

Ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer 404 08058. BTW Nummer 009.334.531.B01  
Ministerie van BZK  
t.a.v. de directie Bouwen en Wonen

Uitsluitend verzonden per internet

Zilverstraat 69  
Postbus 340  
2700 AH Zoetermeer  
**t** +31 (0)79 3 252 252  
**f** +31 (0)79 3 252 290  
**e** info@bouwendnederland.nl  
**i** www.bouwendnederland.nl

<b>Datum:</b>	4 augustus 2014	<b>Behandeld door:</b>	ir. B.D. Gieskens
<b>Ons kenmerk:</b>	1408-43635/BGi	<b>Telefoon:</b>	+31 (0)79 3 252 101
<b>Uw kenmerk:</b>		<b>E-mail:</b>	

b.gieskens@bouwendnederland.nl

**Betreft:** Consultatie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen

Geachte heer/mevrouw,

Op 25 juni jl. heeft u het wetsvoorstel "Kwaliteitsborging voor het bouwen" ter consultatie aangeboden. Met dit voorstel beoogt u de bouwkwiteit in Nederland te verbeteren door het invoeren van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging en het versterken van de privaatrechtelijke positie van de opdrachtgever.

Bouwend Nederland maakt graag van de gelegenheid gebruik om op dit wetsvoorstel te reageren. Onze 4500 leden zijn als hoofdaannemer actief in alle deelsegmenten van de Nederlandse bouw- en infrasector. Het ledenbestand is divers, van groot tot klein, werkzaam in opdracht van particuliere opdrachtgevers, (MKB-)bedrijven en professionele opdrachtgevers. De leden van Bouwend Nederland zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor zo'n 80% van de Nederlandse bouwproductie.

De leden van Bouwend Nederland stáán voor kwaliteit. Centraal staat dat de klant krijgt waarvoor hij heeft betaald:

- een bouwwerk dat aan wettelijke en contractuele eisen voldoet,
- en dat in één keer goed is.
- Bij eventuele kwaliteitsproblemen weet de klant waar hij terecht moet en wordt het probleem snel en adequaat opgelost.

Het overgrote deel van onze leden is gewend om in hun bedrijfsvoering de nodige aandacht te besteden aan kwaliteit en kwaliteitsborging. Bijvoorbeeld door hun deelname aan het door ons ondersteunde keurmerk BouwGarant of deelname aan het keurmerk en/of de benchmark van de Stichting Klantgericht Bouwen. Bouwend Nederland is daarnaast mede-initiatiefnemer van de Stichting Garantiewoning. Dat deze inspanningen de afgelopen jaren hun vruchten hebben afgeworpen en dat deze ook door opdrachtgevers worden herkend, blijkt onder andere uit onderzoek naar oplevergebreken in nieuwbouwwoningen (Stichting Klantgericht Bouwen, Vereniging Eigen Huis), de klanttevredenheidsmonitor van BouwGarant, de benchmark van Klantgericht Bouwen. Maar ook uit recent onderzoek door bureau Team Vier blijkt onder andere dat consumenten die een verbouwing hebben laten uitvoeren de bouwers gemiddeld een 8.5 geven (op aspecten als vaktechnische uitvoering, nakomen van afspraken, veilig werken, beperken van overlast, communicatie, planning en nazorg).

De kwaliteit in de bouw in ons land is in algemene zin goed, zeker in vergelijking met ons omringende landen. Dat neemt niet weg dat verbetering mogelijk en noodzakelijk is. Van een professionele en volwassen bedrijfstak mag verwacht worden dat bedrijven gericht zijn op het continu verbeteren van hun prestaties richting de klant.

Wij verwachten met onze reactie een verdere bijdrage te leveren aan het realiseren van een praktisch werkbaar en betaalbaar nieuw stelsel. Gezien de rol van Bouwend Nederland, hebben onze reacties met name betrekking op de gevolgen voor het bouwend bedrijfsleven.

#### Algemene conclusies:

- Het ontbreekt aan een goede probleemanalyse en aan voldoende zicht op de gevolgen voor de stakeholders. Dit leidt tot voorstellen, met name wat betreft de wijziging van het Burgerlijk Wetboek, die in de huidige vorm grotendeels onacceptabele gevolgen hebben voor bedrijven, waarbij de beoogde doelen ten behoeve van de consument niet worden gehaald. De privaatrechtelijke voorstellen zijn in de huidige vorm – uitgezonderd de aanbiedingsplicht van een verzekerde garantie – voor Bouwend Nederland dan ook niet aanvaardbaar.
- De uitwerking van het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging is –door het nog niet beschikbaar zijn van de beoogde AMvB's, nog onvoldoende. Dit leidt tot grote onzekerheid over de gevolgen voor het bedrijfsleven, maar ook voor andere stakeholders. Of een en ander praktisch werkbaar en betaalbaar wordt, is in hoge mate afhankelijk van die uitwerking.
- Het tijdspad is onvoldoende uitgewerkt. Er is niet genoeg aandacht voor uitwerking en implementatie.

Wij adviseren dan ook nog eens fundamenteel te kijken naar de BW-maatregelen en in het vervolgproces de betrokkenheid van de stakeholders te intensiveren. Dit geldt met name voor de uitwerking van de AMvB's. Wij adviseren daarnaast om zowel in de overgangsfase als daarna de betrokkenheid van de bouwsector en andere stakeholders bij de Toelatingsorganisatie te regelen en borgen.

Navolgend zullen wij een en ander onderbouwen aan de hand van een aantal algemene punten, en een aantal opmerkingen over de specifieke onderdelen van het wetsvoorstel.

#### 1. Ambitie en doelen

Gezien het voorgaande onderschrijven Bouwend Nederland en haar leden de ambities en doelstellingen die ten grondslag liggen aan het wetsvoorstel van harte. Eerder hebben wij aangegeven de hoofdlijnen van het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging te onderschrijven, maar een groot aantal uitwerkingsvraagstukken te zien. Tevens hebben wij onze zorg uitgesproken dat de voorgestelde maatregelen ter verbetering van de positie van de bouwconsument niet het gewenste effect zullen hebben. Wij hebben in onze brief van maart 2014 de nadere onderzoeken die ten aanzien hiervan werden aangekondigd, toegejuicht. Met de voorliggende voorstellen en de nadere duiding daarvan in de Memorie van Toelichting, zijn deze zorgen echter nog niet verdwenen.

In een aantal gevallen zien wij zelfs risico's voor de positie van de consument. Daarnaast hebben onze leden veel vragen over de praktische werkbaarheid en betaalbaarheid voor het bedrijfsleven. Maatregelen waarvan de kosten niet tegen de baten opwegen zullen slechts leiden tot een prijsstijging die uiteindelijk wordt betaald door de bouwconsument.

## 2. Probleemanalyse onvoldoende scherp

Invoering van nieuwe regelgeving dient zorgvuldig te gebeuren. Daarbij dient antwoord gegeven te worden op een aantal vragen:

- a. Is er een probleem, zo ja welk probleem dan?
- b. Waaruit blijkt dat probleem, wat is de omvang, wat zijn de gevolgen en in hoeverre dient de overheid een rol te spelen bij het oplossen van het probleem?
- c. Is (aanpassing van of nieuwe) regelgeving een effectieve en efficiënte, proportionele oplossing en is er sprake van balans tussen de belangen van de verschillende stakeholders?

Onder verwijzing naar een aantal onderzoeken wordt in de Memorie van Toelichting geconstateerd dat de positie van de bouwconsument te wensen overlaat, wat het sterkst zou gelden in de projectmatige nieuwbouw waar de opdrachtgever een ontwikkelaar is met andere belangen dan de bouwconsument. De consument zou door zijn zwakke positie onvoldoende in staat zijn te beoordelen of hij krijgt waarvoor hij heeft betaald, en of het bouwwerk aan de wettelijke eisen voldoet.

Ons inziens is de oorzaak van bovenstaande gelegen in de wel erg eenzijdige, negatieve insteek van de probleemanalyse, die in de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel wordt gekozen.

Wat in de genoemde onderzoeken ontbreekt is een feitelijke analyse waaruit blijkt wat de omvang en ernst van de benoemde problemen is.

Aanvullend op de eerder genoemde gegevens van onder andere Klantgericht Bouwen verwijzen wij verder naar de beschikbare cijfers van instanties zoals de Geschillencommissie, de Raad van Arbitrage en de waarborginstituten SWK, Woningborg en BouwGarant. Daaruit blijkt dat het aantal geschillen in zowel absolute als relatieve zin zeer beperkt is.

Verder valt ons op dat wel erg eenzijdig wordt geput uit de diverse onderzoeksrapporten. In navolging van onder andere de NVB verwijzen wij hierbij naar het IBR-rapport dat terecht zeer positief is over de (private!) garantie- en waarborgregelingen in de projectmatige woningbouw en de positie van de particuliere consument daarbij. Ten overvloede wijzen wij erop dat de systematiek waar IBR op doelt, tot stand is gekomen in jarenlange samenwerking

tussen consumenten- en producentenorganisaties, op basis van tweezijdig vastgestelde voorwaarden en regelingen onder begeleiding van de SER.

Een tweede voorbeeld: ten aanzien van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken is het wetsvoorstel gebaseerd op het reeds aangehaalde IBR-rapport. De diverse kritische reacties die op dat onderzoek zijn gepubliceerd, zijn echter niet meegenomen.

Dit beeld wordt versterkt door een aantal passages die expliciet onjuist zijn en soms zelfs insinuerend ten aanzien van de integriteit van onze leden. De Memorie van Toelichting stelt bijvoorbeeld letterlijk:

*"...Kennisasymmetrie leidt ertoe dat het voor een particuliere opdrachtgever lastig is na te gaan of een contract overeenkomt met zijn bedoelingen, hoeverre een bouwbedrijf voldoet aan hetgeen contractueel is overeengekomen [...]. **Omdat de particuliere opdrachtgever de consequenties niet goed kan overzien is hij sneller dan voor andere aankopen geneigd te kiezen voor een lagere of zelfs de laagste prijs.** Dit is voor een bouwbedrijf weer een prikkel om te kiezen voor prijsconcurrentie in plaats van voor concurrentie op kwaliteit. Een scherp vastgelegde bouwsom [...] is een sterke prikkel voor de bouwende partij om vergaand kosten te besparen en zo winst te behalen, **desnoods ten koste van de belangen van de particuliere opdrachtgever.**"*

Behalve dat deze passages door onze leden als insinuerend ten aanzien van hun integriteit worden ervaren, is de veronderstelling dat "voor marktpartijen opnieuw prikkels ontstaan om terug te vallen op hun oude werkwijze" door de mogelijke krappe marktsituatie na de crisis een miskenning van de fundamentele verandering die mede door de crisis op de woningmarkt aan de orde is.

Met nog grotere verbazing hebben wij kennis genomen van de passage waarin wordt gesteld dat "bouwbedrijven de afgelopen jaren hun eigen kwaliteitsborging grotendeels hebben afgebouwd".

Dat is in de eerste plaats een veel te beperkte opvatting van het begrip bouwkwaliteit. Partijen die slechts sturen op het voldoen aan de minimale kwaliteit zoals vanuit het publieke belang in de regelgeving vastgelegd, hebben geen bestaansrecht in de sterk concurrentiegevoelige markt die er – zeker bij verbouw, onderhoud en renovatie van bestaande bouwwerken – al vele jaren is. De economische crisis van de afgelopen jaren heeft dat pijnlijk duidelijk gemaakt, juist ook in de projectmatige woningbouw. De veronderstelling dat "voor marktpartijen opnieuw prikkels ontstaan om terug te vallen op hun oude werkwijze" door de mogelijke krappe marktsituatie na de crisis is een miskenning van de fundamentele verandering die mede door de crisis op de woningmarkt aan de orde is.

Het is in de tweede plaats een ontkenning van de feitelijke investeringen die bedrijven in de gehele bouwkolom de afgelopen jaren hebben gedaan in het behalen en behouden van diverse vormen van kwaliteitscertificatie en keurmerken terwijl de eisen die daaraan gesteld worden, de afgelopen jaren alleen maar zijn aangescherpt. Dit laatste mede op initiatief van de bouwsector zelf; denk hierbij onder andere aan het oprichten van de Stichting Garantiewoning en het Platform Constructieve Veiligheid, alsmede de veranderingen die zijn ingezet als gevolg van professionalisering van het opdrachtgeverschap. Ook als het gaat om het sec waarborgen van het publieke belang is het weergegeven beeld eenvoudig onjuist: in het door de sector zelf ontwikkelde systeem van garantie- en waarborgregelingen in de

woningbouw hebben de waarborgende instellingen als Woningborg en SWK de toetsende en toezichthoudende rol van gemeenten grotendeels overgenomen.

*Doelgroepen onvoldoende duidelijk en onderscheiden*

De bouw is een zeer diverse bedrijfstak, met een even diverse groep opdrachtgevers en een grote variëteit in bouwopgaven. Uitgangspunt van het wetsvoorstel is proportionaliteit in de uitwerking, om recht te doen aan deze variatie. Het wetsvoorstel beoogt daarbij specifieke aandacht aan de bouwconsument.

Wij zien de beoogde proportionaliteit maar zeer ten dele terug. Ten aanzien van het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging lijkt dit een punt van nadere uitwerking te zijn, die in de AMVB's over risicocategorieën en eisen aan instrumenten aan de orde moet komen.

Bij de voorgestelde maatregelen t.a.v. het BW zien wij echter een fundamenteel probleem. De maatregelen zijn volgens de Memorie van Toelichting bedoeld ter versterking van de positie van de bouwconsument. Dit begrip is niet eenduidig gedefinieerd. Wordt daarmee de particuliere koper van een nieuwbouwwoning bedoeld, de particulier die opdracht geeft voor een verbouwing, en/of ook een zakelijke consument of een professionele opdrachtgever? Het begrip bouwconsument sluit bovendien niet aan bij de termen die worden gebruikt in het BW. Daarin is immers alleen sprake van algemene regels bij aanneming van werk, en specifieke regels in geval van een consument die een woning of een appartement laat bouwen.

Wij concluderen dat het ontbreken van kwantitatieve onderbouwing en het eenzijdig negatieve beeld dat zo is ontstaan alsmede de onduidelijkheid ten aanzien van de te bereiken doelgroepen, ertoe leidt dat met name bij de wijzigingsvoorstellen in het BW sprake is van "met een kanon op een mug schieten", met alle financiële en praktische gevolgen van dien. Over die gevolgen hieronder meer.

3. Onvoldoende zicht op gevolgen voor burgers, bedrijfsleven en gemeenten

De passages over de gevolgen van de invoering van het nieuwe stelsel voor burgers, bedrijven en gemeenten baren ons zorgen. De Maatschappelijke Kosten en Baten Analyse van Ecorys, waarnaar wordt verwezen, is in onze ogen veel te beperkt. De veronderstelling dat financiële gevolgen er vooral voor de gemeenten zijn, delen wij niet. De voorgestelde maatregelen in het BW, maar ook de investering in kwaliteitsborging hebben nadrukkelijk financiële gevolgen voor het bedrijfsleven, maar ook voor opdrachtgevers.

- De gedachte dat de investering in kwaliteitsborgingsmaatregelen door het bedrijfsleven moet worden terugverdiend door de besparing op de legeskosten en door vermindering van faalkosten, is op dit moment niet meer dan wishfull thinking. Door gemeenten wordt terecht gewezen op het onderzoek naar alternatieven voor de legessystematiek. Het feit dat bedrijven geen gegevens meer hoeven aan te leveren bij het bevoegd gezag in het kader van aanvraag of wijziging van de vergunning betekent niet dat daar geen inspanning meer hoeft te worden gericht. Het verzamelen en vastleggen blijft grotendeels nodig vanwege de private verantwoordelijkheid.
- Bedrijven zullen moeten investeren in extra maatregelen voor kwaliteitsborging. Aard en omvang hiervan zijn nog niet of nauwelijks in te schatten. Deze zijn onder andere sterk afhankelijk van de minimumeisen die gesteld gaan worden aan de instrumenten voor private kwaliteitsborging, passend bij de diverse risicocategorieën, alsmede van aard en omvang van het opleverdossier dat bij gereedkomen van het bouwwerk aan het bevoegd

gezag moet worden overlegd. Een en ander wordt pas inzichtelijk bij de uitwerking van de Algemene Maatregelen van Bestuur waarnaar het wetsvoorstel verwijst.

- Bouwbedrijven zullen een opleverdossier moeten samenstellen. Ook hier geldt dat aard en omvang nog niet inzichtelijk zijn. De ervaring leert echter dat de kosten hiervan sterk stijgen met toename van de eisen aan de kwaliteitsborging tijdens het bouwproces.

Een tweede punt in dit verband zijn de gevolgen voor de bouwbedrijven van de maatregelen ter verbetering van de positie van de consument. Later in deze reactie zullen wij hierop specifiek ingaan. Beide onderwerpen krijgen terecht ook aandacht in de ex-ante toetsing van Actal van dit wetsvoorstel.

Ten derde vragen wij aandacht voor de mogelijke civielrechtelijke gevolgen van het nieuwe stelsel. In de relatie tussen professionele opdrachtgevers en bouwers is het gebruikelijk dat opdrachtgevers bewust de keuze maken (een deel van) de ontwerpverantwoordelijkheid te nemen. Bouwbedrijven dienen in het nieuwe stelsel bij oplevering een verklaring af te geven dat het gereede bouwwerk aan het Bouwbesluit voldoet. In de gangbare bouwpraktijk is het lang niet altijd zo dat het aan de bouwer aangeleverde (deel-)ontwerp daarop is getoetst. Welke inhoudelijke, aansprakelijkheids- en financiële risico's dit met zich meebrengt is niet in beeld gebracht.

Gezien het bovenstaande pleiten wij dan ook voor een aanvullende analyse van de stelselwijziging om de werkelijke gevolgen op het juiste niveau voor burgers, bedrijfsleven en gemeenten in beeld te brengen en aanpassing van het wetsvoorstel daarop.

#### 4. Uitwerking AMvB's en tijdspad

Voor de nadere uitwerking van veel onderdelen van de stelselwijziging verwijst het wetsvoorstel naar AMvB's. Een aantal van deze onderdelen zijn, zoals hiervoor benoemd, essentieel voor een praktisch werkbaar, financieel haalbaar en proportionele systematiek en daarmee voor de acceptatie van het nieuwe stelsel door alle betrokken partijen. Bouwend Nederland adviseert dan ook het wetsvoorstel integraal, samen met de betreffende AMvB's aan de Tweede Kamer wordt voorgelegd. Dit om een voldoende evenwichtige behandeling mogelijk te maken. Hierbij dient wat ons betreft nadrukkelijk het resultaat van de nadere analyse van de impact te worden meegenomen zoals in het vorige punt genoemd. Het draagvlak voor een majeure operatie zoals deze stelselwijziging is, is gebaat bij een zorgvuldig, transparant proces, waarbij feiten en onderbouwing leidend zijn in plaats van beeldvorming en imago.

Uit onderzoek onder bedrijven uit de gehele bouwketen blijkt dat bedrijven nog geen inzicht hebben wat de stelselwijziging voor hen gaat betekenen. Zij wachten met het nemen van maatregelen in hun bedrijfsvoering op die duidelijkheid. Om het bedrijfsleven, maar ook gemeenten in staat te stellen om zich tijdig voor te bereiden op de gevolgen van de stelselwijziging en een goede implementatie te waarborgen, is er sterke behoefte aan een planning met mijlpalen, waarbij niet alleen aandacht aan het juridische wetgevingstraject wordt besteed. Bedrijven hebben immers ook tijd nodig om te voorzien in eventueel noodzakelijke opleidingen en andere maatregelen in de bedrijfsvoering. Niet voor niets geldt ook hier wat ons betreft: kwaliteit gaat voor snelheid.

## 5. Implementatie van het nieuwe stelsel

Inmiddels is afgezien van de invoering middels een duaal stelsel. Bouwend Nederland is daar blij mee. Uitgegaan wordt van een gefaseerde invoering waarbij wordt gestart met de categorie eenvoudige bouwwerken (risicocategorie 1). Dit vanuit de gedachte dat aan die categorie de minste maatschappelijke risico's zijn verbonden. Bouwend Nederland is van mening dat aan deze strategie een aantal nadelen zijn verbonden.

- De diversiteit in risicoklasse 1 is groot. Een uitbouw aan een woning is niet vergelijkbaar met een klein appartementengebouw, zowel wat betreft technische risico's, als wat betreft de gangbare bouwpraktijk en bijbehorende kwaliteitsborgingsmaatregelen. Het is nog maar de vraag of voor alle typen bouwwerken in risicoklasse 1 voldoende instrumenten voor kwaliteitsborging beschikbaar zijn. Ontwikkeling daarvan door een instrumentbeheerder vraagt tijd. Wij verwachten dat een deel van de initiatieven daartoe pas op gang zal komen als er meer duidelijkheid is over de minimumeisen aan de instrumenten per risicoklasse.
- De risicobenadering die wordt gehanteerd is gebaseerd op de maatschappelijke gevolgen *wanneer zich een incident voordoet*. Wij menen echter dat ook gekeken moet worden naar de kans van optreden. Die is in risicoklasse 1 groter dan bij complexere bouwwerken, onder meer omdat bij die complexere werken nu al sprake is van het hoogste niveau van kwaliteitsborging, ook door overwegend professionele opdrachtgevers.
- Vrijwel alle bouwwerken die in opdracht van de particuliere bouwconsument worden gerealiseerd, vallen in categorie 1. Gecombineerd met het nog ontbreken van voldoende kwaliteitsborgingsinstrumenten, het grote aantal bouwwerken in deze categorie en de foutkans, maakt dit het afbreukrisico t.a.v. draagvlak voor het nieuwe stelsel groot.

Wij adviseren dan ook voor om risicoklasse 1 te splitsen in een aantal kleinere categorieën. De implementatie kan dan starten met die categorieën bouwwerken, waarvoor al instrumenten beschikbaar zijn waarmee ervaring is opgedaan. Projectmatige gebouwde woningen met een Garantie- en Waarborgregeling onder de Stichting GarantieWoning komen daarvoor in onze ogen direct voor in aanmerking. Daarnaast is voorstelbaar dat lopende of nog te starten pilots met instrumenten in het komende jaar voldoende resultaten opleveren om ook met andere subcategorieën te starten.

## 6. Maatregelen ter verbetering van de positie van de bouwconsument

Eerder is al gememoreerd dat het begrip bouwconsument een te breed scala van opdrachtgevers omvat. Als gevolg daarvan worden maatregelen ten behoeve van categorieën van opdrachtgevers getroffen (opdrachtgevers die relevante invloed op bouwproces en/of -product uitoefenen) waardoor de positie van de aannemer op onredelijke manier wordt ondergraven.

Het dient klip en klaar te zijn welke maatregelen op welke doelgroepen gericht moeten zijn om zorg te dragen dat de voorgestelde maatregelen daadwerkelijk bijdragen aan de te bereiken doelen en dat zij praktisch uitvoerbaar en betaalbaar zijn.

De voorgestelde maatregelen zijn alle drie gericht op het creëren van een betere (onderhandelings-)positie van de opdrachtgever om zijn recht te halen en/of schadeloos te worden gesteld als er iets mis is. De veronderstelling dat van die positieverbetering een prikkel tot kwaliteitsverbetering uitgaat wordt in onze ogen onvoldoende onderbouwd.

Aan de basis van het wetsvoorstel ligt een aantal veronderstellingen:

- er komen (te) veel gebreken voor,

- en opdrachtgevers kunnen in te hoge mate hun recht niet halen.

Voor beiden ontbreekt een kwantitatieve onderbouwing. Anderzijds zijn er voldoende aanwijzingen die op het tegendeel wijzen. Volgens gegevens van Stichting Klantgericht Bouwen en Vereniging Eigen Huis vertoont het aantal oplevergebreken al jaren een licht dalende trend, het aantal geschillen over nieuwbouwwoningen dat aanhangig wordt gemaakt bij de Raad van Arbitrage en de Geschillencommissie is zeer beperkt en stijgt niet. Ook de mate waarin gebruik gemaakt wordt van de geschillenregelingen van BouwGarant in het kader van verbouw is zeer beperkt (<20 in 2013). Diverse experts, waaronder het IBR, betogen dat de toegang tot geschillenregelingen voor consumenten in Nederland goed geregeld is. En in geval van de verzekerde garanties is de nakoming van uitspraken ook gewaarborgd.

#### Verruiming van de aansprakelijkheid bij verborgen gebreken

De voorgestelde wijziging van artikel 7: 758 lid 3 BW brengt belangrijke wijzigingen in de regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer voor verborgen gebreken na oplevering. Vergeleken met de huidige wettelijke regeling:

- a. is sprake van een vooronderstelde aansprakelijkheid van de aannemer voor verborgen gebreken,
- b. wordt de bewijslast bij de aannemer neergelegd,
- c. is een gebrek verborgen door de enkele omstandigheid dat het bij oplevering niet is ontdekt en
- d. heeft de bepaling een dwingendrechtelijk karakter.

Bouwend Nederland vindt de maatregel in deze vorm onacceptabel, vanwege de toepasselijkheid voor alle opdrachtgevers, alsmede bij de neveneffecten voor zowel bouwers als consumenten.

Voor een gedetailleerde argumentatie verwijzen wij naar de bijlage bij deze brief. Samengevat zijn onze belangrijkste argumenten:

- Door het dwingendrechtelijk karakter van de voorgestelde wijzigingen en de plaats in het Burgerlijk Wetboek - de eerste afdeling van titel 7:12 - zijn die wijzigingen van toepassing op alle soorten aannemingen van bouwwerken, ongeacht het toegepaste bouworganisatiemodel en de invloed die de opdrachtgever uitoefent op het bouwproces. Er bestaat echter niet één soort bouwconsument maar deze kan vele verschillende gedaanten kan aannemen. De voorgestelde regeling is ongenueanceerd in die zin dat die typen van bouwconsumenten beschermt waarbij deze verregaande bescherming juist onredelijk uitpakt voor de wederpartij, de aannemer.
- Waar de kwaliteit van het bouwproduct mede wordt bepaald door de opdrachtgever (bijvoorbeeld doordat deze het ontwerpgeheel of deels zelf vervaardigt of laat vervaardigen) past het niet om ingeval van na de oplevering geconstateerde gebreken, uit te gaan van een vooronderstelde aansprakelijkheid van de aannemer en dus van een omgekeerde bewijslast ("de aannemer is aansprakelijk, tenzij"). Het gebrek kan immers heel goed ook zijn terug te voeren op een tekortkoming die in de risicosfeer ligt van de opdrachtgever bijvoorbeeld door fout in het voorgeschreven ontwerp.
- De ter regeling van die verschillende bouwsituaties opgestelde standaardvoorwaarden (de UAV, de UAV-GC en het Model koop-/aannemingsovereenkomst) zijn recent in

twee- of meerzijdig overleg tussen vertegenwoordigers van opdrachtgevers en opdrachtnemers tot stand gebracht. Deze voorwaarden en de daarop ontwikkelde rechtspraak zijn niet alleen geschreven voor verschillende bouwsituaties, maar bieden elk ook de flexibiliteit om rekening te kunnen houden met de omstandigheden van het geval om bij het beoordelen van aansprakelijkheidskwesties tot een rechtvaardig oordeel te kunnen komen.

- Het conceptvoorstel kiest ervoor het verborgen gebrek te definiëren als een gebrek dat bij oplevering van het werk niet is ontdekt. Er vanaf gezien dat deze aanpak een opdrachtgever bepaald niet aanmoedigt om zich bij de oplevering actief te verdiepen in de vraag of hij wel gekregen heeft wat hij besteld heeft kan er- ten onrechte - geen rekening meer worden gehouden met relevante omstandigheden die bij de toepassing van de huidige wettelijke normatief gestelde bepaling wel een rol kunnen spelen om tot een redelijk oordeel te komen over de vraag of een gebrek bij oplevering had moeten worden ontdekt.
- In de Memorie van Toelichting wordt niet aangetoond dat de rechtspraak tot onredelijke resultaten heeft geleid.
- De omgekeerde bewijslast zal leiden tot meer administratieve lasten bij de bedrijven, toenemende kosten voor (oplever-)documentatie, meer juridisering. De versterkte aansprakelijkheid zal bovendien leiden tot grotere, niet te kwantificeren financiële risico's voor de bouwbedrijven.

Het ligt voor de hand dat de situatie relatief eenvoudig ligt wanneer de opdrachtgever geen relevante invloed op het bouwproces uitoefent, zoals bij projectmatige woningbouw volgens de Model koop-/aannemingsovereenkomst. Bij gebreke aan relevante invloed op de bouw door deze bouwconsument, is het vertrekpunt begrijpelijk dat het gebrek vermoedelijk door de aannemer zal zijn veroorzaakt. Wij wijzen er echter op dat voor die situatie de consument al goed beschermd is middels de garantie- en waarborgsystematiek onder het regime van de Stichting Garantiewoning, zo stelt ook het IBR. Overigens kent ook de verbouwmarkt voor particulieren een waarborgregeling (BouwGarant), waarbij zo'n 1500 leden van Bouwend Nederland zijn aangesloten. Daarvoor gelden grosso modo dezelfde opmerkingen als voor de waarborgsystematiek in de nieuwbouw met hetzelfde vertrekpunt.

Om aan bovengenoemde bezwaren deels tegemoet te komen, zou kunnen worden overwogen de toepasselijkheid van dit voorstel te beperken door deze op te nemen in de tweede afdeling van titel 7:12.

#### Verlengen opschortingsrecht

De bedoeling van de huidige regeling in het BW was om de bouwer sneller tot herstel van opleveringsgebreken te bewegen. Maar omdat er geen directe beloning tegenover staat, is die prikkel feitelijk afwezig, zo werd ook in een evaluatie door het Molengraaf instituut in opdracht van uw ministerie in 2009 reeds vastgesteld. Bij een verlenging van deze termijn naar 15 maanden, die op dezelfde wijze wordt ingevoerd, zal die prikkel er voor de aannemer ook niet zijn. Daar wordt de consument niet beter van. Bovendien levert de maatregel ook geen prikkel voor kwaliteitsverbetering aan de voorkant.

Negatieve effecten van deze maatregel zien wij echter wel:

- Groot liquiditeitsbeslag waardoor de investeringsruimte van de ondernemer zeer sterk wordt beperkt en de mogelijkheden om vreemd geld aan te trekken eveneens;
- Rentekosten als gevolg van uitgestelde betaling;
- Meer juridisering rond het vrijkomen van de laatste termijn. Ook nu al zijn er diverse voorbeelden van consumenten die vlak voor de afloop van de 3-maandentermijn gebreken op oneigenlijke gronden vrijval van het in depot gestorte geld tegenhouden waardoor bedrijven langer op hun geld moeten wachten. Dat effect zal slechts worden versterkt;
- Oneerlijk en onevenredig bezwarend voor bouwbedrijven die foutloos hebben gebouwd.

Wij wijzen erop dat in de bestaande garantie- en waarborgregelingen voor de nieuwbouw van woningen, de verzekeraars garanderen dat gebreken gedurende de garantieperiode worden hersteld. Die garantieperiode loopt uiteen van 15 maanden (de huidige 3 maanden onderhoudsperiode + 1 jaar, bijvoorbeeld voor schilderwerk) tot 6 jaar op bijvoorbeeld constructieve delen). Ons inziens levert het wetsvoorstel dan ook materieel geen enkele extra zekerheid voor de consument op.

#### Aanbiedingsplicht verzekerde garantie

Het wetsvoorstel introduceert een aanbiedingsplicht voor een verzekerde garantie of andere vorm van financiële waarborg waardoor particuliere opdrachtgevers verzekerd zijn van de afbouw van een woning of het herstel van gebreken in geval van insolventie van de bouwer. Conform het ontwerp wetsvoorstel moet de bouwer een verzekering of andere financiële waarborg aanbieden aan de consument die een nieuwbouwwoning laat bouwen. Wij begrijpen dat dit voorstel bedoeld is om de ongeveer 15% woningen die nu niet onder de beschikbare waarborgregelingen wordt gebouwd, af te dekken.

Bouwend Nederland heeft vooral vragen over de praktische uitwerking van het wetsvoorstel:

- Het wetsvoorstel gaat uit van een verzekerde garantie die slechts uitkeert in geval van insolventie van de bouwer. Daarmee wordt een minimumniveau geïntroduceerd dat veel lager ligt dan de zekerheid die consumenten wordt geboden in de bekende private waarborgregelingen. Er worden in het wetsvoorstel ook geen andere criteria aan de inhoud van de verzekering of waarborg verbonden. Het is zeer de vraag of dit de positie van de consument versterkt. De kans dat dit leidt tot nieuwe toetreders met goedkope "minderwaardige" verzekeringsproducten achten wij reëel. Daarmee zijn de consument, maar ook de verzekeringsbranche en de bouwbranche niet geholpen.
- Het staat de consument vrij de aangeboden verzekering te weigeren. Wij vragen ons af wat de gevolgen hiervan kunnen zijn voor de huidige systematiek, die nu juist gebaseerd is op het collectieve karakter. Bouwers die aangesloten zijn bij een van de bestaande garantie- en waarborginstellingen, zijn verplicht hun gehele nieuwbouwproductie onder verzekering te brengen. Daarmee wordt onder andere marchanderen en willekeur voorkomen, en wordt de minder mondige consument tegen zichzelf beschermd. Bovendien maakt deze werkwijze de risico's voor de verzekeraar overzichtelijk en kan de premie- en schadelast worden verdeeld over de gehele bouwproductie. Dit houdt ook de kosten voor de consument dragelijk.
- Hoe wordt omgegaan met bouwers die door verzekeraars niet worden geaccepteerd? Kunnen bouwers eigenlijk wel worden geweigerd? Kunnen bouwers – zie het vorige

aandachtspunt – weigeren om te contracteren met consumenten die het aanbod niet willen accepteren?

#### 7. Nieuw stelsel van kwaliteitsborging

De opdrachtgever heeft recht op een goed product, dat voldoet aan alle daaraan gestelde eisen en alle daarover gemaakte afspraken. De private partijen kunnen en moeten de verantwoordelijkheid voor de eigen kwaliteitsborging nemen om dit te realiseren.

Bouwend Nederland is van mening dat het voorgestelde stelsel inderdaad zal kunnen leiden tot een verbeterde borging van de bouwkwaliteit, althans die aspecten van bouwkwaliteit waarop het Bouwbesluit ziet. Kwaliteitsborging t.a.v. contractuele eisen en eisen van goed en deugdelijk werk is al jaren een private verantwoordelijkheid; dit verandert niet, hoewel wij er wel vanuit gaan dat de invoering van dit stelsel -en met name de beoordeling bij oplevering- ook hierop een positief effect kan hebben.

Zoals al gememoreerd is onze grootste zorg dat de gevolgen voor bouwbedrijven maar ook voor de andere stakeholders, nog onvoldoende in beeld zijn. Voor de leden van Bouwend Nederland is evident dat de invoering van het nieuwe stelsel voor velen van hen een extra investering in hun bedrijfsvoering vergt. Die investering moet proportioneel, betaalbaar en praktisch werkbaar zijn. En dat is sterk afhankelijk van de uitwerking van de betreffende AMvB's.

Ten aanzien van een enkele specifieke onderdelen van het stelsel, maken wij daarom nu alvast een aantal opmerkingen zonder daarbij te beogen volledig te zijn.

#### Rolverdeling

Het nieuwe stelsel staat of valt bij een glasheldere, eenduidige verdeling van verantwoordelijkheden en bevoegdheden. Die dient ook praktisch uitvoerbaar te zijn. Op een aantal punten is verdere uitwerking noodzakelijk. Ten eerste wat betreft de rol van het bevoegd gezag. Wij sluiten ons aan bij de visie van onder andere de Vereniging bouw- en Woningtoezicht Nederland: " je bent ervan of je bent er niet van". Aanvullend daarop noemen wij nog twee andere aspecten:

- bij hoog-risico bouwwerken tijdens het bouwproces. Als hierover geen volledige duidelijkheid bestaat, zien wij als risico dat de potentiële tijds winst in het bouwproces verdwijnt en daarmee een basiselement uit de MKBA wegvalt.
- bij schorsing of intrekking van een toegelaten instrument of faillissement van een kwaliteitsborger tijdens de bouw en bij gereedmelding. Met deze handhavingsbevoegdheid dient zeer zorgvuldig te worden omgegaan. Stilleggen van de bouw of het niet in gebruik mogen nemen kunnen grote gevolgen hebben voor zowel opdrachtgevers/bouwconsumenten als voor bouwers. Welke afwegingen dienen te worden gemaakt wanneer overwogen wordt "zonodig de bouw stil te leggen"? Specifieke aandacht is nodig voor de uitwerking van ingebruikname. Mag een bouwconsument pas twee weken na gereedmelding gebruik maken van de uitbouw aan zijn woning?

Ten tweede wat betreft de rol van de aanvrager van de bouwvergunning. In een zeer groot deel van de huidige aanvragen, gaat het hier om de bouwconsument. Voor deze opdrachtgever tot de bouw of verbouw van een woning, vragen wij ons af of het voorgestelde systeem gaat werken. Zo wordt van de aanvrager verwacht dat hij beoordeelt in welke risicoklasse zijn bouwwerk valt, een daarbij behorend instrument voor kwaliteitsborging kiest, en daarna een kwaliteitsborger die

gerechtigd is met dit instrument te werken. De dagelijkse praktijk is echter anders. Bij (projectmatige) nieuwbouw is het nog relatief eenvoudig. De consument koopt een woning bij een ontwikkelaar/ontwikkelaar/bouwer, die bouwt met een verzekerde garantie onder het regime van de Stichting Garantiewoning. Daarmee is, zo veronderstellen wij, een eenduidige koppeling tussen bouwwerk, instrument (de verzekerde garantieregeling) en ontwikkelaar/bouwer gelegd en wordt de consument ontzorgd. Maar voor het merendeel van de verbouw- en uitbreidingsopgaven, vraagt de consument offerte aan bij een of meer bouwers en komt al dan niet tot zaken. Het is dan de rol van de bouwer en/of de kwaliteitsborger, om de consument voor te lichten en te ontzorgen. Bovenstaande heeft in ieder geval gevolgen voor de manier waarop het openbare register wordt ingericht waarin opdrachtgevers kunnen nagaan of iemand gerechtigd is met een bepaald instrument te werken. Ook in de rol van andere actoren en de onderlinge verhoudingen zien wij nog uitwerkingpunten.

#### Risicocategorieën en eisen aan instrumenten

Op basis van het concept wetsvoorstel kunnen wij ons nog weinig voorstellen bij de werking in de praktijk, de hiermee samenhangende praktische (o.a. administratieve) gevolgen voor bouwbedrijven en de daarmee samenhangende kosten ten opzichte van de verwachte kwaliteitswinst. Wij verzoeken u dan ook tot nadere uitwerking te komen voor:

- De indeling in risicocategorieën

Met name risicocategorie 1 (de 80% eenvoudige bouwwerken) is zowel voor de leden van Bouwend Nederland als voor de bouwconsument van groot belang. Het overgrote deel van de werkzaamheden in de bestaande bouw (verbouw, renovatie, onderhoud) valt in deze categorie. In veel gevallen komt de opdracht hier tot stand in een op een contact tussen een bouwconsument en een aannemer. De kwaliteitsborging bij dergelijke werken is en kan veel eenvoudiger dan wat nodig is bij nieuwbouwwoningen of zelfs kleine utiliteitsbouw of meerlaags-woongebouwen.

- Minimumeisen aan instrumenten

De invoering van het nieuwe stelsel leidt tot meer inspanningen t.a.v. kwaliteitsborging bij bouwbedrijven. Deels van administratieve aard (zoals het samenstellen van een opleverdossier) en deels van inhoudelijke aard (zoals het uitvoeren van controles of het inschakelen van een onafhankelijke toetsers/toezichthouder). Inzicht in de inspanning en kosten daarvan is nog onmogelijk zonder de nog vast te stellen minimumeisen. Ook hier geldt dat met name in risicocategorie 1 de grootste gevolgen voor bouwbedrijven worden verwacht. Specifieke aandacht is wat ons betreft nodig voor de "vergunningsplichtige kleine klus". Van bijzonder belang is daarbij de rol van de kwaliteitsborger, zijn onafhankelijkheid ten opzichte van de bouwer, en de uitwerking van toetsing en toezicht tijdens de bouw. Hierover leven verschillende beelden, zowel over de huidige praktijk als wat betreft de wensen over de toekomst. Wat Bouwend Nederland betreft, zou de nieuwe systematiek voor risicoklasse 1 zo veel mogelijk moeten faciliteren dat de bouwer zelf kwaliteitsborger is. Dat betekent dat deze bouwer dan zelf toetsing en toezicht tijdens de bouw organiseert. Onder welke randvoorwaarden een bouwer dat mag doen, moet nader worden vastgesteld in de eisen aan instrumenten. Te denken valt aan een erkenningsregeling, waarmee onder andere wordt geëxperimenteerd in Deventer, maar ook het aantoonbare gebruik van enige vorm van gestandaardiseerde, erkende oplossingen. Ook het inschakelen van onderaannemers in bezit van een procescertificaat zou daaronder kunnen vallen. In het kader van systeemtoezicht is het dan voorstelbaar dat een instrumentbeheerder of de toelatingsorganisatie

steekproefsgewijs op de bouw toetst, maar dit mag niet leiden tot het verplicht moeten laten uitvoeren van bijvoorbeeld een oplevertoetsing door een onafhankelijke derde op elk project.

Wij hebben eerder in deze reactie dan ook voorgesteld risicocategorie 1 te splitsen, zodat bij het stellen van minimumeisen aan instrumenten per categorie de proportionaliteit ook aan de onderkant –voor de “vergunningsplichtige kleine klus” –gewaarborgd kan worden. Daarbij lijkt het wenselijk om juist te kijken naar andere aspecten dan brand en constructie vanwege het relatieve belang van bijvoorbeeld binnenklimaat en energieverbruik bij woningen.

#### Opleverdossier

In het wetsvoorstel en in de Memorie van Toelichting is sprake van diverse vormen van een “opleverdossier”, bedoeld voor de informatiebehoefte van de kwaliteitsborger, het bevoegd gezag en/of de bouwconsument. Voorgesteld wordt met marktpartijen en consumentenorganisaties te bezien in hoeverre deze verschillende opleverdossiers kunnen worden gebundeld. Hoewel wij op termijn de toegevoegde waarde zien van een gebundeld opleverdossier, adviseren wij voornamelijk de focus te leggen op het dossier dat in het kader van het nieuwe stelsel strikt noodzakelijk is. Het opleverdossier met consumenteninformatie is van dusdanig andere aard dat combinatie nu onnodig complicerend zal werken. Bovendien zijn wij van mening dat dit een zaak is die door consumenten en producenten zelf zou moeten worden opgepakt.

Nut en noodzaak van een opleverdossier voor het bevoegd gezag en de kwaliteitsborger in het nieuwe stelsel zijn evident. Wel is terughoudendheid op zijn plaats bij het opstellen van de minimumeisen waaraan het dossier dient te voldoen. Het samenstellen van een opleverdossier is een arbeidsintensieve klus, die dus veel geld kost. Uit onderzoek blijkt onder andere dat de meeste bouwbedrijven op dit moment geen opleverdossiers maken, tenzij door de opdrachtgever gevraagd. Dat is met name het geval bij complexe projecten voor professionele opdrachtgevers. In de Memorie van Toelichting lezen wij dat bij gereedmelding er in ieder geval een verklaring van de kwaliteitsborger dient te zijn dat het bouwwerk is gebouwd conform het toegelaten instrument en dat het bouwwerk naar zijn oordeel aan de bouwtechnische voorschriften voldoet. Ook is er sprake van een verklaring van de bouwer dat het bouwwerk voldoet. Of en in welke mate er ondersteunende documentatie, bijvoorbeeld in de vorm van keuringsrapporten, in het opleverdossier moet worden opgenomen is bepalend voor administratieve en financiële consequenties. Hier ligt een koppeling met de toe te laten instrumenten voor kwaliteitsborging en de daaraan te stellen eisen. Er kan immers nooit meer informatie in het opleverdossier worden opgenomen dan tijdens de bouw is vastgelegd. Een instrument moet volgens artikel 7aa een gerechtvaardigd vertrouwen bieden dat het bouwwerk voldoet aan de voorschriften. Welke informatie is minimaal nodig voor een gerechtvaardigd vertrouwen? En moet al deze informatie in het opleverdossier worden opgenomen?

Tenslotte willen wij er op wijzen dat de aard en omvang van het opleverdossier ook wordt beïnvloed door de voorgestelde maatregel ten aanzien van de aansprakelijkheid van de bouwer voor gebreken. De enige manier voor bouwbedrijven om invulling te kunnen geven aan de bewijslast in geval van eventuele gebreken is om de staat van het bouwwerk bij oplevering op eigen initiatief intensief vast te leggen. Of die gegevens nu wel of niet tot het minimumniveau behoren dat in het kader van het nieuwe stelsel wordt gedefinieerd, het telt wel op, en zal wel moeten worden betaald.

### Toelatingsorganisatie

De rol van de toelatingsorganisatie in het nieuwe stelsel wordt in het voorstel op hoofdlijnen beschreven. Op basis daarvan is het nog onmogelijk een beeld te vormen van hoe dit er in de praktijk uitziet. De effectiviteit, acceptatie bij de bouwbedrijven en de betaalbaarheid van het nieuwe stelsel zijn daarvan echter sterk afhankelijk. Wij vragen in het bijzonder aandacht voor de in het wetsvoorstel benoemde audits, steekproefsgewijs controles van toegelaten instrumenten, controles tijdens de bouw en bij oplevering, e.d. Hierin schuilt een groot risico van toezicht op toezicht en het is duur. Daarnaast vragen wij aandacht voor de betrokkenheid van de bouwsector (en andere stakeholders) bij de toelatingsorganisatie. In het wetsvoorstel is wel opgenomen hoe de werkorganisatie eruit ziet en hoe de relatie met de overheid is geborgd. Maar omdat het praktisch functioneren van het stelsel wordt bepaald door de private partijen in de bouwkolom, is het noodzakelijk deze betrokkenheid te regelen. In het huidige stelsel is dat wel het geval, want zijn de bouwpartijen vertegenwoordigd in de Raad van Toezicht van de Stichting Bouwkwiteit.

### Civielrechtelijke gevolgen van het voorgestelde systeem van kwaliteitsborging

In de toelichting op het ontwerp 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; dat kan bijvoorbeeld een gedetailleerd bestek zijn) 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 is het in de huidige bouwpraktijk geen uitzondering dat hierover discussie ontstaat. Deze discussie speelt zich af in het commerciële spanningsveld, in de aanbestedingsfase. De ervaring van onze leden is dat daarbij veelal geen sprake is van een gelijkwaardige positie van opdrachtgever en opdrachtnemer. Bouwers kunnen zich dan genoodzaakt voelen om toch het risico te nemen met een ongetoetst ontwerp aan de slag te gaan.

Dat lijkt ons geen werkbare uitgangssituatie voor het nieuw stelsel. Daarom stelt Bouwend Nederland voor:

dat de wetgever ontwerpers ten minste zou moeten verplichten tot het bij hun ontwerp moeten leveren van de verklaring dat dat ontwerp aan de bouwvoorschriften voldoet, welke verplichting dwingendrechtelijk van aard dient te zijn en dus niet kan worden weggecontracteerd.

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. Een mogelijk alternatief is dat dit in een aantal gevallen middels een toegelaten instrument kan worden geregeld.

Conclusie:

De complexiteit en de impact van het nieuwe stelsel beginnen zich steeds duidelijker af te tekenen. Er moet nog veel worden uitgewerkt. Deze uitwerking bepaalt in hoge mate of de doelstelling van een betere bouwkwaliteit wordt behaald en daarmee de positie van de bouwconsument wordt versterkt, maar of een en ander überhaupt praktisch werkbaar en betaalbaar wordt. Bouwend Nederland bepleit daarom een meer intensieve betrokkenheid van de bouwsector en andere stakeholders bij de uitwerking van de belangrijkste AMvB's. Verder is onvermijdelijk dat een deel van de verdere uitwerking plaatsvindt binnen de nog op te richten toelatingsorganisatie, zowel in de overgangsfase als bij de daadwerkelijke start van het systeem. De toelatingsorganisatie dient daarom te voorzien in een structuur en werkwijze waarbij de praktische inbreng van de bouwsector en anders stakeholders geborgd is.

Met vriendelijke groet,  
Bouwend Nederland

drs. J.J.M. Rats  
Directeur Economische en Verenigingszaken

## **Bijlage**

*Betreft: concept voorstel tot wijziging van artikel 7:758, lid 3 BW*

### **Elementen van de voorgestelde wijziging**

De voorgestelde wijziging van artikel 7: 758 lid 3 BW brengt belangrijke wijzigingen in de regeling van de aansprakelijkheid van de aannemer voor verborgen gebreken na oplevering, welke voor Bouwend Nederland onacceptabel zijn.

Vergeleken met de huidige wettelijke regeling:

- is sprake van een vooronderstelde aansprakelijkheid van de aannemer voor verborgen gebreken,
- wordt de bewijslast bij de aannemer neergelegd,
- is een gebrek verborgen door de enkele omstandigheid dat het bij oplevering niet is ontdekt en
- heeft de bepaling een dwingendrechtelijk karakter.

Door het dwingendrechtelijk karakter van de voorgestelde wijzigingen en de plaats in het Burgerlijk Wetboek - de eerste afdeling van titel 7:12 - zijn die wijzigingen van toepassing op alle soorten aannemingen van bouwwerken, ongeacht het toegepaste bouworganisatiemodel en de invloed die de opdrachtgever uitoefent op het bouwproces. Onderstaand zal blijken dat er niet één soort bouwconsument bestaat, maar dat die vele verschillende gedaanten kan aannemen. Het grote bezwaar van de voorgestelde regeling is dat die ongenueanceerd is in die zin dat die typen van bouwconsumenten beschermt - namelijk iedere professionele, zakelijke (overheids)opdrachtgever - waarbij deze verregaande bescherming juist onredelijk uitpakt voor de wederpartij, de aannemer.

Het doel dat met deze wetswijziging wordt nagestreefd, namelijk verbetering van de bouwkwiteit, wordt volgens Bouwend Nederland niet met deze wetswijziging bereikt. Overigens ontbeert het wetsvoorstel iedere onderbouwing en/of ieder (empirisch) onderzoek dat de voorgestelde wijziging van artikel 7:753 lid 3 BW zal leiden tot een verbetering van de bouwkwiteit.

### **Vooronderstelde aansprakelijkheid van de aannemer en omkering bewijslast**

In elk bouwproces zullen de functies *initiatief, ontwerp en uitvoering* moeten worden vervuld. Kijkend naar de verhouding opdrachtgever - aannemer - tussen welke partijen het aannemingscontract gesloten wordt - resulteert de manier waarop de functies initiatief, ontwerp en uitvoering over opdrachtgever en aannemer zijn verdeeld, in verschillende bouworganisatievormen. Die verschillende bouworganisatievormen kennen in de basis elk een eigen de taakverdeling tussen partijen met een daarbij passende verdeling van verantwoordelijkheden.

Zo is sprake van *bouw volgens het traditionele model* wanneer de opdrachtgever het initiatief tot de bouw neemt en zelf het ontwerp voor het werk vervaardigt of door een adviseur laat vervaardigen, waarna dat door de aannemer wordt uitgevoerd.

In dat geval draagt opdrachtgever (in zijn verhouding tot de aannemer) de verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van het ontwerp en is aannemer verantwoordelijk voor de uitvoering. Voor

deze situatie zijn de *UAV 1989/2012* geschreven.

Een steeds meer toegepaste bouworganisatievorm is die waarbij opdrachtgever het initiatief tot de bouw neemt en een globaal programma van eisen opstelt, waarna opdrachtnemer ontwerp en uitvoering verzorgt. Dan spreekt men van *geïntegreerde bouwopdrachten*. De functies ontwerp en uitvoeren liggen daar - vanuit de optiek van de opdrachtgever - in één hand: in die van de opdrachtnemer. Gevolg is dat opdrachtnemer – dus aannemer - zowel verantwoordelijk is voor de uitvoering als voor het ontwerp. Ter regeling van deze situatie zijn de *UAV-GC 2005* opgesteld.

Een derde bouworganisatievorm is die waarbij initiatief, ontwerp en uitvoering in één hand liggen. Daarvan is sprake bij projectmatige woningbouw voor consumenten. Die figuur wordt wel aangeduid als de *bouw van brochureplannen*. Het is daar de projectontwikkelaar of ontwikkelende bouwondernemer die alle functies vervult en daarmee verantwoordelijk draagt voor het goed vervullen van die functies. Voor deze situatie zijn opgesteld de *Model koop-/aannemingsovereenkomst woningbouw 2014 met bijbehorende Algemene Voorwaarden*.

Deze drie bouworganisatievormen in oenschouw nemend, ziet men dat:

- de kwaliteit van het bouwproduct in groot een aantal gevallen mede wordt bepaald door de opdrachtgever (zoals door het door hem aan aannemer gepresenteerde ontwerp), en
- dat naarmate de opdrachtgever meer invloed uitoefent op het tot stand te brengen werk, ook diens verantwoordelijkheid toeneemt.

Er is in de bouwpraktijk dan ook niet slechts één bepaald type bouwconsument. Tal van verschillen zijn er niet alleen op het punt van de invloed van de opdrachtgever op het bouwproduct of bouwproces, maar ook wat betreft de deskundigheid aan de kant van de bouwconsument (eigen deskundigheid en ingehuurde deskundigheid), alsmede wat betreft de wijze waarop de bouw door of namens de opdrachtgever begeleid wordt.

De ter regeling van die verschillende bouwsituaties opgestelde standaardvoorwaarden en de daarop ontwikkelde rechtspraak zijn niet alleen geschreven voor verschillende bouwsituaties, maar bieden elk ook de flexibiliteit om rekening te kunnen houden met de omstandigheden van het geval om bij het beoordelen van aansprakelijkheidskwesties tot een rechtvaardig oordeel te kunnen komen.

Daarbij is van groot belang is dat deze voorwaarden – de UAV, de UAV-GC en het Model koop-/aannemingsovereenkomst-, alle in twee- of meezijdig overleg tussen vertegenwoordigers van opdrachtgevers en opdrachtnemers tot stand zijn gebracht en derhalve als evenwichtige, redelijke voorwaarden mogen worden gezien.

Waar in een groot aantal gevallen de kwaliteit van het bouwproducten mede wordt bepaald door de opdrachtgever (zoals in de vorm van het door hem aan de aannemer voorgelegde ontwerp), past het niet om ingeval van na de oplevering geconstateerde gebreken, uit te gaan van een vooronderstelde aansprakelijkheid van de aannemer, zoals het concept-wetsontwerp dat doet. Het gebrek kan immers heel goed ook zijn terug te voeren op een tekortkoming in de invloed die de opdrachtgever op de bouw heeft uitgevoerd, bijvoorbeeld door het aan aannemer presenteren van een foutief ontwerp.

De UAV 1989/2012, de UAV-GC 2005 en ook de huidige wettelijke regeling van de aanneming van werk, houden alle rekening met het door opdrachtgever uitoefenen van invloed op de kwaliteit van het bouwproduct. Geen wonder dus dat de wet en de genoemde standaardvoorwaarden niet uitgaan van een vooronderstelde aansprakelijkheid van de aannemer voor verborgen gebreken. Bij toepasselijkheid van één van die standaardvoorwaarden of van de wet, zal opdrachtgever dan ook moeten bewijzen dat het gebrek veroorzaakt is door een omstandigheid die aan de aannemer kan worden toegerekend.

Het ligt voor de hand dat de situatie anders ligt wanneer de opdrachtgever geen relevante invloed op het bouwproces uitoefent, zoals bij bouw volgens de Model koop-/aannemingsovereenkomst. Logisch is dan ook dat, bij toepasselijkheid van dat model, met het zich voordoen van het gebrek de aansprakelijkheid van de aannemer in beginsel gegeven, zij het dat hij zich kan disculperen. Bij gebreke van relevante invloed op de bouw door deze bouwconsument, is het vertrekpunt begrijpelijk dat het gebrek vermoedelijk door de aannemer zal zijn veroorzaakt.

In vergelijking tot deze genuanceerde benaderingen van wet en standaardvoorwaarden op het punt van de bewijslast, is de voorgestelde dwingendrechtelijke bepaling die uitgaat van een vooronderstelde aansprakelijkheid van de aannemer ongeacht de bouworganisatievorm en de invloed van opdrachtgever op de bouw, ongenueanceerd, onredelijk en in strijd met de vrijheid van rechters en arbiters om de deskundigheid van de opdrachtgever en de wijze waarop hij invloed heeft gehad op het bouwproces, te betrekken bij de toedeling van aansprakelijkheid, zoals hen in het concrete geval goedgevindt.

Vóór de inwerkingtreding van de huidige wettelijke regeling van de aanneming van werk, was - op grond van oude rechtspraak van de Hoge Raad - een vooronderstelde aansprakelijkheid van de aannemer alleen aan de orde bij situaties waarin sprake was een geheel of gedeeltelijk teniet gaan (instorten) of dreigend teniet gaan van het werk.

De voorgestelde wijziging heeft tot gevolg dat dat oude regime terugkeert, nu echter toegepast op *alle* verborgen gebreken, ongeacht hun ernst. En dit terwijl het destijds een bewuste keuze is geweest om in de huidige titel 7:12 BW over verborgen gebreken geen bijzondere aansprakelijkheids- of bewijsregels meer in de wet op te nemen.

Opvallend is ook dat de omkering van de bewijslast niet in de concept MvT wordt beargumenteerd. Sterker nog, de lezer wordt op het verkeerde been gezet waar aan het einde van hoofdstuk 5.3 (Alternatieven) besproken worden de door Instituut voor Bouwrecht geopperde mogelijkheden van een verzwaarde stelplicht. Gezegd wordt dat deze mogelijkheid echter enkele nadelen kent ten opzichte van aanpassing van de definitie van het verborgen gebrek, alsmede dat bij de voorgestelde aanpassing van de definitie van het verborgen gebrek, de belasting van de aannemer veel minder groot is. Dat is onjuist omdat die aanpassing nu juist veel verdergaat dan een verzwaarde stelplicht. De aanpassing houdt immers een omkering van de bewijslast in door uit te gaan van een vooronderstelde aansprakelijkheid ("de aannemer is aansprakelijk, tenzij"). Ook het Instituut voor Bouwrecht heeft niet zo ver willen gaan, door een vooronderstelde aansprakelijkheid te adviseren en de huidige bewijslast ten nadele van de aannemer om te keren.

Op bovenstaande gronden acht Bouwend Nederland het onacceptabel dat het concept uitgaat van een vooronderstelde aansprakelijkheid van aannemer voor verborgen gebreken en het volledig bij aannemer leggen van de bewijslast.

### **Definitie verborgen gebrek en dwingendrechtelijk karakter**

Het conceptvoorstel kiest ervoor het verborgen gebrek niet langer te definiëren als een gebrek dat de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs *niet had moeten ontdekken*, maar als een gebrek dat bij oplevering van het werk *niet is ontdekt*. Op die manier is niet langer sprake van een normatief begrip, maar van een feitelijk begrip. In dat verband merkt de Memorie van Toelichting op dat als bewijs van wat de bouwconsument heeft ontdekt, het proces-verbaal van oplevering kan dienen.

Er nog even vanaf gezien dat deze aanpak een opdrachtgever bepaald niet aanmoedigt om zich bij de oplevering actief te verdiepen in de vraag of hij wel gekregen heeft wat hij besteld heeft, is die aanpak in elk geval in strijd met het bepaalde in artikel 6:89 BW.

Het door het conceptwetsvoorstel niet langer werken met een normatieve omschrijving van het verborgen gebrek, staat er - ten onrechte - aan in de weg dat rekening kan worden gehouden met relevante omstandigheden die bij de toepassing van de huidige wettelijke bepaling wel een rol kunnen spelen.

Op het punt van deskundigheid van de bouw en de manier waarop de bouw door of namens de opdrachtgever begeleid wordt, is immers niet sprake van één standaard type bouwconsument.

Ook de opsteller van de huidige wettelijke regeling van de aanneming heeft daar oog voor gehad. Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:753, lid 3 BW blijkt immers dat men bij de beantwoording van de vraag of een gebrek bij oplevering als een verborgen gebrek moet worden aangemerkt, rekening moet houden met de aard en de ernst van de tekortkoming, de deskundigheid van de opdrachtgever zelf, alsmede met het al dan niet aanwezig zijn van deskundige bijstand aan de zijde van de opdrachtgever tijdens de opnemings van het werk in het kader van de oplevering. De kwaliteit van het toezicht door een deskundige moet immers aan de opdrachtgever worden toegerekend.

De huidige wettelijke regeling van de aanneming van werk heeft in 2003, na veel jaren van zorgvuldige voorbereiding, een plaats in het Burgerlijk Wetboek gekregen.

Het is onbegrijpelijk dat het onderhavige - ongenueanceerde - voorstel na relatief beperkte tijd, zo radicaal afstand neemt van een belangrijk onderdeel van de bestaande wettelijke regeling.

Alle hierboven genoemde - in twee of meerzijdig overleg opgestelde - standaardvoorwaarden (UAV, UAV-GC en Model koop-/aannemingsovereenkomst), werken bij de vraag of een gebrek bij oplevering verborgen is, eveneens met een normatieve omschrijving van het verborgen gebrek. Vermeldenswaardig hierbij is dat de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie zich bij de vaststelling van de UAV 2012 op 1 februari 2012 nog volledig konden vinden in een normatieve omschrijving van het verborgen gebrek.

In de daarop ontwikkelde rechtspraak wordt dan ook met de genoemde aspecten rekening gehouden bij de vraag of een gebrek bij oplevering verborgen is. De rechtspraak laat zien dat een

opdrachtgever, die niet deskundig is en die tijdens de uitvoering niet of nauwelijks deskundig toezicht heeft uitgeoefend, niet het verwijt kan worden gemaakt dat hij een gebrek redelijkerwijs had moeten ontdekken. Dit wordt in de literatuur ook beaamd.

Daarbij is van belang dat de rechtspraak ook een aantal voorbeelden kent van gevallen waarin door rechter of arbiters is geoordeeld dat, hoewel het gebrek niet als een verborgen gebrek kon worden gemerkt (het had dus door opdrachtgever of zijn toezichthouder opgemerkt moeten worden), de aannemer zich daar in die gevallen in redelijkheid niet op kon beroepen gelet op de omvang van de schade en de aard en ernst van de wanprestatie.

De bestaande formuleringen in wet en standaardvoorwaarden maken het derhalve mogelijk om rekening te houden met alle relevante omstandigheden en aldus tot rechtvaardige beslissingen te komen. Het dwingendrechtelijke karakter van de conceptvoorstel regeling maakt een einde aan die mogelijkheid.

In de Memorie van Toelichting wordt evenwel niet aangetoond dat de rechtspraak tot onredelijke resultaten heeft geleid.

Tot welke discussies en praktijkproblemen een feitelijke omschrijving van het begrip verborgen gebrek kan leiden, is omstandig uiteengezet door Vermeij, bij welke analyse Bouwend Nederland zich gaarne aansluit.

Uit het onderzoek van het IBR blijkt bovendien dat in de ons omringende landen het begrip verborgen gebrek op normatieve wijze wordt omschreven. Met dit voorstel zou Nederland meteen uit de internationale pas lopen en het enige land in Europa zijn dat afwijkt van een normatieve omschrijving van het begrip verborgen gebrek.

Omdat de regeling een dwingendrechtelijk karakter heeft, lijkt het er voorts op dat voor de vraag of een gebrek verborgen is, op geen enkele wijze rekening mag worden gehouden met door of namens de opdrachtgever *tijdens de uitvoering* gehouden deskundig toezicht. Hoe men ook moge aankijken tegen de juridische betekenis van dat toezicht: daaraan helemaal geen betekenis toekennen is volgens Bouwend Nederland onjuist. Er zijn gevallen waarin van een toezichthouder de aannemer moet waarschuwen voor een uitvoeringsfout, bij gebreke waarvan de opdrachtgever mede-aansprakelijk wordt voor die fout. In dit opzicht is er een parallel met het geval waarin de aannemer nalaat te waarschuwen tegen een klaarblijkelijke fout in – bijvoorbeeld – het van de opdrachtgever afkomstig ontwerp.

Ook deze onderdelen van het conceptvoorstel zijn voor Bouwend Nederland op de hierboven aangevoerde gronden, onaanvaardbaar.