

Jurisprudentie – II. Aanneming van werk

TBR 2020/84

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 17 juni 2019, No. 72.173, (Verplichting betekent toestemming)

(A.S. Gratama, C.H. Bijvoet en B. Koman)

Model koop-/aannemingsovereenkomsten: art. 10, art. 13, art. 15

Garantiewoningen. Bevoegdheid. Twee loketten. Garantiegeschied. Arbitraal beding. Voorafgaande uitdrukkelijke toestemming. Afwijking model

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

De gronden van de beslissing De ontvankelijkheid

4. De memorie van grieven is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat de VvE's in zoverre ontvankelijk zijn in hun appel.

Het bevoegdheidsincident in eerste aanleg

5. Naar aanleiding van tussen de individuele appartementseigenaren en de rechtsvoorgangster van ondernemster tot stand gekomen koop-/aannemingsovereenkomsten is een geschil tussen partijen ontstaan. Ter zake van de door de VvE's bij de Raad aanhangig gemaakte procedure heeft ondernemster een bevoegdheidsincident opgeworpen.

6. Ondernemster heeft in eerste aanleg aangevoerd dat op grond van een contractuele aanvulling op de model koop-/aannemingsovereenkomsten beslechting van geschillen tussen partijen moet plaatsvinden door de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC), volgens het Geschillenreglement AIG 2010.

7. Arbitrator in eerste aanleg heeft ondernemster daarin gevolgd en heeft zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van het geschil tussen partijen en dat geschil bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten.

Het geschil in appel

8. De VvE's voeren drie grieven aan tegen het beroepen vonnis en verzoeken het beroepen vonnis te vernietigen en opnieuw rechtdoende de

Raad alsnog bevoegd te verklaren van het geschil kennis te nemen, met veroordeling van ondernemster in de proceskosten in beide instanties.

9. Ondernemster voert gemotiveerd verweer en verzoekt het beroepen vonnis te bekrachtigen, met veroordeling van de VvE's in de proceskosten in appel.

De beoordeling van het geschil in appel

10. Met grief 1 voeren de VvE's aan dat in het vonnis in eerste aanleg enkele jaartallen verkeerd zijn vermeld.

11. Nu, ook volgens ondernemster, sprake is van een kennelijke verschrijving, volstaan appellarbiters ermee de verbetering ervan hier door te voeren zodat in het beroepen vonnis in rechtsoverweging 16 in plaats van 2017 moet worden gelezen 2007 en in rechtsoverweging 17 in plaats van 2017, 2007 en in plaats van 2018, 2008 moet worden gelezen.

12. Deze grief treft als zodanig doel. Tot vernietiging van het beroepen vonnis leidt dat niet.

13. Met grief 2 en grief 3 komen de VvE's op tegen het oordeel van arbitrator in eerste aanleg dat uit een e-mail van de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen (SWK) van 12 juni 2018 blijkt dat zij de vereiste voorafgaande uitdrukkelijke toestemming heeft verleend voor de contractuele wijziging van het in het model van de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen arbitraal beding, zodat deze wijziging van toepassing is en het geschil moet worden beslecht door de SGC en dus niet door de Raad.

14. In artikel 15 van de onderhavige model koop-/aannemingsovereenkomst is bepaald dat alle geschillen worden beslecht door arbitrage overeenkomstig de statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (met uitzondering van - hier niet aan de orde zijnde - geschillen die worden beslecht door arbitrage overeenkomstig het arbitragereglement van het GIW).

15. De VvE's hebben het geschil in eerste aanleg op grond hiervan aanhangig gemaakt bij de Raad.

16. In een contractuele aanvulling (GIWA0103) is bepaald dat in afwijking

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat bij Cassel Advocatuur.

van artikel 15 alle geschillen worden beslecht door arbitrage conform het Geschillen- reglement van de Stichting Arbitrage Instituut GIW woningen (AIG).

17. Op grond van artikel 2 lid 1 en artikel 3 lid 1 van het toepasselijke Geschillenreglement AIG 2010 worden geschillen die voortvloeien uit overeenkomsten die zijn gesloten tussen een verkrijger en een ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bij de SWK of Bouwfonds ingeschreven ondernemer en ten aanzien waarvan is bepaald dat beslechting plaatsvindt volgens het Geschillenreglement AIG, beslecht door de SGC. Geschillen die voortvloeien uit overeenkomsten met een bij Woningborg ingeschreven ondernemer worden beslecht door de Raad.

18. Onderneemster is bij SWK ingeschreven en stelt dat het geschil beslecht moet worden door de SGC en dus niet door de Raad.

19. Artikel 13 van de model koop-/aannemingsovereenkomst bepaalt:

'Afwijkingen van het in het hoofd van deze akte genoemde model van de koop-/aannemingsovereenkomst en van de daarin van toepassing verklaarde algemene voorwaarden, die ten nadele van de verkrijger zijn, zijn nietig behoudens voorafgaande uitdrukkelijke toestemming verleend door of namens de waarborgende instelling als bedoeld in artikel 10. Bij het ontbreken van deze toestemming geldt de oorspronkelijke in het model opgenomen bepaling'.

20. De in artikel 10 bedoelde waarborgende instelling is de SWK (respectievelijk Woningborg), voorheen het GIW.

21. Volgens de VvE's is de wijziging van artikel 15 van de model koop-/aannemingsovereenkomst nietig omdat sprake is van een nadelige afwijking, zonder 'voorafgaande uitdrukkelijke toestemming'.

22. Arbitrator in eerste aanleg heeft overwogen dat onderneemster niet heeft betwist dat sprake is van een voor de ('verkrijger' en dus de) VvE's nadelige afwijking. Onderneemster voert nu bij haar verweer tegen de grieven 2 en 3 van de VvE's wel aan dat geen sprake is van een nadelige afwijking, maar dit kan in het midden blijven vanwege het navolgende.

23. SWK schrijft in haar e-mail van 12 juni 2018 dat de aanvulling GIWA0103 door haar verplicht werd gesteld bij koop-/aannemingsovereenkomsten die op of na 1 januari 2007 werden aangegaan.

24. De onderhavige koop-/aannemingsovereenkomsten zijn aangegaan in 2008.

25. Volgens arbitrator in eerste aanleg heeft SWK gelet daarop voorafgaande uitdrukkelijke toestemming verleend voor aanvulling GIWA0103, op grond waarvan het geschil beslecht moet worden door de SGC.

26. Naar het oordeel van de VvE's ten onrechte, omdat geen sprake zou zijn van een voorafgaande en een uitdrukkelijke toestemming.

27. Appellarbiters stellen voorop dat de vereiste 'toestemming door of namens de waarborgende instelling' impliceert dat het initiatief tot de beoogde afwijking van het model van de koop-/aannemingsovereenkomst afkomstig is van een ander dan de waarborgende instelling, in dit geval dus van onderneemster. De strekking van artikel 13 van de model koop-/aannemingsovereenkomst is dat de waarborgende instelling kan voorkomen dat door een onderneemster in specifieke gevallen afbreuk wordt gedaan aan haar verplichtingen en/of aan de rechten van verkrijgers.

28. In het onderhavige geval is het initiatief tot de afwijking (aanvulling GIWA0103) niet afkomstig van onderneemster, maar van de waarborgende instelling zelf en is geen sprake van een specifieke afwijking, maar van een algemeen toe te passen afwijking.

29. De afwijking was noodzakelijk geworden wegens onder meer de invoering van de Stichting Arbitrage Instituut GIW woningen met ingang van 1 januari 2007.

30. De waarborgende instelling heeft de afwijking verplicht gesteld bij koop-/aannemingsovereenkomsten die op of na 1 januari 2007 werden aangegaan.

31. De VvE's hebben niet, of niet gemoed, weersproken dat, zoals in de e-mail van 12 juni 2018 van SWK is aangegeven, SWK destijds in 2007 en nadien de aanvulling GIWA0103 daadwerkelijk feitelijk verplicht stelde. Anders dan de VvE's stellen, kan deze e-mail dan ook niet worden afgedaan als een algemene toestemming achteraf.

32. De VvE's voeren alleen aan dat geen sprake zou zijn van een 'voorafgaande' en 'uitdrukkelijke' toestemming, waarbij zij de taalkundige uitleg daarvan benadrukken.

33. Nu bij een verplichting tot afwijking van het model van de koop-/aannemingsovereenkomst de vraag of daar 'toestemming' voor is verleend feitelijk niet aan de orde is, is ook niet aan de orde of een dergelijke toestemming voorafgaand en uitdrukkelijk is verleend.

34. De door de VvE's aangehaalde uitspraken van de Raad in de geschillen 24.216 en 71.366 hebben betrekking op, niet noodzakelijke, afwijkingen op initiatief van de desbetreffende ondernemster (met financiële gevolgen ten nadele van verkrijgers). Die geschillen betreffen dus een andere situatie dan de onderhavige, zodat het beroep op deze vonnissen niet opgaat.

35. Het beroep op de aangehaalde uitspraak van de Raad in geschil 35.128 treft evenmin doel. In dat geschil was er geen stuk van SWK voorhanden waaruit bleek dat SWK 'akkoord was gegaan' met de wijziging zoals in het onderhavige geschil wel het geval is (meergevoemde e-mail van 12 juni 2018). Appellarbiters herhalen dat feitelijk sprake is van een verplichting van de kant van SWK om het afwijkende arbitraal beding toe te passen. Verder is in die uitspraak geoordeeld dat het enkele vaststellen van een nieuw model (Garantie- en Waarborgregeling 2007) met een afwijkend arbitraal beding, niet gelijk is te stellen met uitdrukkelijke toestemming voor toepassing van een (van Garantie- en Waarborgregeling 2003) afwijkend arbitraal beding in een koop-/aannemingsovereenkomst. Anders dan de VvE's stellen heeft arbiter in geschil 35.128 niet geoordeeld dat de verplichting vanuit het SWK om een aanvulling op de model koop-/aannemingsovereenkomst op te nemen niet kan worden gekwalificeerd als een voorafgaande uitdrukkelijke toestemming. Arbiter in dat geschil heeft geoordeeld dat uit het enkele feit dat de gewijzigde arbitrageclausule in overeenstemming was met de tekst van de arbitrageclausule uit de nieuwe Garantie- en Waarborgregeling (2007) niet blijkt dat SWK uitdrukkelijk akkoord was met de van het model van 2003 afwijkende arbitrageclausule.

36. Gelet op al het voorgaande volgen appellarbiters arbiter in eerste aanleg in zijn oordeel dat de in geschil zijnde contractuele wijziging van het arbitraal beding van toepassing is, zodat het geschil tussen partijen moet worden beslecht door de SGC en niet door de Raad.

37. Daarom falen de grieven 2 en 3.

38. Appellarbiters zullen, onder verbetering van de gronden zoals hiervoor beschreven, het beroepen vonnis bekrachtigen.

39. Appellarbiters laten de door ondernemster opgeworpen vraag of de in artikel 13 bedoelde 'nietigheid' een nietigheid is in de zin van artikel 3:40 BW, verder onbesproken.

40. Ondernemster verzoekt - indien en voor zover appellarbiters het beroepen vonnis vernietigen en bepalen dat de Raad bevoegd is -

aan de VvE's om eerst duidelijkheid te scheppen over de vraag welke eiser de vorderingen instelt en of aan die vorderingen een procesbesluit ten grondslag ligt. Nu aan de voor- waarde niet is voldaan, komen appellarbiters al niet aan behandeling van het verzoek toe. Daarom overwegen zij slechts ten overvloede dat voor zover sprake zou zijn van een (voorwaardelijke) vordering, de VvE's terecht aanvoeren dat ondernemster buiten de rechtsstrijd in hoger beroep ter zake van het bevoegdheidsincident zou treden. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Bij woningen die onder garantie gebouwd worden, waren er vroeger twee rechtsprekende instanties. Dit waren de Stichting GIW en de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Beide rechtsprekende instanties waren naast elkaar actief. Zij hadden ieder hun eigen rechtsgebied waarvoor zij bevoegd waren. Rechtzoekenden moesten de goede keuze maken aan wie zij hun geschil voorlegden. In sommige gevallen moest ook bij beide instanties geprocedeerd worden. Derhalve tweemaal procederen, terwijl het geschil één woning betrof met één koop-/aannemingsovereenkomst.

2. Deze situatie is in 2007 ten einde gekomen. Het hier te bespreken vonnis is een gevolg van de wijze van invoering van de nieuwe situatie. De overgang naar één bevoegde rechtsprekende instantie was niet voor iedereen even helder, zo blijkt.

Casus

3. Het geschil gaat om appartementen waarop een garantie- en waarborgregeling van toepassing is. Woningen waar een dergelijke regeling² op van toepassing is, worden ook wel 'Garantiewoningen' genoemd. Tussen de individuele appartementseigenaren en de rechtsvoorgangster van ondernemster³ zijn op 1 maart 2008 koop-/aannemingsovereenkomsten gesloten.⁴ De individuele appartementseigenaren zijn verenigd in meerdere verenigingen van eigenaren. Deze VvE's treden in dit geschil op als eiseressen.

4. Nadat de VvE's een pro-formamemorandum van eis en een memorie van toelichting hebben ingediend, doet ondernemster als verwerende partij beroep op onbevoegd-

² Zoals de garantie- en waarborgregeling van SWK, AIG, GIW, Woningborg of Stiwoga.

³ De Raad benoemt specifiek dat de rechtsvoorgangster van ondernemster de overeenkomsten heeft gesloten. Voor de bespreking is dit verder niet relevant, zodat zij gemakshalve verder ondernemster genoemd wordt in deze noot. Aan de rechtsopvolging van opdrachtgevers is door de Raad geen aandacht geschonken. In het vonnis wordt in rechtsoverweging 5 vermeld dat de individuele appartementseigenaren de overeenkomsten hebben gesloten met opdrachtnemer. Gezien het tijdsverloop van meer dan 10 jaar is het realistisch dat inmiddels een of meerdere van de oorspronkelijke opdrachtgevers het appartement heeft verkocht en overgedragen aan de nieuwe eigenaar. Dit is voor het onderhavige geschil niet relevant.

⁴ Vonnis in 1e aanleg, RvA 20 augustus 2018, Nr. 35.116, ro. 4.

heid. De VvE's zouden niet bij de Raad terecht kunnen om hun geschil met ondernemster te laten beslechten. Ondernemster betoogt dat niet de Raad, maar de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC) bevoegd is.⁵

5. De VvE's hebben de bevoegdheid van de Raad gebaseerd op art. 15 van de met de individuele appartementseigenaren gesloten koop-/aannemingsovereenkomsten. In die bepaling is opgenomen⁶ dat de Raad bevoegd is voor alle geschillen naar aanleiding van de koop-/aannemingsovereenkomst, tenzij het geschil de Garantie- en waarborgregeling betreft of oplevergebreken of gebreken die binnen drie maanden na de oplevering geconstateerd worden en de hiermee verband houdende opschorting van 5%. Deze uitzonderingen worden beslecht door de stichting GIW. Het geschil dat de VvE's hebben voorgelegd aan de Raad betreft een vordering ter zake van herstel van gestelde gebreken aan (de aansluiting van) de riolering.⁷ Deze vordering lijkt inderdaad niet te zien op de Garantie- en waarborgregeling en gezien het tijdsverloop van meerdere jaren zullen het ook geen opleveringsgebreken betreffen. Het is derhalve logisch dat de VvE's gekozen hebben voor de Raad van Arbitrage voor de Bouw en niet voor de Stichting GIW.

Twee loketten en oprichting AIG

6. Tot de verandering in 2007 moest een opdrachtgever die een garantiengeschil wilde laten beslechten zich op grond van de regeling in art. 15 van de koop-/aannemingsovereenkomsten wenden tot de stichting GIW. Voor de andere geschillen moest de opdrachtgever zich wenden tot de Raad. Voor het laten beslechten van het geschil waren er aldus twee loketten, waarbij de opdrachtgever enkel het juiste loket hoeft te benaderen op straffe van onbevoegdheid van het scheidsrecht.⁸

7. Dit tweelokettensysteem heeft lange tijd bestaan.⁹ Het werd op enig moment niet (meer) wenselijk gevonden dat partijen te maken hadden met twee arbitrage-instituten bij geschillen over de koop-/aannemingsovereenkomsten.¹⁰ Na jaren van gesprekken en discussies tussen de diverse partijen is uiteindelijk op 1 januari 2007 de Stichting Arbitrage Instituut GIW woningen (AIG) opgericht.¹¹ Vanaf dat moment werd het AIG het loket voor geschillen aangaande Garantiewoningen en is bevoegd voor alle geschillen ten aanzien van de Garantiewoning. Het was niet meer van belang of men zich beriep op de garantieregeling of dat men

zich beriep op een tekortkoming uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomst. Eindelijk was de onwenselijke situatie van twee loketten bij geschillen ten aanzien van de Garantiewoningen opgelost.

8. Voor de rechtzoekende was het systeem van twee loketten namelijk niet altijd helder. Terwijl het systeem van twee loketten wel erg star was. Indien de rechtzoekende het geschil niet bij de juiste instantie aanbracht werd een onbevoegdheid uitgesproken. De rechtzoekende stond dan voor de keuze om nogmaals een arbitrale procedure te starten, maar nu bij de andere instantie. Dit laatste kon uiteraard alleen als er inmiddels geen onherstelbare termijnen waren verstreken. Het naast elkaar bestaan van twee fora met betrekking tot één contractuele relatie heeft in de praktijk veel problemen gegeven.¹²

9. Ter illustratie van de werking van dit systeem van twee loketten wordt nu een voorbeeld besproken met een kromtrekkende deur gemaakt van het verkeerde hout¹³. Overeengekomen was dat de voordeur gemaakt zou zijn van eikenhout. De deur was echter gemaakt van vurenhout. Tevens trok de deur krom. Het kromtrekken werd mogelijk veroorzaakt door de toepassing van de onjuiste houtsoort. Het toegepaste vurenhout is immers beduidend minder sterk en minder stevig dan het contractueel overeengekomen eikenhout. De klacht over het gebruik van het onjuiste hout viel echter niet onder de garantie. Voor dit gebrek moest men naar de Raad van Arbitrage. De klacht over het kromtrekken van de deur kan echter zowel onder de Raad vallen als onder de Stichting GIW. Indien de klacht werd geformuleerd als een schending van de garantienorm, dan moest men bij de Stichting GIW zijn. Bij de Raad zou een verklaring van onbevoegdheid volgen. Indien de klacht werd geformuleerd als tekortkoming uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomst, dan was de Raad bevoegd en zou de Stichting GIW zich onbevoegd verklaren. Een voor de opdrachtgever, veelal een consument zonder specifieke bouwrechtelijke kennis, onpraktische situatie. Deze situatie werd beëindigd met de oprichting van het AIG.

Het AIG en de koop-/aannemingsovereenkomst

10. De koop-/aannemingsovereenkomsten die gesloten worden voor Garantiewoningen zijn gebaseerd op een modelovereenkomst.¹⁴ In dat model was de systematiek van de twee loketten opgenomen. Voor garantie-

⁵ Ro. 6 van het hier te bespreken vonnis.

⁶ Zie voor het citaat ro. 7 van het vonnis in 1e aanleg.

⁷ Dit volgt uit het vonnis in vrijwaring dat tussen ondernemster en twee van haar onderaannemers is gewezen, RvA 30 januari 2020, No. 35.116, ro. 4 en 5.

⁸ Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, 'De gegarandeerde positie van de koper van een nieuwbouwwoning', *TBR* 2011/23, p. 113 - 114.

⁹ D.M.S. Gribling en F.H.A.M. Thunnissen, 'Nieuwe geschillenregeling voor GIW-woningen: het AIG', *BR* 2007/86, p. 401.

¹⁰ M. Niesen, 'Arbitrage volgens koop-/aannemingsovereenkomsten met een Garantie- en waarborgregeling', *TBR* 2011/165, p. 921.

¹¹ M.A.B. Chao-Duivis, 'De evaluatie van de 5% regeling en ontwikkelingen i.v.m. het GIW', *TBR* 2010/103, p. 563 noot 7.

¹² Zie ook M.A.M.C. van den Berg en S. van Gulijk, 'Ontwikkelingen consumentenbouwwrecht 2010', *TvC* 2011-5, p. 198.

¹³ Het voorbeeld wordt in de literatuur vaker gebruikt. Ik heb niet onderzocht wie de bron is geweest. Zie voor dit voorbeeld bijvoorbeeld M.A.B. Chao-Duivis, 'De evaluatie van de 5% regeling en ontwikkelingen i.v.m. het GIW', *TBR* 2010/103, p. 562-563.

¹⁴ Er zijn diverse modellen toegespitst op generieke situaties als het onderscheid tussen een woning of een appartement. Ook zijn er modellen voor de bouw op grond die gekocht wordt door de verkrijger of voor de situatie waarin de grond in erfpacht uitgegeven wordt. Voor de situatie van onderhavig geschil is dit verder niet relevant.

geschillen¹⁵ was de Stichting GIW bevoegd en voor niet-garantiegeschillen was de Raad van Arbitrage voor de Bouw bevoegd. Om het net opgerichte AIG voortaan bevoegd te maken, moest het model van de koop-/aannemingsovereenkomsten aangepast worden.¹⁶ De nieuw af te sluiten overeenkomsten die op dit model gebaseerd zijn, zouden dan namelijk in het vervolg het AIG als bevoegde geschilbeslechter hebben.

Er is evenwel niet gekozen om de modellen van de koop-/aannemingsovereenkomst te wijzigen. Als oplossing is gekozen om een aanvulling op de koop-/aannemingsovereenkomst op te stellen. Die aanvulling wordt bij de overeenkomst gevoegd en vervangt het artikel in de koop-/aannemingsovereenkomst dat de Raad en de Stichting GIW aanwijzen als geschilbeslechtende instanties.

11. Voor de hier besproken casus betekent dit dat voor de individuele appartementseigenaren en ondernemer in de tekst van de koop-/aannemingsovereenkomst art. 15 is opgenomen. In dit art. 15 worden de Raad van Arbitrage voor de Bouw en de Stichting GIW bevoegd verklaard. Tevens is in een bijlage bij de overeenkomst opgenomen de bepaling inhoudende dat voor de tekst van art. 15 een andere tekst gelezen moet worden. Die betreffende tekst maakt vervolgens het AIG bevoegd.¹⁷ Deze bijlage geldt ook als contractstuk. Hoewel dit in de praktijk lastig leesbaar blijkt, behoeft dit juridisch geen problemen te geven. Het systeem van de twee loketten is hiermee echter ingeruild voor een systeem dat mogelijk evenzeer misleidend genoemd kan worden. In de overeenkomst is namelijk een helder arbitraal beding opgenomen, zijnde art. 15 die naar de Stichting GIW en de Raad van Arbitrage voor de Bouw verwijst. Echter, in één van de bijlagen is een afwijking opgenomen op dit artikel. Niet iedere rechtzoekende zal deze systematiek van contracteren direct doorhebben en op deze mogelijkheid alert zijn.

Toestemming nodig voor de afwijking

13. In de koop-/aannemingsovereenkomst gesloten tussen de individuele appartementseigenaren en ondernemer is nog een bepaling opgenomen. Dat is art. 13. Het betreffende artikel luidt: *'Afwijkingen van het in het hoofd van deze akte genoemde model van de koop-/*

aannemingsovereenkomst en van de daarin van toepassing verklaarde algemene voorwaarden, die ten nadele van de verkrijger zijn, zijn nietig behoudens voorafgaande uitdrukkelijke toestemming verleend door of namens de waarborgende instelling als bedoeld in artikel 10. Bij het ontbreken van deze toestemming geldt de oorspronkelijke in het model opgenomen bepaling.'

14. In art. 10 is het GIW benoemd.¹⁸ De betreffende bepaling van het model koop-/aannemingsovereenkomst¹⁹ luidt: *'De ondernemer verklaart, dat het/de appartementsrecht(en), dat/die het ontwerp is/zijn van deze overeenkomst, deel uitmaakt/uitmaken van een door het GIW geregistreerd project en door deze instelling is ingeschreven onder registratienummer en verbindt zich tegenover de verkrijger ter zake van dit/deze appartementsrecht(en) de verplichtingen uit de Garantie- en waarborgregeling van deze instelling te zullen nakomen.'*

15. De aanvulling op de overeenkomst waarin het AIG bevoegd wordt verklaard, is een afwijking op het model van de koop-/aannemingsovereenkomst. Om deze afwijking van toepassing te laten zijn, dient de waarborgende instelling als bedoeld in art. 10, zijnde het GIW, voorafgaande uitdrukkelijke toestemming te verlenen. Als die toestemming er niet is, dan geldt de oorspronkelijk in het model opgenomen bepaling. Zonder toestemming van het GIW is dus niet het AIG bevoegd, maar geldt de oude situatie waarin er twee loketten zijn. De Stichting GIW en de Raad van Arbitrage voor de Bouw zijn dan bevoegd op hun eigen specifieke rechtsgebied.

Voorafgaande uitdrukkelijke toestemming?

16. Uit het vonnis dat hier besproken wordt volgt dat het GIW geen voorafgaande uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven.

17. Sinds 2007 is de garantie- en waarborgregeling niet langer ondergebracht bij het GIW als centrale organisatie, maar bij SWK en Woningborg.²⁰ De toestemming die volgens de koop-/aannemingsovereenkomsten van de individuele appartementseigenaren gegeven had moeten worden door het GIW, is niet door het GIW gegeven maar door SWK. Althans, SWK heeft aan de bij haar aangesloten ondernemers de verplichting opgelegd om de betreffende aanvulling op te nemen bij de koop-/aannemingsovereenkomsten die op of na 1 januari 2007 werden aangegaan.

18. Dus geen toestemming, maar een verplichting. En niet gegeven of opgelegd door het GIW, maar door een andere organisatie; namelijk SWK.

19. Dit levert vragen op. Ten eerste de vraag waarom niet het GIW de toestemming verleent, maar het verlenen van de toestemming aan SWK overlaat. Met daarbij de vraag of dit mogelijk is. De andere vraag is of een generie-

15 Dit is niet geheel zuiver. De verkrijger moest zich volgens art. 15 wenden tot de Stichting GIW voor geschillen betreffende:

a. de Garantie- en waarborgregeling van het GIW;

b. bouwkundige gebreken en tekortkomingen geconstateerd bij oplevering en/of binnen drie maanden daarna;

c. het met sub b verband houdende 5% opschortingsrecht van de verkrijger als bedoeld in artikel 14A van de algemene voorwaarden.

16 Zie voor een uiteenzetting van de periode van overgang inclusief diverse problematieken M. Niesen, 'Arbitrage volgens koop-/aannemingsovereenkomsten met een Garantie- en waarborgregeling', TBR 2011/165, p. 918-924.

17 Overigens wordt niet alleen het AIG bevoegd gemaakt. De opdrachtgever, de consument c.q. verkrijger, krijgt ook nog de mogelijkheid om te kiezen voor de overheidsrechter. De opdrachtgever heeft het recht om te kiezen of hij een procedure aanhangig wil maken bij de gewone rechter of bij het AIG. Die keuze kan hij ook opleggen aan zijn wederpartij, de projectontwikkelaar. In het kader van het te bespreken vonnis is deze extra mogelijkheid niet relevant. Hier zal dan ook verder geen aandacht aan geschonken worden.

18 Ro. 5 en 6 van het vonnis in 1e aanleg.

19 In de vonnissen wordt deze bepaling niet geciteerd.

20 M.A.B. Chao-Duivis, 'De gegarandeerde positie van de koper van een nieuwbouwwoning', TBR 2011/23, p. 115.

ke verplichting tot hanteren van een afwijking gelijkgesteld kan worden aan een voorafgaande uitdrukkelijke toestemming.

Toestemming namens GIW

20. De toestemming hoeft volgens art. 13 van het model van de koop-/aannemingsovereenkomst niet door het GIW gegeven te worden. De toestemming kan ook namens de instelling als bedoeld in art. 10 verleend worden. In art. 10 staat het GIW benoemd, dus het GIW kan een andere organisatie namens haar de toestemming laten verlenen. Het is niet duidelijk of er door het GIW toestemming is verleend aan SWK om namens het GIW de vereiste toestemming te verlenen. In het vonnis wordt hier ook niet nader op ingegaan.

21. Hoewel in de overeenkomst nog altijd het GIW genoemd staat, lijkt het op zich logisch dat SWK deze toestemming kan afgeven. Sinds 2007 is de garantie- en waarborgregeling immers niet langer ondergebracht bij het GIW als centrale organisatie. De garantie- en waarborgregeling is vanaf dat moment ondergebracht bij SWK en Woningborg.²¹ Het is in de geest van art. 10 van de koop-/aannemingsovereenkomst als de toestemming gegeven kan worden door de organisatie waar de regeling is ondergebracht en bij wie de opdrachtnemer is ingeschreven. Praktisch gezien heeft SWK de rol overgenomen van het GIW als borgende instelling.

22. Art. 10 verlangt dat het GIW aan het SWK toestemming verleent om namens haar de toestemming te mogen verlenen; een volmacht. Het is verdedigbaar dat deze volmacht stilzwijgend is verleend door het GIW, aangezien het GIW haar taken heeft overgedragen.²² Het GIW heeft zelfs het voornemen geuit op 9 februari 2009 dat zij zich gaat opheffen.²³ Hoewel uit de inschrijving in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel²⁴ volgt dat het voornemen tot opheffen nog niet is uitgevoerd, is er geen enkele blijk van recente activiteiten²⁵ van het GIW. Er wordt ook algemeen van uitgegaan dat het GIW is opgeheven.²⁶ Uit de vonnissen blijkt niet van enige discussie over de vraag of SWK de vereiste toestemming kon verlenen. Hier wordt gewoonweg van uitgegaan. De discussie heeft zich toegespitst

op de andere vraag, namelijk: of een generieke verplichting tot hanteren van een afwijking gelijkgesteld kan worden aan een voorafgaande uitdrukkelijke toestemming.

Verplichting is toestemming?

23. Door SWK is niet een voorafgaande uitdrukkelijke toestemming voor de afwijking van het model van de koop-/aannemingsovereenkomst aan ondernemster gezonden. SWK heeft aan de bij haar aangesloten organisaties de verplichting opgelegd om de afwijking op te nemen in de koop-/aannemingsovereenkomsten die op of na 1 januari 2007 werden aangegaan.²⁷ Ook aan ondernemster is deze verplichting door SWK opgelegd.

24. Feitelijk gezien heeft het SWK niet de voorafgaande uitdrukkelijke toestemming gegeven voor de afwijking zoals vereist in art. 13. SWK heeft in plaats van toestemming verlenen, aan de bij haar aangesloten ondernemster een verplichting opgelegd om de afwijking op het model te gebruiken bij de af te sluiten koop-/aannemingsovereenkomsten.

25. Door ondernemster is een e-mail overgelegd waarin SWK schrijft dat zij de bij haar aangesloten organisaties de verplichting heeft opgelegd om de afwijking op het model op te nemen in de koop-/aannemingsovereenkomsten die gesloten worden op of na 1 januari 2007. Arbitr in eerste aanleg heeft geoordeeld dat uit deze e-mail van SWK blijkt dat SWK voorafgaand aan de wijziging uitdrukkelijk toestemming heeft verleend. De verplichting tot het toepassen van de wijziging impliceert toestemming, aldus arbiter.²⁸ De VvE's hebben in hoger beroep grieven geformuleerd tegen dit oordeel.²⁹

26. Appel-arbiters volgen het oordeel van arbiter in eerste aanleg. Bij een verplichting tot afwijking van het model van de koop-/aannemingsovereenkomst komt de vraag of voor de afwijking toestemming is verleend niet aan de orde.³⁰ Appel-arbiters betrekken hierbij het gegeven dat de systematiek van verlenen van toestemming door de waarborgende instelling ziet op afwijkingen die afkomstig zijn van ondernemster. Ter bescherming van de verkrijger, dus van de individuele appartementseigenaren en in het verlengde hiervan de VvE's, kan door ondernemster niet eenzijdig afbreuk gedaan worden aan de rechten van verkrijgers.³¹ De waarborgende instelling houdt toezicht en kan een nadelige afwijking van het model koop-/aannemingsovereenkomst voorkomen.

27. Bij een verplichting zijdens de waarborgende instantie is het niet nodig om nog specifiek toestemming te vragen van de waarborgende instantie zelf. De bescherming van de verkrijger wordt geacht meegenomen te zijn in de afweging van de waarborgende instantie bij het generiek

21 M.A.B. Chao-Duivis, 'De gegarandeerde positie van de koper van een nieuwbouwwoning', *TBR* 2011/23, p. 115.

22 Nieuws en signaleringen, GIW opgeheven, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2009-2 (april), p. 77.

23 Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/188a.

24 Register Kamer van Koophandel geraadpleegd op 7 april 2020. Onder nummer 41126424 is ingeschreven Stichting Garantie-Instituut Woningbouw, ook genaamd Garantie Instituut Woningbouw, met als datum akte van oprichting 10 december 1974. Op het moment van raadplegen van het register zijn er twee bestuurders.

25 Zo is de website van het GIW sinds 31 januari 2020 in handen van Media Village B.V., een bedrijf dat domeinnamen registreert en verkoopt; <<https://www.sidn.nl/whois?q=giw.nl>>; <<http://www.mv.nl/>>; <<https://www.sprout.nl/artikel/innovatie/domeinhandel-lucratief>>. Websites geraadpleegd op 7 april 2020.

26 Ro. 10 van het vonnis in 1e aanleg; zie ook <http://www.swk.nl/?page_id=476> en <<https://www.woningborg.nl/particuliere-koper/veelgestelde-vragen/het-giw/>>.

27 Ro. 23 van het hier te bespreken vonnis.

28 Ro. 17 van het vonnis in eerste aanleg.

29 Ro. 13 en 21 van het hier te bespreken vonnis.

30 Ro. 33 van het hier te bespreken vonnis.

31 Ro. 27 van het hier te bespreken vonnis.

verplicht stellen van de afwijking. De verplichting tot gebruik van de afwijking van het model impliceert toestemming.

Arrest Steendijkpolder

28. Deze casus heeft een gelijkenis met het arrest *Steendijkpolder*³² van de Hoge Raad van 9 oktober 1992. De Steendijkpolder was met baggerspecie, afkomstig uit de Rotterdamse haven, 3 à 3,5 meter opgehoogd. Deze grond is vervolgens door de gemeente Maassluis aan een projectontwikkelaar verkocht. Deze projectontwikkelaar verkocht de grond vervolgens als individuele percelen weer door aan particuliere kopers. Tevens sloot hij met de kopers een aannemingsovereenkomst. De kopers kregen met de koop van de grond ook de verplichting tot (het laten) bouwen van een woning op deze grond. Achteraf bleek echter dat de grond verontreinigd was en niet geschikt was voor bewoning. Het Gerechtshof heeft geoordeeld dat de plicht tot bouwen van een woning impliceert dat er een garantie gegeven wordt dat de grond geschikt is voor een woning. De Hoge Raad vond dit geen onjuiste rechtsopvatting.

29. Het opleggen van een verplichting tot het bouwen van een woning betekende dus tevens dat er een garantie afgegeven werd dat de grond die verkocht werd en waar de woning op gebouwd moest worden, geschikt was om een woning op te bouwen. De verplichting betekende een garantie.

30. De casus van het geschil tussen de VvE's en ondernemster die hier besproken wordt, lijkt hierop. De verplichting voor een aangesloten organisatie om een afwijking van het model op te nemen, betekent een uitdrukkelijke toestemming om deze afwijking te gebruiken. De verplichting betekende toestemming.

Gevolg voor de VvE's

31. Het gevolg voor de VvE's is echter wel dat zij het geschil bij de verkeerde rechtsprekende instantie hebben aangebracht. Zij hadden zich niet moeten wenden tot de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Ze hadden de keuze uit de Stichting Geschillencommissie voor Consumentenzaken of de overheidsrechter.

32. De Raad benoemt in de vonnissen dat het geschil tussen partijen beslecht moet worden door de SGC en niet door de Raad.³³ Het is de vraag of dit correct is.

De Raad heeft immers geoordeeld dat de aanvulling op het model van toepassing is. In de aanvulling³⁴ is opgenomen dat de verkrijger naast de keuze van het arbitrale instituut³⁵ steeds het recht heeft om te kiezen voor de gewone rechter. In zoverre is het dus niet per definitie dat de SGC bevoegd is. De VvE's kunnen ook kiezen voor de rechter.

33. Het alsnog voorleggen van het geschil aan de SGC of de rechter zal voor de VvE's waarschijnlijk niet zinvol zijn. De vordering van de VvE's ziet op het wegemen van gestelde gebreken aan (de aansluiting van) de riolering.³⁶ Vanwege het instellen van de vordering bij de Raad zal het geen opleveringsgebrek betreffen. Het betreft aldus een vordering uit hoofde van een verborgen gebrek. De rechtsvordering van een verborgen gebrek bij een garantiewoning³⁷ is niet ontvankelijk, indien zij wordt ingesteld na verloop van vijf jaar en zes maanden na de oplevering. Deze termijn betreft een contractuele vervaltermijn. Het is een termijn die niet gestuit of verlengd kan worden.

34. Veelal wordt een pro-formamemorie van eis ingediend om een fatale vervaltermijn veilig te stellen. De termijn die veiliggesteld moest worden, was - zo veronderstel ik - de vervaltermijn van vijf jaar en zes maanden van de rechtsvordering vanwege een verborgen gebrek (de riolering). Het veiligstellen is echter gebeurd bij de verkeerde rechtsprekende instantie en heeft hierdoor geen werking. Het alsnog aanbrengen van het geschil bij de SGC of bij de rechtbank zal waarschijnlijk³⁸ tot gevolg hebben dat de VvE's niet-ontvankelijk verklaard worden in de vordering omdat zij niet binnen vijf jaar en zes maanden na de oplevering de vordering bij de SGC of bij de rechtbank aanhangig hebben gemaakt.

Conclusie

35. De conclusie is eenvoudig: de verplichting tot het gebruik van de aanpassing impliceert tevens de uitdrukkelijke toestemming tot het gebruik van deze aanpassing. Dit lijkt ook de enige logische conclusie.

F.M. van Cassel - van Zeeland

34 De aanvulling wordt in het vonnis in eerste aanleg geciteerd, zie ro. 8 van het vonnis in eerste aanleg.

35 In de aanvulling is de Stichting Arbitrage Instituut GIW woningen (AIG) als arbitraal instituut benoemd. Per 1 januari 2010 geldt er een geschillenreglement van het AIG, waarin is bepaald dat de geschillen, voortvloeiende uit overeenkomsten gesloten tussen een verkrijger en een ondernemer die aangesloten is bij SWK, beslecht worden door de SGC volgens het geschillenreglement van de Stichting AIG. Zie ro. 10 van het vonnis in eerste aanleg.

36 Dit volgt uit het vonnis in vrijwaring dat tussen ondernemster en twee van haar onderaannemers is gewezen, RvA 30 januari 2020, No. 35.116, ro 4 en 5.

37 Art. 16 lid 6 van de Algemene voorwaarden zoals opgenomen in de publicatie A.2003 GIW-Garantie- en waarborgregeling Appartementen A.2003, p. 77. Zie ook S.J.H. Rutten, *Praktijkboek verjarings- en vervaltermijnen in de bouw*. Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014/9.2.2-9.2.4 p. 152-154.

38 Recent is het arrest HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:531 gewezen dat mogelijk een ander licht gaat werpen op de vervaltermijn van de verborgen gebreken.

32 HR 9 oktober 1992, NJ 1994/289 m.nt. Brunner, BR 1993/450 m.nt. Broekema-Engelen (*Pakwoningen/Van Helden c.s.*).

33 Ro. 36 van het hier besproken vonnis in hoger beroep en ro. 19 van het vonnis in eerste aanleg.