

95% duidelijkheid over de 5%-regeling

Auteur: Mr. A. Steneker, Universitair hoofddocent burgerlijk recht Radboud Universiteit Nijmegen.
 Rubriek: Stichting
 Publicatie: WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
 Editie: 2010, 6862
 Publicatiedatum: 06-11-2010
 Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Met een redelijke uitleg van de bedoelingen van de wetgever en van partijen kunnen de meeste onduidelijkheden over de 5%-regeling (art. 7:768 BW) worden weggenomen

1. Inleiding

Wanneer een particulier een nieuwbouwwoning koopt of laat bouwen, kan hij bedingen dat hij de laatste 5% van de koop-/aanneemsom niet aan de verkoper/aannemer betaalt, maar voor de tijd van drie maanden vanaf de oplevering in depot geeft aan een notaris (art. (7:8 jo.) 7:768 BW).¹ Mochten er gebreken worden geconstateerd, dan kan de uitbetaling aan de aannemer worden opgeschort en kan de schade op het depot in plaats van op de aannemer worden verhaald.

In de praktijk heeft de 5%-regeling aanleiding gegeven tot twee categorieën vragen. De eerste categorie betreft de gevallen waarin de uitbetaling aan de aannemer na drie maanden, mag worden opgeschort. De tweede categorie betreft de gevallen waarin de notaris het depot geheel of gedeeltelijk aan de aannemer of aan de opdrachtgever mag uitbetalen. In de literatuur worden over de beantwoording van deze vragen verschillende standpunten ingenomen. In de evaluatie van de Wet koop onroerende zaken worden deze vragen en standpunten in kaart gebracht.²

Mijns inziens kunnen met een precieze analyse van de rechten van de opdrachtgever en de aannemer op het depot en met een redelijke uitleg van de bedoelingen van de wetgever en van partijen bij deze regeling, de meeste problemen met de 5%-regeling worden opgelost. Mogelijke onduidelijkheden in concrete gevallen kunnen het beste in concrete overeenkomsten worden geregeld, zoals binnen welke termijnen en op welke wijze partijen bepaalde acties moeten ondernemen, of aan wie in welk geval de rente over het depot toekomt. Voor de problemen die dan nog resterend, zou geen pasklare oplossing moeten worden gezocht, maar zou de wijze van oplossing van die problemen bij overeenkomst moeten worden geregeld. Zo zou kunnen worden overeengekomen of beslechting van geschillen plaatsvindt bij gewone rechtspraak, arbitrage of bindend advies. Ik zal mij in deze bijdrage beperken tot wat (mijns inziens) wel duidelijk is omtrent de 5%-regeling.

2. Opschorting

2.1. Termijn

De 5% van de aanneemsom staat bij de notaris in depot gedurende drie maanden te rekenen vanaf de datum van oplevering. Ook voor de koper van een nieuwbouwwoning die al eerder is opgeleverd, moet de termijn van drie maanden worden gerekend vanaf de datum van oplevering.³ Hier wint het belang van de aannemer om zijn geld te krijgen, het van het belang van de koper om zich nog op het depot te kunnen beroepen voor gebreken die aan het licht komen na koop en ingebruikneming. Het is de vraag wanneer de termijn van drie maanden begint te lopen in geval van oplevering van een appartementencomplex in gedeelten. Moet dan de datum van oplevering van het betreffende appartement worden aangehouden, of moet worden gerekend vanaf de datum waarop ook de algemene delen en/of ook de andere appartementen van het complex worden opgeleverd? Omdat de koper van een appartementsrecht een recht van gebruik van zijn appartement én een recht van gezamenlijk gebruik van de gezamenlijke delen koopt, moet mijns inziens worden aangenomen dat de termijn van drie maanden in beginsel aanvangt wanneer het appartement én de gezamenlijke delen worden opgeleverd. Ik zie geen redenen om de termijn pas te laten aanvangen wanneer ook

de andere appartementen worden opgeleverd.⁴

2.2. Gebreken

Het is niet verwonderlijk dat er onenigheid kan ontstaan voor welke gebreken de opdrachtgever een beroep kan doen op het depot. Enkele mogelijke onduidelijkheden kunnen echter wel worden weggenomen. Allereerst lijkt het mij logisch dat niet alleen gebreken die tijdens de oplevering worden geconstateerd, maar ook gebreken die gedurende de drie maanden na de oplevering aan het licht komen, kunnen worden opgeworpen.⁵ Aannemers willen daar nog wel eens anders over denken. Verder moet de koper van een appartementsrecht in beginsel ook een beroep op het depot kunnen doen voor gebreken aan de gemeenschappelijke delen van het appartementencomplex, op grond van de argumenten in de vorige alinea genoemd.⁶

2.3. Bedrag

Onder andere in de hiervóór genoemde gevallen, rijst al snel de vraag of het gebrek rechtvaardigt dat het gehele bedrag van 5% van de aanneemsom langer dan drie maanden in depot wordt gehouden. Mijns inziens moet niet te snel worden aangenomen dat dat niet zou mogen wegens disproportionaliteit tussen het gebrek en het depotbedrag. Uitgangspunt moet zijn dat er best voor een relatief klein gebrek een relatief groot bedrag mag worden achtergehouden, zodat de opschorting voor de aannemer een stok achter de deur is om het gebrek te verhelpen. Zo is de 5%-regeling ook bedoeld,⁷ en zo werkt het ook bij andere opschortingsrechten. Dat principe kent echter wel zijn grenzen: de tekortkoming moet de opschorting wel rechtvaardigen (art. 7:768 lid 2 jo. 6:262 lid 2 BW). Dit kan echter geen argument zijn om het bedrag dat in depot wordt gehouden, te beperken tot de kostprijs van verhelping van het gebrek.⁸ Het bedrag dat in depot wordt gehouden, kan echter wel worden beperkt tot een bedrag waarmee de opdrachtgever ruim voldoende zekerheid én pressiemiddel heeft. Art. 7:768 lid 2 BW bepaalt dat de opdrachtgever aan de notaris meedeelt tot welk bedrag het depot moet worden gehandhaafd. Dit zou de neiging in de hand kunnen werken om teveel in depot te houden. Op grond van art. 7:768 lid 4 BW is de opdrachtgever echter wettelijke rente verschuldigd over het teveel in depot gehouden bedrag.⁹

Vermindering van het in depot te houden bedrag kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij gebreken aan de gezamenlijke delen van een appartementencomplex. Het kan niet zo zijn dat voor een losliggende tegel in de hal van een appartementencomplex, alle bewoners 5% van de koopsom van hun appartement in depot kunnen houden. Dat zou de kopers van de appartementen wel veel zekerheid bieden en zou een enorme stimulans zijn voor de aannemer om het gebrek vandaag nog te verhelpen, maar dat zou aannemers in financiële problemen brengen en beide doelen van de 5%-regeling kunnen ook wel worden bereikt met het in depot houden van een lager bedrag. Ook dan geldt echter dat het in depot te houden bedrag wel een substantieel en (in vergelijking met de kostprijs van verhelping van het gebrek) groot bedrag moet zijn, zodat met het depot een vuist kan worden gemaakt tegen dralende aannemers.

2.4. Bankgarantie

Art. 7:768 lid 3 BW bepaalt dat het depotbedrag al eerder dan na drie maanden kan worden uitbetaald wanneer de aannemer vervangende zekerheid stelt. Deze vervangende zekerheid wordt meestal gesteld in de vorm van een bankgarantie.¹⁰ De evaluatiecommissie concludeert dat niet is gebleken dat deze regeling tot problemen leidt.¹¹ Deze problemen blijken er echter toch te zijn. In de eerste plaats is de vraag gerezen of het depot ook geheel achterwege kan blijven wanneer vóór de oplevering een bankgarantie wordt gegeven. Volgens Storm staat het zo niet in de wet en kan met een bankgarantie alleen worden bewerkstelligd dat de notaris het depot uitbetaalt.¹² Van die uitleg van art. 7:768 lid 3 BW zie ik het nut echter niet in. Als een bankgarantie voldoende vervangende zekerheid geeft, kan daarmee na oplevering worden bereikt dat het depot eerder dan na drie maanden wordt uitbetaald en kan daarmee vóór oplevering worden bereikt dat het bedrag van 5% van de aanneemsom in het geheel niet in depot wordt gegeven aan de notaris, maar rechtstreeks wordt betaald aan de aannemer.

In de tweede plaats is de vraag gerezen wanneer een bankgarantie voldoende vervangende zekerheid biedt. Het wordt als een verslechtering van de positie van de opdrachtgever ervaren wanneer hij eerst moet procederen voordat hij de bankgarantie kan invoeren.¹³ Onder 'vervangende zekerheid' moet mijns inziens worden verstaan 'gelijkwaardige zekerheid'. Daarvan is sprake als de bankgarantie in dezelfde gevallen en onder dezelfde voorwaarden inroepbaar is als het depot. Of de opdrachtgever slechter af is met een bankgarantie voor inroeping waarvan hij eerst moet procederen,

hangt dus af van de vraag of hij ook eerst zou moeten procederen om zijn depotbedrag terug te krijgen. Gelet op art. 7:768 lid 3 BW (a contrario) lijkt dat wel het geval te zijn, behalve als de aannemer toestemming geeft voor uitbetaling. In het algemeen zal een bankgarantie mijns inziens gelijkwaardige zekerheid bieden wanneer deze ten minste inroepbaar is na een partijen bindende uitspraak waarin de opdrachtgever in het gelijk wordt gesteld, of na een opdracht van de aannemer aan de bank tot uitbetaling aan de opdrachtgever. Daarnaast dient de geldigheidsduur van de bankgarantie voldoende te zijn, wat betekent dat de garantie langer dan drie maanden geldig moet zijn in gevallen waarin anders handhaving van het depot gerechtvaardigd zou zijn geweest.

2.5. Rente

Art. 7:768 BW regelt niet aan wie de rente toekomt die over het depot wordt gekweekt. Volgens Storm is dit afhankelijk van de vraag of een beroep op het opschortingsrecht wordt gedaan, en zo ja, van de vraag of het bedrag wordt uitbetaald na een voor partijen bindende beslissing of na toestemming van de opdrachtgever. Zij vindt het echter 'verdedigbaar dat de rente over het depot in alle gevallen toekomt aan de aannemer'.¹⁴ Volgens de evaluatiecommissie is de beantwoording van deze vraag afhankelijk van de vraag of men aanneemt dat de opdrachtgever een recht onder opschortende voorwaarde of een recht onder ontbindende voorwaarde heeft op uitbetaling van het depot.¹⁵ Volgens mij kan op het moment van daadwerkelijke uitbetaling altijd worden vastgesteld aan wie het depot achteraf gezien al meteen had moeten worden betaald en moet de rente die is gekweekt vanaf de storting tot aan de uitbetaling, worden betaald aan die partij. In vrijwel alle gevallen is de rente dan voor de partij die ook de 'hoofdsom' krijgt. Wanneer beide partijen een deel van het depot krijgen, wordt de rente naar rato van deze delen berekend. Ik kan mij voorstellen dat dit anders is indien en voor zover de opdrachtgever op het moment van depotstorting al gebreken heeft geconstateerd waarvoor hij betaling aan de aannemer rechtsgeldig had kunnen opschorten. In dat geval kan van het bovenstaande worden afgeweken, in die zin dat na het verhelpen van de gebreken de 'hoofdsom' aan de aannemer wordt uitbetaald, maar de rente over het rechtsgeldig opgeschorte bedrag aan de opdrachtgever wordt uitbetaald.

3. Uitbetaling

3.1. Analyse

De wet bepaalt onder welke voorwaarden de aannemer recht heeft op uitbetaling van (een deel van) het depot, namelijk na het verstrijken van drie maanden zonder dat de opdrachtgever van zijn opschortingsrecht gebruik heeft gemaakt (art. 7:768 lid 2 BW), of nadat de opdrachtgever toestemming heeft gegeven, de aannemer vervangende zekerheid heeft gesteld, of bij een uitspraak die partijen bindt, is beslist dat (een deel van) het depot niet of niet langer gerechtvaardigd is (art. 7:768 lid 3 BW). De aannemer heeft dus recht op het depot nadat op één van deze vier manieren duidelijk is geworden dat het depot aan hem toekomt. Het spreekt voor zich dat de aannemer geen uitbetaling van het depot kan vorderen voordat deze duidelijkheid er is. De aannemer heeft dus een vordering onder opschortende voorwaarde van duidelijkheid dat het depot aan hem toekomt.

Uit het voorgaande kan ook worden afgeleid onder welke voorwaarden de opdrachtgever recht heeft op terugbetaling van (een deel van) het depot, namelijk nadat de aannemer daarvoor toestemming heeft gegeven, of nadat bij een uitspraak die partijen bindt, is beslist dat (een deel van) het depot aan de opdrachtgever moet worden terugbetaald.¹⁶ De opdrachtgever heeft dus recht op het depot nadat op één van deze twee manieren duidelijk is geworden dat het depot aan hem toekomt. Het spreekt voor zich dat ook de opdrachtgever geen uitbetaling van het depot kan vorderen voordat deze duidelijkheid er is. Ook de opdrachtgever heeft dus een vordering onder opschortende voorwaarde van duidelijkheid dat het depot aan hem toekomt.¹⁷

3.2. Beslag en faillissement

Na de voorgaande analyse is ook duidelijk wat de status is van het depot in geval van beslag door schuldeisers van de opdrachtgever of van de aannemer en in geval van faillissement van de opdrachtgever of de aannemer. Voor zowel de opdrachtgever als de aannemer geldt dat zij rechthebbende zijn op een vordering onder opschortende voorwaarde. Op dat recht onder opschortende voorwaarde kunnen schuldeisers beslag leggen en dus zal ook de beslaglegger moeten afwachten of de voorwaarde in vervulling gaat (art. 477 lid 3 Rv).¹⁸ In geval van faillissement valt dat recht onder opschortende voorwaarde in de boedel en dus zal ook de curator moeten

afwachten of de voorwaarde in vervulling gaat.¹⁹

Heeft uiteindelijk één van beiden recht op het depotbedrag, dan wordt zijn recht onvoorwaardelijk en gaat het recht van de ander teniet doordat vervulling van de aan zijn recht verbonden voorwaarde onmogelijk is geworden.²⁰ De notaris moet dus aan een deurwaarder of curator niet eerder uitbetalen dan hij aan de beslagene of gefailleerde zelf zou hebben gedaan.²¹

Storm is van mening dat, wanneer de opdrachtgever recht heeft op (een deel van) het depot, het gehele depot desondanks vrijvalt aan de aannemer. De opdrachtgever krijgt dan volgens haar voor het betreffende bedrag een schadevergoedingsvordering op de aannemer. Zij zou het wenselijk vinden als dit met zoveel woorden zou worden bepaald.²² Deze analyse lijkt mij onjuist, onwenselijk en in strijd met de bedoelingen van de wetgever en van partijen. Wanneer de aannemer in staat van faillissement zou zijn verklaard, zou de opdrachtgever een concurrente vordering ter verificatie moeten indienen bij de curator, terwijl de notaris het betreffende bedrag nu juist buiten het faillissement van de aannemer om, aan de opdrachtgever kan uitbetalen.²³

3.3. Positie opdrachtgever Als de opdrachtgever geen beroep doet op zijn opschortingsrecht, kan de notaris dan na drie maanden zonder meer overgaan tot uitbetaling van het depot aan de aannemer? Volgens Houpperichs en Chao-Duivis heeft de notaris ook in dat geval toestemming van de opdrachtgever nodig.²⁴ Met de evaluatiecommissie zie ik niet waarom die toestemming vereist zou zijn.²⁵ Toestemming kan alleen vereist zijn wanneer de opdrachtgever wel een beroep op zijn opschortingsrecht heeft gedaan of wanneer binnen drie maanden wordt uitbetaald.

Als de notaris na het verstrijken van drie maanden niets van de opdrachtgever heeft vernomen, moet hij dan, alvorens tot uitbetaling aan de aannemer over te gaan, bij de opdrachtgever verifiëren of die echt geen beroep op diens opschortingsrecht wil doen? Ik zou menen van niet. Van de opdrachtgever mag worden verwacht dat hij tijdig zelf actief optreedt richting de notaris als hij van zijn opschortingsrecht gebruik wil maken.²⁶ De aannemer mag van de notaris verwachten dat die geen slapende honden wakker maakt. Art. 7:768 lid 2 BW is duidelijk genoeg: de notaris betaalt het depot na drie maanden aan de aannemer, tenzij de opdrachtgever aan de notaris heeft meegedeeld dat en tot welk bedrag hij van zijn opschortingsrecht gebruik wenst te maken. Iets anders is dat de notaris de opdrachtgever hierover bij de storting van het depot wel goed mag en moet informeren.

4. Conclusie

Art. 7:768 BW is een heldere regeling. In het algemeen kunnen de aanspraken van de aannemer en de opdrachtgever op het depot, de gevallen waarin de opdrachtgever uitbetaling aan de aannemer kan opschorten, en de voorwaarden waaronder de notaris kan overgaan tot uitbetaling van het depot aan de aannemer en/of aan de opdrachtgever, met behulp van een redelijke uitleg van de wet en van de bedoelingen van de wetgever en van partijen, goed worden vastgesteld. Het zijn vooral feitelijke vragen waarop de 5%-regeling geen pasklaar antwoord geeft. Rechtvaardigt een lekkende dakgoot opschorting van het volledige depot als de reparatiekosten 1% van de aanneemsom bedragen? Hoeveel mogen de kopers van appartementsrechten opschorten als de gemeenschappelijke parkeerplaats nog niet klaar is? De wetgever heeft dergelijke details bewust niet allemaal geregeld, omdat deze sterk afhankelijk zijn van concrete overeenkomsten en derhalve indien gewenst beter in de overeenkomst (al dan niet bij algemene voorwaarden) kunnen worden geregeld.²⁷

Voetnoten

1. Ik zal hierna in beginsel uitgaan van aanneming van werk.
2. A.L.M. Keirse e.a., Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie, Bju 2010 (hierna: 'Evaluatie').
3. Kamerstukken II, 1992-1993, 23 095, nr. 3, p. 11.
4. Vgl. Evaluatie, p. 192-196; Notariaat Magazine 2010/6, p. 12-13.
5. Vgl. M.A.B. Chao-Duivis, in: Notariaat Magazine 2010/7-8, p. 25.
6. Evaluatie, p. 192-196; Notariaat Magazine 2010/6, p. 13; Notariaat Magazine 2010/7-8, p. 25.
7. Evaluatie, p. 178.
8. Anders: Evaluatie, p. 191.
9. Vgl. Evaluatie, p. 189-192.
10. Vgl. Kamerstukken II, 1992-1993, 23 095, nr. 3, p. 40.
11. Evaluatie, p. 186.
12. Notariaat Magazine 2010/6, p. 12.
13. Notariaat Magazine 2010/6, p. 13.
14. J.J. Storm, Aan wie komt de rente toe bij de 5%-regeling?, WPNR (2008) 6773, p. 833.
15. Evaluatie, p. 199-200. Zie over deze vraag hierna onder 3.1.
16. Vgl. art. 15 lid 6 Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, op 1 januari 2007 vastgesteld door het Garantie Instituut Woningbouw (GIW). Volgens Storm kan in een partijen bindende uitspraak niet worden beslist dat (een deel van) het depot aan de opdrachtgever moet worden betaald. Zij schrijft dan ook: '[h]et staat vast dat [de aannemer] het depotbedrag zal ontvangen, de vraag is alleen: wanneer?'. Zie J.J. Storm, Aan wie komt de rente toe bij de 5%-regeling?, WPNR (2008) 6773, p. 833.

17. Vgl. A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 21-28; en A. Steneker, *Beslag onder de notaris*, FIP 2010/5, p. 133. De evaluatiecommissie neemt geen stelling in de discussie over de vraag of de opdrachtgever een vordering onder opschortende voorwaarde of een vordering onder ontbindende voorwaarde heeft. Zie Evaluatie, p. 198-201.
18. Er is hier sprake van een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde, en niet van een toekomstige vordering, dus er hoeft niet te worden voldaan aan het vereiste van art. (718 jo.) 475 lid 1 Rv dat de vordering rechtstreeks wordt verkregen uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding.
19. Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.).
20. Vgl. A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 26-27.
21. Vgl. A. Steneker, *Beslag onder de notaris*, FIP 2010/5, p. 133.
22. J.J. Storm, *Aan wie komt de rente toe bij de 5%-regeling?*, WPNR (2008) 6773, p. 833-834.
23. Vgl. HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Tekstra q.q.).
24. V.J. Houpperichs, in: *Notariaat Magazine* 2010/6, p. 13; en M.A.B. Chao-Duivis, in: *Notariaat Magazine* 2010/7-8, p. 25.
25. Evaluatie, p. 179.
26. Vgl. Evaluatie, p. 179.
27. Kamerstukken II, 1992-1993, 23 095, nr. 3, p. 14-15.