

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Directoraat-Generaal Wonen en Bouwen
t.a.v. de directeur Bouwen
de heer J.M.C. Smallenbroek
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Den Haag, 10 april 2015

betreft : Min BZK/Advies – advies verplichte verzekering
uw ref. : 2015-0000156342 telefoon : +31 70 374 64 21
onze ref. : SC/150214 e-mail : schaaf@ekelmansenmeijer.nl

Geachte heer Smallenbroek,

In vervolg op mijn brief van 16 maart jl. kan ik u als volgt adviseren over de consultatieversie van het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen inzake de verbetering van de bescherming van de opdrachtgever tegen het insolventierisico van de aannemer bij nieuwbouwwoningen en het risico van gebreken bij nieuwbouwwoningen.

In de kern is mij de vraag voorgelegd of de invoering van een wettelijke verplichting voor aannemers om aan opdrachtgevers voor de bouw van nieuwbouwwoningen een verzekering aan te bieden voor het insolventierisico en voor het herstel van gebreken na oplevering (mede gelet op de in het memo van 5 maart 2015 benoemde aspecten) uitvoerbaar is.

Ik ben tot de conclusie gekomen dat een wettelijke verplichting voor de aannemer om de voornoemde verzekering aan te bieden – gezien de hierna te bespreken aspecten van uitvoerbaarheid en te verwachten effecten – valt te ontraden.

Inleiding

1. Dit advies betreft het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen inzake de verbetering van de bescherming van de opdrachtgever tegen het insolventierisico van de aannemer bij nieuwbouwwoningen en het risico van gebreken bij nieuwbouwwoningen. Het zwaartepunt zal hierbij liggen op het insolventierisico. De reden is dat de consument een solvante aannemer immers zelf zal kunnen aanspreken tot het herstel van gebreken. Het insolventierisico lijkt daarom de crux van het voorliggende wetsvoorstel.

2. Het huidige (juridische en feitelijke) kader wordt inzichtelijk gemaakt in de Serie Bouw-en Aanbestedingsrecht.¹ Dit huidige kader is in essentie te kenschetsen als volgt:
 - (a) Thans bestaat *geen wettelijke regeling* voor de bescherming van de opdrachtgever tegen het risico van insolventie van de aannemer. Dit betekent dat de opdrachtgever bij faillissement van de aannemer wettelijk slechts een concurrente vordering heeft.
 - (b) Voor de meeste nieuwbouwwoningen voor consumenten (volgens schattingen 85%) geldt een *privaatrechtelijke garantieregeling*. Aanbieders zijn SWK, Woningborg en Bouwgarant. Deze regelingen worden in het algemeen als adequaat ervaren.
 - (c) De garantieregelingen stellen (technische en solvabiliteits-)eisen aan *deelnemende aannemers*, verlangen van de deelnemers dat zij alle door hen zelf te ontwikkelen nieuwbouwwoningen voor de garantieregeling aanmelden en verlangen voor iedere nieuwbouwwoning een bijdrage in de kosten van de garantieregeling. Deze bijdrage is bij de koop-/aanneemsom inbegrepen. De opdrachtgever betaalt hier dus niet apart voor.
 - (d) Een *klein gedeelte* van de nieuwbouwprojecten (circa 15%) valt niet onder een privaatrechtelijke garantieregeling. De opdrachtgever loopt dan een (reëel) risico.
3. De bedoeling van het wetsvoorstel is in het bijzonder de verbetering van de bescherming van opdrachtgevers die contracteren met een aannemer voor een nieuwbouwwoning die niet bij een particuliere garantieregeling is aangesloten.

Het wetsvoorstel

4. Het wetsvoorstel houdt het volgende in. De aannemer wordt verplicht de opdrachtgever een aanbod te doen voor een verzekering of andere financiële zekerheid voor de dekking van de kosten bij insolventie van de aannemer voor de afbouw of voor het herstel van aan de aannemer toe te rekenen gebreken na de oplevering. Een uitzondering geldt als een aanbieding in redelijkheid niet van de aannemer kan worden gevergd.

Kanttekeningen

5. Bij dit voorstel passen vanuit juridisch (verzekeringsrechtelijk) oogpunt drie wezenlijke kanttekeningen: (1) de (juridische) status van de aanbiedingsplicht, (2) de redelijkheidsexceptie en (3) de handhaving van de regeling.

Ad (1) De aanbiedingsplicht

6. Het Nederlands burgerlijk recht kent op dit moment geen aanbiedingsplicht voor een verzekering, zodat het introduceren van zo een verplichting een minder voor de hand liggende keuze is. Bekend is wel de verplichting voor sommige partijen in het rechtsverkeer zelf een verzekering af te sluiten. Die verplichting geldt bijvoorbeeld in het kader van de WAM en voor diverse beroepsbeoefenaren (advocaten, medici, accountants). Bekend is voorts de plicht bij het aangaan van een overeenkomst bepaalde informatie aan de wederpartij te verstrekken. Deze verplichting geldt bijvoorbeeld bij financiële producten, een medische behandeling en online diensten (zie hierna § 18).

¹ M.A. van Wijngaarden/M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht*, deel 1, Paris 2014 (negende herziene druk), nrs. 70-82 (blz. 262-291).

7. In de huidige situatie is bij circa 85% van de nieuwbouwwoningen een privaatrechtelijke garantieregeling voor insolventie/gebreken in de koop-/aanneemsom begrepen. Een verplichting een verzekering aan te bieden impliceert dat de opdrachtgever een keuzevrijheid heeft die verzekering (al dan niet) af te sluiten. De opdrachtgever is de premie in dat geval uitsluitend verschuldigd indien hij verkiest de verzekering te sluiten. Op grond van het thans voorliggende wetsvoorstel geldt de aanbiedingsplicht ook voor overeenkomsten waarop in de huidige situatie een garantieregeling toepasselijk is. De wettekst lijkt dus te impliceren dat bij een overeenkomst waarop in de huidige situatie een garantieregeling toepasselijk is, de opdrachtgever de keuzevrijheid zou verkrijgen (al dan niet) voor die garantieregeling te opteren. Hij behoeft in dat geval uitsluitend bij te dragen in de kosten van die garantieregeling indien hij voor toepassing van die garantieregeling opteert. De huidige garantieregelingen voorzien echter niet in keuzevrijheid van de opdrachtgever. Deze keuzevrijheid leidt tot een verhoging van de administratieve lasten bij de aannemer (regeldruk). De aannemer zal hierover immers in overleg moeten treden met de consument. Verder zou keuzevrijheid ertoe kunnen leiden dat opdrachtgevers uit kostenoverwegingen besluiten niet van het aangeboden product gebruik te maken. Dat is niet het effect dat met het wetsvoorstel wordt beoogd.

Ad (2) De redelijkheidsexceptie

8. In de huidige situatie is op circa 15% van de nieuwbouwwoningen voor consumenten geen privaatrechtelijke garantieregeling toepasselijk. Dit kan twee oorzaken hebben. In de eerste plaats is het mogelijk dat de betreffende aannemer niet is aangesloten bij een particuliere garantie-instelling. Bijvoorbeeld omdat de aannemer niet voldoet aan de (solvabiliteits-)eisen. In de tweede plaats is het mogelijk dat de nieuwbouw niet voldoet aan (technische en juridische) voorwaarden van de garantie-instelling.
9. Nieuwbouwwoningen zonder garantieregeling kunnen/zullen dus in de praktijk regelmatig een bovengemiddeld (insolventie-)risico vertegenwoordigen. Dit zal een ongunstig effect hebben op de beschikbaarheid en/of de premie van de in het wetsontwerp/motie bedoelde verzekering ('negatieve selectie'). Op basis van mijn ervaring lijkt de mogelijkheid reëel dat geen verzekering beschikbaar zal komen. Het betreft immers een relatief kleine groep aannemers en projecten. Dit beperkt de potentiële premieopbrengst. Verder zullen het doorgaans projecten met een relatief hoog (insolventie-)risico betreffen. In het geval wel een verzekering beschikbaar zal komen, zal de premie naar verwachting hoger zijn dan de bijdrage voor één van de bestaande garantieregelingen. Niet vergeten mag immers worden dat de door de particuliere opdrachtgever te betalen premie gebaseerd zal zijn op de (financiële en technische) kwaliteit van de aannemer waarmee die opdrachtgever zaken doet.
10. Op grond van het thans voorliggende wetsvoorstel geldt een uitzondering op de verplichting een verzekering aan te bieden in het geval deze aanbieding in redelijkheid niet van de aannemer kan worden gevergd. Dit geval zal zich dus in het bijzonder bij aannemers en/of projecten met een hoog (insolventie-)risico kunnen voordoen.
11. Het thans voorliggende wetsvoorstel zou er dus toe kunnen leiden dat opdrachtgevers juist bij aannemers en projecten met het hoogste (insolventie-)risico niet worden geïnformeerd of beschermd. De reden is dat de aannemer in die gevallen een beroep

zal (kunnen) doen op de in het wetsvoorstel opgenomen redelijkheidsexceptie. Dat is niet het effect dat met het wetsvoorstel is beoogd.

12. Voor zover wel een verzekering beschikbaar komt voor nieuwbouwwoningen zonder garantieregeling, zal de premie naar verwachting hoger zijn dan de bijdrage voor één van de bestaande garantieregelingen. Die premie zal immers (mede) worden gebaseerd op de (financiële en technische) kwaliteit van de aannemer. Dit betekent dat een kleinere aannemer vermoedelijk een verzekering met een hogere premie zal moeten aanbieden dan een gevestigde (gerenommeerde) aannemer. Dit kan ertoe leiden dat opdrachtgevers de voorkeur geven aan een nieuwbouwproject dat niet door zo een kleinere aannemer wordt uitgevoerd. Een aanbiedingsplicht zou de concurrentiepositie van kleinere aannemers aldus ongunstig kunnen beïnvloeden. Ook dit is niet een effect dat met het wetsvoorstel is beoogd.

Ad (3) De handhaving van de regeling

13. Het wetsvoorstel voorziet in een verplichting de verzekering (of de andere financiële waarborg) bij het aangaan van de overeenkomst aan te bieden. In het geval de aannemer nalaat aan zijn verplichtingen te voldoen, dan zal zich dit met name bij een (eventuele) insolventie doen gevoelen. Het rechtsgevolg zal dan zijn dat de overeenkomst in strijd is met dwingend recht en dus (partieel) kan worden vernietigd (art. 3:40 lid 2 BW). De opdrachtgever zal dan recht krijgen op terugbetaling van (een gedeelte van) de aanneemsom. Verder kan de aannemer schadeplichtig zijn.
14. Bij insolventie kan aan dit soort betalingsverplichtingen echter in de praktijk doorgaans niet (volledig) worden voldaan. Een vordering tot terugbetaling van de aanneemsom en een schadevordering, zoals hiervoor omschreven, heeft namelijk in een faillissement geen voorrang op andere vorderingen. Het zijn zogenoemde concurrente vorderingen. In de regel wordt van iedere concurrente vordering een zeer gering percentage voldaan.
15. Deze omstandigheid zou evenwel kunnen worden ondervangen door overtreding van het voorschrift bijvoorbeeld strafbaar te stellen in de WED (vergelijk hierna § 18 en 23).

Conclusie

16. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat een aanbiedingsplicht voor een verzekering waarschijnlijk vanwege twee redenen niet (volledig) tot het beoogde effect zal leiden.
 - De aanbiedingsplicht leidt ertoe dat de consument bij nieuwbouwwoningen, waarop nu een garantieregeling toepasselijk is, in de toekomst keuzevrijheid heeft. Dit resulteert in een verhoging van de administratieve lasten. Het bergt verder het risico in zich dat consumenten, die nu zonder meer onder een garantieregeling vallen, bij keuzevrijheid uit kostenoverwegingen niet voor die garantieregeling opteren.
 - Op dit moment bestaat geen verzekering voor het insolventierisico en het risico van gebreken bij nieuwbouwwoningen zonder privaatrechtelijke garantieregeling. Gezien de beperkte doelgroep en het bovengemiddelde risico is het de vraag of een dergelijke verzekering beschikbaar zal komen. Dit leidt ertoe dat bij nieuwbouwwoningen zonder garantieregeling in voorstelbaar veel gevallen een beroep op de

redelijkheidsexceptie kan worden gedaan. In dat geval behoeft de aannemer geen maatregelen te treffen. Voor zover wel een verzekering beschikbaar komt, zal de premie naar verwachting mede worden gebaseerd op de solvabiliteit en/of kwaliteit van de betreffende aannemer. Een aanbiedingsplicht voor een verzekering kan de concurrentiepositie van kleinere aannemers daarom ongunstig beïnvloeden.

Een alternatief: de informatieplicht

17. Een alternatief voor de verwezenlijking van de doelstelling van het wetsontwerp is om in de wet een informatieverplichting op te nemen teneinde bij het aangaan van de koop-/aannemingsovereenkomst aan te geven of (en op welke wijze) is voorzien in een financiële waarborg voor het dekken van het risico van insolventie en voor het herstel van gebreken na oplevering alsmede of (en op welke wijze) daarin alsnog kan worden voorzien.
18. Het is van belang dat een consument tevoren op de hoogte wordt gesteld van de eventuele (financiële) risico's bij het aangaan van een overeenkomst. Een informatieplicht past binnen het privaatrechtelijke stelsel. Ik noem drie voorbeelden.
Financiële producten. In de Wet op het Financieel Toezicht (Wft) is vastgelegd dat een consument moet worden geïnformeerd over de kenmerken van geadviseerde producten (onder meer: art. 4:19 Wft). De Hoge Raad heeft ook in die zin geoordeeld over effectenleaseproducten.² *Medische behandelingen.* In de wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst is bepaald dat de arts de patiënt moet inlichten over de aard en de risico's van een voorgenomen behandeling (art. 7:448 BW). *Online diensten.* Artikel 3:15d BW voorziet in de verplichting bij het aangaan van een online dienst bepaalde gegevens over (de identiteit van) de dienstverlener rechtstreeks en permanent voor de wederpartij toegankelijk te maken. Overtreding is strafbaar gesteld in de Wet Economische Delicten (art. 1 sub 4 WED) en controleurs van de Belastingdienst/ FIOD-ECD zijn belast met de opsporing van overtredingen (art. 3:15f lid 3 BW).
19. Met een informatieplicht wordt bereikt dat de opdrachtgever op de hoogte geraakt van de (financiële) risico's van de overeenkomst. Een informatieplicht zal het inzicht van de opdrachtgever in de financiële risico's van de overeenkomst kunnen bevorderen. Dat sluit aan bij de doelstelling van de wet. Het past verder bij het uitgangspunt dat een consument een risico weloverwogen en goed geïnformeerd moet (kunnen) nemen. De informatieplicht laat de mogelijkheid onverlet dat de opdrachtgever de risico's niet ten volle doorgrondt of onderschat. Dit valt ten dele te ondervangen door in de wet op te nemen dat de informatie schriftelijk en ondubbelzinnig dient te worden verstrekt.
20. Bij een wettelijke informatieplicht worden de bestaande garantieregelingen gerespecteerd. Bij toepasselijkheid van één van de bestaande garantieregelingen kan worden volstaan met de vermelding dat de garantieregeling geldt. Er behoeft niet te worden voorzien in een mogelijkheid voor de opdrachtgever af te zien van deelname aan de regeling. Een informatieplicht leidt daarom (anders dan de hier aan de orde zijnde aanbiedingsplicht) voor aannemers die zijn aangesloten bij een garantieregeling niet tot meer administratieve lasten (regeldruk). Verder kan de informatieplicht onverkort worden gehandhaafd in het geval in het geheel geen verzekering beschikbaar mocht zijn. De

² HR 5 juni 2009 (Dexia/De Treek), NJ 2012/182, rov. 4.10.

aannemer dient dan melding te maken van het feit dat geen verzekering beschikbaar is. Bovendien wordt een aannemer niet verplicht om inzage te geven in de hoogte van de premie van een (eventueel) beschikbare verzekering. De concurrentiepositie van kleinere aannemers wordt met een informatieplicht dus niet (onnodig) ongunstig beïnvloed.

21. Verder zou de informatieplicht erin kunnen resulteren dat aannemers zich (om te voorkomen dat zij moeten waarschuwen voor de financiële risico's van het project) vaker aansluiten bij een garantieregeling. De aannemer moet dan voldoen aan solvabiliteitseisen en technische eisen die aan de garantieregeling zijn verbonden. Het zou dus de bouwkwaliteit en de solvabiliteit van aannemers kunnen bevorderen als (vanwege een informatieverplichting) meer aannemers zich aansluiten bij een bestaande privaatrechtelijke garantieregeling. Dat stemt overeen met de doelstelling van de wet.
22. De voordelen van een informatieplicht ten opzichte van een aanbiedingsplicht zijn aldus:
 - De informatieplicht respecteert de bestaande garantieregelingen en leidt voor de hierbij aangesloten aannemers niet tot een verhoging van de regeldruk.
 - De informatieplicht geldt ook voor aannemers die niet zijn aangesloten bij een privaatrechtelijke garantieregeling voor wie ook geen verzekering beschikbaar is.
 - De informatieplicht kan erin resulteren dat aannemers zich vaker aansluiten bij een garantieregeling. Dit bevordert de bouwkwaliteit en solvabiliteit van de aannemer.
23. Ook voor de informatieplicht geldt dat een schending van die verplichting zich met name bij een (eventuele) insolventie doet gevoelen en dat de aannemer dan in de regel geen verhaal meer biedt voor een vordering tot schadevergoeding. Dit zou evenwel kunnen worden ondervangen door overtreding van het voorschrift (evenals geldt voor schending van de informatieplicht ex art. 3:15d BW) strafbaar te stellen in de WED en controleurs van de Belastingdienst/ FIOD-ECD zijn belast met de opsporing van overtredingen.
24. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de verplichting schriftelijke en ondubbelzinnige informatie te verstrekken in belangrijke mate voorkomt dat de consument wordt geconfronteerd met onverwachte financiële risico's.
25. In het geval bij evaluatie mocht blijken dat de informatieplicht onvoldoende is, zou nog kunnen worden overwogen om te bepalen dat de aannemer in het geval van faillissement met zijn privévermogen aansprakelijk is. Dat is nu slechts het geval als de aannemer een persoonlijk en ernstig verwijt treft³ of als sprake is van onbehoorlijk bestuur (artikelen 2:248 en 6:162 BW). Het ontbreken van een verzekering of garantieregeling kwalificeert niet zonder meer als ernstig persoonlijk verwijt of onbehoorlijk bestuur. De ratio van deze aparte regeling inzake persoonlijke aansprakelijkheid zou kunnen zijn dat de aannemer de consument aan een onaanvaardbaar financieel risico blootstelt door een koop-/aannemingsovereenkomst zonder verzekering of garantieregeling aan te bieden.

³

Zie laatstelijk: HR 6 februari 2015, ECLI:HR:2015:246, RvdW 2015/260; HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21.

26. Voorshands heb ik echter geen aanleiding te veronderstellen dat het opnemen van een informatieplicht de consument onvoldoende zou beschermen tegen onverwachte risico's.

Tot slot

27. Tot het geven van een nadere toelichting of onderbouwing ben ik graag bereid.

Met vriendelijke groet,

F.R.A. Schaaf

