

Infoblad Bouwrecht

Zekerheden



Dit informatieblad beschrijft de wijze waarop de aannemer en de opdrachtgever van elkaar de nodige zekerheden kunnen verlangen en welke instrumenten ze daarbij kunnen gebruiken.

Opdrachtgevers in de bouw willen in de meeste gevallen zekerheid over de realisatie van het project en over wat er gebeurt in geval van gebreken aan het werk (uitvoeringsgarantie). Maar ook de aannemer kan zekerheid verlangen. De wet verplicht partijen overigens tot niets: ze moeten samen het verstrekken van zekerheid regelen. Een uitzondering geldt voor de zogenaamde 5% regeling die geldt voor een nieuwbouwwoning/appartement gebouwd in opdracht van een consument.

Er bestaat een scala aan zekerheden: bankgaranties, borg- of (concern)garantstellingen, depot of een Garantie- en waarborgregeling. Ook combinaties zijn mogelijk.

Zekerheden voor de opdrachtgever

Vaak verlangt de hypotheekhouder van de opdrachtgever zekerheden. Zulke zekerheden zijn van invloed op de bedrijfsvoering van de aannemer: die kan geconfronteerd worden met een beperking van kredietfaciliteiten en kostenverhogingen.

Bankgaranties

In geval van een bankgarantie keert de bank van de aannemer een bedrag uit aan de opdrachtgever. Daaraan kunnen uiteenlopende voorwaarden verbonden zijn. Er zijn dan ook verschillende soorten bankgaranties. Het is daarom belangrijk om de door de opdrachtgever gevraagde en door de bank te verstrekken bankgarantie goed op elkaar af te stemmen.

Aandachtspunten hierbij zijn:

- het ingangstijdstip,
- de omschreven omstandigheden waarvoor de bankgarantie kan worden ingeroepen,
- het maximum bedrag,
- de voorwaarden voor het invoeren,
- de geldigheidsduur van de garantie,
- het terugzenden ervan.

Hierna worden de verschillende soorten bankgaranties besproken.

De on-demand bankgarantie

De meeste verstrekende bankgarantie is de on-demand garantie zonder restricties. Op basis van zo'n garantie zal de bank op het eerste verzoek van de opdrachtgever direct en zonder zich af te vragen of het verzoek terecht is, het hele garantiebedrag of een gedeelte ervan aan de opdrachtgever overmaken. Is de aannemer van mening dat het bedrag ten onrechte is uitbetaald, dan rest hem niets anders dan dit bedrag terug te vorderen in een procedure. Een risicovolle situatie.

Bankgarantie onder de UAV 2012 (par. 43a)

Op grond van deze voorwaarden kan de opdrachtgever zekerheid verlangen voor het nakomen van de verplichtingen van de aannemer ter grootte van 5% van de aanneemsom in de vorm van een bankgarantie. In het bankgarantiemodel I van de UAV 2012 is de

bankgarantie vorm gegeven als een overeenkomst van borgtocht, geregeld in het Burgerlijk Wetboek.

De regeling biedt de aannemer wel bepaalde waarborgen. Allereerst is de bankgarantie niet zomaar te incasseren. De opdrachtgever moet de aannemer om te beginnen schriftelijk laten weten dat hij van plan is de bankgarantie in te roepen. De aannemer heeft dan 10 werkdagen na verzenddatum van die kennisgeving de tijd om middels een procedure bij de Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen het invoeren van de garantie te voorkomen.

De aannemer vindt in de UAV 2012 bovendien de mogelijkheid om na de oplevering of na afloop van de onderhoudstermijn een bankgarantie met een verlaagd bedrag vast te stellen: een bedrag dat in verhouding staat tot de omvang van de herstelkosten van nog aanwezige gebreken. Op grond van de UAV 2012 kan de opdrachtgever geen inhouding op de aanneemsom toepassen als er al een bankgarantie is afgegeven. Wel staat het partijen op basis van de contractsvrijheid vrij af te wijken van de UAV 2012. Dat gebeurt in de praktijk ook veelvuldig.

Let op

Voor aanbestedende diensten geldt een zeer beperkte mogelijkheid om af te wijken van standaardvoorwaarden als de UAV 2012 en UAV-GC 2005.

- *Bankgarantie onder de UAV-GC 2005 (par. 38)*
- Deze voorwaarden zijn nagenoeg gelijk aan par. 43a van de UAV 2012.

Concerngarantie

Van een concerngarantie is sprake als de moedervereniging (of andere groepsmaatschappij) zich garant stelt voor de nakoming van in de verklaring nader omschreven verplichtingen van een dochter- of zustermaatschappij. In de praktijk zijn de teksten van concerngaranties kort en omvatten niet meer dan de mededeling dat de vereniging zich borg stelt voor de verplichtingen die de dochter of zuster aangaat of is aangegaan voor het aan te nemen of aangenomen werk. Hierbij is dan geen maximum bedrag opgenomen en is niets bepaald over de wijze waarop de concerngarantie moet worden ingeroepen. De geldigheidsduur loopt veelal tot het moment waarop de uitvoerende vereniging aan al haar verplichtingen heeft voldaan.

5% regeling (art. 7:768 BW)

Bij de bouw van een nieuwbouwwoning/appartement in opdracht van een consument geldt een bijzondere wettelijke zekerheidsregeling waarvan partijen in het contract niet ten nadele van de consument mogen afwijken. Gebeurt dat wel of is er niets naders overeengekomen, dan geldt eenvoudigweg die wettelijke regeling. Deze regeling geeft de opdrachtgever de zekerheid dat de aannemer opleverpunten, en gebreken die zich binnen drie maanden na oplevering manifesteren, herstelt.

Dat gebeurt middels een financiële zekerheid ter grootte van een bedrag van 5% van de aanneemsom. Deze regeling geeft de consument de bevoegdheid om te allen tijde een bedrag ter grootte van 5% van de aanneemsom als zekerheid in een depot onder een notaris naar eigen keuze te plaatsen.

Partijen kunnen echter ook overeenkomen dat de aannemer een vervangende zekerheid stelt, zoals een bankgarantie. Wordt er een bankgarantie afgegeven, dan moet de tekst daarvan aansluiten bij de tekst van de wettelijke regeling. Als de aannemer een vervangende

zekerheid afgeeft, dan moet de consument in beginsel de volledige aanneemsom betalen.

De bankgarantie of het depotbedrag kan na verloop van de drie maanden met wederzijds goedvinden, of na een gerechtelijke uitspraak vervallen (indien er geen gebreken meer zijn), of in omvang worden verminderd (indien de 5% hoger is dan de herstelkosten die zijn verbonden aan de nog aanwezige gebreken).

In de gebruikelijk algemene voorwaarden is soms ook iets opgenomen over deze regeling. De modelovereenkomsten van de waarborgende instellingen (Woningborg, SWK en Bouwgarant) bevatten een keuzeregeling: 5% in depot of een bankgarantie. De hierbij behorende algemene voorwaarden bevatten een regeling waaraan de bankgarantie inhoudelijk moet voldoen. In de AVA 2013 herzien in december 2014 is de wettelijke 5% regeling letterlijk opgenomen. Ook is daarin geregeld wie de depotkosten draagt en de vergoede rente ontvangt. De UAV 2012 kennen geen 5% regeling. Indien aan de orde geldt dan de wettelijke regeling. De UAV-GC 2005 worden in het algemeen niet gehanteerd bij de realisatie van een nieuwbouwwoning/appartement in opdracht van een consument.

Garantie- en waarborgregeling

Van de model (koop-/)aannemingsovereenkomsten van de waarborgende instellingen maakt een garantie- en waarborgregeling onderdeel uit. Een garantie- en waarborgregeling biedt de opdrachtgever zekerheid voor herstel van gebreken en voor de kosten van afbouw bij faillissement van de aannemer. Veelal eist de hypotheekhouder dat de opdrachtgever zo'n regeling moet bedingen. Deelnemen aan een van deze organisaties en het aanmelden van het project brengt wel kosten voor de aannemer met zich mee.

Overwaarderegeling

Partijen kunnen ook contractueel vastleggen dat de opdrachtgever gerechtigd is om een nader bepaald percentage van de termijnbedragen in te houden als zekerheid. De aannemer financiert dan voor waardoor de opdrachtgever minder risico's loopt.

Opschorting

Ter zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen door de aannemer heeft de opdrachtgever tevens de mogelijkheid om de betaling van facturen op te schorten op basis van het Burgerlijk Wetboek. Het betreft hier niet een zekerheid in eigenlijke zin. Om te kunnen opschorten moet wel worden voldaan aan de eisen die de wet stelt. Belangrijk daarbij is dat het opgeschorte bedrag in verhouding moet staan tot de hoogte van de met het herstel van een gebrek gemoeide kosten.

Zekerheden voor de aannemer

In de alledaagse bouwpraktijk is het niet zo gebruikelijk dat de aannemer zekerheid verlangt van de opdrachtgever voor de nakoming van verplichtingen, met name diens betalingsverplichting. Desondanks loopt ook hij het risico dat zijn opdrachtgever op enig moment niet betaalt. Voor dat geval zijn er wel mogelijkheden om zekerheid te verkrijgen van de opdrachtgever. De wet kent echter geen algemene regeling om zekerheid te verlangen bij niet nakoming.

De gebruikelijk algemene Voorwaarden

De UAV 2012, de AVA 2013 herzien december 2014 en de UAV-GC 2005 kennen alle een bepaling dat indien de opdrachtgever niet of niet tijdig betaalt, of er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat opdrachtgever niet of niet tijdig zal betalen, de aannemer genoegzame zekerheid (veelal een bankgarantie) van de opdrachtgever kan verlangen. Wordt die zekerheid niet verstrekt, dan kan de aannemer het werk schorsen of beëindigen, wat hij dan wel vooraf moet aankondigen. De model (koop-/)aannemingsovereenkomst van de waarborgende instellingen en de Covo2010 (herzien in juli 2015) bieden de aannemer deze mogelijkheid niet.

Zekerheid bij nieuwbouwwoning (art. 7:767 BW)

Bouwt een aannemer een nieuwbouwwoning/appartement in opdracht van een consument, dan kan hij op grond van art. 7:767 van het Burgerlijk Wetboek in de overeenkomst vastleggen dat de opdrachtgever voorafgaand aan de bouw een bedrag ter grootte van 10% van de aanneemsom in depot bij een notaris stort, dan wel daarvoor vervangende zekerheid afgeeft (bijvoorbeeld een bankgarantie of een verpand bouwdepot). Ook de modelcontracten van de waarborgende instellingen kennen deze mogelijkheid.

Opschorting en het retentierecht

Om zeker te zijn dat de opdrachtgever zijn betalingsverplichting nakomt, heeft de aannemer de mogelijkheid om zijn verplichtingen op te schorten op basis van het Burgerlijk Wetboek. Het betreft hier niet een zekerheid in eigenlijke zin. Opschorting kan plaatsvinden door het werk stil te leggen of gebreken niet te herstellen.

Een specifiek opschortingsrecht betreft de wettelijke bevoegdheid van de aannemer om afgifte van het werk op te schorten door het retentierecht uit te oefenen. Het retentierecht dient als pressiemiddel om de opdrachtgever te laten betalen en geeft de aannemer voorrang bij verhaal. Zie hierover het Infoblad "(On)mogelijkheden van het retentierecht".

Meer informatie of graag telefonisch advies?

Dit is een infoblad in een serie van Bouwend Nederland Advies over bouwrecht. De complete serie vindt je in pdf-formaat op www.bouwendnederland.nl/actueel/publicaties/alle-publicaties/20859/bouwrecht. Publicatiedatum: 1 juni 2022.

Bouwend Nederland Advies

Tel: 079 3 252 250

E-mail: advies@bouwendnederland.nl

Meer informatie over wat Bouwend

Nederland Advies voor jou kan

betekenen? [Download dan de brochure](#)