TBR 2017/33

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 11 januari 2016, No. 71.995, (Verhouding bouwvergunning en nieuwbouweisen Bouwbesluit 2003)

(Mr. A.S. Gratama, ir. D.A. van Valkenburg en ing. J. Visser)

BW: art. 6:251, art. 7:758

Geluidsisolatie. Eisen Bouwbesluit 2003, Bouwvergunning. Verborgen gebrek. Verhouding publiek- en privaatrecht

Met gastnoot O.H. Laan, Red.[1]

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

7. De bevoegdheid van appelarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

8. De memorie van grieven is binnen de door partijen overeengekomen, tot en met 2 februari 2015 verlengde appeltermijn binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat aanneemster in zoverre ontvankelijk is in haar appel.

Het geschil in eerste aanleg

9. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van tussen de (rechtsvoorgangers van de) individuele leden van de VvE en aanneemster omstreeks maart 2007 gesloten koop-/aannemingsovereenkomsten strekkende tot de bouw en levering van tien appartementen in een voormalig pakhuis. In eerste aanleg vorderde de VvE in verband met acht door haar gestelde gebreken in het gemeenschappelijk deel van het complex, kort gezegd:
- een schadevergoeding van € 5.245,26 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 30 oktober 2009 voor de als gevolg van gebreken aan de lift al geleden schade;
- primair een schadevergoeding van € 168.001,46, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 30 oktober 2009, voor het herstel van de nog bestaande gebreken, subsidiair herstel daarvan op straffe van verbeurte van een dwangsom;
- vergoeding van de expertisekosten van € 2.909,68;
- vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten van € 1.500,00;
- veroordeling van aanneemster in de proceskosten.

10. Aanneemster concludeerde tot afwijzing van de vordering, met veroordeling van de VvE in de proceskosten.

11. Het dictum van het in dat geschil gewezen vonnis waarvan beroep luidt (letterlijk geciteerd):
'DE BESLISSING:
Arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid,
VEROORDELEN aanneemster om ter zake de schade geleden aan de lift tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de VvE te betalen € 5.170,94 (vijfduizend honderdzeventig euro en vierennegentig cent), vermeerderd met wettelijke rente daarover, vanaf 30 oktober 2009 tot de dag der algehele voldoening.
VEROORDELEN aanneemster om ter zake de nog bestaande gebreken tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de VvE te betalen € 166.076,46 (honderdzesenzestigduizend zesenzeventig euro en zesenveertig cent), vermeerderd met wettelijke rente daarover, vanaf 30 oktober 2009 tot de dag der algehele voldoening.
VEROORDELEN aanneemster om ter zake de expertisekosten tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de VvE te betalen € 2.909,68 (tweeduizend negenhonderdnegen euro en achtenzestig cent).
VEROORDELEN aanneemster om ter zake de buitengerechtelijke tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de VvE te betalen € 1.500,00 (eenduizend vijfhonderd euro).
VEROORDELEN aanneemster om ter verrekening van de kosten tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de VvE te betalen € 22.306,18 (tweentwintigduizend driehonderdzes euro en achttien cent).
VERKLAREN dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.
WIJZEN AF hetgeen meer of anders is gevorderd.'

De vordering in hoger beroep

12. Aanneemster concludeert onder aanvoering van elf grieven (de cursieve tekst is letterlijk overgenomen uit de memorie van grieven):
'*dat het het Appèlscheidsgerecht behage, bij vonnis in appèl, te vernietigen het vonnis van de het scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw van 29 september 2014 in de procedure met als zaaknummer 32.202 gewezen tussen appellante als gedaagde en geïntimeerde als eiseres, en, opnieuw rechtdoende:*
de vorderingen van VvE alsnog af te wijzen;
VvE te veroordelen tot betaling van de kosten die samenhangen met de in opdracht van [aanneemster] vervaardigde deskundigenrapportages, te begroten op P.M.;
met veroordeling van geïntimeerde in de kosten van de procedure in beide instanties, en voorts met veroordeling van geïntimeerde tot terugbetaling van hetgeen appellante op grond van voormeld vonnis aan geïntimeerden heeft voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente, vanaf de dag van betaling,

1 Ottilie Laan is advocaat bij Blumstone Advocaten te Amsterdam.

althans vanaf de dag der dagvaarding, tot de dag der algehele terugbetaling.'

Het verweer in hoger beroep

13. De VvE heeft verweer gevoerd op hierna te bespreken gronden en concludeert (de cursieve tekst is letterlijk overgenomen uit de memorie van antwoord):
'Het voorgaande brengt met zich mee dat de grieven 1 t/m 11, zoals geformuleerd door [aanneemster]*, geen effect sorteren en het scheidsrechterlijk vonnis d.d. 29 september 2014, zoals gewezen door uw Raad, dient te worden bekrachtigt, zo nodig met verbetering van de gronden en uitvoerbaar bij voorraad met veroordeling van* [aanneemster] *in de kosten van deze procedure waaronder mede begrepen het salaris van de gemachtigde van de VvE.'*

De feiten

14. In rechtsoverweging 5 van het vonnis in eerste aanleg zijn de volgende feiten vastgesteld:
a. Tussen de individuele leden van de VvE en aanneemster zijn omstreeks maart 2007 koop-/aannemingsovereenkomsten gesloten met betrekking tot de bouw en levering van tien appartementen in het complex C. te X.. De appartementen zijn ingebouwd in een voormalig pakhuis.
b. De oplevering van de appartementsrechten heeft plaatsgevonden in september 2007.
c. In 2008 en 2009 is met aanneemster naar aanleiding van een ingebrekestelling d.d. 20 oktober 2008 van de VvE door en namens de bewoners en de VvE gecorrespondeerd inzake de onderhavige klachten.
d. In opdracht van de VvE heeft naar aanleiding van de ondervonden gebreken een onderzoek plaatsgevonden en is op 14 augustus 2009 een rapport opgemaakt door het Zuid-Nederlandse Expertisebureau BV (ZNEB) te Breda, en op 14 juli 2011 - voor geluidshinder - door Peutz BV (Peutz) te Zoetermeer.
e. Na aanhangigmaking van dit geschil, en vervolgens naar aanleiding van de mondelinge behandeling, heeft tussen partijen overleg plaatsgevonden teneinde tot een oplossing te komen.
f. Bij brief d.d. 14 juli 2014 heeft de VvE het scheidsgerecht verzocht alsnog vonnis te wijzen.

15. Met grief 1 komt aanneemster op tegen de feitenvaststelling door arbiters in eerste aanleg. Aanneemster stelt daartoe dat de feitenvaststelling deels, voor zover afwijkend van wat zij onder punt 2 van haar memorie van grieven over de voorgeschiedenis en feiten heeft vermeld, onjuist is en deels, voor zover onder punt 2 van de memorie van grieven feiten zijn gesteld die arbiters in eerste aanleg niet hebben vastgesteld, onvolledig. Aanneemster verzoekt om, met inachtneming van punt 2 van de memorie van grieven, de feiten en omstandigheden opnieuw vast te stellen.

16. Met aanneemster zijn appelarbiters van oordeel dat het onder a vastgestelde feit onjuist is. Tussen partijen staat namelijk vast dat niet alle huidige eigenaren en leden van de VvE met aanneemster een koop/-aannemingsovereenkomst hebben gesloten. De VvE heeft zes leveringsaktes in het geding gebracht, zodat appelarbiters ervan uitgaan dat in vier - en niet vijf zoals aanneemster stelt - appartementen nog de oorspronkelijk eigenaren wonen waarmee aanneemster heeft gecontracteerd. Feit a moet dus luiden dat tussen de (rechtsvoorgangers van de) individuele leden van de VvE en aanneemster omstreeks maart 2007 koop-/aannemingsovereenkomsten zijn gesloten met betrekking tot de bouw en levering van tien appartementen in het complex C. te X..

17. Voor het overige heeft aanneemster naar het oordeel van appelarbiters onvoldoende concreet gesteld welke feiten in rechtsoverweging 5 van het bestreden vonnis niet juist zijn.

18. Appelarbiters overwegen verder dat er geen rechtsregel is die (appel)arbiters verplicht alle door de ene partij gestelde en door de andere partij erkende of niet weersproken feiten als vaststaand in de uitspraak te vermelden. Het staat (appel)arbiters vrij uit de tussen partijen vaststaande feiten die selectie te maken die hun voor de beoordeling van het geschil relevant voorkomt. Voor zover de door aanneemster gepretendeerde feiten voor de verdere beoordeling relevant zijn, zal dat hierna blijken. Er bestaat ook geen verplichting alle voor de beoordeling relevante feiten bij de feitenvaststelling op te nemen. Arbiters kunnen ook na de opsomming, in het lichaam van het vonnis nog feiten vaststellen en bespreken, waarvan zij bij de feitenvaststelling geen melding hebben gemaakt. De hiervoor besproken situaties betekenen niet dat het vonnis onjuist is of zou moeten worden vernietigd.

19. Met inachtneming van wat hiervoor is overwogen, nemen appelarbiters de in rechtsoverweging 5 van het bestreden vonnis vastgestelde feiten tot uitgangspunt bij de beoordeling van het geschil.

De beoordeling van het geschil
Bezwaar tegen akte VvE

20. Aanneemster acht het onjuist dat de VvE na de mondelinge behandeling de gelegenheid heeft gekregen om ontbrekende leveringsaktes in het geding te brengen, nu de VvE volgens aanneemster daartoe al voorafgaande aan de mondelinge behandeling meer dan voldoende in de gelegenheid is geweest. Volgens aanneemster is de akte dan ook tardief en zij verzoekt het appelscheidsgerecht geen acht te slaan op de door de VvE ingebrachte leveringsaktes.

21. Aanneemster heeft in haar antwoordakte verder kanttekeningen geplaatst bij het voorshandse oordeel van het appelscheidsgerecht tijdens de mondelinge behandeling dat het grievenstelsel zich mogelijk verzet tegen beoordeling van het bezwaar van aanneemster dat zij niet aan de nieuwbouweisen kon voldoen. Omdat het appelscheidsgerecht zich in de visie van aanneemster op dit punt procedureel niet soepel opstelt, is er reden te meer om de akte van de VvE te weigeren, aldus aanneemster.

22. Het appelscheidsgerecht is op grond van de wet bevoegd stukken op te vragen van een partij. Aanneemster is in de gelegenheid gesteld daarop te reageren en heeft daarvan ook gebruik gemaakt, zodat het appelscheidsgerecht aanneemster niet in haar procesbelang geschaad acht door de akte met producties aan het procesdossier toe te voegen. De beoordeling van de grieven in het kader van het grievenstelsel, zoals hierna nog verder aan de orde zal komen, staat los van het voorstaande en de bezwaren van aanneemster op dit punt leiden dan ook niet tot een ander oordeel.

De grieven

23. Appelarbiters gaan over tot bespreking van de grieven, waarbij de cursieve tekst telkens letterlijk is geciteerd uit de memorie van grieven.

Grief 1

'Onder punt 5. van het vonnis hebben de arbiters de feiten vastgesteld. Die vaststelling is echter deels, voor zover afwijkend van hetgeen onder 2. is vermeld, onjuist. Voor zover hierboven feiten zijn gesteld welke de arbiters niet hebben vastgesteld, is de vaststelling onvolledig. [Aanneemster] *verzoekt arbiters met inachtneming van hetgeen onder 2. is vermeld, de feiten en omstandigheden opnieuw vast te stellen.'*

24. Zoals hiervoor bij de feiten is overwogen, slaagt deze grief voor zover gericht tegen feit 5a. Voor het overige faalt deze.

Grief 2

'*Aan de vorderingen heeft VvE ten grondslag gelegd dat zij namens de appartementseigenaren schadevergoeding vordert op de grond dat* [aanneemster] *tekort is geschoten in haar verplichtingen die voortvloeien uit de koop-/aannemingsovereenkomst. Deze grondslag hebben de arbiters (impliciet) overgenomen. Daarmee wordt geen recht gedaan aan de feitelijk bestaande situatie: namelijk dat er vijf nieuwe appartementseigenaren zijn waarmee* [aanneemster] *géén contractuele verhouding heeft. Voor zover de betrokken appartementseigenaren nog rechtsgeldig vertegenwoordigd zouden kunnen worden door de VvE –* [aanneemster] *meent dat zulks niet het geval kan zijn omdat zij hun hoedanigheid van appartementseigenaren en lid van VvE hebben verloren – betwist* [aanneemster] *dat zij nog belang hebben bij de ingestelde vorderingen. Nu* [aanneemster] *nog met slechts vijf oorspronkelijke bewoners een contractuele verhouding heeft, zijn de vorderingen naar haar mening ten hoogste voor de helft toewijsbaar.'*

25. Uit de door de VvE in het geding gebrachte leveringsaktes blijkt dat er zes nieuwe eigenaren zijn. Aanneemster wijst er terecht op dat de huidige eigenaren van appartementen 6-5 en 6-1 derde opvolgend eigenaar kunnen zijn, gezien de in de leveringsaktes vermelde data van voorafgaande verkrijging van 1 februari 2008 (appartement 6-5) en 27 november 2007 (appartement 6-1). Dat geldt niet zonder meer voor appartement 6-3, omdat volgens de leveringsakte de voorafgaande verkrijging heeft plaatsgevonden op 12 juni 2007 en niet op 12 november 2007 zoals aanneemster stelt.

26. In artikel 5 van de door de VvE ingebrachte leveringsaktes van de appartementen 6-5, 6-3, 6-6 en 6-10 is bepaald:
'Artikel 5 Aanspraken
Voorzover de levering daarvan niet reeds heeft plaatsgehad, levert verkoper bij deze aan koper, die aanvaardt, alle in de koopovereenkomst bedoelde aanspraken die verkoper nu of te eniger tijd kan doen gelden ten aanzien van derden, waaronder begrepen architecten, constructeurs, bouwers, aannemers, onderaannemers, installateurs en/of leveranciers van het verkochte, of gedeelte(n) daarin/daarvan, alsmede de rechten uit eventuele premieregelingen, garantieregelingen en garantiecertificaten, alles voorzover deze regelingen overdraagbaar zijn en zonder dat verkoper tot enige vrijwaring gehouden is. Koper is thans bevoegd om de overdracht van de betreffende rechten te bewerkstelligen door mededeling te doen aan de personen jegens wie die rechten kunnen worden uitgeoefend.'

27. In artikel 4 van de leveringsaktes van de appartementen 6-1 en 6-9 is bepaald:
'Titelbewijzen en bescheiden, aanspraken.
Artikel 4.
(…) Alle aanspraken die verkoper ten aanzien van het verkochte kan of zal kunnen doen gelden tegenover derden, waaronder begrepen bouwers, (onder) aannemers, installateurs en leveranciers, gaan over op koper. Voor zover deze aanspraken niet kunnen gelden als kwalitatieve rechten als bedoeld in artikel 6:251 Burgerlijk Wetboek is verkoper verplicht op eerste verzoek van koper aan een overdracht mee te werken (…)'.

28. Volgens aanneemster kan voor de derde opvolgend eigenaars niet worden vastgesteld dat bij de overdracht van de eerste naar de tweede eigenaar aanspraken zijn overgedragen. Bovendien strekken de leveringsakten volgens aanneemster tot een overdracht van de vorderingen via cessie, waarvoor naast een akte een mededeling aan

de schuldenaar is vereist. Aanneemster meent dat bij gebreke van een mededeling aan haar van een rechtsgeldige cessie geen sprake is.

29. Met haar beroep op het ontbreken van een rechtsgeldige overdracht van aanspraken uit hoofde van de oorspronkelijke koop-/aannemingsovereenkomsten miskent aanneemster evenwel dat het aan de koop-/aannemingsovereenkomsten verbonden en aan de eerste eigenaren toekomende recht tot herstel van de gebreken c.q. vervangende schadevergoeding op grond van artikel 6:251 BW van rechtswege is overgegaan op de opvolgende eigenaren, zoals ook met zoveel woorden is gesteld door de VvE in punt 4 van haar memorie van repliek in eerste aanleg. Voor de overgang als kwalitatief recht is volgens dat artikel vereist dat het recht in zodanig verband staat met het appartementsrecht dat de rechthebbende op dat appartementsrecht bij dat recht slechts belang heeft zolang hij het appartementsrecht behoudt. Aanneemster betwist in haar grief zelf dat de vorige eigenaren nog een belang hebben bij de ingestelde vorderingen. Daarom moet worden aangenomen dat de rechten van rechtswege zijn overgegaan op de tweede eigenaren, en vervolgens op dezelfde wijze op de derde eigenaren. Overigens is niet gesteld of gebleken dat vorige eigenaren zich ter zake de in het geding zijnde aanspraken bij aanneemster hebben gemeld. Het feit dat in voormeld artikel 5 van de leveringsaktes wordt gesproken over het doen van 'mededeling' maakt het voorgaande niet anders. Het bedoelde artikel 5 heeft, evenals voormeld artikel 4, een voorwaardelijk karakter, omdat het volgens de bewoordingen pas in beeld komt voor zover de levering daarvan niet reeds (krachtens artikel 6:251 BW) heeft plaatsgehad.

30. De grief faalt.

Grief 3

'Ten onrechte overwegen arbiters onder punt 17 van het vonnis:

'*Aangezien in deze procedure een formele oplevering van het gemeenschappelijke gedeelte niet is komen vast te staan, bij gebreke van een door of namens de VvE ondertekend opleveringsrapport, kan niet op voorhand de aansprakelijkheid van aanneemster voor de hier aan de orde gestelde gebreken, op grond van het door haar gestelde inzake de onderhoudstermijn, worden uitgesloten.*"

31. Aanneemster betoogt in de toelichting op haar grief dat arbiters in eerste aanleg aansprakelijkheid voor de gestelde gebreken wel op voorhand hadden moeten uitsluiten, omdat het gemeenschappelijk gedeelte wel degelijk is opgeleverd en de vermeende gebreken buiten de onderhoudsperiode - en dus te laat - zijn gemeld. Aanneemster stelt daartoe dat uit artikel 7:758 BW volgt dat (ook) van een (formele) oplevering kan worden gesproken indien de opdrachtgever niet binnen redelijke termijn tot keuring overgaat. In de visie van aanneemster moet de opleverdatum primair worden vastgesteld op 19 september 2007, zijnde dezelfde datum als de oplevering van de privégedeelten, subsidiair op 2 oktober 2007, zijnde twee weken nadien en meer subsidiair op 22 februari 2008, zijnde de in het rapport van ZNEB vermelde opleverdatum.

32. Appelarbiters zien geen aanleiding de ingebruikneming van het algemene gedeelte door de eigenaren na de oplevering van de privégedeelten als oplevering van het algemene gedeelte aan te merken. Tussen partijen staat namelijk vast dat zij op 22 februari 2008 de algemene ruimtes hebben opgenomen ten behoeve van de oplevering daarvan. Partijen gingen er dus kennelijk beiden vanuit dat de algemene ruimtes nog niet waren opgeleverd.

33. Tijdens de mondelinge behandeling heeft aanneemster verklaard dat de oplevering toen is geweigerd vanwege drie gebreken in de lift, waarvan twee (de glazen pui aan de buitenzijde diende te worden uitgevoerd met kogelvrij glas en op de liftkooi diende een hekwerk voor onderhoud te worden gemonteerd) voor haar rekening kwamen en een (het realiseren van een telefoonverbinding) voor rekening van de VvE. Volgens aanneemster heeft zij deze gebreken direct hersteld. De VvE heeft het een en ander niet bestreden. Omdat de VvE evenmin heeft bestreden dat de lift al in september 2007 in gebruik is genomen - ondanks dat deze nog niet was goedgekeurd - en de aan aanneemster toerekenbare gebreken op korte termijn konden en zijn verholpen, zijn appelarbiters van oordeel dat 22 februari 2008 als oplevering heeft te gelden. Dat toen geen proces-verbaal van oplevering is opgesteld, doet daaraan niet af.

34. Evenmin doet daaraan af dat de opname volgens de VvE is bijgewoond door twee onervaren bewoners en aanneemster zich er volgens de VvE niet van heeft vergewist dat zij gemachtigd waren de VvE te vertegenwoordigen. Onvoldoende blijkt namelijk dat deze bewoners niet gemachtigd waren, zeker gezien de brief van aanneemster van 18 november 2009 waarin staat dat de opname is uitgevoerd in het bijzijn van de voorzitter en de secretaris van de VvE (productie 16 eerste aanleg).

35. Nu het algemene gedeelte geacht moet zijn opgeleverd op 22 februari 2008, eindigde de onderhoudstermijn op 22 augustus 2008. Aanneemster stelt dus terecht dat op het moment dat de VvE bij brief van 20 oktober 2008 klaagde over geluidsoverlast, de onderhoudstermijn al was verstreken. Dit betekent echter niet dat de vorde-

ring van de VvE moet worden afgewezen vanwege het tijdstip van de melding van de klacht. Appelarbiters overwegen daartoe het volgende.

36. Een van de eigenaren, mevrouw D., heeft aanneemster in februari 2008 op de hoogte gesteld van ervaren geluidshinder. Aanneemster was dus al in een vroeg stadium op de hoogte van een mogelijk gebrek. De VvE heeft vervolgens bij brief van 20 oktober 2008 aan aanneemster gemeld dat het gebouw boven normaal gehorig is en heeft aanneemster verzocht medewerking te verlenen aan een geluidshindertest om vast te stellen of sprake was van een gebrek en zo ja, of dat kon worden verholpen. Aanneemster was hiertoe niet bereid. Dat sprake was van een aan aanneemster toerekenbaar (verborgen) gebrek werd pas duidelijk na de geluidsmetingen door Peutz, waarvan de VvE aanneemster op de hoogte heeft gesteld. Met de VvE zijn appelarbiters van oordeel dat in redelijkheid niet worden gezegd dat de VvE in dit geval niet binnen bekwame tijd na ontdekking van het gestelde gebrek als bedoeld in artikel 16 lid 2 sub c van de algemene voorwaarden heeft geprotesteerd. Dit geldt te meer nu ook niet is gesteld of gebleken dat aanneemster nadeel heeft ondervonden van de volgens haar late melding, buiten de onderhoudstermijn.

37. Het enkele feit dat op de algemene ledenvergadering van 11 juni 2008 is gesproken over geluidsoverlast, doet aan het vorenstaande niet af, nu het de VvE, zoals zij stelt, toen redelijkerwijs nog niet duidelijk kon zijn (zonder een nadere inventarisatie van de klachten en een nader onderzoek zoals later door Peutz heeft plaatsgevonden) dat er sprake was van een aan aanneemster toerekenbaar gebrek. Bovendien is het niet ongebruikelijk dat appartementseigenaren eerst individueel hun klachten uiten, alvorens de VvE in beeld komt.

38. Aanneemster stelt nog dat arbiters in eerste aanleg zich ten onrechte hebben begeven in een inhoudelijke beoordeling van alle door de VvE genoemde gebreken. Volgens aanneemster moet deze inhoudelijke beoordeling worden beperkt tot beweerdelijke gebreken die te kwalificeren zijn als verborgen gebrek en moet elke vordering gebaseerd op andere klachten worden afgewezen. Nu aanneemster daarbij niet concreet heeft gesteld welke vorderingen dat volgens haar betreft, faalt deze grief c.q. mist deze zelfstandige betekenis voor zover aanneemster in de volgende grieven wel concreet heeft gesteld dat geen sprake is van een verborgen gebrek.

Slotsom grief 3

39. De grief slaagt deels, namelijk voor zover gericht tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat geen oplevering van de algemene ruimtes heeft plaatsgevonden en de onderhoudstermijn om die reden niet is ingegaan. Dit leidt echter niet tot vernietiging van het vonnis, omdat enerzijds het feit dat de VvE na afloop van de onderhoudstermijn heeft geklaagd over geluidsoverlast niet betekent dat haar vorderingen op dat punt moeten worden afgewezen en aanneemster anderzijds onvoldoende concreet heeft gesteld welke andere vorderingen volgens haar niet te kwalificeren zijn als verborgen gebrek.

Grief 4

'*Ten onrechte wordt in verband met gebreken aan de lift een schadevergoeding toegekend.*'

40. Aanneemster stelt dat de VvE al op 6 oktober 2008 bekend was met een defecte sensorlijst en dat zij op 18 maart 2009 bekend was met de uitkomsten van de liftkeuring. Aanneemster is primair van mening dat de VvE deze gebreken binnen de onderhoudstermijn aan haar kenbaar had moeten maken en subsidiair dat de VvE niet binnen een redelijke periode als bedoeld in de verborgen gebrekenregeling van artikel 16 lid 2 aanhef en onder c van de koop-/aannemingsovereenkomsten (bedoeld zal zijn: algemene voorwaarden) heeft geklaagd, door pas bij brief van 20 oktober 2009 te klagen over deze gebreken.

41. Zoals de VvE terecht stelt, is aanneemster bij brief van 20 oktober 2008 erop gewezen dat de lift regelmatig in storing valt. Uit de door de VvE overgelegde facturen blijkt ook dat een deel van de kosten is gemaakt als gevolg van storingen. Dit zijn naar het oordeel van appelarbiters verborgen gebreken. Gesteld noch gebleken is dat zich al tijdens de onderhoudsperiode storingen hebben voorgedaan. Volgens aanneemster was de VvE immers op 8 oktober 2008 - toen was de onderhoudsperiode al verstreken - bekend met een defecte sensorlijst. Omdat de VvE kort nadien, bij brief van 20 oktober 2008, over storingen heeft geklaagd, is voldaan het gestelde in artikel 16 lid 2 aanhef en onder c van de op de koop-/aannemingsovereenkomst toepasselijke algemene voorwaarden.

42. Voor een ander deel betreffen de gevorderde kosten gebreken die bij de liftkeuring op 19 februari 2009 zijn ontdekt. Bij brief van 22 oktober 2009 heeft de VvE aanneemster gewezen op gebreken in de lift, met daarbij als bijlage gevoegd het rapport van ZNEB van 14 augustus 2009 waarin de bij de keuring ontdekte gebreken aan de lift zijn beschreven. Nu de VvE aanneemster al eerder had gewezen op gebreken in de lift, aanneemster aansprakelijkheid van de hand heeft gewezen en gesteld noch gebleken is dat zij nadeel heeft ondervonden van het tijdstip van de melding, zijn appelarbiters van oordeel dat de VvE in redelijkheid heeft voldaan aan haar klachtplicht.

43. De grief faalt.

Grief 5

'Ten onrechte wordt in het vonnis overwogen:
'*27. Arbiters overwegen dat niet is komen vast te staan dat aan de onderhavige uitvoering met gewijzigde bestemming van pakhuis tot appartementencomplex andere eisen dienen te worden gesteld dan aan de (minimale) normen van het Bouwbesluit. Van een ontheffing ter zake is althans niet gebleken.*"

44. In haar antwoordakte heeft aanneemster gesteld dat deze grief ten volle de rechtsstrijd ontsluit over haar standpunt dat zij niet aan de nieuwbouweisen kon voldoen, zodat dit wel degelijk beoordeeld moet worden. Uit de grief zelf, noch uit de toelichting daarop, blijkt dat echter. Zoals aanneemster terecht betoogt houdt het door de Raad gehanteerde grievenstelsel in dat de beslissing in eerste aanleg alleen in hoger beroep wordt getoetst voor zover daartegen een grief is gericht. Als tegen een beslissing in eerste aanleg geen grief is aangevoerd, wordt dat onderdeel dus niet opnieuw beoordeeld en blijft op dat punt het vonnis in eerste aanleg in stand.

45. In de toelichting op haar grief stelt aanneemster zich primair op het standpunt dat arbiters in eerste aanleg ten onrechte aan de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit hebben getoetst. Volgens aanneemster moet de VvE op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv aantonen dat aanneemster in strijd met de geldende normen, zijnde de geluidsnormen voor nieuwbouw, heeft gebouwd. Aanneemster meent dat de nieuwbouweisen alleen gelden voor onderdelen die verbouwd worden en dat die niet gelden voor de verdiepingsvloeren, omdat deze in essentie ongewijzigd zijn gebleven. De geluidsbelasting blijft binnen de normen voor bestaande bouw, zodat in de visie van aanneemster geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming.

46. Niet in geschil is dat volgens het toepasselijke Bouwbesluit 2003 ingeval van verbouw van een constructiedeel voldaan moet worden aan de nieuwbouweisen die dat deel betreffen, tenzij de gemeente een (gevraagde) ontheffing verleent tot ten hoogste een in het Bouwbesluit aangegeven waarde. Aanneemster heeft niet bestreden dat de vloeren van de eerste tot en met de vierde verdieping vóór de verbouwing bestonden uit een tapijt met rubberlaag, met daaronder houten vloerdelen en een balklaag en dat deze na de verbouwing bestaan uit (van boven naar beneden):
- 2 maal 12,5 mm Fermacell beplating
- 19 mm underlayment
- bestaande balklaag met een hoogte van 165 mm met 100 mm steenwol tussen de balken
- een enkele gisplaat circa 40 mm onder de balken die met hangers bevestigd is aan de balken.

Met de VvE zijn appelarbiters van oordeel dat de verdiepingsvloeren gezien de verrichte werkzaamheden wel degelijk zijn verbouwd en dat deze aldus in beginsel moeten voldoen aan de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003.

47. Aanneemster stelt subsidiair dat de gemeente impliciete ontheffing heeft verleend tot een lagere geluidisolatie. Volgens aanneemster is de bouwvergunning afgegeven onder de voorwaarde dat gebouwd werd volgens de bouwtekening en kon aanneemster, als zij die tekening volgde, niet voldoen aan de normen voor nieuwbouw. Door toch een bouwvergunning te verlenen, heeft de gemeente volgens aanneemster impliciet ontheffing gegeven om in afwijking van de nieuwbouweisen uit het Bouwbesluit te bouwen. In dit verband heeft aanneemster ook nog aangevoerd dat de verbouwing in overleg met en onder toezicht van de gemeente is uitgevoerd en dat in dat kader van gemeentezijde nimmer is gewezen op van toepassing zijnde geluidsvoorschriften. Volgens aanneemster heeft zij dan ook niet gehandeld in strijd met overheidsvoorschriften.

48. Aanneemster heeft uitdrukkelijk bewijs aangeboden van haar stelling dat de gemeente impliciet ontheffing heeft verleend. Aan bewijslevering komen appelarbiters echter niet toe. Het staat immers vast dat geen expliciete ontheffing is verleend. Nu in het Bouwbesluit 2003 de mogelijkheid van een impliciete ontheffing niet wordt vermeld, moet worden aangenomen dat de nieuwbouweisen van toepassing zijn op de bouw. Dat aanneemster uit de goedkeuring van de bouwvergunning door de gemeente heeft afgeleid dat het akkoord was om van de nieuwbouweisen af te wijken, kan de kopers ook niet worden tegengeworpen. Van bouwkundige leken kan redelijkerwijze niet worden verlangd dat zij geluidsconsequenties afleiden van een bouwtekening, anders dan bijvoorbeeld hoogtes. Bij gebreke van een expliciete ontheffing mochten kopers verwachten dat het appartement na de verbouwing voldeed aan de nieuwbouweisen en hoefden zij geen rekening te houden met geluidsoverlast. Dat E., als aanvraagster van de bouwvergunning, een ontheffing zou hebben gekregen als zij daarom expliciet zou hebben gevraagd, zoals aanneemster stelt, leidt – indien juist – om die reden niet tot het oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de VvE nakoming van de koop-/aannemingsovereenkomst verlangt overeenkomstig de nieuwbouweisen. Vast staat dat niet voldaan wordt aan de nieuwbouwgeluideisen, zodat sprake is van een toerekenbare tekortkoming van aanneemster.

49. De grief faalt.

Grief 6
'Ten onrechte overwegen arbiters ter zake geluidsoverlast (punt 29 van het vonnis) dat sprake is van een 'verborgen gebrek'.'

50. In de toelichting op deze grief stelt aanneemster dat de geluidsoverlast geen verborgen gebrek is omdat dit redelijkerwijze eerder, binnen de onderhoudsperiode, geconstateerd had kunnen worden. Volgens aanneemster heeft alleen mevrouw D. tijdig geklaagd en kan alleen zij een aanspraak hebben jegens aanneemster.

51. Deze grief faalt op grond van wat hiervoor bij grief 3 is overwogen.

Grief 7
'*Ten onrechte overwegen arbiters in punt 30 van het vonnis dat een schadevergoeding (en niet gelegenheid tot herstel) toewijsbaar is.*'

52. Aanneemster stelt in de toelichting op haar grief dat zij, voor zover geoordeeld wordt dat zij toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichtingen, moet worden toegelaten tot herstel van de geluidsoverlast.

53. Niet in geschil is dat aanneemster bij brief van 3 augustus 2012 nog eenmaal in de gelegenheid is gesteld tot herstel van de gebreken over te gaan en dat aanneemster daaraan geen gehoor heeft gegeven. Daarmee is zij in verzuim geraakt en staat het de VvE vrij een schadevergoeding te vorderen in plaats van nakoming. Dat aanneemster zich in de procedure alsnog bereid heeft verklaard tot herstel en er geen aanwijzingen zijn dat zij dit minder goed zal kunnen uitvoeren dan een derde, doet daaraan niet af.

54. De grief faalt.

55. Appelarbiters overwegen nog dat aanneemster geen grief heeft gericht tegen de wijze van herstel als voorgeschreven door Peutz en waarop de in eerste aanleg gevorderde en toegewezen kosten zijn gegrond, zodat de tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep door aanneemster geuite bezwaren tegen deze wijze van herstel verder onbesproken blijven.

Grief 8
'Ten onrechte overwegen arbiters:
'*35. Arbiters zijn van oordeel dat aanneemster met de verbouw en verkoop van het gebouw in appartementsrechten aansprakelijkheid op zich heeft genomen voor de kwaliteit voor het dak van dit complex. Van een uitsluiting op deze aansprakelijkheid is in deze procedure althans niet gebleken.*"

56. Arbiters in eerste aanleg hebben de VvE een schadevergoeding van € 5.000,00 toegekend voor losse dakpannen. In de toelichting op de grief bestrijdt aanneemster dat sprake is van een gebrek. Met aanneemster zijn appelarbiters van oordeel dat uit het enkele feit dat door storm al twee keer dakpannen zijn losgeraakt en dat een verschoven hoekkepervorst is geconstateerd, zoals vermeld in het door de VvE in het geding gebrachte rapport van ZNEB, onvoldoende blijkt dat het dak gebrekkig is. ZNEB adviseert het dak op losse pannen te controleren en de pannen met panhaken te bevestigen, maar constateert niet dat daadwerkelijk pannen los zitten. Ook overigens blijkt dat niet.

57. De grief slaagt. Opnieuw recht doende wordt de (primaire en subsidiaire) vordering van de VvE op dit punt afgewezen.

Grief 9
'Ten onrechte hebben arbiters de schade met betrekking tot [naden] *in het stuc- en schilderwerk toewijsbaar geacht.'*

58. Aanneemster stelt in de toelichting op de grief dat zij – voor zover komt vast te staan dat zij ter zake deze post toerekenbaar tekort is geschoten – bereid is de herstelwerkzaamheden zelf uit te voeren. Volgens aanneemster zijn arbiters in eerste aanleg zonder deugdelijke grondslag tot het oordeel gekomen dat aanneemster genoegzaam in de gelegenheid is geweest onderzoek te doen en tot herstel over te gaan.

59. Aanneemster heeft geen concrete grief gericht tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat aanneemster aansprakelijkheid heeft erkend voor de (verticale) zetscheuren ter hoogte van appartement 6-3, zodat ook appelarbiters dat tot uitgangspunt nemen.

60. Bij brieven van 22 oktober 2009 en 3 augustus 2012 is aanneemster in gebreke gesteld voor onder meer dit gebrek. Omdat aanneemster niet tot herstel is overgegaan, is zij in verzuim geraakt en staat het de VvE vrij een schadevergoeding te vorderen in plaats van nakoming. Dat aanneemster bereid is zelf herstelwerkzaamheden uit te voeren, doet daaraan niet af.
De grief faalt.

Grief 10
'*Ten onrechte hebben arbiters de schade met betrekking tot schilderwerk bij kozijnen en buitenschilderwerk toewijsbaar geacht.*'

62. Vast staat dat aanneemster op de mondelinge behandeling in eerste aanleg heeft aangeboden dit gebrek te herstellen en de VvE dit aanbod heeft aanvaard. Omdat volgens arbiters in eerste aanleg in de schikkingsonderhandeling na de

mondelinge behandeling geen invulling is gegeven aan het akkoord door middel van een eiswijziging, hebben zij de primaire vordering van de VvE tot een schadevergoeding toegewezen.

63. Aanneemster stelt in de toelichting op haar grief dat arbiters in eerste aanleg met dit oordeel de nadere overeenkomst tussen partijen miskennen. Omdat aanneemster nadien niet in gebreke is gesteld, is van verzuim geen sprake en is een schadevergoeding niet toewijsbaar, aldus aanneemster.

64. Naar het oordeel van appelarbiters kon een ingebrekestelling op grond van de redelijkheid en billijkheid achterwege blijven. Ondanks dat aanneemster meermalen (bij brieven van 20 september 2008, 22 oktober 2009 en 3 augustus 2012) in de gelegenheid is gesteld dit gebrek te herstellen, is zij daartoe niet overgegaan. Ook de op de mondelinge behandeling gemaakte afspraak - waarbij de VvE onverplicht alsnog herstel heeft toegestaan - is aanneemster niet nagekomen. Onder die omstandigheden hoefde de VvE in redelijkheid aanneemster niet nogmaals in de gelegenheid te stellen herstelwerkzaamheden uit te voeren. Daarbij nemen appelarbiters in aanmerking dat een ingebrekestelling niet is bedoeld om verzuim vast te stellen of te creëren, maar dient om de schuldenaar nog een laatste (reële) kans te geven om deugdelijk te presteren. Die kans is aanneemster voldoende geboden. Door het herstel niet uit te voeren is zij in verzuim geraakt.
De grief faalt.

Grief 11

'Ten onrechte hebben arbiters [aanneemster] *veroordeeld tot betaling van buitengerechtelijke kosten.'*

66. Aanneemster stelt in de toelichting op de grief dat nu er geen grond bestaat voor toewijzing van de hoofdvordering, er evenmin buitengerechtelijke incassokosten kunnen worden toegewezen.

67. Uit wat hiervoor is overwogen volgt dat de in appel bestreden vorderingen van de VvE terecht zijn, behoudens de vordering van de VvE ter zake de dakpannen. Gezien het geringe financiële belang van deze vordering in verhouding tot de toegewezen vorderingen, zijn appelarbiters van oordeel dat de buitengerechtelijke incassokosten terecht zijn toegewezen.

68. De grief faalt.

Slotsom grieven

69. Grieven 1 en 3 slagen deels en grief 8 slaagt volledig. De overige grieven falen. Het slagen van grief 8 leidt tot een gedeeltelijke vernietiging van het bestreden vonnis, in die zin dat de door de VvE primair gevorderde schadevergoeding van € 5.000,00 voor het dak alsnog wordt afgewezen en dit bedrag in mindering moet worden gebracht op de in het dictum van het vonnis in eerste aanleg voor de nog bestaande gebreken toegewezen schadevergoeding van € 166.076,46, zodat ter zake opnieuw rechtdoende wordt toegewezen € 166.076,46 - € 5.000,00 = € 161.076,46. Voor het overige zal het bestreden vonnis worden bekrachtigd.

70. De VvE zal als gevorderd worden veroordeeld tot terugbetaling van het uit hoofde van het vonnis in eerste aanleg door aanneemster teveel betaalde van € 5.000,00 en de daarover door aanneemster betaalde rente (zijnde de in eerste aanleg toegewezen rente over € 5.000,00 vanaf 30 oktober 2009 tot aan de dag van betaling), te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de betaaldatum.

Bewijsaanbod

71. Omdat aanneemster geen specifiek bewijs heeft aangeboden van stellingen die - indien bewezen - tot een ander oordeel leiden, passeren appelarbiters haar bewijsaanbod.

Deskundigenrapport

72. Aanneemster heeft vergoeding gevorderd van de kosten die samenhangen met de in haar opdracht vervaardigde deskundigenrapporten. Afgezien van het feit dat zij geen concreet bedrag vordert, moet deze vordering bij gebreke van een juridische grondslag worden afgewezen. Voor zover aanneemster heeft bedoeld deze kosten te vorderen als kosten ter vaststelling van de aansprakelijkheid overwegen appelarbiters dat de buitengerechtelijke kosten van verweer in beginsel niet zelfstandig voor vergoeding in aanmerking komen. Artikel 6:96 lid 2 BW biedt immers als zodanig geen grondslag voor een verplichting tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten. De bepaling veronderstelt dat een wettelijke verplichting tot het vergoeden van (andere) schade bestaat, in welk geval de bedoelde kosten mede voor vergoeding in aanmerking komen (vergelijk HR 11 juli 2003, *NJ* 2005/50). *(Enz., enz., Red.)*

NOOT

1. Mochten kopers van appartementen verwachten dat de geluidsisolatie van de verbouwde verdiepingsvloeren voldeed aan de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003, terwijl de tekening bij de bouwvergunning niet aan deze eisen voldeed en aanneemster de verdiepingsvloeren conform de bouwvergunning had verbouwd? De Raad van Arbitrage voor de Bouw heeft deze vraag in de hiervoor ge-

publiceerde uitspraak in eerste aanleg en in hoger beroep bevestigend beantwoord.

2. Deze uitspraak is interessant vanwege de verhouding tussen het publiek- en het privaatrecht, mede in het licht van de aanstaande Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen.

Feiten

3. Tussen de kopers en de aannemer zijn in maart 2007 koop-/aannemingsovereenkomsten (hierna: KA) met de daarbij behorende algemene voorwaarden (hierna: AV) tot stand gekomen voor de bouw en levering van 10 appartementen in een voormalig pakhuis. Volgens de koop-/aannemingsovereenkomst was het Bouwbesluit 2003 van toepassing.

4. Voor de oplevering heeft een van de eigenaren aanneemster geïnformeerd over het feit dat het gebouw en de verbouwde verdiepingsvloeren boven normaal gehorig zijn. Desgevraagd heeft aanneemster geweigerd om mee te werken aan een geluidstest.

5. Uit latere geluidsmetingen bleek dat het gebouw op meerdere onderdelen, waaronder de geluidsisolatie van de verdiepingsvloeren, niet voldeed aan de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003. Volgens de VvE was ter zake sprake van een *verborgen gebrek* zoals bedoeld in artikel 16 lid 2 aanhef en onder c AV.

6. De VvE vorderde primair schadevergoeding voor het herstel van de nog bestaande gebreken inzake geluidsoverlast door een andere aannemer en subsidiair herstel daarvan op straffe van verbeurte van een dwangsom.

7. Aanneemster meende daarentegen dat ter zake geen sprake was van een verborgen gebrek waarvoor hij aansprakelijk was, omdat de VvE het gebrek eerder - binnen de onderhoudsperiode - had kunnen constateren.

Juridisch kader

8. Volgens de KA en de bijbehorende garantie- en waarborgregeling (hierna: Garantieregeling) garandeert aanneemster[2] als resultaatsverbintenis dat de woning of het appartement voor een maximale periode van 6 jaar voldoet aan de minimumeisen van het Bouwbesluit. In dit geval de *nieuwbouwvereisten* van het Bouwbesluit 2003.

9. De KA legt het risico van het voldoen aan publiekrechtelijke voorschriften, zoals het Bouwbesluit, bij aanneemster. Voldoet hij daaraan niet, dan komen de herstelkosten voor zijn rekening. De reden hiervoor is dat de ondernemer de tekeningen en constructies heeft aangeleverd en de verkrijger een leek is op het gebied van bouwen.[3]

10. In hoger beroep stelde aanneemster zich primair op het standpunt (ro. 45) dat arbiters in eerste aanleg ten onrechte hadden getoetst aan de *nieuwbouweisen* van het Bouwbesluit 2003.

11. Volgens aanneemster golden de nieuwbouweisen alleen voor die onderdelen die verbouwd werden. Niet voor de verdiepingsvloeren want die waren niet verbouwd, omdat ze in essentie ongewijzigd waren gebleven. Zo bezien, bleef de geluidsbelasting van de verdiepingsvloeren binnen de normen van *bestaande bouw*.

12. Dat verweer slaagde niet. Uit artikel 4 Woningwet volgt dat in geval van *verbouw* van een constructiedeel - zoals de verdiepingsvloeren - voldaan moet worden aan de nieuwbouweisen voor dat deel, tenzij het bevoegd gezag op een verzoek daartoe *ontheffing* heeft verleend. Deze ontheffing mocht niet leiden tot een lagere waarde dan een specifieke waarde of, indien geen specifieke waarde in het Bouwbesluit was aangegeven, het niveau van bestaande bouw.

13. Vóór de verbouwing bestonden de verdiepingsvloeren uit een tapijt met een rubberlaag met daaronder houten vloerdelen en een balklaag. Ná de verbouwing bestonden de verdiepingvloeren uit 2x 12,5 mm Fermacell-beplating, 19 mm underlayment, een bestaande balklaag met een hoogte van 165 mm met 100 mm steenwol tussen de balken en een enkele gipsplaat van ca. 40 mm onder balken die met hangers bevestigd aan de balken. Volgens arbiters (ro. 46) kwalificeerden deze werkzaamheden als *verbouw*[4] zoals bedoeld in het Bouwbesluit 2003.

14. Subsidiair had de gemeente volgens aanneemster *impliciet* ontheffing verleend voor het voldoen aan de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003. De gemeente was immers akkoord gegaan met de bouwtekening behorende bij de bouwvergunning. De bouwtekening voldeed niet aan de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003. Door toch een bouwvergunning te verlenen, is de gemeente volgens aanneemster impliciet akkoord gegaan met verbouw in afwijking van het Bouwbesluit 2003. Aanneemster voegde hieraan toe dat de gemeente haar ook nooit had gewezen op de toepasselijke geluidsvoorschriften.

15. Ook dit verweer slaagde niet. Het Bouwbesluit 2003 voorziet niet in de mogelijkheid van een impliciete ontheffing. Het beweerde stilzwijgende akkoord van de gemeente met verbouw conform de bouwtekening en daarmee van een constructief niveau dat lager was dan de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003, kon kopers niet worden tegengeworpen. Van de kopers als bouwkundige leken kon aanneemster niet verwachten dat zij de geluidsconsequenties konden afleiden uit de bouwtekening.

16. Zonder expliciete ontheffing of vrijstelling, in geval van een eventuele nadere, van bedoelde voorschrif-

2 'Ondernemer' genoemd in de KA.
3 E.M. Bruggeman, *Praktijkboek koop-/aannemingsovereenkomst*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2011, p.. 23 en 24.

4 §1.5 van het Bouwbesluit 2003 verstaat onder verbouwen: het geheel of gedeeltelijk, vernieuwen, veranderen of vergroten van een bouwwerk.

ten afwijkende overeenkomst tussen partijen[5] mochten kopers verwachten dat het appartement na de verbouwing voldeed aan de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003 en hoefden zij geen rekening te houden met geluidsoverlast.

Niet gecontracteerd in strijd met het Bouwbesluit

17. De technische omschrijving, tekeningen en de staten van wijziging zijn, voor zover zij zijn bijgevoegd, onderdeel van de KA.[6] In dit geval voldeed het gebouw niet aan de verwachting van kopers, omdat aanneemster had gebouwd in afwijking van de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003.

18. Uit de feiten blijkt niet dat partijen gecontracteerd hadden in strijd met het Bouwbesluit 2003.[7] Uit het arrest van het Hof Leeuwarden van 30 mei 2007 (*Aanpasbaar bouwen*)[8] waarin de gemeente achteraf geen bezwaar had tegen het feit dat aanneemster had verbouwd in afwijking van het Bouwbesluit, volgt dat aanneemster was gehouden om te bouwen conform de regels van het Bouwbesluit, hetgeen voor het Hof aanleiding was om te concluderen dat aanneemster toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van haar verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst met haar opdrachtgevers.

19. De vraag rijst waarom arbiters aan ro. 48 hebben toegevoegd dat het zelfs in geval van een (expliciete) ontheffing van het Bouwbesluit, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar zou zijn dat kopers *nakoming* verlangden overeenkomstig de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003. Kopers vorderden vervangende schadevergoeding en geen nakoming.

20. Gezien de formulering lijken arbiters aan te geven dat aannemer in deze omstandigheden geen geslaagd beroep had kunnen doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. Een geslaagd beroep daarop zou tot gevolg hebben dat de KA waarin aannemer garandeert dat het gebouw voldoet aan de minimumeisen van het Bouwbesluit - in dit geval de *nieuwbouwvereisten* van het Bouwbesluit 2003 - buiten toepassing blijft *voor zover* dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Volgens vaste jurisprudentie dient de rechter bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW de nodige terughoudendheid te betrachten.

21. In hoger beroep stelde aanneemster zich op het standpunt dat zij moet worden toegelaten tot herstel van de geluidsoverlast, indien geoordeeld zou worden dat zij toerekenbaar was tekortgeschoten.

22. Blijkens de beoordeling van arbiters van grief 7 (ro. 52 en 53) stond het de VvE vrij om *schadevergoeding* te vorderen in plaats van *nakoming*, omdat de VvE aanneemster voorafgaand aan de procedure voldoende gelegenheid tot herstel had geboden en aanneemster daaraan geen gehoor had gegeven.

23. In tegenstelling tot het Bouwbesluit 2003 wordt onder het huidige Bouwbesluit 2012 bij een *verbouwing* niet getoetst aan de nieuwbouweisen, maar is het *rechtens verkregen niveau*[9] het uitgangspunt[10]. Het rechtens verkregen niveau is - kort gezegd - het kwaliteitsniveau van voor de verbouwing (bestaande bouw).

24. Uit het feit dat aanneemster zich tijdens de procedure alsnog bereid verklaarde om de gebreken aan de verdiepingsvloeren te herstellen, blijkt m.i. dat het (technisch) kennelijk mogelijk was om te voldoen aan de nieuwbouwvereisten van het Bouwbesluit 2003.

Wet Kwaliteitsborging voor het Bouwen

25. Het komt regelmatig voor dat bij het verlenen van de bouwvergunning en het toezicht op de bouw iets mis gaat[11], zoals in het onderhavige geval het verlenen van een bouwvergunning in strijd met het Bouwbesluit.

26. Wordt tijdens de bouw of tijdig na gereedmelding geconstateerd dat wordt afgeweken van het bepaalde voor nieuwbouw in het Bouwbesluit 2012 en/of de Regeling Bouwbesluit 2012, dan kan het bevoegd gezag daar tegen optreden met een last onder dwangsom, tenzij de vergunning de afwijking uitdrukkelijk toestaat.[12] Het bevoegd gezag is bevoegd tot oplegging van een last onder dwangsom bij overtreding van de voorschriften voor bestaande bouw in het Bouwbesluit 2012, ook in het geval de vergunning het bouwwerk uitdrukkelijk toestond.[13]

27. Het is de bedoeling dat een dergelijke situatie zich niet meer voordoet onder het wetsvoorstel Wet Kwaliteitsborging voor het Bouwen.[14] Het wetsvoorstel dat nu bij de Tweede Kamer ligt, heeft ten doel om de bouwkwaliteit te verbeteren door de kwaliteitsborging van bouwwerken aan de bouw zelf over te laten en het versterken van de positie van de bouwconsument. Het is de bedoeling dat de Wet Kwaliteitsborging vanaf 1 januari 2018 gefaseerd in werking treedt.

JURISPRUDENTIE

5 M.A.B. Chao-Duivis en M.A. van Wijngaarden, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht, deel 13*, Zutphen: Uitgeverij Paris, nr. 707.
6 E.M. Bruggeman, *De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief*, serie Bouwrecht Monografieën, nr. 31, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, §3.3.4.1.
7 Vergelijk GIW 26 september 2002, No. 10.772 (*Tekort bergruimte*) m.nt. H.C.W.M. Moesker, *BR* 2003, p. 633. In dat geval is de vraag of het desbetreffende deel van de koop-/aannemingsovereenkomst nietig is.
8 *TBR* 2008/124.
9 Artikel 1.1 lid 1 Integrale nota van toelichting bij het Bouwbesluit 2012 <http://www.bouwbesluitonline.nl/Inhoud/docs/wet/bb2012_nvt>.
10 Artikel 1.12 lid 1 Bouwbesluit 2012.
11 S. van Gulijk en A.R. Neerhof, *Constructieve veiligheid: een onderzoek naar communicatie en borging in bouwprocessen,* VBR Preadvies nr. 42, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 159.
12 Artikel 1 b, eerste en vierde lid, Woningwet jo. art. 125 Gemeentewet jo. art. 92 jo. art. 1, eerste lid, aanhef en onder e, Woningwet jo. art. 5:32 Awb.
13 S. van Gulijk en A.R. Neerhof, *Constructieve veiligheid: een onderzoek naar communicatie en borging in bouwprocessen,* VBR Preadvies nr. 42, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 127.
14 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 1-2.

28. De Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen schetst een nieuw publiekrechtelijk stelsel voor bouwtoezicht. In dat stelsel vervalt de gemeentelijke bouwplantoets. In plaats daarvan kiest de opdrachtgever een instrument waarmee hij de kwaliteit van het toekomstige bouwwerk waarborgt.[15] Ingevolge het instrument kiest de opdrachtgever een kwaliteitsborger die is gerechtigd om met het instrument te mogen werken.[16] De kwaliteitsborger controleert tijdens de bouw of het bouwwerk voldoet aan de constructieve vereisten van het Bouwbesluit 2012[17]. Na de bouw geeft hij een verklaring af dat hij gerechtvaardigd vertrouwt[18] dat het bouwwerk voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012.

29. Toegepast op de onderhavige casus, dient de kwaliteitsborger de discrepantie tussen de bouwvergunning en de nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003 na integrale beoordeling van het bouwplan (schriftelijk) te melden aan de opdrachtgever en aan aanneemster, de partij die 'in de fout gaat'.[19] Van een verborgen gebrek in de zin van artikel 16 AV is dan geen sprake.

30. Aanneemster dient adequaat te reageren en het bouwplan voor zijn rekening en risico aan te passen zodat de verdiepingsvloeren zouden voldoen nieuwbouweisen van het Bouwbesluit 2003.

31. Reageert aanneemster onvoldoende adequaat, dan staan de kwaliteitsborger op basis van de Wet Kwaliteitsborging voor het Bouwen geen concrete sancties ter beschikking.

32. Afhankelijk van de ernst van het gebrek, kan een verschil van inzicht tussen kwaliteitsborger, aanneemster en opdrachtgever ertoe leiden dat de kwaliteitsborger zijn werkzaamheden niet kan of mag voortzetten waardoor feitelijk geen sprake meer is van bouwen onder kwaliteitsborging. Ook kan hij een melding doen aan het bevoegd gezag met als gevolg dat voortzetting van de bouw niet is toegestaan.[20]

33. Privaatrechtelijk ontstaat in dat geval het probleem dat aanneemster het bouwwerk niet op tijd kan opleveren en zij daarmee toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen uit de KA.

34. Het voordeel is dat (mogelijke) gebreken tijdens de bouw in een vroeg stadium kenbaar en herstelbaar zijn, waarbij kopers een stok achter de deur hebben om aanneemster hierop aan te spreken.

O.H. Laan

licentie o.laan@blumstone.nl IBR Publicatie - 01-03-2017

JURISPRUDENTIE

15 Art. 2.10 lid 3 onder a Wabo.
16 Art. 7aa onder d Woningwet.
17 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 19.
18 Art. 7aa Woningwet.
19 G.J. van Leeuwen, Bestuursrechtelijke handhaving bij (private) kwaliteitsborging, Private sancties, *Bouwregels in de praktijk*, deel 5, p. 15.

20 Idem.