

erfpachtrecht door de titelzuiverende werking van de onteigening komt te vervallen.

14. Van een onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet is dus geen sprake. Tegelijk legt het arrest van de Hoge Raad bloot dat een in de akte van vestiging geregelde bevoegdheid tot opzegging 'in het algemeen belang' de positie van de erfpachter en opstalhouder danig verzwakt ten opzichte van degenen ten aanzien waarvan deze bevoegdheid niet wordt voorbehouden. Zelfs huurders genieten een sterkere bescherming. Dat het ook anders kan, bewijzen de Haagse Algemene Bepalingen voor uitgifte

in erfpacht, die in artikel 22 een volledige onteigeningsschadeloosstelling in het vooruitzicht stellen.

15. Inmiddels zien de opstalhouders in kwestie zich door de opzegebepaling geconfronteerd met een weigering van de bank om de opstalrechten te financieren. Hier dringt zich de vergelijking met de perikelen rond de financiering van particuliere erfpacht eveneens op. Deze zaak zal dan ook ongetwijfeld nog een staartje krijgen.

W.J.E. van der Werf

Jurisprudentie – VI. Aanneming van werk

TBR 2015/33

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 1 oktober 2014, No. 71.862 (Problematiek bij oplevering appartementencomplex gebouwd onder garantie)

(Mr. J.J.I. Verburg, ing. J. van Dijk en ir. G.J.W.M. van Bebber)

Arbitragereglement GIW 2010; Statuten Raad van Arbitrage voor de Bouw; BW: art. 6:89, art. 6:233, art. 7:23, art. 7:758; Rv.: art. 1061 lid 6

Appartementencomplex. Garantie. Twee deurbellen loket. Oplevering aan VvE met groteigenaar. Aanvullende gebreken na oplevering door verkrijgers. Systematiek grievenstelsel in hoger beroep. Bewijslast van de klachtplicht:

Met gastnoot F.M. van Cassel – van Zeeland, Red.¹

De gronden van de beslissing **De bevoegdheid en de ontvankelijkheid**

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

6. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Tussen ondernemster en verkrijgers is een geschil ontstaan naar aanleiding van tussen hen gesloten koop-/aannemingsovereenkomsten

dan wel koopovereenkomsten, welke zien op appartementen in het wooncomplex HH. te Z.. Verkrijgers onder 8 hebben niet rechtstreeks verkregen, doch hebben gekocht van een aanvankelijke verkrijger onder overdracht van diens aanspraken op ondernemster.

8. Ondernemster en verkrijgers strijden over door verkrijgers gestelde gebreken aan de algemene gedeelten van het werk.

9. Om vrijgave van door verkrijgers gestorte 5% depots te bewerkstelligen maakt ondernemster op 15 februari 2010 tegen de verkrijgers 1, 3, 4, 7, 10, 11, 12, 13, 14 en 17 een zogenaamd GIW-geschil geschil aanhangig, bij de Raad geregistreerd onder nummer 80034.

10. Verkrijgers (1 t/m 18) maken op hun beurt 4 juni 2010 ter zake van de gestelde gebreken aan de algemene delen van het werk een gewoon (geen GIW) geschil bij de Raad aanhangig onder nummer 32.449.

11. Voormelde geschillen (80034 en 32.449) zijn samengevoegd behandeld. De mondelinge behandeling vond plaats op 20 oktober 2011.

12. In het vonnis in geschil 80034 zijn de vorderingen van ondernemster tot vrijgave van depots bij vonnis van 3 januari 2013 afgewezen, behoudens ten aanzien van de verkrijgers sub 17, die zijn veroordeeld tot betaling aan ondernemster van € 18.500,00 (tot welk beloop zij meer hadden ingehouden dan de andere in geschil 80034 betrokken verkrijgers).

13. Tegen het voormelde vonnis in geschil 80034 staat op grond van het daarop

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat bij Simmons en Simmons te Amsterdam.

toepasselijke Arbitragereglement geen hoger beroep open.

De vorderingen van verkrijgers in eerste aanleg

14. Het petitum van verkrijgers in geschil 32.449 luidt na eiswijziging:

‘Dat Uw Raad moge behagen om bij scheidsrechtelijk vonnis uitvoerbaar bij voorraad voor zover de wet zulks toelaat:

I. A. te veroordelen om met inachtnaam van de eisen van goed en deugdelijk werk over te gaan tot herstel cq. aanpassing van de (montage cq. afhangende van de) kozijnen dusdanig dat deze vrij zullen zijn van lekkages, tocht en fluittonen;

- herstel van het moffelwerk op de balkonhekken;
- herstel en aanpassing van de schroeven van de entree-overkapping;
- herstel en aanpassing van (de bekleding van) de liftdeuren/lijftkooi-deuren;
- aanpassing van de schuifdeuren van de entreehallen dusdanig dat van adequate afdichting sprake is;
- aanpassing van de hemelwaterafvoer ter plaatse van de ingang van de parkeergarage dusdanig dat regenwater niet langer de parkeergarage kan binnenstromen alsmede, als dat door uitzonderlijk overvloedige regenval niettemin toch zou gebeuren, aanbrenging van een waterkerende constructie dusdanig dat water niet in de bergingen kan doordringen;
- aanpassing en verbetering van de verlichting in de trappenhuizen;
- afwerking van de liftinstallatie op een niveau als ware het een buiteninstallatie;
- vervanging van de zonweringen door zonweringen van een voor de locatie aan zee toereikende kwaliteit zowel qua windbestendigheid als qua roestwerendheid;
- aanbrenging van zonweringen aan de noordoost- en noordwest-zijde;
- herstel van beschadigd, vervallen verfwerk voor zover dit op metaal is aangebracht;
- aanbrengen van het onjuiste afschot op de balkons en galerijen en het aanbrengen van een juiste ondergrond;
- herstel van het beschadigde tegelwerk ter plaatse van appartement nr. 121;
- aanbrenging van voldoende afschot op het parkeerdek;
- herstel van de lekkage in de parkeergarage;
- aanbrenging van voldoende open stootvoegen;
- herstel van de gescheurde lint- en stootvoegen;
- aanbrenging van voldoende ventilatie in de trappenhuizen;
- het treffen van maatregelen ter wering van tocht ter plaatse van (de randen van) de kozijnen en bij de schakelaars van de screens;

Alles binnen 3 maanden na betekening van het in dezen te wijzen vonnis en op straffe van een dwangsom van € 1.500,- voor elke dag dat A. in gebreke blijft aan het in dezen te wijzen vonnis te voldoen, of althans binnen een termijn en op straffe van een dwangsom als

door u geboden wordt geacht;

II. Te bevelen dat op kosten van A. onderzoek wordt gedaan, waar nodig destructief, door een door uw Raad aan te wijzen deskundige of deskundigen, naar het bestaan, de oorzaak, de noodzaak tot herstel en naar de omvang van de kosten voor herstel van de navolgende gebreken:

- de lekkages in de trappenhuizen en de entreehal;
- het ontbreken van (adequaat aangebracht) lood en loodslabben in het gevelmetselwerk;
- het bol staan van tegelwerk aan de buitenzijde;
- het ontbreken van de juiste ondergrond/bevestiging onder het tegelwerk;
- de toepassing van onjuiste spouwankers;

III. A. te veroordelen om conform de uitkomsten van het onderzoek over te gaan tot herstel dan wel tot vervangende schadevergoeding terzake de onder II. genoemde gebreken;

IV. A. te veroordelen om alsnog over te gaan tot oplevering van de algemene gedeelten zulks na tijdige aankondiging en in bijzijn van de verkrijgers of een door hen aan te wijzen vertegenwoordiger of vertegenwoordigers;

IV. A. te veroordelen om aan eisers te voldoen de gemaakte buitengerechtelijke kosten, bestaande uit de kosten van het onderzoek door RPS, ter grootte van € 8.266,93;

V. Alles onder veroordeling van A. in de kosten van deze procedure, daaronder begrepen het salaris van de gemachtigde.’

15. Onderneemster voert in eerst aanleg gemotiveerd verweer.

16. Het dictum van het in dat geschil gewezen vonnis waarvan beroep luidt:

‘DE BESLISSING:

Arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid,

VEROORDELEN [ondernemster] om met inachtnaam van de eisen van goed en deugdelijk werk binnen drie maanden na betekening van dit vonnis de navolgende herstelwerkzaamheden uit te voeren:

- herstel c.q. aanpassing van de (montage c.q. afhangende van de) kozijnen in de puien naar de balkons dusdanig dat deze vrij zullen zijn van tocht;
- herstel en aanpassing van de schroeven van de entree-overkapping;
- aanpassing van de schuifdeuren van de entreehallen dusdanig dat wordt voldaan aan de eis van minimaal regenwerendheid;
- aanpassing van de hemelwaterafvoer ter plaatse van de ingang van de parkeergarage dusdanig dat regenwater niet langer de parkeergarage kan binnenstromen;
- aanbrengen van het juiste afschot op de galerijvloer ter plaatse van woning nummer 115;
- herstel van het beschadigde tegelwerk ter plaatse van woning nummer 121;
- herstel van de lekkage in de parkeergarage;

- aanbrenging van voldoende open stootvoegen;
- herstel van de gescheurde lint- en stootvoegen;
- aanbrenging van voldoende ventilatie in de trap- en huizen;
- het treffen van maatregelen ter wering van tocht ter plaatse van de schakelaars van de screens;

BEPALEN dat [ondernemster] aan eisers een dwangsom zal verbeuren van € 500,00 (zegge: etc.) per dag dat zij in gebreke blijft aan voormelde veroordeling te voldoen, zulks met een maximum van € 25.000,00 (zegge: etc.);

VEROORDELEN [ondernemster] ter zake van de buitengerechtelijke kosten aan eisers te betalen € 3.000,00 (zegge: etc.);

VEROORDELEN [ondernemster] ter verrekening van de proceskosten aan eisers te betalen € 8.497,80 (zegge: etc.);

VERKLAREN dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
WYZEN AF hetgeen meer of anders is gevorderd.'

De vordering in hoger beroep

17. Ondernemster komt tegen het vonnis in eerste aanleg in geschil 32.449 in hoger beroep met 20 grieven.

18. Omdat zij meent dat in verband met 'verwevenheid' en 'onbevredigende implicaties' het appel in geschil 32.449 ook een 'de facto' appel in geschil 80034 dient te betreffen, richt zij tevens 6 grieven tegen het vonnis als gewezen in laatstgenoemd geschil.

19. Ondernemster concludeert in hoger beroep:

'MET CONCLUSIE

in het hoger beroep tegen het vonnis in procedure 32.449

[ondernemster] verzoekt Uw Raad:

I. het vonnis in geschilnummer 32.449 gewezen op 3 januari 2013 te vernietigen en onder aanvulling of verbetering van gronden, de vorderingen van de bewoners alsnog volledig af te wijzen;

II. de bewoners te veroordelen in de kosten van beide instanties, een billijk te achten tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [ondernemster] daaronder begrepen.

in het hoger beroep tegen het vonnis in procedure 80034 [ondernemster] verzoekt Uw Raad

I. het vonnis in geschilnummer 80034 gewezen op 3 januari 2013 te vernietigen en onder aanvulling of verbetering van gronden, de vorderingen van [ondernemster] alsnog volledig toe te wijzen;

II. de bewoners te veroordelen in de kosten van beide instanties, een billijk te achten tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [ondernemster] daaronder begrepen.'

Het verweer in hoger beroep en de vordering in incidenteel appel

20. Verkrijgers 1 t/m 8 voeren in hoger beroep gemotiveerd verweer tegen de grieven van ondernemster. Op hun beurt komen zij tegen het vonnis in eerste aanleg op met 5 grieven. Daarbij verzoeken zij om een aanvulling op het vonnis in eerste aanleg (met de incidentele grief 1) en vermeerderen zij hun eis ten opzichte van die in eerste aanleg, dan wel passen zij hun eis ten opzichte van die in eerste aanleg aan.

21. Verkrijgers 1 t/m 8 concluderen:

'MET CONCLUSIE
Dat het U Raad moge behagen bij scheidsrechterlijk vonnis uitvoerbaar bij voorraad voor zover de wet zulks toelaat

In principaal appel het gevorderde af te wijzen onder veroordeling van [ondernemster] in de kosten van het principale beroep;

In incidenteel appel het vonnis in eerste aanleg te vernietigen en [ondernemster] te veroordelen waartoe zij reeds in eerste aanleg werd veroordeeld en [ondernemster] daarnaast ook nog te veroordelen, eveneens op straffe van de reeds opgelegde dwangsommen,

- *om met inachtnaam van de eisen van goed en deugdelijk werk over te gaan tot vervanging van de zonnweringen door zonnweringen van een voor de locatie aan zee toereikende kwaliteit zowel qua windbestendigheid als qua roestverendheid.*

- *om alsnog juist afschot aan te brengen op alle galerijen voor zover ter plaatse 1,5 cm of meer water blijft staan;*

- *om op eigen kosten door een door uw Raad aan te wijzen onafhankelijke deskundige destructief onderzoek te laten doen naar de wijze van bevestiging van het blauwe tegelwerk op de kolommen aan de buitenzijde van het gebouw en naar de oorzaak van het loslaten van het tegelwerk alsmede om, waar de wijze van aanbrengen als ondeugdelijk wordt beoordeeld, tot herstel over te gaan.*

- *om alsnog over te gaan tot oplevering van de algemene gedeelten zulks na tijdige aankondiging en in het bijzijn van de verkrijgers of een door hen aan te wijzen vertegenwoordiger of vertegenwoordigers;*
- *tot betaling van een bedrag van € 5.266,93 aan buitengerechtelijke kosten;*

alles onder veroordeling van [ondernemster] in de kosten van het incidentele beroep.'

De beoordeling van het geschil

Het hoger beroep tegen het vonnis in geschil 80034

22. Tegen het vonnis in geschil 80034 staat op grond van het daarop toepasselijke Arbitragereglement - zoals ondernemster ook zelf al vaststelt - geen hoger beroep open. Dat ondernemster dat onbevredigend vindt in verband met de in haar ogen bestaande grote verwevenheid met het geschil 32.449, maakt dat niet anders.

23. Appellarbiters zullen ondernemster dan ook niet ontvankelijk verklaren in haar hoger beroep in zoverre dat zich richt tegen het vonnis van arbiters in geschil 80034.

Het hoger beroep tegen het vonnis in geschil 32.449 De feiten

24. Door partijen zijn - behoudens grief I van ondernemster tegen het vonnis als gewezen in geschil 32.449 - geen grieven gericht tegen de in eerste aanleg als tussen hen vaststaand aangemerkte feiten, zodat die feiten ook appellarbiters, behoudens indien en voor zover als voormelde grief I van ondernemster hierna slaagt, in hoger beroep tot uitgangspunt dienen.

25. Appellarbiters zullen de grieven in het principaal en in het incidenteel appel, daar waar dat uit oogpunt van vonnissystematiek wenselijk is gezamenlijk, dan wel in een afwijkende volgorde bespreken. De grieven van ondernemster in het principaal appel worden daarbij aangeduid als Ipr, IIpr, IIIpr etc. De incidentele grieven van verkrijgers als 1inc, 2inc, 3inc, etc.

Grief Ipr: *‘Ten onrechte overweegt de Raad onder randnummer 6 sub c alsmede randnummers 13 en 15 dat [ondernemster] (niet eerder dan) op 4 december 2008 de gemeenschappelijke ruimten heeft opgeleverd aan grooteigenaar [ondernemster].’*

Grief IVpr: *‘Ten onrechte overweegt de Raad onder r.o. 17 dat er kanttekeningen kunnen worden gemaakt bij het feit dat in het opleveringsrapport slechts zes opleveringsgebreken worden vermeld. Ten onrechte overweegt de Raad voorts dat dit voor een gebouw als het onderhavige bijzonder weinig is.*

Ten onrechte overweegt de Raad onder r.o. 17 dat gelet op de omstandigheid dat de heer II. bij de oplevering zowel de aannemer als de VVE heeft vertegenwoordigd, bij de vaststelling van de opleveringsgebreken uit een oogpunt van redelijkheid en billijkheid mede dient te worden uitgegaan van de door eiseres opgegeven gebreken.

Ten onrechte overweegt de Raad in r.o. 17 voorts dat de eerste opgave van de gebreken volgens de bewoners is vervat in een brief van 15 januari 2009, welke brief niet in het geding is gebracht zodat arbiters uit zullen gaan van de gebreken genoemd in de memorie van eis. Ten onrechte overweegt de Raad tenslotte in r.o. 17 dat nu de oorspronkelijke gebreken grotendeels corresponderen met de in de memorie van repliek genoemde gebreken, van deze laatste opsomming (als zijnde opleveringsgebreken) kan worden uitgegaan.’

Grief 2inc: *‘Ten onrechte is geoordeeld dat de oplevering van de algemene delen op 4 december 2008 rechtsgeldig heeft plaatsgevonden.’*

26. Arbiters zien termen aanwezig deze grieven, die alle zien op het oordeel van

arbiters in eerste aanleg over het moment van oplevering en over de als opleveringsgebreken aan te merken klachten ter zake van het werk, gezamenlijk te bespreken.

27. Ondernemster bestrijdt in haar toelichting op grief Ipr als zodanig niet dat zij op 4 december 2008 de gemeenschappelijke ruimten heeft opgeleverd aan de grooteigenaar (en derhalve in materiele zin aan zichzelf), doch zij stelt dat dit om louter administratieve redenen is gebeurd en dat de gemeenschappelijke gedeelten in 2005 al door ingebruikneming aan de verkrijgers zijn opgeleverd. Ondernemster vindt - zo stelt zij voorts - steun voor die stelling in de omstandigheid dat in 2005 de privé-gedeelten zijn opgeleverd, wat impliceert dat de gemeenschappelijke gedeelten vanaf toen veilig en blijvend zijn benut. Die vaststelling is volgens ondernemster van belang omdat verkrijgers vervolgens - te rekenen vanaf 2005 - niet tijdig hebben geklaagd over door hen gestelde gebreken aan die algemene gedeelten. Als de redenering van arbiters in eerste aanleg wordt gevolgd, zo betoogt ondernemster hier ten slotte, dan zouden de verkrijgers de oplevering van de algemene gedeelten eindeloos kunnen tegenhouden door de weigering om een VVE-bestuur te vormen.

28. Appellarbiters volgen - met verkrijgers - ondernemster niet in haar voormeld betoog. Ingevolgde de toepasselijke algemene voorwaarden (artikel 14 lid 6) behorend bij de koop-aannemingsovereenkomsten dienen de algemene gedeelten aan ‘de verkrijgers’ (en dus niet noodzakelijkerwijs aan de VVE) te worden opgeleverd. Dat in de praktijk het bestuur van de VVE de verkrijgers bij een dergelijke oplevering pleegt te vertegenwoordigen, maakt dat niet anders. Het (nog) niet gevormd zijn van een bestuur van de VVE staat derhalve in beginsel niet in de weg aan het uitnodigen van de verkrijgers voor een opneming voor oplevering van de algemene gedeelten.

29. Evenmin volgen appellarbiters ondernemster daar waar zij betoogt dat de gemeenschappelijke gedeelten in 2005 al door ingebruikneming zijn opgeleverd. Die opvatting verdraagt zich, zoals ook verkrijgers terecht betogen, noch met het voorstel van ondernemster (in de vergadering van de VVE van 27 april 2008) om de algemene gedeelten in mei 2008 op te leveren (welk voorstel overigens is verworpen) noch met de mededeling van de door ondernemster aangestelde interim-voorzitter van de VVE (in de vergadering van 2 oktober 2008) dat ondernemster het gebouw niet aan zichzelf kan opleveren (*‘De oplevering wordt dus naar de andere eigenaren gedaan.’*).

30. Appellarbiters volgen echter evenmin de stellingname van verkrijgers, inhoudend-

de dat nu niet aan de verkrijgers maar aan de VVE (waarmee ondernemster feitelijk aan zichzelf opleverde) is opgeleverd, er nimmer sprake is geweest van een oplevering van de algemene gedeelten.

31. Appellarbiters komen net als arbiters in eerste aanleg tot het oordeel dat formeel aan de vereiste van een oplevering is voldaan op 4 december 2008, nu nadat het bestuur van de VVE was afgetreden en een interim-bestuurder was aangesteld, rechtsgeldig aan de VVE kon worden opgeleverd en dat is gebeurd. Dat neemt echter niet weg dat uit de overgelegde correspondentie blijkt dat voorafgaand aan dat moment en ook daarna reeds veel klachten, thans ook onderwerp van dit geschil, speelden. Verder hebben verkrijgers nog vóór dat zij enige tijd na 4 december 2008 (in februari 2009) op de hoogte zijn gesteld van deze formele oplevering per brief van 15 januari 2009 van hun gemachtigde uitdrukkelijk melding gemaakt van hun klachten. Op grond daarvan hebben arbiters in eerste aanleg naar het oordeel van appellarbiters op goede gronden tot het oordeel kunnen komen, dat weliswaar strikt formeel op 4 december 2008 is opgeleverd, doch dat de redelijkheid en de billijkheid in verband met het karakter van die oplevering met zich brengen dat de door de verkrijgers in de brief van hun gemachtigde kenbaar gemaakte klachten alsnog als (tijdig) bij die oplevering kenbaar gemaakte gebreken moeten worden aangemerkt.

32. Arbiters zijn wel met ondernemster van oordeel dat door arbiters in eerste aanleg geen duidelijke verklaring wordt gegeven - nu de brief van de verkrijgers van 15 januari 2009 in eerste aanleg niet in het geding was gebracht - voor de overweging dat de in de memorie van eis en van repliek genoemde gebreken corresponderen met 'de oorspronkelijke gebreken'. In hoger beroep is de voormelde brief echter alsnog in het geding gebracht en daaruit is voor appellarbiters komen vast te staan dat de gebreken ten aanzien waarvan in eerste aanleg vorderingen van verkrijgers zijn toegewezen, daarin - zij het hier en daar in wat meer algemene bewoordingen - al worden vermeld. Latere opgaven zijn niet meer dan nadere specificaties van de in die brief reeds vermelde klachten.

33. De grieven Ipr, IVpr en 2inc falen.

Grief IIpr: *'Ten onrechte overweegt de Raad onder r.o. 9 dat [ondernemster] als formeel verweer heeft aangevoerd dat een op de garantieregeling gebaseerde vordering alleen kan worden ingesteld door de VVE, op grond waarvan verkrijgers in hun vordering niet ontvankelijk zijn.'*

Grief IIIpr: *'Ten onrechte overweegt de Raad onder r.o. 11 dat eisers wel ontvankelijk zijn in hun vorderingen, omdat volgens de jurisprudentie van de Raad*

individuele eigenaren herstel kunnen vorderen van de gemeenschappelijke delen van een appartementsgebouw alsmede vanwege het feit dat de garantieregeling niet van toepassing is op het onderhavige Raadsgechil.'

34. Ondernemster stelt dat deze grieven II en III zich lenen voor gezamenlijke behandeling. Appellarbiters zijn diezelfde mening toegedaan.

35. Ondernemster voert hier in haar toelichting - kort gezegd - aan dat individuele kopers alleen dan een vordering tot herstel kunnen instellen nadat de VVE daarmee heeft ingestemd. Bestaat die instemming niet, dan is volgens haar sprake van een VVE-geschil ter zake waarvan de burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen.

36. Appellarbiters overwegen dat individuele eigenaren in beginsel herstel kunnen vorderen van gemeenschappelijke delen van een appartementengebouw. Daarbij geldt als enige mogelijke beperking dat enig recht van medeverkrijgers niet mag worden aangetast of dat daaraan nadeel wordt toegebracht. Ten aanzien van een oordeel over mogelijk conflicterende belangen van medeverkrijgers is het oordeel voorbehouden aan de burgerlijke rechter.

37. Appellarbiters is echter niet gebleken van conflicterende belangen van mede-eigenaren anders dan dat ondernemster zelve als groot-eigenaar - wat ondernemster kennelijk aanduidt als 'een groot gedeelte van de VVE' - niet wil instemmen met de herstellvorderingen van verkrijgers. Het staat echter vast dat vrijwel alle individuele eigenaren betrokken waren bij het geschil in eerste aanleg. Ondernemster is hier als groot-eigenaar niet aan te merken als 'mede-verkrijger'. Waarom de verkrijgers met een koopovereenkomst hier - zoals ondernemster ten slotte betoogt - een andere positie zouden innemen dan die met een koop-/aannemingsovereenkomst, is door ondernemster - na gemotiveerde betwisting door verkrijgers - niet voldoende onderbouwd.

38. De grieven IIpr en IIIpr leiden dan ook niet tot vernietiging van het bestreden vonnis.

39. De grieven Vpr, VIpr, VIIpr, VIIIpr, IXpr, Xpr, XIpr, XIIpr, XIIIpr, XIVpr, XVpr, XVIpr, 1inc, 4inc en 5inc, zien alle op het al dan niet (gedeeltelijk) toewijzen dan wel (gedeeltelijk) afwijzen van concrete herstellvorderingen van verkrijgers door arbiters in eerste aanleg.

40. Appellarbiters overwegen daarbij dat partijen er, zoals is verwoord in het vonnis in eerste aanleg, mee akkoord zijn gegaan de gebreken

waarover geschil bestaat te behandelen aan de hand van de deskundigenberichten van Nitram en I.A.C. (opgesteld voor de Raad in geschil 80034). Ook appellarbiters gaan derhalve in beginsel uit van de juistheid van de daarin opgenomen feitelijke constatering.

41. Bij de grieven Vpr, VIpr, VIIpr, VIIIpr, IXpr, Xpr, XIpr, XIIpr, XIIIpr, XIVpr, XVpr heeft ondernemster haar toelichtingen op die grieven steeds voorzien van de (primaire) stellingname dat sprake is van niet-ontvankelijkheid van verkrijgers in hun vorderingen:

- bij gebreke van toestemming van de VVE tot het instellen ervan;
- dan wel als gevolg van niet tijdig klagen (artikel 6:89 BW);
- dan wel als gevolg van verval of verjaring.

Daarbij gaat ondernemster blijkens die toelichtingen steeds uit van het slagen van ten minste één van haar grieven Ipr t/m IVpr en verbindt zij aldus het lot van dat niet-ontvankelijkheidsverweer aan het slagen van (een van) die grieven.

42. Nu de grieven Ipr t/m IVpr falen, faalt bij de grieven Vpr, VIpr, VIIpr, VIIIpr, IXpr, Xpr, XIpr, XIIpr, XIIIpr, XIVpr, XVpr ook het vorenbedoelde (primaire) niet-ontvankelijkheidsverweer. De betreffende grieven worden hierna dan ook alleen nog besproken indien en voor zover deze in voor de beslissingen relevante zin meer of anders inhoudend dan dat verweer.

GriefVpr: *‘Ten onrechte overweegt de Raad onder r.o. 23 dat de vordering wordt toegewezen ten aanzien van de luchtstroom bij de puilen naar de balcon.’*

43. In aanvulling op haar niet-ontvankelijkheidsverweer (zie rechtsoverwegingen 41 en 42) heeft ondernemster hier nog gesteld dat verkrijgers op 4 september 2009 (gezien hun onderzoeksopdracht van die datum aan RPS Kraan) op de hoogte waren van deze mogelijke problemen en vervolgens tot mei 2010 (de memorie van eis) hebben gewacht met klagen. Dat is volgens ondernemster te laat om te voldoen aan het bepaalde in artikel 6:89 BW (klagen binnen bekwame tijd).

44. Appellarbiters volgen ondernemster niet in dat betoog. Binnen een periode van 8 maanden is een onderzoeksopdracht is gegeven, het resultaat daarvan afgewacht en is een geschil ahangig gemaakt. Appellarbiters zijn van oordeel dat daarmee, vooral nu ondernemster ook niet heeft gesteld of aannemelijk heeft gemaakt te zijn benadeeld door dit tijdsverloop, voldaan is aan het vereiste van klagen binnen bekwame tijd. Voorts hebben verkrijgers in hun brief van 15 januari 2009 al tochtklachten aan de orde gesteld. In de rapportage van RPS Kraan, waarop verkrijgers om begrijpelij-

ke redenen hebben gewacht alvorens een geschil bij de Raad aanhangig te maken, worden die slechts nader gespecificeerd.

45. Ondernemster stelt verder als toelichting op haar grief nog dat bij de bezichtiging door de rapporteur(s) alleen tocht is geconstateerd ter plaatse van appartement nummer 123, waarvan de bewoner geen partij is in dit geschil.

46. Appellarbiters zijn van oordeel dat volgens de procedurele afspraak (zie daarvoor rechtsoverweging 40) de constatering van Nitram hier maatgevend zijn. De constatering hier (*‘een overmatige tochtstroom is wel geconstateerd bij de gekoppelde kozijnen in met name de rondgaande gevels’*) ziet blijkens de gekozen bewoordingen ervan niet op bevindingen ter plaatse van slechts één appartement.

47. Voorts zijn appellarbiters - met verkrijgers en anders dan ondernemster - van oordeel dat in geval van een overmatige tochtstroom bij de gekoppelde kozijnen in met name de rondgaande gevels geen sprake is van ‘normaal gebruik c.q. deugdelijk werk’.

48. Appellarbiters zijn echter wel - met ondernemster - van oordeel dat de veroordeling tot herstel in het dictum van het vonnis in eerste aanleg niet volledig juist is gespecificeerd. Die specificatie dient, anders dan nu het geval is, te worden gebaseerd op de bevindingen van Nitram. Het gaat om herstel (uitsluitend) daar waar sprake is van een overmatige en duidelijk waarneembare luchtstroom bij de gekoppelde kozijnen in met name de rondgaande gevels. In zoverre slaagt deze grief en kan het vonnis in eerste aanleg hier niet volledig in stand blijven. Appellarbiters zullen hier - opnieuw rechtdoende - ondernemster veroordelen tot herstel daar waar sprake is van een overmatige en duidelijk waarneembare luchtstroom bij de gekoppelde kozijnen in met name de rondgaande gevels.

GriefVIpr: *‘Ten onrechte overweegt de Raad in r.o. 27 dat zij van oordeel is dat sprake is van een tekortkoming vanwege ernstige corrosievorming op de schroeven van de entree-overkapping op grond waarvan zij de vordering tot herstel toewijst.’*

49. In aanvulling op haar niet-ontvankelijkheidsverweer (zie rechtsoverwegingen 41 en 42) heeft ondernemster hier nog gesteld dat verkrijgers op 4 september 2009 (gezien de onderzoeksopdracht van die datum aan RPS Kraan) op de hoogte waren van deze mogelijke problemen en vervolgens tot mei 2010 (de memorie van eis) hebben gewacht met klagen. Dat is volgens onder-

neemster te laat om te voldoen aan het bepaalde in artikel 6:89 BW (klagen binnen bekwame tijd).

50. Appellarbiters volgen ondernemster ook hier niet in dat betoog. Binnen een periode van 8 maanden is een onderzoekopdracht is gegeven, het resultaat daarvan afgewacht en een geschil aanhangig gemaakt. Appellarbiters zijn van oordeel dat daarmee, vooral ook nu ondernemster ook niet heeft gesteld of aannemelijk gemaakt te zijn benadeeld door dit tijdsverloop, voldaan is aan het vereiste van klagen binnen bekwame tijd.

(...)

Grief XIIpr: *‘Ten onrechte oordeelt de Raad op het punt van de vordering tot aanbrenging van voldoende open stootvoegen in r.o. 52, dat deze vordering dient te worden toegewezen omdat er onvoldoende open stootvoegen zijn aangebracht. Ten onrechte merkt de Raad in r.o. 52 verder op dat aannemelijk is dat dit ten tijde van de oplevering niet door eisers is gezien en dit gebrek dan ook dient te worden aangemerkt als een verborgen gebrek’.*

80. Appellarbiters zijn - met verkrijgers en anders dan ondernemster - van oordeel dat in de situatie dat - als door Nitram vastgesteld - op een aantal aangeduide plaatsen open stootvoegen ontbreken, waar deze zich wél zouden moeten bevinden, geen sprake is van ‘normaal gebruik c.q. deugdelijk werk’. Het ontbreken is als een gebrek aan te merken. Dat het ontbreken tot heden mogelijk geen zichtbare gevolgen heeft gehad - zoals ondernemster stelt - doet daaraan niet af.

81. Voorts zijn appellarbiters anders dan ondernemster en met arbiters in eerste aanleg van oordeel dat sprake is van een verborgen gebrek, nu aannemelijk is dat dit plaatselijk ontbreken van open stootvoegen bij een oplevering niet direct als gebrek wordt opgemerkt.

82. Ondernemster voert in haar toelichting nog aan dat niet binnen bekwame tijd is geklaagd (artikel 6:89 BW). Daartoe stelt zij dat verkrijgers het gestelde ontbreken kennelijk al onderkenden in september 2009 (bij de vraagstelling aan hun deskundige RPS Kraan), maar dat zij pas bij repliek van 14 juli 2011 voor het eerst hebben geklaagd, nadat reeds daarvoor processtukken waren gewisseld.

83. Appellarbiters achten het vooreerst begrijpelijk dat verkrijgers als niet deskundigen hun vermoeden ten aanzien van onvoldoende stootvoegen eerst aan een deskundige voorleggen. In maart 2010 heeft die deskundige gerapporteerd dat plaatselijk niet voldoende open stootvoegen aanwezig waren.

84. Appellarbiters zijn van oordeel dat het vervolgens bij repliek in de (binnen enkele maanden) daarop volgende procedure opwerpen van de klacht hier nog voldoet aan het criterium “binnen bekwame tijd”. Daarbij weegt ook hier voor appellarbiters zwaar dat ondernemster niet heeft gesteld (laat staan aangetoond) dat zij door dit vertraagd klagen op enigerlei wijze zou zijn benadeeld.

85. Grief XIIpr faalt.

Grief XIIIpr: *‘Ten onrechte overweegt de Raad in r.o. 54 dat de scheurvorming in de lintvoeg kan zijn ontstaan door de gebrekkige loodaansluiting als gevolg waarvan de vordering tot herstel ten onrechte wordt toegewezen. Ten onrechte overweegt de Raad in r.o. 53 dat de scheurvorming van dien aard is dat niet wordt voldaan aan de eisen van goed en deugdelijk werk.’*

86. Appellarbiters zijn, anders dan ondernemster, van oordeel dat bij deze scheurvorming van 1 mm - als door Nitram vastgesteld - geen sprake is van ‘normaal gebruik c.q. deugdelijk werk’. De scheur is als een gebrek aan te merken. Appellarbiters maken deze vaststelling van Nitram tot de hunne. Daarbij volgen appellarbiters ondernemster niet in haar stelling dat een niet normoverschrijdende doorbuiging nimmer kan leiden tot een wel normoverschrijdende scheurvorming. Dat is zeer wel mogelijk en hier het geval.

87. Voorts zijn appellarbiters anders dan ondernemster en met arbiters in eerste aanleg van oordeel dat hier sprake is van een verborgen gebrek, nu aannemelijk is dat deze scheur na oplevering ontstaan is, dan wel door toename duidelijker zichtbaar is geworden.

88. Ondernemster voert ook hier in haar toelichting nog aan dat niet binnen bekwame tijd is geklaagd (artikel 6:89 BW). Daartoe stelt zij dat verkrijgers het gestelde ontbreken kennelijk al onderkenden in september 2009 (bij de vraagstelling aan hun deskundige RPS Kraan), maar dat zij pas bij repliek van 14 juli 2011 voor het eerst hebben geklaagd, nadat reeds daarvoor processtukken waren gewisseld.

89. Appellarbiters achten het vooreerst begrijpelijk dat verkrijgers als niet deskundigen hun vermoeden ten aanzien van scheurvorming eerst aan een deskundige voorleggen. In maart 2010 heeft die deskundige gerapporteerd dat plaatselijk scheurvorming van 1 mm aanwezig is.

90. Appellarbiters zijn van oordeel dat het vervolgens bij repliek in de (binnen enkele

le maanden) daarop volgende procedure opwerpen van de klacht hier nog voldoet aan het criterium “binnen bekwame tijd”. Daarbij weegt voor appellarbiters ook hier zwaar dat ondernemster ook hier niet heeft gesteld (laat staan aangetoond) dat zij door dit vertraagd klagen op enigerlei wijze zou zijn benadeeld.

91. Ten slotte geeft ondernemster in haar toelichting aan dat het dictum hier in die zin moet worden gespecificeerd dat de veroordeling alleen ziet op het herstel van één gescheurde lint- en stootvoeg bij de noordelijke ingang van het gebouw op de eerste verdieping.

92. Appellarbiters volgen ondernemster wat betreft dat laatste. De veroordeling in het dictum (*‘het herstel van gescheurde lint- en stootvoegen’*) is te ruim geformuleerd. Appellarbiters zullen het vonnis in eerste aanleg wat dit betreft vernietigen en ondernemster - hier opnieuw rechtdoende - veroordelen tot *‘het herstel van de gescheurde lintvoeg in de gemetselde borstwering van de galerij (in de tweede metsellaag vanaf de onderzijde) op de eerste etage bij de noordelijke ingang van het gebouw.’*

Grief XIVpr: *‘Ten onrechte wijst de Raad in r.o. 55 de vordering ter zake het aanbrengen van voldoende ventilatie in de trappenhuizen toe. Ten onrechte overweegt de Raad in r.o. 55 eveneens dat sprake is van een verborgen gebrek.’*

93. Appellarbiters zijn, anders dan ondernemster, van oordeel dat bij het ontbreken van ventilatie in het trappenhuis, in strijd met het Bouwbesluit - als door Nitram vastgesteld -, geen sprake is van ‘normaal gebruik c.q. deugdelijk werk’. Appellarbiters maken deze vaststelling van Nitram tot de hunne.

94. Voorts zijn appellarbiters anders dan ondernemster van oordeel dat hier sprake is van een verborgen gebrek, nu aannemelijk is dat dit ontbreken van ventilatie bij oplevering niet is opgemerkt en de gevolgen ervan zich pas later manifesteren.

95. Ondernemster voert ook hier in haar toelichting nog aan dat niet binnen bekwame tijd is geklaagd (artikel 6:89 BW). Daartoe stelt zij dat verkrijgers het gestelde ontbreken kennelijk al onderkennen in september 2009 (bij de vraagstelling aan hun deskundige RPS Kraan), maar dat zij pas bij repliek van 14 juli 2011 voor het eerst hebben geklaagd, nadat reeds daarvoor processtukken waren gewisseld.

96. In maart 2010 heeft de deskundige van opdrachtgevers gerapporteerd dat ventilatie ontbrak. Appellarbiters zijn van oordeel dat het

vervolgens bij repliek in de (binnen enkele maanden) daarop volgende procedure opwerpen van de klacht hier nog voldoet aan het criterium “binnen bekwame tijd”. Daarbij weegt ook hier weer voor appellarbiters zwaar dat ondernemster ook hier niet heeft gesteld (laat staan aangetoond) dat zij door dit vertraagd klagen op enigerlei wijze zou zijn benadeeld.

97. Ten slotte geeft ondernemster in haar toelichting aan dat Nitram een te grote capaciteit (0,7 dm³/s per m² vloeroppervlak in plaats van 0,5 dm³/s per m² vloeroppervlak) als norm vermeldt.

98. Appellarbiters laten dit laatste voor wat het is, nu die norm in het dictum in het vonnis in eerste aanleg niet is overgenomen. Daarin wordt slechts gesproken over het aanbrengen van ‘voldoende ventilatie’ in de trappenhuizen.

99. De grief XIVpr faalt eveneens.

Grief XVpr: *‘Ten onrechte wijst de Raad in r.o. 58 de vordering tot het treffen van maatregelen ter wering van tocht ter plaatse van (de randen van) de kozijnen en bij de schakelaars van de screens toe.’*

100. Ondernemster volstaat in haar toelichting met een verwijzing naar de toelichtingen op haar grieven XIII en XIV.

101. Dat doen Appellarbiters hier dan ook ten aanzien van hun oordeel daarover, behoudens ten aanzien van het navolgende.

102. Volgens ondernemster doet zich alleen tocht voor ter plaatse van de schakelaars van de screens bij woning nummer 83. In die zin dient het dictum volgens ondernemster te worden aangepast (lees: beperkt).

103. Appellarbiters volgen ondernemster daarin niet. Uit het rapport van Nitram, waarvan is afgesproken dat dit zou worden aangehouden voor het bespreken van de gebreken (zie rechtsoverweging 40) wordt vermeld - mogelijk op basis van steekproeven - dat een duidelijke luchtstroom is waargenomen via de schakelaars van de screens. Dat dit slechts zou zien op één locatie (bij nummer 83) blijkt daaruit niet. Dat neemt natuurlijk niet weg dat daar waar geen luchtstroom waarneembaar is (bijvoorbeeld omdat reeds sprake is van een deugdelijke afdichting), herstel achterwege kan blijven.

104. De grief XVpr faalt.

Grief 1inc: *‘Ten onrechte is geen oordeel gegeven over de door de bewoners gevorderde vervanging van zonweringen voor zonweringen van een voor de locatie aan zee toereikende kwaliteit, onder meer qua roestbestendigheid.’*

105. Verkrijgers geven in hun toelichting aan dat in eerste aanleg niet is beslist op hun vordering (vervanging van de zonweringen door zonweringen van een voor de locatie aan zee toereikende kwaliteit zowel qua windbestendigheid als qua roestwerendheid).

106. Onderneemster stelt daartegenover onder meer dat verkrijgers dan binnen 30 dagen om een aanvullend vonnis hadden moeten vragen. Een dergelijk verzoek zou echter moeten zijn afgewezen op grond van het bepaalde in artikel 1061 lid 6 Rv dat luidt: *‘indien arbitraal hoger beroep is overeengekomen, kan het in eerste aanleg gewezen arbitraal vonnis slechts in hoger beroep worden aangevuld. Het verzoek daartoe moet binnen de voor het hoger beroep geldende termijn worden gedaan.’*

107. Appellarbiters beschouwen deze grief als een verzoek in de zin van artikel 1061 lid 6 Rv en stellen vast dat arbiters in eerste aanleg inderdaad niet op deze vordering, voor zover het de gestelde roestwerendheid betreft, hebben beslist. Dat zullen appellarbiters derhalve doen.

108. Ter zake van de ook hier door onderneemster opgeworpen niet-ontvankelijkheidsverweren verwijzen appellarbiters korthedshalve naar hetgeen hierover eerder in dit vonnis ten aanzien van de andere grieven is overwogen en beslist.

109. Door Nitram is vastgesteld dat sprake is van aanzienlijke schade aan de moffellaag van de kasten en van de geleidingsprofielen, door onthechting ervan. Op de kasten doet zich die schade vooral voor op de kopse zijden. Nitram wijst daarbij, kennelijk door het aantreffen van veel zoutaanslag op de aluminium delen, op het belang van regelmatig onderhoud, doch stelt vast dat een standaard moffelafwerking (laklaag 60 tot 80 Mu) is toegepast daar waar bij een zeeklimaat volgens de gebruikelijke richtlijnen naast een anodiseerlaag van 25 Mu een laklaag van ten minste 120 Mu (tweelaagssysteem) is geïndiceerd. Daarmee is het moffelsysteem onvoldoende afgestemd op de omgevingsfactoren en voldoet een en ander niet aan de eisen van goed en deugdelijk werk. Nitram geeft als herstel aan, de kasten en de geleidingsprofielen te vervangen, voor exemplaren die zijn behandeld conform de daarvoor geldende richtlijnen voor toepassing in een zeeklimaat.

110. Dat laatste is wat verkrijgers ook feitelijk vorderen.

111. Appellarbiters volgen de bevindingen van Nitram en zullen onderneemster veroordelen tot vervanging van de geleiders en de kasten van de screens door kasten en geleiders die wat betreft roestwerendheid voldoen in de ter plaatse aanwezige omstandigheden.

Grief 5inc: *‘Ten onrechte is niet bevolen dat op kosten van [onderneemster] destructief onderzoek wordt gedaan naar de deugdelijkheid van de wijze van aanbrengen van de blauwe tegels op de kolommen aan de buitenzijde van het gebouw.’*

112. Verkrijgers stellen in hun toelichting dat Nitram een oppervlakkig onderzoek heeft gedaan met als conclusie dat er geen aanleiding was om te veronderstellen dat het tegelwerk niet deugdelijk zou zijn aangebracht. Verkrijgers hebben dat oordeel op dat moment aanvaard en hebben de eis ter zake van de tegels ingetrokken. Ter mondelinge behandeling in het hoger beroep is door appellarbiters echter tezamen met partijen vastgesteld, dat dit laatste (de in de toelichting gestelde intrekking van de eis) op een misverstand berust. De eis is in eerste aanleg nimmer ingetrokken en arbiters in eerste aanleg hebben dan ook over die eis geoordeeld (afwijzing).

113. Verkrijgers stellen nu in hoger beroep dat recent (in 2013) op twee (andere) plaatsen opnieuw tegels zijn losgeraakt, te weten op een andere kolom dan de kolom waarop in 2009 tegels waren losgeraakt (wat aanleiding gaf tot het eisen van een onderzoek) en ter plaatse van woning nummer 83. Verkrijgers hebben foto's in het geding gebracht waarop op beide locaties een losgeraakte tegel is te zien. Volgens hen komt de beoordeling door Nitram en het oordeel van arbiters in eerste aanleg daarmee in een ander daglicht te staan.

114. Anders dan verkrijgers en met onderneemster zijn appellarbiters van oordeel dat het gedurende een periode van meerdere jaren op een tweetal plaatsen loslaten van een enkele tegel niet is te kwalificeren als 'structureel' en daarom onvoldoende grond vormt om onderneemster tot het voor haar rekening doen uitvoeren van een nader (destructief) onderzoek te veroordelen.

115. Grief 5inc faalt. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Het te bespreken vonnis is een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw in hoger beroep. In eerste aanleg betrof het een samengevoegd geschil op grond van

het Arbitragereglement GIW 2010 (vonnis nr. 80034) en een geschil op grond van de statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (vonnis nr. 32.449). Beide geschillen zijn behandeld door de Raad. De mondelinge behandeling heeft eveneens samengevoegd plaatsgevonden.² Het blijven echter twee afzonderlijke geschillen, waarbij 'toevallig' dezelfde arbiters zijn benoemd en 'toevallig' de behandeling op dezelfde plaats en hetzelfde tijdstip geschiedde. Dit is een manier van de Raad om efficiënt een geschil te beslechten indien het geschil formeel twee losse arbitrale geschillen zijn, maar het materieel gezien één geschil betreft.

2. Het geschil gaat over een appartementencomplex welke is gebouwd onder garantie. Deze garantie geeft aanleiding tot het maken van enkele opmerkingen, waarbij de twee loketten problematiek aan bod komt. De VvE wordt gedomineerd door één eigenaar, waarbij deze eigenaar gelieerd is aan de projectontwikkelaar. Zeer relevant is hierbij de vraag hoe de oplevering van de gemeenschappelijke delen van het appartementencomplex plaats heeft. De appellarbiters oordelen uiteindelijk dat de oplevering rechtsgeldig heeft plaatsgevonden aan de VvE nadat een interim-bestuurder was aangesteld bij de VvE. Appellarbiters zijn evenwel zelf niet tevreden met dit resultaat en corrigeren het resultaat met toepassing van de redelijkheid en billijkheid.

3. Partijen lopen in het onderhavige geschil aan tegen de systematiek van het grievensstelsel. Om een beslissing in eerste aanleg aan te tasten, moet tegen die beslissing een grief gericht worden. Dit is onvoldoende gebeurd, waardoor appellarbiters gebonden zijn aan de beslissing in eerste aanleg.

4. Tot slot wordt de klachtplicht besproken. Met name de keuze van appellarbiters wie de bewijslast draagt, van het al dan niet aanwezig zijn van nadeel bij de schuldenaar, vanwege het tijdsverloop verdient aandacht. De keuze van appellarbiters sluit naadloos aan bij een arrest van de Hoge Raad van latere datum.

Garantie

5. Te bouwen nieuwbouwwoningen en nieuwbouwapartementen worden vaak aangeboden met garantie. De garantie op een nieuwbouwwoning is niet dat er geen gebreken in de woning zullen zijn. De garantie houdt wel in dat naast de projectontwikkelaar een derde aangesproken kan worden om de woning of het appartement af te bouwen en eventuele gebreken te herstellen.

6. Een belangrijk aspect van de garantieregeling is het opvangen van de gevolgen van een faillissement van de projectontwikkelaar. Juist bij een faillissement heb je als opdrachtgever een vangnet nodig. Zolang de projectontwikkelaar nog afdoende middelen heeft, kun je immers als opdrachtgever desnoods in rechte nakoming afdwingen. Pas op het moment dat de projectontwikkelaar failliet is, sta je

als opdrachtgever echt met lege handen.³ Indien je als koper/opdrachtgever aan de voorwaarden voldoet⁴, dan zorgt de derde die de garantie heeft afgegeven voor afbouw van de woning of het appartement. Deze derde wordt ook wel de waarborg genoemd.

7. Naast een afbouwgarantie bij faillissement geeft de garantie ook recht om de waarborg aan te spreken indien er gebreken zijn en de projectontwikkelaar deze gebreken niet wil herstellen.

8. Om de waarborg aan te kunnen spreken op het herstel van gebreken, dient vastgesteld te worden of de waarborg wel een verplichting heeft. Getoetst moet worden of er sprake is van een gebrek waar de projectontwikkelaar voor verantwoordelijk is én of er sprake is van een schending van de garantienorm. Het enkel vaststellen dat er een gebrek is waar de projectontwikkelaar voor verantwoordelijk is, is niet voldoende. Het is namelijk mogelijk dat er wel sprake is van een gebrek, de projectontwikkelaar is zijn deel van de overeenkomst niet nagekomen, terwijl er tegelijkertijd geen schending is van een garantienorm. Bijvoorbeeld als de projectontwikkelaar verkeerde rolluiken⁵ heeft geplaatst. Projectontwikkelaar heeft hiermee niet voldaan aan de overeenkomst. Indien de rolluiken verder wel deugdelijk en bruikbaar zijn, is er echter geen schending van de garantienorm en kan de waarborg niet aangesproken worden.

9. De manier waarop vastgesteld wordt of de garantienorm is geschonden en de koper/opdrachtgever een beroep op de waarborg toekomt, is door middel van arbitrage. In de koop/aannameovereenkomst is een clausule opgenomen die beslechting van de geschillen tussen de projectontwikkelaar en de koper/opdrachtgever weghaalt⁶

3 Lutikhuis geeft aan dat van de in 2004 beëindigde faillissementen er in 75% sprake was van een negatieve boedel. In 7% van de in 2004 beëindigde faillissementen was er sprake van een uitkering aan de concurrente schuldeisers, waarbij de verhouding tussen het terugbetaalde bedrag en de schuld 4,4% was. A.P.K. Lutikhuis, *Insolventierecht in cijfers en modellen Werkgelegenheid en toezicht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 46 en p. 47. In 2010 is het beeld ongeveer gelijk. Van de in 2010 beëindigde faillissementen zijn er 5.218 van de 8.400 opgeheven wegens gebrek aan baten (62%). Van deze 8.400 beëindigde faillissementen, zijn er 7.600 beëindigd op andere wijze dan omzetting in een schuldsanering. Van deze 7.600 faillissementen is de totale terugbetaling ten opzichte van de totale schuld 5,0%. In 2008 was dit laatste percentage nog 5,5%. D. Boer en V. Lata, *Faillissementen: oorzaken en schulden 2010*, Centraal Bureau voor de Statistiek, p. 5 en p. 10. Beide documenten zijn te downloaden op <www.cbs.nl>.

4 Het beschrijven van de inhoud van de voorwaarden gaat dit stuk te buiten. Verwezen wordt naar de websites van SWK en Woningborg. Aanvankelijk was Stiwoga naast SWK en Woningborg actief als garantieverlener.

5 GIW/AIG 31 juli 2014 nr. 80688.

6 In de recentere koop-/aannameovereenkomsten wordt aan de koper/opdrachtgever de keuze gegeven om te kiezen voor arbitrage of voor beslechting bij de overheidsrechter. Hiermee is het arbitrale beding in overeenstemming met de zwarte lijst zoals deze per 1 januari 2015 geldt. Indien gekozen wordt voor beslechting van het geschil door de overheidsrechter dan verliest de garantie wel haar functie. Deze derde is namelijk enkel verplicht om herstel te plegen indien het arbitrale scheidsgerecht heeft bepaald dat er een schending van de garantienorm is. Afgevraagd kan worden of op deze manier de koper/opdrachtgever een reële keuze heeft om te opteren voor de overheidsrechter.

2 Vonnis in eerste aanleg, RvA 3 januari 2013, No. 32.499 r.o. 3.

bij de burgerlijke rechter en het geschil door arbitrage laat beslechten.⁷ Dit arbitrale scheidsgerecht⁸ doet niet enkel uitspraak in het geschil tussen de projectontwikkelaar en de koper/opdrachtgever; het arbitrale scheidsgerecht doet tevens een uitspraak of er sprake is van schending van de garantienorm. Indien dit zo is dan is de waarborg gebonden.

10. De waarborg is geen procespartij in de arbitrage. Het arbitrale vonnis heeft dan ook geen directe werking jegens deze derde. Deze derde die de garantie heeft afgegeven, heeft zich bij voorbaat gebonden aan de beslissing in de arbitrale procedure. Indien deze derde (de waarborg) deze toezegging niet zou nakomen, kan het arbitrale vonnis niet tegen de waarborg ten uitvoer gelegd worden. De gang naar de burgerlijke rechter zal dan gemaakt moeten worden.

11. In oudere modellen koop-/aannemingsovereenkomsten⁹ is opgenomen dat geschillen naar aanleiding van de Garantie- en waarborgregeling door een andere instantie worden beslecht dan de overige geschillen. Geschillen worden bij twee verschillende loketten uitgevochten. Dit is uiteraard verwarrend en niet praktisch. Het loket voor de geschillen over de Garantie- en waarborgregeling was het Garantie-Instituut-Woningbouw (GIW). Het loket voor alle overige geschillen is de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Gesproken kan worden over GIW-geschillen en Raad-geschillen.

12. Het GIW heeft¹⁰ inmiddels haar werkzaamheden afgebouwd en bestaat de facto niet meer. Bij het GIW kan dus ook niet meer geprocedeerd worden over de vraag of een vermeend gebrek wel of niet onder de Garantie- en waarborgregeling valt. Geschillen naar aanleiding van een ouder model koop-/aannemingsovereenkomst kunnen er natuurlijk nog wel zijn, daar de oude voorwaarden voor bestaande gevallen gewoon van toepassing blijven. De afhandeling van de geschillen is van het GIW overgenomen door de Geschillencommissie voor Consumentenzaken en de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Welke van deze twee in-

stituten zich moet buigen over een concreet geschil over de Garantie- en waarborgregeling hangt af van het waarborgcertificaat¹¹ dat de koper/opdrachtgever heeft ontvangen.

13. De onderhavige procedure is feitelijk een procedure bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw en een procedure bij Garantie Instituut Woningen. Complicerende factor alhier is dat het *lijkt* alsof het één geschil is omdat beide geschillen door hetzelfde scheidsgerecht behandeld worden. Het is echter een geschil waarbij twee loketten ingeschakeld worden. Dus zowel het GIW en de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Maar in plaats van het GIW, dat immers niet meer bestaat, wordt het geschil over de Garantie- en waarborgregeling beslecht door de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Het geschil wordt dus beslecht door de Raad van Arbitrage voor de Bouw en door... de Raad van Arbitrage voor de Bouw. De beslechting gebeurt dus voor hetzelfde forum. Het verschil zit in het toepasselijke reglement. Het geschil over de Garantie- en waarborgregeling (het GIW-deel) heeft een ander reglement dan de overige geschilpunten (het Raad-deel). Voor beide geschillen is dit één loket geworden, maar wel met twee deurbellen; Hetzelfde instituut behandelt beide geschillen verschillend, conform het reglement van toepassing.

14. In het onderhavige geschil komt dit verschil met name naar voren in de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen. In het reglement van het GIW is geen hoger beroep mogelijk gemaakt. Voor de geschillen bij de Raad is wel hoger beroep mogelijk.

15. Partijen kunnen het geschil dat in eerste instantie gevoerd is op basis van het Arbitragereglement GIW niet voorleggen aan appelarbiters. Hoger beroep is immers uitgesloten. Het geschil dat gevoerd is op basis van de statuten van de Raad, kan wel in hoger beroep aan appelarbiters voorgelegd worden.

16. Onderneemster wil zich niet neerleggen bij de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen voor het GIW-deel. Zij heeft zes grieven geformuleerd tegen het vonnis dat gewezen is onder de toepasselijkheid van het Arbitragereglement GIW. Als reden voert onderneemster¹² aan dat de geschillen dermate verweven zijn met elkaar, dat het tot onbevredigde implicaties leidt indien geen hoger beroep mogelijk is tegen het GIW-vonnissen en wel tegen het Raad-vonnissen.

17. Hoe zeer de geschillen ook verweven zijn en hoe zeer het tot vreemde resultaten kan leiden indien slechts tegen één van de twee vonnissen een hoger beroep ingesteld kan worden, dat maakt het nog altijd niet mogelijk om hoger beroep in te stellen. Art. 1050 Rv. bepaalt namelijk dat arbitraal hoger beroep van een arbitraal vonnis slechts

7 Er zijn veel verschillende versies van voorwaarden, voorts zijn er diverse wijzigingen in de laatste jaren geweest van de formulering van de voorwaarden, welke fora bevoegd zijn en hoe deze te entameren. In het onderhavige stuk wordt slechts de generieke lijn beschreven.

8 Momenteel zijn twee scheidsgerichten die oordelen over garantie-geschillen. Dat is de Geschillencommissie Garantiewoningen (op grond van de SWK voorwaarden, art. 16) en de Raad van Arbitrage voor de Bouw (op grond van de Woningborg voorwaarden, art. 16).

9 In het model Koop-/aannemingsovereenkomst GIW-Garantie- en waarborgregeling Appartementen A.2003 die volgende uit rechtsoverweging 6.b van het vonnis in eerste aanleg 80034 ten gronde heeft gelegen aan de koop-/overeenkomst zoals gesloten met kopers/opdrachtgevers in het onderhavige geschil is dit als volgt in artikel 15 verwoord: *'Alle geschillen, welke ook - waaronder begrepen die, welke slechts door één van de partijen als zodanig worden beschouwd - die naar aanleiding van de koop-/aannemingsovereenkomst of van de overeenkomsten die daarvan een uitvloeisel mochten zijn, tussen de verkrijger en de onderneemster mochten ontstaan - met uitzondering van geschillen naar aanleiding van de Garantie- en waarborgregeling van voornoemde waarborgende instelling waarvoor de in die regeling vastgestelde regelen gelden - worden beslecht door arbitrage overeenkomstig de regelen beschreven in de statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland zoals deze drie maanden voor de dag van ondertekening van deze akte luiden.'*

10 <<http://www.giw.nl/>>.

11 Geschillen op grond van waarborgcertificaten waarbij het nummer van het certificaat begint met een S of B worden beslecht door de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken. Geschillen op grond van een waarborgcertificaat waarvan het nummer begint met een W worden aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw voorgelegd.

12 Zie r.o.18 van het vonnis in hoger beroep.



Het appartementencomplex in kwestie

mogelijk is, indien partijen dat bij overeenkomst hebben voorzien. De verwevenheid, de vreemde resultaten en de onbevredigde resultaten zijn geen schriftelijke overeenkomst waarbij hoger beroep mogelijk is gemaakt. In het voor het GIW-deel toepasselijke Arbitragereglement GIW 2010 is expliciet in art. 18 lid 1 opgenomen dat hoger beroep niet mogelijk is.

18. Er is inmiddels aan deze lastige situatie van twee loketten, of één loket met twee deurbellen, een einde gemaakt. Met de huidige overeenkomsten voor Garantie-woningen worden de geschillen beslecht bij één en dezelfde instantie. Tevens is hoger beroep¹³ mogelijk. Afhankelijk van bij welke waarborg de betreffende projectontwikkelaar is aangesloten, is de geschillenbeslechtende instantie de Geschillencommissie Garantiewoningen of de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Dit zijn weliswaar twee verschillende rechtssprekende instanties, maar als rechtszoekende heb je maar met één van deze twee te maken.

Oplevering appartementencomplex

19. Het gebouw in kwestie is een appartementencomplex, waarbij een beperkt deel van de appartementen is vervreemd. De andere appartementen zijn in eigendom gebleven van de projectontwikkelaar, althans een aan de projectontwikkelaar gelieerde vennootschap. Het appartementencomplex bestaat uit 26 huurwoningen, 20 koopwoningen en 12 bedrijfsunits.¹⁴ Alle huurwoningen en alle bedrijfsunits zijn in handen van één eigenaar. Deze aan de bouwondernemer verbonden groteigenaar heeft in de Vereniging van Eigenaren (VvE) 38 stemmen en de andere eigenaren hebben 20 stemmen. De groteigenaar heeft derhalve 65,5% van de stemmen.¹⁵ Een duidelijke meerder-

heid, waardoor deze groteigenaar in de VvE de controlerende macht heeft.

20. De oplevering van appartementencomplexen bestaat uit twee verschillende opleveringen.¹⁶ De ene oplevering betreft de oplevering van de privégedeelten. De andere oplevering is die van de gemeenschappelijke ruimten en zaken. Meestal is de oplevering van de privégedeelten eerst, maar het kan ook gebeuren dat de gemeenschappelijke ruimten al klaar zijn en opgeleverd worden alvorens het privégedeelte opgeleverd wordt. Dit zal met name het geval zijn als bij de aanvang van de bouw nog niet alle appartementen verkocht zijn. Gaandeweg de bouw zal de projectontwikkelaar de overige woningen verkopen, de eventueel laatste werkzaamheden¹⁷ verrichten en vervolgens het appartement opleveren.

21. De oplevering van het privégedeelte aan de koper/opdrachtgever is nagenoeg identiek aan de procedure voor eengezinswoningen.¹⁸ De enige extra eis is dat de gemeenschappelijke ruimten bij de oplevering van de privégedeelten veilig en blijvend benut kunnen worden. De oplevering van het privégedeelte is een aangelegenheid van de individuele koper/opdrachtgever¹⁹ en de projectontwikkelaar. In het onderhavige geschil is de individuele oplevering niet van belang.

22. De oplevering van de gemeenschappelijke delen is daarentegen wel interessant in het onderhavige geschil. Niet omdat er buitengewoon veel gebreken of bijzondere gebreken aanwezig waren, maar vanwege de meerderheid die de groteigenaar heeft in de VvE.

13 Wel geldt er bij de SWK-voorwaarden een financiële grens van € 35.000,00 om hoger beroep in te mogen stellen. Bij de Woningborg-voorwaarden is er geen financiële grens voor het instellen van hoger beroep.

14 Vonnis in eerste aanleg, No. 32.449 r.o.17.

15 $38 \div (38 + 20) \times 100\% = 65,5\%$

16 E.M. Bruggeman, *De Koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief*, diss. Delft 2010, p. 382.

17 Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan opties als keuken en sanitair.

18 Bruggeman, p. 382.

19 Indien het appartement door een paar wordt gekocht/opgedragen dan is het uiteraard een aangelegenheid van hen samen enerzijds en de projectontwikkelaar anderzijds.

23. Normaliter is het praktisch als bij een appartementsgebouw niet aan ieder individuele opdrachtgever de algemene delen opgeleverd worden. De oplevering aan een vertegenwoordiger van de individuele opdrachtgevers is voor zowel de ondernemer als voor de opdrachtgevers efficiënter. De oplevering van de gemeenschappelijke delen zal daarom doorgaans plaatsvinden door of namens de VvE.²⁰ Het bestuur, of een technische commissie van de VvE, neemt normaliter deze honneurs waar.

24. Dat als vertegenwoordiger van de individuele opdrachtgevers voor de oplevering de VvE gehanteerd wordt, is in veel voorkomende gevallen praktisch. De eigenaren van de appartementen zijn immers verplicht verenigd in deze vereniging. De VvE is echter niet een vereniging van de individuele opdrachtgevers. De VvE is de vereniging van de eigenaren. De VvE voert²¹ het beheer over de gemeenschap, met uitzondering van de gedeelten die bestemd zijn als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. Tevens²² zal de VvE het doel hebben om de gemeenschappelijke belangen van de appartementseigenaren te behartigen. De VvE komt derhalve pas in beeld als het gaat om de appartementseigenaren. Een appartementseigenaar is automatisch²³ en verplicht lid van de VvE; het lidmaatschap is gekoppeld aan het eigendom van het appartementsrecht.

25. De koop-/aannemingsovereenkomst wordt afgesloten door de individuele kopers/opdrachtgevers enerzijds met de projectontwikkelaar anderzijds. Een individu dat met een projectontwikkelaar een koop-/aannemingsovereenkomst afsluit voor een appartement, komt overeen dat de projectontwikkelaar het gehele gebouw bouwt. Niet enkel moet de projectontwikkelaar het individuele appartement bouwen, maar ook de rest van het gebouw.²⁴ Iedere individuele verkrijger kan de projectontwikkelaar aanspreken op gebreken in het werk.²⁵ Niet enkel voor gebreken in het werk van de privégedeelten, maar ook voor gebreken in het werk van de algemene delen van het gebouw. Appellarbiters hebben zo ook geoordeeld bij de bespreking van de grieven 2 en 3 ten principale.

20 Bruggeman, p. 384.

21 Art. 5:126 lid 1 BW.

22 Art. 5:112 lid 1 sub e BW.

23 Art. 5:125 lid 2 BW: iedere appartementseigenaar is van rechtswege lid van de vereniging van eigenaars.

24 Zie bijvoorbeeld art. 11 lid 2 van de algemene voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de GIW garantie en waarborgregeling, vastgesteld door het GIW in augustus 2003, of art. 11 lid 2 van de algemene voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de Stiwoga garantie- en waarborgregeling, overeenkomstig het model, vastgesteld door de N.V. Waarborgmaatschappij Stiwoga op 1 januari 2009, of art. 11 lid 2 van de algemene voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de SWK garantie en waarborgregeling waaraan het keurmerk van de stichting Garantiewoning is verleend, overeenkomstig het model, vastgesteld door SWK op 1 januari 2014.

25 Verkrijgers in het thans te bespreken geschil hebben op deze mogelijkheid ook een beroep gedaan. In het vonnis in eerste aanleg (nr. 32.449) wordt vermeld dat eisers wijzen op de uitspraak van de Raad d.d. 11 augustus 2005, No. 26.940.

26. De oplevering is een uitvloeisel van deze individuele koop-/aannemingsovereenkomsten. De oplevering van het werk is gekoppeld aan de koop-/aannemingsovereenkomst en is niet gekoppeld aan het eigendom van het appartementsrecht. De oplevering van het appartementscomplex heeft derhalve niets te maken met de VvE. Appellarbiters overwegen ook²⁶ dat de oplevering van de algemene delen niet noodzakelijkerwijs aan de VvE dient te geschieden, maar ook aan de verkrijgers kan gebeuren.²⁷ Uiteraard kan een individuele koper/opdrachtgever de VvE machtigen om namens hem de oplevering te verrichten, maar die machtiging kan de individuele koper/opdrachtgever aan iedere willekeurige derde geven.

27. In het onderhavige geval leidt een oplevering door of namens de VvE tot onpraktische resultaten. In het geschil dat thans besproken wordt, heeft de groteigenaar immers een (forse) meerderheid in de VvE, namelijk 65,5%. Indien de oplevering van de gemeenschappelijke delen aan de VvE of aan het bestuur van de VvE wordt overgelaten, dan bepaalt de groteigenaar de facto hoe de oplevering plaats heeft. Nu deze groteigenaar aan de bouwondernemer is verbonden, komt het erop neer dat de bouwer aan zichzelf oplevert. De kans bestaat dat de oplevering niet of niet afdoende kritisch zal verlopen.

28. In het geschil dat thans besproken wordt zijn in 2005 de privégedeelten opgeleverd. Eveneens in 2005 zijn de gemeenschappelijke gedeelten in gebruik genomen. De oplevering van deze gemeenschappelijke gedeelten heeft eerst in 2008 plaatsgehad. Dit is drie jaar later. Hoe dit mogelijk is terwijl de aan ondernemerster gelieerde groteigenaar een duidelijke meerderheid heeft in de VvE, volgt niet uit het vonnis. Eerst toen op 2 oktober 2008²⁸ het bestuur van de VvE was afgetreden en een interim-bestuurder was aangesteld, is op 4 december 2008 opgeleverd.²⁹

29. De verkrijgers zijn het niet eens met de vaststelling dat op 4 december 2008 is opgeleverd. In eerste aanleg³⁰ hebben zij gesteld dat de oplevering aan de verkrijgers dient te geschieden en dat de datum ten minste veertien dagen tevoren schriftelijk aan de verkrijgers moet worden medegedeeld. Dit is niet gebeurd, aldus verkrijgers.

30. In eerste aanleg is aan dit verweer van verkrijgers voorbijgegaan. In appel gebeurt dit wederom. De redenen van appellarbiters om dit te doen, ogen curieus. Zij overwegen dat op 4 december 2008 aan de formele vereisten is voldaan om op te leveren omdat op dat moment de interim-bestuurder van de VvE was aangesteld. Nu er een interim-bestuurder is aangesteld, kunnen de algemene ruimten rechtsgeldig aan de VvE worden opgeleverd. Ver-

26 R.o. 28.

27 Hiermee wordt het vonnis in eerste aanleg op dit onderdeel impliciet vernietigd. In r.o. 15 van het vonnis in eerste aanleg is namelijk opgenomen dat de VvE de verkrijgers vertegenwoordigt bij de oplevering van de gemeenschappelijke ruimten. Appellarbiters laten deze overweging niet in stand gezien hun overweging in r.o. 28.

28 R.o. 15 van No. 32.449.

29 R.o. 31.

30 R.o. 14 van No. 32.449.

volgens zijn deze ruimten ook opgeleverd aan de VvE op 4 december 2008.

31. De algemene voorwaarden³¹ bepalen in artikel 14 lid 6 dat de algemene gedeelten en de gemeenschappelijke zaken opgeleverd worden aan de verkrijgers. Door appellarbiters wordt geen aandacht geschonken aan dit verweer. Appellarbiters overwegen enkel dat nu er een interim-bestuurder was aangesteld, *rechtsgeldig* aan de VvE kon worden opgeleverd. Over de manier waarop deze rechtsgeldigheid ontstaan is, laten appellarbiters zich niet uit. Zoals hiervoor is besproken, staat de VvE als vereniging van eigenaars buiten de oplevering. Hoogstens kan zij gemachtigd worden om namens de individuele verkrijgers de oplevering te doen. Het aanstellen van een interim-bestuurder van de VvE is niet in te zien als het machtigen om namens de individuele verkrijgers de oplevering van de algemene gedeelten en de gemeenschappelijke zaken te verrichten. Appellarbiters laten dit aspect verder onbesproken, terwijl zij enkele rechtsoverwegingen eerder en terecht overwegen dat oplevering van de algemene gedeelten aan de verkrijgers dient te geschieden volgens de toepasselijke algemene voorwaarden.

32. Ondernemster had eenvoudigweg conform de algemene voorwaarden iedere afzonderlijke koper/opdrachtgever moeten uitnodigen voor de oplevering. Indien de koper/opdrachtgever aan deze oplevering niet had willen meewerken, zou het werk stilzwijgend aanvaard zijn. Deze aanvaardig geldt uiteraard enkel tussen ondernemster en deze individuele koper/opdrachtgever. Na deze aanvaarding zou het werk als opgeleverd beschouwd worden.³² Voor het gemak hadden de individuele opdrachtgevers zich kunnen verenigen. Ook hadden zij zich door een enkel iemand kunnen laten vertegenwoordigen. Indien zij daartoe niet kiezen dan zal de ondernemster de oplevering die volgt uit iedere separate koop-/aannemovereenkomst separaat moeten afhandelen.

Oplevering algemene delen in de meest recente algemene voorwaarden

33. In de meest recente algemene voorwaarden³³ van SWK³⁴ en Woningborg³⁵ is opgenomen dat de oplevering van de gemeenschappelijke gedeelten en de gemeenschappelijke zaken aan (een vertegenwoordiger van) de Vereniging voor Eigenaren geschiedt. Deze bepaling behoeft nadere aandacht. Er zijn drie mogelijkheden te onderscheiden. De eerste mogelijkheid is dat de oplevering geschiedt aan de rechtspersoon VvE als Vereniging van Eigenaren, de verenigde eigenaar dus. De tweede mogelijkheid is dat er een oplevering is aan de VvE én een oplevering aan de koper/opdrachtgever. De derde mogelijkheid is dat de oplevering aan de VvE als vertegenwoordiger van de opdrachtgevers geschiedt.

34. De eerste mogelijkheid is dat de oplevering aan de rechtspersoon VvE gebeurt in haar hoedanigheid van de verenigde eigenaren. De VvE treedt in deze hoedanigheid niet op als vertegenwoordiger van de verkrijger. De VvE treedt op als "zichzelf". Uit art. 7:758 BW is te concluderen dat de oplevering aan de opdrachtgever geschiedt. De algemene voorwaarden schakelen dit wetsartikel niet uit. In dit geval heeft er geen oplevering plaats in de zin van art. 7:758 BW. Het werk wordt in dat geval nimmer opgeleverd aan de opdrachtgever. De ondernemer wordt in dit geval nimmer ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken. Ook zal het depot ex art. 7:768 BW nimmer vrijvallen, alles bij gebreke aan een oplevering van de gemeenschappelijke delen van het werk. Het lijkt dat oplevering aan de VvE in haar hoedanigheid als Vereniging van Eigenaren niet bedoeld zal zijn in de meest recente algemene voorwaarden van SWK en Woningborg.

35. De tweede mogelijkheid ligt in het verlengde van de eerste mogelijkheid. Indien de oplevering aan de VvE als verenigde eigenaren geschiedt, zal daarnaast nog de oplevering plaats dienen te hebben aan de individuele koper/opdrachtgever. Oplevering geschiedt immers aan de opdrachtgever (en niet aan de eigenaren). Er zijn in dit voor-

33 Na beëindiging GIW kwamen garantie- en waarborgregelingen van de SWK, Woningborg en Stiwoza. Deze laatste twee zijn samengegaan onder de naam Woningborg. Het huidige speelveld van garantie- en waarborgregelingen bestaat uit SWK en Woningborg.

34 Algemene voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de SWK garantie en waarborgregeling waaraan het keurmerk van de stichting garantiwoning is verleend, overeenkomstig het model, vastgesteld door SWK op 1 januari 2014 (SWKA0414.AV 13-10-01) (appartementen eigen grond), artikel 14 lid 9. Ook in de andere recente voorwaarden (appartementen erfpacht art. 14 lid 9; appartementen aanneming art. 11 lid 9), van SWK is deze bepaling opgenomen.

35 Algemene voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de Woningborg garantie- en waarborgregeling waaraan het keurmerk van de Stichting GarantieWoning is verleend, overeenkomstig het model, vastgesteld door Woningborg N.V. op 01 april 2014 (2014 04 01 WB GWR 2010 KAO APP 02) (appartementen eigen grond), artikel 14 lid 6. Ook in de andere recente voorwaarden (appartementen erfpacht afgekocht art. 14 lid 6; appartementen erfpacht niet afgekocht art. 14 lid 6; appartementen aannemingsovereenkomst art. 11 lid 6) van Woningborg is deze bepaling opgenomen.

31 R.o. 28, op welk bepaling verkrijgers zich in eerste aanleg ook hebben beroepen zo blijkt uit het vonnis in eerste aanleg No. 32.449 in r.o. 14.

32 Art. 7:758 lid 1 BW.

beeld voor de gemeenschappelijke ruimten dan meerdere opleveringen: aan de VvE en aan iedere individuele koper/opdrachtgever. Wat de meerwaarde van de oplevering aan de VvE in dit geval is, is niet snel in te zien.

36. De derde mogelijkheid is dat de bepaling in de algemene voorwaarden gezien kan worden alsdat de VvE als vertegenwoordiger optreedt *namens* de koper/opdrachtgever. De oplevering vindt dan als het ware plaats aan de koper/opdrachtgever zelf, zij het dat fysiek opgeleverd wordt aan de VvE³⁶. Op deze manier wordt de vraag of de ondernemer aan zijn hoofdvlichting³⁷ tot het aan de koper/opdrachtgever opleveren van het tot stand gebrachte werk heeft voldaan en of de individuele koper/opdrachtgever gekregen heeft waar hij recht op heeft, ter beoordeling overgelaten aan een derde. In dit geval de VvE.

37. Deze derde mogelijkheid lijkt de mogelijkheid die bedoeld is door SWK en Woningborg. Enkel indien de VvE als vertegenwoordiger optreedt namens de koper/opdrachtgever behoeft er niet een aparte oplevering aan iedere individuele koper/opdrachtgever plaats te vinden. Vanuit praktisch oogpunt is dit een logische bepaling. Deze handelswijze sluit ook aan bij de algemene praktijk. De oplevering vindt immers nagenoeg altijd plaats door of namens de VvE.

38. Ondanks dat het praktisch is en aansluit op de algemene praktijk vind ik deze methode niet correct. De individuele koper/opdrachtgever wordt buiten spel gezet voor wat betreft de gemeenschappelijke delen van het appartementencomplex. De vraag of de wederpartij de overeenkomst correct is nagekomen, mag op grond van de algemene voorwaarden niet beoordeeld worden door de koper/opdrachtgever zelf indien uitgegaan moet worden van de hiervoor besproken derde mogelijkheid. Deze verantwoordelijkheid is toebedeeld aan een derde. Weliswaar is deze derde de VvE, maar het is een derde. In deze VvE heeft de koper/opdrachtgever als eigenaar een stem, maar het is slechts één stem van vele.³⁸ Wenselijk vind ik de regeling derhalve niet omdat individuele kopers/opdrachtgevers te veel buiten spel gezet worden.

39. Het lijkt mij beter om de 'oude' situatie voort te zetten. Het uitgangspunt is in dat geval dat de oplevering aan iedere individuele koper/opdrachtgever gebeurt, ook van de algemene delen. Deze individuele kopers/opdrachtgevers kunnen zich verenigen en de oplevering van de gemeenschappelijke gedeelten laten verrichten door de VvE. Die keuze moet evenwel aan de individuele koper/opdrachtgever zijn, net zoals de keuze om in het begin wel of niet koop-/aanneemovereenkomst overeen te komen. De koper/opdrachtgever dient slechts gebonden te worden aan hetgeen hij wil. Indien de koper/opdrachtgever de op-

levering van de algemene gedeelten door de VvE wil laten geschieden is dat prima, maar het zou niet opgedrongen moeten worden.

40. Voorts kan de vraag gesteld worden of deze bepaling niet in strijd is met de diverse consumentenbeschermende bepalingen. De bepaling dat een derde oordeelt of er correct heeft gepresteerd, is onderdeel van de algemene voorwaarden. Veelvuldig zal de koop-/aannemingsovereenkomst gesloten worden door een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Nu de natuurlijke persoon niet zelf mag oordelen of de projectontwikkelaar de overeenkomst correct nakomt, is de vraag of dit beding niet onredelijk bezwarend is. Getoetst dient derhalve te worden aan de zwarte³⁹ en grijze⁴⁰ lijsten. Strikt de zwarte en grijze lijsten lezende, lijkt het erop alsof deze regeling niet voorkomt op deze lijsten. Hiermee is uiteraard niet uitgesloten dat een dergelijke bepaling, zeker op het moment als de onderhavige dat er één grote eigenaar is, vernietigbaar is op grond van de algemene bepaling van art. 6:233 BW. Tevens lijkt mij het niet uitgesloten dat deze regeling in strijd is met Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Het gaat immers erg ver dat de natuurlijk persoon niet zelf mag oordelen of zijn wederpartij aan diens verplichting heeft voldaan.

41. In het hier besproken vonnis achten appellarbiters de conclusie dat de individuele kopers/opdrachtgevers gebonden zijn aan de oplevering aan de VvE ook te cru. Ondanks dat appellarbiters overwegen dat rechtsgeldig aan de interim-bestuurder opgeleverd kan worden, oordelen zij⁴¹ dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat na de oplevering kenbaar gemaakte klachten alsnog als tijdig bij de oplevering kenbaar moeten worden geacht. Met dit oordeel lijkt de bepaling in de meest recente algemene voorwaarden van SWK en Woningborg dat de oplevering van de algemene delen aan de VvE geschiedt, mogelijk reeds bij voorbaat achterhaald.

Grievensel, aantasting deskundigenberichten

42. In eerste aanleg⁴² hebben partijen ingestemd dat op de mondelinge behandeling de door de verkrijgers gestelde gebreken besproken werden aan de hand van het deskundigenbericht van Nitram Bouwadvies (Nitram) en het deskundigenbericht van de Installatietechnische Advies Combinatie (IAC). Niet enkel worden de door Nitram en IAC beschreven gebreken behandeld, tevens worden de bevindingen van Nitram en IAC besproken. Deze bevindingen van Nitram en IAC worden gevolgd door arbiters in eerste aanleg.

43. Door onderneemster is tegen deze wijze van behandeling geen grief gericht. Appellarbiters⁴³

³⁶ De VvE is een rechtspersoon, zodat zij een natuurlijk persoon nodig heeft om voor haar op te treden.

³⁷ Asser/*Van den Berg* 7-VI 2013/125.

³⁸ Waarbij juridisch de VvE een aparte rechtspersoon is (zie art. 5:124 lid 1 BW), en derhalve formeel ook los staat van de individuele koper/opdrachtgevers.

³⁹ Art. 6:236 BW.

⁴⁰ Art. 6:237 BW.

⁴¹ R.o. 31.

⁴² R.o. 18 van het vonnis in eerste aanleg.

⁴³ R.o. 40.

overwegen expliciet dat partijen in eerste aanleg akkoord zijn gegaan met de behandeling aan de hand van de deskundigenberichten van Nitram en IAC. Vervolgens zetten appellarbiters eveneens de vervolgstap om⁴⁴ uit te gaan van de juistheid van de in de deskundigenberichten opgenomen feitelijke constatering.

44. Doordat een grief tegen het inhoudelijk volgen van de deskundigenberichten van Nitram en IAC niet is ingesteld, zijn logischerwijs een aantal wel ingestelde grieven tevergeefs ingesteld. Door het ontbreken van genoemde grief, volgen appellarbiters hetgeen Nitram en IAC hebben opgenomen⁴⁵ in hun deskundigenberichten. Uit dit hantieren van de deskundigenberichten van Nitram en IAC volgen dezelfde conclusies in eerste aanleg als in hoger beroep. Voor een andere beslissing hadden verkrijgers en/of ondernemster een grief moeten richten tegen de beslissing van arbiters in eerste aanleg dat de deskundigenberichten gevolgd werden.

45. De verkrijgers en ondernemster lopen hier tegen het grievenstelsel aan. Uit het beginsel van partijautonomie volgt dat het aan de in het ongelijk gestelde partij is om te bepalen of, en zo ja in hoeverre, hij de in de eerste aanleg gedane uitspraak aan het oordeel van de appelrechter wil onderwerpen.⁴⁶ Indien een partij wil dat een voor hem nadelige beslissing moet worden herzien, dan moet tegen die beslissing een grief worden gericht.⁴⁷ Doet de betreffende partij dat niet, dan is de appellarbiter gebonden aan de beslissing in eerste aanleg. Bij het onderhavige geschil hebben arbiters in eerste aanleg de beslissing genomen om aan de hand van de deskundigenberichten de gestelde gebreken te bespreken en ook inhoudelijk de deskundigenberichten te volgen. Nu tegen deze beslissing geen grief is gericht, zijn appellarbiters aan deze beslissing gebonden.

Klachtplicht

46. Ondernemster doet herhaaldelijk⁴⁸ een beroep op de klachtplicht. Ondernemster stelt dat de verkrijgers niet tijdig hebben geklaagd. Bij een geslaagd beroep op schending van de klachtplicht is het gevolg dat de verkrijgers niet ontvankelijk verklaard worden in hun vordering. Het beroep van ondernemster faalt echter herhaaldelijk.

47. Bij de beoordeling van het beroep op schending van de klachtplicht hechten appellarbiters⁴⁹ veel belang aan het door ondernemster niet gesteld hebben of aanneemelijk gemaakt hebben dat ondernemster benadeeld is door het tijdsverloop. Voor appellarbiters weegt zwaar dat ondernemster niet heeft gesteld, laat staan heeft aangevoerd, dat zij door het vertraagde klagen op enigerlei wijze zou zijn benadeeld.

48. De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 25 maart 2011⁵⁰ en 8 februari 2013⁵¹ duidelijkheid geschapen over het belang van benadeling bij de schuldenaar. Als die belangen niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende redenen zijn om de schuldeiser een gebrek aan voortvarendheid te verwijten.

49. De concrete belangen van de schuldenaar waarvan aan gedacht⁵² kan worden, is bijvoorbeeld de aantasting in de bewijspositie omdat relevante functionarissen niet meer werkzaam zijn bij de schuldenaar, of zelfs zijn overleden. Maar ook kan de bewijspositie verslechterd zijn doordat aantekeningen verloren zijn gegaan. Tevens kan gedacht worden aan de aantasting van de mogelijkheid om de gevolgen van de tekortkoming te beperken, bijvoorbeeld door het ontnemen van de mogelijkheid om bij een lekkage⁵³ deze niet spoedig weg te kunnen nemen waardoor de schade erger wordt. Tevens kan gedacht worden aan de mogelijkheid om regres te nemen op de voorschakel (leverancier, onderaannemer of adviseur). Indien de voorschakel inmiddels failliet is verklaard, wordt de schuldenaar duidelijk benadeeld omdat hij de tekortkoming in de prestatie niet meer kan afwentelen op zijn voorschakel. Ook in het geval dat een door de voorschakel afgegeven garantie inmiddels

44 Appellarbiters vermelden dat zij in beginsel uitgaan van de juistheid van de in de deskundigenberichten opgenomen feitelijke constatering. De woorden 'in beginsel' worden verder niet uitgelegd en van een afwijking van de deskundigenberichten blijkt niet.

45 Nitram en IAC hebben niet enkel metingen en waarnemingen opgenomen in hun deskundigenberichten. Zij hebben conclusies van waarnemingen opgenomen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de conclusie dat bij scheurvorming van 1 mm geen sprake is van 'normaal gebruik c.q. deugdelijk werk' als in rechtsoverweging 86. De objectieve vaststelling dat het om scheurvorming gaat van 1 mm kan aan een deskundige overgelaten worden. De beantwoording of met scheurvorming van 1 mm geen sprake meer is van een 'normaal gebruik c.q. deugdelijk werk' is een oordeelsvorming die toch eerder bij (appel) arbiters zou moeten liggen dan bij een deskundige.

46 Asser *Procesrecht*, Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012, nr. 101.

47 Zie Asser *Procesrecht*, Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012, nr. 104.

48 In r.o. 41 wordt vermeld dat bij de principale grieven V tot en met XV ondernemster zich beroept op de niet-ontvankelijkheid vanwege het niet tijdig klagen. Bij de grieven VII, IX, X, XI, wordt het beroep van ondernemster op de schending van klachtplicht gepasseerd, zonder specifieke bespreking. Uit de bespreking van de klachtplicht bij de andere grieven is te concluderen dat op dezelfde gronden bij deze vier grieven het beroep op de schending van de klachtplicht ook faalt, dit is evenwel niet expliciet benoemd in het vonnis. De grieven VII, IX, X en XI worden behandeld in r.o. 51-79. Uit oogpunt van ruimtegebruik in dit Tijdschrift, zijn deze niet afgedrukt. Op www.raadvanarbitrage.info is het gehele vonnis, inclusief deze rechtsoverwegingen, te raadplegen.

49 Zie de r.o. 44, 50, 84 en 90.

50 HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5 m. nt. Jac. Hijma (*Ploum/Smeets II*).

51 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, NJ 2014/497 m. nt. Jac. Hijma (*Rabobank Noord Holland Noord*).

52 Zie *GS Verbintenissenrecht*, artikel 89 Boek 6 BW, aant. 19.20 (Van Cassel-van Zeeland).

53 Hof Den Bosch 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4064.

is verlopen, wordt de schuldenaar benadeeld door het tijdsverloop.

50. Appel-arbiters hebben de mate van schending van het belang van ondernemster (de schuldenaar in kwestie) zwaar laten wegen. De Raad van Arbitrage heeft in een eerder vonnis in hoger beroep⁵⁴ ook expliciet verwezen naar het arrest van 8 februari 2013 van de Hoge Raad. Geconcludeerd kan worden dat de Raad een bestendige lijn heeft: als de belangen van de schuldenaar niet geschaad zijn, dan is er voor schending van de klachtplicht weinig ruimte.

51. Een heet hangijzer binnen het vraagstuk van de klachtplicht was de verdeling van de stelplicht en bewijslast. Onlangs heeft de Hoge Raad⁵⁵ een arrest gewezen, welk arrest op het aspect van de verdeling van de stelplicht en bewijslast bij de klachtplicht ingaat. De Hoge Raad overweegt dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op art. 6:89 of 7:23 BW kunnen dragen, in beginsel op de schuldenaar rusten, omdat het door hem gevoerde verweer dat niet tijdig is geklaagd, een bevrijdend verweer is. Appellarbiters hebben ook langs deze lijn geoordeeld, hoewel het vonnis van eerdere datum is dan het arrest van de Hoge Raad.

52. Met het arrest⁵⁶ van 12 december 2014 heeft de Hoge Raad meer helderheid geschapen in de toepassing van de klachtplicht. Indien de schuldenaar het verweer voert dat niet tijdig is geklaagd, is het aan de schuldeiser om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat er geklaagd is en op welk moment. Vervolgens is het aan de schuldenaar om het bevrijdende verweer te voeren dat dit moment van klagen niet tijdig was. De schuldenaar dient derhalve die feiten en omstandigheden te stellen die volgens hem bepalen dat niet gesproken kan worden over een tijdige klacht. Bij betwisting van deze feiten en omstandigheden door de schuldeiser, heeft de schuldenaar ook de bewijslast van deze feiten en omstandigheden.

Slot

53. In deze bespreking zijn een viertal onderwerpen van het appelvonnis van 1 oktober 2014, No. 71.862 besproken. Het zgn. twee deurbellen loket, de verwarring rondom de oplevering aan de VvE met een grooteigenaar en aanvullende gebreken na deze oplevering door de verkrijgers, de systematiek van het grievensstelsel in hoger beroep en tot slot de bewijslast van de klachtplicht. Ieder onderwerp rechtvaardigt een meer uitgebreide behandeling dan deze noot toestaat. Ik hoop u een eerste of hernieuwd zicht gegeven te hebben in de reikwijdte van behandelde thema's.

F.M. van Cassel - van Zeeland

⁵⁴ RvA 9 augustus 2013, No. 71.778. In andere vonnissen, zoals RvA 19 december 2014, No. 71.933, wordt niet expliciet verwezen naar het arrest van 8 februari 2013, maar wordt wel een belangrijke rol weggelegd voor de vraag of de schuldenaar door het tijdsverloop in een nadeliger positie is geraakt.

⁵⁵ Hoge Raad 12 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3593 (*Far Trading/Edco*).

⁵⁶ *ibid.*