

# Breakfast Special

Ontwikkelingen rondom

art. 7:761 lid 1 BW

30 maart 2023



## **Artikel 761- lid 1**

Elke rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.

## Artikel 761- lid 1

Elke rechtsvordering wegens **een gebrek in het opgeleverde werk** verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.





## een gebrek in het opgeleverde werk

Definitie gebrek UAV 2012:

- gebrek  $\leq$  tekortkoming (tekortkoming aan het werk)
- fysieke kwaliteit

Bronnen:

UAV 2012: Ontstaansgeschiedenis UAV 2012 p. 85

Definitie gebrek BW:

- 7:758 lid 1 BW: het werk beantwoordt niet aan de aannemingsovereenkomst (conformiteitsvereiste koop).

## een gebrek in het opgeleverde werk

### **Rechtspraak – geen 761 gebrek:**

RvA 29-01-2018, nr. 34.845, r.o. 52 (gemiste WSW korting)

RvA 24-02-2015, nr. 71.809, r.o. 37 (afgifte politiekeurmerk)

### **Rechtspraak – wel 761 gebrek:**

RvA 9-04-2020, nr 72.172, r.o. 27 (afgifte revisiebescheiden – link met het fysieke werk).



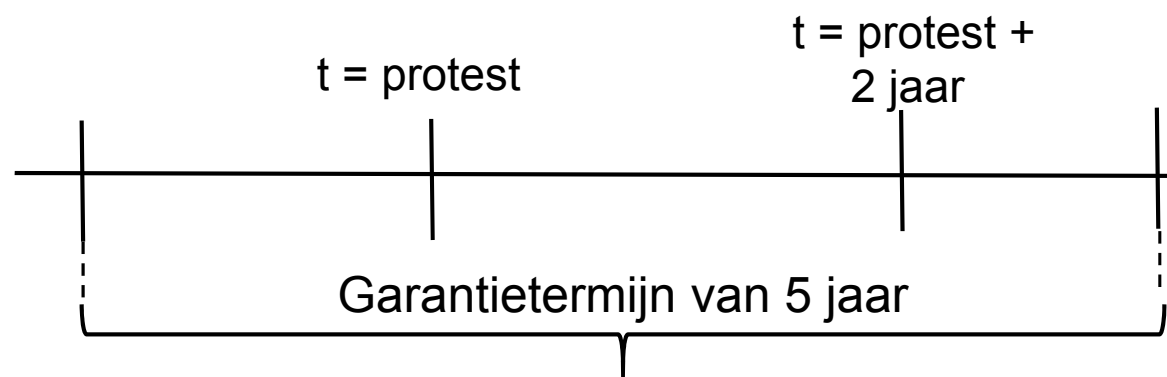
### Artikel 761- lid 1

Elke rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk **verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd**. Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.



verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd

761 en garanties:



o.a.: RvA 13-07-2013, nr 34.103; RvA 17-01-2017, nr. 35.433





verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd

Aanvang termijn:

- protest of protest verpakt in ingebrekestelling?



### Artikel 761- lid 1

Elke rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. **Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld** waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, **begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.**





*ad 3) is de verjaringstermijn voltooid?*

29. Wat betreft de aanvang van de verjaringstermijn, merken appellarbiters het volgende op. Bij e-mail van 23 februari 2018 heeft opdrachtgever aannemster gemeld dat hij nog steeds niet beschikt over alle in het bestek genoemde bescheiden. Hij heeft aannemster gesommeerd de ontbrekende stukken alsnog uiterlijk 1 maart 2018 toe te zenden.
30. Aannemster heeft opdrachtgever in haar antwoordmail van dezelfde dag bericht dat zij alle stukken ter beschikking heeft gesteld. Die mededeling moet naar het oordeel van appellarbiters worden beschouwd als een mededeling in de laatste zin van artikel 7:671 lid 1 BW, zodat de verjaringstermijn van artikel 7:671 lid 1 BW op 23 februari 2018 is gaan lopen.
31. Opdrachtgever heeft aannemster bij brief van 26 februari 2020 gesommeerd de revisietekeningen van de waterinstallaties te verstrekken. Er is niet gesteld of gebleken dat opdrachtgever in de periode tussen 23 februari 2018 en 26 februari 2020 zich ondubbelzinnig het recht heeft voorbehouden alsnog nakoming te vorderen, zodat de verjaring niet is gestuit.

RvA 09-02-2020 nr 72.172



### Een casus:

- c. Op 22 mei 2014 (productie 4 in eerste aanleg van A) heeft A aan B een e-mail met als onderwerp "D 45 (...)" en inhoud – voor zover van belang – gestuurd:

"(...) Ik ben op het bovenstaande adres geweest en tot mijn verbazing laat hier het spackwerk en een stukje van het beton van het plafond los, dit doet zich eigenlijk alleen maar voor op dit moment op de 1<sup>e</sup> en 2<sup>e</sup> verdieping in de hal en slaapkamers.

Nou dacht ik dit door onze stukadoor te laten herstellen maar wat blijkt, onze monteur komt bij div huisbezoeken er achter dat dit euvel bij meerdere adressen voordoet bij/aan D.

Kunnen wij hiervoor bij jullie nog terecht/garantie dit omdat het nu om meerdere woningen gaat en op veel plaatsen van het beton/plafond.

Als je nog aanvullende informatie nodig hebt laat het me dan even weten.

(...)"



- d. Bij brief van 16 november 2016 (productie 5 in eerste aanleg van A) heeft G, bedrijfsjurist bij A, B als volgt bericht:

"U heeft voor ons gebouwd 210 woningen Plan "X C" te Y (...) Voor het eerst in 2014 hebben wij melding bij u gemaakt van stukjes spackwerk en beton van de plafonds van de woningen loslieten. Op onze vraag of dit onder de garantie zou vallen hebt u ontkennend geantwoord.

Echter nu blijkt dat niet alleen de woningen in D last hebben van dit euvel maar ook woningen aan H en I hebben wij een onderzoek ingesteld naar de oorzaak hiervan. Uit dit onderzoek is gebleken dat tijdens het aanmaken van de prefab platen allerlei toeslagmiddelen aan het beton worden toegevoegd. Dit is hier fout gegaan zodat de samenstelling van het beton anders is en hierdoor een chemische reactie ontstaat waardoor één en ander loslaat.

Ingevolge het bestek geldt voor het betonwerk een garantietermijn van 10 jaar na het gereedkomen van het werk, en dit was in juni 2008. U dient het betonwerk dan ook onder garantie te herstellen. Verder stellen wij u hierbij aansprakelijk voor alle schade die wij door het slechte betonwerk reeds hebben geleden en nog zullen lijden. (...)"

### RvA 10-06-2021 nr. 36.878:

15. Uit het voorgaande volgt dat A. met de e-mail van 22 mei 2014 voor het eerst heeft geprotesteerd bij B.. Het gevolg daarvan is dat op die datum de verjaringstermijn voor het instellen van rechtsvorderingen is begonnen en dat de vorderingen per 22 mei 2016 zijn verjaard. Niet gesteld of gebleken is immers dat de verjaring van die rechtsvorderingen tussentijds is gestuit.



Ingrediënten van een protest:

- vormvrij (3:37 BW)
- aard & omvang van de gebreken

HR 11 juni 2010 ECLI:NL:HR:2010:8297

Is dit voldoende?

### Is elke melding een protest?

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013 ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4162

2.19 Het Hof stelt vast dat in de onderhavige zaak voor de beantwoording van de vraag of de vordering is verjaard beslissend is of de melding van de geconstateerde problemen door [appellant] in 2005 aangemerkt kan worden als het protesteren in de zin van art. 7:761 lid 1 BW, zoals [geïntimeerde] stelt. Het hiervoor weergegeven betoog van [appellant] strekt tot een ontkennende beantwoording van die vraag. [REDACTED].

RvA 16 april 2012, nr. 33.323 r.o. 31.

Los van de vraag of – gezien de verstrekkende gevolgen – ‘klagen’ gelijkgesteld kan worden met ‘protesteren’ in de zin van artikel 7:761 BW (...).



### Wat is protest?

Dikke Van Dale:

‘mondeling of schriftelijk verklaren dat men zich verzet tegen een handeling, hetzij omdat men daardoor in zijn rechten verkort wordt, of omdat zij met bep. gevoelens of overtuigingen in strijd is, opkomen tegen.’

Fockema Andrea:

‘Rechtshandeling waarbij bezwaar wordt gemaakt tegen een gedraging die men een schending van het recht acht.’






Conclusie AG bij HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297 sub 4.6:

Dat de wet (...) aan de wijze van protesteren geen eisen stelt, laat onverlet dat het wel moet gaan om **protesteren**. Immers, uit de bewoordingen van artikel 6:89 BW volgt dat de schuldeiser moet hebben geprotesteerd, en wel tegen een gebrek in de (of: tegen een gebrekkige) prestatie. **Protesteren behoeft niet zover te gaan als 'in gebreke stellen', maar veronderstelt naar mijn mening wel méér dan alleen het blijk geven van teleurstelling.**



RvA 04-08-2022, nr. 72.262:

- 
24. Appellarbiters overwegen dat A met de e-mail van 22 mei 2014 melding maakt van een door haar gesignaleerde gebeurtenis (het loslaten van spackwerk en een stukje beton van het plafond) en navraag doet of dit op de een of andere manier nog valt onder een garantie of dat men anderszins nog bij B terecht kon.
25. In de desbetreffende e-mail zijn **geen uitingen gedaan** die als **een protest** kunnen worden opgevat, die zouden kunnen duiden op meer dan **een teleurstelling** of een duidelijk uitspreken van **onvrede** met de bestaande situatie, laat staan dat woorden worden gebruikt waaruit men kan afleiden dat **er bezwaar** wordt gemaakt tegen een bepaalde gedraging of een toestand die men als schending van een recht ervaart.
26. Ook wordt in die e-mail **geen** inzicht gegeven in de aard en de omvang van het gebrek. Daarin wordt immers slechts gesproken over het loslaten van spackwerk van het plafond (met wat beton eraan) terwijl het gebrek waarop A haar rechtsvorderingen baseert ziet op pop-outs. Bovendien ging het slechts om D 45 en een paar andere adressen terwijl later bleek dat in meer dan 40 woningen sprake was van pop-outs.



## Ander aspect: waarop zag het protest?

RvA 10-12-2021, nr. 37.063

- 24 januari 2012: OG bericht aannemer dat er een steenstrip van de voorgevel was losgekomen en dat hij zich zorgen maakte. Volgens OG moet alles worden gecontroleerd.
- juni/juli 2014: rapportage wijst uit dat er iets structureels mis is met de verlijming van de steenstrips
- aannemer beroept zich op verjaring
- verweer OG: men wist pas in juni/juli 2014 van het structurele gebrek



17. Arbiters zijn van oordeel dat uit de overgelegde stukken blijkt dat er in 2012 nog geen aanleiding was te veronderstellen dat er meer aan de hand was dan het tweemaal loslaten van een enkele steenstrip. Aanneemster stelde zich destijds nota bene zelf ook op het standpunt dat de oorzaak daarvan was gelegen in mechanische beschadigingen van de strips als gevolg van werkzaamheden aan de gevel. Van enig structureel probleem was nog niets bekend. Dat de hoteleigenaar, die verantwoordelijk is voor de veiligheid van zijn personeel, gasten en passanten, een onderzoek naar de hechting van alle steenstrips wenste, maakt dat niet anders.
18. Omdat een structureel gebrek nog niet bekend was, kan voor de toepassing van artikel 7:761 lid 1 BW het protest ook nog niet daarop hebben gezien en kan dus de verjaringstermijn ten aanzien van de thans ingestelde vorderingen nog niet worden geacht te zijn gaan lopen.
19. Omdat tussen partijen vast staat dat de na het protest in 2014 gestarte verjaringstermijn van twee jaar telkens op tijd is gestuit, faalt het beroep op verjaring.



## Klachtplicht?

20. Datzelfde geldt voor het beroep op artikel 6:89 BW, waarin is bepaald dat over een gebrek moet worden geklaagd binnen bekwame tijd na ontdekking daarvan. Als er al sprake zou zijn van een structureel gebrek in de hechting van de steenstrips, heeft de ontdekking daarvan op zijn vroegst plaatsgevonden in juli 2014, zodat het beroep van aannemster (sub 85-90 MvA) op het verzaken van de klachtplicht in de periode tussen december 2012 en juli 2014 faalt.

## Onderzoeksplicht?

- aard en waarneembaarheid van het gebrek
- wijze waarop het gebrek aan het licht treedt
- (on)deskundigheid OG