

Gemeente Zevenaar
T.a.v. mevrouw W. Dijkstra
Postbus 10
6900 AA ZEVENAAR

Per e-mail : W.Dijkstra@zevenaar.nl

Nijmegen, 14 juni 2023

Ons kenmerk
Gemeente Zevenaar / Advies
basisschool de Bem
20230851 - 2623566/1 - AK/

Telefoonnummer
024 - 382 84 44

Uw kenmerk
-

E-mail
a.klomp@hekkelman.nl;
r.burgers@hekkelman.nl

Faxnummer
024 - 382 83 88

Betreft
Advies

Geachte mevrouw Dijkstra,

Naar aanleiding van uw e-mails van 6 juni 2023 en 7 juni 2023 treft u hierbij ons advies aan in bovengenoemde zaak.

A. Inhoudsopgave

De inhoud van dit advies is als volgt opgebouwd:

- A. Inhoudsopgave;
- B. Inleiding;
- C. Relevante feiten en omstandigheden;
- D. Vraagstelling;
- E. Juridisch kader/beantwoording vragen;
- F. Conclusies.

B. Inleiding

Er is sinds de oplevering (of in ieder geval kort daarna) sprake van gebreken aan het dak en de (raam)kozijnen van het gebouw voor basisschool de Bem in Zevenaar, in die zin dat sprake is van lekkages. De betreffende gebreken/lekkages zorgen voor overlast en moeten worden verholpen. Met de herstelkosten is een bedrag gemoeid van circa 100K. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente heeft een (concept)raadsvoorstel voorbereid waarin de gemeenteraad zal worden gevraagd krediet beschikbaar te stellen voor de begrote herstelkosten. Dit krediet zal beschikbaar worden gesteld aan Partij A, die het bevoegd gezag is van basisschool de Bem. Een en ander

opdat Partij A kan (laten) zorgdragen voor herstel van de gebreken/lekkages. Partij A heeft ter zake ook een reguliere aanvraag gedaan op basis van artikel 6 van de 'Verordening voorzieningen huisvesting onderwijs Zevenaar 2020' (hierna: '*de Verordening*').

Gezien het vorenstaande vraagt de gemeente zich af of de aannemer die het gebouw destijds heeft gerealiseerd aansprakelijk kan worden gehouden.

Hierna zullen wij uiteenzetten dat een eventuele aansprakelijkstelling van de aannemer niet kansrijk is. Dat komt omdat eventuele vorderingen van de gemeente uit hoofde van een verborgen gebreken zijn vervallen. Daarnaast zijn eventuele vorderingen van de gemeente uit hoofde van garanties verjaard. De gemeente kan verder ook geen beroep meer doen op het aanbod tot een minnelijke regeling dat de aannemer medio 2021 heeft gedaan.

C. Relevante feiten en omstandigheden

De gemeente heeft op 7 januari 2009 met *Partij B* een Ontwikkelings- en realisatieovereenkomst (hierna: '*de Overeenkomst*') gesloten.

Op grond van de Overeenkomst heeft de gemeente aan Partij B (onder meer) opdracht verleend om ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden uit te voeren ten behoeve van de realisatie van een nieuwe brede schoolgebouw voor basisschool de Bem (hierna: '*het Werk*').

Op de Overeenkomst zijn van toepassing de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contracten 2005 (hierna: '*UAV-GC 2005*'). De UAV-GC 2005 zijn veelgebruikte algemene voorwaarden in de bouw voor geïntegreerde contracten waarin aan aannemers zowel ontwerp- als uitvoeringswerkzaamheden worden opgedragen.

Het Werk is op (of omstreeks) 14 december 2010 door Partij B aan de gemeente opgeleverd.

De onderhoudstermijnen voor de bouwkundige onderdelen van het Werk bedragen op grond van de Overeenkomst zes (6) maanden na oplevering van het Werk en voor elektronische en werktuigbouwkundige installaties van het Werk bedraagt de onderhoudstermijn twaalf (12) maanden na oplevering van het Werk.

Er gelden verder op grond van de Overeenkomst verschillende garantietermijnen voor het Werk, waaronder een garantietermijn van tien (10) jaar voor de dakbedekking. De verschillende garantietermijnen gaan in per de datum van het einde van een onderhoudstermijn.

De garantie houdt in dat Partij B op eerste verzoek van de gemeente alle gebreken dient te herstellen die tijdens de duur van de betreffende garantietermijn voorkomen aan een gegarandeerd onderdeel van het Werk en waarvan de gemeente aannemelijk maakt dat deze aan minder goede hoedanigheid of gebrekkige uitvoering moeten worden toegeschreven.

Sinds de oplevering van het Werk (of in ieder geval kort daarna) is sprake geweest van lekkages bij hevige regenval, zowel bij de platte als de schuine dakdelen als bij enkele (raam)kozijnen.

De gemeente (en ook Partij A die het bevoegd gezag is van basisschool de Bem) heeft daarover meerdere keren aan de bel getrokken bij Partij B.

In de periode 2019-2020 zijn de dakgoten door Partij B gewijzigd en zijn de Hemelwaterafvoeren (hierna: 'HWA's') door Partij B vervangen, nadat door een door de gemeente ingeschakeld expertisebureau (Partij C) was geoordeeld dat de dakgoten niet goed waren gemonteerd en er te weinig HWA's aanwezig waren. Deze werkzaamheden zijn eind februari 2020 afgerond.

Door de wijzigingen aan de dakgoten en de vervanging van de HWA's is de hemelwaterafvoercapaciteit van het dak van het Werk aanzienlijk vergroot. Veel lekkages leken daarmee voor dat moment opgelost op. De betreffende werkzaamheden zouden ook naar tevredenheid van de gemeente zijn uitgevoerd.

Omstreeks medio 2020 bleken er echter nog steeds een aantal (oude) lekkages te zijn aan het dak van het Werk en aan de (raam)kozijnen die niet waren verholpen met de aanpassingen aan de dakgoten en het aanbrengen van de nieuwe HWA's.

Bij e-mail van 16 juli 2020 heeft de gemeente Partij B ter zake formeel in gebreke gesteld en verzocht om de gebreken aan het Werk binnen een redelijke termijn te verhelpen. In de e-mail van de gemeente d.d. 16 juli 2020 is het volgende vastgelegd:

"Geachte heer,

Graag willen wij via deze weg kenbaar maken dat wij gebreken aan het platte dak en het kunststof kozijnwerk hebben geconstateerd bij de Bem school, gelegen aan Bemlaan 3-5 te Zevenaar. Beide gebreken betreffen lekkages. Deze lekkages worden veroorzaakt door (verborgen) gebreken aan de dakbedekking en het kozijnwerk.

Deze lekkages kwalificeren als een tekortkoming in de nakoming van de aannemingsovereenkomst. De tekortkoming valt binnen de voor de betreffende bouwkundige onderdelen geldende garantietermijn van 10 jaar.

Eerder deze week hebt u reeds contact gehad met één van mijn collega's over de bedoelde gebreken en hebt u deze collega naar een van uw onderaannemers doorverwezen.

Het is echter als aannemer uw verantwoordelijkheid om voor tijdig en correct herstel van de geconstateerde – en door u overigens niet betwiste – gebreken zorg te dragen: niet de verantwoordelijkheid van uw onderaannemer(s). Daarom verzoek ik u hierbij de bedoelde gebreken binnen redelijke termijn te verhelpen, te weten: herstel van de lekkages aan het dak binnen vijf werkdagen vanaf heden. Wij stemmen in met het eerst uitvoeren van

noodreparaties, mits binnen drie weken vanaf heden een duurzame, permanent herstel van de bedoelde gebreken door u zal zijn uitgevoerd.

Voor het oplossen van de gebreken aan het kunststof kozijnwerk stellen wij een redelijke termijn van 3 weken, dat wil zeggen 15 werkdagen vanaf heden.

Verder behoudt de gemeente zich alle rechten en wettelijke aanspraken ten aanzien van de geconstateerde gebreken en eventuele (gevolg)schade voor.

Ik reken erop u hierbij voldoende te hebben geïnformeerd."

De gemeente heeft vervolgens (opnieuw) een deskundige ingeschakeld die onderzoek heeft gedaan naar de gebreken/lekkages. Deze deskundige betrof de firma Partij D. Partij D heeft op 29 juli 2020 aan de gemeente een deskundigenrapport uitgebracht. De conclusies van Partij D in dit rapport luiden als volgt:

"Conclusie

Conform de dakopbouw zoals deze bekend is van dakvlak 1 t.h.v. de dakdoorvoer is er op basis van deze gegevens een bouwfysische berekening uitgevoerd: hierbij zijn de volgende gegevens ingevoerd.

Dakopbouw:

- Beton kanalenvloer (dikte ca. 200 mm)
- EPS100 isolatie, dikte 180 mm
- EPDM Resitrix MB
- Klimaatklasse 3 (standaard voor schoolgebouwen)

Bij bovenstaande berekening is de conclusie dat er inwendige condensatie optreedt in het dakbedekkingspakket met een toenemende waarde van 31,1 gr/m² per jaar. Wat resulteert in een Slechte dakopbouw.

Gezien de aangetroffen situatie en de diverse gebreken adviseren wij het gehele dakbedekkingspakket te vervangen en als nog te laten uitvoeren conform de geldende richtlijn/ bouwbesluit (Vakrichtlijn gesloten dakbedekkingssystemen welke is opgenomen in de BRL4702)."

Partij B heeft in reactie daarop een eigen expert ingeschakeld. Deze expert betreft Partij E. Partij E deelt de conclusies van Partij D niet en komt in haar rapport tot de volgende (afwijkende) conclusies:

"Conclusie

Door de aannemer is op 14 juli 2011 aan gemeente Zevenaar een garantie afgegeven van 10 jaar op de dakbedekking. Afgezien van het feit dat (nog) niet is gebleken dat de lekkages worden veroorzaakt door een gebrek aan de dakbedekking, wordt in de garantieverklaring een voorbehoud gemaakt ten aanzien van goed en regelmatig onderhoud. Dat had in dit geval er voor gezorgd dat gebreken aan de dakbedekking eerder gesignaleerd en opgelost hadden kunnen worden.

Door de aannemer wordt daarom aansprakelijkheid afgewezen en alle rechten voorbehouden.

Dat er dakrenovatiwerkzaamheden noodzakelijk zijn om te platte daken aan de huidige richtlijnen en voorschriften te laten voldoen is evident, maar dit valt niet binnen de afgegeven garantie van de aannemer. Toch is op verzoek van de aannemer door

een offerte opgesteld voor het uitvoeren van herstelwerkzaamheden. Deze offerte treft u hierbij als bijlage aan.”

Partij E betwist namens Partij B dan ook aansprakelijkheid.

De gemeente is vervolgens wel in overleg gebleven met Partij B over de gebreken/lekkages. Dit heeft erin geresulteerd dat Partij B op 15 juli 2021 aan de gemeente een voorstel heeft gedaan voor een minnelijke regeling. Dit voorstel kwam erop neer dat de betreffende dakbedekking zou worden overlaagd. De onderaannemer/dakdekker van Partij B zou daarbij de kosten van het materiaal voor haar rekening nemen. Partij B en gemeente zouden beiden de helft van de kosten voor de dakdekker betalen, hetgeen neerkwam op een bedrag van circa 10K te betalen door de gemeente. Partij B was niet bereid om iets te doen aan de gebreken aan de (raam)kozijnen. Partij B zou er niet van zijn overtuigd dat de onvoldoende stijfheid van de kunststof (raam)kozijnen leidde tot lekkages.

Het voorstel van Partij B voor een minnelijke regeling met betrekking tot het dak is door de gemeente nimmer aanvaard.

Toen de lekkages opnieuw opspeelden in de zomer van 2022 is er tussen de gemeente en Partij A opnieuw contact geweest. Met Partij B is, voor zover wij kunnen achterhalen in de stukken die u ons heeft toegezonden, echter geen contact meer geweest.

De gemeente wenst de gebreken aan het gebouw van basisschool de Bem graag te (laten) herstellen. De herstelkosten zijn begroot op een bedrag van circa 100K. Er is een concept raadsvoorstel voorbereid waarin de gemeenteraad van de gemeente zal worden gevraagd om het krediet dat benodigd is voor de herstelkosten, ter beschikking te stellen aan Partij A. Een en ander opdat Partij A de gebreken/lekkages kan (laten) herstellen. Partij A heeft ter zake ook een reguliere aanvraag gedaan op grond van artikel 6 van de Verordening. Gezien de urgentie van het probleem, is de gemeente evenwel voornemens om af te wijken van de gebruikelijke route conform de Verordening voorzieningen huisvesting onderwijs Zevenaar.

D. Vraagstelling

De gemeente heeft ons de volgende vragen gesteld:

1. Is er een reële kans om de hoofdaannemer succesvol aansprakelijk te stellen voor de lekkages bij de basisschool de Bem? Wat zijn de belangrijkste overwegingen om hiertoe over te gaan?
2. Wat zijn de kosten die gemaakt moeten worden om de juridische procedure te starten en te doorlopen?
3. Wat zijn de verwachte opbrengsten van een dergelijke procedure in de zin van schadevergoeding door hoofdaannemer?

Hierna zullen wij de gestelde vragen beantwoorden.

E. Juridisch kader/beantwoording vragen

Het uitgangspunt bij aanneming van werk is dat met de oplevering van een werk het risico van het werk overgaat van de aannemer naar de opdrachtgever (in dit geval de gemeente). De aannemer (in dit geval Partij B) is na de oplevering slechts nog op beperkte gronden aansprakelijk. Dat is (in beginsel) alleen het geval wanneer er sprake is van verborgen gebreken of wanneer er met succes een beroep kan worden gedaan op een garantie. Wij zullen beide uitzonderingen hierna bespreken.

E.1 Partij B aansprakelijk vanwege (verborgen) gebrek o.g.v. paragraaf 28 UAV-GC 2005

Eén van de uitzonderingen is als sprake is van (verborgen) gebreken in de zin van paragraaf 28 lid 1 UAV-GC 2005. In paragraaf 28 lid 1 UAV-GC 2005 is het volgende vastgelegd:

*"§ 28 Aansprakelijkheid voor gebreken na de feitelijke datum van oplevering
1 Na de feitelijke datum van oplevering is de Opdrachtnemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het Werk of in enig onderdeel daarvan, tenzij:
(a) die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen, en bovendien
(b) de Opdrachtgever voorafgaande aan de oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt, en bovendien
(c) de Opdrachtgever die gebreken op het tijdstip van de feitelijke datum van oplevering redelijkerwijs niet had moeten ontdekken."*

Paragraaf 28 UAV-GC 2005 kent in lid 2 evenwel een tweetal vervaltermijnen. Vervaltermijnen zijn contractueel overeengekomen termijnen die het gevolg hebben dat een vordering die na het verloop van de betreffende termijn bij een rechterlijke instantie wordt ingediend, niet meer inhoudelijk wordt beoordeeld. Die vordering wordt dan 'niet-ontvankelijk' verklaard. Dat geldt ook als degene die de vordering instelt het gelijk (bewijsbaar) aan zijn zijde heeft. Een vervaltermijn kan anders dan een verjaringstermijn (waarover hierna meer) niet worden gestuit.

In paragraaf 28 lid 2 UAV-GC 2005 is over de vervaltermijnen het volgende vastgelegd:"

*"2 De rechtsovereenkomst uit hoofde van een gebrek waarvoor de Opdrachtnemer krachtens lid 1 aansprakelijk is, is niet ontfankelijk indien zij wordt ingesteld na verloop van:
(a) vijf jaren na de in lid 1 bedoelde dag, of
(b) tien jaren na de in lid 1 bedoelde dag, indien het Werk hetzij geheel of gedeeltelijk dreigt in te storten hetzij het Werk ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te geraken voor de bestemming waarvoor het blijkens de Overeenkomst bedoeld is en dit slechts kan worden verholpen of kan worden voorkomen door het treffen van buitengewone en zeer kostbare voorzieningen."*

Aangezien het Werk op 14 december 2010 is opgeleverd, zijn de twee vervaltermijnen (zowel de 5-jaarstermijn als de 10-jaarstermijn) uit paragraaf 28 lid 2 UAV-GC 2005

reeds lang en breed verstreken. Dit betekent dat – nog afgezien van de vraag of er sprake is van een verborgen gebrek of niet, hetgeen volgens Partij D wél zo is, maar Partij E is het daarmee niet eens – de gemeente Partij B niet meer met succes kan aanspreken.

Tussenconclusie I:

Partij B kan niet meer met succes aansprakelijk worden gesteld op grond van (verborgen)gebreken in de zin van paragraaf 28 UAV-GC 2005, omdat de twee vervaltermijnen uit paragraaf 28 UAV-GC 2005 (zowel de 5-jaarstermijn als de 10-jaarstermijn) ruimschoots zijn verstreken en niet binnen deze termijnen een procedure aanhangig is gemaakt jegens Partij B.

E.2 Partij B aansprakelijk uit hoofde van garantie(s)?

De volgende vraag die rijst is of Partij B nog aansprakelijk kan worden gehouden vanwege de door haar afgegeven garanties, onder meer met betrekking tot de dakbedekking.

In dat kader merken wij allereerst op dat de garantietermijn van tien (10) jaar met betrekking tot de dakbedekking is verstreken op of omstreeks 14 juli 2021. De garantietermijn gaat immers in na afloop van de onderhoudstermijn van zes (6) maanden (voor bouwkundige onderdelen van het Werk), die is ingegaan op de datum van oplevering van het Werk (14 december 2010). Een beroep op de garantie van tien (10) jaar voor de dakbedekking is daarom (in beginsel) niet meer mogelijk.

Wel blijkt uit de e-mail van de gemeente van 16 juli 2020 (zie het citaat hiervoor) dat de gemeente binnen de garantietermijn van tien (10) jaar een beroep heeft gedaan op de door Partij B afgegeven garantie.

De vraag rijst vervolgens of de gebreken (lees: de lekkages die nu nog aanwezig zijn) door Partij B onder de garantie dienen te worden hersteld. Voor de beantwoording van die vraag is het relevant om te kijken naar de inhoud van de garantievoorwaarden zoals de gemeente die met Partij B is overeengekomen, in relatie tot de gebreken/lekkages en de oorzaken daarvan.

Alvorens inhoudelijk te beoordelen of de gemeente een vordering heeft op Partij B uit hoofde van de garantievoorwaarden, lijkt het ons goed in te zoomen op de vraag of een dergelijke vordering uit hoofde van garanties al dan niet is verjaard.

Voor de vraag of een eventuele vordering van de gemeente uit hoofde van de door Partij B afgegeven garantie is verjaard, is het van belang om te kijken naar artikel 7:761 BW. Op grond van artikel 7:761 lid 1 BW verjaart elke vordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk door het verloop van twee (2) jaren nadat de opdrachtgever heeft geprotesteerd jegens het gebrek:

“Elke rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Indien de

opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.”

Er is sprake van een protest, zoals bedoeld in artikel 7:761 lid 1 BW, als het protest zodanig is gemotiveerd dat Partij B voldoende inzicht heeft gekregen in de aard en de omvang van het gebrek, zodat zij maatregelen kan treffen om het gebrek te herstellen, het gebrek kan betwisten, dan wel verhaal kan halen op een derde.¹

De e-mail van de gemeente van 16 juli 2020 kwalificeert als een protest als bedoeld in artikel 7:761 lid 1 BW. Vanaf dat moment is dus de verjaringstermijn van twee (2) jaar gaan lopen. Dit betekent dat de vorderingen betreffende de gebreken/lekkages dak en (raam)kozijnen op 16 juli 2022 zijn verjaard.

Een verjaringstermijn kan echter worden gestuit door het verrichten van een stuitingshandeling. Voor een stuitingshandeling is op grond van artikel 3:317 BW een schriftelijke aanmaning of mededeling vereist, waarin de gemeente ondubbelzinnig het recht op nakoming heeft voorbehouden. Op basis van de bij ons bekende correspondentie lijkt er geen stuitingshandeling te zijn verricht door de gemeente vóór 16 juli 2022. Dit betekent dat de eventuele vorderingen uit hoofde van de door Partij B afgegeven garantie op grond van 7:761 BW zijn verjaard.

Tussenconclusie 2:

De gemeente kan geen eventuele vorderingen meer instellen jegens Partij B uit hoofde van de door Partij B afgegeven garanties, aangezien de eventuele vorderingen van de gemeente ter zake zijn verjaard op grond van artikel 7:761 BW.

E.3 Kan de gemeente Partij B nog houden aan het voorstel voor een minnelijke regeling?

Een andere vraag die rijst is of de gemeente – voor zover zij dat zou willen – het aanbod voor een minnelijke regeling dat Partij B heeft gedaan op 15 juli 2021 alsnog zou kunnen aanvaarden.

Het antwoord op die vraag luidt eveneens ontkennend. Hoewel aan het aanbod van Partij B geen gestanddoeningstermijn was gekoppeld, wordt een schriftelijk aanbod op grond van artikel 7:221 BW geacht te zijn vervallen als het niet binnen een redelijke termijn is aanvaard. Aangezien het aanbod van Partij B bijna twee (2) jaar geleden is gedaan, wordt dat aanbod geacht te zijn vervallen. Een periode van twee (2) jaar is namelijk evident geen redelijke termijn als bedoeld in artikel 7:221 BW.

¹ RvA 4 augustus 2022, nr. 72.262.

Tussenconclusie 3:

Het schriftelijke aanbod van Partij B van 15 juli 2021 voor een minnelijke regeling is vervallen aangezien het niet binnen een redelijke termijn is aanvaard. De gemeente kan op dat aanbod geen beroep meer doen.

F. Conclusies

Gezien het vorenstaande kan Partij B door de gemeente niet meer met succes worden aangesproken. Eventuele aanspraken van de gemeente uit hoofde van (verborgen) gebreken in de zin van paragraaf 28 UAV-GC 2005 zijn vervallen, aangezien beide vervaltermijnen uit paragraaf 28 UAV-GC 2005 (zowel de 5-jaarstermijn als de 10-jaarstermijn) zijn verstreken.

Daarnaast zijn eventuele vorderingen van de gemeente uit hoofde van door Partij B afgegeven garanties verjaard.

De gemeente kan bovendien geen beroep meer doen op het aanbod van Partij B d.d. 15 juli 2021 voor een minnelijke regeling, aangezien dit aanbod niet binnen een redelijke termijn is aanvaard.

Het starten van een juridische procedure tegen Partij B achten wij gezien het vorenstaande niet kansrijk en raden wij af.

Vraag 1. en vraag 3. van de gemeente zijn hiermee beantwoord. Het antwoord op vraag 2. van de gemeente (wat zijn de kosten van een procedure) laten wij logischerwijs achterwege in dit advies.

Kunt u hiermee verder?

Met vriendelijke groet,



Auke Klomp en Renske Burgers
advocaten