

Van: Elektroweg 11-u, 3051 NB Rotterdam  
Marktconsultatie  
Wijziging van het Burgerlijk Wetboek  
(Wet kwaliteitsborging voor het bouwen)

Fundament Advocatuur B.V.  
Mr. R. Smith  
Elektroweg 11-U  
3051 NB Rotterdam

T: 010 4220332  
F: 010 4613146  
M: 06 22598008

[www.fundamentadvocatuur.nl](http://www.fundamentadvocatuur.nl)  
[info@fundamentadvocatuur.nl](mailto:info@fundamentadvocatuur.nl)

Rotterdam, 9 september 2014

Inzake: Wet kwaliteitsborging voor het bouwen

Geachte lezer,

Sinds 2000 ben ik als advocaat aan het werk in het bouwrecht. Bij mijn werkzaamheden als advocaat heb ik de nodige ervaring opgedaan met titel 7:12 BW en de standaardvoorwaarden in de bouw, zoals de UAV 1989 / 2012 (Uniforme Administratieve Voorwaarden) en de AVA 1992 / 2013 (Algemene Voorwaarden Aanneming van Werk). Ik treed op voor aannemers, ontwerpers en opdrachtgevers.

De wetgever is voornemens om titel 7:12 BW aan te passen om zo de privaatrechtelijke positie van opdrachtgevers te beschermen. Dat doet zij door artikel 7:758 lid 3 BW te wijzigen, door artikel 7:767a BW toe te voegen en door artikel 7:768 lid 2 en 4 BW aan te passen. Ik richt mij op artikel 7:758 lid 3 en 7:768 BW.

*Artikel 7:758 lid 3 BW*

In de Memorie van Toelichting wordt eigenlijk heel mooi omschreven wat de reden is voor het huidige uitgangspunt te weten dat de aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk is, tenzij. De aannemer mag er van uit gaan dat de opdrachtgever gedurende de bouw en ten tijde van de oplevering klaagt over geconstateerde gebreken (artikel 6:89 BW). Er is ook een goede reden voor het uitgangspunt dat de aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk is. Op enig moment vindt de oplevering van een woonhuis plaats. Het stucwerk maakte geen onderdeel uit van het aangenomen werk: dat is een nevenaannemer. De stucadoor gaat door het pand. De verhuizer zorgt er voor dat de meubels weer in de woning staan. Twee maanden later belt de opdrachtgever de aannemer vanwege krassen en butsen in de deuren. De aannemer kan nu verwijzen naar het proces-verbaal van oplevering en stellen: staat niet op het proces-verbaal van oplevering, heb ik dus waarschijnlijk niet veroorzaakt maar is veroorzaakt door een derde. Voor de krassen en butsen ben ik dus niet aansprakelijk. Er schuilt ook een redelijkheid in een dergelijke bepaling aangezien het ondoenlijk is om te bewijzen dat je schade niet hebt veroorzaakt.

Het uitgangspunt van artikel 7:758 lid 3 BW en par. 12 UAV 1989 (2012), dat de aannemer na oplevering van het werk niet meer aansprakelijk is, tenzij de opdrachtgever kan aantonen dat er sprake is van een aan de aannemer toe te rekenen verborgen gebrek, heeft niet in alle gevallen tot redelijke rechtspraak geleid. Voorbeelden zijn de Tegelvloeren Stationspostgebouw (RvA 11-11-1985, no. 10.734/11.294, BR 1986, p. 379) en Geknapte ankerstangen (RvA 17-8-2005, no. 25.085/25.995). In de eerste procedure was een tegelvloer aantoonbaar verkeerd aangebracht, maar omdat de toezichthouder dat had moeten zien is de aannemer slechts ten dele aansprakelijk. In de tweede was sprake van een ontwerp van de aannemer, dat niet voldeed. De opdrachtgever had dat moeten zien ten tijde van de oplevering. In beide gevallen is er sprake tekortschieten door de aannemer waar de opdrachtgever toch voor heeft moeten boeten. Het is de vraag of dat redelijk is.

Het is niet onlogisch om artikel 7:758 lid 3 BW en par. 12 UAV 1989 kritisch tegen het licht te houden. In het wetsvoorstel is nu echter de aansprakelijkheid na oplevering volledig omgedraaid. De aannemer moet bewijzen dat zij schade niet heeft veroorzaakt. Dat is ondoenlijk, als de aannemer op dezelfde wijze zal blijven opleveren als hij nu doet. De aannemer zal nu het volledige werk (de woning/ het kantoorgebouw / de bedrijfshal) moeten opnemen en bij iedere deur / bij ieder raam uitdrukkelijk moeten opnemen dat er géén sprake is van schade. Foto's erbij. Dus niet slechts opnemen waar nog restpunten zijn, maar opnemen waar het werk wel volledig correct is. Alleen dan kan de aannemer de staat van het werk ten tijde van de oplevering aantonen. Het is wel de vraag, of de opdrachtgever op die wijze zal willen meewerken aan de oplevering. Het roept verder de vraag op of het werkzaam is. Er is gevoelsmatig een verschil tussen het aanwijzen wat er nog moet gebeuren, en het voor altijd afvinken dat het werk volledig akkoord is. De inschatting is dat er vele oplevergeschillen bij komen.

De wetgever zou er volgens mij voor kunnen kiezen om het huidige systeem te handhaven (de aannemer is niet meer aansprakelijk na oplevering, tenzij) met uitzondering van:

1. gebreken die na oplevering worden geconstateerd die gelden als verborgen gebrek of
2. gebreken die na oplevering worden geconstateerd waarvan kan worden aangenomen dat een goed en nauwkeurig handelend aannemer deze gebreken ten tijde van de uitvoering van het werk in redelijkheid kende of behoorde te kennen.

Door de laatste bepaling toe te voegen wordt de verborgen gebrekenregeling wel gehandhaafd, maar kan een aannemer niet weglopen voor gebreken die hij ten tijde van de bouw ook had kunnen zien.

De redactie van artikel 7:758 lid 3, in samenhang met de huidige wetgeving, deugt volgens mij niet. Nu staat er dat het werk voor risico van de opdrachtgever is na oplevering maar dat de aannemer wel aansprakelijk is voor alle na oplevering geconstateerde gebreken. Dat lijkt met elkaar in tegenspraak. Verder": de tekst lezend, is de aannemer aansprakelijk voor gebreken die niet op het proces-verbaal van oplevering staan. Over gebreken die wel op het proces-verbaal van oplevering staan is niets opgenomen; daarvoor zou de aannemer dan niet aansprakelijk zijn?

### *Doel van de Wet*

De Wet kwaliteitsborging voor het bouwen is gepubliceerd op [www.wetten.nl](http://www.wetten.nl) en opengesteld voor marktconsultatie. In deze publicatie zijn de te verwachten effecten van de wet geformuleerd. Opvallend is, dat is verzuimd om aan te geven wat de effecten zullen zijn van de aanpassing van titel 7:12 BW: slechts de gevolgen van de invoering van de publiekrechtelijke kwaliteitsborging zijn vermeld.

De memorie van toelichting bij de wet zou wel meer duidelijk moeten maken. In hoofdstuk 5 van de memorie is de wijziging en aanvulling van het BW toegelicht. Bij het lezen van de memorie bekruipt het gevoel, dat de schrijver zich richt op de eenmalige opdrachtgever van nieuwbouw woningen. In de memorie wordt uitgegaan van een zwakke positie van de opdrachtgever ten opzichte van de aannemer. Dat mag zo zijn voor de particuliere opdrachtgever die niet vaker dan één- a tweemaal in een leven opdracht verstrekt aan een aannemer. Dat Rijkswaterstaat, de Rijksgebouwendienst, projectontwikkelaars en woningcorporaties een zwakke positie hebben ten opzichte van de aannemer, kan toch mijns inziens niet worden volgehouden.

De positie van artikel 7:758 lid 3 BW maakt echter duidelijk, dat deze aanpassing voor iedere soort bouw geldt: voor de plaatsing van een dakkapel in een bestaande woning, voor de realisatie van een woontoren, voor het aanleggen van een tunnel etc. Waarom de professionele opdrachtgever dezelfde bescherming zou moeten genieten als de particuliere opdrachtgever, maakt de memorie van toelichting niet duidelijk. Ik zou het voorgaande meenemen en artikel 7:758 lid 3 BW (in een aangepaste redactie) bewaren voor die opdrachtgever voor wie het is bedoeld: de particuliere opdrachtgever.

### *Gekozen instrumentarium*

De wetgever kiest er voor om artikel 7:758 lid 3 BW dwingendrechtelijk op te leggen: partijen mogen van deze bepaling niet afwijken. Meestal kiest de wetgever er voor om een wetsartikel dwingendrechtelijk op te leggen als er sprake is van rechtsongelijkheid tussen partijen: de verhuurder en particuliere huurder, in arbeidsrechtelijke verhoudingen en ter bescherming van consumenten. Waarom deze bepaling ook dwingendrechtelijk zou moeten gelden voor professionele opdrachtgevers – waarom professionele opdrachtgevers dus beschermd moeten worden tegen de “machtige” aannemer – wordt uit de toelichting niet duidelijk.

De wetgever laat hierbij na om de Aanwijzingen voor de regelgeving na te leven. De Aanwijzingen voor de regelgeving bieden een richtsnoer waaraan wetgeving moet voldoen. Er kan slechts van deze Aanwijzingen worden afgeweken indien onverkorte toepassing uit een oogpunt van goede regelgeving niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden (Aanwijzing 5). In Aanwijzing 8 is bepaald: Bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken wordt zoveel mogelijk aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren. In Aanwijzing 12 is bepaald: Een regeling wordt op zodanige wijze ingericht dat zij zo weinig mogelijk conflicten oproept.

Aan deze Aanwijzingen voldoet artikel 7:758 lid 3 BW niet. Er is geen reden aan te nemen waarom de wetgever dwingendrechtelijk moet ingrijpen, waar marktpartijen dat ook kunnen oplossen. Voorts ligt het in de rede dat deze bepaling conflicten oproept: hiervoor heb ik gewezen op mogelijke oplevergeschillen en al aangegeven dat de aannemer moet bewijzen dat hij moet bewijzen dat hij schade in een pand, waarover hij geen enkele controle heeft, niet heeft veroorzaakt. Het is ondoenlijk om te bewijzen dat je iets niet hebt gedaan, zodat het in de rede ligt dat dit conflicten oproept.

*Artikel 7:768 BW*

Over de verlenging van de in artikel 7:768 BW genoemde termijn van 3 maanden naar 15 maanden is in mijn optiek onvoldoende nagedacht. Voor de aannemer is de termijn van drie maanden een prikkel om spoedig de opleverpunten weg te werken zodat hij aanspraak kan maken op de laatste 5 %. Nu die termijn wordt verlengd naar vijftien maanden, is er geen prikkel voor de aannemer om snel na te komen.

Verder brengt deze bepaling een groot liquiditeitsprobleem mee. Als een aannemer het goed doet, houdt hij aan een werk zo'n 2 % winst over. Dan heeft de aannemer het heel goed gedaan, meestal haalt hij dat niet. Vanwege de opschorting sluit de aannemer op het moment van oplevering het werk in financiële zin af met een min van 3%, waarop hij dan wel aanspraak kan maken binnen drie maanden (huidige wetgeving). De laatste 5% kan de aannemer volgens het wetsvoorstel pas na 15 maanden incasseren wat dus een periode van 15 maanden van overbruggingsfinanciering betekent.

Voor aannemers in de woningbouw zijn er grosso modo twee mogelijkheden: stoppen met woningbouw of het verhogen van de aanneemsom met een bedrag ter hoogte van de financieringskosten om genoemde 15 maanden te overbruggen. De bouw wordt dus duurder of aannemers keren de woningbouw de rug toe. Dat geldt dan niet slechts voor nieuwbouw, maar ook voor renovatie, restauratie en aanpassingen aan bestaande woningen.

Verder gaat deze bepaling uit van wantrouwen tegen alle aannemers. Mijn ervaring is, dan de meeste MKB-aannemers gewoon een mooi werk willen maken en problemen willen oplossen. Ook als de aanneemsom al is voldaan, komen ze binnen een dag terug op lekkage op te lossen, heb ik zelf mogen ervaren. Voor hen is deze bepaling echt desastreus. Haal de 'rotte aannemers', die het verpesten voor de anderen er uit, maar maak niet de volledige aannemerij slachtoffer door deze wet.

Met vriendelijke groet,



Remco Smith