woonruimte is gehuurd in verband met eventuele uitloop van de werkzaamheden. In dat licht komen de gevorderde kosten niet onredelijk voor.

**37.** Dit betekent dat aan opdrachtgevers sub 1 wordt toegewezen € 42.214,87 inclusief btw aan herstelkosten + € 3.000,00 inclusief btw overige kostenvergoeding = € 45.214,87 inclusief btw en aan opdrachtgeefster sub 2 € 47.585,00 inclusief btw aan herstelkosten + € 3.000,00 inclusief btw overige kostenvergoeding = € 50.585,00 inclusief btw. Opdrachtgevers vorderen de wettelijke rente hierover vanaf de datum van verzuim van aannemster. Nu deze datum niet nader is gespecificeerd, zullen arbiters de wettelijke rente toewijzen met ingang van de indiening van de memorie van eis, zijnde 1 september 2015.

**38.** De door opdrachtgevers sub 1 gevorderde deskundigenkosten voor het rapport van Fugro van € 2.907,03 inclusief btw en voor het rapport van de constructeur van € 816,75 inclusief btw komen arbiters niet onredelijk voor en worden toegewezen. Hetzelfde geldt voor de door opdrachtgeefster sub 2 gevorderde deskundigenkosten voor het rapport van Fugro van € 2.538,00 inclusief btw en voor het rapport van de constructeur van € 816,75 inclusief btw. Uit de als productie 14 overgelegde stukken blijkt voldoende dat opdrachtgevers deze kosten verschuldigd zijn. Arbiters achten ook niet onredelijk dat opdrachtgevers Fugro en de constructeur ter vaststelling van de aansprakelijkheid en schade hebben ingeschakeld, aangezien zij op dit gebied leken zijn. Aldus wordt

aan opdrachtgevers sub 1 aan deskundigenkosten toegewezen € 2.907,03 + € 816,75 = € 3.723,78 en aan opdrachtgeefster sub 2 € 2.538,00 + € 816,75 = € 3.354,75. Arbiters constateren dat opdrachtgeefster sub 2 primair van het petitum een totaalbedrag van € 3.654,75 vordert. Nu het meerdere boven het toe te wijzen bedrag van € 3.354,75 niet nader is toegelicht, wordt dit afgewezen.

**39.** Opdrachtgevers vorderen vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten van € 892,60 per woning (zijnde de helft van de totale buitengerechtelijke incassokosten van € 1.785,20 conform de staffel buitenrechtelijke incassokosten). Dat buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht achten arbiters aannemelijk, mede gezien de al door aannemster ondernomen herstellingspogingen. De gevorderde kosten vallen binnen de door de Raad in haar Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand gehanteerde tarieven en worden toegewezen.

**40.** Uit de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de toepasselijke algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval is arbiters niet gebleken dat de in dit geding aan de orde zijnde bedingen als oneerlijk zijn aan te merken. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

### Inleiding

**1.** Deze zaak zou anders zijn afgelopen wanneer arbiters titel 12 van boek 7 BW wel van toepassing zouden hebben geacht. Immers, art. 7:761 lid 1 BW bevat een verjaringstermijn van twee jaar die gaat lopen vanaf het moment van protest over het gebrek in het opgeleverde werk, welke termijn onder het oude recht niet bestond. De rechtsvoorgangers van opdrachtgevers<sup>2</sup> hebben ieder vóór inwerkingtreding van titel 12 (op 1 september 2003) een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten met een rechtsvoorganger van aannemster<sup>3</sup>, maar hebben ná inwerkingtreding van deze titel deze termijn laten verstrijken. Ik leid namelijk af uit het vonnis dat zij meer dan twee jaar met deze arbitrage hebben gewacht nadat zij aannemster hadden laten weten dat het - eerder al aan de dag getreden - gebrek in de constructie van de begane grondvloeren met door aannemster gepleegd herstel niet was verholpen. Van enige stuitingshandeling wordt in het vonnis geen melding gemaakt. Nu het gebrek zelf op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden in mijn optiek zonder meer kan worden gekwalificeerd als een 'ernstig gebrek', zal ik in deze noot met name ingaan op de uitleg van art. 217 Overgangswet BW (hierna: 'OBW') en meer specifiek lid 3 van dat artikel.

<sup>2</sup> Hierna: 'opdrachtgevers'.

<sup>3</sup> Hierna: 'aannemster'.

## De casus

2. Opdrachtgevers hebben ieder met aannemster in 1994 een koop-/ aannemingsovereenkomst gesloten met toepassing van de 'Algemene Voorwaarden voor de koop/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen', zoals vastgesteld bij akte van 30 juni 1992 en de 'Garantie- en waarborgregeling eengezinshuizen E.1992' van de (inmiddels opgeheven) Stichting Garantie Instituut Woningbouw (GIW). De bewuste woningen zijn in 1995 opgeleverd (die van opdrachtgevers sub 1 op 1 juni 1995 en die van opdrachtgevers sub 2 op 24 mei 1995). Aannemster had daarbij de woningen weliswaar gefundeerd op palen, maar de begane grondvloeren, zonder kruipruimte, als betonplaat aangebracht op een zandbed tussen de fundering. Deze constructie heeft vervolgens voor de nodige problemen gezorgd.

3. Vanaf 2001 zijn de begane grondvloeren namelijk zetting gaan vertonen, waarna aannemster in de woning van opdrachtgevers sub 1 herstel heeft uitgevoerd. Daarbij heeft zij de begane grondvloeren met purschuim gelift. In 2006 hebben deze opdrachtgevers vervolgens met succes een GIW-procedure tegen aannemster gevoerd, waarbij laatstgenoemde werd veroordeeld tot verdergaand herstel (bestaande uit het verder 'oppurpen' van de vloeren en het verdichten van de ondergrond). Dat herstel heeft in 2006 plaatsgevonden maar kennelijk wederom zonder succes nu zich daarna weer zettingen voordeden. Een nader herstel-aanbod in 2012 hebben opdrachtgevers sub 1 afgewezen. Opdrachtgevers sub 2 hebben, zo begrijp ik uit het vonnis, niet geprotesteerd bij aannemster, laat staan - afgezien van deze procedure - andere rechtsmaatregelen getroffen.

4. Vervolgens hebben naburige opdrachtgevers wegens hetzelfde gebrek in de periode 2013 t/m 2015 met succes een procedure gevoerd tegen aannemster bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw.<sup>4</sup> Arbitrator in eerste aanleg heeft toen aannemster veroordeeld tot herstel en haar twee alternatieven gelaten; ofwel het alsnog aanbrengen van een gefundeerde vloer ofwel het aanleggen van een 'broodjes-ligger-vloer' op de bestaande fundering.<sup>5</sup> In appel is die verdeling in stand gebleven.

5. In de tussentijd hadden opdrachtgevers in 2014 deskundig advies ingewonnen bij Fugro Geoservices B.V. alvorens op 31 augustus 2015 de arbitrageprocedure aanhangig te maken. Fugro kwam tot dezelfde technische conclusie als arbitrator in voornoemde arbitrage. Of aannemster al dan niet op de hoogte is gebracht van dit onderzoek dan wel hierbij is betrokken blijkt niet uit het vonnis. Wel staat vermeld dat aannemster in 2014 wederom herstel heeft aangeboden.

<sup>4</sup> Voor het vonnis in eerste aanleg; zie RvA 25 november 2013, No. 33.489 en in hoger beroep RvA 15 april 2015, No. 71.925.

<sup>5</sup> 'Een broodjes-ligger-vloer' is een systeemvloer die bestaat uit prefab voorgespannen liggers met daartussen polystyreen vulblokken en een druklaag.

## Ernstig gebrek

6. Het oordeel van arbiters dat de zettingen in de begane grondvloer moeten worden gekwalificeerd als een ernstig gebrek in de zin van art. 16 lid 2 sub b en lid 3 van de toepasselijke algemene voorwaarden acht ik zonder meer begrijpelijk en juist. Arbiters baseren dat oordeel onder meer op eigen waarneming ter plaatse van de scheurvorming die volgens hen de hechtheid van de niet-dragende muren al had aangetast en naar verwachting verder zal aantasten (met het risico dat leidingen afbreken). Maar ook wijzen zij op het onderzoek van Fugro waaruit kan worden afgeleid dat de zakkingen door rottingsproces als gevolg van de bodemsamenstelling nog vele jaren zullen doorgaan en het feit dat de bewuste vloeren ondanks de diverse herstel-pogingen van aannemster gedurende vele jaren significant zijn blijven zakken.

## Overgangsrecht

7. Ik meen alleen dat arbiters art. 217 lid 3 OBW niet juist hebben uitgelegd en de tweejaarstermijn ex art. 7:761 lid 1, waar aannemster een beroep op deed, ten onrechte niet van toepassing hebben geacht. Artikel 217 OBW bepaalt, voor zover relevant: '1. Op overeenkomsten van aanneming van werk die vóór het tijdstip van het in werking treden van titel 12 van Boek 7 zijn gesloten, wordt deze titel drie jaren na dat tijdstip van toepassing. 3. In afwijking van de leden 1 en 2 is titel 12 van Boek 7 van toepassing op de gevolgen van niet nakoming in het geval dat een der partijen na het in werking treden van deze titel in de nakoming van een van haar verbintenissen tekortschiet, tenzij dat tekortschieten een voortzetting van een eerdere tekortkoming is.'

8. Daarbij is het met name de vraag of de enkele ontdekking van een ernstig gebrek in het opgeleverde werk wel kan worden aangemerkt als een 'eerdere tekortkoming', zoals arbiters hebben geoordeeld in ro. 20 van het vonnis, of dat dat pas het geval is als aannemer in verzuim is geraakt.<sup>6</sup>

9. In de literatuur wordt dat eerste standpunt verdedigd. Zo bepleit Rutton:<sup>7</sup> 'Vanzelfsprekend kan een tekortschieten in de nakoming vele gedaanten hebben. Voor aanneming van bouwwerken is in dit verband in het bijzonder van belang het 'verborgen gebrek'. Een 'verborgen gebrek' moet naar mijn mening worden beschouwd als een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van de aannemer ten tijde van de oplevering. Is een werk vóór 1 september 2003 opgeleverd en openbaart zich in dat werk ná 1 september

<sup>6</sup> Ik merk wel op dat aannemster de 'voortzetting van de eerdere tekortkoming' niet heeft bestreden, maar uit lid 3 juist in een dergelijke situatie een uitgestelde werking van titel 12 van drie jaar afleidde. Dat lijkt mij - net als arbiters in ro. 19 van het vonnis - een verkeerde uitleg, mede gelet op het bepaalde in art. 182 OBW waarin staat vermeld: 'Indien een schuldenaar vóór het in werking treden van de wet in de nakoming van zijn verbintenis is tekortgeschoten, is op de gevolgen van de tekortkoming de wet niet van toepassing, ook niet indien de tekortkoming nadien wordt voortgezet.'

<sup>7</sup> S.J.H. Rutton, 'Overgangsrecht aanneming van werk', BR 2004/6 p. 503 t/m 506. Van den Berg deelt dat standpunt met verwijzing naar dit artikel in Asser/Van den Berg 7-VI, Deventer: Kluwer 2017 [18].



2003 een verborgen gebrek, dan geldt dat gebrek derhalve als een (voortzetting van) tekortschieten onder het oude recht, waarop het nieuwe recht ingevolge art. 217 lid 3 Overgangswet niet van toepassing is.' Hier kan echter tegenin worden gebracht dat het niet-nakomen van een verbintenis niet per definitie gelijk een tekortkoming oplevert; een niet-nakoming groeit namelijk pas uit naar een tekortkoming - de woorden van Olthof volgend - wanneer de schuldenaar in verzuim is gebracht (mits nakoming uiteraard nog mogelijk is).<sup>8</sup> Hoe dat verzuim dan intreedt volgt uit art. 6:81 BW ev.; in de regel zal een ingebrekestelling nodig zijn (art. 6:82 BW). In dat verband oordeelde het hof Den Haag in ro. 4 van zijn arrest van 29 januari 2013 ook:<sup>9</sup> 'Zoals de Curator met juistheid betoogt, zijn op grond van artikel 217 lid 3 Overgangsrecht Nieuwe B.W. op de door Bauwens ingeroepen gevolgen van niet-nakoming, waaronder ook herstel en vervanging moeten worden begrepen, de op 1 september 2003 invoerde bepalingen van titel 7.12 BW van toepassing, omdat niet is vastgesteld of gebleken dat Smits reeds voor 1 september 2003 in de nakoming van haar verbintenissen was tekortgeschoten (hetgeen in dit geval betekent dat Smits in verzuim dienen te zijn, nu nakoming, gelet op het gevorderde herstel en de gevorderde vervanging, klaarblijkelijk niet onmogelijk was). Een vergelijkbare redenering volgde het hof Arnhem-Leeuwarden in r.o. 4.8 van zijn arrest van 25 november 2014<sup>10</sup>: 'Volgens vaste rechtspraak heeft een ingebrekestelling de functie om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is (in die zin bijvoorbeeld Hoge Raad 22 oktober 2004, ECLI: HR:2004:AO9494). De ingebrekestelling vormt aldus een laatste kans, die de schuldeiser dient te gunnen. In deze rechtspraak wordt het verzuimvereiste binnen het tekortkomingbegrip gepositioneerd.'

**10.** Nu arbiters in ro. 25 van hun vonnis hebben vastgesteld dat aannemster nooit in gebreke is gesteld en evenmin vóór 1 september 2003 een andere grond voor verzuim hebben geïdentificeerd, meen ik dat de niet-nakoming (te weten het ernstige gebrek in het opgeleverde werk) niet is *uitgegroeid* tot een tekortkoming, zodat dus geen sprake

is van een '*voortzetting van een eerdere tekortkoming*' (de terminologie van art. 217 lid 3 OBW volgend). Arbiters hebben derhalve in mijn optiek ten onrechte de uitzondering op art. 217 lid 3 OBW van toepassing geacht en geoordeeld dat titel 12 van boek 7 BW buiten toepassing moet worden gelaten. De vorderingen van opdrachtgevers sub 1 en 2 lijken mij dan ook verjaard op de voet van art. 7:761 lid 1 BW.

### Verzuim na inwerkingtreding titel 12 van boek 7 BW

**11.** Ten aanzien van het 'tekortschieten' als bedoeld in art. 217 lid 3 OBW ná inwerkingtreding van titel 12 van boek 7 hebben arbiters geoordeeld dat aannemster op grond van art. 6:83 sub c BW in verzuim was geraakt bij afwezigheid van een ingebrekestelling. Opmerkelijk is dat arbiters voor dit tekortschieten dus wel relevant achten of aannemster in verzuim is geraakt. Dat laat onverlet dat ik dat oordeel wel kan volgen, nu aannemster al diverse herstelwerkzaamheden had uitgevoerd in de vorm van het liften van de vloer met purschuim zonder deugdelijk resultaat en het kennelijke verzoek van opdrachtgevers een broodjesvloer aan te leggen had afgewezen. Opdrachtgevers mochten hieruit dus afleiden dat aannemster in de nakoming van de overeenkomst zou tekortschieten.

### Conclusie

**13.** Hoewel ik de uitkomst van deze zaak zonder meer te billijken acht; te meer nu uit de vonnissen in de eerdere arbitrage van naburige eigenaren kan worden afgeleid dat aannemster bij de bouw van de woningen in weerwil van adviezen van haar toenmalige constructeur zelf had gekozen voor de toegepaste constructie, meen ik evengoed dat deze niet juist is. Ik ben namelijk van oordeel dat arbiters art. 217 lid 3 OBW niet correct hebben toegepast. Aannemster had volgens mij met recht een beroep kunnen doen op de tweejarige verjaringstermijn ex art. 7:761 lid 1 BW, (hoewel haar onderbouwing van dit beroep niet juist was). Immers, alvorens sprake is van een '*voortzetting van een eerdere tekortkoming*' moet de aannemer toch vóór inwerkingtreding van titel 12 van boek 7 BW in verzuim zijn geraakt.

J.S.O. den Houting

<sup>8</sup> Zie: Olthof, T&C Burgerlijk Wetboek 2015, art. 6:74 BW, aant. 3 en art. 6:265 BW, aant. 5 sub b en MvA II, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6, p. 1250.

<sup>9</sup> Zie: Hof Den Haag 29 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3939 (Zuidzee).

<sup>10</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, nr. 200.136.780 (niet gepubliceerd). Een van de raadsheren was M.A.M.C. van den Berg.