COMMENTAAR ONTWERPWETSVOORSTEL KWALITEITSBORGING VOOR HET BOUWEN

NAAR AANLEIDING VAN DE IBR/VBR-A EXPERTMEETING KWALITEITSBORGING VOOR HET BOUWEN, GEHOUDEN OP 18 AUGUSTUS 2014

Deze weergave van de expertmeeting is opgesteld door R.D. Chee (werkzaam als student-assistent bij het Instituut voor Bouwrecht), mr. A.Z.R. Koning (werkzaam als senior juridisch stafmedewerker bij het Instituut voor Bouwrecht) en mr. N. van Wijk - van Gilst (werkzaam als juridisch stafmedewerker/redacteur bij het Instituut voor Bouwrecht). De tekst is door mr. dr. E.M. Bruggeman geredigeerd en inhoudelijk becommentarieerd.

INHOUD

1. Toedracht en opzet van de expertmeeting 5
2. Algemeen commentaar ontwerpwetsvoorstel 6
2.1 Inleidingen 6
2.1.1 Inleiding dhr. Heijltjes 6
2.1.2 Inleiding dhr. Neerhof 6
2.2 Algemeen commentaar: uitkomst discussie 7
2.2.1 Vermindering van de regeldruk 7
2.2.2 Verbetering kwaliteitsborging 7
2.2.3 Ontwerpkwaliteit 8
2.2.4 De koppeling in het ontwerp-wetsvoorstel tussen publiek- en privaatrecht 8
2.2.5 De hoedanigheid van de opdrachtgever 8
2.2.6 De positie van de bestaande garantiefondsen 9
2.2.7 Rol aannemers 9
3. Privaatrechtelijk deel ontwerp-wetsvoorstel 10
3.1 Inleidingen 10
3.1.1 Inleiding dhr. Herber 10
3.1.2 Inleiding dhr. Heijltjes 11
3.2 Privaatrechtelijke aspecten: uitkomst discussie 13
3.2.1 Art. 7:767a BW: Aanbieden verzekerde garantie 13
3.2.2 Art. 7:758 lid 3 BW: aansprakelijkheid na oplevering 15
3.2.3 Art. 7:768 BW: Verlenging termijn 5%-regel 16
4. Publiekrechtelijk deel ontwerp-wetsvoorstel 17
4.1 Inleidingen 17
4.1.1 Inleiding dhr. Ankersmit 17
4.1.2 Inleiding dhr. Neerhof 19
4.2 Publiekrechtelijke aspecten: uitkomst discussie 21
4.2.1 Kostenreductie 21
4.2.2 Kwaliteitsverbetering 22
4.2.3 Rol van Bouw- en Woningtoezicht 23
4.2.4 Verdere onduidelijkheden 24
5. Conclusies en aanbevelingen 26

5.1 Algemene conclusies 26
5.2 Conclusies t.a.v. de privaatrechtelijke wijzigingen in het voorstel 26
5.3 Conclusies t.a.v. de publiekrechtelijke wijzigingen in het voorstel 28
5.4 Slot 29
6. Bijlagen 30
6.1 Bijlage 1: Deelnemerslijst 30
6.2 Bijlage 2: Inleiding mr. W.M.J.M. Heijltjes 32
6.3 Bijlage 3: Inleiding dr. A.R. Neerhof 40
6.4 Bijlage 4: Inleiding mr. W.J.M. Herber 44
6.5 Bijlage 5: Inleiding ing. W.G.H. Ankersmit 50
6.6 Bijlage 6: Ingezonden brief dhr. van Veen 64

1. TOEDRACHT EN OPZET VAN DE EXPERTMEETING

Het Ministerie van Binnenlandse Zaken heeft op 25 juni jl. het Wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het bouwen voor consultatie openbaar gemaakt. Met dit voorstel wordt een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen geïntroduceerd. In het kader van deze consultatie is door het Instituut voor Bouwrecht met medewerking van de Vereniging voor Bouwrecht Advocaten de Expertmeeting Kwaliteitsborging voor het Bouwen georganiseerd. De expertmeeting werd voorgezeten door mr. dr. E.M. Bruggeman. Aan de expertmeeting namen genodigden uit de brancheorganisaties, de praktijk, advocatuur, rechtspraak en wetenschap deel.[1]

De opzet van de expertmeeting was als volgt. Het ontwerpwetsvoorstel werd in drie blokken besproken: een algemeen deel (par. 2), een privaatrechtelijk deel (par. 3) en een publiekrechtelijk deel (par. 4). In de algemene bespreking kwamen onderwerpen als nut en noodzaak van het wetsvoorstel en de samenhang tussen de verschillende onderdelen van het voorstel aan de orde. In het privaatrechtelijke en publiekrechtelijke deel werd door alle aanwezigen gediscussieerd over de wettelijke bepalingen en de daarmee samenhangende implicaties van het voorstel.

Elk onderdeel werd kort ingeleid met voordrachten waarin vraagpunten voor de discussie werden aangedragen. Daarna volgde de discussie met de deelnemers onder leiding van de dagvoorzitter. In de bijlagen bij dit document zijn de bijdragen van de inleiders opgenomen. Daarnaast is in deze verslaglegging steeds een korte weergave van elke inleiding weergegeven.

Na afloop van de expertmeeting is de deelnemers medegedeeld dat er nog enkele dagen gelegenheid zou zijn voor het indienen van aanvullende opmerkingen die tijdens de expertmeeting niet (voldoende) waren besproken. Enkele deelnemers hebben hiervan gebruik gemaakt. Deze aanvullingen zijn in dit verslag ingevoegd bij de onderwerpen waarop ze betrekking hebben. Hierbij is steeds duidelijk vermeld dat het een nagezonden opmerking betreft die niet of niet in volle omvang tijdens de expertmeeting is bediscussieerd.

Dit verslag is als volgt ingedeeld. Begonnen wordt met het weergeven van de bevindingen m.b.t. het wetsvoorstel als geheel (par. 2), daarna wordt ingegaan op de privaatrechtelijke aspecten (par. 3) en de publiekrechtelijke aspecten (par 4). Afgesloten wordt met een lijst met aanbevelingen en conclusies (par. 5). Tot slot zijn enkele bijlagen toegevoegd in par. 6.

[1] Voor de deelnemerslijst zie bijlage 1.

2. ALGEMEEN COMMENTAAR ONTWERPWETSVOORSTEL

2.1 INLEIDINGEN

Door dhr. Heijltjes[2] en dhr. Neerhof[3] wordt kort een inleiding gegeven waarbij doel, nut en noodzaak van het voorstel wordt besproken. Hierna vindt een discussie plaats die hieronder puntsgewijs is weergegeven.

2.1.1 INLEIDING DHR. HEIJLTJES

Dhr. Heijltjes gaat kort in op de koppeling tussen kwaliteitsborging (veiligheid) in het publiekrechtelijk domein enerzijds en de borging van privaatrechtelijke (product specifieke) aspecten van kwaliteit.

De inleider neemt in het publieke domein twee tendensen waar op het gebied van constructieve en andere veiligheid. Enerzijds de maatschappelijke zorgen met betrekking tot constructieve- en brandveiligheid. Zorgen over het aantal instortingen van bouwwerken en daarmee samenhangende roep om verzwaring van de positie van de hoofdconstructeur. Anderzijds is er de tendens van privatisering van het publiekrechtelijk bouwtoezicht. Het advies van de Commissie Dekker 'Privaat wat kan, publiek wat moet' heeft daar onder andere aan ten grondslag gelegen. De combinatie van deze twee tendensen brengt met zich dat de maatschappelijke belangen bij veiligheid en gezondheid op een niveau boven de particuliere partijen dienen te worden geborgd. Het wetsvoorstel beoogt dit deels middels privaatrechtelijke uitbesteding van deze publiekrechtelijke taak te bewerkstelligen.

Het private deel van het wetsvoorstel heeft grotendeels een geheel andere grondslag, namelijk bescherming van de bouwconsument. De koppeling tussen kwaliteitsborging uit het oogpunt van constructieve veiligheid en het beschermen van de bouwconsument is niet nodig en zelfs ongewenst, aldus dhr. Heijltjes. Deze twee onderwerpen hebben niets met elkaar van doen en hebben ieder hun eigen dynamiek en belang.

2.1.2 INLEIDING DHR. NEERHOF

Dhr. Neerhof legt aan de deelnemers de vraag voor of het voorstel de oplossing biedt voor de basisproblemen. De kern van de problemen lijkt te zijn de zwakke positie van de bouwconsument en de in de bouw niet scherp afgebakende verantwoordelijkheden waardoor de aansprakelijkheid in de bouw anders zou moeten worden verdeeld. Het voorliggende voorstel is een poging die problemen aan te pakken.

Hoofdgedachte van het voorstel is dat de markt moet worden geprikkeld om kwaliteitsborging op te pakken. Voor de gemeente rest een rol als sluitstuk in het proces. De kernvraag daarbij is, zo stelt dhr. Neerhof, wie nu de verantwoordelijkheid draagt in het bouwproces. Er is een enorme versnippering merkbaar van

---

[2] De inleiding is opgenomen in bijlage 2.
[3] De inleiding is opgenomen in bijlage 3.

verantwoordelijkheden; publieke en private partijen in het bouwproces achten elkaar verantwoordelijk. Er zijn tal van vragen te stellen bij dit wetsvoorstel, met als hoofdvraag: Gaat het wetsvoorstel de basisproblemen aanpakken en is dit het meest uitgelezen voorstel om dat te bereiken? Volgens dhr. Neerhof is er vooralsnog geen eenduidig antwoord te geven op deze vraag. Integendeel. Het wetsvoorstel roept in feite meer vragen op. De volgende worden genoemd door de inleider:

- Wordt de kwaliteitsborging op deze manier beter en goedkoper?

- Wat wordt de precieze rol van de gemeente?

- Voldoet de lichte toets-rol van de gemeente aan de eisen van art. 2 EVRM?

- Hoe worden de risicoklassen gedefinieerd?

- Wat gaat de nieuwe toelatingsorganisatie doen? Is deze wel nodig indien de markt zoveel verantwoordelijkheid moet gaan dragen?

2.2 Algemeen commentaar: uitkomst discussie

2.2.1 Vermindering van de regeldruk

Een belangrijk doel van het wetsvoorstel is het verminderen van het aantal regels op het gebied van kwaliteitsborging. Met het huidige voorstel lijkt er een eind te komen aan de grote hoeveelheid regels, maar schijn bedriegt, zo wordt opgemerkt. Op andere niveaus komen er onvermijdelijk meer en/of andere regels bij die wellicht veel minder overzichtelijk of toegankelijk zijn.

Bij de bespreking van dit onderwerp wordt ook aan de orde gesteld, dat in het voorstel onduidelijk blijft bij welk loket de bouwconsument in het voorliggende wetsvoorstel terecht kan voor de borging van kwaliteit. Moet die consument straks meerdere loketten langs voor dezelfde problematiek? Dit punt hangt samen met de vraag omtrent verantwoordelijkheid voor de bouwkwaliteit, waarover in dit ontwerpwetsvoorstel geen duidelijkheid is. Dit komt de positie van de bouwconsument zeker niet ten goede. Wellicht dat dit in de MvT beter uiteengezet kan worden.

2.2.2 Verbetering kwaliteitsborging

Er wordt in twijfel getrokken of met het huidige voorstel daadwerkelijk tot een betere borging van de kwaliteit wordt gekomen.

Een deelnemer geeft aan dat voor de beantwoording van de vraag of dit wetsvoorstel staat voor betere kwaliteitsborging, eerst dient te worden nagegaan waarom er niet is gekozen voor verbetering van het huidige systeem. Er zitten namelijk grote risico's aan private kwaliteitsborging. Rijkswaterstaat is een aantal jaar geleden al gestart met private kwaliteitsborging, maar komt daar nu op terug omdat de benodigde deskundigheid niet meer in huis is bij Rijkswaterstaat en de kwaliteit daardoor niet beter gewaarborgd blijkt. De vraag waarom er niet is gekozen voor verbetering van het huidige systeem is niet goed beantwoord in de MvT.

De drang naar private kwaliteitsborging wordt door een deelnemer verklaard als onderdeel van de zogenoemde neo-liberale revolutie in Nederland. Het kan in die zin gezien worden als markttoets; wat kan de markt zelf aan? Een verklaring voor deze opzet van het ontwerp-wetsvoorstel lijkt te zijn dat er sprake is van een politieke keuze voor private kwaliteitsborging voor het bouwen.

Voorgesteld wordt voorgesteld om private kwaliteitsborging door te zetten, maar om daarbij eerst te bezien of het echt tot een succes leidt: Zet het in als een experiment. Een goed voorbeeld is daarbij wellicht de kwaliteitsborging van auto's, die wordt ook grotendeels overgelaten aan de private sector. Voordeel van private kwaliteitsborging is dat tijdens het bouwproces een doorlopende controle plaatsvindt vanaf het begin van de bouw tot oplevering. In het huidige systeem ontbreekt deze stelselmatige controle en is er sprake van steekproefsgewijze controle in het bouwproces. Met experimentwetgeving kan eerst worden bezien of private kwaliteitsborging daadwerkelijk zou kunnen leiden tot betere kwaliteitsborging.

2.2.3 Ontwerpkwaliteit

Opgemerkt wordt dat de kwaliteit van het ontwerp van een bouwwerk in 99% van de gevallen van invloed is op de kwaliteit van de uitvoering van het bouwwerk. De ontwerpkwaliteit wordt volgens een van de aanwezigen om die reden onterecht gezien als inspanningsverplichting. In het voorliggende voorstel wordt de verantwoordelijkheid volledig bij de uitvoerder gelegd hetgeen een vertekend beeld geeft, omdat de verantwoordelijkheid voor fouten in het ontwerp niet volledig toegeschreven kan worden aan de aannemer die alleen verantwoordelijk is voor de uitvoering.

2.2.4 De koppeling in het ontwerp-wetsvoorstel tussen publiek- en privaatrecht

De vraag komt aan de orde of de koppeling tussen het publieke en het private deel in het wetsvoorstel een juiste keuze is geweest van de opstellers van het voorstel. De vraag daarbij is of er een duidelijk verband bestaat tussen consumentenbescherming en kwaliteitsborging. Als dat verband er wel is, dient dit expliciet en duidelijk te worden beschreven in de MvT. Nu lijkt het er sterk op dat het beschermen van de opdrachtgever en het borgen van kwaliteit vanuit een politiek belang of politieke wens zijn samengevoegd.

Kwaliteitsborging zou bijvoorbeeld verbeterd worden als de sterke positie van de bouwconsument ertoe zou bijdragen een goede aannemer te kiezen, bijvoorbeeld door het inzichtelijk maken van de kwaliteit van de aannemer, aldus wordt opgemerkt. Deze prikkel is niet goed uitgewerkt in het voorliggende ontwerp-wetsvoorstel. Een andere manier om die prikkel te bewerkstelligen zou zijn om naar Duits recht de aannemer hoofdelijk aansprakelijk te maken.

2.2.5 De hoedanigheid van de opdrachtgever

Een deelnemer merkt op dat het privaatrechtelijke deel van het ontwerp-wetsvoorstel nadrukkelijk is gericht op de versterking van de positie van de bouwconsument. In de

bouw is echter onderscheid te maken tussen onervaren en professionele opdrachtgevers.

De onervaren opdrachtgever (doorgaans een consument) valt veelal onder een bestaand garantie- en waarborgregeling. Gebleken is dat 90 à 95 procent van de woningen wordt gebouwd onder een bestaande garantieregeling. Dit systeem is afdoende, aldus het merendeel van de aanwezigen, en er is geen behoefte aan verdergaande bescherming voor de bouwconsument in het BW. Desalniettemin gaan er ook stemmen op dat de bescherming van de consument in het huidig stelsel van de garantie- en waarborgregelingen nog niet optimaal is. Het ontwerp-wetsvoorstel poogt daar verandering in te brengen, maar dit zou niet ver genoeg gaan.

Er is, samenvattend, in de bouwpraktijk sprake van wisselende perspectieven. Het perspectief van de ontwikkelende bouwer, dit is de aannemer die tevens, in hoedanigheid van ontwerpende partij, met het publiekrechtelijk domein te maken heeft. En het perspectief van de opdrachtgever, te weten de opdrachtgever die via adviseurs zelf verantwoordelijkheid draagt voor het ontwerp en daarmee samenhangend voor de implementatie van publiekrechtelijke aspecten. In deze laatste setting is de rol van de aannemer beperkt tot uitvoering van het voorgeschreven ontwerp en heeft hij geen (zelfstandige) relatie met het publieke domein c.q. de publiekrechtelijke voorschriften. De kritiek die wordt geuit is dat deze wisselende perspectieven in het ontwerp-wetsvoorstel niet worden onderkend. Dit zal in de MvT expliciet onder de aandacht gebracht moeten worden. In het ontwerp-wetsvoorstel zelf zal dit tekstueel nader uitgewerkt moeten worden.

2.2.6 De positie van de bestaande garantiefondsen

De positie van de bestaande garantie- en waarborgfondsen wordt ondermijnd in het huidig voorstel, aldus het betoog van een deelnemer. In het onderdeel over de privaatrechtelijke aspecten wordt hier nader op ingegaan.[4]

2.2.7 Rol aannemers

Een deelnemer merkt op dat aannemers zich liever verschuilen achter de gemeente, of wijzen naar de gemeente als zij een opdrachtgever moeten wijzen op kwaliteitseisen, dan vanuit eigen kwaliteitsdenken te bouwen volgens het Bouwbesluit. De rol en verantwoordelijkheid die de aannemers toebedeeld krijgen in het ontwerp-wetsvoorstel is dan niet logisch.

[4] Vooraf aan de expertmeeting is door mr. R. van Veen een reactie toegestuurd op het ontwerpwetsvoorstel. Tijdens de expertmeeting heeft hij deze reactie ingebracht en is erover gediscussieerd. In bijlage 6 is de reactie van dhr. Van Veen opgenomen. De discussies die mede naar aanleiding van zijn reactie hebben plaatsgevonden zijn verwerkt in de hierna volgende paragraaf, paragraaf 3.

3. PRIVAATRECHTELIJK DEEL ONTWERP-WETSVOORSTEL

3.1 INLEIDINGEN

Door dhr. Herber[5] en dhr. Heijltjes[6] wordt een korte inleiding gegeven op het ontwerp-wetsvoorstel. Hierna vindt een discussie plaats die hieronder puntsgewijs is weergegeven.

3.1.1 INLEIDING DHR. HERBER

Dhr. Herber gaat in op de hierna volgende onderwerpen.

Art. 7:767a BW, aanbieding financiële waarborg (verzekerde garantie)
Kern van het betoog van dhr. Herber is dat het belang van dit artikel gering is, nu er reeds een uitgebreide garantieregeling bestaat. Dit artikel is van toepassing op slechts 5% tot 10% alle nieuw gebouwde woningen. Dhr. Herber gaat vervolgens in op het verschil van strekking van art. 7:767a BW en de huidige garantie- en waarborgregelingen. Voor deze uiteenzetting wordt hier verwezen naar bijlage 4.

Punt van kritiek volgens dhr. Herber is dat de criteria waaraan de financiële zekerheid moet voldoen, onduidelijk zijn. Deze criteria ontbreken in de tekst van het wetsartikel, alsook in de MvT bij het ontwerp-wetsvoorstel. Ook blijft de duur van de waarborg onbesproken. Het ontwerp-wetsvoorstel bevat een aanbiedingsplicht van de aannemer aan opdrachtgever.

De opdrachtgever heeft de vrije keuze de waarborg te accepteren, dan wel af te wijzen. De vraag is dan ook volgens dhr. Herber of deze aanbiedingsplicht afdoende is. De aannemer zal de kosten van de financiële zekerheid zijn opdrachtgever in rekening brengen en voor de opdrachtgever zal de verleiding groot zijn het aanbod af te wijzen omdat dit leidt tot een lagere aanneemsom. Bij projectmatige bouw speelt dit niet, omdat bij projectmatige bouw de kosten van een waarborg reeds zijn opgenomen in de geoffreerde aanneemsom.

Dhr. Herber is dan ook van mening dat deze wetswijziging weinig effect zal sorteren.

Art. 7:768 BW leden 2 en 4: 5%-regeling
De wijziging van art. 7:768 BW beoogt de huidige 5%-regeling te verlengen van 3 maanden naar 15 maanden. Het doel van deze wijziging is de versterking van de positie van de opdrachtgever. De vraag die dhr. Herber opwerpt, is of dit doel met de verlenging van de termijn wordt gehaald. Is de opdrachtgever hiermee werkelijk gebaat? Dhr. Herber meent dat dit niet het geval is. De herstelwaarborg van SWK, Woningborg en Bouwgarant gaat 3 maanden na oplevering in voor de duur van 6 à 10 jaar. De termijn van 3 maanden is logisch en functioneel, het is een prikkel voor de

[5] De inleiding is opgenomen in bijlage 4.
[6] De inleiding is opgenomen in bijlage 2.

aannemer om de gebreken snel te herstellen die bij of 3 maanden na oplevering ontdekt worden. Voor de opdrachtgevers van de woningen die al de zekerheid hebben van een bestaande garantie- en waarborgregeling, biedt de verlenging van de termijn geen enkele verbetering. Integendeel, de opdrachtgever krijgt een dubbele zekerheid en zal hiervoor in de buidel moeten tasten.

Alleen in het geval de woning niet wordt gebouwd onder een bestaande garantie- en waarborgregeling is dit ontwerp-wetsvoorstel een goede aanvulling, aldus dhr. Herber. Dit is echter een zeer kleine groep. Hij stelt dan ook voor om de tekst van het ontwerp-wetsvoorstel te schrappen. Het huidige wetsartikel dient te worden aangevuld met een vijfde lid dat als volgt luidt:

'*Indien partijen geen door de Stichting Garantiewoning erkende garantie- en waarborgregeling zijn overeengekomen, wordt de in het tweede en vierde lid van dit artikel genoemde termijnen van 3 maanden vervangen door 15 maanden en kan de opdrachtgever het in lid 1 genoemde bedrag inhouden op de eerst verschuldigde termijn(en) en dit bedrag, in plaats van aan de aannemer te betalen, in depot storten bij een notaris.'*

Nu in bovenstaand voorstel 5% van de aanneemsom al kan worden ingehouden op de eerste bouwtermijn(en), heeft de opdrachtgever van een woning die niet onder een bestaande garantieregeling valt, zowel na de oplevering als tijdens de bouw zekerheid en zou art. 7:767a BW kunnen vervallen. Kortom, de termijnverlenging van 3 naar 15 maanden in de wetswijziging van art. 7:768 BW leden 3 en 4 is onnodig indien de herstelwaarborg van SWK, Woningborg, en Bouwgarant is overeengekomen. Voor de overige opdrachtgevers van nieuwbouwwoningen is de wetswijziging prima.

Art. 7:758 lid 3 BW: aansprakelijkheid aannemer na oplevering
Op basis van huidig art. 7:758 lid 3 BW is de aannemer voor evidente, en daarmee redelijkerwijs te ontdekken tekortkomingen, niet aansprakelijk. Het huidige artikel leidt ertoe dat een aannemer niet aansprakelijk is ondanks de evidentie van zijn wanprestatie. Dit druist ten zeerste in tegen het rechtsgevoel, volgens dhr. Herber. Het is derhalve niet redelijk dat de opdrachtgever de schade als gevolg van de tekortkoming van de aannemer geheel of gedeeltelijk draagt, terwijl het causaal verband tussen zijn onoplettendheid en de schade ontbreekt. Dhr. Herber is voorstander van de aanpassingen van dit artikel die worden voorgesteld in het ontwerp-wetsvoorstel.

3.1.2 Inleiding dhr. Heijltjes

Art . 7:758 lid 3 BW: aansprakelijkheid aannemer na oplevering
Dhr. Heijltjes wijst op twee belangrijke wijzigingen van art. 7:758 lid 3 BW. Het gevolg van de wijziging is ten eerste dat de aannemer ook aansprakelijk blijft voor gebreken die bij de oplevering niet gezien zijn en ten tweede betreft het nu een bepaling van dwingend recht.

Volgens dhr. Heijltjes doet het voorstel afbreuk aan de onderzoeksplicht tijdens de oplevering. Er kan na oplevering immers onbeperkt geklaagd worden door de

opdrachtgever. Volgens dhr. Heijltjes is de wijziging voorgesteld in het licht van de behoefte § 12 UAV te repareren. Er heerst onvrede onder opdrachtgevers nu zij extra geld uitgeven voor toezicht en in ruil daarvoor meer aansprakelijkheid krijgen. Het geld voor toezicht zou daarmee weggegooid geld zijn. Volgens dhr. Heijltjes berust dit op een groot misverstand en op een verkeerde perceptie van het begrip 'toezicht'. De praktijk van toezicht in de bouw is complex. De directie vervult een actieve kern rol in de klassieke opdrachtstructuur die heeft zorg te dragen voor de algehele coördinatie tussen enerzijds ontwerpende partijen en anderzijds uitvoerende partijen. Verschillende principiële keuzes in het ontwerp dienen tijdens de uitvoering nog gemaakt te worden en daarbij is de bouwdirectie als schakel tussen ontwerpende en uitvoerende partijen, van groot belang. Daarbij hoort het geven van orders en aanwijzingen ex. § 6 lid 2 UAV tot en met de laatste keuring bij oplevering. De bouwdirectie is de regisseur en integrator van het totale proces. De goedkeuring door de directie bij oplevering is derhalve een essentieel en finaal kwaliteitsonderdeel van het bouwproces.

Volgens dhr. Heijltjes druist het voorstel in tegen alle heersende inzichten weergegeven in literatuur en de jurisprudentie op het gebied van de onderzoeksplicht en klachtplicht. Zo oordeelt de Hoge Raad over de onderzoeksplicht het volgende: '*Bij koop ligt het moment van onderzoek in beginsel na aflevering*'[7]. Bovendien kan uit de uitspraak HR 13 juli 2007 worden geciteerd: '*…dat een schuldenaar erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt…*'.

Naar aanleiding van de discussie over de term 'ontdekt' in art. 7:758 lid 3 BW van het ontwerp-wetsvoorstel voegt dhr. Heijltjes, d.m.v. een nagezonden opmerking, nog het volgende aan zijn eerder gehouden betoog toe. Hij geeft aan dat men van mening kan zijn dat de wettekst in de bewoordingen 'niet ontdekt' toch enig onderzoek voorschrijft, hetgeen samenhangt met het werkwoord ontdekken. Die normatieve/instructieve betekenis is echter niet uit het nu voorliggende ontwerp-wetsvoorstel af te leiden, juist het tegendeel gezien het IBR-rapport d.d. februari 2013 waarop de MvT op het ontwerp-wetsvoorstel is gebaseerd.[8] Oftewel: feitelijk niet gezien = verborgen. Aanbeveling verdient om het normatieve element wél helder te stellen in de tekst bijvoorbeeld door te formuleren dat er bij de oplevering een opname - waaronder te verstaan: beproeving - dient plaats te vinden en dat het gebrek bij de oplevering '*redelijkerwijs niet ontdekt had moeten of kunnen worden*'. Juist een imperatieve opname bevordert de kwaliteit van het eindproduct. En dat is toch wat de wetgever beoogt te bewerkstelligen.

Bovendien is een groot bezwaar dat de aannemer moet bewijzen dat het (niet geziene) gebrek door een hem niet aan te rekenen oorzaak is ontstaan. Dat is, om maar één van

---

[7] HR 13 juli 2007, ECLI:HR:2007:BA3520, zie verder de inleiding van dhr. Heijltjes, opgenomen in bijlage 2.

[8] In het rapport IBR wordt daarover gesteld (blz. 89): *'…bij de oplevering wordt in het proces verbaal van oplevering opgeschreven wat er aan zichtbare gebreken is en alles wat niet opgeschreven is, is per definitie verborgen…'*

de bezwaren te noemen, bij een tijdens het gebruik ontstaan gebrek, bijv. een ontwrichte deur maar ook erger, voor de aannemer een onmogelijke bewijslast.

Positie bouwconsument
De wijzigingen in het BW zien op de versteviging van de positie van de consument in de bouw. Dat is echter niet nodig volgens dhr. Heijltjes. Als er geen bouwdirectie is aangesteld en de aannemer alles zelf laat doen zoals in geval van een eenvoudig bouwproject, wordt de inspectie als minder zwaarwegend gezien. De Raad van Arbitrage toetst al jaren aan de onderzoeksplicht en blijkt uitstekend oog te hebben voor wat een onervaren opdrachtgever zelf redelijkerwijs behoort gezien te hebben.

Bovendien, zo stelt dhr. Heijltjes, heeft kwaliteitsborging niets te maken met de aansprakelijkheid na oplevering

Art. 7:767a BW: Aanbiedingsplicht waarborg
Dhr. Heijltjes zet in zijn betoog kanttekeningen bij de wijziging van dit artikel in het ontwerp-wetsvoorstel. De aanbiedingsplicht lijkt financieel niet haalbaar voor het gros van de MKB-bouwbedrijven. Velen zijn niet aangesloten bij de garantie- en waarborgregelingen van SWK, Woningborg en Bouwgarant. Het verschaffen van een verzekerde garantie beperkt de marktmogelijkheden voor het MKB. Daar komt bij dat de praktijk uitwijst dat aannemers een termijnregeling hanteren en een bankgarantie van 5%, tegenwoordig vaak 10%. Dat geeft voldoende zekerheid.

Dhr. Heijltjes heeft voorts kritiek op de MvT waarin een tenzij-formule is opgenomen. Uitgangspunt is het aanbieden van de verzekerde garantie, 'tenzij dit in redelijkheid niet van de aannemer kan worden gevergd'. Dit zal leiden tot discussies tussen opdrachtgevers en aannemers en dat komt de positie van de bouwconsument noch de kwaliteitsborging ten goede.

Art. 7:768 BW leden 2 en 4: 5%-regeling
Het voorstel tot wijziging van art. 7:768 BW houdt in dat de termijn van de 5%-regeling wordt verlengd van 3 naar 15 maanden. Dhr. Heijltjes stelt dat dit 'dood geld in potjes' is. Aannemers kunnen bij de banken sowieso al moeilijk aan werkkapitaal komen. Moeten zij in de onderhoudstermijn meer dan een jaar aan liquiditeit missen dan kunnen zij nauwelijks nog nieuwe werken aannemen. Tenslotte heeft ook dit voorstel niets met kwaliteitsverbetering van doen.

3.2 Privaatrechtelijke aspecten: uitkomst discussie

3.2.1 Art. 7:767a BW: Aanbieden verzekerde garantie

De dagvoorzitter stelt als eerste het voorgestelde nieuwe art. 7:767a BW aan de orde. Dit onderdeel van het ontwerp-wetsvoorstel schrijft voor dat de aannemer bij het aangaan van de overeenkomst een financiële waarborg aanbiedt in de vorm van een verzekerde garantie, of een andere financiële zekerheid tegen zijn insolventie.

Onduidelijke criteria
De vraag die de boventoon voert in de discussie is wat de aanbiedingsplicht precies

inhoudt als er geen duidelijke criteria worden gesteld aan de garantie. Het is derhalve maar zeer de vraag of die criteria beter zijn dan de huidige criteria van de garantieregelingen. Met onduidelijke criteria wordt de consument niet gevrijwaard van ondeugdelijke financiële producten. Velen stellen tijdens de expertmeeting dat het huidige systeem naar behoren functioneert. Met het voorgestelde art. 7:767a BW is dat maar zeer de vraag. In feite komt het erop neer dat de opdrachtgevers met de aannemers zelf maar moeten uitzoeken wat de criteria van de waarborg zullen inhouden. In meerderheid verwachten de deelnemers dat dit de positie van de (consument) opdrachtgevers verzwakt.

Al met al wordt dit artikel in het ontwerp-wetsvoorstel door veel deelnemers aangemerkt als overbodige wetsballast, omdat er al goede instellingen zijn die waarborg- en garantieregelingen aanbieden. Daarbij is het aan de opdrachtgevende partij te bepalen wat voor zekerheid hij wenst.

Vrijblijvend karakter aanbiedingsplicht
Opgemerkt wordt dat plicht en vrijblijvend twee begrippen lijken te zijn, die niet in hetzelfde straatje passen. De aannemer dient een verzekerde garantie aan te bieden, maar het staat opdrachtgever vrij deze te accepteren dan wel te weigeren. Is dit een logische constructie, zo vraagt een deelnemer zich af.

Uit de discussie wordt duidelijk dat de aanbiedingsplicht geenszins een contracteerplicht hoeft in te houden. De opdrachtgever hoeft de verzekerde garantie niet te accepteren. en aannemer zou kunnen beslissen geen overeenkomst te sluiten indien koper de garantie niet accepteert. In feite ontstaat er zo contractsdwang, hetgeen niet de bedoeling kan zijn van de wetgever. Tegen te werpen valt dat dit reeds het geval is, daar de aannemer vrij is bepaalde voorwaarden te stellen bij het aangaan van de aannemingsovereenkomst.

De aannemer zou tevens de waarborg tegen een zodanige prijs kunnen aanbieden, dat dit voor de opdrachtgever niet interessant is. Zo voorkomt de aannemer dat de overeenkomst met waarborg wordt afgesloten, en is de consument in de praktijk misschien in eerste instantie wel financieel beter af, maar is geenszins de met het voorstel beoogde betere bescherming tot stand gekomen.

Als de strekking van art. 7:767a BW in het ontwerp-wetsvoorstel is dat de waarborg (verplicht) vrijblijvend is (geworden) dan is dit geen verbetering maar een verslechtering ten opzichte van het huidige stelsel.

Daarbij komt de positie van de bestaande garantie- en waarborgfondsen in het geding, aldus wordt door een deelnemer opgemerkt. Deze fondsen kunnen immers niet langer meer verplicht stellen dat bij hen aangesloten bouwbedrijven alle woningen onder toepassing van een garantie- en waarborgregeling bouwen. Het zou derhalve niet ondenkbaar zijn dat 35% van de opdrachtgevers kiest voor de waarborg, tegen 65% die niet kiest voor de waarborg. Indien aannemer insolvent raakt tijdens de bouw, wordt het onmogelijk om de afbouw van het (hele) project feitelijk en juridisch vorm te geven, nu niet het gehele project onder de waarborg valt.

Tenslotte wordt nog opgemerkt dat er voor de aannemer geen sanctie in het ontwerp-wetsvoorstel is opgenomen op het niet aanbieden van een verzekerde garantie.

3.2.2 ART. 7:758 LID 3 BW: AANSPRAKELIJKHEID NA OPLEVERING

Vervolgens wordt art. 7:758 lid 3 BW besproken. Er zijn in het ontwerp-wetsvoorstel twee belangrijke wijzigingen voorgesteld. Ten eerste blijft de aannemer ook aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering niet gezien zijn. Ten tweede is dit een bepaling van dwingend recht geworden.

Onderzoeksplicht

Er wordt gesteld dat de onderzoeksplicht van de opdrachtgever komt te vervallen met de wijziging van art. 7:758 lid 3 BW. De aannemer is immers aansprakelijk voor alle gebreken die bij oplevering niet zijn ontdekt dan wel gemeld. De opdrachtgever zou bij oplevering dus kunnen 'wegkijken' voor gebreken. Nuance op deze bevinding is dat het begrip 'ontdekken' is opgenomen in de nieuwe wettekst en dit een vorm van onderzoek impliceert. Een deel van de deelnemers is echter van mening dat de onderzoeksplicht in de voorgestelde wijziging geheel komt te vervallen, en is het daarmee niet eens. Er blijft volgens hen wel degelijk een verantwoordelijkheid liggen bij de opdrachtgevers.

Onderscheid professionele opdrachtgever en leek

Het artikel doet geen recht aan de verschillende situaties die zich onder de titel Aanneming van Werk kunnen voordoen, namelijk opdrachtgevers als (onervaren) consumenten, opdrachtgevers bijgestaan door deskundigen, (deskundige) opdrachtgevers die het ontwerp zelf aandragen en/of wijzigen tijdens de bouw, deskundige opdrachtgevers die met directietoezicht werken. De vraag is waarom er geen onderscheid gemaakt wordt in de voorgestelde wettekst tussen professionele opdrachtgevers en leken. Er ontstaan voorts bewijsrechtelijke problemen indien er geen onderzoek plaatsvindt na oplevering. Het is immers betwistbaar of een gebrek dat bij oplevering redelijkerwijs ontdekt had moeten worden, toe te schrijven is aan de aannemer of de opdrachtgever zelf. Er is discussie mogelijk over de vraag of een gebrek dat bij oplevering redelijkerwijs ontdekt had moeten worden, voor risico van de aannemer of van de opdrachtgever moet komen.

Vanuit de optiek van een grote (semi) publiekrechtelijke opdrachtgever wordt in een nagezonden opmerking de vraag gesteld welk probleem hiermee wordt opgelost. Bij deze grote opdrachtgever doet zich niet of nauwelijks de situatie voor dat zichtbare gebreken bij oplevering over het hoofd worden gezien. En dus loopt de grote opdrachtgever niet aan tegen ontslag van de aannemer van diens aansprakelijkheid voor gebreken die bij oplevering ontdekt hadden moeten worden maar niet vermeld zijn op het proces verbaal van oplevering. Mede in het licht van de - ongewijzigde - klachtplicht ex art. 6:89 BW is wel iets te zeggen voor de verantwoordelijkheid van professionele opdrachtgevers om 'zichtbare' gebreken bij oplevering niet onvermeld te laten, op straffe van rechtsverlies. Ook voor hen geldt het adagium: 'Wie niet behoedt, bloedt'. Voorgesteld wordt om het dwingend rechterlijke karakter van de voorgestelde bepaling alleen voor de niet-professionele opdrachtgever te laten gelden. Dat zou ook kunnen betekenen dat de wettelijke regeling wordt aangescherpt ten gunste van alle

opdrachtgevers maar dat professionele partijen in afwijking daarvan onder de UAV en UAV-GC kunnen blijven contracteren.[9]

Bewijslastverdeling
De tenzij-formule: 'tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen', bevat een omkering van de bewijslast. De opdrachtgever wordt een bewijsvoordeel gegeven, zelfs als het een professionele opdrachtgever betreft. Dit zou te ver gaan, zo wordt gemeend. Er wordt tijdens de expertmeeting dan ook bepleit dat deze bepaling niet thuishoort in de algemene afdeling van het BW, maar in de tweede afdeling van het BW gericht op consumenten. Het al oude adagium 'Wie niet behoedt die bloedt', zou voor professionele opdrachtgevers zeker overeind moeten blijven.

Aansprakelijkheidstermijn
Uit het ontwerp-wetsvoorstel volgt niet hoe lang de aannemer na oplevering aansprakelijk is voor gebreken. Alleen de verjaringstermijnen van 2 en 20 jaar staan in de wet. Er verandert niets ten opzichte van de huidige situatie. De aansprakelijkheidstermijnen kunnen in contracten en algemene voorwaarden nader geregeld worden. Individuele aannemers kunnen hun aansprakelijkheid op die manier alsnog inperken.

3.2.3 Art. 7:768 BW: Verlenging termijn 5%-regel

Het voorstel tot wijziging van art. 7:768 BW houdt in dat de termijn van de 5%-regeling wordt verlengd van 3 maanden naar 15 maanden. De dagvoorzitter legt de termijnverlenging die volgt uit het bepaalde in art. 7:768 BW aan de deelnemers voor.

Veelvuldig gebruik inhoudingsrecht door opdrachtgevers
Uit de reacties van de deelnemers blijkt dat de voorgestelde wijziging van dit artikel niet onomstreden is. Zo wordt het gevoel breed gedragen dat het inhoudingsrecht van 5%, in veel gevallen wordt 'misbruikt' door opdrachtgevers. Men houdt vrijwel altijd 5% van de aanneemsom in depot bij de notaris zonder dat er sprake is van gebreken. De liquiditeit van de aannemers komt hierdoor in het geding. Dat blijkt al het geval bij de huidige regeling, en zal zeker het geval zijn als de termijn nog eens met een jaar wordt verlengd.

Stagnatie herstel (opleverings)gebreken
Aannemers kunnen pas na 15 maanden aanspraak maken op de laatste 5% van de aanneemsom. De stok achter de deur voor het sneller herstel van (opleverings)gebreken verdwijnt (één van de redenen genoemd bij invoering van de regeling in 2003). De positie van de consument verbetert daarmee niet.

---

[9] Voor grote opdrachtgever blijft wel een doorn in het oog dat de UAV aansprakelijkheidsregeling nog altijd niet is gelijkgetrokken met die in het huidig BW en de UAV-GC, waardoor die regeling teveel ten gunste van de aannemer doorslaat (rechtsverlies óók bij niet-ontdekken tijdens de uitvoering en bovendien "ondanks nauwlettend toezicht").), aldus in de nagezonden opmerking.

Dubbele zekerheid

Het grootste bezwaar dat tijdens de bijeenkomst naar voren wordt gebracht is dat door het verlengen van het depot in combinatie met (het verplicht aanbieden van) een garantieregeling een dubbele zekerheid ontstaat voor opdrachtgevers. Daarnaast hebben opdrachtgevers ook nog het reguliere aansprakelijkheidsregime op grond van hun overeenkomst of het BW tot hun beschikking. Meer dan 85% van de nieuwbouwwoningen valt op dit moment al onder een bestaande garantie- en waarborgregeling. De garanties in deze regelingen gaan drie maanden na oplevering in voor de duur van maximaal zes jaar. Voor ernstige gebreken geldt een garantietermijn van 10 jaar. Tussen drie en vijftien maanden na oplevering geldt voor opdrachtgevers die een huis hebben gekocht onder waarborg van Stichting Garantiewoning derhalve een dubbele, onnodige zekerheid (namelijk garantie én inhoudingsrecht). Een dubbele zekerheid die alleen maar geld kost voor zowel ondernemer als consument.

4. PUBLIEKRECHTELIJK DEEL ONTWERP-WETSVOORSTEL

4.1 INLEIDINGEN

Door dhr. Ankersmit en dhr. Neerhof wordt een korte inleiding gegeven met betrekking tot de publiekrechtelijke aspecten van het ontwerp-wetsvoorstel.[10] Hierna vindt een discussie plaats die hieronder puntsgewijs is weergegeven. Deze gedachtewisseling is wat abstracter (er worden ook meer vragen opgeworpen en minder concrete bezwaren aangedragen) dan de discussie die hiervoor heeft plaatsgevonden t.a.v. het privaatrechtelijke deel. Veel onderdelen van het voorstel zijn nog niet uitgewerkt maar zullen worden ingevuld met behulp van later op te stellen AMvB's.
De discussie wordt opgedeeld in vier onderwerpen die puntsgewijs worden behandeld: kostenreductie, kwaliteitsverbetering, de rol van Bouw- en Woningtoezicht (hierna: BWT) en tot slot worden nog een aantal losse onderwerpen besproken.

4.1.1 INLEIDING DHR. ANKERSMIT

Dhr. Ankersmit geeft een eerste aanzet tot de discussie aangaande het publiekrechtelijk deel van het ontwerp-wetsvoorstel. Dit wordt hieronder beknopt weergegeven. Het betoog van dhr. Ankersmit is gebaseerd op de reactie op het ontwerp-wetsvoorstel van de Vereniging Bouw- en Woningtoezicht Nederland. Deze is als bijlage bij dit verslag opgenomen.[11] Allereerst wordt opgemerkt dat er nog veel onduidelijkheden zijn met betrekking tot het publiekrechtelijk deel van dit ontwerp-wetsvoorstel. Bij de MvT zijn grote vraagtekens te plaatsen. Dhr. Ankersmit presenteert een aantal citaten afkomstig uit de MvT en geeft daar zijn reactie op.

[10] De volledige inleidingen zijn achter dit commentaar gevoegd, zie bijlage 5 (inleiding dhr. Ankersmit) en bijlage 3 (inleiding dhr. Neerhof).
[11] Zie bijlage 5.

MvT 4.3: tijdens de bouw

'Wanneer de kwaliteitsborger constateert dat niet conform de bouwtechnische voorschriften wordt gebouwd, kan hij de vergunninghouder dan vragen de bouw stil te (laten) leggen totdat aan die voorschriften wordt voldaan.'

In de praktijk kan het voorkomen dat kwaliteitsborger en vergunninghouder één en dezelfde persoon zijn. Dan zou de bouwer aan de vergunninghouder moeten vragen zijn eigen werk stil te leggen. Dit zou een vorm van zelfkastijding zijn, het is daarmee geen realistisch scenario. Bovendien is de vraag wat het belang van een vergunninghouder zou zijn om het werk stil te leggen. Hij wil zo snel mogelijk het bouwwerk gebruiken.

'Het is mogelijk dat tijdens de bouw de instrumentbeheerder zijn toestemming aan de kwaliteitsborger intrekt. Het bevoegd gezag (gemeente) moet hiervan in kennis worden gesteld. In dat geval wordt niet meer gebouwd volgens vergunning en kan/moet het bevoegd gezag de bouw stilleggen.'

De rol van het bevoegd gezag is onduidelijk. Wat gebeurt er bijvoorbeeld als de instrumentbeheerder de toestemming aan een kwaliteitsborger intrekt? Wat gebeurt er als een grotere bouwer die verschillende bouwwerken in uitvoering heeft waarbij de betreffende kwaliteitsborger is ingeschakeld? Moeten die dan alle worden stilgelegd?

Als een kwaliteitsborger meerdere projecten draait, en de toestemming door de instrumentbeheerder wordt ingetrokken, is dan meteen een heel aantal bouwwerken in uitvoering zonder de vereiste kwaliteitsborging? Moeten al die projecten worden stilgelegd? En dan is er ook nog de vraag wat er moet gebeuren als een kwaliteitsborger ook failliet gaat.

MvT 4.4: Gereedmelding

'Als aan het Bouwbesluit is voldaan, verstrekt kwaliteitsborger aan vergunninghouder bij oplevering een verklaring dat aan alle voorwaarden en voorschriften is voldaan. Vergunninghouder overlegt deze verklaring inclusief opleverdossier aan bevoegd gezag. Als vergunninghouder binnen twee weken na overleggen verklaring niets heeft gehoord van bevoegd gezag, dan mag het bouwwerk in gebruik worden genomen.'

In het nieuwe stelsel krijgt het bevoegd gezag systeemtoezicht. Inhoudelijke beoordeling is dan niet meer nodig. Vraag is welke toets de gemeente in de twee weken na overleggen van de verklaring dan precies gaat uitvoeren.

Bovendien ligt er een bepaalde druk op de termijn van twee weken. Hanteert de gemeente ook echt de termijn van twee weken? Of bestaat de kans dat het bevoegd gezag na die twee weken alsnog met kritiek komt?

De volgende zinnen roepen eveneens vragen op:

'Als het bevoegd gezag bij gereedmelding het vermoeden heeft dat er iets mis is omdat hij hierop door iemand is gewezen, meldt hij dit binnen twee weken na het indienen van de gereedmelding aan vergunninghouder. Als de vergunninghouder niet of onvoldoende reageert, meldt het bevoegd gezag aan toelatingsorganisatie en instrumenthouder dat er niet gereageerd is op het vermoeden dat er iets mis is.''

Wat houdt 'vermoeden dat er iets mis is' precies in?

Financiële prikkel
Eén van de doelstellingen van het ontwerpontwerp-wetsvoorstel is het drastisch reduceren van de kosten van kwaliteitsborging. Dhr. Ankersmit spreekt de verwachting uit dat de kosten van het private stelsel met name in het begin veel hoger zullen zijn dan de kosten van het huidige stelsel. De invoer van het stelsel zal nu eenmaal kosten met zich meebrengen. Pas als de faalkosten met meer dan 4% gereduceerd worden, zal sprake zijn van een financiële verbetering. Vraag is of en wanneer dit het geval zal zijn.

Leges
Het ontwerp-wetsvoorstel zou de leges zo ver mogelijk willen reduceren. Als je naar de cijfers kijkt, lijkt dit op het eerste gezicht inderdaad het geval te zijn. Bij kleine bouwaanvragen blijven de leges echter voor een groot deel gehandhaafd. Van alle bouwaanvragen bestaat echter maar liefst 65% uit kleine bouwaanvragen. De kosten van de leges zullen voor het grootste deel van de bouwaanvragen dus niet afnemen. Daar komt nog bij dat de kwaliteitsborger vanzelfsprekend een vergoeding wil voor het geleverde werk en dit de kosten van kwaliteitsborging dus zal opstuwen.

4.1.2 Inleiding dhr. Neerhof

Ook dhr. Neerhof heeft kritiek op het voorstel en de MvT. Er zijn door de wetgever wel keuzes gemaakt met betrekking tot het publiekrechtelijke deel van het ontwerp-wetsvoorstel, maar de onderbouwing van deze keuzes roept veel vragen op. Dhr. Neerhof focust op twee hoofddoelstellingen van het kabinet: kostenreductie en betere kwaliteitsborging. Hij gaat ook in op verdeling van verantwoordelijkheden onder het nieuwe stelsel en de definiëring van risicoklassen (die bepalend zullen zijn voor de in te zetten instrumenten van kwaliteitsborging).

Kostenreductie
Minister Blok hamert erop dat kwaliteitsborging goedkoper wordt door het stelsel van private kwaliteitsborging. Dit lijkt vooralsnog heel moeilijk te voorspellen. De vraag is wat het nieuwe stelsel financieel gezien echt gaat opleveren. Het Ministerie heeft een onderzoek laten uitvoeren naar de kostenreductie van het nieuwe stelsel door Ecorys. Ecorys kwam tot de opzienbarende conclusie dat een volledig privaat stelsel van kwaliteitsborging 140 miljoen euro per jaar aan kosten zou besparen. Belangrijke aannamen daarbij waren echter dat private toetsers zorgen voor voldoende marktwerking en per formatie-eenheid meer werken dan hun ambtelijke collega's bij BWT. Daarbij is geen rekening gehouden met de kosten van verzekering die onder een dergelijk stelsel worden gemaakt. Minister Blok noemde tijdens het Algemeen Overleg Private Kwaliteitsborging op 27 maart jl.[12]voorts een lager bedrag van 27 miljoen euro per jaar.[13]

[12] Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 32 757, nr. 94, p. 15
[13] Zie voor verder onderbouwing de inleiding van dhr. Neerhof opgenomen in bijlage 3.

Betere kwaliteitsborging

Het ontwerp-wetsvoorstel staat voor een verbetering van de kwaliteit in de bouw. De hamvraag is dan ook of deze verbetering met huidig voorstel gerealiseerd kan worden. Dhr. Neerhof stelt voor om de verantwoordelijkheid voor kwaliteit bij de gemeentelijke overheid te houden en daarbij de opdrachtgever de mogelijkheid te bieden gebruik te maken van private toetsingsinstrumenten om aan te tonen dat aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 is voldaan. Daarbij kan bij eenvoudige bouwopgaven ook worden gedacht aan erkende technische oplossingen, zoals voorgesteld door de Tweede Kamer (en het ERB). Waarom hier niet voor is gekozen in dit voorstel is onduidelijk. Volgens dhr. Neerhof worden juist daarmee bij uitstek de doelstelling van betere kwaliteitsborging én kostenreductie gerealiseerd

Verdeling van verantwoordelijkheden

De verdeling van verantwoordelijkheden onder huidig voorstel lijkt een schimmenspel. Alle actoren zijn voor informatie afhankelijk van elkaar en op die manier kunnen er ingewikkelde situaties waarbij zeer de vraag is of de bouwkwaliteit wel voldoende gegarandeerd wordt.

Gemeenten (bevoegd gezag)

De rol van de gemeente (bevoegd gezag) zal worden geminimaliseerd. Een ingebruiknamevergunning die verleend wordt door de gemeente zou een goed formeel beslismoment zijn. Na het ongebruikt verstrijken van de termijn voor bezwaar of beroep staat dan vast of het bouwwerk al dan niet voldoet aan de eisen. De minister wil echter geen vergunningsfiguur meer, maar een adequate onderbouwing voor deze keuze ontbreekt. De verantwoordelijkheid berust in beginsel bij de kwaliteitsborger, maar de gemeente voert onder het nieuwe stelsel wel een systeemtoets uit. Als de gemeente gebreken had kunnen zien, is zij als bevoegd gezag aansprakelijk. De gemeente wordt voorts afhankelijk van derden om de juiste informatie te krijgen (over de vraag of de kwaliteitsborging op orde is). De vraag is of dat niet riskant is.

Daarnaast is de afgeslankte rol van BWT discutabel. Het is zeer de vraag of deze organisatie de kwaliteitsborging nog wel kan toetsen. Aan het ‘uitkleden’ van BWT zijn grote risico’s verbonden en de vraag is wie verantwoordelijk is als het een keer misgaat.

De overheid heeft op grond van art. 2 EVRM (het recht op leven) een positieve verplichting om burgers te beschermen. De vraag is dan ook of BWT nog zorg kan dragen voor deze inspanningsverplichting en of de toelatingsorganisatie dat gat adequaat kan opvullen.

Toelatingsorganisatie

Over de rol van de toelatingsorganisatie is nog veel onduidelijk. Niet bekend is wat deze organisatie precies gaat doen, en hoe intensief zal worden gemonitord of de kwaliteitsinstrumenten echt werken. Gelet op ervaringen in het buitenland, is de kans reëel dat een dergelijke organisatie bureaucratische instantie wordt die focust op procedures en processen in plaats van op de werkelijke inhoud van kwaliteitsborging. Dit lijkt niet de bedoeling van dit ontwerp-wetsvoorstel.

Indeling in risicoklassen
In het nieuwe ontwerp-wetsvoorstel wordt gekozen voor een indeling in risicoklassen, die in een AMvB wordt uitgewerkt. De risicoklassen gaan bepalen welke eisen aan een instrument van kwaliteitsborging worden gesteld. De vraag is hoe de klassen gedefinieerd gaan worden. Aansluiting bij de Eurocodes is een te een eenvoudige benadering. Bij de risicogroep van bouwwerken die door veel mensen intensief worden gebruikt is het vereiste betrouwbaarheidsniveau voor het bouwwerk volgens de Eurocodes hoger. Een intensiever toezicht is daarbij niet nodig, tenzij er aanwijzingen zijn dat bij deze bouwwerken vaker bouwfalen voorkomt. Verder zullen alle voor bouwkwaliteit relevante aspecten in de indeling in risicoklassen een plaats moeten krijgen, terwijl de indeling ook eenvoudig en in de praktijk hanteerbaar moet zijn. De vraag is of dit kan.

Erkende kwaliteitsverklaring als voorbeeld
Tot slot roept dhr. Neerhof op de erkende kwaliteitsverklaring als voorbeeldfiguur te gebruiken voor het vormgeven van de instrumenten van kwaliteitsborging. Hier is al veel ervaring mee en daarom zou dit een goede ondergrond zijn voor de kwaliteitsinstrumenten. Voor het afgeven van erkende kwaliteitsverklaringen is in beginsel vereist dat een instelling daartoe is geaccrediteerd door de RvA. Waarom zou die eis niet hoeven te gelden voor alle verklaringen die kwaliteitsborgers onder het nieuwe stelsel gaan afgeven? De keuzes die op dit punt worden gemaakt, zullen (beter) moeten worden onderbouwd.

4.2 PUBLIEKRECHTELIJKE ASPECTEN: UITKOMST DISCUSSIE

4.2.1 KOSTENREDUCTIE

Er wordt opgemerkt dat ten behoeve van de invoering van het nieuwe systeem eerst tal van investeringen moeten worden gedaan. Pas daarna zullen er wellicht schaalvoordelen zijn. De vraag is of men bereid die investering nu al te doen.

Bij de bespreking van dit onderwerp wordt naar voren gebracht dat de afschaffing van de leges met name de particulier zal raken. Bij kleinere projecten zijn de leges momenteel niet kostendekkend, maar dit wordt gecompenseerd door de leges van grote projecten. Hierdoor wordt de rekening van de werkzaamheden door BWT niet gepresenteerd aan de consument, maar opgehaald bij de grotere projecten. In het nieuwe systeem zal geen sprake zijn een dergelijke compensatie voor kleine projecten vanuit grote projecten. De privaatrechtelijke kwaliteitsborger zal aan een ieder, dus ook aan de consument met een relatief kleine bouw of verbouwing, de werkelijke kosten in rekening brengen en die liggen aanzienlijk veel hoger dan in het huidige vereveningssysteem bij gemeentelijke leges. De consument zal hiervoor uiteindelijk de rekening betalen. Het waterdicht maken van het systeem met vermindering van de leges zal een geldverslindende klus zijn volgens een aanzienlijk aantal deelnemers. Het verdient dan ook aanbeveling om een raming van de (meer)kosten van het voorgestelde systeem te verkrijgen alsmede meer inzicht te verkrijgen in de te verwachten verschuiving van kosten en de effecten voor de consument.

Verzekeringen
Ook de maatschappelijke kostenbatenanalyse wordt kritisch becommentarieerd. De vraag is wat de rol van de verzekeraars wordt in de huidige plannen. Het verzekeringsstelsel zal naar verwachting aangepast moeten worden, maar dit onderwerp is in het ontwerp-wetsvoorstel geheel buiten beschouwing gelaten.

Innovatieve oplossingen
Opgemerkt wordt dat een extra kostenreductie plaats kan vinden door innovatieve oplossingen bijvoorbeeld met betrekking tot het digitaal indienen van stukken. Maar of er inderdaad sprake zal zijn van een kostenbesparing en wat de grootte daarvan zou zijn is op dit moment nog niet te voorzien.

4.2.2 KWALITEITSVERBETERING

De discussie over de vraag of het voorliggende voorstel zal leiden tot een kwaliteitsverbetering is tijdens het eerste deel van de bijeenkomst (zie par. 2: Algemeen commentaar ontwerp-wetsvoorstel) al ruimschoots aan bod gekomen. Er blijkt grote twijfel te bestaan of het voorstel zal leiden tot een verbeterde of eenvoudiger kwaliteitsborging.

Aan de discussie wordt toegevoegd dat met name behoefte bestaat aan een onafhankelijke, toetsende partij bij risicovolle projecten en niet zo zeer bij de eenvoudiger projecten.

Door de deelnemers worden voorbeelden uit de praktijk aangedragen. Op andere gebieden waar een privaat stelsel van kwaliteitsborging is ingevoerd, is gebleken dat veel mis kan gaan. Een tekenend voorbeeld is met name de milieubranche. Hier heeft met name de verwevenheid van verschillende belangen ervoor heeft gezorgd dat de kwaliteitsborging is verslechterd.

Aansprakelijkheid
De deelnemers zijn het er unaniem over eens dat de verantwoordelijkheden van actoren helder geformuleerd dienen te worden om zowel de kwaliteit als de verantwoordelijkheid beter te kunnen garanderen. De MvT volstaat vooralsnog niet. Er is echter ook bijval voor de keuzes van de wetgever. Er wordt gesteld dat er zoveel participanten zijn in het bouwproces, dat men er niet aan ontkomt te focussen op bepaalde actoren.

Voorts wordt nogmaals opgemerkt dat de wijziging van aansprakelijkheid (zoals opgenomen in Boek 7 BW) in het bouwproces niet zal leiden tot preventie van bouwfouten. Integendeel, het rapport ‘Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidstoezicht in de bouw?’ van Crisislab toont aan dat de kans op bouwfouten juist toeneemt.

Tot slot zal de opdrachtgever verder verwijderd raken van het bouwproces, omdat hij niet meer direct betrokken is bij de kwaliteitsborging.

Verklaring door ontwerper[14]

In de toelichting op het ontwerp (zie ook het schema 4.1 op p. 18) - over dit onderwerp is in de wettekst zelf nog niets geregeld - staat dat het de bedoeling is dat bij oplevering de kwaliteitsborger aan de vergunninghouder verklaart dat het bouwwerk naar zijn oordeel voldoet aan de bouwvoorschriften. Vervolgens is het aan de vergunninghouder om de gereedmelding te doen, waarbij hij de verklaring van de kwaliteitsborger doorstuurt aan het bevoegd gezag.

Uit de toelichting blijkt dat, bijvoorbeeld bij werken in de laagste risicoklasse, het erkende bouwbedrijf zelf als kwaliteitsborger zal kunnen optreden. In een aantal gevallen zal dat bouwbedrijf bouwen op basis van een ontwerp (in welke vorm ook: van programma van eisen via voorlopig ontwerp, definitief ontwerp tot gedetailleerd bestek) dat afkomstig is van de opdrachtgever of van door de opdrachtgever ingeschakelde ontwerpers (bijvoorbeeld een architect en/of constructeur). Het ligt voor de hand en het is redelijk dat dat bouwbedrijf/die kwaliteitsborger - zijn verklaring aan de vergunninghouder bij de oplevering alleen zal willen geven, wanneer degenen die het ontwerp voor het werk hebben vervaardigd, destijds ten opzichte van de vergunninghouder hebben verklaard dat dat ontwerp voldoet aan de bouwvoorschriften. Het is dan ook te voorzien - en geenszins onredelijk - dat een kwaliteitsborger/bouwbedrijf op zijn beurt van de opdrachtgever verlangt dat het ontwerp vergezeld gaat van de verklaring van de opdrachtgever of van de ontwerper(s) dat dat ontwerp voldoet aan de bouwvoorschriften. Niettemin kan de kans ontstaan dat sommige opdrachtgevers de kwaliteitsborger/bouwbedrijf niet te willen voorzien van de gevraagde verklaring. Dat lijkt onjuist en daarom zou de wetgever ontwerpers ten minste moeten verplichten tot het bij hun ontwerp moeten leveren van de verklaring dat dat ontwerp aan de bouwvoorschriften voldoet. Die verplichting dient dwingendrechtelijk van aard zijn en dus contractueel niet te kunnen worden. Wordt niet in dergelijke regels voorzien, dan wordt het bouwbedrijf als kwaliteitsborger in een aantal gevallen geconfronteerd met een grotere verantwoordelijkheid dan hij waar kan maken. Hij zou dan immers moeten instaan voor de deugdelijkheid voor een ontwerp op het punt van het voldoen van de bouwvoorschriften, terwijl dat ontwerp niet door hem vervaardigd is.

4.2.3 Rol van Bouw- en Woningtoezicht

Paradigma systeemcontrole

De gemeente krijgt de rol van systeemcontroleur toebedeeld. Dit betreft een zeer marginale toetsing. Het is dan ook onnodig en onwenselijk om vage begrippen als ‘het vermoeden wanneer iets mis is’ in de MvT op het ontwerp-wetsvoorstel, op te nemen. Systeemcontrole is slechts systeemcontrole, geen inhoudelijke toets. Met het opnemen van deze bepaling wordt de rol en de verantwoordelijkheid van BWT juist weer onduidelijker. Tevens leidt het weg van de intentie van het ontwerp-wetsvoorstel de kwaliteitsborging te privatiseren.

[14] Dit is een nagezonden opmerking.

Ingebruiknamevergunning

In de inleiding door dhr. Neerhof is al aangegeven dat een ingebruiknamevergunning een goed formeel beslismoment zou kunnen zijn. Zo is er toch iets meer controle vanuit de gemeente. Een van de deelnemers brengt echter in dat deze figuur niet nodig is.[15] De gemeente heeft immers de omgevingsvergunning voor het bouwen afgegeven op basis van de mededeling van de kwaliteitsborger dat het bouwplan aan de technische bouwvoorschriften is getoetst en akkoord is bevonden. Dat ligt besloten in het nieuwe stelsel. De kwaliteitsborger ziet er bovendien ook op toe dat het bouwwerk - binnen de kaders van de verleende vergunning - bij de oplevering aan de bouwtechnische voorschriften voldoet (zie ontwerp MvT, p. 16 sub 4.3). Beide genoemde momenten in het bouwproces zouden volgens de deelnemer voldoende waarborg bieden, waardoor een extra/nieuw beschikkingsmoment voor de gemeente niet nodig is. Dit standpunt wordt door een inleider gepareerd met de opmerking dat de omgevingsvergunning voorafgaand aan de bouw wordt afgegeven. Of de kwaliteitsborging feitelijk ook heeft plaatsgevonden, moet ook volgens het ontwerp-wetsvoorstel worden getoetst door het gemeentebestuur. Als die toetsing, anders dan in het voorstel, haar beslag krijgt in ingebruiknamevergunning die na afloop van het bouwproces wordt verleend, kan daarmee rechtszekerheid worden geboden: rechtens staat vast dat de kwaliteitsborging al dan niet op orde was. Na het ongebruikt verstrijken van termijnen van bezwaar en beroep is die beslissing rechtens onaantastbaar. De kwaliteitsborger ziet weliswaar toe op voldoening aan de technische voorschriften op het moment van ingebruikneming maar heeft geen bevoegdheid in om middels een beschikking over de ingebruikname te beslissen, in het bijzonder deze formeel te verbieden.

Bureaucratie

In de discussie wordt naar voren gebracht dat het gevaar op de loer ligt dat Bouw- en Woningtoezicht een papierwinkel wordt, als het gaat om constructieve veiligheid en gezondheid. Alle kennis van de overheid m.b.t. kwaliteitsborging zal verloren gaan. De kwaliteitsborger krijgt de verantwoordelijkheden en de marginale toetsingsrol zal ertoe leiden dat de overheid een bureaucratische stempelmachine wordt.

4.2.4 Verdere onduidelijkheden

Afsluitend zijn nog twee discussiepunten behandeld die eerder niet aan de orde kwamen.

Definiëring risicoklassen

In de eerste notitie bij het ontwerp-wetsvoorstel zijn drie klassen gedefinieerd. Deze zullen gefaseerd worden ingevoerd. Daarbij is nog veel onduidelijk. De vraag is w het risicoprofiel en de reikwijdte van de risicoklassen bijvoorbeeld zal zijn. Om de

[15] Per mail heeft deze deelnemer aan de expertmeeting zijn standpunt nader toegelicht/verduidelijkt. Deze nagezonden opmerking is (enigszins ingekort) in de hiernavolgende tekst opgenomen.

consument te beschermen dient er in ieder geval geen grijs gebied te ontstaan en duidelijkheid te worden gegeven.

Positieve verplichting overheid ex art. 2 EVRM
De overheid heeft krachtens art. 2 EVRM de verplichting om burgers te beschermen tegen levensgevaar.

De vraag is of de verantwoordelijkheid van de overheid ingevolge art. 2 EVRM in het geding kunnen raken door het bevoegd gezag slechts een marginale rol toe te bedelen, zoals in het ontwerp-wetsvoorstel het geval is. Hiertegen wordt aangevoerd dat hoogstwaarschijnlijk sprake zal zijn van een gelede normstelling (wet, amvb, regels van de toelatingsorganisatie etc.) waarmee de positieve verplichting van het beschermen van burgers gegarandeerd kan worden.

5. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In deze paragraaf worden puntsgewijs de belangrijkste conclusies voortvloeiend uit de expertmeeting weergegeven. De opzet van de expertmeeting was zodanig dat met name op- en aanmerkingen op het ontwerp-wetsvoorstel aan bod zijn gekomen en niet zozeer de positieve aspecten van dit wetsvoorstel. Dit heeft geresulteerd in de volgende kritische conclusies.

5.1 ALGEMENE CONCLUSIES

- Het is de vraag of borging van de kwaliteit met het voorstel zoals het er nu ligt daadwerkelijk beter wordt.
- Het is de vraag of de kwaliteitsborging op deze wijze goedkoper wordt. Integendeel, aan de voorgestelde wijzigingen zijn voor burgers en bouwbedrijven veel kosten verbonden. Het betreft niet alleen een eerste investering om het systeem op te starten, ook op de langere termijn wordt getwijfeld aan de financiële verbetering voor (met name) bouwconsumenten maar ook bouwbedrijven.
- Het voorstel roept op veel onderdelen meer vragen op dan dat het wegneemt. Het gebruik van niet toegelichte termen en de invulling van een groot deel van (het publiekrechtelijke) deel door middel van AmvB's draagt niet bij aan duidelijkheid en verhindert het krijgen van een goed beeld van de vele implicaties van dit vergaande voorstel.
- Of met het huidige voorstel een vermindering van de regeldruk wordt bewerkstelligd, wordt sterk in twijfel getrokken. De angst bestaat eerder dat op een ander niveau meer regels, van meer technische aard en minder inzichtelijk en slechts voor specialisten verifieerbaar, zullen ontstaan.

5.2 CONCLUSIES T.A.V. DE PRIVAATRECHTELIJKE WIJZIGINGEN IN HET VOORSTEL

De algemene consensus is dat de voorgestelde wijzigingen van Boek 7 BW geen enkele invloed hebben op de kwaliteit of de borging van de kwaliteit. De voorgestelde koppeling aan dit voorstel wordt als onnodig en onhandig ervaren.

Art. 7:758 lid 3 BW – Aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken

- De meningen over de waarde van dit voorstel lopen uiteen. Uit de bijeenkomst bleek verschil van inzicht over de vraag of de voorgestelde nieuwe aansprakelijkheidsverdeling inzake de bij oplevering zichtbare gebreken, nu te ver ging, of juist nog niet ver genoeg. Dit illustreert onderstaande conclusie dat het voorstel geen rekening houdt met de diversiteit aan bouwvormen die we in Nederland kennen
- Het onderscheid tussen de verschillende soorten opdrachtgever die we in de bouw kennen komt met dit voorstel niet voldoende naar voren. Ten onrechte worden consumentenbouw, bouw onder de UAV met directietoezicht en alle andere vormen die daartussen vallen op onder de dezelfde aansprakelijkheidsbepaling geschoven, wat geen recht doet aan de feitelijke situatie.

- Daarop voortbouwend: Onder de UAV zou dit voorstel afbreuk doen aan de onderzoeksplicht van de opdrachtgever en de feitelijke situatie dat ontwerp en uitvoering een dynamisch proces zijn dat tijdens de bouw onder meer m.b.v. het directietoezicht wordt vormgegeven. Het gaat uit van een verkeerde perceptie van het begrip 'toezicht' en lijkt op een poging par. 12 UAV te repareren ten voordele van de opdrachtgever.
- Er bestaat verschil van mening over de invulling van het begrip 'ontdekken' en de gevolgen daarvan voor de onderzoeksplicht.
- De discussie over de zichtbaarheid van gebreken zal zich verplaatsen van de oplevering naar de periode erna, dit betekent geen vermindering van het aantal geschillen over de zichtbaarheid of onzichtbaarheid van gebreken en, ingrijpender nog, over het ontstaan van het gebrek (door gebruik of anderszins). Dit leidt tot meer procedures en meer kosten.
- De bewijslast komt, volgens een deel van de aanwezigen, ingevolge de tenzij-formule in het artikel, te rusten bij de bouwondernemer die (na oplevering) moet aantonen dat het gebrek niet door een fout aan zijn zijde is ontstaan. Dat is na oplevering en ingebruikname een moeilijke opgave en onterecht en onwenselijk, blijkens de discussie. In ieder geval voor de professionele opdrachtgever.
- Er is met het huidige voorstel sprake van een discrepantie tussen de ontwerpkwaliteit en de daarbij horende verantwoordelijkheid, en de bouwkwaliteit en de verantwoordelijkheid van de bouwondernemer daarin. Op de ontwerper rust met dit voorstel ten onrechte een inspanningsverplichting.
- Er ontbreekt een aansprakelijkheidstermijn in het voorstel. De termijn is dan ook niet van dwingend recht, hiervoor gelden dan ook de algemene regels uit het BW, en hiervan kan contractueel (ten nadele van met name de consument) worden afgeweken.

Art. 7:767a BW – Aanbiedingsplicht financiële waarborg

- Het huidige systeem van garantieregelingen werkt (al jaren en tot tevredenheid van alle partijen) uitstekend voor een zeer groot deel van de markt en men vraagt zich af of het voorstel dit systeem niet in gevaar brengt. Het voorstel wordt als overbodige wetgeving aangemerkt. Er wordt met dit ingrijpende voorstel gepoogd slechts een heel klein percentage van de gevallen die nu niet onder een bestaande garantieregeling vallen, te 'vangen'.
- Onduidelijk is wat onder de gehanteerde begrippen als 'financiële waarborg' moet worden verstaan nu geen invulling of criteria zijn gegeven. Het ontbreken van harde criteria in de wet leidt in de praktijk tot een veelheid aan (verschillende) producten waarvan de kwaliteit niet zeker is, want weer kan leiden tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. Met het hanteren van onduidelijke criteria wordt de consument niet gevrijwaard van (financieel) ondeugdelijke producten, integendeel.
- De vraag is of een aanbiedingsplicht voor de opdrachtgever ook een accepteerplicht is voor de consument. Als het contracteren met een waarborg voor de consument vrijblijvend wordt met dit voorstel, is de vraag of hij beter beschermd wordt als hij de voorgestelde waarborg niet accepteert maar liever een financieel risico loopt. Daarmee

is onduidelijk is of de huidige garantieregelingen problemen gaan ondervinden van dit voorstel en of bijvoorbeeld één project mét en zonder garantie gebouwd moet kunnen gaan worden en daarmee onverzekerbaar wordt in geval van faillissement.
- De gehanteerde Tenzij-formule leidt tot onduidelijkheid over de invulling ervan.
- Er staat in dit voorstel geen sanctie op het niet voldoen aan de aanbiedingsplicht
- Het voorstel beperkt de marktmogelijkheden van het kleine deel van het MKB dat nu zonder garantie bouwt en brengt extra kosten met zich

Art. 7:768 BW - Verlenging depot van 5% naar 15 maanden

- Het is zeer de vraag of de positie van de opdrachtgever wel versterkt wordt met dit voorstel.
- Het is zeer de vraag of de kwaliteit beter wordt geborgd met dit voorstel.
- De prikkel om snel tot herstel over te gaan verdwijnt.
- Als al met de model koop-/aannemingsovereenkomst en de bestaande garanties wordt gebouwd ontstaan voor langere duur meerdere zekerheden naast elkaar. Deze dubbele zekerheden zijn niet alleen onnodig maar brengt ook meer kosten met zich die verhaald zullen worden op de consument.
- Veel aannemers kunnen deze langdurige financiële verplichting niet dragen.
- Mocht de wetgever dit voorstel toch willen handhaven dan stelt één van de inleiders bij de expertmeeting voor om het artikel zo te redigeren dat het alleen geldt voor die gevallen waarbij niet wordt gebouwd onder één van de bestaande garantieregelingen van de Stichting Garantiewoning.

5.3 Conclusies t.a.v. de publiekrechtelijke wijzigingen in het voorstel

De algemene conclusie t.a.v. de publiekrechtelijke, zeer ingrijpende, stelselwijziging van kwaliteitsborging is dat de vraag is of het voorgestelde systeem gaat leiden tot betere kwaliteitsborging, minder regeldruk en meer een kostenbesparingen.

- De angst bestaat dat het gevolg van dit voorstel een verdergaande bureaucratisering zal zijn. De vraag is of in de toekomst de consumenten voor vragen over of het waarborgen van de constructieve) veiligheid en kwaliteit, naar meerdere loketten zal moeten.
- Doordat een duidelijke rol- en verantwoordelijkheidsverdeling tussen alle partijen in het bouwproces ontbreekt ontstaat ongewenst onduidelijkheid over een groot aantal, voor de constructieve veiligheid en kwaliteit van bouwwerken, belangrijke zaken.
- Er wordt sterk betwijfeld of de kosten van een privaat systeem van kwaliteitsborging zowel op de kortere als op de langere termijn lager zullen uitvallen dan onder het huidige stelsel. De kosten van de leges zullen voor het grootste deel van de bouwaanvragen niet afnemen. Ook de maatschappelijke kostenbatenanalyse wordt kritisch becommentarieerd. Voorts is de vraag is wat de rol van de verzekeraars wordt

in de huidige plannen en in hoeverre het verzekeringsstelsel aangepast zal moeten worden.

Onduidelijkheden

Het ontwerp-wetsvoorstel bevat voorts een groot, misschien wel te groot, aantal onduidelijkheden, om de volle omvang van de gevolgen van dit voorstel te kunnen overzien, en adequaat te kunnen becommentariëren. Hieronder een aantal van de genoemde onduidelijkheden op een rij:

- Onduidelijkheden blijven bestaan over (de invulling van) de rol van de gemeenten/het bevoegd gezag/BWT. De rol van de gemeente zal worden geminimaliseerd. De vraag die is opgeworpen is of een ingebruiknamevergunning verleend door de gemeente een goed formeel beslismoment zou zijn, of dat dit afdoet aan het systeem van de voorgestelde wijziging.
- Het is voorts de vraag of het huidige voorstel voldoet aan de eisen die art. 2 EVRM stelt aan de overheid. Of de overheid haar verplichting tot het beschermen/waarborgen van het recht op leven kan nakomen door op deze wijze (privaatrechtelijk en zonder controle van het bouwwerk achteraf) bescherming te bieden tegen ondeugdelijke bouwwerken.
- Onduidelijkheden bestaan over (de invulling van) de rol van de toetsingsorganisatie. Niet bekend is wat deze organisatie precies gaat doen, en hoe intensief zal worden gemonitord of de kwaliteitsinstrumenten echt werken.
- Onduidelijkheden bestaan over (de invulling van) van de risicoklassen
- De vraag is welke toets de gemeente in de twee weken na overleggen van het opleverdossier precies gaat uitvoeren.
- Wat gebeurt er bijvoorbeeld als de instrumentbeheerder de toestemming aan een kwaliteitsborger intrekt?
- Als een kwaliteitsborger meerdere projecten heeft, en de toestemming door de instrumentbeheerder wordt ingetrokken, is dan meteen een heel aantal bouwwerken in uitvoering zonder de vereiste kwaliteitsborging en moeten al die projecten worden stilgelegd?
- Wat gebeurt er als een kwaliteitsborger failliet gaat?
- De situatie waarin de kwaliteitsborger en vergunninghouder één en dezelfde persoon zijn. Wat gebeurt er als de bouwer aan de vergunninghouder moet vragen zijn eigen werk stil te leggen?
- Wat is de rol en verantwoordelijkheid van de ontwerper in dit systeem

5.4 Slot

Al met al bestaat er bij de deelnemers aan de expertmeeting grote twijfel over de vraag of het voorstel in zijn huidige vorm, met zowel de ingrijpende gevolgen als de nog openstaande vragen, het beoogde doel, namelijk een verbetering van de kwaliteitsborging, zal realiseren.

6. BIJLAGEN

6.1 BIJLAGE 1: DEELNEMERSLIJST

Naam	Organisatie/Bedrijf
ing. W.G.H. Ankersmit	Vereniging Bouw- en Woningtoezicht Ned.
mr. dr. E.M. Bruggeman	Hoge Raad der Nederlanden
R. Chee	Instituut voor Bouwrecht
mr. M.C.A. van Deurzen	St Marktwerking Installatietechniek
mr. F. Dijkslag	Vereniging Eigen Huis
mr. S. Engels	VBTM Advocaten
M. Georgius	Aedes Vereniging van Woningcorporaties
drs. R.J.A. van Gerwen	Vereniging van Nederlandse Gemeente
drs. R. de Groot	St. Bouwgarant
mr. dr. S. van Gulijk	Universiteit van Tilburg
prof. mr. J.M. Hebly	Houthoff Buruma
mr. W.M.J.M. Heijltjes	Heijltjes Advocaten
mr. W.J.M. Herber	Juridisch Management Nederland B.V.

	mr. A.Z.R. Koning	Instituut voor Bouwrecht
	mr. E.C. Mientjes	Heijmans Intergrale Projecten
	mr. H.C.W.M. Moesker	Gemeente Delft
	dr. A.R. Neerhof	VU Amsterdam
	drs. E.J.M. Polman	Stichting Waarborgfonds Koopwoningen
	mr. F. Ronner	ProRail B.V.
	ing. J.W.C. Rooijakkers	BouwQ B.V.
	mr. S.J.H. Rutten	Simmons & Simmons LLP
	K. Stroop	NLIngenieurs
	W.A.I. Suy	CROW
	mr. P.A.T.N. van Thiel-Wortmann	Bond van Nederlandse Architecten
	mr. R. van Veen	Van Veen Advocaten
	ing. H.P. Verster	Stichting Bouwkwaliteit
	mr. D.E. van Werven	Bouwend Nederland
	mr. N. van Wijk-van Gilst	Instituut voor Bouwrecht
	mr. H. de Wit	Woningborg B.V.
	mr. N. Zandvliet	NEPROM

6.2 Bijlage 2: Inleiding mr. W.M.J.M. Heijltjes

"Bouwkwaliteit moet uit het ontwerp komen."

Inleiding meeting 18 augustus 2014 m.b.t. ontwerp-wetsvoorstel kwaliteitsborging

Mr. W.M.J.M. Heijltjes

1. Plan van bespreking.

- de koppeling tussen kwaliteitsborging (veiligheid) in het publiekrechtelijk domein enerzijds en de borging van privaatrechtelijke (productspecifieke) aspecten van kwaliteit;

- de privaatrechtelijke kwaliteitsdiscussie met inhoudelijke bespreking van de 3 wijzigingsvoorstellen in BW Boek 7 titel 12 met name:

- de vraag in hoeverre het wetsvoorstel tot aanpassing van BW 7:758 lid 3 (een gebrek is verborgen als het niet gezien is) doelmatig is ten behoeve van kwaliteitsborging;

- inhoudelijke bespreking van het voorstel BW 7:767a terzake het verstrekken van een financiële waarborg tegen insolventie bij de bouw van een woning voor een consument;

- bespreking van BW 7:768 de aanpassing tot verlenging van de 5% depottermijn van 3 naar 15 maanden.

2. De koppeling

Sinds ruim een decennium zien we op het gebied van constructieve en andere veiligheid de volgende twee tendensen:

- maatschappelijke zorgen over het aantal instortingen als gevolg van constructieve onveiligheid, en het algemeen besef dat daar iets aan verbeterd zou moeten worden bijv. de roep om verzwaring van de positie van de hoofdconstructeur in het bouwproces; velen hebben zich hierom bekommerd bijv. prof. Vambersky en prof. F. van Herwijnen, maar ook anderen. Ook brandveiligheid speelt een grote rol.

- het advies van de commissie Dekker "Privaat wat kan, publiek wat moet" strekkende tot privatisering van het publiekrechtelijk bouwtoezicht.

De combinatie leidt tot het volgende inzicht: de publiekrechtelijke belangen bij veiligheid, gezondheid en milieu dienen op een boven de particuliere partijen staand niveau - dus op publiekrechtelijke basis - te worden geborgd; het voorliggende wetsvoorstel beoogt dit deels middels privaatrechtelijke uitbesteding van deze publiekrechtelijke taak.

Kwaliteitstoezicht derhalve op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu.

Dan het privaatrechtelijk deel van het wetsvoorstel.

Dat is een geheel ander onderwerp - dat niets met constructieve veiligheid te maken heeft. Dat deel van het wetsvoorstel gaat over consumentenbescherming. Ik ga hier zo dadelijk nader inhoudelijk op in. Ik geef reeds thans als mijn mening dat de gedane voorstellen niet tot een kwaliteitsverbetering van het bouwproduct t.b.v. de opdrachtgever/de consument (welke consument? particulier? zakelijk? overheid?) zullen leiden. De koppeling tussen beiden:

- privaatrechtelijke kwaliteitshandhaving uit oogpunt van (vooral constructieve) veiligheid is van direct en concreet belang;

- het beschermen van de consument (welke consument?) van het product bouw, dat niets met constructieve veiligheid te maken heeft doch enkel ingrijpt in civielrechtelijke contractsverhoudingen waarover de discussie nog lang niet uitgewoed is, lijkt op het wetstechnisch “aanhaken” oftewel koppelverkoop om een – in mijn ogen slecht – wetsproduct in het kielzog van het belangrijke onderwerp van constructieve veiligheid erdoor te krijgen.

Die koppeling is niet nodig en zelfs ongewenst. Het zijn twee verschillende onderwerpen met ieder hun eigen dynamiek en belang. Haal ze uit elkaar.

3. Het voorstel BW 7:758 lid 3.

Dit betreft de volgende wijzigingen:

- aansprakelijkheid blijft ook na oplevering voor gebreken die bij de oplevering niet zijn gezien;

- dwingend recht.

Uit de toelichting blijkt dat dit wordt gezien als herstel van vooral par. 12 UAV terzake het criterium voor verborgen gebrek: ondanks nauwlettend toezicht van de bouwdirectie en bij de oplevering waarbij dit door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden. 1e misvatting: de UAV zijn beperkt tot een deelgebied van aanneming van werk, nl. bestemd voor de bouw. Daarom is er een directie, zie hierna sub 4. Het BW is breder: aanneming van werk vindt plaats in diverse bedrijfstakken zoals

- gevelreiniging;

- het laden en lossen van containers;

- het afvullen van Kerstpakketten;

- het runnen van een complete productielijn;

- het plukken van een oogst;

- een groenonderhoudscontract;

- het laten vervaardigen van een maatpak.

Opleveren in de zin van een inspectie ter afronding heeft in al deze gevallen, volgens het wetsvoorstel en de toelichting, geen betekenis meer. Je kunt als opdrachtgever maar beter wegkijken. Er kan onbeperkt geklaagd worden door de opdrachtgever.

4. Waar komt de behoefte vandaan om § 12 UAV te "repareren"?

Die vloeit voort uit onvrede vanuit de gedachte: de opdrachtgever geeft extra geld uit voor toezicht en krijgt in ruil daarvoor meer aansprakelijkheid. Dat had hij beter niet kunnen doen. Die zienswijze berust echter op een ernstig misverstand. In veel publicaties over dit onderwerp wordt te beperkt gekeken naar het begrip "directietoezicht". Het beeld doemt op van een toezichthouder die de aannemer op zijn vingers kijkt, niet meer dan dat. Een foutieve perceptie van "toezicht". Het beeld van de parkeerwachter die rondloopt en bonnetjes achter de voorruit bekijkt.
De praktijk van de realisatie van een bouwproject is vele malen complexer. Het "directietoezicht" vervult een actieve kernrol in de klassieke opdrachtstructuur. In die klassieke opdracht spelen de volgende actoren:

- door de opdrachtgever zijn meerdere adviespartijen geselecteerd en van opdrachten voorzien: architect, (hoofd)constructeur, milieukundig onderzoeksbureau, geotechnisch onderzoeksbureau annex (doorgaans) maker van het funderingsplan en eventueel plan voor de bouwput;

- het daaruit voortvloeiende bouwplan/bestek wordt in de markt gezet en vervolgens opgedragen aan een bouwkundig aannemer, (tegenwoordig veelal) afzonderlijk aan een W-installateur, een E-installateur en vaak diverse partijen voor de afbouw afzonderlijk;

- belangrijkste notie: het ontwerptraject van de eerstgenoemde partijen is bij gunning/start bouw niet gereed; een groot deel van het werk van de ontwerpers komt daarna nog en moet geïntegreerd worden in het uitvoeringsproces zowel qua tijd alsook qua aanpassingen van het oorspronkelijk ontwerp.

Als spin in dit web fungeert de bouwdirectie. Die heeft zorg te dragen voor de algehele coördinatie tussen enerzijds ontwerpende partijen en anderzijds uitvoerende partijen (l*os van de strikte uitvoeringscoördinatie, de planning in de tijd betreffende alléén de uitvoerende partijen door - volgens de UAV de bouwdirectie maar in de praktijk - meestal doorgecontracteerd naar de bouwkundig aannemer*).

Kiest de opdrachtgever voor realisatie van het project middels de klassieke opdrachtstructuur dan ontstaan er in elkaar grijpende functies van ontwerpende en uitvoerende partijen met frequente gegevensuitwisseling die cruciaal is voor de voortgang van het project. Diverse principiële keuzes in het ontwerp dienen tijdens de uitvoering nog gemaakt te worden.

Ik waag toch een kleine verwijzing: RvA nr. 30.924 met de constatering dat "de door enerzijds de architect en anderzijds de constructeur getekende constructies 'niet in elkaar pasten'." In die zaak heeft de opdrachtgeefster het niet gered met het verweer "aanneemster geen beroep kan doen op onduidelijkheden en/of tegenstrijdigheden in het bestek en de tekeningen, omdat aanneemster bij inschrijving heeft verklaard de werken te kunnen uitvoeren conform bestek en tekeningen."

Zo'n bepaling in een bestek plaatsen, en ook het aanvoeren van zo'n argument in de juridische procedure, getuigt van een ernstig gebrek aan kennis van het bouwproces.

De bouwdirectie speelt een cruciale rol bij de aansturing van al deze processen en in elkaar grijpende functies van ontwerpende en uitvoerende partijen. Daarbij is gegevensverschaffing en uitwisseling (meermaals over en weer) toezicht-controle en bijsturing-goedkeuring-doorgaan een iteratief en essentieel onderdeel van het proces. De bouwdirectie geeft daarbij orders en aanwijzingen zie § 6 lid 2 UAV zulks tot en met de laatste keuring bij de oplevering.

Het realiseren van een bouw langs deze lijn is een coproductie.

Zoals het rapport Spekkink (Motieven voor toepassing van private kwaliteitsborging in het bouwtoezicht, rapport d.d. 8 augustus 2012 van Spekkink C&R i.o.v. Ministerie BZK) op blz. 13 over de praktijk zegt: een gebouw wordt nooit volledig volgens het vergunde ontwerp uitgevoerd.

Deze taak van de bouwdirectie mag niet, zoals sommige schrijvers doen (Asser/Van den Berg 7-VI 2013/110) en thans ook in de MvT op het wetsontwerp staat, worden neergezet als beperkt tot

"*Het houden van toezicht vormt voor de opdrachtgever een extra waarborg dat het werk conform zijn bedoelingen tot stand zal komen.*"

Het is geen "extra waarborg" - (misvatting: de aannemer zou het zó, zonder directie ook wel kunnen maken) - maar een noodzakelijke actieve spilfunctie in het bouwproces tussen ontwerpers (ook onderling) en uitvoerende partijen.

De goedkeuring door de directie bij oplevering is derhalve een essentieel en finaal kwaliteitsonderdeel van dit bedrijfsproces. Degene die onder aansturing van de bouwdirectie uiteindelijk de bouw zo gemaakt heeft, heeft recht op een grondige inspectie. Heeft het gebouw alle eigenschappen die gewenst zijn? Ontbreken er eigenschappen (= gebrek?) dan dien je dat te melden.

Denk bij wijzigingen bijvoorbeeld aan: doe even een rij kolommen weg in de parkeergarage. De consequenties tijdens de uitvoering zijn ingrijpend en leiden tot een ander bouwproduct waarbij de herziening van het ontwerp cruciaal is (andere bouwvloer/andere wapening etc.). Ook heeft de directie een rol bij stelposten, verrekenbare hoeveelheden, monsters en beoordeling op gelijkwaardigheid.

Gezien het precisietraject van verwevenheden en beslissingen is juist aan het eind van zó'n proces toetsing een vorm van kwaliteitscontrole.

Dit onderdeel van het wetsvoorstel – niet gezien = verborgen, zie ook de grondslag hiervoor in het rapport IBR d.d. februari 2013 – is geïnspireerd door een misverstand m.b.t. de vermeend beperkte rol van de bouwdirectie en bouwt op dit misverstand voort. Dat is een valse start.

5. Vervolgens is het juridisch fundament onjuist.

Het is in strijd met alle heersende inzichten, literatuur en jurisprudentie op het gebied van de onderzoeksplicht en de klachtplicht.

Terecht merkt Peter Vermeij (Bouwend Nederland) in *TBR* nr. 6 blz. 521/522 op dat artikel 6:89 BW (de klachtplicht) in het huidige artikel 7:758 BW concretisering voor aanneming van werk heeft gekregen.

"*In het kader van 6:89 BW wordt aangenomen dat de schuldeiser verplicht is te onderzoeken of de prestatie met een gebrek is behept (onderzoeks- of inspectieplicht) en de schuldenaar van eventuele gebreken op de hoogte moet stellen (klachtplicht).*"

Vervolgens wordt naar een tweetal uitspraken van de Hoge Raad verwezen en de jurisprudentie bij koop (7:23 BW).

"*Bij koop ligt het moment van onderzoek, in beginsel na aflevering.*"

Uit de uitspraak HR 13 juli 2007 wordt geciteerd:

"… dat een schuldenaar erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt…"

Juist ingeval van een complexe bouw heeft de directie niet alleen maar een toezichthoudende taak in de vorm van kijken, maar vanwege het doorontwerpen tijdens de uitvoering (en ook vaak het - soms noodgedwongen - wijzigen van het ontwerp) heeft de bouwdirectie de rol van integrator. Juist daar speelt: dan kun je aan het eind van het traject niet "wegkijken" maar moet je grondiger onderzoeken of je hebt gekregen wat je uiteindelijk via alle bouwvergaderingen en gegevensuitwisseling als eindproduct hebt gedacht. Heeft het eindproduct alle gewenste eigenschappen?

6. Voor degenen die niet dagelijks in het uitvoeringsproces van bouw- en installatietechnische bedrijven betrokken zijn: het aantal wijzigingen en contactmomenten is, zeker bij wat meer complexe projecten, gigantisch. Degenen onder u die wel eens over stagnatiekosten procederen, weten dat juist de gegevensuitwisseling tussen ontwerpende en uitvoerende partijen uitermate omvangrijk is, soms méér dan de bestektekeningen van de architect en van de

constructeur. Mede door de grote hoeveelheid komen die stukken nogal eens te laat af en wordt het uitvoeringsproces verstoord.

Dit wordt deels veroorzaakt door

- het ontwerpen is nog steeds een inspanningsverplichting;

- ondanks milieukundige en geotechnische onderzoeken (volgens genormeerde patronen) komen daar nogal eens verrassingen uit voort;

- akoestiek en energieprestatie worden in het ontwerp – t.o.v. de latere uitvoeringsmogelijkheden – nogal eens onderschat;

- in het bestek voorziene producten (gevels, kozijnen) sluiten niet aan op wat in de markt verkrijgbaar is;

- de eisen van de brandweer zijn (bijna) altijd weer een verrassing en vaak wordt pas bij de oplevering door de brandweer definitief beslist.

7. Uit het veld van deze klassieke opdrachtstructuur komt het begrip: “nauwlettend toezicht en zorgvuldige oplevering”. Dat is bedoeld als een kwaliteitsinstrument.

Wil je echt kwaliteit in het proces brengen, dan heeft dat niets te maken met de aansprakelijkheid na de oplevering; degenen die dat voorstaan gaan uit van vooropgezette kwade trouw van de aannemer om stiekem gebreken te creëren.

Terzijde: Afwijkende bouworganisatiemodellen

a. Blijft de “echte” consument als opdrachtgever in de kou staan? Als er geen professionele bouwdirectie is aangesteld, maar de opdrachtgever alles door de aannemer laat doen (mogelijk op tekening van een architect) bijv. bij een relatief eenvoudige woning wordt de impact van de inspectie in het kader van de oplevering als minder zwaarwegend gezien. De Raad van Arbitrage blijkt een uitstekend oog te hebben voor wat zo’n leek-opdrachtgever zelf redelijkerwijs behoort gezien te hebben.

b. Ook ligt het anders wanneer ontwerp en uitvoering in één hand zijn: de ontwikkelende bouwers. Ook in dat - scherp te onderscheiden! - marktmodel speelt de opleveringsinspectie een meer beperkte rol ten aanzien van het begrip “verborgen gebrek”. Het inhuren - door de koper/consument - van een bouwkundige voor alléén de opleveringsinspectie wordt ook door de Raad als een beperkte toetsing van het bouwproduct beschouwd met voldoende ruimte voor kwalificatie achteraf van “verborgen gebreken”.

10. Samenvatting van de fundamentele kritiek:

a. het toezicht tijdens de bouw door de bouwdirectie mag niet - zoals sommige schrijvers dat doen - gezien worden als een met de armen op de rug rondlopende - door

de opdrachtgever overbetaalde - parkeerwachter. Het toezicht is een onderdeel van de totale aansturing van het project door de bouwdirectie en de integratie van voortschrijdende inzichten en wijzigingen, vooral bij de ontwerpers;

b. dit wetsontwerp heeft de bedoeling om bij ingebruikname het kijken te ontmoedigen - dat wordt afgestraft - is dat dan een kwaliteitsimpuls?

c. het voorstel is in strijd met de in ons BW vastgelegde beginselen van onderzoeks- en klachtplicht.

11. Terzijde 1.

In BW 7:758 lid 3 als voorgesteld schuilt wetstechnisch nog een lastige: de voorgestelde bepaling is dwingendrechtelijk "*bij aanneming van bouwwerken.*"

Wat wordt hier concreet onder aanneming van bouwwerken verstaan? Valt de sector installatiebedrijven (W, E, WKO, andere energieopwekking c.q. energiedistributienetwerken, zwembad-installaties,) daar wel/niet onder?

Dit laatste wordt in toenemende mate van belang nu nevenaanneming een hoge vlucht aan het nemen is.

12. Terzijde 2.

Dan zijn er wellicht nog personen die stellen: de discussie is marginaal, want 85% van de woningbouw komt van ontwikkelende bouwbedrijven die kant en klaar producten in de markt zetten. Daartegenover het volgende:

- het aantal van 85% is mij niet bekend, maar - stel dat - daarnaast geschiedt 15% van de woningbouw ook dan nog altijd traditioneel;

- het gaat in deze voorgestelde wetsbepaling niet alleen over woningbouw maar over alle bouw dus ook utiliteitsbouw en GWW (deze laatste alleen al beslaat 33% van de bouwsector);

- volgens het rapport 'Langs de Meetlat' 2013 van het Aanbestedingsinstituut van Bouwend Nederland blijkt dat 88% van de opdrachten vanuit de overheid traditioneel was en slechts 12% geïntegreerd dus ook hier zéker geen marginale discussie maar essentiëel.

13. BW 7:767a.

Dit onderdeel stelt voor dat de aannemer

- bij het aangaan van de overeenkomst

- een financiële waarborg aanbiedt in de vorm van een verzekering

- of een andere financiële zekerheid tegen zijn insolventie

- en voor herstel van gebreken na de oplevering.

De achterliggende gedachte hierover is nogal mainstream: ontwikkelende bouwers beschikken over dekkingsmogelijkheden via Woningborg en SWK. Er is niet bij nagedacht dat het gros van de MKB-bouwbedrijven niet bij deze instellingen is aangesloten en zich dat ook niet kan permitteren. Bij Bouwgarant kan het MKB wel terecht, maar in zeer beperkte mate. Het moeten verschaffen van een verzekerde garantie beperkt dan ook de marktmogelijkheden voor een zeer groot deel van de bouwsector. Bovendien levert het enorme extra kosten op die het MKB op dit moment zeker niet kan dragen.

Het is dan ook de vraag in hoeverre voor gewone MKB-bedrijven die een traditionele opdracht voor de bouw van een woning krijgen, de combinatie van een termijnregeling en een gewone (en al jarenlang zonder meer gebruikelijke) bankgarantie van 5% en tegenwoordig ook vaak 10% niet volstaat. Dat hoeft niet in een wettelijke regeling te worden opgenomen, dit laatste is al de dagelijkse praktijk.

Het voorgestelde artikel creëert juist een probleem: uitgangspunt vormt een verzekerde garantie (volgens de MvT) "*tenzij dit in redelijkheid niet van de aannemer kan worden gevergd"*. Er moet dus weer gediscussieerd worden op basis van omgekeerde bewijslast door de aannemer met de opdrachtgever. Wat mij betreft: overbodige (wets)ballast.

<u>14. Tenslotte: BW 7:768. De wijziging van 3 maanden naar 15 maanden voor de 5% depotstorting.</u>

Dit is dood geld in potjes. Dit is economisch volstrekt ondoordacht. Aannemers kunnen bij de banken sowieso al moeilijk aan werkkapitaal komen. Moeten zij in de onderhoudstermijn meer dan een jaar aan liquiditeit missen dan kunnen zij nauwelijks nog nieuwe werken aannemen. Een economische onderbouwing door het EIB zou niet misstaan om de negatieve effecten op de financieel afgezwakte bouwbedrijven eerst eens in beeld te brengen.

Tenslotte: ook dit voorstel heeft niets te maken met kwaliteitsverbetering van het bouwproduct.

6.3 Bijlage 3: Inleiding dr. A.R. Neerhof

Algemeen commentaar

Oplossing basisproblemen?

De gedachte achter het wetsvoorstel is dat er een aantal basisproblemen met betrekking tot kwaliteitsborging in de bouw bestaan.

De kernvraag is wie nu de verantwoordelijkheid draagt in het bouwproces. Er is een enorme versnippering merkbaar in verantwoordelijkheden, omdat publiek naar privaat kijkt en andersom.

De kern van de basisproblemen is de zwakke positie van de bouwconsument en de verantwoordelijkheden die niet scherp zijn afgebakend in de bouw. Daarom zou aansprakelijkheid in de bouw anders moeten worden verdeeld.

Hoofdgedachte van het voorstel is dat de markt moet worden geprikkeld om dingen op te pakken en het gemeentebestuur toch een beetje aanwezig blijft als sluitstuk in het proces.

Er zijn tal van vragen te stellen bij dit wetsvoorstel, met als hoofdvraag:

- Gaat het wetsvoorstel de basisproblemen aanpakken en is dit het meest uitgelezen voorstel om doelen te bereiken?

- Er is vooralsnog geen eenduidig antwoord te geven op deze vraag. Integendeel. Het wetsvoorstel roept in feite alleen maar meer vragen op.

- Wordt de kwaliteitsborging op deze manier beter en goedkoper?

- Wat is de precieze rol van de gemeente?

- Voldoet de lichte toetsrol van de gemeente internationaalrechtelijk, in het licht van art. 2 EVRM?

- Hoe worden de risicoklassen gedefinieerd?

- Wat gaat de nieuwe toelatingsorganisatie doen? Is deze wel nodig indien de markt zoveel verantwoordelijkheid draagt?

Commentaar op publiekrechtelijk deel van het wetsvoorstel

Ook Neerhof heeft kritiek op de Memorie van Toelichting die nu op papier staat. Er zijn door de wetgever wel keuzes gemaakt met betrekking tot het publieke deel van het wetsvoorstel, maar de onderbouwing van deze keuzes roept veel vragen op.

Neerhof heeft het publieke deel van het wetsvoorstel geïntroduceerd door te focussen op de twee hoofddoelstellingen van het kabinet, kostenreductie en betere kwaliteitsborging. Hij is ook ingegaan op verdeling van verantwoordelijkheden onder het nieuwe stelsel en de definiëring van risicoklassen (die bepalend zullen zijn voor de in te zetten instrumenten van kwaliteitsborging).

Kostenreductie

Minister Blok hamert erop dat kwaliteitsborging goedkoper kan. Met private kwaliteitsborging zouden de kosten flink naar beneden bijgesteld worden. Dit lijkt vooralsnog heel moeilijk te voorspellen. Wat gaat het nieuwe stelsel financieel gezien opleveren?

Onderzoek Ecorys

Het Ministerie heeft een onderzoek laten uitvoeren naar de kostenreductie van het nieuwe stelsel door Ecorys. Ecorys kwam tot de opzienbarende conclusie dat een volledig privaat stelsel van kwaliteitsborging 140 miljoen euro per jaar aan kosten zal besparen. Het vreemde is dat Minister Blok tijdens het Algemeen Overleg Private Kwaliteitsborging op 27 maart jl. een lager bedrag van 27 miljoen euro per jaar noemde. De vraag is of het onderzoek van Ecorys hout snijdt. Het onderzoek blijkt gestoeld te zijn op een aantal aannames. De private toetsers zouden bijvoorbeeld harder en efficiënter werken dan het huidige ambtenarenapparaat. Deze aannames kunnen (vooralsnog) niet hard worden gemaakt met bewijzen. Bovendien heeft prof. dr. ir. H.J. Visscher (TU Delft) in zijn proefschrift reeds in 2000 onderzoek gedaan naar bouwtoezicht, alsmede kostenbesparingen die samenhangen met privatisering van het bouwtoezicht. Zijn conclusie was dat er wel tijdsbesparing zou ontstaan, maar concrete aanwijzingen voor kostenbesparingen waren er niet.

Betere kwaliteitsborging

Het wetsvoorstel staat voor een verbetering van de kwaliteit in de bouw. De hamvraag is dan ook of deze verbetering met huidig voorstel gerealiseerd kan worden.

Huidig systeem

De Memorie van Toelichting gaat niet in op de vraag waarom er gekozen is voor dit specifieke stelsel. Waarom kan er niet worden voortgebouwd op het huidige systeem? Neerhof werpt de suggestie op om de verantwoordelijkheid voor kwaliteit bij de overheid te houden en daarbij de opdrachtgever de mogelijkheid te bieden gebruik te maken van private toetsingsinstrumenten om aan te tonen dat aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 is voldaan. Daarbij kan bij eenvoudige bouwopgaven ook worden gedacht aan erkende technische oplossingen, zoals voorgesteld door de Tweede Kamer (en het ERB).

Verdeling van verantwoordelijkheden

De verdeling van verantwoordelijkheden onder huidig voorstel lijkt een schimmenspel. Alle actoren zijn afhankelijk van elkaar. Zo kunnen er ingewikkelde situaties ontstaan.

Gemeenten (bevoegd gezag)

De rol van de gemeente (bevoegd gezag) zal worden geminimaliseerd. Een ingebruiknamevergunning die verleend wordt door de gemeente zou een goed formeel beslismoment zijn. Na het ongebruikt verstrijken van de termijn voor bezwaar of beroep staat vast of het bouwwerk al dan niet voldoet aan de eisen. De minister wil echter geen vergunningsfiguur meer, maar een adequate onderbouwing ontbreekt. De verantwoordelijkheid berust bij de kwaliteitsborger, maar de gemeente voert onder het nieuwe stelsel wel een systeemtoets uit. Als de gemeente gebreken had kunnen zien, dan is zij als bevoegd gezag aansprakelijk. De gemeente wordt afhankelijk van derden om de juiste informatie te krijgen (over de vraag of de kwaliteitsborging op orde is). Is dat niet riskant? Daarnaast is de afgeslankte rol van de Bouw- en Woningtoezicht bij gemeenten discutabel. Kan deze organisatie de kwaliteitsborging nog wel toetsen? Er zitten grote risico's aan het uitkleden van de BWT. Als het ernstig mis gaat bij bijvoorbeeld de bouw van een flatgebouw, wie is er dan verantwoordelijk? De overheid heeft naar internationaal recht ex art. 2 EVRM (het recht op leven) een positieve verplichting om burgers te beschermen. De vraag is dan ook of het Bouw en Woningtoezicht nog zorg kan dragen voor deze inspanningsverplichting. Kan de toelatingsorganisatie het gat gaan opvullen?

Toelatingsorganisatie

Over de rol van de toelatingsorganisatie is nog veel onduidelijk. Wat gaat deze organisatie precies doen? Gaat deze monitoren of de kwaliteitsinstrumenten echt werken? De kans is reëel dat een dergelijke organisatie een groot bureaucratisch geheel wordt. Hoe wordt hier een stokje voor gestoken?

Indeling in risicoklassen

Het nieuwe wetsvoorstel staat voor een indeling in risicoklassen. De risicoklassen gaan bepalen welke eisen aan een instrument van kwaliteitsborging worden gesteld.

Bij de bouw van risicovolle bouwwerken zou het toezicht intensiever moeten zijn. De vraag is hoe de klassen gedefinieerd gaan worden. Aansluiting bij de Eurocodes is een te een eenvoudige benadering. Bij risicogroep van bouwwerken die door veel mensen intensief worden gebruikt is het vereiste betrouwbaarheidsniveau voor het bouwwerk volgens de Eurocodes hoger. Een intensiever toezicht is daarbij niet nodig, tenzij er aanwijzingen zijn dat bij deze bouwwerken vaker bouwfalen voorkomt. Verder zullen alle voor bouwkwaliteit relevante aspecten in de indeling in risicoklassen een plaats moeten krijgen, terwijl de indeling ook eenvoudig en in de praktijk hanteerbaar moet zijn. Kan dat?

Erkende kwaliteitsverklaring als voorbeeld

Tot slot roept Neerhof op de erkende kwaliteitsverklaring als voorbeeldfiguur te gebruiken voor het vormgeven van de kwaliteitsinstrumenten. Hier is al veel ervaring mee en daarom zou dit een goede ondergrond zijn voor de kwaliteitsinstrumenten. Voor het afgeven van erkende kwaliteitsverklaringen is in beginsel vereist dat de instelling daartoe is geaccrediteerd door de RvA. Waarom zou die eis niet hoeven te gelden voor alle verklaringen die kwaliteitsborgers onder het nieuwe stelsel gaan afgeven? De keuzes die op dit punt worden gemaakt, zullen (beter) moeten worden onderbouwd.

6.4 Bijlage 4: Inleiding mr. W.J.M. Herber

Enkele opmerkingen over de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen en de voorgestelde wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek van mr. W.J.M. (Pim) Herber

Artikel 7:767a, aanbieding financiële waarborg (verzekerde garantie)

Ca. 85% van de nieuw gebouwde woningen en meer dan 90% van alle projectmatig nieuw gebouwde woningen wordt al gebouwd met toepassing van een door de Stichting Garantwoning erkende garantieregeling die wordt uitgevoerd door SWK, Woningborg en Bouwgarant. Het belang van dit artikel is dus relatief gering.

Dit artikel brengt volgens de memorie van toelichting materieel geen wijzigingen met zich mee voor deze garantieregelingen; deze hoeven dus niet veranderd te worden.

Uitgangspunt: prima dat wetgever beoogt ook de resterende 15% van de woningen die niet worden gebouwd onder een erkende garantieregeling, onder een garantieregeling te brengen.

Vooral belangrijk voor een particuliere opdrachtgever die aan een aannemer opdracht geeft één woning te bouwen (waarbij dus geen sprake is van projectmatige bouw).

De redactie van dit artikel is niet helemaal duidelijk, maar de Memorie van Toelichting (hierna afgekort MvT) vertelt ons hoe dit artikel moet worden gelezen. De aannemer wordt volgens dit voorstel verplicht een waarborg aan te bieden *die alleen in werking treedt bij insolventie van de aannemer*. Als de aannemer insolvent raakt tijdens de bouw, kan met deze waarborg de afbouw van de woning worden gefinancierd. Gaat de aannemer na de oplevering failliet, dan dekt de waarborg de kosten die gemoeid zijn met het herstel van gebreken die na de oplevering worden ontdekt. Daarmee heeft deze waarborg een beperkter karakter dan de herstelwaarborg van SWK, Woningborg en Bouwgarant nu op deze herstelwaarborg ook een beroep kan worden gedaan als de aannemer niet failleert en een vonnis van de Geschillencommissie niet nakomt. Tegelijkertijd is de waarborg van art. 7:767a BW veel uitgebreider nu herstel moet worden gegarandeerd van alle gebreken die na de oplevering worden ontdekt. En dat is een veel bredere range van gebreken dan de gebreken die vallen onder de herstelwaarborg van SWK, Woningborg en Bouwgarant.

Opvallend is dat criteria waaraan deze financiële zekerheid moet voldoen, ontbreken. Dat geldt ook voor de duur ervan. Maar een zekerheid die identiek is aan de door SWK, Woningborg en Bouwgarant gegeven insolventiewaarborg lijkt te voldoen nu deze insolventiewaarborg volgens de Memorie van Toelichting materieel voldoet. En dat zou betekenen dat voldoende is dat bij faillissement van de aannemer na oplevering niet alle verborgen gebreken onder de overeengekomen financiële zekerheid hoeven te vallen, maar uitsluitend die gebreken die onderdeel zijn van de garantieregeling van SWK,

Woningborg en Bouwgarant met daarbij alle uitsluitingen en beperkingen die in deze regeling zijn opgenomen.

In de Memorie van Toelichting wordt sub 5.5, eerste zin, wordt vermeld dat de huidige garantie – en waarborgregelingen de consument beschermen tegen oplevergebreken en tegen gebreken die na de oplevering optreden. Dat is niet juist omdat de waarborg van SWK, Woningborg en Bouwgarant niet direct na de oplevering in gaat, maar drie maanden na de oplevering. Ik stel daarom voor – uitsluitend indien dit artikel wordt gehandhaafd, want ik stel straks voor dit artikel te schrappen - dat het voorstel van art. 7:767a BW wordt gewijzigd door daarin op te nemen dat na de oplevering de financiële zekerheid uitsluitend geldt voor verborgen gebreken die na drie maanden nadat de woning is opgeleverd zijn ontdekt. Dat doet geen afbreuk aan de positie van de opdrachtgever omdat hij gedurende de eerste drie maanden al een zekerheid heeft, zijnde de inhouding van 5% van de aanneemsom. Zie ook hierna.

De opdrachtgever heeft de vrije keuze om het aanbod van de aannemer betreffende de financiële zekerheid wel of niet te accepteren. Er is alleen sprake van een aanbiedingsplicht; de potentiële opdrachtgever is vrij het aanbod af te wijzen.

Ik betwijfel daarom of deze aanbiedingsplicht voldoende is. De aannemer zal de kosten van de financiële zekerheid zijn opdrachtgever in rekening brengen en voor de opdrachtgever zal de verleiding groot zijn het aanbod af te wijzen omdat dit leidt tot een lagere aanneemsom. Bij projectmatige bouw speelt dit niet omdat de kosten van de waarborg al zijn opgenomen in de geoffreerde (koop)-aanneemsom en de opdrachtgever niet de mogelijkheid wordt geboden om niet akkoord te gaan met de waarborgregeling.

Afrondend: ik verwacht dat dit artikel weinig effect zal hebben. Manco is dat criteria waaraan deze verzekerde garantie moet voldoen, ontbreken. Hetzelfde geldt voor de duur ervan. Zoals al gezegd: het kan wat mij betreft zelfs vervallen zonder dat de opdrachtgever tekort wordt gedaan. Ik zal dat zo uitleggen.

Artikel 768, leden 2 en 4: drie maanden wordt: 15 maanden

Uitgangspunt: prima om de positie van de opdrachtgever te versterken. Maar de vraag is of de verlenging van het opschortingsrecht van drie naar vijftien maanden nodig is i.v.m. het gegeven dat ca. 85% van de nieuw gebouwde woningen al onder een waarborgregeling valt.

SWK, Woningborg en Bouwgarant geven, naast een insolventiewaarborg, ook een herstelwaarborg, ook wel gebrekenwaarborg genoemd. Deze waarborg gaat in drie maanden na oplevering en duurt maximaal zes jaar. Voor ernstige gebreken geldt een garantietermijn van 10 jaar.

Gegarandeerd wordt dat de woning voldoet aan de toepasselijke eisen voor nieuwbouw conform het Bouwbesluit en aan de eisen van goed en deugdelijk werk, een en ander

voor zover in de garantieregeling geen beperkingen zijn opgenomen. In die periode geldt ook de insolventiewaarborg.

Dat betekent dat dit voorstel tot gevolg heeft dat in de periode die ligt tussen drie maanden na de oplevering en vijftien maanden na de oplevering de opdrachtgever een dubbele zekerheid heeft en daar ook voor betaalt: de inhouding van 5% op de aanneemsom en de zojuist genoemde insolventie-en herstelwaarborg.

De vraag is of een particuliere opdrachtgever twee zekerheden nodig heeft. Eén zekerheid – de insolventie-en gebrekenwaarborg - is m.i. genoeg. De tweede zekerheid – de verlenging van het depot naar 15 maanden – is naar mijn mening overbodig, is duur voor de opdrachtgever en heeft bovendien nodeloos schadelijke gevolgen voor de bouwbranche.

Kortom: de duur van het opschortingsrecht kan drie maanden blijven omdat na afloop van deze drie maanden de insolventie-en waarborgregeling van SWK, Woningborg en Bouwgarant in werking treedt.

In deze gedachtegang is de verlenging tot vijftien maanden alleen zinvol als er geen door de Stichting Garantiewoning erkende garantie-en waarborgregeling wordt overeengekomen. In dat geval heb ik geen moeite met deze verlenging omdat er dan geen sprake is van een dubbele zekerheid.

Door de opdrachtgever vervolgens het recht te geven 5% van de aanneemsom niet pas bij de oplevering in te houden maar al op de eerst verschuldigde bouwtermijn (en) , ontstaat er een waarborg van 5% van de aanneemsom voor het geval de aannemer tijdens de bouw failleert. Vanaf de oplevering beschermt diezelfde waarborg de opdrachtgever voor faillissement van de aannemer tot 15 maanden na de oplevering. Dat betekent dat de opdrachtgever zowel voor als na de oplevering de in art. 7:767a BW genoemde zekerheid heeft, waarmee dit artikel m.i. kan vervallen.

Ik stel dus voor om het voorstel van art. 7:767a BW te schrappen, het tweede en vierde lid van art. 7:768 BW ongewijzigd te laten – drie maanden blijft drie maanden - en aan dit artikel een vijfde lid toe te voegen dat ongeveer als volgt kan luiden:

'Indien partijen geen door de Stichting Garantiewoning erkende garantie-en waarborgregeling zijn overeenkomen, wordt de in het tweede en vierde lid van dit artikel genoemde termijn van drie maanden vervangen door: 15 maanden en kan de opdrachtgever het in lid 1 genoemde bedrag inhouden op de eerst verschuldigde termijn(en) en dit bedrag, in plaats van aan de aannemer te betalen, in depot storten bij een notaris.'

Voor woningen die wel onder een door de Stichting Garantiewoningen erkende waarborg worden gebouwd is de huidige termijn van drie maanden logisch en functioneel. Het is een prikkel voor de aannemer om de gebreken te herstellen die staan op het proces-verbaal van oplevering en om de gebreken te herstellen die in de eerste drie maanden na de oplevering aan de dag treden.

Bovendien vangt het de gevolgen op bij faillissement van de aannemer na de oplevering tot drie maanden na de oplevering. Maar daarna, dus 3 maanden na de oplevering, gaat de insolventie- en herstelwaarborg in – althans bij ca. 85% van alle nieuw gebouwde woningen - waarmee de noodzaak van de inhouding van 5% van de aanneemsom m.i. vervalt.

Voorbeeld: de memorie van toelichting motiveert de verlenging naar 15 maanden met het voorbeeld dat gebreken aan de verwarmingsinstallatie pas na geruime tijd kunnen optreden. Maar de herstelwaarborg van SWK, Woningborg en Bouwgarant voor een verwarmingsinstallatie is 2 jaar, die ingaat 3 maanden na de oplevering. Dubbele zekerheid dus.

Tot slot merk ik op dat de gedachte dan het oprekken van de termijn van drie maanden overbodig is, ook lijkt te stroken met art. 7:768 lid 3 BW waarin immers staat dat de notaris het depotbedrag teruggeeft aan de aannemer als deze vervangende zekerheid stelt. Het lijkt mij zeer pleitbaar te stellen dat de insolventie-en herstelwaarborg van SWK, Woningborg en Bouwgarant een vervangende zekerheid is als in dit artikel bedoeld.

Kortom: de verlenging naar 15 maanden is niet nodig als de insolventie – en herstelwaarborg van SWK, Woningborg en Bouwgarant is overeengekomen.

Artikel 7: 758 lid 3, aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering

Het huidige art. 7:758 lid 3 is gebaseerd op par. 12 UAV.

Het voorstel om dit artikel te wijzigen acht ik volkomen juist. Eindelijk!

Immers: het is onjuist dat een aannemer op basis van het huidige art. 7:758 lid 3 BW voor evidente, dus redelijkerwijs te ontdekken tekortkomingen niet aansprakelijk is.

Het is onjuist dat een aannemer zich op basis van huidige art. 7:758 lid 3 BW als volgt kan verweren: “ik ben niet aansprakelijk voor mijn tekortkoming. Ik, aannemer, ben inderdaad wel tekortgeschoten, maar ik ben *zo zichtbaar, zo duidelijk* tekort geschoten dat ik daarom niet aansprakelijk ben”.

Dat leidt tot de regel dat een aannemer niet aansprakelijk is dankzij de evidentie van zijn wanprestatie. Dat druist zeer in tegen het rechtsgevoel.

Zo ook: Monica Chao-Duivis in haar noot onder RvA 30 mei 2006, *Bouwrecht* 2007, p.55 e.v. : het wringt met het rechtsgevoel dat een fout aan de kant van de opdrachtgever die niet in causaal verband staat tot de fout van de aannemer, leidt tot een vermindering (en mogelijk zelfs geheel verdwijnen) van de schadeplichtigheid van de aannemer.

Evelien Bruggeman valt in haar dissertatie “*De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief*”, Bouwrecht Monografie nr.: 31, p.445, Chao-Duivis bij door op te merken

dat het niet strookt met het rechtsgevoel dat een verkrijger als het ware wordt gestraft voor zijn onoplettendheid, terwijl het causaal verband tussen zijn onoplettendheid en de door hem geleden schade ontbreekt.

En lees de eerste zin van de noot van Leon Burgersdijk bij RvA No.71.298, *TBR* 2010, p. 1034 e.v. : '*Bovenstaande uitspraak illustreert weer eens dat de regel dat de partij die een fout maakt, daarvoor ook primair aansprakelijk is, in het bouwrecht niet altijd opgaat.'*

Vervolgens concludeert hij dat het niet billijk is dat de aannemer die de duidelijke fout heeft gemaakt, vrijuit gaat.

Eelco Brinkman, in zijn hoedanigheid van voorzitter van Bouwend Nederland in zijn op 26 juni 2013 gehouden voordracht, te vinden in het TBR juni 2014, p. 506 e.v.:

'Ten slotte wil ik opmerken dat er gelukkig heel veel bedrijven zijn die, ook al laten zij steken vallen, en al waren die tekortkomingen wellicht voor de opdrachtgever zichtbaar, er geen probleem van maken om die ten genoegen van de opdrachtgever op te lossen. Goede bedrijven staan voor kwaliteit, lossen het door hen veroorzaakte probleem op en verdiepen zich niet en willen zich niet verdiepen in mogelijkheden om onder hun verantwoordelijkheid uit te komen'.

Goede aannemers die staan voor kwaliteit zullen dus geen enkele moeite hebben met dit voorstel!! Ik ben het eens met Eelco Brinkman die eigenlijk met zoveel woorden zegt: het huidige art. 7:758 lid 3 BW hoort bij slechte aannemers die zich niet bekommeren om kwaliteit en onder hun verantwoordelijkheid uit willen komen, het nieuwe art. 7:758 lid 3 BW hoort bij goede aannemers die zich wel bekommeren om kwaliteit en niet onder hun verantwoordelijkheid uit willen komen. Het is daarom ook zeer terecht dat de wijziging van art. 7:758 lid 3 een onderdeel is van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen.

Meer juridisch geformuleerd: het is niet redelijk dat de opdrachtgever de schade als gevolg van de tekortkoming van de aannemer geheel of gedeeltelijk draagt <u>omdat het causaal verband tussen zijn onoplettendheid en de schade ontbreekt.</u>

Ook is juist dat par.12 UAV 2012, par.28 UAV GC (samen met art. 13 model Basisovereenkomsten), art. 16.3 AVA en de bepaling in het model koop-aannemingsovereenkomst over de aansprakelijkheid aannemer na de oplevering moeten worden gewijzigd als gevolg van het dwingendrechtelijke karakter van de wijziging. Want deze paragrafen zijn even onjuist als het huidige art. 7:758 lid 3 BW.

In lijn met de wijziging van par. 12 UAV 2012 zou m.i. ook par.17 lid 3 UAV 2012 moeten worden gewijzigd.

SAMENVATTING

Het is zaak dat de bouwconsument vanaf het moment dat hij de aannemingsovereenkomst ondertekent, zekerheid heeft over de nakoming van de verplichtingen van de aannemer. Dubbele zekerheid is niet nodig, is bovendien duur en ook schadelijk voor de bouwbranche.

Indien een door de Stichting Garantiewoning erkende insolventie-en herstelwaarborg van SWK etc. wordt overeengekomen, wordt deze zekerheid bereikt met inhouding van 5% van de aanneemsom gedurende de eerste drie maanden na oplevering. Daarna kan het depot vervallen omdat na afloop van deze drie maanden de insolventie – en herstelwaarborg van SWK etc. ingaat.

Indien geen insolventiewaarborg wordt overeengekomen is het redelijk dat de bouwconsument 5% van de aanneemsom gedurende 15 maanden na de oplevering kan inhouden als waarborg die alleen kan worden aangewend als de aannemer failleert. Het daarmee corresponderende bedrag kan van de eerst verschuldigde bouwtermijn (en) worden ingehouden en bij een notaris worden gedeponeerd zodat er ook gedurende de bouw een insolventiewaarborg is. Anders gezegd: bij faillissement vóór de opleving kan met behulp van dit bedrag de woning worden afgebouwd.

Bij faillissement na de oplevering kunnen tot 15 maanden na de oplevering eventuele gebreken worden hersteld die de failliete aannemer toerekenbaar zijn. Daarmee wordt bereikt wat art. 7:767a BW beoogt en kan dit onduidelijke en, zou ik bijna zeggen vermaledijde artikel vervallen.

Vervolgens ontstaat met de door mij voorgestelde uitbreiding van art. 7:768 BW naar mijn mening een overzichtelijk, degelijk, logisch en coherent zekerheidssysteem voor alle particuliere opdrachtgevers.

Het voorstel om art. 7:758 lid 3 te wijzigen is prima.

6.5 Bijlage 5: Inleiding ing. W.G.H. Ankersmit

Reactie op wetsvoorstel kwaliteitsborging in de bouw. In kader consultatie ministerie BZK versie 2 september 2014

1.Introductie

Deze notitie bevat de reactie van de Vereniging Bouw- en Toezicht Nederland (VBWTN) op het Voorstel van Wet inzake Kwaliteitsborging in de bouw (door ons afgekort vertaald als PKB). Het betreft de wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Woningwet in verband met de versterking van de positie van de bouwconsument en de invoering van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen (Wet kwaliteitsborging voor de bouw). In hoofdstuk 2 wordt een aantal algemene opmerkingen geplaatst bij het voorstel wet van wet en de Memorie van Toelichting, hoofdstuk 3 bespreekt een aantal specifieke reacties. Beide hoofdstukken kunnen niet los van elkaar worden gezien. Zij moeten in samenhang worden beschouwd. Gezien de rol van de VBWTN hebben de reacties vooral betrekking op het publiekrechtelijke deel.

Met deze notitie verwachten wij in vervolg op ons visiedocument “Privaat wat moet, publiek wat onvermijdelijk is” van 12 maart 2013 een verdere bijdrage te leveren aan het realiseren van een werkbaar nieuw stelsel.

2. Algemene reacties

2.1. Scheve verhouding wet en AMvB

Er is naar onze mening een scheve verhouding tussen de wet en de aangekondigde Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB). Essentiele delen van het stelsel horen o.i. voor een belangrijk deel in de wet te worden opgenomen. Het uitgebreid regelen van onderdelen in de AMvB vinden wij geen goede zaak. Het volgende hoofdstuk met specifieke reacties bevat delen van het nieuwe stelsel die volgens ons voor een belangrijk deel in de wet thuishoren, omdat zij de kaders bieden van het nieuwe stelsel. Uitwerking kan indien nodig plaatsvinden in de AMvB.

Mede gelet op andere privatiseringstrajecten, gaan wij ervan uit, dat deze AMvB met inbegrip van de bijlagen.

Conform ons visiedocument beschrijft, in voorhang aan het parlement wordt voorgelegd, opdat de wijze waarop deze belangrijke verschuiving van publieke naar private verantwoordelijkheid de parlementaire aandacht kan krijgen die nodig is. Ook de VNG heeft gewezen op tal van ook voor gemeenten belangrijke gevolgen van de stelselwijziging, die raken aan essentiële aspecten van ons staatsbestel en de interbestuurlijke verhoudingen.

2.2. Ontbrekende tijdslijn

Zoals zojuist aangegeven heeft de stelselwijziging belangrijke gevolgen voor de gemeenten. Tegen deze achtergrond is er een sterkte behoefte aan een duidelijke tijdslijn met mijlpalen. Op basis van deze tijdslijn kunnen de gemeenten op een zorgvuldige wijze vorm en inhoud geven aan de gevolgen van de stelstelwijziging voor de medewerkers en hun organisatie. Daarnaast is deze duidelijke tijdslijn ook erg belangrijk voor de private markt. Alleen al de tijd gemoeid met het scholen van private partijen in bouwregelgeving en kwaliteitsborging zijn processen van jaren. Met deze gevolgen mag niet lichtzinnig worden omgegaan. De nu voorgestelde tijdslijn kijkt uitsluitend naar de haalbaarheid van het juridische wetgevingstraject, maar kijkt niet naar de praktische realiseerbaarheid van de invoering van het stelsel. Wij vragen hiervoor expliciet aandacht anders komen we in een kwalitatieve neergang terecht die niet te keren is. Wij vinden dan ook dat dit op dit moment nog veel te weinig aandacht krijgt.

2.3 Gevolgen voor gemeenten, burgers en bedrijven onvoldoende in beeld

De passages over de gevolgen voor gemeenten, burgers en bedrijven en de financiële gevolgen baart ons zorgen. Er wordt nog geen relatie gelegd met het onderzoek naar de toekomstige financiering van de activiteit bouwen. Wel wordt verwezen naar de door ons als zeer slecht beoordeelde Maatschappelijke Kosten en Baten Analyse (MKBA) van Ecorys. Deze analyse maakt onvoldoende duidelijk wat de werkelijke gevolgen zijn op de niveaus waar het het straks toe doet. Daarbij wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat de gemeenten te maken krijgen met frictiekosten, die zij, zo lijkt het, zelf moeten financieren.

Wij pleiten voor een nieuwe impactanalyse van de stelselwijziging om de werkelijke consequenties op het juiste aggregatieniveau voor gemeenten, burgers en bedrijven in beeld te brengen. Daarbij mogen wat ons betreft ook de effecten van het nieuwe stelsel op bijvoorbeeld duurzaamheidsbeleid en innovatie niet ontbreken.

Op basis van de resultaten van deze impactanalyse willen wij samen met het ministerie van BZK komen tot een gezamenlijk actieplan om de gevolgen voor gemeenten en medewerkers op te vangen. Minister Blok heeft in het Algemeen Overleg van 27 maart jl. aangegeven dat kwaliteit niet voor snelheid mag gaan. Vandaar onze oproep voor een heldere tijdslijn en impactanalyse op het juiste niveau. De menselijke maat van de stelselwijziging mag niet uit het oog worden verloren.

2.4. SMART geformuleerde eindtermen ontbreken

Het duale stelsel met een evaluatie na drie jaar is komen te vervallen. Er wordt nu gekozen om het nieuwe stelsel fasegewijs in te voeren, en wel door te starten met de bouwwerken met het laagste maatschappelijke risico. Wij pleiten ervoor om na een bepaalde periode na de start van de eerste fase een evaluatie te houden om te kunnen beoordelen of de resultaten bevredigend zijn en welke conclusies daaraan moeten worden verbonden. Tegen deze achtergrond is het noodzakelijk om vooraf de eindtermen te benoemen. Alleen als we vooraf SMART formuleren wanneer we de resultaten succesvol kunnen noemen en wanneer niet, de evaluatie daar efficiënt op

inrichten door tussentijdse metingen en monitoring en zo nodig ook tussentijds bijsturen kunnen we aan het eind van de afgesproken periode daaraan bruikbare conclusies verbinden: niet alleen voor de eerste fase, maar ook voor de fasen die nog volgen.

2.5. Onvoldoende beschikbare instrumenten voor kwaliteitsborging

In relatie tot het vorige punt speelt onze constatering dat het nieuwe stelsel alleen maar zal werken als er (voldoende) instrumenten voor kwaliteitsborging beschikbaar komen. Hierbij doet volgens ons het dilemma zich voor tussen enerzijds het opzetten van een goed kader voor het nieuwe stelsel en anderzijds het bieden van ruimte aan marktpartijen om instrumenten met bijbehorende organisaties te ontwikkelen. Tot op heden zien wij een zeer beperkte hoeveelheid initiatieven om invulling te geven aan deze instrumenten en organisatie. En waar deze aanwezig zijn betreft dit met name voor de categorie woningbouw waar het risico beperkt is en door de herhalende opgaaf de kwaliteit in de bouw al redelijk hoog is. Dit baart ons grote zorgen, omdat de kans straks aanwezig is dat de wet- en regelgeving is aangepast, gemeenten hierop hebben geanticipeerd en vervolgens het private domein de nieuwe situatie onvoldoende tegemoet kan treden. Op dat moment is een traject ingezet dat onomkeerbaar is met als gevolg geen of onvoldoende borging van de bouwkundige kwaliteit. Daarbij komt nog, dat pas onlangs de eerste opleiding is ontwikkeld tot Bouwbesluitdeskundige bij marktpartijen, dit betekent dat alleen om die reden het nog een aantal jaren zal gaan duren totdat voldoende deskundigheid bij de markt aanwezig is om naast voldoende instrumenten ook voldoende capabel personeel beschikbaar te hebben.

2.6. Complexiteit en impact van nieuwe stelsel

De wettelijke aanpassingen zijn tot op heden beperkt, de AMvB zal zorgen voor de verdere uitwerking waarvoor in de Memorie van Toelichting en de adviezen van de landelijke kwartiermakers bouwstenen zijn terug te vinden. Ook hier doet zich volgens ons een dilemma voor, en wel tussen enerzijds het opzetten van een goed kader voor het nieuwe stelsel en anderzijds de complexiteit van het stelsel. De complexiteit van het nieuwe stelsel wordt steeds inzichtelijker. Enkele voorbeelden; er wordt een geheel nieuwe organisatie met eigen spelregels opgezet voor de kwaliteitsborging; in het voorstel van wet vindt een stapeling plaats van toezicht; de bouwconsument wordt in een bepaalde situatie gemaneuvreerd tussen het private en publieke domein. Wij willen ervoor waarschuwen om het nieuwe stelsel niet te complex te maken en de werkbaarheid vooral in het oog te houden. Aan het laatste schort het volgens ons op diverse onderdelen.

Daarbij is ook de impact van deze operatie binnen de gemeenten nog onvoldoende in beeld gebracht. Veel gemeenten hebben nog totaal geen zicht op wat er hen staat te veranderen. Er verdwijnen taken. Er komen taken bij, maar wat dit betekend kan pas worden vertaald in uren en fte als de inhoud van de AMvB geheel duidelijk is, en dat is onacceptabel. Er zijn veel onzekerheden. Zeker nu blijkt dat de wet VTH eerst strenge eisen aan de gemeentelijke organisatie gaat stellen, de inwerkingtreding hiervan nu

onlangs is uitgesteld, en gelet op dit wetsvoorstel wellicht geheel wordt afgesteld voor bouwtaken, zijn veel gemeenten totaal de draad kwijt, en vindt al een onherstelbare sanering plaats binnen het BWT waardoor deze kennis als deze straks nodig is binnen de private markt, helemaal niet meer beschikbaar is.

2.7. Beperktheid verplicht aanbieden verzekering

In het wetsvoorstel en Memorie van Toelichting wordt volgens ons het aanbieden van een verplichte verzekering te veel geënt op woningbouw. In 85% van de gevallen is dit in Nederland overigens reeds goed geregeld. De aandacht zou zich hierbij dan ook moeten richten op andere type bouwwerken.

De hierbij betrokken bouwconsumenten moeten ook beschermd worden. Wij zijn daarbij overigens, op basis van reacties van deskundigen, geschrokken van de eventuele impact van het wetsvoorstel op de bestaande regelingen. Graag verwijzen wij naar eerdere opmerkingen over complexiteit en werkbaarheid van het nieuwe stelsel.

3. Specifieke reacties

3.1. Inleiding

De VBWTN heeft de reacties op het Voorstel van Wet zoveel mogelijk geordend naar thema i.c. onderwerp. Daar waar mogelijk wordt verwezen naar het artikel in het voorstel van wet.

3.2. Risico-klassen

In deze paragraaf is een aantal reacties terug te vinden op het fundament van het nieuwe stelsel, namelijk de bouwwerken die vallen onder private kwaliteitsborging en de daarbij behorende risicoklassen. De reacties hebben zowel betrekking op de aanpassing van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) als op de Woningwet.

3.2.1. Bouwwerken vallend onder private kwaliteitsborging

Het voorstel van wet neemt de vergunningvrije bouwwerken als ondergrens. In ons visiedocument wordt dit als niet wenselijk geacht. Ook vergunningvrije bouwwerken moeten voldoen aan het Bouwbesluit. Het realiseren van private kwaliteitsborging op het gebied van de eisen uit hoofdstuk 2 t/m 6 van het Bouwbesluit heft feitelijk het verschil tussen vergunningplichtige en vergunningvrije bouwwerken op dit onderdeel op. Deze laatste categorie moet dan ook in onze opvatting in het nieuwe stelsel worden betrokken, zeker als er een combinatie plaatsvindt van bouwen onder kwaliteitsborging gecombineerd met vergunningvrij bouwen, en wel om een aantal redenen:

De bouwkundige grens tussen vergunningvrij en vergunningplichtig is niet scherp te trekken.

Sommige vergunningvrije bouwwerken zijn omvangrijker en technisch complexer, dan andere bouwwerken die echter door hun positie op de kavel vergunningplichtig zijn.

Tijdens veel nieuwbouw wordt gelijktijdig gebruik gemaakt van vergunningvrije bouwonderdelen, waardoor een scheiding onmogelijk is.

Het vergunningvrij bouwen wordt opgerekt en steeds grotere bouwwerken kunnen zonder ruimtelijke vergunning worden gerealiseerd.

Het kan het niet zo zijn dat een architect of aannemer van een vergunningvrij bouwwerk of onderdeel bij wijze van spreken het Bouwbesluit voor het vergunningvrije deel aan zijn laars lapt, maar daarnaast opereert als houder van een erkenning, certificaat of accreditatie binnen het nieuwe stelsel bij vergunningplichtige bouwwerken.

Vanuit oogpunt van bescherming van het belang van de bouwconsument en om te komen tot een duidelijk stelsel is het daarom volgens ons van belang te komen tot een andere ondergrens. Daarbij is niet het onderscheid vergunningvrij of vergunningplichtig het vertrekpunt, omdat dit onderscheid namelijk is gebaseerd op ruimtelijke en niet op bouwtechnische gronden. De vraag die gesteld moet worden is welke bouwwerken vallen gezien hun maatschappelijke risico's op grond van bouwkundige kwaliteit onder de private kwaliteitsborging en welke niet. Vanuit dit oogpunt is het van belang om te komen tot het definiëren van een risicoklasse 0 waarin type bouwwerken zijn opgenomen die niet onder de private kwaliteitsborging vallen. Deze bouwwerken hebben geen tot een beperkt bouwkundig afbreukrisico.

3.2.2. Risicoklassen

Het onderscheiden van risicoklassen is een belangrijk fundament van het nieuwe stelsel. Verdere uitwerking vindt plaats in de genoemde AMvB. Wij vinden het van belang om ten aanzien van dit onderwerp te benadrukken dat gekomen moet worden tot een werkbare systematiek. De criteria op basis waarvan wordt bepaald in welke risicoklasse een bouwplan valt moeten eenvoudig zijn. Uitkomsten moeten niet multi interpreteerbaar zijn en reeds direct bij indiening van de aanvraag voor een ruimtelijke vergunning leiden tot discussie tussen bevoegd gezag en aanvrager. Kortom, de criteria moeten niet leiden tot een grijs gebied. Door bijvoorbeeld herkenbare type bouwwerken als vertrekpunt te nemen, aan te sluiten bij gegevens op het aanvraagformulier en risicoklasse-bepaling onderdeel te maken van Omgevingsloket online kan een bijdrage worden geleverd aan een systematiek die leidt tot klip en klare antwoorden.

Uitsluitend CC1

Wij pleiten daarbij voor een invoering van het stelsel tot in eerste instantie uitsluitend de grenzen van CC1 (de gevolgklasse laag risico volgens de Eurocodes). Europees gezien is er voor gekozen om uitsluitend ondergeschikte gebouwen waarbij de faalkans zeer laag is, zoals gebouwen voor de landbouw waar mensen normaal niet verblijven, onder CC1 te laten vallen. In Nederland is dit middels de Nationale Bijlage al opgerekt tot eengezinswoningen met maximaal 3 bouwlagen en industriegebouwen met twee bouwlagen. Hiermee accepteren wij in Nederland dus al een behoorlijk lager veiligheidsniveau voor deze gebouwen t.o.v. de rest van Europa.

Aangezien wij met een geheel nieuw stelsel gaan werken, en daarmee ook een geheel nieuwe methode van kwaliteitsborging gaan werken, zal dit een grote mentaliteitsomslag in de bouwwereld (moeten) gaan veroorzaken. Deze omslag zal gepaard gaan met vallen en opstaan.

Wij zijn dan ook van mening dat voor de eerste fase uitsluitend bouwwerken vallende in de CC1 in aanmerking kunnen komen voor private kwaliteitsborging. Pas als na evaluatie (volgens SMART geformuleerde eindtermen) voldoende is bewezen een goede kwaliteitsborging te hebben ontwikkeld op deze CC1 categorie, kan een verdere verruiming naar meer risicovolle bouwwerken worden overwogen en geaccepteerd. Als vereniging BWT-Nederland is dit dan ook een absoluut kernpunt in deze reactie, en accepteren wij ruimere invoering dan uitsluitend CC1 niet.

Het voorstel van wet gaat niet in op wie de risicoklasse beoordeelt. Wij gaan er vanuit dat dit door het bevoegd gezag plaatsvindt in het kader van de volledigheidstoets voor de aanvraag ruimtelijke vergunning. Mocht blijken dat sprake is van een onjuiste risicoklasse dan wordt, zeker in fase 1 van het nieuwe stelsel, de aanvrager direct op achterstand gezet. Hij heeft immers bepaalde bescheiden (nog) niet uitgewerkt in de veronderstelling dat dit pas later hoefde. Tevens heeft hij reeds tijd en energie gestoken in het vinden van een kwaliteitsborger of in ieder geval een toe te passen instrument voor kwaliteitsborging. Ook als het stelsel volledig is ingevoerd kan het onjuist bepalen van de risicoklasse leiden tot een ander kostenplaatje voor de aanvrager. Dergelijke situaties versterken de positie van de bouwconsument niet. Bij een te complexe systematiek zal dit bovendien leiden tot toenemende vragen aan het bevoegd gezag of de toelatingsorganisatie over welke risicoklasse van toepassing is. Dit moet zoveel mogelijk voorkomen worden.

Essentieel daarbij is dat bij meningsverschillen over het classificeren van een bouwplan in een risicoklasse een duidelijke procedure beschikbaar moet zijn. Hierbij zien wij een rol weggelegd voor de toelatingsorganisatie zodat gekomen wordt tot een uniforme landelijke interpretatie. In het voorstel van wet moet worden bepaald of een onjuiste risicoklasse een weigeringsgrond is voor de ruimtelijke vergunning en daardoor onderwerp van bezwaar en beroep is. Wanneer dit het geval is zal dit iets betekenen voor de rol van de toelatingsorganisatie zoals wij die voor ons zien. Interpretatie wordt dan een kwestie van de gemeenten en het publieksrecht. Wij zijn hier geen voorstander van.

3.2.3. Risicoklassen en proportionaliteit

Buiten de hierboven aangehaalde voor ons maximale grens om mee te starten in de eerste fase is de afstemming van de risicoklassen met het principe van proportionaliteit. Het uitgangspunt van het nieuwe stelsel is altijd geweest om de eisen aan de private kwaliteitsborging af te stemmen op de maatschappelijke risico's van een bouwwerk. Vandaar dat wij pleiten voor een systematiek waarbij de indeling van risicoklassen en de zwaarte van eisen aan private kwaliteitsborging één op één lopen. Met andere woorden, laat geen situaties ontstaan waarbij voor delen van een bouwproject

verschillende risicoklassen met daarop van toepassing zijnde eisen gelden. Dit maakt de systematiek onnodig complex voor zowel private partijen, het bevoegd gezag als de toelatingsorganisatie. Als voorbeeld een samengesteld bouwwerk waar de woningen onder risicoklasse 1 zouden vallen, en de onderliggende woningen met parkeergarage onder een andere risicoklasse. Hiervoor moet altijd het principe gelden dat de hoogste risicoklasse leidend is voor het toe te passen instrument van kwaliteitsborging.

3.2.4. Kwaliteitsborging bij samengesteld project

In het voorstel van wet wordt uitgegaan dat per bouwplan één risicoklasse van toepassing is. Bouwprojecten kunnen echter uit verschillende bouwwerken of –activiteiten bestaan, die onder verschillende risicoklassen kunnen vallen. Zonder verdere afspraken betekent dit bijvoorbeeld dat bij het bouwplan sprake is van twee kwaliteitsborgers en twee instrumenten voor kwaliteitsborging. Dit leidt ons gezien samenhang en afstemming op bouwplanniveau een onwenselijke situatie. Het zou bovendien een prikkel kunnen vormen om gelet op de risicoklasse projecten qua aanvraag op te splitsen om zo een goedkopere vorm van kwaliteitsborging te kunnen toepassen. Het is volgens ons daarom van belang om duidelijk te regelen hoe het nieuwe stelsel op dat moment zal gaan werken. Ons vertrekpunt is dat de hoogste risicoklasse leidend is. Met andere woorden, als bijvoorbeeld een bouwplan valt onder zowel risicoklasse 0 als 1 dan is risicoklasse 1 van toepassing, als sprake is van risicoklasse 1 en 2 dan is risicoklasse 2 van toepassing etc.

3.2. Samenhang

In deze paragraaf is een aantal reacties terug te vinden over de samenhang tussen wet- en regelgeving waarvoor de gemeenten bevoegd blijven en de private kwaliteitsborging. De reacties hebben betrekking op de aanpassing van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo).

3.2.2. Samenhang andere activiteiten

De private kwaliteitsborging richt zich op de eisen die het Bouwbesluit stelt aan het bouwwerk. De ruimtelijke vergunning biedt op grond van bestemmingsplan, welstandscriteria en omgevingsveiligheid het kader waarbinnen de private partijen te werk gaan. Die ruimtelijke vergunning is gewoon een omgevingsvergunning, die ook betrekking kan hebben op meerdere activiteiten dan alleen het bouwen of daarmee kan samenlopen, zoals sloopveiligheid, asbestverwijdering, bodemverontreiniging, cultuurhistorische waarden, milieubelasting, externe veiligheid, flora en fauna, effecten op de omgeving (bijvoorbeeld wind en sneeuw). Het betreft zowel thema's binnen als buiten de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo), maar ook thema's wel of niet gerelateerd aan het Bouwbesluit. Die onderwerpen vallen grotendeels onder toetsing en toezicht door het bevoegd gezag, maar nu dit (deels) op afstand komt te staan van de uitwerking van het bouwplan en de uitvoering van het bouwwerk, is de

vraag hoe deze samenhang bewaakt wordt. Het bouwwerk staat niet op zich, het effect op de omgeving en andere relevante thema's moet daarom goed belegd zijn.

Het voorstel van wet gaat hier niet op in, waardoor waarschijnlijk wordt verondersteld dat de huidige afstemmingsmechanismen in wet- en regelgeving de samenhang schijnbaar goed zullen blijven borgen. Voor een belangrijk deel kunnen wij hierin mee gaan. Dit betreft het deel van wet- en regelgeving dat geen impact heeft op het Bouwbesluit. Daar waar dit wel een impact kan hebben, zoals bij monumenten (relatie cultuurhistorische waarden), inrichtingen brandveiligheid en/of milieu-inrichtingen (specifieke bouwkundige eisen) kunnen volgens ons vraagtekens worden gesteld. Het is nu vaak het bevoegd gezag dat deze samenhang bewaakt, vorm en inhoud geeft. Voor private partijen is deze samenhang geen vanzelfsprekendheid. Verwacht wordt dat afstemming lastiger wordt. Voorkomen moet worden dat gemeenten en instrumentbeheerders allerlei eigen hulpconstructies gaan bedenken om hieraan het hoofd te bieden. Het is naar onze mening relevant dat gemeenten bijvoorbeeld wettelijk "ruimte" krijgen om in relatie tot andere activiteiten dan bouwen bijvoorbeeld in de beschikking ontheffingen of aanvullingen in relatie tot het Bouwbesluit op te nemen en dat de kwaliteitsborger wordt verplicht om hieraan het ontwerp en de uitvoering te beoordelen en ook aan te tonen dat hieraan wordt voldaan.

3.2.3. Te overleggen bescheiden

Het gevolg van het toevoegen van een lid aan artikel 2.10 heeft gevolgen voor de bescheiden die de aanvrager bij de aanvraag moet indienen. De bescheiden die moeten worden overlegd worden uitgewerkt in de Ministeriele Regeling Omgevingsrecht (Mor). In het voorstel van wet worden de gevolgen van het nieuwe stelsel voor de Mor niet genoemd. Daarbij zijn wij tevens vooral geïnteresseerd in de wijze waarop wordt omgegaan met het omgevingsveiligheidsplan. Om na te gaan of voldoende maatregelen worden genomen voor de veiligheid van de omgeving kan het noodzakelijk zijn om over onderliggende technische specificaties te beschikken. Specificaties die door de wijziging van de Mor niet meer bij een aanvraag voor een ruimtelijke vergunning hoeven te worden ingediend.

3.3. Rol van het bevoegd gezag

In deze paragraaf is een aantal reacties terug te vinden over de rol van het bevoegd gezag in relatie tot private kwaliteitsborging. De reacties hebben betrekking op passages uit de Memorie van Toelichting.

3.3.1. Rol gemeenten

De rol van het bevoegd gezag in het nieuwe stelsel hinkt in de Memorie van Toelichting sterk op twee gedachten: een privaat domein met een openbaar karakter. In ons visiedocument pleiten wij voor een duidelijke scheiding: "als je er niet meer van bent, ben je er niet meer van". Bij de verdere uitwerking van het stelsel moet dit klip en klaar het uitgangspunt zijn om de doelstellingen ten grondslag liggend aan het nieuwe stelsel te kunnen realiseren. Ons standpunt is dat gemeenten alleen nog een rol hebben in het

nagaan of conform de spelregels van de private kwaliteitsborging wordt gewerkt (procestoezicht). Gemeenten hebben geen enkele rol meer ten aanzien van de inhoud, namelijk de daadwerkelijke bouwkundige kwaliteit. Het stelsel moet zodanig zijn ingericht dat binnen het private domein bouwwerken worden gerealiseerd die voldoen aan het Bouwbesluit en dat bij geschillen dit binnen het private domein wordt geregeld.

In de Memorie van Toelichting en discussies over het nieuwe stelsel worden gemeenten op meerdere momenten het inhoudelijke traject ingetrokken. Voorbeelden zijn onder meer terug te vinden bij de gereedmelding door de kwaliteitsborger, bij de ingebruikname van een bouwwerk en handhaving tijdens de bouw. Dit vinden wij een slechte zaak. Door het bevoegd gezag de inhoud in te trekken komt daar de druk te liggen. Aangezien zij niet over informatie beschikt die gaat over de technische kwaliteit van het bouwwerk kan dit leiden tot hachelijke situaties met eventueel claims en schade ten gevolg. Een vergelijking met de weerswaarschuwingen van het KNMI kan hier als het ware worden getrokken: als er weerswaarschuwingen worden afgegeven en deze blijken niet te kloppen zegt iedereen waarom is de waarschuwing afgegeven; als er geen waarschuwing wordt afgegeven, maar dit had achteraf eigenlijk wel gemoeten gezien de hevigheid van de storm zegt iedereen waarom is er geen waarschuwing afgegeven.

Wij zijn er voorstander van om de taken en verantwoordelijkheden scherp neer te zetten en daarbij het principe “als je er niet meer van bent, ben je er niet meer van” strikt te hanteren. Het bevoegd gezag moet toezien of er:

wordt gebouwd met een toegelaten instrument voor kwaliteitsborging dat bij de risicoklasse past en wordt toegepast door een gerechtigd kwaliteitsborger (zowel in de fase van vergunningverlening als uitvoering);

een verklaring dat het gerede bouwwerk voldoet aan het Bouwbesluit bij oplevering wordt overlegd;

sprake is van een opleverdossier dat aan de gestelde inhoudseisen voldoet.

3.3.2. Kwaliteitsborging

Uit de vorige subparagraaf blijkt dat wij adviseren om de gemeenten wat ons betreft geen rol meer te laten spelen bij de ingebruikname i.c. de bouwtechnische toelating van een bouwwerk aan de bestaande voorraad. Dit is het gevolg van het consequent doortrekken van het nieuwe systeem waarbij de overheid uittreedt. Aangezien echter het motto is “de huidige voorraad is de voorraad van de toekomst” is het van belang dat in het stelsel van private kwaliteitsborging mechanismen worden ingebouwd die leiden tot de juiste bouwkundige kwaliteit bij toetreding tot de bestaande voorraad. In paragraaf 3.5. worden hiervoor bouwstenen aangereikt. Los van deze bouwstenen spelen in het wetsvoorstel een aantal aspecten een cruciale rol, die nu reeds aan de orde moeten worden gesteld. Het betreft in wezen de handhaving van het Bouwbesluit buiten de overheidsbemoeienis:

Definiëring begrip verborgen gebrek. Onder verborgen gebrek dient ook het gebrek te worden gebracht dat een bouwwerk of een onderdeel daarvan niet voldoet aan de eisen gesteld in hoofdstuk 2 t/m 6 van het Bouwbesluit. Bij nieuwbouw dan ook nieuwbouweisen.

Artikel 7ac lid 2. Dit artikel moet zodanig privaat worden geregeld dat kans op “afkopen” van een lager bouwtechnisch niveau, dan op basis van het Bouwbesluit zou moeten worden gerealiseerd, niet mogelijk is. Aangezien het niet voldoen aan het niveau uit het Bouwbesluit geen economisch delict meer is volgens het wetsvoorstel zal ook hiervoor iets in het private domein moeten worden geregeld. Voorkomen moet worden dat overtreders “hun busje overspuiten en vrolijk weer verder gaan”.

Artikel 7ac lid 2. Bij bestaande bouw, waarbij blijkt dat tijdens de bouw niet is voldaan aan de kwaliteitsborging en daardoor niet is gebouwd volgens nieuwbouweisen Bouwbesluit, moet indien het binnen het private stelsel niet kan worden hersteld. Het bevoegd gezag zich bij een eventuele aanschrijving kan baseren op het 'Rechtens verkregen niveau', en niet op de ondergrens 'voorschriften bestaande bouw'.

Gelijkwaardigheden: De interpretatie van gelijkwaardigheden moet conform het gestelde in ons visiedocument geregeld worden binnen het private domein.

Tevens verwijzen wij naar ons visiedocument waarin een element is opgenomen dat ook een bijdrage kan leveren aan de kwaliteitsborging. Er wordt voorgesteld om bij bouwwerken met groot maatschappelijk risico door de gemeenten extra kwaliteitsborging te eisen: een extra slot op de deur. Spelregels hiervoor zouden wat ons betreft in de wet moeten worden opgenomen.

3.3.3. Artikel 13 Woningwet

De gemeenten komen pas op bouwkundig gebied in beeld bij het toezicht en handhaving van de bestaande voorraad in de gebruiks- en beheerfase (artikel 13 Woningwet). Vanuit deze achtergrond moet het duidelijk zijn wat het van rechtens verkregen niveau bij werken onder kwaliteitsborging is.

3.3.4. Opleverdossier / gebouwdossier

De wijze waarop kwaliteiten transparant en verifieerbaar worden gemaakt wordt overgelaten aan de instrumentbeheerders stelt de Memorie van Toelichting. Waaraan de inhoud van een opleverdossier moet voldoen wordt geanalyseerd via een apart project. De vraag die wij hierbij stellen is hoe de verbinding tussen beiden wordt gelegd, zodat gekomen wordt tot opleverdossiers die voldoen aan een bepaalde kwaliteit en op een centrale plek raadpleegbaar zijn. Wij kunnen ons daarbij voorstellen dat kwaliteitsborgers bij toepassing van een instrument zelf een dossier opbouwen dat uiteindelijk bij oplevering wordt “geconverteerd” naar een landelijk gestandaardiseerd opleverdossier. Daarbij is het dan wel van belang om als voorschriften op te nemen de minimale gegevensset die moet worden aangeleverd. Het betreft dan niet zo zeer de concrete documentnamen, maar de bescheiden die een bepaald inzicht moeten geven.

Hierbij kan bijvoorbeeld een relatie worden gelegd naar de huidige indieningsvereisten zoals vastgelegd in de Mor, en die betrekking hebben op het Bouwbesluit.

3.4. Rol van de bouwconsument

In deze paragraaf is een aantal reacties terug te vinden over de rol van de bouwconsument in relatie tot private kwaliteitsborging. De reacties hebben betrekking op passages uit de Memorie van Toelichting.

3.4.1. Rol van aanvrager/vergunninghouder

De aanvrager c.q. vergunninghouder wordt in het nieuwe stelsel de scharnier tussen het publieke en private domein. Dit blijkt uit meerdere passages. Hij selecteert bijvoorbeeld het toe te passen instrument voor kwaliteitsborging en de bijbehorende kwaliteitsborger. Hij levert de verklaring van de kwaliteitsborger dat het bouwwerk voldoet aan de bouwtechnische voorschriften. Hij moet eventuele vragen van het bevoegd gezag beantwoorden of doorspelen als er twijfels over de kwaliteit zijn. Na gereedmelding is de aanvrager c.q. vergunninghouder (als eigenaar) het eerste aanspreekpunt.

Wij stellen ons de vraag of dit, zeker bij niet professionele opdrachtgevers, zal gaan werken. De bouwconsument moet zelf intensief aan de slag om zijn positie te versterken, maar is vaak niet in staat om dit te doen. Hij is onvoldoende op de hoogte van de regels, neemt juist andere partijen in de arm om zaken voor hem te regelen e.d.. In principe zou de kwaliteitsborger de bouwconsument moeten ontzorgen als het gaat om de bouwtechnische kwaliteit. Echter, bij bouwwerken met een beperkt maatschappelijk risico kan de kwaliteitsborger de architect of aannemer zijn. In de memorie staat onder 4.3 de volgende passage: Wanneer de kwaliteitsborger constateert dat niet conform de bouwtechnische voorschriften wordt gebouwd, kan hij de vergunninghouder vragen de bouw stil te (laten) leggen totdat aan die voorschriften is voldaan. Hier wordt dus voorgesteld dat bij de toepassing van een erkenningsregeling de aannemer zijn eigen werk gaat stilleggen. Deze zelfkastijding zal natuurlijk nooit plaatsvinden. Op dat moment ligt belangenverstrengeling op de loer en komt de positie en daadkracht van de instrumentbeheerder om de hoek kijken. Door de aanvrager c.q. vergunninghouder als scharnier te beschouwen ontstaat de kans dat de kwaliteitsborger zich kan verschuilen. Vooral niet professionele opdrachtgevers zullen moeite hebben om zaken aan kwaliteitsborgers voor te leggen en zijn in de meeste situaties geen gelijkwaardige gesprekspartner. Wij pleiten dan ook voor een stelsel waarbij kwaliteitsborgers en instrumentbeheerders meer een scharnierfunctie krijgen. De schanierfunctie is de stok achter de deur en moet voorkomen dat kwaliteit een papieren tijger wordt. Een situatie waarin wij in ons visiedocument voor hebben gewaarschuwd.

3.4.2. Openbaar register voor bouwconsumenten

Wij betwijfelen of de bouwconsument op de aangegeven wijze gebruik zal gaan maken van het openbaar register. Met het openbaar register kan het nieuwe stelsel niet klantvriendelijk worden gemaakt.

De bouwconsument denkt in de meeste situaties namelijk niet in termen van risicoklassen en instrumenten voor kwaliteitsborging. Hij is meer gebaat bij een marktplaatsachtige benadering in termen van: ik wil een kleine loods (als voorbeeld) bouwen, wie kan mij uit de regio daarbij van dienst zijn, hoe zijn de ervaringen van anderen met dit bedrijf en kan dit bedrijf mij van A tot Z helpen of heb ik daar nog andere bedrijven bij nodig. Dit is een geheel andere benadering dan een register om te checken of een bedrijf / persoon gerechtigd is om te werken met een bepaald instrument voor kwaliteitsborging. Tegen deze achtergrond willen wij waarschuwen om het openbaar register voor verschillende, uiteenlopende, doeleinden op te zetten. Het openbaar register schiet dan haar doel voorbij. Het openbaar register moet primair een actueel register voor iedereen zijn om na te gaan of een bedrijf / persoon gerechtigd is met een bepaald instrument te werken. Wij zijn benieuwd hoe dit openbaar register actueel wordt gehouden. Daarnaast kunnen toepassingen draaien om voor de bouwconsument gegevens op een marktplaatsachtige wijze te ontsluiten. Voor deze toepassingen zijn andere gegevens van belang dan in de Memorie van Toelichting aangegeven, zoals adres en contactgegevens van het bedrijf, het type bedrijf (aannemer, architect, bouwkundig adviesbureau e.d.) en reviews van anderen. Het opzetten van dit soort toepassingen is volgens ons geen taak van de toelatingsorganisatie.

3.5. Nadere uitwerking van onderdelen nieuw stelsel

Tegen de achtergrond van de vorige paragraven achten wij het noodzakelijk dat er in de wet gekomen wordt tot een expliciete uitwerking van een aantal onderdelen. Deze onderdelen worden aansluitend besproken. Het betreft aanpassingen van de Woningwet.

3.5.1. Kwaliteitsborger voor het gehele traject

In ons visiedocument wordt gepleit voor het adequaat organiseren van het gehele traject (van ontwerp tot oplevering). In de discussies over het nieuwe stelsel is aangegeven dat sprake zal zijn van één kwaliteitsborger voor een bouwplan. In het voorstel van wet komt dit niet aan de orde.

3.5.2. Peildatum van toepassing zijnde versie van het Bouwbesluit

Het voorstel van wet gaat niet in op de peildatum van toepassing zijnde versie van het Bouwbesluit. Dit is wat ons betreft wel noodzakelijk. Er worden namelijk regelmatig de nodige wijzigingen in het Bouwbesluit aangebracht. Er moet duidelijkheid komen over welke versie van het Bouwbesluit wanneer van toepassing is. In het huidige stelsel geldt de datum van indiening van de aanvraag als uitgangspunt. In het nieuwe stelsel lijkt dit niet langer van toepassing te kunnen zijn, immers de technische kwaliteit zal vaak pas na verstrekken van de ruimtelijke vergunning plaatsvinden. Bovendien ligt de focus op de kwaliteit van het gerede eindproduct. Dit betekent dat de technische kwaliteit voor een deel ook pas in het werk worden gerealiseerd. Voor alle betrokken partijen is het van belang dat duidelijk wordt hoe in het nieuwe stelsel met de peildatum wordt omgegaan.

3.5.3. Voorschriften instrumentbeheerder

In het voorstel van wet wordt aangegeven dat voorschriften worden gesteld aan instrumenten voor kwaliteitsborging. Er wordt niet gesproken over voorschriften aan instrumentbeheerders. Wij kunnen ons indenken dat ook op dit gebied voorschriften geformuleerd moeten worden zoals bijvoorbeeld over onafhankelijkheid en onpartijdigheid, reality-checks en deskundigheid. Wij stellen voor deze voorschriften op te nemen in de wet.

3.5.4. Prestaties instrumentbeheerder en kwaliteitsborger

In het voorstel van wet worden de taken van de toelatingsorganisatie uitgewerkt. Wij vinden het een gemis dat de prestaties van de overige betrokken instanties niet zijn uitgewerkt. Hierbij doelen wij op de prestaties van zowel de instrumentbeheerder als kwaliteitsborger. Een goede uitwerking leidt tot duidelijkheid over de relatie tot het bevoegd gezag. De scheiding tussen het private en publieke domein wordt daardoor voor iedereen expliciet en er wordt een start gemaakt met verwachtingenmanagement.

Als voorbeeld kan de kwaliteitsborger dienen. De taken van de kwaliteitsborger worden genoemd in paragraaf 2.2 van de Memorie van Toelichting. Opvallend daarbij is de strekking van de voetnoot. Hier is sprake van een volwaardige taak van de kwaliteitsborger, namelijk het toetsen van het ontwerp. In ons visiedocument is aangegeven dat van de kwaliteitsborger ook wordt verwacht dat de relatie tussen ruimtelijke vergunning en ontwerp wordt beoordeeld en dat bij bouwen in afwijking van de ruimtelijke vergunning de kwaliteitsborger een signaalfunctie heeft. Eén en ander pleit voor een strakkere omschrijving van de prestaties te leveren door de kwaliteitsborger. Zeker gelet op het eerder aangehaalde gebrek aan kennis van de bouwregelgeving binnen de private markt is dit ons een grote zorg.

3.5.5. Landelijke kaders voor instrumentbeheerders en kwaliteitsborgers

Kwaliteitsborgers en instrumentbeheerders dienen over instrumenten te beschikken om te kunnen ingrijpen. Wij stellen voor om te komen tot een landelijke sanctiestrategie voor de private kwaliteitsborging. Aan deze strategie moeten alle kwaliteitsborgers en instrumentbeheerders zich houden. De implementatie van deze strategie is een beoordelingsgrond om instrumenten toegelaten te krijgen. Door het opstellen van deze strategie wordt tevens duidelijk waar het private domein wat betreft “de eigen broek ophouden” stopt en waar het publieke domein start. Essentieel daarbij is te komen tot een sanctiestrategie gericht op specifieke projecten en wel door het volgende. Genoemd wordt namelijk dat het mogelijk is dat tijdens de bouw de instrumentbeheerder zijn toestemming aan de kwaliteitsborger intrekt, of dat de toelatingsorganisatie de toelating van dat instrument intrekt. De vraag is hierbij hoe dit te realiseren is als bijvoorbeeld een (grote) aannemer op tal van plaatsen in het land projecten heeft. En mocht een instrument worden ingetrokken betreft dit wellicht projecten in het kwadraat. Op papier klinkt dit aardig, maar in de praktijk is dit absoluut niet realiseerbaar gelet op de enorme bedragen die hier mee gemoeid zijn. Deze handelswijze zou in het huidige stelsel van rechtspersonen in ons land er ook toe

kunnen leiden dat kwaliteitsborgers voor ieder project een eigen rechtspersoon gaan oprichten. Zeker nu er op geen enkele wijze in het nieuwe stelsel wordt gewerkt aan een vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid.

Daarnaast pleiten wij voor een landelijk communicatieprotocol voor met name kwaliteitsborgers en instrumentbeheerders. Het betreft dan vooral het op een eenduidige wijze regelen van essentiële communicatiemomenten tussen het bevoegd gezag, aanvrager / vergunninghouder, kwaliteitsborger, instrumentbeheerder en toelatingsorganisatie. De implementatie van dit protocol zou wat ons betreft ook een beoordelingsgrond moeten zijn om instrumenten toegelaten te krijgen. Door het opstellen van dit protocol wordt duidelijk wie wanneer op welke wijze met welke gegevens wordt geïnformeerd.

Ook pleiten wij, conform ons visiedocument, voor het formuleren van een minimum toets- en toezichtniveau om te zorgen dat de uitwerking van de transparante kwaliteit door instrumentbeheerders niet door een bepaalde ondergrens zakt en dat de waarde van een verklaring en opleverdossier aan het einde van het proces vergelijkbaar zijn.

Het realiseren van een eenduidige set landelijke afspraken werkt voor alle betrokken instanties het meest efficiënt en effectief. Voorkomen moet worden dat iedere instrumentbeheerder eigen regels opstelt en dat bevoegde gezagen worden geconfronteerd met verschillende werkwijzen. Het uitgangspunt is dat de overheid kaders stelt, de genoemde sanctiestrategie, het communicatieprotocol en het minimum kwaliteitsniveau zijn naar onze mening essentiële kaders.

3.5.6. Landelijke toezichtorganisatie

Graag willen wij de landelijke inspectiedienst zoals verwoord in ons visiedocument onder de aandacht brengen. Met een dergelijke inspectiedienst kan volgens ons het toezicht efficiënt en effectief worden georganiseerd. Deze inspectiedienst zien wij als een aparte kamer bij de toelatingsorganisatie. De inspectiedienst is verantwoordelijk voor de reality-checks op het gebruik van de instrumenten voor kwaliteitsborging. Deze reality-checks vormen een belangrijke rol in het monitoren van het nieuwe stelsel en haar effecten. Onze inschatting is dat zeker in het begin van het nieuwe stelsel het aantal reality-checks omvangrijk zal zijn en de resultaten daarvan gebruikt kunnen worden om kwaliteitsborgers en instrumentbeheerders te ondersteunen het nieuwe stelsel op te zetten en aan te scherpen.

6.6 Bijlage 6: Ingezonden brief dhr. van Veen

Rhoon, d.d. 11 augustus 2014

Inzake: Expertmeeting - Reactie op wetsvoorstel versterking positie bouwconsument

Beste Evelien,

Ik ben uitgenodigd om deel te nemen aan de Expertmeeting over o.a. het wetsvoorstel tot versterking van de positie van de bouwconsument. Vanuit mijn ervaring van voormalig hoofd juridische zaken van het GIW (en thans advocaat van o.a. Woningborg en SWK), wil ik met name vanuit het perspectief van de bestaande garantie- en waarborgfondsen (maar volledig op persoonlijke titel) op voorhand de volgende opmerkingen inbrengen.

De bedoeling is om met de inhoud van deze opmerkingen een (hopelijk) constructieve bijdrage aan de discussie over het wetsontwerp te leveren en te bereiken dat deelnemers op voorhand hun (kritische) gedachten over de voorgestelde wetswijzigingen laten gaan. Ik kom nl. tot de conclusie dat er nogal wat lastige haken en ogen aan de voorgestelde artikelen zitten, met name artikel 7:767A BW vormt naar mijn mening een (serieus) probleem voor de bestaande garantie- en waarborgfondsen en hun achterliggende verzekeraars.

Ik zou het daarom op prijs stellen wanneer deze brief op voorhand onder de deelnemers van de Expertmeeting kan worden verspreid.

Over de voorgestelde drie artikelen heb ik tegen deze achtergrond de volgende opmerkingen.

I. Voorstel nieuw 7:758 lid 3 BW.

Strekking:

De aannemer is aansprakelijk voor alle gebreken die bij oplevering niet zijn ontdekt.

Dit artikel wordt van dwingend recht.

De aannemer is echter ook aansprakelijk voor alle gebreken die bij oplevering wel zijn ontdekt.

Kortom : de aannemer is voortaan aansprakelijk voor alle gebreken vanaf de oplevering. ongeacht of ze wel of niet bij oplevering ontdekt hadden kunnen worden (dus zichtbare én verborgen gebreken), tenzij deze hem niet kunnen worden toegerekend.

Aanvullende opmerkingen.

• Hoe lang de aannemer na oplevering aansprakelijk is voor de gebreken volgt niet uit de wet. Hierin verandert niets ten opzichte van de huidige situatie. Dit kan derhalve (net als nu) in contracten en algemene voorwaarden nader worden geregeld (in de wet staan alleen de verjaringstermijnen van 2 en 20 jaar).

• Individuele aannemers kunnen hun aansprakelijkheid derhalve in beginsel alsnog (verregaand) beperken door korte aansprakelijkheidstermijnen op te nemen. Dat zal naar verwachting vooral door niet bij de garantie- en waarborgfondsen aangesloten aannemers gebeuren.

• Het aansprakelijkheidsregime voor bouwkundige gebreken en tekortkomingen van de huidige model koop-/aannemingscontracten met toepassing van een garantie- en waarborgregeling zal heroverwogen moeten worden, omdat dit zich niet meer goed lijkt te verdragen met het nieuwe artikel 7:758 lid 3 BW.

• De opname van de woning en het proces verbaal van oplevering lijken er voor de opdrachtgever minder toe te gaan doen. Of een gebrek nu wel of niet wordt genoteerd: de aannemer blijft toch aansprakelijk. Zoals we hierna zullen zien, is het mogelijk aantrekkelijk om alle gebreken eerst na oplevering te melden. Voor de aannemer lijkt het des te belangrijker de oplevering zeer gedetailleerd vast te leggen. Met name met het oog op na de oplevering gemelde esthetische gebreken (bijvoorbeeld de krassen op het sanitair of op ramen, die eerst na ingebruikneming zijn ontstaan).

II. Voorstel artikel 7:767a BW

Strekking:

De aannemer biedt de opdrachtgever bij het aangaan van de overeenkomst een financiële waarborg aan (verzekering of andere financiële zekerheid) voor:

a. de afbouw van de woning:

b. het herstel van gebreken na oplevering.

Uitzondering: *tenzij dit in redelijkheid niet gevergd kan worden.*

Dit artikel wordt eveneens van dwingend recht zodat er bij overeenkomst niet van mag worden afgeweken.

Reactie

Ad Afbouwwaarborg

• Er is een plicht een afbouwwaarborg aan te bieden. Aan de inhoud ervan worden echter geen eisen gesteld. Wat is deze plicht waard als voor de inhoud van de zekerheid geen criteria worden gesteld?

• De bestaande garantie- en waarborgfondsen hebben aan hun deelnemers de contractuele verplichting opgelegd om hun woningbouwplannen met toepassing van de garantie- en waarborgregeling van het instituut te realiseren. Mede dankzij deze verplichting wordt al jarenlang 85% van de nieuwbouw koopwoningen met een garantie- en waarborgregeling gerealiseerd. De garantie -en waarborgregeling is dan simpelweg impliciet onderdeel van de rechtsrelatie met een particuliere verkrijger. Dankzij deze verplichting is er in de praktijk een belangrijke bescherming van particuliere consument verkrijgers van nieuwbouwwoningen gerealiseerd. De strekking van artikel 7:767A BW is echter dat de waarborg vrijblijvend wordt. Dat is geen verbetering, maar een verslechtering. Deze vrijblijvendheid ondermijnt nl. de positie van de bestaande garantie- en waarborgfondsen. Die kunnen immers niet langer meer verplicht stellen dat bij hun aangesloten bouwbedrijven alle woningen in een project

met toepassing van een garantie- en waarborgregeling moeten bouwen. Er komt daarmee meer macht bij de individuele aannemer te liggen, die zelf gaat bepalen of en zoja welke zekerheid hij aanbiedt.

• Stel een ondernemer wil liever zonder waarborg bouwen: dan biedt hij een zodanig product tegen een zodanige prijs aan, dat dit niet interessant is voor een opdrachtgever. De facto is deze waarborg dan een wassen neus. De ondernemer kan het wel of niet afsluiten van een waarborg tot een bepaalde hoogte sturen.

• Een ander probleem dat kan ontstaan is het volgende. Stel: de aannemer bouwt een project, waarvan 35% kiest voor een afbouwwaarborg en 65% niet. Het aanbod is immers vrijblijvend. Hoe ga je als waarborgende instelling de afbouw van een woningbouwproject feitelijk en juridisch vorm geven als de meerderheid geen waarborgcertificaat heeft? Een juridische basis om in het kader van het afbouwtraject namens de niet waarborggerechtigd en op te treden ontbreekt dan. Het kan in de praktijk grote problemen opleveren als de meerderheid in een project geen waarborgcertificaat heeft.

• Deze bepaling (keuzevrijheid om wel of niet een waarborg af te sluiten) werkt alleen hij individuele kavelbouw, maar niet bij projectmatige bouw.

• Alleen het eisen van een financiële zekerheid (aan welke criteria moet deze overigens voldoen?) doet geen recht aan de ingewikkelde problemen, waarmee een opdrachtgever zich geconfronteerd kan zien bij een faillissement van de aannemer en vervolgens hij het regisseren van een afbouwtraject. De huidige garantie- en waarborgregelingen

voorzien niet alleen in een onbeperkte financiële afbouwdekking, maar ook de feitelijke en juridische regie van de afbouw van de woningen wordt door de instellingen verzorgd.

Conclusie

De beoogde wettelijke regeling van een insolventiewaarborg is vaag en vrijblijvend en kan leiden tot een lappendeken van (uitgeklede) financiële producten, die particuliere opdrachtgevers bij een faillissement van een aannemer alsnog opzadelen met enorme problemen.

Het leidt in ieder geval tot de ondermijning van de kwaliteit van het huidige (goed werkende) garantie- en waarborgstelsel, omdat zij - anders dan thans het geval is - hun garantie- en waarborgregelingen niet meer verplicht kunnen stellen voor een heel woningbouwproject.

Dat zal tot gevolg hebben dat ook de bestaande garantie- en waarborgfondsen doorgaans niet meer tot afbouw van de bijvoorbeeld half gebouwde woningen zullen overgaan, maar slechts tot uitkering van een (beperkt) bedrag in geld.

De particuliere verkrijgers moeten het vervolgens zelf maar verder uitzoeken en bijvoorbeeld onderhandelingen gaan voeren met curatoren, retentierecht uitoefenende onderaannemers en de afbouw aanbesteden aan een nieuwe aannemer. Chaos is dan troef.

De huidige onbeperkte afbouwdekking van bijvoorbeeld Woningborg en 100% van de aanneemsom bij SWK zal in dat geval naar verwachting niet houdbaar meer zijn.

De legalisering in de huidige vorm betekent dat ook het Waarborgfonds Eigen Woningen in het kader van de NHG geen hogere eisen kan stellen dan de wetgever voorschrijft. Dat betekent dat de huidige koppeling van NHG aan de door de Stichting Garantiewoning erkende garantie- en waarborgregelingen juridisch niet houdbaar meer is. Daarmee wordt de positie van de bestaande waarborgfondsen verzwakt.

Ad gebrekenwaarborg

• De wet schrijft een verzekerde garantie tegen (alle) verborgen gebreken voor (=na deoplevering geconstateerde gebreken). De bestaande garantieregelingen lijken daarmee onhoudbaar, want deze sluiten niet aan bij het nieuwe wettelijke verborgen gebrekenbegrip. Ze zijn niet gekoppeld aan het overeengekomen niveau, maar aan het Bouwbesluitniveau c.a. Bovendien bevatten de garantie- en waarborgregelingen allerlei uitsluitingen en verkorte garantietermijnen.

• De nieuwe zekerheid ziet op 'verborgen gebreken', die aan de aannemer zijn toe te rekenen. Zoals we hiervoor hebben gezien, vallen onder deze (nieuwe) definitie alle gebreken die niet op het p.v. van oplevering zijn genoteerd. Dit maakt het aantrekkelijk om geen (of zo weinig mogelijk) gebreken te melden bij de oplevering. Immers: alles wat je meldt bij oplevering valt niet onder de verzekerde garantie. Alles wat je niet meldt is een verborgen gebrek en valt daarmee wel onder de verzekerde garantie. Je kunt dus als opdrachtgever je zekerheid vergroten en de aansprakelijkheid van bet waarborgfond s vergroten door gebreken niet op het p.v. van oplevering op te nemen. maar ze een dag later te melden.

• De wet schrijft een verzekerde garantie voor verborgen gebreken voor, maar niet hoe lang deze moet lopen. Zoals bij de bespreking van het nieuwe artikel 7:758 lid 3 BW al is opgemerkt is aan de markt overgelaten hoe lang de aannemer aansprakelijk blijft voor deze gebreken. In de praktijk betekent dit (mogelijk) dat de ene verzekerde garantie langer loopt dan de andere. Je krijgt daarin rechtsongelijkheid.

• Kan een verzekeraar uitsluitingen op de wettelijke aansprakelijkheid opnemen? Zo ja, dan sluit de achterliggende \vaarborg niet meer 1 op 1 aan op de nieuwe wettelijke aansprakelijkheid voor verborgen gebreken. Zo nee, is dan de door de wetgever gewenste verzekering op verborgen gebreken na oplevering (= alle gebreken die na oplevering worden geconstateerd) in de praktijk wel haalbaar? Willen verzekeraars dit risico wel verzekeren?

• Wat zijn de financiële consequenties van een verzekerde garantie op basis van het nieuwe verborgen gebrek begrip? De aansprakelijkheid wordt in beginsel sterk uitgebreid, zodat hier een fors prijskaartje aan zal hangen. Dit is echter mede afhankelijk van de uiteindelijke aansprakelijkheidstermijnen.

Conclusies

Het artikel m.b.t. de gebrekenwaarborg sluit totaal niet aan op de bestaande praktijk . De bestaande garantie- en waarborgregelingen lijken daarmee onhoudbaar te worden, althans vormen :zij geen volledige dekking voor de door de wetgever voorgeschreven aansprakelijkheid.

Het gestelde op blz. 25 van de MVT dat het wetsontwerp geen wijzingen met zich meebrengt voor de (positie van de) bestaande garantie- en waarborgproducten onderschrijf ik absoluut niet.

Integendeel: de wetgeving lijkt de positie van de bestaande garantie- en waarborgfondsen redelijk op zijn kop te zetten.

III Uitbreiding artikel 7:768 BW 5% regeling naar 15 maanden.

Dit artikel wordt eveneens van dwingend recht.

• Aannemers kunnen pas na 15 maanden aanspraak maken op hun laatste 5%. Er lijkt daarmee geen stok achter de deur voor het snelle herstel van (opleverings)gebreken.

• De uitbreiding van 3 maanden naar 15 maanden gaat ten koste van de liquiditeitspositie van de aannemer.

• Voorts kunnen gedurende 15 maanden na oplevering nieuwe gebreken worden gemeld. die tot nadere opschorting vanaf 15 maanden kunnen leiden. De kans op continuering van de opschorting neemt daardoor aanzienlijk toe, hetgeen de positie van de aannemer om de laatste 5% van de aanneemsom (ooit nog) te ontvangen verslechtert. Het aantal gerechtelijke arbitrale procedures over vrijval van het depot zal waarschijnlijk toenemen.

• Wanneer wordt uitgegaan van de ingangsdatum van de bestaande garantie (3 maanden na oplevering) gaat de 15 maanden opschortingstermijn de garantietermijn maar liefst met een jaar overlappen. De opdrachtgever heeft dan voor gebreken in die periode een dubbele zekerheid:hij heeft garantie met een achterliggende financiële waarborg, maar tegelijkertijd heeft hij voor hetzelfde gebrek ook een financiële zekerheid in de vorm van bijvoorbeeld een depot bij de notaris. Wat betekent dit in de praktijk? Deze overlapping kan juridische complicaties gaan opleveren (bijvoorbeeld opschorting waarborg aanspraken, omdat de verkrijger al / nog een financiële zekerheid heeft).

Conclusie

Het is naar mijn mening beter de bestaande periode van drie maanden na oplevering te handhaven. Hiervoor pleiten o.a. de volgende argumenten:

a. Het oorspronkelijk doel van het bijzondere opschortingsrecht van artikel 7:768 BW was om de aannemer snel tot herstel van opleveringsgebreken te bewegen. Bij een tennijn van 15 maanden is er geen stok achter de deur voor de aannemer om snel tot herstel over te gaan. Een beloning in de vorm van de vrijval van de laatste 5% van de aanneemsom is er immers niet. Gevolg: opdrachtgevers blijven juist langer met gebreken zitten. Pas na een jaar zal een gemiddelde aannemer in actie komen. waarbij hij wellicht ook nieuwe klachten opspaart om in 1 x tot herstel van alle klachten over te gaan.

b. De periode van drie maanden past goed in het (huidige) aansprakelijkheidsregime en sluit goed aan bij de ingangsdatum van de garantie van de bestaande waarborgfondsen. Het systeem is thans als volgt. Bij de oplevering kan de opdrachtgever een depot van 5% van de aanneemsom storten bij de notaris als zekerheid voor (o.a.) het herstel van bij de oplevering of binnen drie maanden daarna geconstateerde gebreken en

tekortkomingen. Vanaf drie maanden na oplevering gaat de verzekerde garantie in en deze duurt 6 jaar respectievelijk l0 jaar. Dit is nu een logisch geheel met achterliggende zekerheden .

c. Is een extra lang opschortingsrecht van 15 maanden wel nodig als vanaf drie maanden na oplevering ook al een verzekerde garantie ingaat?

d. De liquiditeitspositie van de aannemer wordt met drie maanden natuurlijk minder op de proef gesteld dan met een termijn van 15 maanden. De liquiditeitspositie van aannemers is in de afgelopen jaren sterk onder druk komen te staan, zodat ik mij kan voorstellen dat zowel de bouwproducentenorganisaties als verzekeraars dit nieuwe artikel op dit moment niet met gejuich zullen begroeten .

e. De prikkel om tot snel herstel over te gaan is voor een aannemer groter bij een termijn van 3 maanden dan bij een termijn van 15 maanden. De opschortingstermijn zal dan in de praktijk al snel ook als een herstel termijn van 15 maanden worden gezien. Dit is niet in het belang van de bouwconsument.

f. Een tussenoplossing kan zijn om ten behoeve van bepaalde seizoengevoelige onderdelen van een woning (bijv. verwarming) een differentiatie te maken. Ten denken valt bijvoorbeeld aan 5% van de aanneemsom voor een periode van drie maanden, terug te brengen tot een opschortingsrecht van 2,5% voor nog eens 9 maanden .

Tot zover mijn opmerkingen.

Ron van Veen