

Enige beschouwingen over de rechtsverhouding tussen ontwikkelaar en aannemer bij de 'gesplitste' koop- en aannemings-overeenkomst



In de projectontwikkelingspraktijk is het tot dusverre goed gebruik dat ontwikkelaars de door hen gerealiseerde woningen verkopen krachtens de – wat men noemt – gestandaardiseerde GIW-koop-/aannemings-overeenkomsten, krachtens welke overeenkomsten de door de ontwikkelaar gerealiseerde woningen GIW-gecertificeerd worden en waarbij de belangen van de consument-koper vergaand zijn ge(waar)borgd. In de praktijk komt men inmiddels in steeds meerdere mate ook structuren tegen waarbij de koop en aanneming worden 'gesplitst': de ene partij (de ontwikkelaar) verkoopt aan de consument-koper uitsluitend de (onder)grond en een andere partij (de aannemer) sluit de aannemingsovereenkomst met de consument-koper. De koop- en aannemingsovereenkomst zijn relatief ongecompliceerd. De tussen ontwikkelaar en aannemer te sluiten overeenkomst daarentegen is niet vrij van juridische complicaties. In dit artikel wordt nader ingegaan op deze overeenkomst tussen ontwikkelaar en aannemer.

Koop-/aannemingsovereenkomst

De koop-/aannemingsovereenkomst volgens het 'GIW-model' is een bij iedere in de woningbouw werkzame ontwikkelaar en aannemer bekend en gangbaar model. De ontwikkelaar of aannemer verkoopt grond aan de consument en krachtens 'aanneming' realiseert de ontwikkelaar casu quo aannemer op die grond een woning. De consument-koper weet dat in een dergelijk contract zijn belangen deugdelijk zijn gewaarborgd; om enige zaken te noemen:

- betaling vindt plaats in termijnen welke gerelateerd zijn aan de voortgang van de bouw;
- de eerste termijn of 'grondtermijn' is gemaximeerd tot (ca.) 30% van de totale koop-/aanneemsom;
- de ontwikkelaar/aannemer dient 5% van de koop-/aanneemsom te garanderen;

- de consument-koper verkrijgt een met de woning overdraagbaar GIW-garantiecertificaat;
- de consument-koper is beschermd tegen een faillissement van de ontwikkelaar/aannemer;
- door een samenhangend stelsel van garanties, gebrekenregelingen en verjaringstermijnen kan de consument-koper in essentie alle denkbare gebreken, schades en tekortkomingen op betrekkelijk eenvoudige wijze verhalen op de ontwikkelaar/aannemer;
- eenvoudige toegang tot de 'rechter': het merendeel van de klachten kan eenvoudig, zonder dat tussenkomst van een advocaat noodzakelijk is, bij het GIW aanhangig gemaakt worden.

Een inmiddels gangbare en bekende regeling die voor beide partijen duidelijk aangeeft wat de wederzijdse rechten en verplichtingen zijn. In hoofdzaak kan men stellen dat de ontwikkelaar/aannemer een uitermate vergaande – 'turnkey' – aansprakelijkheid heeft jegens de consument-koper: indien de woning gebreken vertoont zal de ontwikkelaar/aannemer zich niet aanstonds aan zijn verantwoordelijkheid kunnen onttrekken.

Koopovereenkomst versus aannemingsovereenkomst

Heden ten dage wordt inmiddels ook (en steeds vaker) met een contractstructuur gewerkt waarbij het 'koop-deel' en het 'aanneemdeel' worden 'gesplitst'. De projectontwikkelaar verkoopt krachtens een koopovereenkomst de (onder)grond van de (toekomstige) woning aan de consument-koper, terwijl de door de ontwikkelaar geselecteerde aannemer krachtens 'aanneming' de woning op die grond realiseert. De consument-koper sluit derhalve twee overeenkomsten met twee verschil-

* Mr. Robbert D. Luteijn is onder de naam Lexecon (<www.lexecon.nl>) werkzaam als freelance- & interimjurist in met name het vastgoed-, bouw- en aanbestedingsrecht en is hoofdzakelijk werkzaam voor projectontwikkelaars, corporaties en bouwbedrijven.

Mr. Bea Rossi Conti is werkzaam als bedrijfsjurist bij Stichting Portaal en heeft tevens een juridisch adviesbureau onder de naam RossiConti Legal. Haar werkzaamheden spitsen zich vooral toe op vastgoed- en bouwrecht.

lende partijen: de consument-koper gaat een koopovereenkomst aan met de ontwikkelaar en een aannemingsovereenkomst met de (door de ontwikkelaar geselecteerde) aannemer. Een dergelijke contractstructuur is overigens eveneens 'GIW-proof': de consument-koper geniet in essentie dezelfde positie als onder de klassieke GIW-koop-/aannemingsovereenkomst.

De tussen ontwikkelaar en consument te sluiten koopovereenkomst en de tussen aannemer en consument te sluiten aannemingsovereenkomst is in de kern een overzichtelijke aangelegenheid. In zekere zin trekt men het 'klassieke model' (de GIW-koop-/aannemingsovereenkomst) 'uit elkaar' in een koopovereenkomst en een aannemingsovereenkomst. Inhoudelijk wijzigen deze overeenkomsten nauwelijks. Uiteraard dienen beide overeenkomsten wel nadrukkelijk met elkaar te worden verbonden – ontbinding van de ene overeenkomst dient logischerwijs steeds ontbinding van de andere overeenkomst met zich mee te brengen.

De reden voor ontwikkelaars om een dergelijke 'knip' te maken is in wezen gelegen in de omstandigheid dat de ontwikkelaar aldus 'verlost' wordt van alle zaken die van doen hebben met de realisatie van de woning, althans in strikte zin; de realiteit is echter wel wat genuanceerder.

Klachten van kopers, communicatie met kopers, opleveringsgeschillen, meer- en minderwerk etcetera zijn alsdan niet alleen in praktische zin een uitsluitende zaak van consument-koper en aannemer maar ook in juridische zin: de ontwikkelaar is, anders dan in het hiervoor genoemde 'klassieke' model, immers geen partij (meer) bij de aannemingsovereenkomst.

Hierbij zijn echter wel enige kanttekeningen te plaatsen. De consument weet zich immers geconfronteerd met twee contractspartijen en er zijn situaties denkbaar waarbij mogelijk niet op voorhand duidelijk is of het een zaak is van de ontwikkelaar dan wel de aannemer. Stel dat een woning verzakt of scheuren gaat vertonen: was de (onder)grond onvoldoende deugdelijk of was de bouw ondeugdelijk? Een verstandige consument zal beide partijen aanspreken. Bovendien is de ontwikkelaar wat betreft de koopovereenkomst 'vrij' in het redigeren daarvan: de ontwikkelaar is niet gebonden aan standaardformuleringen. Dat zou, in theorie, tot enige verzwakking van de positie van de consument-koper kunnen leiden. In essentie kan men stellen dat waar drie partijen contracteren er al gauw sprake is van enige complicaties. In dit artikel wordt daar niet verder op ingegaan.

Overeenkomst ontwikkelaar/aannemer

De overeenkomst die de ontwikkelaar en de – door de ontwikkelaar geselecteerde – aannemer onderling sluiten is evenwel een complexere aangelegenheid. De kern van een dergelijke overeenkomst is dat partijen – ontwikkelaar en aannemer – overeenkomen dat de ontwikkelaar grond zal verkopen en de aannemer krachtens een rechtstreeks door hem met de consument-koper te sluiten aannemingsovereenkomst op die gronden een woning zal realiseren.

Waar de schoen met name wringt – of kan wringen – is het feit dat de ontwikkelaar enerzijds geen enkele bemoeienis wenst te hebben met alle bouwgerelateerde kwesties, zoals kopersgeschillen, meer/minderwerk etcetera, doch anderzijds toch vaak wel een behoefte zal hebben om de aannemer aan te kunnen spreken, indien de ontwikkelaar ziet dat de aannemer zijn verplichtingen niet nakomt jegens consument-kopers althans dreigt niet na te komen. Immers, de ontwikkelaar heeft zijn naam aan het project verbonden; bovendien zal de aannemer de eventuele onverkochte woningen (moeten) opleveren aan de ontwikkelaar. De neiging of wens van de ontwikkelaar om alsdan in te kunnen grijpen zal dan al snel aanwezig zijn. Echter: wie toezicht houdt, ingrijpt en zich op enigerlei wijze bemoeit met het bouwproces trekt normalerwijze ook een bepaalde mate van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid naar zich toe. Hier is nadrukkelijk een spanningsveld aanwezig.

Overigens hoeft een dergelijk spanningsveld niet altijd aanwezig te zijn. Met name lijkt daarbij relevant hoe het project is 'gepositioneerd'. Indien de ontwikkelaar het project nadrukkelijk afficheert als 'zijn' project, zijn naam nadrukkelijk aan het project verbindt (bouwboarden, brochures, reclame-uitingen, verkoopactiviteiten, e.d.) en ook in feitelijke zin 'het project trekt' (door zich op informatiebijeenkomsten te presenteren, de 'lead' te nemen bij de verkoopactiviteiten, de regie te voeren over de ondertekening van de aannemingsovereenkomsten, de geldstromen te incasseren etcetera) zal de behoefte om, waar nodig, de aannemer aan te kunnen spreken en feitelijk te kunnen instrueren aanzienlijk groter zijn dan in een geval waarbij de ontwikkelaar een terughoudende(r) positie inneemt en zijn (merk)naam niet of in veel mindere mate aan het project heeft verbonden.

Hoe het ook zij: indien een aannemer 'er een potje van maakt', faillieert of anderszins ondeugdelijk presteert, dan zal dit normalerwijze toch tenminste enige weerslag hebben op het project en de (merk)naam van de ontwikkelaar. En men mag aannemen dat zodanige ontwikkelaar zich toch voor dergelijke zaken wenst te behoeden.

De praktijk leert dat in het merendeel van de gevallen deze problematiek beperkt is. Ontwikkelaars en aannemers hebben bestendige relaties en een ontwikkelaar kent zijn 'pappenheimers' wel: men zal in de regel slechts werken met aannemers die kwaliteit leveren en financieel solide zijn. Dat neemt niet weg dat calamiteiten eens in de zoveel tijd – onverwacht – opduiken en daar dient men als ontwikkelaar op bedacht te zijn. Het Amsterdamse Bos & Lommer-plantsoen en het Maastrichtse balkondrama zijn daar – helaas – enige voorbeelden van.

In het navolgende wordt een aantal zaken en aandachtspunten benoemd in de onderlinge verhouding ontwikkelaar/aannemer. Onderzoek leert dat deze relatie vanuit juridisch perspectief een aantal interessante vragen oproept. Een en ander zal primair vanuit het perspectief van de ontwikkelaar – de initiatiefnemer van het project immers – worden beschouwd. Het is een on-

derwerp dat naar onze smaak 'in ontwikkeling' is en zeker nog niet definitief is uitgekristalliseerd; voldoende reden om hier aandacht aan te schenken.

Samenwerkingsovereenkomst 'sui generis'

De eerste vraag die rijst is hoe men een dergelijke overeenkomst tussen ontwikkelaar en aannemer zou moeten benoemen. De aannemer koopt niets van de ontwikkelaar en bouwt – naar onze mening – ook niet in diens opdracht; hij bouwt immers in opdracht van de consument-koper. Van koop of aanneming is derhalve geen sprake. Naar onze smaak is hier dan ook sprake van een overeenkomst 'sui generis'. Persoonlijk zouden wij de veelgebruikte term samenwerkingsovereenkomst prefereren: een term die in de praktijk vele ladingen dient te en kan dekken, maar juridisch gezien 'neutraal' is. Anders dan een koop- of aannemingsovereenkomst is zij niet normatief. De term projectovereenkomst komt men ook wel tegen. Gelet daarop is het ons inziens ook zaak om partijen niet als opdrachtgever en opdrachtnemer te definiëren, doch veeleer bij hun statutaire of bedrijfsnaam.

Eenzijdige garantieverplichting

Met het voorgaande raken wij direct een principieel punt. In de praktijk wordt in een dergelijke overeenkomst nog wel eens de term 'opdracht' gehanteerd, in dier voege dat de ontwikkelaar de aannemer opdraagt woningen te realiseren. Met name gelet op het feit dat de ontwikkelaar met betrekking tot zaken de bouw en realisatie betreffende (geheel dan wel zo veel mogelijk) buiten schot wenst te blijven, lijkt ons dat reeds om die reden geen juist uitgangspunt. Bovendien is het juist de wens van de ontwikkelaar dat de aannemer met de consument-koper een aannemingsovereenkomst aangaat: het komt ons voor dat een aannemer bezwaarlijk in een positie kan en mag verkeren waarbij de aannemer zowel van de ontwikkelaar een opdracht krijgt (tot realisatie) als van de consument-koper (krachtens aannemingsovereenkomst). Theoretisch bezien lijkt ons dat niet juist, tenzij men beide partijen als gezamenlijke, hoofdelijk verbonden, opdrachtgevers zou beschouwen – en in dat geval dient de omschrijving van de opdracht uiteraard ook nog identiek te zijn.

Vanuit het perspectief van de ontwikkelaar dient naar onze smaak dan ook vermeden te worden dat de rechtsverhouding tussen hem en aannemer als opdracht, aanneming van werk of een daarop gelijkende rechtsverhouding wordt geconstrueerd (met uitzondering van de onverkochte woningen – zie hierna). Uiteraard ontlenen de bewoordingen van een overeenkomst de rechter in voorkomend geval niet de mogelijkheid een overeenkomst juridisch anders te duiden dan partijen op schrift hebben aangegeven, maar de strekking en uitgangspunten dienen uiteraard duidelijk te zijn.

Anderzijds kan men de rechtsverhouding tussen ontwikkelaar en aannemer ook niet in het luchtledige laten, met name niet omdat de ontwikkelaar zich zonder twiffel de mogelijkheid zal willen voorbehouden om de aannemer in rechte aan te spreken indien deze naar het oor-

deel van de ontwikkelaar zijn werkzaamheden – om tijdig een deugdelijke woning te realiseren – niet goed uitvoert. Alhoewel dit strikt genomen een uitsluitende zaak is tussen aannemer en consument-koper – zij hebben immers een aannemingsovereenkomst gesloten – zal de ontwikkelaar er normalerwijze op willen toezien dat zijn project goed wordt uitgevoerd. Een slecht uitgevoerd project moge voor de ontwikkelaar in juridische zin dan misschien geen repercussies hebben, publiecitair gezien zal het zijn (merk)naam (kunnen) aantasten; bovendien zal de ontwikkelaar de niet-verkochte woningen opgeleverd krijgen.

Wij menen dan ook dat de rechtsverhouding tussen ontwikkelaar en aannemer gestalte zou moeten krijgen in de vorm van een garantie althans een eenzijdige, zelfstandige verplichting van de aannemer waarbij de aannemer (ook) jegens de ontwikkelaar garandeert casu quo zich verplicht om conform de met de consument gesloten aannemingsovereenkomsten woningen te realiseren. De ontwikkelaar kan de aannemer daar desnoods op aanspreken zonder dat hieraan een opdracht(-'achtige') verhouding ten grondslag ligt. De vergelijking met een bankgarantie dringt zich op: een bankgarantie betreft eveneens een eenzijdige en zelfstandige verplichting van de bank, waar de begunstigde rechten aan kan ontlenen zonder dat aan deze rechtsverhouding een opdracht van de begunstigde ten grondslag ligt (uiteraard afgezien van de niet-verkochte woningen – zie uitgebreid hierna).

Instructies & aanwijzingen

Dat gezegd zijnde dient natuurlijk ook te worden voorzien in een mogelijkheid dat de ontwikkelaar, gaandeweg het bouwproces, instructies en aanwijzingen kan geven (casu quo zich daartoe het recht voorbehoudt) welke de aannemer zal dienen op te volgen. Dit is vanzelfsprekend complicerend omdat dit slecht past in de hiervoor genoemde rechtsverhouding. Bovendien impliceert het geven van instructies in de regel dat de instruerende partij de gevolgen van zijn instructies dient te dragen.

De ontwikkelaar heeft hierbij echter wel een uitdrukkelijk belang omdat, als gezegd, hij het zich normalerwijze niet kan en wil permitteren dat zijn project uit de hand loopt. Het zal zijn (merk)naam aantasten en van invloed zijn op (de verkoopbaarheid van) het project (en daarmee ook zijn weerslag hebben op de financiën). Deze bevoegdheid zal de ontwikkelaar zich derhalve willen en moeten voorbehouden, doch met de clausulering dat hij geenszins aansprakelijk is voor de gevolgen. Of een dergelijke beperking onder alle omstandigheden stand zal houden, is natuurlijk de vraag: vergaande, intensieve en indringende bemoeienis met het bouwproces zou heel wel met zich mee kunnen brengen dat (bijvoorbeeld) redelijkheid en billijkheid aan een dergelijke afspraak derogeren.

Onverkochte woningen

'So far so good', maar de ervaring leert nu eenmaal dat op het moment dat de ontwikkelaar en aannemer met

elkaar een samenwerkingsovereenkomst aangaan, normalerwijze nog niet alle woningen in een project zijn verkocht. Ofwel: ten aanzien van die nog niet verkochte woningen bestaat er nog geen aannemingsovereenkomst tussen consument-koper en aannemer.

Feit is echter dat deze nog niet verkochte woningen ook – min of meer gelijktijdig als onderdeel van het totale project – gerealiseerd zullen gaan en moeten worden. Omdat er op het moment van ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst nog geen consument-koper in beeld is, zal ten aanzien van deze onverkochte woningen de ontwikkelaar de aannemer daartoe wél opdracht moeten geven en een aannemings- (of andere) overeenkomst met hem moeten aangaan. Wetende dat ook deze woning op enig moment aan een consument-koper verkocht zal gaan worden en er derhalve vervolgens een aannemingsovereenkomst tussen consument-koper en aannemer zal ontstaan, zal ook daarin moeten worden voorzien.

Het komt ons dan ook voor dat ten aanzien van de onverkochte woningen de rechtsverhouding tussen ontwikkelaar en aannemer identiek zal dienen te zijn aan de aannemingsovereenkomst die de aannemer op enig moment zal sluiten met de consument-koper. Indien en zodra de woning aan een consument-koper is verkocht zal de aannemingsovereenkomst tussen ontwikkelaar en aannemer dienen te vervallen althans te worden ontbonden, zulks vormgegeven door middel van een ontbindende voorwaarde of contractsoverneming. Het is in ieder geval zaak – vanuit het perspectief van de ontwikkelaar – dat de rechtsverhouding ontwikkelaar/aannemer ten aanzien van de betreffende woning in juridische zin wordt 'gereduceerd' tot de rechtsverhouding die tussen partijen geldt voor de woningen welke ten tijde van het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst reeds wél waren verkocht.

Volmacht

De aannemer dient zich vanzelfsprekend te verplichten om met de consument-kopers uitsluitend te contracteren op basis van de GIW-model-aannemingsovereenkomst. In de praktijk zal het echter zo zijn dat de ontwikkelaar (of diens makelaar) de (eerste) contacten met (potentiële) kopers heeft en de ontwikkelaar zal derhalve *namens* de aannemer de aannemingsovereenkomst willen sluiten – op basis van meergenoemd model. De samenwerkingsovereenkomst zal derhalve ook een volmacht dienen te omvatten waarbij de aannemer aan de ontwikkelaar een onherroepelijke volmacht verstrekt om namens hem aannemingsovereenkomsten aan te gaan, zulks met het recht van substitutie. Voor de ontwikkelaar is dit zeer aantrekkelijk: hij behoudt aldus de volledige regie over het verkoopproces en kan aldus erop toezien dat de juiste GIW-aannemingsovereenkomsten en juiste gegevens (namen, termijnen, koop-som, rentevoet e.d.) worden toegepast en ingevuld.

Uniforme Administratieve Voorwaarden (UAV)

Zoals te doen gebruikelijk zal toepasselijkheid van de UAV (dienen te) worden uitgesloten. Dat spreekt, gelet op het voorgaande, al voor zich maar het is gebruik dit te expliciteren. Overigens kan zich natuurlijk ook nog de situatie voordoen waarbij sprake is van een project waarbij zowel koopwoningen-appartementen als huurwoningen-appartementen – of andere onroerende zaken zoals kantoren, bedrijfsruimten e.d. – worden gerealiseerd. Deze huurwoningen-appartementen, kantoren en bedrijfsruimten worden uiteraard wél in opdracht van de ontwikkelaar gerealiseerd. Die rechtsverhouding zal uiteraard ook dienen te worden benoemd waarbij alle varianten – van aannemingsovereenkomst tot turnkey(achtige) overeenkomst – denkbaar zijn.

Overigens brengt dat uiteraard ook weer de nodige complicaties met zich mee, met name indien de realisatie van koop- en (bijvoorbeeld) huurwoningen in technische zin verweven zijn. Denk aan een appartementencomplex waarin zich zowel koop- als huurappartementen bevinden. Ten aanzien van de koopappartementen bestaat er immers een rechtsverhouding tussen aannemer en consument-koper, waarbij alle risico's (zowel wat betreft ontwerp als uitvoering) voor de aannemer zijn. Ten aanzien van de huurappartementen bestaat er echter een rechtsverhouding tussen ontwikkelaar en aannemer, die mogelijk wordt beheerst door de UAV en waarbij de risico's tussen ontwikkelaar-opdrachtgever en aannemer veel genuanceerder zijn verdeeld ten opzichte van de GIW-model-aannemingsovereenkomst. Met name indien sprake is van gebouwdelen die dienen voor zowel de koop- als huurappartementen kan dit compliceren zijn omdat de rechten en plichten van partijen nu eenmaal wezenlijk anders zijn: denk daarbij bijvoorbeeld aan (gemeenschappelijke) constructies, dragende en gemeenschappelijke (onder)delen.

Vooral deze omstandigheid en in het bijzonder het feit dat de aannemer terzake de koopwoningen-appartementen in essentie een 'turnkey'-overeenkomst aangaat met de consument-koper zou ten aanzien van de overige onroerende zaken (huurwoningen, bedrijfsruimten e.d.) een turnkey-overeenkomst meer in de rede liggen dan een traditionele op de UAV gebaseerde aannemingsovereenkomst.

Ontwerpaansprakelijkheid

Dat de aannemer aansprakelijk is voor de uitvoering van het werk is een gegeven. Dat zou hij immers ook geweest zijn indien partijen op de traditionele manier zouden hebben gehandeld: de ontwikkelaar sluit in zodanig geval een koop-/aannemingsovereenkomst met de consument en gebreken in de uitvoering zal hij krachtens de door hem met de aannemer gesloten aannemingsovereenkomst kunnen verhalen op de aannemer.

Problematischer is het onderwerp ontwerpaansprakelijkheid. In de genoemde traditionele verhouding ligt, behoudens nadere afspraken tussen ontwikkelaar en aannemer, de ontwerpaansprakelijkheid bij de ontwikkelaar (waarbij wij gemakshalve abstraheren van even-

tuele waarschuwingsverplichtingen). In de thans aan de orde zijnde samenwerking is de aannemer jegens de consument-koper, naast zijn aansprakelijkheid voor uitvoeringsgebreken, ook aansprakelijk voor ontwerpfouten. In die zin is de term 'aannemingsovereenkomst' – de overeenkomst tussen consument-koper en aannemer – naar onze smaak immer wat 'misleidend', omdat traditioneel gezien de opdrachtgever (de consument-koper derhalve) een dergelijke aansprakelijkheid zou hebben.

De vraag die derhalve rijst is of de aannemer verhaal kan halen voor ontwerpfouten bij de ontwikkelaar. In de praktijk zal het immers zo zijn dat de ontwikkelaar degene is die de ontwerpen – architect, constructeur, installatie-adviseurs e.d. – in zijn opdracht heeft laten maken. Vanuit die optiek ligt het voor de hand dat de ontwerpaansprakelijkheid des ontwikkelaars is. De ontwikkelaar zal deze verantwoordelijkheid echter ook zo veel mogelijk bij de aannemer willen 'parkeren'. Een ontwikkelaar die geen bemoeienis wenst met kopersgeschillen zou, indien de ontwerpaansprakelijkheid bij de ontwikkelaar zou blijven, aldus alsnog – indirect – bij bouwgeschillen en kopersklachten betrokken kunnen worden, indien niet duidelijk is of sprake is van een ontwerp- of uitvoeringsfout.

Wie uiteindelijk de ontwerpaansprakelijkheid draagt is in essentie een kwestie van 'koehandel': partijen – ontwikkelaar en aannemer – hebben de vrijheid iedere denkbare afspraak hierover te maken en het zal een afweging van risico's en geld in relatie tot de onderhandelingspositie van partijen betreffen. Woningen in een aaneengesloten bouwblok hebben vanuit ontwerpaansprakelijkheidsoptiek nu eenmaal een ander risicoprofiel dan experimentele kantoorgebouwen – om eens wat te noemen. Evenzo is denkbaar dat de aannemer een vergoeding wil voor het overnemen van dit risico, evenals een cessie van de rechten die de opdrachtgever-ontwikkelaar jegens de architect c.s. heeft aan de aannemer. Het ligt in de rede dat geen der partijen de ontwerpaansprakelijkheid zal wensen – immer een teer onderwerp – en de onderhandelingen zullen per geval bepalen wat de uitkomst hiervan is.

Gelet op voorgaande verdient het in ieder geval aanbeveling om in de met de architect, constructeur en andere adviseurs te sluiten overeenkomsten een beding op te nemen dat de ontwikkelaar de mogelijkheid heeft het contract krachtens contractsoverneming aan een derde (lees: de aannemer) over te dragen. Contractsoverneming gaat immers verder dan een loutere cessie van rechten: ook de verplichtingen (tot bijvoorbeeld betaling) gaan over.

Om een dergelijke afspraak – dat wil zeggen de afspraak waarbij de aannemer verklaart de ontwerpaansprakelijkheid voor zijn rekening te nemen – nader gestalte te geven is het naar onze mening zaak dat de aannemer de ontwerpen en onderliggende documentatie ook daadwerkelijk verkrijgt en in de overeenkomst verklaart deze te hebben onderzocht, geaccordeerd, daarin geen onjuistheden of onvolkomenheden te hebben ge-

constateerd en de daaruit voortvloeiende risico's over te nemen.

In de praktijk zal het overigens vaak voorkomen dat de aannemer al in het 'voortraject' is geselecteerd om deel te nemen in een bouwteam en de aannemer is derhalve reeds vanaf een vroegtijdig stadium betrokken bij het ontwerp en wordt daardoor reeds in enige mate (mede)verantwoordelijk voor een en ander.

Wel is het zaak om de taken en verantwoordelijkheden van de aannemer zoals deze zijn vervat in de bouwteamovereenkomst te toetsen aan de in de samenwerkingsovereenkomst vervatte afspraken omtrent ontwerpaansprakelijkheid. Men mag immers aannemen dat de bouwteamovereenkomst geen ongeconditioneerde ontwerpaansprakelijkheid voor de aannemer bevat en de samenwerkingsovereenkomst dient derhalve te prevaleren boven de afspraken in de bouwteamovereenkomst op dit punt, aangenomen dat in de samenwerkingsovereenkomst wordt overeengekomen dat de aannemer de ontwerpaansprakelijkheid overneemt casu quo draagt.

Verantwoordelijkheden ontwikkelaar

Ten aanzien van enkele aspecten ligt het niet of nog minder in de rede om de daaruit voortvloeiende gevolgen voor rekening van de aannemer te doen komen en dat betreft met name zaken als bodemverontreiniging en de aanvraag en verkrijging van de bouwvergunning (en overige vergunningen). Het verkrijgen van de vergunningen is nu eenmaal des ontwikkelaars, terwijl de gevolgen van bodemverontreiniging uit hoofde van de tussen ontwikkelaar en consument-koper gesloten koopovereenkomst voor rekening van de ontwikkelaar zijn. Uiteraard is het, theoretisch beschouwd, denkbaar ook de gevolgen en risico's van deze zaken voor rekening van de aannemer te doen komen, doch dat ligt niet direct in de rede. Dat kan bijvoorbeeld door een en ander contractueel als zodanig te redigeren of door de aannemer ook de koopovereenkomst terzake de grond met de consument-koper te laten sluiten.

Termijnoverschrijding

Het niet-tijdig opleveren van de woningen is een uitsluitende zaak van de aannemer: de gevolgen betreffen meestal de verschuldigdheid van een boete en de aannemer zal die aan de consument-koper dienen te vergoeden.

Directievoering en toezicht

Zoals hierboven al is gesteld terzake de instructiebevoegdheid van de ontwikkelaar, zal de ontwikkelaar zich de mogelijkheid willen voorbehouden om het bouwproces te volgen en waar nodig in te grijpen. Waar men in aannemingsverhoudingen veelal over directievoering spreekt, zal in dit geval naar onze mening voor de neutrale(re) term toezicht of controle dienen te worden gekozen. De ontwikkelaar mag en zal toezicht houden maar bedongen dient te worden dat dit nimmer leidt tot enige aansprakelijkheid van de ontwikkelaar.

Ook in dit verband kan zich een complicatie voordoen indien, zoals hiervoor reeds is gesteld, bijvoorbeeld ook huurwoningen of bedrijfsruimten worden gerealiseerd in een project. Indien dergelijke huurwoningen of bedrijfsruimten krachtens een traditionele (op de UAV gebaseerde) aannemingsovereenkomst in opdracht van de ontwikkelaar worden gerealiseerd, zal de ontwikkelaar de directie voeren over dit werk. Deze directievoerder voor wat betreft de huurwoningen zal waarschijnlijk dezelfde persoon zijn als degene die toezicht of controle houdt op de bouw van de koopwoningen; de wijze waarop hij gestalte geeft aan zijn taak – ongeacht of dit directievoering of toezicht betreft – zal vermoedelijk ook dezelfde zijn. Het in de praktijk scheiden van deze verantwoordelijkheden is, zo leert de praktijk nu eenmaal, geen sinecure en op dit punt ligt al spoedig voor de stelling dat de ontwikkelaar zich niet (ten volle) kan onttrekken aan de gevolgen van door hem gehouden toezicht en verstrekte aanwijzingen en instructies.

Selectie van onderaannemers en leveranciers

Alhoewel de selectie van onderaannemers en leveranciers een zaak van de aannemer is – de aannemer realiseert de woning en draagt daarvoor de verantwoordelijkheid – zal in de praktijk ook de ontwikkelaar daar enige rol in willen hebben. Immers, de ontwikkelaar is degene die primair het ontwerpproces aanstuurt casu quo heeft aangestuurd en zal mogelijk reeds in dat stadium gedachten hebben omtrent bepaalde onderaannemers en/of leveranciers.

In een traditionele aannemingsovereenkomst is het gebruik dat de opdrachtgever de gevolgen draagt van door hem voorgeschreven keuzes – 'culpa in eligendo' – en hierop dient de ontwikkelaar uiteraard bedacht te zijn. Het is derhalve vanuit zijn perspectief zaak om de aansprakelijkheid voor dergelijke voorgeschreven keuzes uit te sluiten dan wel te opteren voor een structuur waarbij de aannemer selecteert en de ontwikkelaar deze uitsluitend kan goed- of (op redelijke gronden) afkeuren.

Financiële aspecten

De financiële zijde van de samenwerkingsovereenkomst is eveneens in enige mate weerbarstig. Feit is namelijk dat de koop-/aanneemsommen die voortvloeien uit de met de consument-koper gesloten overeenkomsten normaliter hoger zullen zijn dan de vergoeding die de ontwikkelaar aan de aannemer dient te betalen. Immers, uitgangspunt zal zijn en blijven dat de aannemer een vergoeding voor zijn bouwkosten ontvangt verhoogd met opslagen, maar het meerdere – dat wil zeggen het verschil tussen de aanneemsom zoals beschreven in de met de consument-koper gesloten aannemingsovereenkomst en de bouwkosten met opslagen – zal de ontwikkelaar normalerwijze zelf willen ontvangen (bovenop de door de ontwikkelaar ontvangen koopprijs voor de grond). Het meerdere – het surplus – zal derhalve op enigerlei wijze aan de ontwikkelaar ten goede dienen te

komen. In theorie zijn er meerdere wijzen waarop dit kan worden vormgegeven.

In dit verband zijn er een aantal aandachtspunten. Ten eerste: de ontwikkelaar zal in de regel de bouwtermijnen (en uiteraard sowieso de grondtermijn) aan de consument-koper willen factureren en de daaruit voortvloeiende betalingen willen ontvangen. Ten tweede: de aldus ontvangen gelden dienen, ten dele, door de ontwikkelaar aan de aannemer betaald te worden. Echter: welke titel ligt daaraan te grondslag? Van betaling van een aanneemsom (door ontwikkelaar aan aannemer) kan men niet spreken omdat, zoals hierboven is gesteld, de ontwikkelaar en aannemer geen opdracht- of aannemingsovereenkomst hebben gesloten (evenwel met die nuance dat dit niet geldt, zoals hiervoor gesteld, ten aanzien van de woningen die op het moment dat ontwikkelaar en aannemer contracteren, nog niet verkocht zijn).

Een denkbare structuur is dat de ontwikkelaar *namens* de aannemer de bouwtermijnen van de consument-koper ontvangt en deze gelden aan de aannemer doorbetaalt. De ontwikkelaar is vervolgens gerechtigd van deze vergoeding een bedrag in te houden. Deze vergoeding is de aannemer aan de ontwikkelaar verschuldigd en is gelijk aan meergenoemd surplus en dient te worden beschouwd als een (zakelijke) vergoeding voor het feit dat de aannemer van de ontwikkelaar mag bouwen en in staat wordt gesteld aldus omzet en winst te maken.

Uiteraard zou men de zaak ook kunnen omdraaien: de aannemer incasseert de bouwtermijnen en draagt het surplus af aan de ontwikkelaar. Vanuit het perspectief van de ontwikkelaar is dit minder gewenst omdat de ontwikkelaar normalerwijze zelf de financiële regie zal willen voeren en aldus grip op de geldstromen zal willen behouden.

Ook is denkbaar dat de aannemer de vorderingen die hij op de consument-kopers heeft (de bouwtermijnen) aan de ontwikkelaar cedeert, waardoor de ontwikkelaar gerechtigd wordt tot deze vorderingen. Om te voorkomen dat sprake is van een verkapte (en nietige) zekerheidscessie zal de ontwikkelaar een passende tegenprestatie moeten verrichten, te weten het betalen van een koopsom voor deze vorderingen. Deze koopsom zal normalerwijze gelijk zijn aan de bouwkosten vermeerderd met opslagen. Aldus behoudt de ontwikkelaar het surplus.

Vanzelfsprekend zal, ongeacht de onderliggende titel voor de betalingen door ontwikkelaar aan aannemer, de betaling in termijnen plaatsvinden – naar rato van de voortgang van de bouw: immers, ook de door consument-kopers verschuldigde termijnen zijn gebaseerd op de voortgang van de bouw.

Kopersbegeleiding

De begeleiding van kopers – waaronder begrepen het in overleg maken van keuzes ten aanzien van meer- en minderwerkopties – wordt ook in de huidige praktijk door de ontwikkelaar meestal volledig uitbesteed aan de aannemer, opdat de ontwikkelaar daar zo weinig mogelijk mee van doen heeft. De achterliggende structuur

daarbij is veelal dat er ten aanzien van dergelijke zaken een rechtstreekse rechtsverhouding bestaat tussen aannemer en consument-koper. Dat is in een samenwerkingsovereenkomst als de onderhavige uiteraard niet anders: de aannemingsovereenkomst is reeds een uitsluitende zaak tussen aannemer en consument-koper en dit is feite niet meer dan een bijkomend aspect.

Overige bepalingen

Uiteraard zal de samenwerkingsovereenkomst de gebruikelijke 'voorzieningen' dienen te bevatten, zoals (door de aannemer te stellen) zekerheden, een ontbindingsparagraaf, een geschillenregeling etcetera. Dergelijke 'voorzieningen' zijn in een overeenkomst als deze niet wezenlijk anders dan in vele andere overeenkomsten.

Vrijwaring

Dat geldt echter niet voor de vrijwaringsbepaling. In de onderhavige structuur is een wederzijdse vrijwaring nadrukkelijk gewenst en in het bijzonder een vrijwaring van de ontwikkelaar door de aannemer. Immers, bepaalde verantwoordelijkheden zijn ogenschijnlijk des ontwikkelaars – ontwerpaansprakelijkheid, gevolgen van instructies en aanwijzingen e.d. – en indien daar schade uit voortvloeit zal men in eerste instantie geneigd zijn de ontwikkelaar daarop aan te spreken. Wezenlijk uitgangspunt van de samenwerkingsovereenkomst is echter dat de ontwikkelaar het merendeel van de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden heeft 'weggecontracteerd' en des aannemers zijn geworden; bovendien is de aannemer uit hoofde van de met de consument-koper gesloten aannemingsovereenkomst (ook) aansprakelijk voor ontwerpfouten. Dat neemt niet weg dat een consument-koper mogelijk toch ook de ontwikkelaar aanspreekt, bijvoorbeeld uit hoofde van een (vermeende) onrechtmatige daad of (vermeende) hoofdelijkheid (zie hieronder). Een degelijke vrijwaringsclausule is dan op zijn plaats.

De pendant daarvan is mogelijk een regres- of subrogatiebepaling die de ontwikkelaar in de gelegenheid stelt door hem aan de koper vergoede schade op de aannemer te verhalen, uiteraard onverlet latend dat de ontwikkelaar, indien sprake zou zijn van een schikking, met de consument-koper kan overeenkomen dat deze zijn rechten jegens de aannemer aan hem cedeert.

Alhoewel het gros der geschillen zal voortvloeien uit de aannemingsovereenkomst tussen aannemer en consument-koper (en waar de ontwikkelaar niets mee van doen heeft), is het onder omstandigheden denkbaar dat de ontwikkelaar om hem moverende redenen (onwettelijke publiciteit bijvoorbeeld) vrijwillig schade vergoedt aan de koper. Evenzo kan op voorhand niet onder alle omstandigheden worden uitgesloten dat het GIW, de Raad van Arbitrage voor de Bouw of de 'gewone' rechter de ontwikkelaar op enigerlei grond toch (ook) aansprakelijk acht jegens de consument-koper.

Overigens kan de ontwikkelaar dergelijke schade ook verhalen op de aannemer op basis van (niet-nakoming van) de hierboven genoemde garantie krachtens

welke bepaling de aannemer garandeert jegens de ontwikkelaar de met de consument-koper gesloten casu quo te sluiten aannemingsovereenkomst (deugdelijk) te zullen nakomen.

Hoofdelijkheid – aansprakelijkheid ontwikkelaar

De vraag die zich in het bijzonder voordoet is of een koper, indien sprake is van een gebrek, beide partijen – ontwikkelaar en aannemer – zou kunnen aanspreken. Dat is immers nu juist hetgeen de ontwikkelaar wenst te voorkomen en klemmt voor de ontwikkelaar met name indien de aannemer failliet of onvoldoende kredietwaardig is en bijgevolg regres op de aannemer door de ontwikkelaar, gesteld dat de consument-koper de ontwikkelaar zou kunnen aanspreken, problematisch of feitelijk onmogelijk is.

Dit aspect is wezenlijk omdat dit juist hetgeen is wat de ontwikkelaar wenst te voorkomen: de ontwikkelaar wenst zijn positie nadrukkelijk te separeren en uitsluitend nog verantwoordelijk te zijn voor de koopovereenkomst met betrekking tot de grond.

Contractueel gezien is er geen grond om de ontwikkelaar aan te spreken of om te stellen dat beide partijen hoofdelijk aansprakelijk zijn: de ontwikkelaar heeft geen aannemingsovereenkomst met de consument-koper en een hoofdelijkheidsbepaling maakt evenmin deel uit van de koop- respectievelijk aannemingsovereenkomst met de consument-koper – integendeel.

Dat neemt naar onze smaak echter niet bij voorbaat volledig het risico weg dat de koper mogelijk toch óók de ontwikkelaar zou kunnen aanspreken wegens gebreken. Denkbare rechtsgronden zouden kunnen zijn een vermeende hoofdelijkheid, een onrechtmatige daad of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (als uitvloeisel van de tussen ontwikkelaar en consument-koper gesloten koopovereenkomst).

Er zijn immers wel diverse omstandigheden waardoor de positie van de ontwikkelaar bepaald niet volledig los gezien kan worden van de positie van de aannemer, zoals (onder meer) de volgende: de ontwikkelaar is degene die op zijn naam het project ontwikkelt, promoot en exploiteert, ontvangt daarvan de projectrevenue, sluit *namens* de aannemer de aannemingsovereenkomsten, incasseert krachtens cessie of anderszins de bouwtermijnen, bemoeit zich zonder twijfel met het bouwproces en in zijn opdracht zijn de ontwerpen en de overige contractsdOCUMENTEN gemaakt.

De vraag doet zich dan ook voor of de ontwikkelaar in alle omstandigheden in rechte staande zal kunnen houden dat hij op generlei wijze aansprakelijk is voor tekortkomingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst. Daar was het immers om te doen. Wezenlijk punt lijkt ons bovendien te zijn de omstandigheid dat de ontwikkelaar de aannemer selecteert en deze aan de consument-koper 'opdringt': de stelling van een consument-koper dat de ontwikkelaar op grond van het adagium 'culpa in eligendo' hiervan de gevolgen moet dragen lijkt dan ook niet bij voorbaat ongegrond. Overig-

gens zal de casuïstiek bij het onderhavige vraagstuk een belangrijke rol spelen.

Praktijk

Deze vraag zal in de praktijk overigens in belangrijke mate theoretisch zijn. Zolang de aannemer niet faillieert zal er in de regel weinig aan de hand zijn. De meeste zaken lossen zich nog altijd minnelijk op en waar dat niet het geval is zal de consument-koper in eerste instantie de aannemer (en uitsluitend hem) aanspreken wegens tekortkomingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst. Bovendien heeft het gros van de geschillen en kopersklachten een relatieve financiële impact: het merendeel betreft opleveringsgeschillen en 'kleine(re)' klachten.

De kwestie wordt in de regel eerst precair indien de aannemer faillieert en geen verhaal meer biedt of sprake is van 'Bos-en-Lommer-achtige' of 'Maastrichter-balkon-achtige' calamiteiten. Een faillissement vormt doorgaans de 'lakmoesproef': eerst dan kan in de regel worden getoetst of het samenstel van afspraken voldoende bestendig is voor de ontwikkelaar om claims van de consument-koper met succes te weren.

De koper die schade lijdt zal immers bezien of er een andere partij uit enige hoofde kan worden aangesproken en daarbij zal men in eerste instantie aan de ontwikkelaar denken. De rechtsgronden die de consument-koper mogelijk zal aanvoeren kunnen van diverse aard zijn: de consument-koper kan pogen een hoofdelijkheid 'op te tuigen', de koper zal mogelijk (kunnen) stellen dat de ontwikkelaar in de contacten met de koper niet altijd duidelijk heeft gemaakt namens de aannemer te handelen en aldus verplichtingen in eigen naam wordt geacht te zijn aangegaan, de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en onrechtmatige daad.

Waar consumentenbelangen in het geding zijn, zal een rechterlijke of arbitrale instantie bovendien mogelijk wat sneller neigen naar het 'oprekken' van de juridische mogelijkheden dan in het geval sprake is van een rechtsverhouding tussen zakelijk handelende ondernemingen.

Overigens moet ook dit aspect in zekere zin worden genuanceerd: indien het project (zoals men mag aannemen) GIW-gecertificeerd is, is de consument-koper op passende wijze sowieso beschermd tegen een eventueel faillissement van de aannemer, zij het dat zodanige garantie bepaald niet alomvattend en ongelimiteerd is. Zo dekt de garantie (bijvoorbeeld) niet de gevolg- en indirecte schade die de consument-koper lijdt. Overigens komt het ons ook voor dat het GIW, althans de aangesloten organisatie (SWK, Woningborg), alsdan mogelijk in de rechten zal of kan treden (subrogatie, regres, cessie) van de consument-koper jegens de ontwikkelaar en zou een claim van een consument-koper aldus wellicht alsnog bij de ontwikkelaar kunnen komen.

Conclusie

In dit artikel is aandacht geschonken aan de – wat wij maar noemen – 'gesplitste' koop- en aannemingsovereenkomst en in het bijzonder de gevolgen daarvan voor

de rechtsverhouding casu quo overeenkomst tussen de ontwikkelaar en de aannemer. Deze materie is nog in ontwikkeling maar roept bij nadere analyse op diverse punten interessante vragen op. Er is in ieder geval een zekere tendens bij ontwikkelaars te bespeuren om de koop- en aannemingsovereenkomst te 'splitsen'. Uiteraard valt er over de rechtsverhouding ontwikkelaar/aannemer nog (veel) meer te zeggen dan hetgeen in dit artikel is gesteld. Men mag aannemen dat zich gaandeweg in de praktijk een 'standaard'-model-(samenwerkings/project)overeenkomst zal ontwikkelen. Dit artikel is wat ons betreft een eerste aanzet om de discussie en gedachtenvorming daarover (verder) op gang te brengen.

Tot slot nog een tweetal opmerkingen. Als eerste merken wij nog op dat in dit artikel de zaken uitsluitend vanuit het perspectief van de ontwikkelaar zijn beschouwd. Het moge voor zich spreken dat indien dit onderwerp vanuit het perspectief van de aannemer wordt beschouwd, men normalerwijze tot andere standpunten zal komen ten aanzien van bepaalde zaken. Ten tweede merken wij op dat er uiteraard meerdere mogelijkheden zijn om de rechtsverhoudingen ontwikkelaar/aannemer/consument-koper gestalte te geven en in te vullen. Naarmate de ontwikkelaar meer zaken 'op het bordje' van de aannemer zal wensen te schuiven, zal een aantal in dit artikel aangeroerde vraagstukken pregnanter zijn.