



AFKONDIGINGSBLAD VAN SINT MAARTEN

Jaargang 2014

No. 9

Landsverordening van de 9^{de} januari 2014 tot aanvulling van titel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake koop van onroerende zaken alsmede vaststelling van titel 12 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (Landsverordening koop van onroerende zaken en aanneming van werk)

IN NAAM VAN DE KONING!

De Gouverneur van Sint Maarten,

In overweging genomen hebbende:

dat het wenselijk is in het Burgerlijk Wetboek titel 1 van Boek 7 aan te vullen met bepalingen inzake koop van onroerende zaken alsmede ter vervanging van de zesde afdeling van de zevende titel A van Boek 7A een nieuwe titel Aanneming van werk als titel 12 van Boek 7 vast te stellen en in verband daarmee het Burgerlijk Wetboek te wijzigen;

dat het ontwerp aan de Staten van de Nederlandse Antillen is aangeboden op 19 juli 2010 en onder verwijzing naar additioneel artikel IV bij de Staatsregeling van Sint Maarten, de behandeling is voortgezet;

Heeft, de Raad van Advies gehoord, met gemeen overleg der Staten, vastgesteld de onderstaande landsverordening:

ARTIKEL I

Titel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

Na artikel 1 wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 2

1. De koop van een onroerende zaak wordt schriftelijk aangegaan. Zolang aan dit vereiste niet is voldaan en nog geen levering heeft plaatsgevonden, is de koop vernietigbaar zowel in het belang van de koper als van de verkoper. Een volmacht tot koop of verkoop van een onroerende zaak wordt schriftelijk verleend.

2. Gaat het om een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan en is de koper een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, dan wordt de tussen partijen

opgemaakte akte of een afschrift daarvan aan de koper ter hand gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden, tenzij levering heeft plaatsgevonden; artikel 48e is van overeenkomstige toepassing. Komt, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.

3. Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing op de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

4. Van het eerste tot en met derde lid kan niet worden afgeweken ten nadele van een koper die een natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Van het eerste lid kan evenmin worden afgeweken ten nadele van een verkoper die een natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

5. Het eerste tot en met vierde lid zijn niet van toepassing op de koop op een openbare veiling ten overstaan van een notaris, een onderhandse verkoop als bedoeld in artikel 268, tweede lid, van Boek 3 en een koop van rechten van gebruik in deeltijd als bedoeld in artikel 48a, onder a.

B

Na artikel 7 wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 8

Wordt een nieuw gebouwde of te bouwen woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel daarvan, verkocht en is de koper een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, dan is artikel 767 van overeenkomstige toepassing. Hiervan kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken.

C

In artikel 26 worden drie nieuwe leden toegevoegd, luidende:

4. Bij de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan, kan, onverminderd artikel 8 juncto artikel 767, de koper die een natuurlijk persoon is en niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, niet worden verplicht tot vooruitbetaling van de koopprijs, behoudens dat kan worden bedongen dat hij ter verzekering van de nakoming van zijn verplichtingen een bedrag dat niet hoger is dan 10% van de koopprijs, in depot stort bij een hier te lande gevestigde notaris dan wel voor dit bedrag vervangende zekerheid stelt. Van de eerste volzin kan niet ten nadele van de koper worden afgeweken. Het teveel betaalde geldt als onverschuldigd betaald.

5. Het vierde lid is van overeenkomstige toepassing op de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan.

6. Het vierde en vijfde lid zijn niet van toepassing op een koop van rechten van gebruik in deeltijd als bedoeld in artikel 48a, onder a.

ARTIKEL II

In Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt een nieuwe titel opgenomen, luidende:

Titel 12 Aanneming van werk

Afdeling 1 Aanneming van werk in het algemeen

Artikel 750

1. Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.
2. Bestaat de tegenprestatie niet of niet geheel in geld, dan vindt deze titel toepassing, voor zover de aard van de tegenprestatie zich daartegen niet verzet.

Artikel 751

De aannemer is bevoegd het werk onder zijn leiding door anderen te doen uitvoeren, en ten aanzien van onderdelen ook de leiding aan anderen over te laten, zulks onverminderd zijn aansprakelijkheid voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst.

Artikel 752

1. Indien de prijs bij het sluiten van de overeenkomst niet is bepaald of slechts een richtprijs is bepaald, is de opdrachtgever een redelijke prijs verschuldigd. Bij de bepaling van de prijs wordt rekening gehouden met de door de aannemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gewoonlijk bedongen prijzen en met de door hem ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen.
2. Indien een richtprijs was bepaald, zal deze richtprijs met niet meer dan 10% mogen worden overschreden, tenzij de aannemer de opdrachtgever zo tijdig mogelijk voor de waarschijnlijkheid van een verdere overschrijding heeft gewaarschuwd, om hem de gelegenheid te geven het werk alsnog te beperken of te vereenvoudigen. De aannemer zal binnen de grenzen van het redelijke aan zulke beperking of vereenvoudiging moeten meewerken.
3. Het tweede lid is van overeenkomstige toepassing op aannemingen van werk waarbij de prijs afhankelijk is gesteld van de bij de overeenkomst geschatte tijdsduur voor de uitvoering van het werk.

Artikel 753

1. Indien na het sluiten van de overeenkomst kostenverhogende omstandigheden ontstaan of aan het licht komen zonder dat zulks aan de aannemer kan worden toegerekend, zal de rechter op vordering van de aannemer de overeengekomen prijs geheel of gedeeltelijk aan de kostenverhoging kunnen aanpassen, mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden.
2. De aannemer mag de prijs zonder tussenkomst van de rechter aanpassen, indien de kostenverhoging het gevolg is van door de opdrachtgever verschaftte onjuiste gegevens welke voor de prijsbepaling

van belang zijn, tenzij de aannemer de onjuistheid der gegevens vóór het vaststellen van de prijs had behoren te ontdekken.

3. Het in het eerste en tweede lid bepaalde geldt slechts indien de aannemer de opdrachtgever zo spoedig mogelijk voor de noodzaak van een prijsverhoging heeft gewaarschuwd, opdat deze tijdig hetzij gebruik kan maken van het hem in artikel 764 toegekende recht, hetzij een voorstel kan doen tot beperking of vereenvoudiging van het werk.

Artikel 754

De aannemer is bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst verplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Hetzelfde geldt in geval van gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond waarop de opdrachtgever een werk laat uitvoeren, alsmede fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.

Artikel 755

In geval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk kan de aannemer slechts dan een verhoging van de prijs vorderen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken.

Artikel 756

1. Indien reeds vóór de vastgestelde tijd van oplevering waarschijnlijk wordt dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd, kan de rechter de overeenkomst op vordering van de opdrachtgever geheel of gedeeltelijk ontbinden.

2. Indien reeds vóór de oplevering waarschijnlijk wordt dat de opdrachtgever niet op tijd of niet behoorlijk aan zijn verplichtingen zal voldoen, of dat de aannemer de overeenkomst niet zal kunnen uitvoeren ten gevolge van een omstandigheid die hem niet kan worden toegerekend, kan de rechter de overeenkomst op vordering van de aannemer geheel of gedeeltelijk ontbinden.

3. De rechter bepaalt de gevolgen van de ontbinding; hij kan de ontbinding ook doen afhangen van door hem te stellen voorwaarden.

Artikel 757

1. Wordt de uitvoering van het werk onmogelijk doordat de zaak waarop of waaraan het werk moet worden uitgevoerd, tenietgaat of verloren raakt zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend, dan is de aannemer gerechtigd tot een evenredig deel van de vastgestelde prijs op grondslag van de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten. In geval van opzet of grove schuld van de opdrachtgever is de aannemer gerechtigd tot een bedrag berekend overeenkomstig artikel 764, tweede lid.

2. Bevond de zaak zich echter in het geval, bedoeld in het eerste lid, onder de aannemer, dan is de opdrachtgever tot geen enkele vergoeding gehouden, tenzij het tenietgaan of verloren raken aan zijn schuld was te wijten, in welk geval het eerste lid onverminderd toepassing vindt.

Artikel 758

1. Indien de aannemer te kennen heeft gegeven dat het werk klaar is om te worden opgeleverd en de opdrachtgever het werk niet binnen een redelijke termijn keurt en al dan niet onder voorbehoud aanvaardt dan wel onder aanwijzing van de gebreken weigert, wordt de opdrachtgever geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard. Na de aanvaarding wordt het werk als opgeleverd beschouwd.

2. Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever. Derhalve blijft hij de prijs verschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van het werk door een oorzaak die niet aan de aannemer kan worden toegerekend.

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

Artikel 759

1. Indien het werk na oplevering gebreken vertoont waarvoor de aannemer aansprakelijk is, moet de opdrachtgever, tenzij zulks in verband met de omstandigheden niet van hem kan worden gevergd, aan de aannemer de gelegenheid geven de gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen, onverminderd de aansprakelijkheid van de aannemer voor schade ten gevolge van de gebrekkige oplevering.

2. De opdrachtgever kan vorderen dat de aannemer de gebreken binnen redelijke termijn wegneemt, tenzij de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de opdrachtgever bij herstel in plaats van schadevergoeding.

Artikel 760

1. De gevolgen van een ondeugdelijke uitvoering van het werk, die te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen, komen voor rekening van de aannemer.

2. Is de ondeugdelijke uitvoering echter te wijten aan gebreken of ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond waarop hij een werk laat uitvoeren, dan komen de gevolgen voor zijn rekening, voor zover de aannemer niet zijn in artikel 754 bedoelde waarschuwingsplicht heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten.

3. Het tweede lid is van overeenkomstige toepassing in geval van fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.

Artikel 761

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.

2. De rechtsvordering verjaart in ieder geval door verloop van twintig jaren na de oplevering in geval van aanneming van bouwwerken en door verloop van tien jaren na de oplevering in alle andere gevallen.

3. Indien de rechtsvordering krachtens het eerste of tweede lid zou verjaren tussen het tijdstip waarop de aannemer aan de opdrachtgever heeft medegedeeld dat hij het gebrek zal onderzoeken of herstellen, en het tijdstip waarop hij het onderzoek en de pogingen tot herstel kennelijk als beëindigd beschouwt, wordt de verjaringstermijn verlengd overeenkomstig artikel 320 van Boek 3.

4. Het eerste tot en met derde lid laten onverlet de bevoegdheid van de opdrachtgever om aan een vordering tot betaling van de prijs zijn recht op vermindering daarvan door gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst of op schadevergoeding tegen te werpen.

Artikel 762

De aansprakelijkheid van de aannemer voor hem bekende verborgen gebreken die hij heeft verzwegen, kan niet worden uitgesloten of beperkt, noch kan zij aan kortere verjaringstermijnen worden onderworpen dan die voorzien in artikel 761. Verzwijging door degenen die de aannemer met de leiding over de uitvoering van het werk heeft belast, wordt gelijkgesteld met verzwijging door de aannemer.

Artikel 763

Indien de aannemer na het sluiten van de overeenkomst overlijdt of duurzaam arbeidsongeschikt wordt, kan ieder der partijen de overeenkomst beëindigen, voor zover zij, gezien de aard van de overeenkomst, aan het overlijden of de duurzame arbeidsongeschiktheid een redelijk belang bij beëindiging kan ontlenen. Voor de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten is de opdrachtgever een naar redelijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden te bepalen vergoeding verschuldigd.

Artikel 764

1. De opdrachtgever is te allen tijde bevoegd de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen.

2. In geval van zulke opzegging zal hij de voor het gehele werk geldende prijs moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien, tegen aflevering door de aannemer van het reeds voltooide werk. Indien de prijs afhankelijk was gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten, wordt de door de opdrachtgever verschuldigde prijs berekend op grondslag van de gemaakte kosten, de verrichte arbeid en de winst die de aannemer over het gehele werk zou hebben gemaakt.

Afdeling 2 Bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf

Artikel 765

Deze afdeling is van toepassing op aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning, bestaande uit een onroerende zaak of bestanddeel

daarvan, in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Artikel 766

1. Een overeenkomst als bedoeld in artikel 765 wordt schriftelijk aangegaan. Zolang aan dit vereiste niet is voldaan en nog geen oplevering heeft plaatsgevonden, is de overeenkomst vernietigbaar zowel in het belang van de opdrachtgever als van de aannemer. Een volmacht tot het aangaan van de overeenkomst wordt schriftelijk verleend.

2. De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan wordt aan de opdrachtgever ter hand gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de aannemer van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de opdrachtgever het recht de overeenkomst te ontbinden. Komt, nadat de opdrachtgever van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde te bouwen woning opnieuw een overeenkomst tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.

3. Het eerste en tweede lid zijn niet van toepassing indien de overeenkomst strekt tot de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort, en de overeenkomst niet met de koop van deze grond in verband staat.

Artikel 767

De opdrachtgever kan slechts worden verplicht tot het doen van betalingen die, althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw of met de waarde van de aan hem overgedragen goederen, behoudens dat kan worden bedongen dat hij ter verzekering van de nakoming van zijn verplichtingen een bedrag dat niet hoger is dan 10% van de aanneemsom, in depot stort bij een hier te lande gevestigde notaris of advocaat dan wel voor dit bedrag vervangende zekerheid stelt. Het teveel betaalde geldt als onverschuldigd betaald.

Artikel 769

Van deze afdeling kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken.

ARTIKEL III

Aan artikel 291 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Degene die een retentierecht uitoefent op een onroerende zaak kan dit tegen een hypotheekhouder met een ouder recht slechts inroepen voor zover zijn prestatie tot een hogere opbrengst van het goed ten bate van de hypotheekhouder heeft geleid.

ARTIKEL IV

De Landsverordening overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek wordt gewijzigd als volgt:

A

Na artikel 143 wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 143a

De artikelen 2, 8 en 26, vierde tot en met zesde lid, van Boek 7 zijn niet van toepassing op koopovereenkomsten die vóór het tijdstip van het in werking treden van deze bepalingen zijn gesloten.

B

In titel 7 wordt een artikel 163 ingevoegd, luidende:

Artikel 163

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 één jaar na dat tijdstip van toepassing.

2. In afwijking van het eerste lid 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 het eerste en tweede lid 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.

ARTIKEL V

De zesde afdeling van de zevende titel A van Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek vervalt.

ARTIKEL VI

Deze landsverordening treedt in werking met ingang van een bij landsbesluit te bepalen tijdstip.

ARTIKEL VII

Deze landsverordening wordt aangehaald als: Landsverordening koop van onroerende zaken en aanneming van werk.

Gegeven te Philipsburg, *drieëntwintigste* december 2013
De Gouverneur van Sint Maarten

De Minister van Justitie

Negende januari 2014
De Minister van Algemene Zaken

Uitgegeven de *veertiende* januari 2014;
De Minister van Algemene Zaken
Namens deze,
Hoofd Afdeling Juridische Zaken & Wetgeving

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. Algemeen

1. Bij de totstandkoming van titel 1 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, inzake de koop, is in de Memorie van Toelichting (Staten van de Nederlandse Antillen, zitting 1999/2000-2302, no. 3, p. 4-5) aangekondigd dat te zijner tijd aanvullingen zullen worden aangebracht betreffende de koop van onroerende zaken. Het onderhavige ontwerp strekt daartoe. Bovendien wordt een nieuwe regeling voorgesteld voor aanneming van werk, welke regeling overigens niet beperkt is tot de bouw. Onder aanneming van werk valt namelijk een grote variëteit van contracten; behalve aan de bouw kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de reparatie van een horloge, het ontwikkelen van foto's en het wassen van kleding. Onder aanneming van werk vallen alle contracten die ertoe strekken dat buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht en opgeleverd, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs (zie het voorgestelde artikel 750).

2. Voorgesteld wordt dat elke koop van een onroerende zaak – en hetzelfde geldt, ingevolge artikel 7:47 BW, voor de koop van een recht waaraan een onroerende zaak is onderworpen (bijvoorbeeld erfpacht) – schriftelijk moet worden aangegaan (artikel 2, eerste lid). Bij de koop door een consument (een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf) van een woning heeft de koper bovendien een bedenktijd van drie dagen (artikel 2, tweede lid). De schriftelijke vorm en bedenktijd gelden ook bij een zgn. koop/aannemingsovereenkomst in opdracht van een consument tot de bouw van een woning (artikel 766).

3. Algemeen wordt aangenomen dat een bijzondere wettelijke bescherming van de consumentkoper/opdrachtgever van een woning wenselijk is. De transactie is voor de meeste consumenten eenmalig, het gaat om relatief grote bedragen en met de aflossing en rentebetalingen zijn vele jaren gemoeid. De transactie grijpt diep in het persoonlijk leven van de koper (de plaats waar hij met zijn gezin jaren zal wonen) en de koop vormt de titel van de eigendomsoverdracht en bepaalt daardoor, in ons causale stelsel, de geldigheid van die overdracht (artikel 3:84, eerste lid, BW).

4. De voorgestelde bedenktijd is ontleend aan de Nederlandse wet van 5 juni 2003, Stb. 238 (Kamerstukken 23 095). In Nederland is echter niet voorgeschreven dat alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken (dus ook die welke niet betrekking hebben op woningen of die niet gesloten worden door een consument) schriftelijk moeten worden aangegaan. Verder wordt in de Nederlandse rechtspraak wel aangenomen, op basis van de Nederlandse wetsgeschiedenis, dat de verkoper wel gebonden is aan een mondelinge wilsovereenstemming. In het onderhavige ontwerp is uitdrukkelijk bepaald dat zolang de koop niet in een akte is neergelegd, zowel koper als verkoper zich kunnen terugtrekken door de mondelinge koop te vernietigen (artikel 2, eerste lid, slot).

5. In een aan de Kamers van Koophandel, beroepsgroepen enz. voorgelegd voorontwerp van 5 juni 2006 was voorgesteld dat, in plaats van een bedenktijd, zou gelden dat bij koop of verkoop door een consument van een woning de koopakte moet zijn medeondertekend door de notaris die de nodige voorlichting aan de koper heeft gegeven. Met name de meerderheid van de geraadpleegde notarissen had daartegen bezwaar; men vreesde kostenverhoging en achtte het voorstel uit oogpunt van bescherming niet noodzakelijk. Vandaar dat in het onderhavige ontwerp gekozen is voor de bedenktijd van drie dagen, in navolging van

Nederland. Gedurende de bedenktijd kan de koper deskundige voorlichting zoeken. Bovendien kan de koper op een overhaaste beslissing terugkomen. Een bedenktijd behoort overigens slechts eenmaal te worden benut.

6. Niet is overgenomen de Nederlandse mogelijkheid van een 'Vormerkung': de tijdelijke inschrijving van de koop met goederenrechtelijke werking (artikel 7:3 Ned. BW) waardoor tussen koop en levering niet aan een ander kan worden geleverd. Het komt de ondergetekende voor dat hiervoor hier te lande onvoldoende noodzaak bestaat. Voorts moet rekening worden gehouden met de belasting van de openbare registers. Ligt er naar verwachting een langere tijd tussen koop en levering, dan kan eventueel door de koper een boete worden bedongen voor het geval van wanprestatie door de verkoper, welke verplichting kan worden verzekerd door een hypotheek op het gekochte goed. Overigens is de vooruitbetaling van de koopprijs in artikel 26 aan banden gelegd, hetgeen het risico voor de koper vermindert.

7. Wat betreft de voorgestelde nieuwe regeling van aanneming van werk (titel 7.12) zij opgemerkt dat het hier gaat om een hercodificatie en daarmee om een aanpassing aan het algemeen deel van het vermogensrecht (in het bijzonder de Boeken 3 en 6 BW). Reeds is vermeld dat aanneming van werk niet enkel bouwcontracten betreft. Juist voor andere aannemingen van werk (reparatieovereenkomst enz.) zal titel 7.12 van belang zijn, aangezien in de bouw veel met standaardvoorwaarden (als de UAV: Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken) wordt gewerkt, terwijl titel 7.12 overwegend van regelend (niet-dwingend) recht is; de UAV zal dus voorgaan. Wat in de Boeken 3 en 6 BW reeds geregeld is, behoeft in beginsel niet te worden herhaald. In het bijzonder van belang zijn in dit verband: de mogelijkheid van ontbinding van wederkerige overeenkomsten zonder rechterlijke tussenkomst, ook als de niet-nakoming door een der partijen niet aan deze kan worden toegerekend (artikel 6:265 e.v. BW); de mogelijkheid van wijziging of gehele of gedeeltelijke ontbinding door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden (artikel 258 BW); de mogelijkheid van evenredige prijsvermindering na gedeeltelijke ontbinding (artikel 6:270 BW); de restitutieregel van artikel 6:272 BW. Voorts zij gewezen op artikel 6:27 BW (zorg voor de af te leveren zaak), afdeling 6.1.8 BW (schuldeisersverzuim) en afdeling 6.1.9 BW (de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis), in het bijzonder de eerste vier artikelen 6:74 tot en met 77 BW en de artikelen 6:89 en 90 BW. Bij de bespreking van verschillende artikelen van deze titel zal nog op het belang van deze algemene bepalingen worden teruggekomen. De titel bevat een aantal bepalingen op punten waarvoor het huidige BW geen regeling bevat, zoals de artikelen 752 (prijsbepaling, indien de prijs niet in een bedrag was uitgedrukt), 753 (invloed van onvoorziene kostenverhogende omstandigheden), 756 (mogelijkheid van ontbinding vóór oplevering), 759 (herstel van gebreken) en 761 (reclame- en verjaringstermijn ter zake van gebreken). Anderzijds zijn overbodige bepalingen komen te vervallen.

8. De nieuwe titel 7.12 inzake aanneming van werk is ook ontleend aan de Nederlandse wet van 5 juni 2003, Stb. 238, voormeld. Voor de Nederlandse wetsgeschiedenis, zie J.M. Hebly, m.m.v. N.L. van Rooij, Aanneming van werk. De parlementaire geschiedenis, 2004, waarvan in de onderhavige Memorie van Toelichting gebruik is gemaakt. Niet is overgenomen echter de Nederlandse 5%-regeling: de bevoegdheid van de consumentkoper/opdrachtgever om, als het gaat om een nieuw gebouwde woning, 5% van de prijs in depot te storten bij de notaris in verband met eventuele gebreken van de gebouwde woning (artikel 7:768 Ned.BW). Deze regeling (die overigens in Nederland waarschijnlijk in de toekomst zal

worden vervangen door een zgn. standaardregeling als bedoeld in artikel 6:214 Ned.BW) leidt gemakkelijk tot chicanes. Het geraadpleegde notariaat voelt ook weinig voor een 'toezienende rol' bij de oplevering in verband met het al dan niet handhaven van het depot.

9. Recentelijk verscheen de evaluatie van de Nederlandse regeling (Rapportage. Wet koop onroerende zaken; de evaluatie, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, november 2009). De ervaringen in Nederland met de 5%-regeling zijn niet onverdeeld gelukkig. In de rapportage worden de volgende problemen gesignaleerd:

- onduidelijkheid over wat er onder de tekortkoming in de nakoming mag worden verstaan;
- onduidelijkheid over de procedure bij uitbetaling en de rol van de notaris daarin;
- onduidelijkheid en inefficiëntie waar voor verschillende tekortkomingen verschillende arbitrageprocedures of rechtszaken moeten worden gestart;
- meer dan incidenteel komt het voor dat de opdrachtgever een buitenproportioneel bedrag in depot houdt bij gebleken gebreken;
- de werking van de regeling bij gebreken aan gemeenschappelijke gedeelten van een appartementencomplex;
- onduidelijkheid over de vraag voor wie de notaris de gelden in depot houdt (onder andere van belang voor de renteopbrengsten en gevallen van faillissement).

Ook tijdens een op 18 februari 2010 door het Molengraaff Instituut georganiseerd symposium en de op 4 maart 2010 door de Vereniging voor Bouwrecht gehouden kwartaalvergadering bleek dat de 5%-regeling tot grote moeilijkheden leidt (WPNR 2010/6836, p. 250).

10. Bij de totstandkoming van het aannemingscontract betreffende de bouw van een woning in opdracht van een consument zal eveneens een bedenktijd van drie dagen gelden (artikel 766, tweede lid). Men lette er overigens op dat deze bijzondere consumentenbescherming niet geldt als het gaat om de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort terwijl de aannemingsovereenkomst niet met de koop van de grond verband houdt (artikel 766, derde lid).

11. Het onderhavige ontwerp is opgesteld met bijstand van prof.mr. Jan de Boer, lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba en adviseur van de Gemeenschappelijke Commissie nieuw Burgerlijk Wetboek. Geconsulteerd zijn onder meer de Kamers van Koophandel, de Antilliaanse-Arubaanse Notariële Vereniging, de Ordes van Advocaten, verenigingen van makelaars, verenigingen van aannemers, woningbouwcorporaties en consumentenorganisaties.

II. Financiële gevolgen

Onderhavige ontwerp-landsverordening heeft geen financiële gevolgen voor de begroting van het Land.

III. Advies van de Raad van Advies

Op 11 maart 2010 heeft de Raad van Advies advies uitgebracht (RvA no. RA17B-09-LV).

Ondergetekende stemt in met de wenselijkheid om aan de onderhavige wetgeving op brede schaal kenbaarheid te geven.

De Raad stelt aan de orde of in artikel 2, eerste lid, niet beter voor nietigheid dan voor vernietigbaarheid kan worden gekozen. Aangezien het niet de bedoeling is dat de rechter hier ambtshalve een taak heeft en dat

ook derden de ongeldigheid inroepen, is vernietigbaarheid beter op zijn plaats. Bovendien laat artikel 2, eerste lid, tweede volzin, uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat een mondelinge koop als titel fungeert voor de levering en overdracht. Overigens is in de praktijk het verschil niet groot, omdat bij geschil de rechter toch moet worden geadieerd (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, Verbintenissenrecht, 2010, nr. 608). In het nieuw Burgerlijk Wetboek en ook in recente doctrine en rechtspraak bestaat de tendens tot het terugdringen van nietigheid (Asser/Hartkamp & Sieburgh, a.w., nr. 615; HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 en HR 5 januari 2007, NJ 2008, 502).

Wat betreft artikel 2, eerste lid, laatste volzin, betreffende de volmacht tot koop of verkoop, vraagt de Raad zich af of ook niet voor de opdracht tot koop of verkoop een vormvoorschrift moet gelden. Niet valt in te zien echter hoe een opdracht zonder volmacht, dus zonder de bevoegdheid om namens de opdrachtgever te kopen of te verkopen, problemen kan opleveren.

De Raad wijst erop dat in artikel 8 en artikel 765 een iets andere terminologie wordt gebruikt ten aanzien van de woning dan elders in het ontwerp. Dit verschil vloeit voort uit het zinsverband. Het zou niet juist zijn om in die artikelen te spreken van de bouw van een 'tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan', aangezien er ook reeds vóór de bouw een onroerende zaak is.

Het is de Raad onduidelijk wat de strekking is van de woorden 'voor zover' in het voorgestelde artikel 764a, dat thans in navolging van het advies van de Raad als artikel 3:291, derde lid, is verplaatst naar afdeling 3.10.3 BW (Artikel III, onderdeel A). Voorop staat dat het hier gaat om een reeds bestaande bepaling (artikel 7A:1628 BW), ingevoerd bij Landsverordening van 15 maart 2001, P.B. 2001, no. 24. Het advies van de Raad om de destijds gegeven toelichting opnieuw weer te geven is opgevolgd; zie hierna de toelichting bij Artikel III, onderdeel A. De bepaling, die in Nederland ontbreekt, is in de Nederlandse literatuur gunstig beoordeeld (J.W.M. Tromp in: Onzekere zekerheid, Insolad Jaarboek 2001, p. 398-403, met als conclusie 'dat wat mij betreft art. 7A:1628 van het Burgerlijke Wetboek van de Nederlandse Antillen zich leent om te worden overgenomen in de Nederlandse wetgeving'). Denkbaar is dat de hypotheekhouder de retentor het bedrag betaalt dat correspondeert met de toename van de verkoopwaarde van het goed door toedoen van de retentor of daarvoor zekerheid stelt. De retentor zal dan het goed in elk geval moeten vrijgeven. De hypotheekhouder heeft een executierecht (zelfs: paraat executierecht). De retentor heeft ingevolge artikel 3:292 BW een verhaalsrecht, maar om tot executie te kunnen overgaan zal de retentor een executorialie titel (als regel: een rechterlijk vonnis) dienen te krijgen. Bij executie door de retentor of de hypotheekhouder (die de executie kan overnemen), dan wel eventueel door de curator in geval van faillissement van de debiteur, zal in het kader van de verdeling de retentor ontvangen hetgeen hem met voorrang voor de hypotheekhouder toekomt.

Vaak zal taxatie nodig zijn van de door de prestatie van de retentor toegenomen vermeerdering van de verkoopwaarde. Een sloping door een aannemer kan tot vermeerdering van de verkoopwaarde leiden doordat de koper zich dan die moeite kan besparen. Heeft een aannemer werkzaamheden verricht die niet tot waardevermeerdering hebben geleid, dan zal hij zijn retentierecht niet tegen de oudere hypotheekhouder kunnen tegenwerpen. Algemeen bekend is dat onroerend goed vaak verhypothekend is en de aannemer kan zich indekken door vooruitbetaling te verlangen of althans betalingen die overeenstemmen met de voortgang van zijn werkzaamheden. Aldus de destijds gegeven toelichting (hierna weergegeven bij Artikel III, onderdeel A).

Naar aanleiding van het voorstel om voor elke koop van een onroerende zaak de schriftelijke vorm voor te schrijven (artikel 2, eerste lid), vraagt de Raad zich af of dit ook niet moet gelden voor elke aannemingsovereenkomst tot de bouw van een onroerende zaak (eigenlijk: onroerend bestanddeel). In het overleg over het voorontwerp is vanuit de praktijk slechts aangedrongen op de schriftelijke vorm voor elke koop van een onroerende zaak. Een koop verschilt substantieel van een aannemingsovereenkomst. Zoals hierna, bij artikel 2, eerste lid, zal worden opgemerkt, spelen bij een koop – die gericht is op eigendomsovergang – allerlei factoren mee waarover partijen zich ook reeds in de fase van de koop goed rekenschap moeten geven en die niet spelen bij een aanneemovereenkomst. Een aannemingsovereenkomst kan bovendien gericht zijn op de bouw maar ook op een ingrijpende en kostbare verbouwing. Het zou onevenwichtig zijn niet beide in dit verband gelijk te regelen. Vormvereisten moeten niet spoedig worden gesteld. Rechtsvergelijking leert dat de meeste rechtsstelsels – waaronder het Nederlandse, Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse – vormvrijheid als uitgangspunt nemen. Het stellen van vormvereisten aan een rechtshandeling en de aan schending van het vormvereiste mogelijk te verbinden ongeldigheid worden in het algemeen als onwenselijke belemmeringen van de contractsvrijheid beschouwd. Aldus Asser/Hartkamp & Sieburgh, a.w., nr. 272.

De Raad vraagt zich af of het juist is de Nederlandse 5%-regeling niet over te nemen. De geraadpleegde praktijk hier te lande voelde er niet voor. Onlangs (november 2009) is verschenen de evaluatie van de Nederlandse regeling. Hieruit blijkt dat de ervaringen in Nederland niet onverdeeld gunstig zijn. Hiervóór, in deze Memorie van Toelichting onder I (Algemeen) is uit deze Nederlandse rapportage geciteerd. Naar aanleiding van het advies van de Raad is artikel 2, vierde lid, aldus aangevuld dat ten bescherming van een consument die verkoper is niet kan worden afgeweken van het schriftelijk vereiste in het eerste lid. De overige aanbevelingen van de Raad zijn opgevolgd.

IV. Artikelsgewijze toelichting

ARTIKEL I

Artikel 2, eerste lid (schriftelijke vorm)

1. Artikel 2, eerste lid, schrijft voor dat alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken (ongeacht of de koper of verkoper een consument is en het verkochte een woning) schriftelijk moeten worden aangegaan (eerste volzin). In het eerste aan de beroepsgroepen voorgelegd voorontwerp was het vormvereiste beperkt tot de huizenkoop door een consument, maar op de uitbreiding tot alle koopovereenkomsten betreffende een onroerende zaak is vanuit de praktijk aangedrongen. Het gaat nu eenmaal om financieel gewichtige goederen en de schriftelijke vorm kan waken tegen onbezonnenheid. Bij een koop, die gericht is op een volgende eigendomsovergang, spelen mee: bijzondere lasten en beperkingen, zoals erfdienstbaarheden of kettingbedingen, opschortende of ontbindende voorwaarden, zoals een financieringsvoorbehoud, en een juiste begrenzing van het verkochte in het veld, waarover partijen zich ook reeds in de fase van de koop goed rekenschap moeten geven. Het schriftelijk vormvereiste kan daartoe leiden. Voorts worden onzekerheden ten aanzien van de totstandkoming van de koop – is er tussen partijen wilsovereenstemming bereikt, mede gelet op artikel 6:225, tweede lid, BW? – vermeden. Zie ook Asser-Hijma 5-I, Koop en ruil, 2007, nr. 136.

2. Recentelijk is verschenen de reeds vermelde Rapportage. Wet koop onroerende zaken; de evaluatie, november 2009. Hierin wordt het volgende geconcludeerd (p. 219-220):
'Bij complexe overeenkomsten, zoals de koop van een woning, is het lastig te overzien wat de verplichtingen zijn die worden aangegaan. Indien partijen op onjuiste gronden, slecht geïnformeerd of op basis van verkeerde veronderstellingen een koop aangaan, betekent dit dat na het sluiten van de overeenkomsten problemen kunnen ontstaan. De overeenkomst staat mogelijk bloot aan vernietiging op grond van dwaling of zal niet op correcte wijze uitgevoerd worden en daardoor geheel of deels ontbonden kunnen worden. Vastleggen in een schriftelijk stuk draagt daarom op verschillende manieren bij aan het minimaliseren van de risico's. Duidelijkheid met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst, schept meer duidelijkheid over de vraag of al dan niet sprake was van dwaling of, in een latere fase, van non-conformiteit. Het vereiste draagt er verder aan bij dat de partijen op juiste wijze hun wil vormen omtrent alle aspecten van de koop. Met betrekking tot wilsvorming past hier een nuancering. Indien de koper (of de verkoper) zonder nader kennis te nemen van de akte, al dan niet onder druk van de andere partij, de akte tekent, is van een juiste of volledige wilsvorming geen sprake. Voorts schept het vereiste (bij een strikte benadering) duidelijkheid over het moment van totstandkoming van de overeenkomst. Doorgaans gaat aan het sluiten van de overeenkomst een onderhandelingsfase vooraf. In die fase kan het onduidelijk zijn of en op welk moment men volledige overeenstemming heeft bereikt. Het rechtsverkeer in het algemeen heeft baat bij duidelijkheid omtrent de juridische status met betrekking tot onroerende zaken, welke duidelijkheid wordt gediend met het stellen van een schriftelijkheidsvereiste aan de koop. Praktisch gezien heeft het schriftelijkheidsvereiste tot gevolg dat zowel koper als verkoper in de fase voordat de overeenkomst op schrift is gesteld, meer tijd hebben om zich op de transactie te beraden. De schriftelijke vorm heeft ook tot gevolg dat partijen beter inzicht krijgen in de aspecten die bij de koop van belang zijn, met name door het gebruik van modelcontracten waarin de relevante bedingen zijn opgenomen. Daar staat tegenover dat partijen zich aan gemaakte mondelinge afspraken kunnen onttrekken zolang deze niet op schrift staan.

(...)

Ook is er aanleiding om het vereiste uit te breiden naar alle overeenkomsten met betrekking tot onroerend goed (dat wil zeggen ook met betrekking tot zakelijk objecten en gesloten door zakelijke kopers). Daarmee worden de gesignaleerde afgrenzingsproblemen ondervangen. Het voorkomt dat de consument in verhouding tot de zakelijk koper in een slechtere positie verkeert ten aanzien van het moment van totstandkomen van de overeenkomst, waarmee ook de (ongewenste) ongerijmdheid als gevolg van artikel 3:298 BW wordt opgelost. Ook in het zakelijke verkeer bestaat behoefte aan duidelijkheid omtrent het moment van totstandkomen van de overeenkomst en de inhoud daarvan. Verder geldt dat het in het maatschappelijk belang is dat zekerheid bestaat omtrent de status van onroerende zaken.'

3. Ingevolge artikel 7:47 BW zal het schriftelijkheidsvereiste ook gelden voor rechten waaraan een onroerende zaak is onderworpen: erfpacht, opstal, appartementsrecht en vruchtgebruik. Daarbij dient men niet alleen te denken aan rechten die ten tijde van de koop reeds bestaan, maar ook aan rechten waaraan de zaak ter nakoming van de koop moet worden onderworpen, bijvoorbeeld de koop van een te vestigen recht van erfpacht.

4. Blijkens de tweede volzin van artikel 2, eerste lid, geldt hier vernietigbaarheid als sanctie, geen nietigheid. Een mondelinge

koopovereenkomst kan echter nadat levering is gevolgd niet langer worden vernietigd. Zowel koper als verkoper hebben (vóór de levering) het recht tot vernietiging. Voor een vóórovereenkomst waaruit een gebondenheid tot koop voortvloeit zal de schriftelijke vorm ook gelden (artikel 6:226 BW). Totdat de akte door beide partijen is getekend, kunnen zowel koper als verkoper terugtreden zonder opgave van redenen. In Nederland wordt – ten aanzien van de huizenkoop door een consument (zie hiervóór onder Algemeen – wel aangenomen dat de verkoper gebonden is aan een mondelinge afspraak en de koper niet. Dit resultaat komt de ondergetekende onwenselijk voor).

5. Op aandringen van de Orde van Advocaten Curaçao wordt in de laatste volzin van artikel 2, eerste lid, bepaald dat ook een volmacht terzake (die al dan niet met lastgeving gepaard kan gaan) aan de schriftelijke vorm is gebonden. De Orde heeft in dit verband gewezen op in de praktijk veel voorkomende geschillen tussen (ver)kopers onderling en met makelaars omtrent de inhoud en strekking van verleende (verkoop)opdrachten.

6. Anders dan in het tweede lid, waar behoefte is aan een nauwkeurige markerings van het begin van de bedenktijd, wordt niet voorgeschreven dat een tussen partijen opgemaakte akte wordt opgemaakt, hetgeen potentieel meer ruimte laat om aan het schriftelijkheidsvereiste te voldoen. Is de koper of de verkoper een 'consument' (een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf), dan kan van het schriftelijkheidsvereiste niet worden afgeweken; zie artikel 2, vierde lid.

Artikel 2, tweede tot en met vijfde lid (bedenktijd)

1. De strekking van deze leden is reeds toegelicht in het Algemeen gedeelte. De omschrijving van de consument is ontleend aan (onder meer) de bestaande artikelen 6:236 (algemene voorwaarden), 7:5 (consumentenkoop van roerende zaken), 7:48a (timeshare), 7:408, derde lid (opdracht) en 7:857 (borgtocht). Een redelijke uitleg van de woorden 'die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf', in geval het gaat om een overeenkomst met een tweeledig doel (bijv. koop van woning met praktijkruimte), is dat de bescherming niet geldt, tenzij de overeenkomst zo losstaat van de beroeps- of bedrijfsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en bijgevolg in het kader van de verrichting, in haar totaliteit beschouwd, waarvoor deze overeenkomst is gesloten, slechts een onbetekende rol speelt (formulering ontleend aan het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 januari 2005, NJ 2006, 278); de persoon die de bescherming inroept dient de bewijzen dat het beroeps- of bedrijfsmatig gebruik onbetekenend is; men zie ook Parlementaire geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek, Invoering Boek 6, p. 1651.

2. Wat betreft de schriftelijke vorm, zij verwezen naar artikel 2, eerste lid. Als nadere eis stelt het onderhavige artikel 2, tweede lid, de terhandstelling van de akte of een afschrift daarvan aan de koper-consument. Gedurende drie dagen kan deze vervolgens de koop ontbinden (tenzij levering heeft plaatsgevonden, hetgeen binnen die korte tijd niet vaak zal voorkomen). Ontbindt de koper de koop dan kan hij, doordat artikel 48e inzake timeshare van overeenkomstige toepassing is verklaard, ook terugtreden uit met de koop verband houdende financieringscontracten.

3. De bedenktijd is korter dan bij timeshare (artikel 48c, eerste lid, BW: vijf dagen), maar timeshare heeft bijzondere aspecten; men zie de memorie van toelichting bij de Landsverordening van 27 april 2005 (P.B. 2005, no. 58), waarbij de timeshareregeling is ingevoerd. Een langere

bedenktijd van drie dagen bij huizenkoop zou te bezwaarlijk zijn voor de verkoper, die veelal ook een 'consument' is.

4. Voor de berekening van de drie dagen, telt de dag van terhandstelling van de koopakte of het afschrift daarvan niet mee ('dies a quo non computatur in termino'). Voorts is de Algemene termijnenlandsverordening van overeenkomstige toepassing. Deze schrijft onder meer voor dat een in een landsverordening gestelde termijn van ten minste drie dagen zo nodig zoveel verlengd wordt dat daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet zijn een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag (artikel 2 Algemene termijnenlandsverordening). Zou dus bijvoorbeeld de koopakte getekend en afgegeven zijn op zaterdag, dan moet de koper eventueel uiterlijk op dinsdagavond vóór 24.00 uur de koop ontbinden. De ontbinding is vormvrij (artikel 3:37, eerste lid, BW). De ontbindingsverklaring moet de verkoper tijdig hebben bereikt (artikel 3:37, derde lid, BW). De bedenktijd geldt ook voor een eventuele vóórovereenkomst, althans voor zover sprake is van een gebondenheid bij voorbaat tot koop (artikel 6:226 BW).

5. De bedenktijd behoort in beginsel slechts eenmaal aan de koper ter beschikking te staan. Daarom is in de laatste volzin van artikel 2, tweede lid, bepaald dat nadat de koop gedurende de bedenktijd van drie dagen door de koper is ontbonden, het recht op ontbinding binnen drie dagen niet opnieuw ontstaat indien binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot hetzelfde object opnieuw een koop tot stand komt.

6. Onder het begrip 'woning' valt mede een tweede woning. Wel zal de woning onroerend moeten zijn. Ook hier zorgt artikel 7:47 BW voor uitbreiding tot erfpacht, opstal, appartementsrecht en vruchtgebruik inzake een woning. Onder de bescherming valt voorts ingevolge het derde lid van het onderhavige artikel 2 de koop van deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van een woning; men denke aan coöperatieve flatverenigingen.

7. Het spreekt van zelf dat artikel 2 moeilijk kan worden toegepast op een veilingkoop. Voor de kopers van timeshares geldt reeds een bijzondere bescherming (Landsverordening van 27 april 2005, P.B. 2005, no. 58). Voorts ligt de onderhandse verkoop door de hypotheekhouder met toestemming van de rechter (artikel 3:268, tweede lid, BW in verbinding met artikel 548 Rv) dicht tegen de openbare executoriale verkoop aan (Rapportage. Wet koop onroerende zaken: de evaluatie, november 2009, p. 222). De veilingkoop voor een notaris, de verkoop als bedoeld in artikel 3:268, tweede lid, BW en de koop van timeshare zijn daarom in het vijfde lid uitgesloten van de toepasselijkheid van artikel 2.

Artikel 8 (schakelbepaling ten aanzien van vooruitbetaling)

In afdeling 2 van de voorgestelde titel 7.12 (Aanneming van werk) worden specifieke dwingendrechtelijke consumentenbeschermende bepalingen voorgesteld met betrekking tot de aanneming van werk die strekt tot de bouw van een woning. Het is wenselijk dat deze bepalingen ook gelden indien sprake is van een koop en ongeacht of de consument contracteert vóór, tijdens of na de bouw. Dit is gerealiseerd door artikel 767 (geen vooruitbetaling) van overeenkomstige toepassing te verklaren op de koop door een consument van een te bouwen en na de voltooiing te leveren woning of van een reeds voltooide nieuw gebouwde woning, tenzij het gaat om de bouw van een woning op grond die de opdrachtgever reeds toebehoort terwijl de aannemingsovereenkomst niet met de koop van de grond verband houdt (artikel 766, derde lid). De schriftelijke vorm en bedenktijd van artikel 766 is voor de koop reeds afdoende geregeld in artikel 2.

Artikel 26, vierde tot en met zesde lid (geen vooruitbetaling)
De tweede volzin van het bestaande tweede lid van artikel 26 BW bevat reeds een bepaling omtrent vooruitbetaling, die betrekking heeft op de consumentenkoop van roerende zaken als bedoeld in artikel 7:5, eerste lid, BW (vooruitbetaling van maximaal de helft van de koopprijs). Voor de koop door een consument van een onroerende zaak is een strengere regel wenselijk. Bepaald is dat de koper in het geheel niet tot vooruitbetaling aan de verkoper kan worden verplicht, behoudens de thans reeds gebruikelijke storting van 10% van de koopprijs bij de notaris. Het karakter van deze depotstorting – veelal is deze gekoppeld aan een boetebeding (artikelen 6:91 tot en met 94 BW) – wordt aan de overeenkomst overgelaten. In plaats van een depotstorting kan ook zekerheid worden gesteld (waarover nader artikel 6:51 BW). Bepaald is dat het hier gaat om dwingend recht. Het vijfde lid correspondeert met artikel 2, derde lid; men denke aan een coöperatieve flatvereniging. Het zesde lid zondert de koop van timeshare uit; vergelijk artikel 2, vijfde lid. Ook hier zorgt artikel 7:47 BW voor uitbreiding tot erfpacht, opstal, appartementsrecht en vruchtgebruik inzake een woning. De in artikel 8 in verbinding met artikel 767 neergelegde termijnbetalingregeling bij aanneming van werk ten aanzien van het werk (te onderscheiden van de levering van de grond) wordt overigens onverlet gelaten.

ARTIKEL II

Afdeling 1 Aanneming van werk in het algemeen

Artikel 750 (definitie)

1. Als kenmerkende eigenschappen van het aannemingscontract noemt artikel 750 de verplichting van de aannemer om een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen, buiten dienstbetrekking en tegen een door de aanbesteder te betalen prijs. Aanneming van werk van een niet stoffelijk karakter valt niet onder deze titel maar onder titel 7.7 BW (opdracht).

2. Artikel 750 eist niet dat het bedrag van de door de aanbesteder te betalen prijs bij de overeenkomst moet zijn bepaald. In zeer veel gevallen gebeurt dit niet en wordt er van uitgegaan dat de aannemer de voor hem of in zijn branche normale prijs zal berekenen als uitgewerkt in 752. Als er bij het sluiten van de overeenkomst niet over een prijs is gesproken, zal op grond van de omstandigheden moeten worden uitgemaakt of een vergoeding in de bedoeling van partijen lag.

3. De definitie in artikel 750 is zo geformuleerd dat zij ook de zgn. regiecontracten kan omvatten. Wel zijn niet alle bepalingen van deze titel van toepassing op dit soort overeenkomst (met name niet artikel 753).

Artikel 751 (uitvoering door anderen)

1. In de moderne maatschappij past het beginsel dat de aannemer het werk door anderen mag laten uitvoeren mits onder zijn leiding. Zelfs kan men zich afvragen of het niet als beginsel (behoudens afwijkende overeenkomst of gebruik) aan de aannemer vrij zou moeten staan ook de leiding van het werk aan anderen over te laten, uiteraard met behoud van de verantwoordelijkheid van de aannemer jegens de aanbesteder. Toch zou daarmee geen recht worden gedaan aan het belang voor de aanbesteder van de keuze van een aannemer, welk belang zeker niet hoofdzakelijk bepaald wordt door de solvabiliteit van de aannemer. Natuurlijk kan de aard van de overeenkomst ook de bevoegdheid voor de aannemer meebrengen het hele werk aan een ander over te laten.

2. Mag de aanbesteder er in het algemeen dus van uitgaan dat de leiding van het gehele werk bij de aannemer berust, hij zal er in het

normale geval geen bezwaar tegen kunnen maken dat onderdelen ervan tot stand komen onder leiding van anderen, die daartoe door de aannemer zijn ingeschakeld. Aan de verantwoordelijkheid van de aannemer doet dit natuurlijk niet af.

3. Aan een regel betreffende de verplichting voor de aannemer tot het verschaffen van de nodige hulpmiddelen of werktuigen bestaat geen behoefte. Deze regel vloeit voldoende duidelijk voort uit de algemene beginselen van het contractenrecht in verband met de aard van deze speciale overeenkomst.

4. De aansprakelijkheid voor hulppersonen wordt geregeld in artikel 6:76 BW. In beginsel is niet van belang of de schuldenaar de hulppersoon inschakelt op eigen initiatief of op verzoek of zelfs op aanwijzing van de schuldeiser. Dit sluit echter niet uit dat met deze en andere omstandigheden van het geval wordt rekening gehouden.

Artikel 752 (redelijke prijs)

1. Zoals reeds bij artikel 750 is opgemerkt, wordt voor aanneming niet vereist dat de prijs reeds bij de overeenkomst is uitgedrukt. Bij de talrijke kleine aannemingsovereenkomsten van het dagelijkse leven zal dit zelfs veelal niet het geval zijn. Hierbij kan nog onderscheiden worden tussen de gevallen waarin geen enkele prijs is genoemd, en die waarin de aannemer een richtprijs heeft opgegeven. Voor deze beide categorieën geeft het eerste lid van artikel 752 een regel die grotendeels overeenkomt met de regel voor de koop (artikel 7:4 BW). Artikel 752 bevat echter ook de verwijzing naar de door de aannemer ter zake van de vermoedelijke prijs gewekte verwachtingen.

2. In talrijke gevallen kan of wil de aannemer zich nog niet binden aan een precies bedrag voor de aannemingssom en beperkt hij zich tot het ongeveer aangeven van de prijs. Het staat de partijen dan natuurlijk vrij de gevolgen van een dergelijke richtprijs te regelen zoals zij willen, maar meestal zal een contractuele regeling van de gevolgen achterwege blijven. Voor die gevallen geeft het tweede lid een nadere regeling die beoogt de aanbesteder een redelijke bescherming te bieden tegen het 'op kosten jagen', zonder de aannemer volledig te belasten met het risico van een overschrijding van zijn prijsschatting. Voorop dient te worden gesteld dat de richtlijnen van het eerste lid ook toepasselijk zijn in het geval dat de aannemer de prijs slechts ten naaste bij had aangegeven. Wat het tweede lid echter hieraan toevoegt, is in de eerste plaats de verplichting voor de aannemer om de aanbesteder bij een dreigende overschrijding van de geschatte prijs met meer dan 10% tijdig te waarschuwen, zodat deze de gelegenheid krijgt het uit te voeren werk te beperken of te vereenvoudigen; in de tweede plaats de verplichting, aan een dergelijke beperking of vereenvoudiging dan binnen de grenzen der redelijkheid zijn medewerking te verlenen. De sanctie op deze verplichtingen van de aannemer is, dat hij bij niet nakomen ervan zijn recht verspeelt de richtprijs met meer dan 10% te overschrijden. Indien zij dat willen, kunnen partijen natuurlijk van de wettelijke marge van 10% afwijken. Contractuele afwijking van het voorschrift is ook mogelijk in die zin, dat bepaalde posten uitdrukkelijk of stilzwijgend buiten de 10%-grens worden gebracht. Hiervan zal bij voorbeeld sprake zijn bij het opnemen van 'stelposten' of het werken met 'glijdende schalen'.

3. Artikel 764 wordt in het onderhavige artikel niet uitgeschakeld. De opdrachtgever kan 'te allen tijde', ook voordat de werkzaamheden zijn aangevangen, de overeenkomst opzeggen, maar moet dan wel ingevolge artikel 764, tweede lid, een vergoeding betalen: in beginsel de voor het gehele werk geldende prijs, verminderd met de besparingen. Ter bepaling

van deze prijs zal dan met een mogelijke beperking of vereenvoudiging als bedoeld in artikel 752, tweede lid, rekening worden gehouden.

Artikel 753 (onvoorziene kostenverhoging)

1. Dit artikel geeft een regeling van de invloed van kostenverhogende omstandigheden waarmee bij het bepalen van de prijs geen rekening was gehouden. Artikel 753 is niet beperkt tot omstandigheden ontstaan na het sluiten van het contract, maar het is ook toepasselijk op omstandigheden die bij het contracteren reeds bestonden maar pas later aan het licht zijn gekomen. Voor zover het voorschrift betrekking heeft op kostenverhogende omstandigheden ontstaan na het sluiten van het contract, kan het worden gezien als een precisering van de algemene regel van artikel 6:258 BW voor een speciaal geval van gewijzigde omstandigheden. Met betrekking tot de omstandigheden die reeds ten tijde van het contract bestonden, geeft het een uitwerking van artikel 6:228 BW (betreffende een 'onjuiste veronderstelling' die aan de overeenkomst ten grondslag was gelegd).

2. Willen kostenverhogende omstandigheden kunnen leiden tot een verhoging van de overeengekomen prijs, dan zal – afgezien van speciale bedingen – aan de volgende eisen moeten zijn voldaan: 1e. het na het sluiten van het contract ontstaan of aan het licht komen van de omstandigheden moet niet aan de aannemer zijn toe te rekenen; in hoeverre zulks het geval is, hangt af van de aard van de overeenkomst en van de omstandigheden; de beginselen van artikel 760, tweede en derde lid, zijn mede van toepassing. 2e. de aannemer behoefde bij het bepalen van de prijs geen rekening te houden met de kans op dergelijke omstandigheden; de kostenverhogende risico's waarvan de aanbesteder mocht aannemen dat zij in de prijs verdisconteerd waren, dienen voor rekening van de aannemer te blijven.

3. De prijsverhoging ingevolge kostenverhogende omstandigheden geschiedt – tenzij anders is bedongen – in het algemeen niet van rechtswege of door een verklaring van de aannemer, maar moet van de rechter worden gevorderd. Hetzelfde geldt voor de wijziging of ontbinding van de overeenkomst krachtens artikel 6:258 BW, maar niet voor de vernietiging van de overeenkomst op grond van artikel 6:228 BW (onjuiste veronderstelling), die immers door een buitengerechtelijke verklaring kan geschieden (3:49 e.v. BW). Gezien de vele factoren die bij de beoordeling van het of en hoeveel van de prijsaanpassing een rol kunnen spelen, moet aan de rechter een grote vrijheid worden toegekend ('geheel of gedeeltelijk kunnen aanpassen').

4. Intussen is de rechterlijke tussenkomst krachtens het tweede lid niet nodig als de aannemer de prijs te laag heeft berekend ten gevolge van onjuiste gegevens die de aanbesteder hem heeft verschaft. Dit zal zich bijvoorbeeld kunnen voordoen als de hoeveelheid of de kwaliteit van bepaalde materialen, opgegeven in het bestek van de aanbesteder, niet voldoende of niet bruikbaar is voor de uitvoering van het werk. Maar had de aannemer de onjuistheid van de gegevens moeten ontdekken, dan zal hij de fout in zijn prijsberekening voor eigen rekening moeten nemen. In welke gevallen de aannemer dergelijke fouten behoort te ontdekken en welke zorgvuldigheid en deskundigheid daarbij van hem gevergd kan worden, hangt van vele omstandigheden af, waarvan de beoordeling aan de rechter zal moeten worden overgelaten. Ook gebreken in van de aanbesteder afkomstige zaken, als bedoeld in artikel 760, tweede lid, kunnen kostenverhogend werken. Voor zover het gaat om 'gebreken' in 'plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften' (vergelijk artikel 760, derde lid) zullen zij meestal vallen onder het tweede lid van artikel 753. De aannemer zal dan de prijs zonder rechterlijke

tussenkomen kunnen aanpassen. Voor gebreken in andere van de aanbestedder afkomstige zaken, hetzij zaken waarop het werk moet worden uitgevoerd, hetzij zaken waarmee het moet worden uitgevoerd (materialen en andere hulpmiddelen), zou de automatische prijsaanpassing van het tweede lid, gezien de veelheid van situaties die zich hierbij kunnen voordoen, te ver gaan. In deze gevallen zal de aannemer, als de aanbestedder niet vrijwillig in een prijsverhoging toestemt, de rechter moeten inschakelen, tenzij alweer partijen anders zijn overeengekomen.

5. Het derde lid verplicht de aannemer die de hem in het eerste of tweede lid gegeven bevoegdheden wil uitoefenen, de aanbestedder zo tijdig mogelijk voor de prijsverhoging te waarschuwen. Deze waarschuwing geeft de aanbestedder de gelegenheid de overeenkomst te beëindigen overeenkomstig artikel 764, maar ook om een voorstel tot beperking of vereenvoudiging van het werk te doen ter voorkoming van de dreigende prijsverhoging. Indien een dergelijk voorstel redelijk is, zal de aannemer er in het geval van het eerste lid verstandig aan doen het te aanvaarden, daar hij na een dergelijk voorstel verworpen te hebben met een vordering tot prijsverhoging bij de rechter niet veel kans zal krijgen. In het geval van het tweede lid zal de aannemer op een dergelijk voorstel – waardoor hij zijn recht op de winst over het niet uit te voeren deel van het werk geheel of gedeeltelijk zou prijs geven – slechts ingaan, hetzij op grond van coudance-overwegingen, hetzij omdat niet geheel zeker is of aan de voorwaarden van het tweede lid volledig is voldaan.

6. Overigens bedenke men dat artikel 753 niet van toepassing is op kostenverhogende omstandigheden die van dien aard zijn, dat de niet-uitvoering van het werk ten gevolge daarvan niet meer aan de aannemer zou kunnen worden toegerekend (overmacht). Zijn immers de gerezen obstakels voor de uitvoering van het werk zó ernstig, dat voltooiing van het werk zelfs bij aanpassing van de prijs niet van de aannemer geveerd kan worden, dan geldt niet artikel 753 maar gelden de artikelen 6:74 e.v..

Artikel 754 (waarschuwingsplicht)

Dit artikel regelt de waarschuwingsplicht van de aannemer, al valt aan een vage omschrijving van de norm niet goed te ontkomen. Terminologisch is aangesloten bij het tweede en derde lid van artikel 760. De betekenis van

het onderhavige artikel betreft in het bijzonder de ondeugdelijke uitvoering van het werk. Maar ook denkbaar is dat de aannemer die tekortschiet in de naleving

van zijn waarschuwingsplicht, aansprakelijk is voor andere schade, bijvoorbeeld

vertragingsschade. In voorkomende gevallen kan de schade wegens eigen schuld worden verdeeld overeenkomstig artikel 6:101 BW.

Men vergelijk in dit verband de beslissing van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven van 7 oktober 1983, Bouwrecht 1984, p. 166 e.v.; HR 24 november 1994, NJ 1995, 154 en HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (KPI/Leba).

Artikel 755 (meerwerk)

1. De betekenis van dit artikel is dat toestemming tot meerwerk niet zonder meer toestemming tot prijsverhoging impliceert. De aanbestedder zal op deze consequentie van de verandering in of toevoeging aan het opgedragen werk moeten worden gewezen, tenzij de aanbestedder die uit zich zelf had behoren te begrijpen. Of dit laatste het geval is, zal grotendeels afhangen van de vraag, hoeveel deskundigheid de aannemer bij de aanbestedder mocht verwachten. Dit betekent dat bij een werk 'onder directie' de aanbestedder niet gemakkelijk een beroep op dit artikel zal

kunnen doen; nog minder, bij onderaanneming, de hoofdaannemer tegenover de onderaannemer. De hier gegeven bescherming van de aanbesteder tegen ongewenste prijsverhogingen is van dwingend recht.

2. Evenmin als in het huidige BW is geregeld welke gevolgen een door de aannemer opgevolgde wens van de opdrachtgever tot minder werk moet hebben op het bedrag van de verschuldigde aanneemsom. Een regeling zou, gelet op de veelvormigheid waarin de aanneming van werk zich kan voordoen (zowel de bouw als een eenvoudige reparatie valt eronder), te strak zijn en licht ten nadele strekken van de niet-professionele opdrachtgever. Indien de aannemer zonder meer meewerkt aan de wijziging van de opdracht, kan wellicht in veel gevallen ervan worden uitgegaan dat hij ook instemt met een evenredige verandering van het contract wat de aanneemsom betreft. Soms echter zal de aannemer de opdracht tot minder werk mogen beschouwen als een gedeeltelijke opzegging in de zin van artikel 764. Alles hangt af van de omstandigheden: in het bijzonder van de aard van het contract, de aard van het uit te voeren werk, de aard van de gevraagde wijziging en de manier waarop het verzoek daartoe is gedaan.

Artikel 756 ('anticipatory breach')

1. Dit artikel geeft een verruiming van de ontbindingsmogelijkheid die reeds in het algemeen voortvloeit uit artikel 6:80 BW in verband met artikel 6:265 BW. Terwijl artikel 6:80 BW behalve in de onder b en c genoemde gevallen eist dat 'vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn', is voor de ontbinding volgens artikel 756 voldoende de waarschijnlijkheid dat het werk niet op tijd of niet behoorlijk zal worden opgeleverd. Een dergelijke verruiming van de mogelijkheid van tijdige ontbinding is voor het aannemingscontract dáárom gewenst, omdat de uitvoering van dit contract zich nog al eens over een lange tijd uitstrekt en ontbinding achteraf veelal geen bevredigende oplossing geeft.

2. Daar voor ontbinding waarschijnlijkheid van een niet tijdige of niet behoorlijke nakoming reeds voldoende is, zal de ontbinding in dit geval niet reeds door een enkele schriftelijke kennisgeving van de partij jegens wie de wanprestatie dreigt (vergelijk artikel 6:267) kunnen volgen, maar moet zij door de rechter worden uitgesproken. Deze heeft daarbij de vrijheid de overeenkomst geheel of slechts gedeeltelijk te ontbinden. Bij spoed kan in kort geding aan de rechter een voorlopige voorziening worden gevraagd die hetzelfde effect heeft als een ontbinding.

3. Krachtens het derde lid bepaalt de rechter de gevolgen van de ontbinding en kan hij de ontbinding ook voorwaardelijk uitspreken, bijvoorbeeld voor het geval dat de aanbesteder niet binnen een bepaalde tijd voldoende zekerheid heeft gesteld. Bovendien opent het tweede lid dan nog voor de aannemer de mogelijkheid om ontbinding te vorderen, als waarschijnlijk wordt dat hij de overeenkomst door overmacht niet zal kunnen uitvoeren. Een dergelijke bevoegdheid komt niet aan iedere schuldenaar uit een wederkerige overeenkomst toe. Overigens blijft de bevoegdheid om de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden op grond van artikel 6:265 BW in verband met artikel 6:80, eerste lid, onder b of c BW naast de in artikel 756 geopende mogelijkheden om tot ontbinding te komen in stand.

4. In spoedeisende gevallen kan de rechter in kort geding worden geadieerd. Deze kan een voorlopige voorziening treffen met een resultaat dat de facto overeenkomt met dat in het onderhavige artikel bedoeld. Verder houde men in het oog dat indien méér dan 'waarschijnlijk' is dat wanprestatie zal volgen – zo geeft de Orde van Advocaten Curaçao als voorbeeld dat de aannemer het werk verlaat en duidelijk is dat het werk niet op tijd zal worden opgeleverd – ontbinding bij eenvoudige schriftelijke

mededeling kan geschieden (artikel 6:267 in verbinding met de artikelen 6:265 en 6:80 BW), nog afgezien van een gebruik van de exceptio non adimpleti contractus dat daaraan vooraf kan gaan (artikelen 6:262 e.v. BW).

Artikel 757 (risico tenietgaan zaak)

1. Dit artikel geeft een speciale regeling voor een bepaald geval van het onmogelijk worden van de prestatie van de aannemer, dat karakteristiek is voor het aannemingscontract, namelijk het onmogelijk worden door het tenietgaan of verloren raken van de zaak waarop of waaraan het werk moest worden uitgevoerd (dus niet: van het werk in uitvoering zelf; zie hierna). Gedeeltelijk concretiseert deze regeling de algemene regeling, vervat in de artikelen 6:265 e.v. BW (in verbinding met de artikelen 6:58 e.v. BW betreffende crediteursverzuim en met artikel 6:75 BW betreffende overmacht), gedeeltelijk geeft zij een daarvan afwijkende oplossing. Volgens de algemene regels van Boek 6 BW kan de crediteur (in dit geval: de aanbesteder) in geval van niet-nakoming die niet aan de debiteur (de aannemer) kan worden toegerekend, de overeenkomst door een schriftelijke of gerechtelijke kennisgeving ontbinden. De gevolgen van deze ontbinding worden uitgewerkt in de artikelen 6:271 e.v. BW. Een dergelijk ontbindingsrecht komt de crediteur echter niet toe, als de oorzaak van de verhindering aan zijn zijde is opgekomen, tenzij de oorzaak van de verhindering niet aan hem kan worden toegerekend (artikel 6:266, eerste lid, in verbinding met artikel 6:58 BW). Kan de oorzaak van de verhindering hem wèl worden toegerekend, dan blijft hij dus tot volledige nakoming van zijn eigen verplichting gebonden. Wel zal hij nog tot zover vergoeding kunnen vorderen voor het niet ontvangen van de gecontracteerde prestatie, als zijn wederpartij door het verhinderd zijn van zijn prestatie voordeel heeft genoten (artikel 6:78 BW). Tegen deze achtergrond heeft artikel 757 nu de volgende betekenis:

2. (a) Het geeft een antwoord op de vraag in hoeverre het tenietgaan of verloren raken van de zaak waaraan of waarop het werk moest worden uitgevoerd, een oorzaak van verhindering is die de aanbesteder kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:58 BW, en wel in die zin dat het tenietgaan of verloren raken van de zaak niet voor rekening van de aanbesteder komt als de zaak zich voor reparatie of bewerking onder de aannemer bevond (tweede lid), doch wèl, wanneer zulks niet het geval was (eerste lid). Als criterium is dus gekozen het zich al of niet 'onder de aannemer' bevinden van de zaak tijdens het tenietgaan of verloren raken. In de praktijk zal dit veelal samenvallen met het al of niet roerend zijn van de zaak, waaraan het werk moet worden uitgevoerd, maar dit behoeft niet altijd het geval te zijn. Een enkele keer zal het twijfelachtig kunnen zijn of een onroerende zaak zich onder de aannemer bevond. Het is aan de rechter om in zulke uitzonderlijke gevallen de nodige precisering van het criterium te geven.

3. (b) Bevond de zaak zich niet onder de aannemer (zoals meestal bij aanneming van werk met betrekking tot onroerende zaken), dan geeft het eerste lid voor de meeste gevallen een oplossing die vrij ingrijpend afwijkt van de regeling, zoals die voortvloeit uit de artikelen 6:266 en 6:78 BW. De aannemer behoudt immers niet zijn recht op de volle aanneemsom onder aftrek van het door hem door de niet-voltooiing van het werk genoten voordeel (bespaarde kosten en dergelijke), maar hij heeft slechts recht op een evenredig deel van de aanneemsom, berekend op grondslag van de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten. Wel zullen deze kosten alle kosten omvatten die met het oog op de uitvoering van het werk zijn gemaakt (dus ook het loon van uitsluitend voor dit werk aangetrokken krachten, wanneer door het onmogelijk worden van het werk niet volledig

van hun arbeid gebruik kon worden gemaakt). Slechts wanneer het tenietgaan van de zaak te wijten zou zijn aan opzet of grove schuld van de aanbestedder, geldt een regeling (van artikel 764, tweede lid) die praktisch niet veel afwijkt van de gecombineerde werking van de artikelen 6:266 en 6:78 BW. De hier gegeven oplossing lijkt voor de bedoelde gevallen beter aan te sluiten bij de in de maatschappij levende opvattingen dan een regeling die er toe zou leiden dat bijvoorbeeld een schilder, in geval van brand van een huis waaraan schilderwerk moest worden verricht, de rekening zou kunnen presenteren voor het ten gevolge van de brand niet uitgevoerde schilderwerk.

4. (c) Is het tenietgaan van de zaak te wijten aan opzet of grove schuld van de aanbestedder, dan zou het onbillijk zijn de aannemer zijn recht te ontzeggen op de volle winst die hij bij voltooiing van het werk zou hebben gemaakt. Het ontwerp stelt hem dan in dezelfde positie als zou de aanbestedder gebruik hebben gemaakt van zijn recht om te allen tijde de overeenkomst te beëindigen (artikel 764). Men bedenke hierbij dat de ernst van de schuld beoordeeld moet worden op basis van de contractuele verhouding met de aannemer. Het lijkt minder billijk deze oplossing te aanvaarden voor iedere vorm van schuld aan de kant van de aanbestedder. Of en wanneer er, in gevallen van handelingen van de aanbestedder in noodtoestand, gesproken zal kunnen worden van opzet in de zin van dit artikel, moet aan de rechter worden overgelaten.

5. (d) Gaat de zaak, zonder dat dit aan de aannemer kan worden toegerekend, teniet of raakt zij verloren terwijl zij zich onder de aannemer bevindt, dan geeft het tweede lid in zover een eigen regeling, afwijkend van die van Boek 6 (in casu artikel 6:265 BW), dat het de betalingsplicht automatisch doet vervallen zonder dat hiervoor nog een schriftelijke of gerechtelijke kennisgeving tot ontbinding is vereist. Bovendien heeft het tweede lid, zoals boven is aangegeven, de betekenis dat het tenietgaan van de zaak in deze situaties op zichzelf als een niet aan de aanbestedder toe te rekenen oorzaak van verhindering in de zin van artikel 58 BW (crediteursverzuim) karakteriseert. Dit laatste wordt natuurlijk anders als de aanbestedder schuld zou hebben aan het tenietgaan of verloren raken van de zaak. In dat geval verklaart het tweede lid weer de regeling van het eerste lid van toepassing; d.w.z. dat in geval van – niet grove – schuld de oplossing van de eerste volzin van het eerste lid zal gelden (evenredige vermindering van de aanneemsom) en in geval van opzet of grove schuld die van de tweede volzin (volle aanneemsom onder aftrek van de door de aannemer uitgespaarde kosten). Onder schuld van de aanbestedder moet mede worden begrepen schuld van personen wier diensten hij bij de uitvoering van de overeenkomst, voor zover hier van belang, heeft gebruikt. Maar omstandigheden die krachtens artikel 760, tweede lid, voor rekening van de aanbestedder komen, zullen, bij afwezigheid van schuld, niet mogen leiden tot een afwijking van de algemene regel van 'gezond verstand', zoals die in de eerste helft van het tweede lid is neergelegd. Een te ver gaande nuancering in deze situaties zou de eenvoud van de rechtstoepassing onnodig schaden.

6. Het onmogelijk worden van de uitvoering van het werk moet wel onderscheiden worden van de gebrekkige oplevering die niet aan de aannemer kan worden toegerekend, al zullen zich grensgevallen kunnen voordoen. Over de gebreken in de oplevering die het gevolg zijn van gebreken in van de aanbestedder afkomstige zaken, handelt artikel 760, tweede en derde lid.

7. Artikel 757 handelt uitsluitend over het geval dat de uitvoering van het werk onmogelijk is geworden door een omstandigheid die niet aan de aannemer kan worden toegerekend. Kan de onmogelijkheid aan de aannemer worden toegerekend, dan is de aannemer aansprakelijk volgens

de algemene regelen van aansprakelijkheid wegens de niet-nakoming van verbintenissen (artikel 74 e.v. BW).

8. Artikel 757 bevat geen aparte voorziening voor het geval dat de uitvoering van het aangenomen werk afstuit op wettelijke voorschriften, daaronder begrepen het ontbreken van wettelijk voorgeschreven vergunningen. Of een dergelijke omstandigheid voor rekening van de aanbesteder behoort te komen in de zin van het eerste lid, zal van geval tot geval moeten worden beslist. Ook kan het zijn dat de aard van het contract of de bestaande gebruiken op een van beide partijen terzake een garantieplicht leggen.

9. Dit artikel regelt niet het risico van tenietgaan van het werk in uitvoering zelf. Bestaat de mogelijkheid van vervanging dan kan de aannemer zich niet op overmacht beroepen en dient hij voor eigen rekening de vervanging te verrichten. Voor zover dit onbillijk is, kan hij beroep doen op artikel 753 (onvoorzien kostenverhoging). Is de mogelijkheid van vervanging er niet – men moet aannemen dat dit uitzonderlijk is – dan kan de opdrachtgever op grond van artikel 6:265 BW de overeenkomst ontbinden. De gevolgen van deze ontbinding zijn geregeld in de artikelen 6:269 e.v. BW. Na oplevering is het werk voor risico van de opdrachtgever. Zie artikel 758, tweede lid.

Artikel 758 (oplevering)

1. Wanneer de aannemer meent dat het werk voltooid is, moet hij, al naar gelang van hetgeen overeengekomen is, hetzij de opdrachtgever meedelen dat het werk voltooid is, hetzij het werk aan de opdrachtgever opleveren. De opdrachtgever moet daarop nagaan of het werk conform de bepalingen van de overeenkomst uitgevoerd is. Die controle zal het de opdrachtgever mogelijk maken: (a) het werk te aanvaarden, of (b) het werk te aanvaarden onder voorbehoud voor bepaalde door hem vermelde gebreken, of (c) te weigeren het werk te aanvaarden.

2. De aanvaarding van het werk valt dus niet altijd samen met de oplevering. De oplevering kan aan de aanvaarding vooraf gaan, bijvoorbeeld wanneer het werk ten huize van de opdrachtgever opgeleverd wordt in diens afwezigheid. Zij komt na de aanvaarding bij een bouwwerk waar het voltooide werk op uitnodiging van de aannemer wordt gecontroleerd en de oplevering pas daarna plaatsvindt door overhandiging van de sleutels. Tenslotte kunnen de oplevering en de aanvaarding samenvallen, bijvoorbeeld bij eenvoudige werken die bij de oplevering kunnen worden gecontroleerd (bijvoorbeeld een foto na ontwikkeling).

3. De controle en de aanvaarding van het werk of de weigering van de aanvaarding moeten geschieden binnen een redelijke termijn na de oplevering van het werk of de uitnodiging door de aannemer om te aanvaarden. Welke termijn redelijk is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval en van hetgeen ter zake gebruikelijk is. Voor werken die gemakkelijk gecontroleerd kunnen worden op het ogenblik van de oplevering, kan die termijn kort zijn of zelfs ontbreken.

4. Het werk is stilzwijgend aanvaard wanneer de opdrachtgever nalaat binnen een redelijke termijn het werk te aanvaarden of op een andere wijze te reageren. De vorm en het ogenblik van de aanvaarding variëren naar gelang van de aard van het werk en de omstandigheden. Zodra het werk echter aanvaard is, is de aannemer bevrijd van alle aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken waarvoor de opdrachtgever geen voorbehoud heeft gemaakt. De uitdrukking 'zichtbaar gebrek' is ondefinieerbaar maar zal naar gelang van de omstandigheden verschillende betekenissen hebben. Een gebrek dat zichtbaar is voor iemand van dezelfde beroepstak als de aannemer kan een verborgen gebrek zijn voor een leek-opdrachtgever die niet bijgestaan wordt door een deskundige.

Artikel 759 (herstel gebreken)

1. In het algemeen heeft de crediteur die een gebrekkige prestatie heeft ontvangen, krachtens artikel 6:74 BW het recht ter zake van die gebrekkigheid schadevergoeding te vorderen, tenzij de gebrekkige nakoming niet aan de debiteur kan worden toegerekend. Dit recht wordt slechts getemperd door de artikelen 6:74, tweede lid, en 6:248, tweede lid, BW. Alleen wanneer hij in plaats van de aangeboden prestatie vervangende schadevergoeding vordert, zal hij ingevolge artikel 6:87 BW de debiteur door een schriftelijke aanmaning eerst nog in staat moeten stellen alsnog deugdelijk na te komen, tenzij zulke nakoming niet meer mogelijk is. In het geval van het aannemingscontract is het echter in het algemeen gewenst dat de aannemer ook het betalen van een aanvullende schadevergoeding zoveel mogelijk kan ontgaan door de gebreken in het opgeleverde werk binnen redelijke termijn weg te nemen. Een dergelijke mogelijkheid biedt het eerste lid van artikel 759. Maar die mogelijkheid zal ook niet onbeperkt mogen zijn. Juist in sommige typische aannemingssituaties zal niet altijd van de aanbesteder gevergd kunnen worden dat hij de aannemer toelaat tot het wegnemen der gebreken. Met name zal dit zich kunnen voordoen als de noodzakelijke herstelwerkzaamheden groot ongerief voor de aanbesteder zouden meebrengen, of als in verband met de gebleken onbekwaamheid van de aannemer geen goed resultaat van de herstelwerkzaamheden is te verwachten, of als niet valt aan te nemen dat de herstellingen binnen redelijke termijn voltooid kunnen worden.

2. Maakt de aannemer gebruik van de hem in het eerste lid toegekende bevoegdheid, dan behoort dit uiteraard de aanbesteder niet te beroven van een vergoeding van de schade die hij door de gebrekkige levering lijdt, ook als de gebreken later worden weggenomen. Voor zover het daarbij alleen om vertragingschade gaat, zal in beginsel moeten zijn voldaan aan de eis van ingebrekestelling (artikelen 6:81 e.v. BW), tenzij in de overeenkomst een bepaalde termijn voor nakoming was aangewezen (artikel 6:83 onder a BW).

3. Het tweede lid vormt een tegenhanger van het eerste in zover het aan de aanbesteder een recht op herstel van gebreken toekent, tenzij de kosten daarvan in geen verhouding staan tot het belang van de aanbesteder bij het wegnemen der gebreken. In sommige gevallen vloeit het hier aan de aanbesteder toegekende recht ook reeds voort uit het algemene beginsel van artikel 3:296 BW, met name wanneer het wegnemen van de gebreken beschouwd kan worden als een gewone – zij het verhoogde – nakoming van de overeenkomst. Maar niet altijd hoeft daarvan sprake te zijn.

4. Voor de vraag of de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de aanbesteder bij herstel in plaats van schadevergoeding, zal natuurlijk niet alleen met het financieel belang van de aanbesteder rekening moeten worden gehouden. De aanbesteder kan eisen dat de gebreken binnen een redelijke tijd worden weggenomen. Daarvoor zal hij een termijn kunnen stellen. Voldoet de aannemer hieraan niet, dan zal de aanbesteder de gebreken voor eigen rekening kunnen laten wegnemen en de kosten daarvan als schade op de aannemer verhalen. In plaats van zijn recht uit het tweede lid te gebruiken, zal de aanbesteder ook krachtens artikel 6:265 BW de overeenkomst kunnen ontbinden, 'tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet kan rechtvaardigen'.

Artikel 760 (gebreken of ongeschiktheid van materialen)

1. Dit artikel geeft een risicoregeling voor de gevolgen van gebreken of ongeschiktheid van zaken die bij de uitvoering van het werk een rol hebben gespeeld, en breidt deze regeling, voor wat betreft zaken afkomstig van de aanbestedder, uit tot de gevolgen van fouten of gebreken in door de aanbestedder verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, enz. (derde lid). Het eerste lid geeft een uitwerking en precisering van de algemene regels van de artikelen 6:75 en 6:77 BW, en wel in die zin dat voor de aannemingsovereenkomst gebreken of ongeschiktheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen in de regel moeten worden beschouwd als oorzaken welke voor rekening van de aannemer komen. Het is gewenst dat de wetgever op dit voor het aannemingscontract praktisch zo belangrijke punt enige richtlijn geeft. Het artikel bevat een voorbehoud voor het geval dat uit de overeenkomst een andere risicoverdeling voortvloeit. Dit laatste kan het gevolg zijn van de aard van de overeenkomst of van een uitdrukkelijke of stilzwijgende afwijking van de wettelijke regel door partijen.

2. Zijn de door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen afkomstig van de aanbestedder, dan komen de gevolgen krachtens het tweede lid voor rekening van de aanbestedder. Blijkens het derde lid is dit ook het geval, indien bepaalde materialen op aanwijzing van de aanbestedder zijn gebruikt en deze materialen in het algemeen ondeugdelijk blijken voor het doel waarvoor zij moeten worden aangewend. Dat de gevolgen van de fouten van de personen van wier hulp de aannemer bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik maakt, voor zijn rekening komen, volgt uit artikel 6:76 BW en vindt zijn bevestiging in de slotwoorden van artikel 751.55

3. Het tweede lid heeft betrekking op de voor het aannemingscontract zo karakteristieke gevallen dat voor de door de aannemer te leveren prestatie zaken worden gebruikt die van de aanbestedder afkomstig zijn. Dat is natuurlijk in de eerste plaats het geval, indien het werk moet worden uitgevoerd aan een zaak van de aanbestedder (reparatie, onderhoud, verfraaiing), maar ook als er grondstoffen en/of hulpmiddelen door de aanbestedder worden verschaft. Indien zulke van de aanbestedder afkomstige zaken gebreken vertonen, kan dat op verschillende manieren een nadelige invloed hebben op de uitvoering van het werk: a. de oplevering van het werk kan gebrekkig zijn door gebrekkigheid van de gebruikte materialen of van de zaak waarop het werk moest worden uitgevoerd (het kleed dat gestoomd moest worden, bleek zó vergaan te zijn, dat het niet tegen die behandeling bestand was); b. de uitvoering van het werk kan er door zijn vertraagd; c. de aannemer heeft ten gevolge van de gebreken in de zaken van de aanbestedder extra kosten moeten maken of extra arbeid moeten verrichten om het werk op deugdelijke wijze uit te kunnen voeren; d. de uitvoering van het werk is door een gebrek in een van de aanbestedder afkomstige zaak onmogelijk geworden. De onder a en b genoemde gevallen zijn geregeld in artikel 760, tweede lid,, terwijl onder c en d genoemde gevallen beheerst worden door artikel 753 en artikel 757.

4. Om alle twijfel dienaangaande uit te sluiten, wordt onder 'zaken afkomstig van de aanbestedder' gebracht de grond waarop deze het werk laat uitvoeren. Voor al deze zaken geldt dat de in artikel 760, tweede lid, genoemde gevolgen van de gebreken voor rekening van de aanbestedder komen, ongeacht of deze schuld aan de gebreken heeft. De aanwezigheid van schuld bij de aanbestedder wordt relevant, als de gebreken leiden tot het tenietgaan van de zaak waaraan het werk moest worden uitgevoerd, en dan nog (tenzij in geval van grove schuld) slechts wanneer deze zaak aan de aannemer was toevertrouwd (artikel 757, tweede lid). Wil er sprake zijn van gebreken in van de aanbestedder afkomstige zaken, dan zal de betreffende zaak niet die kwaliteiten moeten bezitten, die de aannemer er

van mocht verwachten. Zo zal een antiek meubel dat ter stoffering aan een stoffeerder wordt toevertrouwd, nog niet gezegd kunnen worden 'gebreken' te hebben in de zin van dit artikel, ook al zou het in vergelijking met een nieuw meubel gebrekkig kunnen worden genoemd.

5. De gevallen van gebrekkige oplevering moeten onderscheiden worden van de gevallen waarin de uitvoering van het werk onmogelijk is (geworden). Bij gebrekkige oplevering is er sprake van een prestatie die de aannemer als het door hem verschuldigde werk aanbiedt. Bij onmogelijkheid van (volledige) uitvoering beroept de aannemer er zich juist op dat het hem onmogelijk is het door hem verschuldigde werk (volledig) op te leveren. Het verschil is van belang in het geval van het tenietgaan of verloren raken van de zaak waarop of waaraan het werk moest worden uitgevoerd (artikel 757). Is er in een zodanig geval sprake van een omstandigheid die voor rekening van de aanbestedder komt, dan behoeft deze slechts een evenredig verminderde prijs te betalen, terwijl hij bij een gebrekkige oplevering ten gevolge van gebreken in zaken die van hem afkomstig zijn, ondanks de gebrekkigheid van de oplevering de volledige prijs zal moeten betalen. De gebrekkigheid komt immers voor zijn rekening. Ook als de gebreken in van de aanbestedder afkomstige zaken er toe leiden dat de uitvoering van het werk onmogelijk wordt, zodat artikel 757 toepasselijk is, vervult artikel 760, tweede en derde lid, nog deze functie, dat het de gebreken in zaken afkomstig van de aanbestedder, voor zover de aannemer terzake niet in deskundigheid of zorgvuldigheid is tekortgeschoten, ook voor toepassing van artikel 757 tot omstandigheden stempelt die voor rekening van de aanbestedder komen.

6. Artikel 760, tweede lid, brengt de nadelige gevolgen van gebreken in zaken, afkomstig van de aanbestedder, alleen voor rekening van de aanbestedder 'voor zover de aannemer niet zijn in artikel 754 bedoelde waarschuwingsplicht heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten'. Bij het aangaan van de overeenkomst zal de aannemer tekort zijn geschoten, als hij met de deskundigheid die van hem verwacht mocht worden en met de onder de omstandigheid te vergen zorgvuldigheid de gebreken in de zaken zou hebben ontdekt. Bij de uitvoering zal de aannemer tekortschieten, als hij de schadelijke gevolgen van de gebreken had kunnen voorkomen bij inachtneming van de onder de omstandigheid vereiste zorgvuldigheid en bij aanwezigheid van de vereiste deskundigheid. Het artikel legt de bewijslast ter zake van de inachtneming van de vereiste zorgvuldigheid op de aannemer. De van hem te vergen deskundigheid brengt mee dat hij de hem verschaftte grondstoffen niet blindelings gebruikt. Bij werken 'onder directie' kan dit anders zijn – en zulks zal vooral het geval zijn bij de overeenkomstige toepassing krachtens het derde lid – maar deze plegen beheerst te worden door uitvoerige standaardcondities.

7. Het derde lid verklaart de risicoregeling van het tweede lid van overeenkomstige toepassing bij fouten of gebreken in door de aanbestedder verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, enz., aan de hand waarvan het werk moet worden uitgevoerd. Van een gebrek in bestek of uitvoeringsvoorschriften is ook sprake als het daarbij voorgeschreven materiaal van een bepaald fabrikaat ondeugdelijk blijkt te zijn voor het uit te voeren werk.

Artikel 761 (verjaring)

1. Dit artikel voorziet in een dubbele verjaringstermijn voor acties van de aanbestedder wegens gebreken in het opgeleverde werk: (a) een tweejarige termijn lopende vanaf het tijdstip dat de aanbestedder ter zake van de gebreken heeft geprotesteerd (vergelijk artikel 7:23, tweede lid,

eerste volzin, BW ten aanzien van de koop), en (b) een tien-, respectievelijk twintigjarige termijn die loopt vanaf het moment van oplevering. Deze verjaring geldt voor alle vorderingen tegen de aannemer ter zake van gebreken in het opgeleverde werk. De tweejarige termijn moet worden gezien in verband met artikel 6:89 BW, hetwelk bepaalt dat de schuldeiser 'op een gebrek in de prestatie geen beroep meer (kan) doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd'.

2. De tweejarige verjaring laat echter de mogelijkheid open van vorderingen die pas vele jaren na de oplevering worden ingesteld, voor zover het namelijk gaat om gebreken die de aanbesteder niet eerder had ontdekt en ook niet redelijkerwijs had moeten ontdekken. Artikel 3:310 BW voorziet in het algemeen voor het geval van een onbekend gebleven schade in een twintigjarige verjaring lopende vanaf de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Voor bouwwerken, die in het algemeen belang bestemd zijn een lange tijd mee te gaan en waarbij gebreken zich veelal pas later openbaren, lijkt een twintigjarige verjaring – maar dan vanaf het moment van oplevering – inderdaad redelijk. Het lijkt niet rechtvaardig de aanbesteder die slaagt in het moeilijke bewijs dat het gebrek reeds aanwezig was op het moment van oplevering, en aan wie niet verweten kan worden dat hij het gebrek niet eerder heeft ontdekt, spoedig van een vordering te beroven.

3. Het onderhavige artikel 761, in samenhang met artikel 6:89 BW, leidt ertoe dat de aannemer tegen een vordering ter zake van gebreken – naast zijn verweer ter zake van de vraag óf, de oplevering gebrekkig is geweest – de volgende verweren kan voeren: (a) Eiser heeft niet tijdig geprotesteerd nadat hij het gebrek had ontdekt of had moeten ontdekken (artikel 6:89 BW); de bewijslast ter zake van het eerder ontdekt (moeten) hebben van het gebrek berust op de aannemer, doch in vele gevallen zal deze bewijslast verlicht worden door feitelijke vermoedens. (b) Ook al zou eiser tijdig hebben geprotesteerd, dan heeft hij zijn vordering niet binnen twee jaren na zijn (beweerde) protest ingesteld. (c) Ook al zou hij zijn vordering binnen twee jaren na zijn – tijdig – protest hebben ingesteld, dan heeft hij zulks toch niet binnen tien, respectievelijk twintig jaren na de oplevering gedaan of na het protest, als dit een schriftelijke aanmaning in de zin van artikel 3:317, eerste lid, BW inhoudt.

4. De korte verjaringstermijn van het eerste lid begint te lopen vanaf het moment dat de aanbesteder ter zake van het gebrek heeft geprotesteerd. Dit zou tot onbillijke resultaten leiden, als de aanbesteder overeenkomstig artikel 759 aan de aannemer een termijn had gesteld om het gebrek te herstellen. Hierin voorziet de tweede volzin van het eerste lid. Daar met het onderzoek naar, en het herstellen van gebreken veel tijd kan zijn gemoeid, is het gewenst de verjaringstermijn gedurende deze periode te laten doorlopen overeenkomstig de regeling van artikel 3:320 BW. Vandaar de bepaling van het derde lid. In het vierde lid is een bepaling gegeven die correspondeert met de tweede volzin van artikel 23, tweede lid BW ten aanzien van de koop.

Artikel 762 (geen exoneratie bij verzwijging)

1. Artikel 762 bepaalt dat de aansprakelijkheid van de aannemer voor door hem verzwegen gebreken niet kan worden uitgesloten of beperkt. Ook aan een contractuele verkorting van de verjaringstermijn zal in zulke gevallen geen betekenis mogen worden gehecht. Niet alleen een uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid door de aannemingsovereenkomst wordt door artikel 762 getroffen. Ook op een door de aanbesteder bij de aanvaarding van het opgeleverde werk getekende afstand van mogelijke

rechten ter zake van nog niet door hem gekende gebreken zal de aannemer geen beroep kunnen doen, als hij die gebreken opzettelijk verzwegen had.

2. De tweede volzin breidt de draagwijdte van het artikel in zóver uit, dat ook verzwijging door personen die de aannemer met de leiding over de uitvoering van het werk heeft belast, er onder wordt gebracht. Anderzijds wordt hiermee tevens duidelijk gemaakt dat het verzwijgen van gebreken door andere leden van het personeel of door niet ondergeschikte personen die bij de uitvoering van de overeenkomst worden gebruikt (zoals onderaannemers), niet gelijk mag worden gesteld met opzet van de aannemer.

Artikel 763 (overlijden aannemer)

1. Zowel de erfgenamen van de aannemer als de aanbesteder kunnen na overlijden van de aannemer een redelijk belang hebben bij beëindiging van de overeenkomst. De erfgenamen van de aannemer zullen een redelijk belang hebben als de voltooiing van het werk door de dood van de aannemer veel moeilijker of kostbaarder zou zijn geworden. Zonder een speciale regeling zouden zij dan slechts krachtens artikel 753 aan de rechter een aanpassing van de prijs kunnen vragen als aan de vereisten van dat artikel is voldaan. Zou de dood van de aannemer de voltooiing van het werk onmogelijk maken, dan zouden de erfgenamen zich veelal op overmacht kunnen beroepen (artikel 6:74 in verbinding met artikel 6:75 BW). De aanbesteder kan dan de overeenkomst ontbinden (artikel 6:265 BW), in welk geval hij het reeds ontvangen deel van het werk (respectievelijk de waarde ervan) moet teruggeven (artikel 6:272).

2. Het mogelijk belang van de aanbesteder bij beëindiging in geval van overlijden van de aannemer ligt natuurlijk dáárin, dat hierdoor de behoorlijke aflevering van het werk in gevaar kan worden gebracht, en dit zal zich vooral voordoen als de overeenkomst met het oog op de persoonlijke kwaliteiten van de aannemer was afgesloten. Zonder een speciale beëindigingsregeling zou de aanbesteder slechts via een beroep op de rechter tot ontbinding van de overeenkomst kunnen komen (artikel 756).

3. Het ontwerp eist voor beëindiging in geval van dood van de aannemer een wilsverklaring van de partij die bij die beëindiging belang heeft. De mogelijkheid om de overeenkomst in dit geval te beëindigen is niet beperkt door eisen te stellen aan het persoonlijk karakter van de door de aannemer verschuldigde prestatie, maar door te eisen dat de partij die wil beëindigen (hetzij de erfgenamen van de aannemer, hetzij de aanbesteder), aan het overlijden van de aannemer een redelijk belang kan ontlenen bij de beëindiging van de overeenkomst. Of dit in een concrete situatie het geval is, zal bij geschil door de rechter moeten worden beslist. Niet voldoende is dat degene die beëindigt daarbij op zichzelf een redelijk belang heeft, maar hij moet dat belang speciaal aan het overlijden van de aannemer ontlenen. Voor de beëindiging door de aanbesteder zal zulk belang meestal schuilen in het persoonlijk karakter van de door de aannemer verschuldigde prestatie, maar het kan ook zijn dat het overlijden van de aannemer tot een ontwrichting leidt die de ernstige vertraging van de voltooiing van het werk waarschijnlijk maakt. Op grond van artikel 756 zal de aanbesteder in dat geval ook gehele of gedeeltelijke ontbinding door de rechter kunnen vorderen. Wat betreft beëindiging door de erfgenamen van de aannemer zal hun redelijk belang bij beëindiging meestal geen verband houden met het persoonlijk karakter van de verschuldigde prestatie, maar veeleer met de moeilijkheid voor hen om deze prestatie zonder extra grote kosten en moeite nog te leveren. Zonder artikel 763 zouden zij dan nog wel de mogelijkheid van aanpassing van de

aannemingsprijs hebben (artikel 753), maar daarvoor is gerechtelijke tussenkomst vereist, terwijl zonder artikel 763 twijfel zou kunnen bestaan over de vraag of de dood van de aannemer een feit is dat hem niet kan worden toegerekend.

4. Het ontwerp heeft aan de dood van de aannemer als beëindigingsgrond toegevoegd zijn duurzame arbeidsongeschiktheid. Deze moet zo zijn dat daaraan een redelijk belang bij beëindiging van de overeenkomst kan worden ontleend. Er bestaat geen reden ook het faillissement van de aannemer tot een wettelijke grond voor beëindiging te maken. Bijna altijd zal de aanbestedder dan het recht van artikel 33 Faillissementsbesluit 1931 kunnen uitoefenen. Zou hij de aannemingsom volledig vooruit hebben betaald, wat niet vaak voorkomt, dan zal hij een beroep moeten doen op artikel 756.

5. Ingevolge de tweede volzin van artikel 763 hebben de aannemer of zijn erfgenamen bij beëindiging van de overeenkomst aanspraak op een naar redelijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden te bepalen vergoeding.

Artikel 764 (opzegging door opdrachtgever)

1. Dit artikel bevat het beginsel dat de aanbestedder te allen tijde de overeenkomst mag beëindigen. Zolang de aannemer er financieel niet op achteruitgaat, is het belang dat de aanbestedder kan hebben bij niet-voortzetting van het werk, groter dan het belang van de aannemer bij de voltooiing ervan. Het ontwerp ziet de uitoefening van het recht van de aanbestedder als een opzegging die slechts een beperkte invloed heeft op de verplichting van de aanbestedder tot betalen van de aannemingsprijs. De opzegging brengt geen verandering in de aard van die schuld, wèl – in de meeste gevallen – in de omvang. Artikel 764 geeft de aanbestedder ook de bevoegdheid de overeenkomst gedeeltelijk op te zeggen, d.w.z. op te zeggen met betrekking tot een deel van het opgedragen werk.

2. Wat betreft de door de aanbestedder bij beëindiging verschuldigde prijs maakt het tweede lid onderscheid al naar gelang de overeengekomen prijs niet of wel afhankelijk was gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten. Voor de aannemingscontracten waarbij de prijs van het begin af aan vaststaat, wordt de prijs berekend door uit te gaan van de overeengekomen prijs voor het hele werk, welke slechts wordt verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de beëindiging van het werk voortvloeien. De besparingen voor de aannemers omvatten natuurlijk in de eerste plaats de bespaarde kosten van materialen en arbeid. Maar de term is ruim genoeg om er ook de vergoeding voor niet gelopen risico onder te brengen, voor zover het gebruikelijk is in de begroting van het werk een post daarvoor op te nemen buiten de eigenlijke winst. Ook de bespaarde eigen arbeid van de aannemer, voor zover deze in het kader van het gegeven contract als een werkelijke besparing moet worden gezien, zal er onder bepaalde omstandigheden onder kunnen vallen. Gezien de veelheid van situaties lijkt het gewenst, door een elastische term als 'besparingen' een zekere vrijheid voor de rechter (of arbiter) te laten. Artikel 764 spreekt van de 'voor het gehele werk geldende prijs'. Dit doelt op de prijs, zoals deze uitdrukkelijk was gecontracteerd of kon worden vastgesteld aan de hand van artikel 752.

De tweede volzin van het tweede lid geeft een eigen berekeningswijze voor de aannemingscontracten waarbij de prijs afhankelijk is gesteld van de werkelijk door de aannemer te maken kosten, de zogenaamde regiecontracten. De formule van de eerste volzin geeft in deze gevallen geen oplossing. Het verschil in de berekeningswijzen van de eerste en tweede volzin van het tweede lid kan nog van belang zijn voor de bewijslastverdeling. Als de aanbestedder de hele prijs moet betalen,

verminderd met de bespaarde kosten, ligt het voor de hand dat het bewijsrisico ten aanzien van door de aanbesteder beweerde besparingen op de aanbesteder rust, ook al zal de aannemer een belangrijke mededelingsplicht hebben. Maar bij de berekeningswijze van de tweede zin moet de aannemer bewijzen welke kosten hij heeft gemaakt en welke winst hij derft.

Afdeling 2 Bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf

Artikel 765 (toepassingsbereik)

Verwezen zij naar artikel 2 ten aanzien van de koop van een woning door een consument en de toelichting bij dat artikel.

Artikel 766 (schriftelijke vorm en bedenktijd)

Het eerste en tweede lid corresponderen met artikel 2 ten aanzien van de koop. Verwezen zij naar de toelichting bij die bepaling. Uit het derde lid vloeit voort dat dit artikel 766 alleen geldt voor zogeheten koop/aannemingsovereenkomsten; men denke in het bijzonder aan woningbouwprojecten. De overwegingen die ten grondslag liggen aan de voor de koop van een woning voorgestelde schriftelijke vorm en bedenktijd gelden niet tevens voor die gevallen waarin de grond waarop de woning dient te worden gebouwd reeds aan de opdrachtgever toebehoort en de overeenkomst derhalve alleen strekt tot de bouw van een woning. Teneinde ontduiking door splitsing van de koop/aannemingsovereenkomst in een aparte koop van de grond en aanneming van de bouw van de woning te voorkomen, is tevens bepaald dat de uitsluiting van de toepasselijkheid van dit artikel slechts geldt, indien de aannemingsovereenkomst niet met de koop van de grond in verband staat.

Artikel 767 (geen vooruitbetaling)

1. Vóórfinanciering wordt in dit artikel uitgesloten. Bepaald wordt dat, althans bij benadering, de betalingen gelijke tred moeten houden met de voortgang van de bouw dan wel moeten overeenstemmen met de waarde van de aan de opdrachtgever overgedragen goederen (met name de grond). Een wettelijke regeling inzake termijnbetalingen zou een te statisch karakter hebben. Het Nederlandse Garantie-Instituut Woningbouw hanteert een standaard-termijnregeling die in de koop/aannemingsovereenkomst moet zijn opgenomen, maar ook deze laat afwijking (met toestemming van de directeur van het GIW) toe. Deze termijnregeling – 10% bij de aanvang van de bouw na fundering; 20% na het leggen van de ruwe beganegrondvloer; 20% na het leggen van de ruwe verdiepingsvloer(en); 20% na het waterdicht maken van het dak; 20% na het stuc- en tegelwerk; 10% voor oplevering – kan wellicht steun bieden bij de concretisering van de norm 'althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw'.

2. Het artikel bevat uitzondering vergelijkbaar met die in artikel 26, derde lid, ten aanzien van de koop van een woning door een consument: de opdrachtgever kan worden verplicht 10% van de aanneemsom als waarborgsom te storten of vervangende zekerheid te stellen, waarover nader artikel 6:51 BW (men denke in het bijzonder aan een bankgarantie). Storting van de waarborgsom is mogelijk op de 'derdenrekening' van een notaris of – conform de praktijk, zoals medegedeeld door de Orde van Advocaten Curaçao – van een advocaat.

Artikel 769 (dwingend recht)

Deze tweede afdeling wordt hier van dwingend recht verklaard; vergelijk wat betreft de huizenkoop artikel 2, vierde lid, artikel 8 en artikel 26, vierde lid.

ARTIKEL III

Het nieuwe derde lid van artikel 3:291 BW is ontleend aan het huidige artikel 7A:1628 BW. Voor de wetsgeschiedenis ervan zie Staten van de Nederlandse Antillen, zitting 2000/2001-2427, Nota van Wijziging, no. 4, onderdeel I. De bepaling is destijds aldus toegelicht (p. 2): "Blijkens de uitspraak van de Hoge Raad van 15 februari 1991, NJ 1991, 628 is een retentierecht op onroerend goed mogelijk, ook in een geval waarin een aannemer een retentierecht uitoefent jegens de rechthebbende die tevens de aanbesteder is, ter zake van de grond en het door hem daarop gebouwde, zoals hij dat uit hoofde van de aannemingsovereenkomst onder zich heeft gekregen. Een zodanig retentierecht – dat niet kenbaar is uit de openbare registers, en derhalve een bron van onzekerheid kan opleveren voor derden die deze registers met het oog op de rechtstoestand van het onroerend goed hebben geraadpleegd – dient echter te worden beperkt tot het geval waarin de schuldeiser die het retentierecht uitoefent, op een ook voor derden voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over het goed uitoefent, zodat feitelijke afgifte, veelal ontruiming, nodig is om deze macht weer op de rechthebbende te doen overgaan.

Naar de mening van de ondergetekende hoort een dergelijk retentierecht niet zonder meer te kunnen worden tegengeworpen aan een eerdere hypotheekhouder. Redelijk is dat de aannemer slechts het retentierecht aan deze hypotheekhouder kan tegenwerpen voor zover door zijn werkzaamheden de executieopbrengst hoger is geworden. Aldus het voorgestelde artikel 1628 van Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek. In dit verband houde men in het oog dat de aannemer betaling door de opdrachtgever kan bedingen die ten minste correspondeert met de voorgang van de bouw; en dat aannemer er redelijkerwijs op bedacht moeten zijn dat de onroerende zaak verhypothekeerd is."

Zie voorts hetgeen hiervóór onder III is opgemerkt naar aanleiding van het advies van de Raad van Advies.

ARTIKEL IV

Deze overgangsbepalingen corresponderen met het bestaande artikel 143 Landsverordening overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek (P.B. 2001, no. 119) ten aanzien van de koop.

ARTIKEL V

De bestaande regeling van de aanneming van werk, die voorlopig in Boek 7A was ondergebracht, komt met de invoering van de nieuwe titel 7.12 te vervallen.

ARTIKELN VI en VII

Hierin wordt de inwerkingtreding geregeld en een citeertitel aan het ontwerp verbonden. Zoals in alle ontwerpen ter voltooiing van het nieuw BW-project, is gekozen voor inwerkingtreding met ingang van een bij landsbesluit te bepalen tijdstip, hetgeen coördinatie mogelijk maakt (in het bijzonder: gelijktijdige inwerkingtreding).

De Minister van Justitie

De Minister van Algemene Zaken