



Ira Helsloot
Arjen Schmidt

Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidstoezicht in de bouw?

Een verkennend onderzoek naar een
effectief en efficiënt kaderstellend
instrument voor kwaliteitsborging in de
bouw in opdracht van het ministerie van
Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Crisisbeheersing
en veiligheidszorg

BOOM | LEMMA



Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidstoezicht in de bouw?

Crisisbeheersing en veiligheidszorg

In de reeks *Crisisbeheersing en veiligheidszorg* verschijnen onderzoeken uitgevoerd door Crisislab. Crisislab is de onderzoeksgroep die het onderzoek van de leeropdracht Besturen van Veiligheid van de Radboud Universiteit Nijmegen ondersteunt. De doelstelling van Crisislab is de ontwikkeling en verspreiding van kennis op het domein van crisisbeheersing en veiligheidszorg. Voor Crisislab is een kernactiviteit het verrichten van empirisch gefundeerd onderzoek op het veiligheidsdomein omdat momenteel feiten vaak ontbreken bij beleidsvorming en discussie op het terrein van het besturen van veiligheid.

In deze reeks verschenen de volgende delen:

- M. Kobes, *Zelfredzaamheid bij brand. Kritische factoren voor het veilig vluchten uit gebouwen* (2008)
- I. Helsloot, E. Brainich & R. Reitsma (red.), *Evacuatie. Een overzicht van inzichten in theorie en praktijk van grootschalige evacuaties* (2008)
- I. Helsloot, E. Oomes & R. Weewer, *Eindrapport Evaluatie van de brand in De Punt op 9 mei 2008* (2009)
- I. Helsloot, R. Pieterman & J.C. Hanekamp, *Risico's en redelijkheid. Verkenning naar een rijksbreed beoordelingskader voor de toelaatbaarheid van risico's* (2010)
- I. Helsloot & B. van 't Padje (red.), *Zelfredzaamheid. Concepten, thema's en voorbeelden nader beschouwd* (2010)
- I. Helsloot, A. Scholtens & E. Warners, *Slachtofferregistratie in redelijkheid en realiteit. Onderzoek naar een good practice voor het registreren van slachtoffers en het informeren van verwanten* (2011)
- J.H. van Tol, I. Helsloot & F.J.H. Mertens (red.), *Veiligheid boven alles? Essays over oorzaken en gevolgen van de risico-regelreflex* (2011)
- A. Scholtens, & J. Groenendaal, *(Zelf)redzaamheid tijdens de Poldercrash. Een onderzoek naar het handelen van burgers mede in relatie tot de professionele hulpverlening* (2011)
- Projectgroep 'Fundamentele bezinning bevolkingszorg', *Nodig of overbodig? Een fundamentele bezinning op de bevolkingszorg in de veiligheidsregio's Gooi en Vechtstreek, Utrecht en Flevoland* (2012)
- Ira Helsloot & Arjen Schmidt, *Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidstoezicht in de bouw?. Een verkennend onderzoek naar een effectief en efficiënt kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging in de bouw in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties* (2012)

RISICOAANSPRAKELIJKHEID ALS VERVANGING VAN OVERHEIDSTOEZICHT IN DE BOUW?

*Een verkennend onderzoek naar een effectief en efficiënt
kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging in de bouw
in opdracht van
het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*

IRA HELSLOOT
ARJEN SCHMIDT

Boom Lemma uitgevers
Den Haag
2012

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Imago Mediabuilders, Amersfoort

© 2012 Ira Helsloot en Arjen Schmidt | Boom Lemma uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeleelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-5931-895-3
NUR 741

Voorwoord

Op verzoek van het toenmalige kabinet heeft de commissie-Fundamentele Verkenning Bouw onder voorzitterschap van mevrouw Dekker onderzoek gedaan naar de rol van wet- en regelgeving in het gehele bouwproces. De rapportage van deze commissie-Dekker is in mei 2008 verschenen.

In haar analyse heeft de commissie een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de private en publieke dimensie. Het bouwen is immers eerst en vooral een marktproces. Dit proces verloopt binnen de juridische kaders die zijn gesteld door de overheid. Het zijn dan ook de snijvlakken van publiek en privaat waarop de commissie heeft ingezoomd. Wat gaat er mis, en waarom? En wat voor oplossingen zijn denkbaar en haalbaar?

De begrippen ‘vertrouwen’ en ‘verantwoordelijkheid’ staan centraal in de analyse van de commissie. Vertrouwen en verantwoordelijkheid geldt over en weer tussen overheid en bouwpartners. Van hieruit heeft de commissie haar aanbevelingen gedaan vanuit het principe ‘Publiek wat moet, privaat wat kan’. Tegenover vertrouwen staat een dure plicht. Het is namelijk aan de bouwpraktijk om de verantwoordelijkheid te nemen en het in haar gestelde vertrouwen waar te maken. Van de bouwpraktijk mag worden verwacht dat men dat wil en kan. De stoel van de ondernemer past de overheid slecht – zij moet vooral kaderstellend zijn. En dat met regels die consistent en eenduidig zijn – dat is een kwestie van vertrouwen en verantwoordelijkheid.

In haar analyse is de commissie-Dekker ook ingegaan op de procedure ter verkrijging van een bouwvergunning. De commissie meent dat deze procedure te veel op twee gedachten hinkt. Er is sprake van een preventieve gemeentelijke beoordeling en er is sprake van een integrale verantwoordelijkheid bij de bouwende marktpartijen voor het voldoen aan de voorschriften. In de ogen van de commissie is hier sprake van een ongewenste vermenging en daarmee vertroebeling van de verantwoordelijkheidstoedeling, mede waardoor lang niet altijd gebouwen worden gerealiseerd die aan de voorschriften voldoen. Uit het denkkader van de commissie volgt dan ook logisch de aanbeveling dat de bouwpartners zelf hun kwaliteitsborging op orde stellen en daar helder over communiceren.

In het kader van de beleidsopgave om deze aanbeveling wettelijk te implementeren is een drietal onderzoeken gedaan naar de voorwaarden waaronder private kwaliteitsborging kan werken. Het betreft hier:

1. Een onderzoek naar de eisen die moeten worden gesteld aan de instrumenten, die worden ingezet om op private wijze de kwaliteit van het bouwproces en daarmee het gebouw te borgen. Meer concreet: wanneer is een instrument betrouwbaar genoeg, opdat het publieke toezicht met een gerust hart achterwege kan blijven?
2. Bij welke projecten wordt nu al gebruik gemaakt van private kwaliteitsborging, wat zijn de succesfactoren hierbij en wat werkt wel en wat werkt niet? Met andere woorden: wat zijn de motieven voor een opdrachtgever om daadwerkelijk zelf zorg te dragen voor de kwaliteitsborging?
3. Is een garantie of aansprakelijkheidstelling een mogelijke vervanging van gemeentelijk toezicht? Wat zijn de kritische succesfactoren hierbij en wat werkt wel en wat werkt niet?

Voor u ligt hier het als laatste genoemde onderzoek naar garantie of aansprakelijkheidstelling als mogelijke vervanging van gemeentelijk toezicht, uitgevoerd door Crisislab. Dit en de overige onderzoeken vormen de basis voor een te ontwikkelen stelsel van bouwtoezicht waarin private kwaliteitsborging een primaire rol krijgt toebedeeld.

Tjitske de Haas

Projectleider Uitvoering Adviezen Commissie-Dekker
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

INHOUD

1	Inleiding	11
1.1	Aanleiding voor het onderzoek	11
1.2	Onderzoeksvraag en -opzet	13
1.3	Waar kijken we niet naar?	15
1.4	Woord van dank	15
2	Enkele preciserende noties culminerend in een analysekader	17
2.1	Uitgangspunt: de overheid onderhoudt een set van bouwregels	17
2.2	Wat is verantwoordelijkheid voor bouwkwaliteit nu precies?	19
2.3	Perfect (bouw)toezicht bestaat net zomin als absolute veiligheid	21
2.4	Lastenverlichting voor de een is meestal lastenverzwaring voor de ander	22
2.5	Er is een cruciaal gebrek aan harde cijfers en daarmee betrouwbare voorspellingen	23
2.6	Schematische samenvatting analysekader voor dit onderzoek	24
3	De huidige werking van aansprakelijkheid in de bouw	27
3.1	Inleiding	27
3.2	De aansprakelijkheid van de eigenaar jegens derden	30
3.3	De aansprakelijkheid van bouwende partijen jegens derden voor de gevolgen van bouwfouten	32
3.4	De aansprakelijkheid van de aannemer jegens de eigenaar voor bouwfouten	33
3.5	De aansprakelijkheid van adviseurs jegens de eigenaar voor bouwfouten	37
3.6	De aansprakelijkheid van de overheid jegens de eigenaar of derden voor bouwfouten	39
3.7	‘Oplossingen’ voor de slechte aansprakelijkheidspositie van eigenaar jegens bouwende partijen in de huidige praktijk	44
4	Wat leren andere domeinen en de wetenschappelijke literatuur ons over aansprakelijkheid als kwaliteitsinstrument?	47
4.1	Inleiding	47

4.2	Aansprakelijkheid voor milieu-ongevallen	47
4.3	Aansprakelijkheid bij vervoer gevaarlijke stoffen	51
4.4	Aansprakelijkheid bij particuliere verkeersdeelname	53
4.5	Aansprakelijkheid in de commerciële luchtvaart	54
4.6	Aansprakelijkheid in de Europese bouw, de casus Frankrijk	55
4.7	De casus geplaatst binnen de inzichten uit de wetenschappelijke literatuur	59
5	Vijf verschillende Dekkerstelsels nader beschouwd	63
5.1	Inleiding	63
5.2	Verplichte erkenningsregeling bouwbedrijven	65
5.3	Erkeningsregeling bouwwerken	69
5.4	Regeling voor risicoaansprakelijkheid van bouwbedrijven	73
5.5	Regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwers met verplichting tot verzekering	75
5.6	Regeling voor verplichte verzekering van bouwwerken	76
5.7	Samenvattend schema	78
6	Het geheel overziend, samenvattende analyse, conclusies en aanbevelingen	81
6.1	Aanleiding voor het onderzoek	81
6.2	Onderzoeksvraag en -opzet	82
6.3	Enkele eerste preciserende noties culminerend in een analysekader	83
6.4	De huidige praktijk van aansprakelijkheid(stelling) in de bouw	86
6.5	Wat leren andere domeinen ons over aansprakelijkheid als instrument?	89
6.6	Aansprakelijkheid in vijf verschillende Dekkerstelsels	91
6.7	Conclusies en aanbevelingen	93
	Bijlage 1. Een overzicht van de Europese aansprakelijkheids- en verzekeringsregelingen	97
	Bijlage 2. Het Franse systeem van kwaliteitsborging in de bouw meer in detail beschreven (auteur F. Blanc)	113
	Bijlage 3. Verslag miniconferentie over (risico)aansprakelijkheid in de bouw	129
	Begrippenlijst	135
	Respondenten	139

Literatuurlijst

141

Managementsamenvatting

145

Dit verkennende onderzoek kijkt of het mogelijk is om te komen tot een instrument voor kwaliteitsborging voor de bouw gebaseerd op aansprakelijkheid ter vervanging van de huidige preventieve bouwtechnische toets door de overheid.

1.1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

De huidige bouwregelgeving en het overheidstoezicht erop wordt door betrokkenen als complex en niet-transparant ervaren. De gepercipieerde gevolgen zijn forse lasten en vertragingen in het bouwproces. Ook bij de effectiviteit van het overheidstoezicht worden vraagtekens gezet.¹

Dit inzicht heeft geleid tot het instellen van de commissie-Fundamentele Verkenning Bouw, beter bekend naar haar voorzitter als de commissie-Dekker, die een radicale nieuwe sturingsfilosofie bepleit binnen het bouwdomain: ‘privaat wat kan, publiek wat moet’. Een cruciaal onderdeel van het advies van de commissie-Dekker uit 2008 is om het toezicht op de bouwsector te baseren op de centrale begrippen ‘vertrouwen en verantwoordelijkheid’.

De commissie-Dekker over vertrouwen en verantwoordelijkheid

‘De overheid moet vertrouwen kunnen hebben in de kwaliteit, die de bouwpraktijk kan en wil leveren. Daar staat tegenover dat de bouwpraktijk dat vertrouwen moet waarmaken en dus daadwerkelijk de verantwoordelijkheid hiervoor draagt. Van de bouwpraktijk mag worden gevraagd dat men die verantwoordelijkheid wil en kan waarmaken. Voor de overheid betekent dit dat zij niet op de stoel van de ondernemer moet gaan zitten en vooral kaderstellend moet zijn [...]. Verder moet de overheid zelf zorg dragen voor consistente en eenduidige regels die ruimte geven aan vertrouwen en verantwoordelijkheid en waarmee de overheid tegelijkertijd de maatschappelijke waarden kan borgen.’²

1. Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (2008), p. 4.

2. Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (2008), p. 4.

Volgens de commissie-Dekker moet de overheid 'kaderstellend' zijn, dat wil zeggen door middel van 'consistente en eenduidige' regels garanderen dat het bedrijfsleven haar verantwoordelijkheid voor het naleven van publieke waarden neemt. In dit onderzoek spreken we over de speurtocht naar 'kaderstellende (kwaliteitsborgings)instrumenten', dat wil voor ons zeggen generieke regelingen waarop/waardoor de overheid geen detailtoezicht hoeft te houden op de uitvoering.

In het regeerakkoord van 2010, de Woonvisie van het kabinet en meest recent in de brief van de minister van BZK aan de Tweede Kamer van december 2011³ is aangegeven dat de aanbevelingen van de commissie-Dekker de basis vormen voor een nieuw wettelijk kader voor de bouw. In aanvulling op de 'ontwerpeisen' van de commissie-Dekker wordt in de laatstgenoemde brief expliciet gewezen op de wenselijkheid van versterking van de positie van gebruikers van bouwwerken (waaronder de opdrachtgevers vallen).

In het advies van de commissie-Dekker is verder niet uitgewerkt welke kaderstellende instrumenten specifiek geschikt voor de bouwsector de overheid kan inzetten om dit vertrouwen te kunnen hebben en waarmee de marktpartijen hun verantwoordelijkheid hard kunnen maken. Op voorhand zijn er meerdere mogelijkheden. Een bekend, goed onderzocht en vaak bediscussieerd voorbeeld van een kaderstellend instrument is het verplichten van certificering; hierdoor wordt beoogd op de kwaliteit van private actoren door een andere private actor, de certificeerder, toegezien. Discussie is dan mogelijk of er overheidstoezicht nodig is op de certificeerder en in hoeverre dit een effectief en efficiënt kaderstellend instrument is.⁴

Ten behoeve van gebruik binnen de Nederlandse bouwsector is een ander mogelijk kaderstellend instrument nog nooit onderzocht: een generieke regeling voor aansprakelijkheid⁵ waardoor beoogd prikkels ontstaan voor naleving. Met andere woorden, kan het privaatrecht 'in stelling worden gebracht' in plaats van het publiekrecht? In opdracht van het ministerie van BZK heeft Crisislab daarom het voorliggende verkennende onderzoek verricht om een eerste inzicht te geven in de mogelijkheid van het gebruik van een generieke regeling voor aansprakelijkheid als vervanging van het toezicht van overheidswege in de bouw.

3. Kamerbrieven 1-07-2011 en 15-12-2011 van de minister van BZK.

4. Zie bijvoorbeeld Visscher et al. (2003) en K+V organisatieadvies (2007).

5. In dit onderzoek verstaan wij onder de werking van aansprakelijkheid in een specifiek stelsel (d.w.z. een geheel van wettelijke regelingen en private contractvormen dat de (trans)acties binnen een specifiek domein reguleert) de mogelijkheden tot en effecten van aansprakelijkstelling binnen het corresponderende domein.

1.2 ONDERZOEKSVRAAG EN -OPZET

De centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek is het op een rechtssociologische⁶ wijze in kaart brengen van de mogelijkheid en randvoorwaarden om een regeling voor aansprakelijkheid te gebruiken als kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging in de bouw.

Dit onderzoek richt zich daarmee op de relatie tussen de inzet van juridische instrumenten en het gedrag van actoren. Dit verkennend onderzoek is met nadruk geen juridische detailstudie naar de noodzakelijke precieze aanpassingen van wet- en regelgeving wanneer gekozen zou worden voor inzet van het kaderstellend instrument aansprakelijkheid.

We zullen in dit onderzoek verschillende mogelijkheden beschouwen om aansprakelijkheid in te zetten als kaderstellend instrument. Een belangrijk uitgangspunt voor dit onderzoek is dat alle te beschouwen mogelijkheden moeten passen bij de visie van de commissie-Dekker over hoe een toekomstig bouwstelsel⁷ er op hoofdlijnen uit moet zien:⁸

- de technische preventieve toets vanuit overheidswege op het voldoen aan de bouwvoorschriften verdwijnt;⁹
- bij de bouw wordt gebruik gemaakt van een instrument voor kwaliteitsborging.

Er zijn verschillende mogelijke bouwstelsels te bedenken die aan deze twee kernaanbevelingen voldoen. Bouwstelsels die aan beide voldoen, geven wij in deze verkenning aan als 'Dekkerstelsels'.

Wij zullen in het onderzoek kijken hoe de aansprakelijkheden liggen en 'werken' in verschillende mogelijke Dekkerstelsels. De focus van ons onderzoek ligt daarbij, zoals vermeld, op de verkenning van Dekkerstelsels waarbij een regeling voor aansprakelijkheid het kaderstellende instrument voor kwaliteitsborging is.

Daarmee willen we uiteindelijk de vraag beantwoorden of met behulp van een kaderstellend instrument gebaseerd op aansprakelijkheid een kwaliteitsborging-

6. Rechtssociologie is het wetenschapsgebied dat zich bezighoudt met de sociaal-wetenschappelijke bestudering van de verhouding tussen recht en samenleving.

7. Onder een bouwstelsel verstaan we het geheel van, al dan niet wettelijke, afspraken en regels dat het bouwproces reguleert.

8. Zie Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (2008), p. 4.

9. Het bevoegd gezag blijft wel toezien op het voldoen aan 'omgevingsvariabelen' (door middel van een toestemmingstelsel) zoals welstand, ruimtelijke ordening en veiligheid derden.

systeem voor de bouw kan worden gerealiseerd dat ‘voldoende’ eenduidig, ‘voldoende’ eenvoudig, en ‘voldoende’ sluitend is.¹⁰

Om tot de beoogde beoordeling van de relevante Dekkerstelsels te komen, hebben we in dit onderzoek de volgende onderzoekstappen gezet:

Stap 1: We hebben de vraagstelling nader gepreciseerd om tot een analysekader te kunnen komen. Met het analysekader kunnen we de voor- en nadelen, en daarmee de bruikbaarheid, van de verschillende Dekkerstelsels inzichtelijk maken. In hoofdstuk 2 beschrijven wij de overwegingen die tot het analysekader geleid hebben.

Stap 2: We hebben de huidige werking van het toezicht en de aansprakelijkheid binnen het bouwdomain in kaart gebracht. Dit is noodzakelijk om een ijkpunt te hebben voor een beschouwing over de gevolgen van implementatie van de te onderzoeken Dekkerstelsels. Onze bevindingen presenteren we in hoofdstuk 3. We merken hier al op dat we gekozen hebben voor een voor niet-juristen leesbare beschrijving op hoofdlijnen.

Stap 3: We hebben in enkele andere domeinen en landen gekeken welke aansprakelijkheidsregelingen daar gebruikt worden en welke leerpunten er te trekken zijn uit het gebruik van de daar gehanteerde aansprakelijkheidsregelingen. In hoofdstuk 4 geven wij deze leerpunten weer.

Stap 4: De informatie uit stap 3 en de interviews met experts gebruiken we om te komen tot een vijftal mogelijke (hoofdvarianten voor) Dekkerstelsels. Die analyseren wij aan de hand van ons analysekader in hoofdstuk 5.

Ten behoeve van het onderzoek hebben we met 17 bij de bouw(kwaliteit) betrokken (internationale) experts en vertegenwoordigers van brancheorganisaties gesproken. Een samenvatting van het rapport hebben we besproken tijdens een minisymposium gehouden op het ministerie van BZK op 14 februari 2012¹¹. Omdat tijdens het onderzoek bleek dat de werking van het Franse systeem van aansprakelijkheid zeer relevant is voor ons onderzoek hebben we op 6 april 2012 samen met een vertegenwoordiger van de Wereldbank (in het kader van een bij hen lopend onderzoek naar *best practices* op het gebied van regelgeving voor constructieve veiligheid) een drietal nadere diepte-interviews gehouden in Parijs.

10. Vergelijk motie Spies over aansprakelijkheid bij milieuongevallen, TK 30 920, nr. 15.

11. Zie voor een verslag van het symposium Bijlage III.

1.3 WAAR KIJKEN WE NIET NAAR?

De focus van dit onderzoek is nogmaals of door middel van het gebruik van aansprakelijkheid tot een kaderstellend instrument gekomen kan worden dat garandeert dat de bouwpraktijk (in voldoende mate) voldoet aan de bouwvoorschriften.

Op voorhand willen we daarmee duidelijk maken dat we in dit verkennende onderzoek niet systematisch alle mogelijke gevolgen van de implementatie van zo'n regeling voor aansprakelijkheid beschouwen. Daarvoor is een intensieve (interdisciplinaire) samenwerking met juristen noodzakelijk.

We noemen hier twee aspecten waar we in ieder geval niet of nauwelijks aandacht aan zullen besteden:

- Toetreders tot de markt: er zal mogelijk een extra drempel ontstaan voor toetreders in de markt omdat een dergelijke regeling bijvoorbeeld een extra investering kan vergen.
- EU-proof: bij implementatie van een dergelijke regeling binnen Nederland zal als altijd gekeken moeten worden hoe dit zich verhoudt tot buitenlandse rechtspersonen en het Europese recht.

Dit verkennend onderzoek geeft, nogmaals, daarmee ook geen detailbeschrijving van de wijziging die in de verschillende relevante wetgeving bij de implementatie van een gekozen Dekkerstelsel zal moeten plaatsvinden.

1.4 WOORD VAN DANK

De auteurs hechten eraan om hun dank uit te spreken aan de volgende personen. Tjitske de Haas, Hajé van Egmond en Bart Dunsbergen voor de onderzoeksbegeleiding vanuit het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Monika Chao-Duivis, Hugo Strang en Arjan Bregman van het Instituut voor Bouwrecht voor het gedegen commentaar op eerdere versies van het onderzoeksrapport, Steven Bartels en Patty Emaus van de Radboud Universiteit Nijmegen voor de ondersteuning bij het schrijven van de juridische paragrafen, Florentin Blanc van de Wereldbank voor het organiseren van een miniconferentie over risicoaansprakelijkheid met Franse deskundigen en het beschikbaar stellen van zijn analyse van het Franse stelsel (bijlage II) en alle experts en andere betrokkenen die op enig moment bereid zijn geweest om met ons van gedachten te wisselen (zie de respondentenlijst).

Vanzelfsprekend dragen wij alle verantwoordelijkheid voor de inhoud.

In dit hoofdstuk komen we aan de hand van enkele preciserende noties tot een analysekader waarmee we, later in dit rapport, zullen beoordelen in vergelijk met de huidige situatie welke verschillende mogelijke regelingen voor aansprakelijkheid een geschikt kaders-tellend instrument voor de bouw zijn. De elementen hiervan zijn: preventieve werking, garantie op schadeloosstelling, lasten voor bouwende partijen en lasten voor de overheid.

2.1 UITGANGSPUNT: DE OVERHEID ONDERHOUDT EEN SET VAN BOUWREGELS

Het uitgangspunt van dit rapport is dat het opstellen van (veiligheids)regels en wetgeving een kerntaak van de overheid is. Wij volgen hiermee de commissie-Dekker.

Voor het domein van de bouwveiligheid wordt breed onderkend dat het noodzakelijk was dat de overheid ruim een eeuw geleden de eerste bouwregels formuleerde (en deed uitvoeren).

De Nederlandse bouwregelgeving in historisch perspectief

De introductie van de Nederlandse Woningwet is inmiddels al meer dan een eeuw geleden. Aan het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw woonden veel stedelingen onder erbarmelijke omstandigheden. In hoog tempo werden er nieuwe woonwijken uit de grond gestampt (de zogenaamde revolutiebouw) om aan de vraag die ontstond naar aanleiding van de trek van het platteland naar de stad te voldoen. In grote delen van de Nederlandse steden woonden arme arbeiders dicht op elkaar gepakt onder (zeer) slechte sanitaire omstandigheden. De eerste Woningwet moest daar een einde aan maken. De Woningwet gaf de overheid instrumenten om tot onbewoonbaarverklaring, onteigening en krotopruiming over te gaan. Onder het toenmalige liberale regime was het een unieke stap om met dergelijke regelgeving te komen. Echter, het was evident dat het ontbreken van regelge-

ving tot een onmogelijke situatie in de Nederlandse steden leidde zodat er voor deze stap werd gekozen.¹

De commissie-Dekker gaat ervan uit dat de Nederlandse overheid (net zoals in de huidige situatie) een volledige set bouwregels blijft onderhouden omdat marktpartijen daarmee volgens de commissie (rechts)zekerheid hebben over de bouwkundige eisen waaraan ze moeten voldoen.

De commissie-Dekker over de overheidsrol bij het opstellen van bouwregels
'De Bouwbesluiteisen blijven uiteraard van kracht.'²

Ook de meeste respondenten in dit onderzoek hebben aangegeven dat de (Nederlandse of Europese) overheid deze rol moet blijven behouden.

Bij een nadere beschouwing rijst echter de vraag of dit uitgangspunt wel buiten de discussie zou moeten blijven: veel van de inhoud van het Bouwbesluit steunt op Europese (NEN-EN) en Nederlandse (NEN) technische normen die geformuleerd worden door commissies van deskundigen die uit de branche maar van buiten de (Nederlandse) overheid komen. De overheid geeft daarmee 'ongezien' een semi-wettelijke status (in de zin dat deze normen via de wet tot 'publiekrechtelijk algemeen geldende normen' zijn gemaakt³) aan technische interpretaties van het doel van de wetgeving door een selecte groep van deskundigen.

Doelregelgeving of middelregelgeving in de bouw?

Doelregelgeving is wetgeving waarin het te bereiken doel wordt beschreven. Partijen moeten zelf kunnen aantonen dat zij dat doel bereiken. In middelregelgeving geeft de overheid zelf gedetailleerd aan hoe partijen moeten handelen (om daarmee een impliciet door de overheid gewenst doel te bereiken).

In de discussie rond regelgeving binnen de bouw speelt al jaren dat het enerzijds de wens is van alle partijen om tot doelregelgeving te komen, waarbij een groter deel van de verantwoordelijkheid bij de bouwer ligt en innovatie mogelijk blijft, terwijl de verschillende partijen ook redenen hebben om middelregelgeving te willen: toet-

1. Van den Berg et al. (2007).

2. Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (2008), p. 21.

3. Zie het vonnis van de Hoge Raad d.d. 22 juni 2012 voor het zeer subtiel verschil tussen 'publiekrechtelijk algemeen geldend' en 'algemeen verplichtend'. (LJN: BW0393).

sing door de overheid is lastig op basis van doelregelgeving en marktpartijen willen ook graag de keuze hebben om zonder nadenken simpelweg ‘volgens het boekje’ te kunnen bouwen.

De huidige insteek in het Bouwbesluit faciliteert deze door de markt gewenste dualiteit: je voldoet aan de in het Bouwbesluit geformuleerde doeleisen als je voldoet aan de eveneens geformuleerde middel(-NEN-)normen. Voor wie wil innoveren bestaat er daarnaast de mogelijkheid om een gelijkwaardige oplossing aan het bevoegd gezag voor te leggen.

In het recent verschenen rapport ‘*Verder na Dekker*’ wordt de stelling ingenomen dat de overheid zich zou moeten beperken tot het formuleren van ‘doelen en functionele eisen’. De uitwerking naar concrete bouwvoorschriften zou dan aan de markt moeten worden overgelaten.⁴ Hoewel het rapport daar niet naar verwijst, is een voorbeeld van deze aanpak het Franse systeem waar er geen wettelijke verplichting is de uitwerking van de wettelijke doelen in de Franse versie van de NEN-normen, de Documents Techniques Unifiés, te hanteren.⁵

2.2 WAT IS VERANTWOORDELIJKHEID VOOR BOUWKWALITEIT NU PRECIES?

Voor de commissie-Dekker is ‘verantwoordelijkheid’ een kernbegrip. De kern-doelstelling van de commissie-Dekker is immers, kort samengevat, dat de ‘bouwpraktijk de verantwoordelijkheid voor de bouwkwaliteit moet dragen zodat de overheid haar preventieve toets kan afschaffen’.⁶

Het begrip verantwoordelijkheid zoals de commissie-Dekker dat gebruikt is een gangbaar begrip, maar ook een onprecies begrip. We zullen dat daarom hier nader preciseren in relatie tot bouwkwaliteit.

‘Bouwkwaliteit’ kent in dit onderzoek twee verschillende hoofdaspecten:

- Het voorkomen van schade voor de eigenaar⁷ door bouwfouten;⁸
- Het voorkomen van schade voor derden ten gevolge van bouwfouten.

4. Scholten et al. (2011), p. 3.

5. F. Blanc, case study over Frankrijk als bijlage II bijgevoegd.

6. Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (2008), p. 2.

7. Wij sluiten aan bij het dagelijks spraakgebruik en zullen spreken over eigenaar, maar het is juridisch correct om onderscheid te maken tussen de eigenaar en de bezitter zoals in 6:174 BW bedoeld. Dit is overigens in art. 1a Woningwet ook nagelaten.

8. Bouwfouten moeten hier gelezen worden als alle afwijkingen geïntroduceerd tijdens de bouw van de doelstellingen van en technische vereisten uit de bouwregelgeving.

‘De verantwoordelijkheid van bouwpartijen’ wordt in dit rapport derhalve geconcretiseerd als de plicht bouwfouten te voorkomen en (daarmee) schade veroorzaakt door bouwfouten te herstellen of te vergoeden. Het dragen van verantwoordelijkheid door bouwpartijen houdt dus onder andere privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor de gevolgen van bouwfouten in.

In het volgende hoofdstuk zullen wij meer in detail ingaan op de huidige ‘werking’ van aansprakelijkheid voor bouwfouten. Het is daarbij steeds van belang om precies te zijn wie welke partij aansprakelijk stelt en op welke grond dat gebeurt.

Strafrecht is een bijzondere vorm van aansprakelijkstelling.

Strafrecht is een bijzondere vorm van (niet-privaatrechtelijke) aansprakelijkstelling. Een van de uitgangspunten van het strafrecht is echter ook de gedachte dat strafbaarstelling een preventieve werking heeft. Wie weet welke straf hem boven het hoofd hangt, zal zich hopelijk immers wel twee keer bedenken voordat hij de regels schendt. Het strafrecht blijft echter buiten dit onderzoek.

In de politieke werkelijkheid gebeurt het overigens regelmatig dat zelfs als er geen sprake is van feitelijke (schuld)aansprakelijkheid voor bouwfouten er toch een politieke keuze gemaakt wordt voor het ‘nemen van verantwoordelijkheid’. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door op vrijwillige basis slachtoffers extra (in vergelijking met de normale sociale zekerheid) te compenseren of door het aftreden van gezagsdragers.

Voorbeeld politieke keuze nemen verantwoordelijkheid

Voor politici is het niet vooraf duidelijk wanneer ze wel en niet verantwoordelijkheid dragen (of moeten nemen) voor de fouten van anderen. Tijdens de nasleep van de vuurwerkramp in Enschede (2000) traden bijvoorbeeld wel twee wethouders van de gemeente Enschede af, terwijl het kabinet-Kok de regel ‘samen uit, samen thuis’ hanteerde⁹. De Schipholbrand (2005) was in tegenstelling tot de vuurwerkramp juist wel een reden voor ministers Donner en Dekker om af te treden. In beide situaties is het duidelijk dat de ministers niet persoonlijk verantwoordelijk waren voor het falen van het overheidsoptreden. Toch hebben zij een andere afweging gemaakt.

9. Bordewijk (2001).

2.3 PERFECT (BOUW)TOEZICHT BESTAAT NET ZOMIN ALS ABSOLUTE VEILIGHEID

Een cruciale notie is dat de overheid nooit alle (bouw)regelgeving ‘perfect’ kan handhaven, dat wil zeggen dat het overheidstoezicht nooit kan garanderen dat alle bouwwerken voldoen aan alle regels. Overigens geldt dit óók voor privaat toezicht.

Tijdens het bouwproces zullen altijd fouten gemaakt worden. Het is immers mensenwerk en absolute veiligheid is zelfs met ‘perfect’ toezicht niet te realiseren. Architecten, aannemers en toezichthouders zullen altijd bepaalde situaties over het hoofd zien.

Deze notie is zo cruciaal omdat hiermee een standaard tegenwerping voor verandering, namelijk ‘in de nieuwe situatie is geen garantie te geven voor veiligheid’, vervalt als argument. ‘Bouwfouten’ zullen blijven plaatsvinden. De werkelijke vraag is daarom of een nieuw Dekkerstelsel wezenlijk onveiliger is dan het huidige bouwstelsel.

Deze notie betekent dat we in onze analyse rekening houden met de beperkingen van het huidig bouwtoezicht zoals:

- bouwtoezicht is vooral plantoetsing bij de vergunningaanvraag;
- de capaciteit en expertise bij gemeenten is beperkt.

De VROM-inspectie over het huidige bouwtoezicht door de overheid

In ‘Kasteel of Kaartenhuis?’ beschrijft de VROM-inspectie hoe uit verschillende onderzoeken blijkt dat op dit moment de overheid zich, onder andere, geconfronteerd ziet met:

- te weinig capaciteit voor handhaving en controle;
- onvoldoende opgeleid personeel bij veel gemeenten;
- summier of afwezig toezicht op de bouwplaats;
- onvoldoende handhavend optreden wanneer dan (toch) een mogelijke bouwfout wordt geconstateerd;
- ontwerpers en bouwers die (niettemin) eigen kwaliteitscontrole afschaffen en op de overheidscontrole vertrouwen.¹⁰

Daarmee is het goed om te beseffen dat wij niet onderzoeken of en hoe het bouwen *veiliger* kan. Dergelijk onderzoek is wat ons betreft simpel als niet op geld

10. VROM-Inspectie (2008).

gelet hoeft te worden: het kan immers altijd veiliger en daartoe zijn buitengewoon veel zinvolle maatregelen te bedenken.

Het is daarnaast een principiële (politieke) keuze of een kaderstellend instrument primair gericht is op preventie (het voorkomen van ongevallen) of op schadeloosstelling na een incident. Die keus wordt in verschillende domeinen verschillend gemaakt. Het huidige bouwtoezicht heeft bijvoorbeeld een primair preventieve functie terwijl de verplichte WA-verzekering voor auto's primair gericht is op het garanderen van schadeloosstelling wanneer chauffeurs een fout maken.¹¹

Binnen de verschillende Dekkerstelsels die wij zullen beschouwen is de huidige beoogde preventieve werking van het bouwtoezicht *geen* a priori eis aan het in te zetten kaderstellend instrument. Wij hebben met andere woorden een open oog voor een andere politieke keuze.

In onze analyse van de verschillende mogelijke Dekkerstelsels zullen wij daarom expliciet benoemen hoe in een Dekkerstelsel a) de preventieve werking verandert ten opzichte van het huidig bouwtoezicht en b) hoe de 'kans' op adequate schadeloosstelling na een ongeval verandert ten opzichte van het huidige verhaal via schuldaansprakelijkheid.

2.4 LASTENVERLICHTING VOOR DE EEN IS MEESTAL LASTENVERZWARING VOOR DE ANDER

Tijdens het bouwproces worden er door verschillende partijen 'kwaliteitskosten' gemaakt. Dat kan in de vorm van het uitvoeren of ondergaan van toezicht zijn, maar ook door bijvoorbeeld een helm op de bouwplaats te dragen. Dit laatste leidt tot kosten, omdat de bouwer steeds voldoende helmen beschikbaar moet hebben. Het niet dragen van een helm kan anderzijds weer tot (letsel)schade leiden die door bedrijf, overheid en/of samenleving (via de ziektekostenverzekering) gedragen moet worden.

De commissie-Dekker stelt dat de verhouding tussen kosten en baten van overheidstoezicht onvoldoende tegen elkaar opwegen, hetgeen de primaire reden is voor haar pleidooi het toezicht anders in te richten.¹²

In ieder geval bestaat er op dit moment een verdeling van kwaliteitskosten tussen de overheid en het bedrijfsleven. Als een van deze partijen minder geld besteedt aan kwaliteitsmaatregelen dan is het in het algemeen onvermijdelijk dat

11. De APK-keuring is een vorm van certificering gericht op de voertuigen zelf.

12. Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (2008).

de andere partij een (gedeelte) van die kosten op moet vangen om hetzelfde kwaliteitsniveau te garanderen. Het hangt van de kostenpost af hoe groot de exacte lastenverzwaring voor een andere partij zal zijn.

Het is daarmee in het algemeen zo dat een integrale lastenverlichting (beide partijen geven minder uit) in het algemeen tot een lager kwaliteitsniveau leidt. Uitzonderingen zijn situaties waarin vooral symbolische veiligheidsinspanningen worden stopgezet. Voor het bouwdomain is het afvoeren van de gebruiksvergunning voor horeca¹³ of de automatische branddoormelding hiervan een bekend voorbeeld.¹⁴

Een terechte observatie van verschillende respondenten is dat uiteindelijk de kwaliteitslasten altijd in de maatschappij terecht komen, hetzij via de lijn van belastingen, hetzij via de lijn van duurdere bouw. De onderliggende assumptie is echter dat kosten wél eerlijker verdeeld kunnen worden. Nu betaalt, iets kort door de bocht, de hele samenleving soms voor (het voorkomen van) de bouwfouten van enkelen, terwijl het rechtvaardiger lijkt dat kosten voor het voorkomen en de gevolgen van fouten die niet zijn voorkomen bij betrokken partijen komen te liggen. Wij zien het dus als principieel rechtvaardiger dat de lasten van veiligheidsmaatregelen in de bouwwereld direct worden betaald door de partijen die ook van de baten profiteren. Dit zijn hoofdzakelijk de opdrachtgever en de bouwende bedrijven.

Deze notie betekent dat wij in onze analyse daarom voor alle te beschouwen Dekkerstelsels zullen aangeven of de lasten voor de overheid toe- of afnemen en of de lasten voor de bouwende partijen toe- of afnemen.

2.5 ER IS EEN CRUCIAAL GEBREK AAN HARDE CIJFERS EN DAARMEE BETROUWBARE VOORSPELLINGEN

Binnen het bouwdomain is een opvallend (in vergelijking met veel andere domeinen) gebrek aan (openbare) harde cijfers over zowel de omvang van de inspanningen gericht op veiligheid als de opbrengsten daarvan. Zelfs over schades bestaan slechts weinig data. Bestaand (wetenschappelijk) onderzoek gebruikt daarom vooral expertinschattingen. De beperkingen van onderzoek gebaseerd op expertinschattingen zijn echter groot: bij de afwezigheid van wetenschappelijke data worden ook expertoordelen bepaald door persoonlijke ervaringen, waarden en normen.

13. Zie bijvoorbeeld Helsloot (2006) en Suurmond & Van Velthoven (2003).

14. De Wit & Helsloot (2010).

Van der Heijden over het gebrek aan data

Jeroen van der Heijdens proefschrift *Building regulatory enforcement regimes* vertrouwt noodgedwongen op (een groot aantal) interviews met betrokkenen uit verschillende bouwsectoren. Van der Heijden merkt hier zelf over op dat in tegenstelling tot zijn verwachting er niet voldoende kwantitatieve data over bijvoorbeeld bouwvergunningen, toezicht, enzovoort beschikbaar waren, waardoor het niet mogelijk was het beeld dat zijn respondenten schetsen via een vergelijking met dergelijke kwantitatieve data te verifiëren.¹⁵

Een belangrijk voorbeeld van een vaak voorkomende, maar volgens ons onbewezen uitspraak is dat meer aandacht voor bouwkwaliteit zal leiden tot minder faalkosten in zo'n mate dat de investering wordt terugverdiend. Deze bewering is bijvoorbeeld een basis voor de positieve conclusies over het gebruik van het kwaliteitssysteem certificering in het onderzoek van Visscher et al.¹⁶ Deze bewering wordt echter ook daar nergens onderbouwd.

Voor ons betekent dit dat met grote voorzichtigheid moet worden omgegaan met expertinschattingen. We zijn daarom ook gedwongen om telkens met een *kwalitatief* vergelijk met de huidige situatie te komen, hoezeer wij ook graag met een *kwantitatieve* analyse zouden willen komen omdat dat in onze visie noodzakelijk is voor goed beleid.

Deze notie betekent dat wij ons in onze analyse moeten beperken tot de grootheden + (vooruitgang), = (tenminste gelijkblijvend) en – (mogelijke achteruitgang).

2.6 SCHEMATISCHE SAMENVATTING ANALYSEKADER VOOR DIT ONDERZOEK

De combinatie van bovengenoemde noties leidt tot het volgende analysekader dat wij zullen hanteren bij de beoordeling van een aantal nog te construeren Dekkerstelsels.

Wij vergelijken de te construeren Dekkerstelsels op de volgende vier aspecten met de huidige situatie:

- Preventieve werking op bouwende partijen;
- Garantie op schadeloosstelling (van eigenaar en derden) voor de gevolgen van bouwfouten;
- Lasten voor de bouwende partijen;

15. Van der Heijden (2009).

16. Visscher et al. (2003).

- Lasten voor de overheid.

Schematisch samengevat ziet het analysekader er als volgt uit:

Stelsel	Dekkerstelsel I	Dekkerstelsel II	...
Aspect			
Preventieve werking	+,= of -	+,= of -	
Schadeloosstelling	+,= of -	+,= of -	
Lasten bouwers	+,= of -	+,= of -	
Lasten overheid	+,= of -	+,= of -	

+ is vooruitgang ten opzichte van huidig stelsel (bij bijvoorbeeld preventieve werking dus meer preventieve werking, bij lasten dus minder lasten);

= is tenminste gelijk ten opzichte van huidig stelsel (eventuele vooruitgang achten wij onbewezen);

- is mogelijke achteruitgang ten opzichte van huidig stelsel (tenminste gelijkblijvendheid van dit aspect achten wij onbewezen).

In dit hoofdstuk beschrijven we de huidige werking van aansprakelijkheid in de bouw. Zichtbaar is een opvallend verschil tussen de risicoaansprakelijkheid van de eigenaar voor de gevolgen van bouwfouten voor derden en de beperkte praktische mogelijkheid van de eigenaar om (die) bouwfouten vergoed te krijgen door bouwende partijen. Dit laatste is het gevolg van het mechanisme van schuldaansprakelijkheid in de complexe bouwpraktijk en aansprakelijkheid beperkende private contractvormen. In reactie hierop zijn bijvoorbeeld specifieke verzekeringsproducten voor ‘kleine’ opdrachtgevers ontstaan en private inspectiebureaus die voor ‘grote’ opdrachtgevers werken.

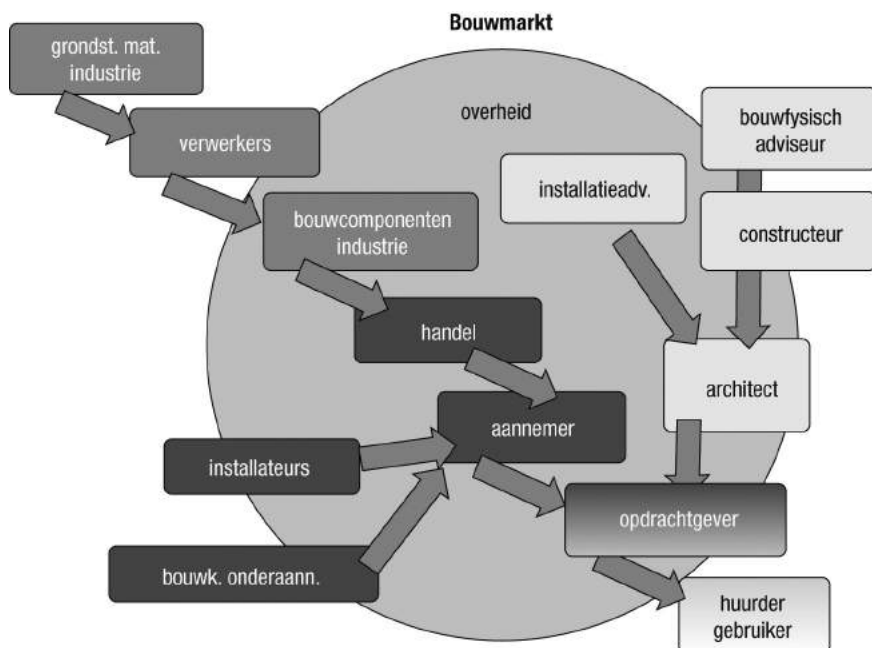
3.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk behandelen wij de huidige werking van privaatrechtelijke aansprakelijkheid in de Nederlandse bouwpraktijk.

Wij behandelen de verschillende aansprakelijkheidsrelaties van bouwactoren aan de hand van een korte bespreking van iedere actor in de bouwketen: eigenaar (waaronder we de actoren opdrachtgever, koper en bezitter vatten)¹, aannemer (hoofd- en onderaannemer), adviseur (zoals architecten en constructeurs) en overheid.

1. Wij zijn ons ervan bewust dat de begrippen ‘eigenaar’ en ‘bezitter’ juridisch een verschillende betekenis hebben. De ‘normaalsituatie’ is echter niettemin dat de eigenaar van een zaak daarvan ook de bezitter is. In dit rapport gaan wij van deze normaalsituatie uit.

Figuur 3.1 Illustratie die de complexiteit en fragmentatie van de bouwketen weergeeft



(bron TNO)

Eerst echter zullen we kort stilstaan bij de leidende principes van het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Het uitgangspunt van het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht is dat 'iedereen zijn eigen schade draagt'. Hier kan om twee, voor dit rapport relevante, hoofdredenen² van worden afgeweken:

- De schade is ontstaan door het toerekenbaar niet nakomen van een contractuele verplichting;
- De schade is ontstaan door een 'toerekenbare' onrechtmatige daad.

Leeswijzer juridische kaders: op deze en andere plaatsen geven wij letterlijke wetsteksten (cursief) en juridisch-technische verdieping in kaders weer. De lopende tekst is nadrukkelijk bedoeld om niet-juristen het noodzakelijke inzicht te geven in de hoofdlijn van het betoog. Zij kunnen de juridische kaders daarmee in principe 'overslaan'. De juridische kaders (en verschillende voetnoten) geven de mogelijkheid om (referenties naar) de precieze juridische werkelijkheid te vatten.

2. Wij laten het schadeverhaal na een rechtmatige daad, zoals bij zaakwaarneming, buiten beschouwing.

Artikel 6:74 Burgerlijk Wetboek

– 1. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

Artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek

- 1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
- 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
- 3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

De schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad kan om twee redenen ten laste komen van de ‘dader’. Er kan sprake zijn van schuld- of van risicoaansprakelijkheid:

- Bij schuldaansprakelijkheid is schuld aan de onrechtmatige daad, die aantoonbaar tot schade heeft geleid, de basis voor de aansprakelijkheid.
- Bij risicoaansprakelijkheid is er sprake van een wettelijke bepaling (of algemeen geldende maatschappelijke opvatting) waardoor de oorzaak van de onrechtmatige daad voor iemands rekening komt en daarmee de aansprakelijkheid. Risicoaansprakelijkheid of kwalitatieve aansprakelijkheid is derhalve een vorm van aansprakelijkheid die niet gebaseerd is op verwijtbaarheid, maar op een bepaalde rol, hoedanigheid of kwaliteit die iemand vervult. Het houdt in dat men aansprakelijk is voor de schade die een ander lijdt, zonder dat sprake is van schuld bij degene, die door de benadeelde wordt aangesproken.

Voorbeelden risicoaansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek

Enkele bekende risico's waarvoor op grond van het Burgerlijk Wetboek risicoaansprakelijkheid geldt zijn:

- Schade veroorzaakt door kinderen: ouders zijn aansprakelijk voor de onrechtmatige gedragingen van kinderen onder de veertien jaar oud (artikel 6:169 lid 1 BW);
- Schade veroorzaakt door werknemers: werkgevers zijn aansprakelijk voor de toerekenbare onrechtmatige daden van hun werknemers verricht in het kader van zijn overeengekomen werkzaamheden (artikel 6:170 BW).

3.2 DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE EIGENAAR JEGENS DERDEN

Ten gevolge van een bouwfout kan bij een opgeleverd bouwwerk een ongeval plaatsvinden waarbij derden schade ondervinden. Het Burgerlijk Wetboek maakt in art. 6:174 duidelijk dat de eigenaar voor deze schade aansprakelijk is.

Artikel 6:174, lid 1, Burgerlijk Wetboek

De bezitter van een opstal die niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend.

Artikel 6:714 BW maakt geen a priori onderscheid tussen ongevallen als gevolg van bouwfouten (die de bezitter in het algemeen niet eens hoeft te kennen) en ongevallen met bouwwerken ten gevolge van onjuist gebruik door de eigenaar: bij alle ongevallen met een bouwwerk is in beginsel de eigenaar aansprakelijk voor de gevolgen ervan jegens derden. 'In beginsel' omdat artikel 6:174 verwijst naar 6:162 voor situaties van overmacht in de zin dat de eigenaar ook al zou hij het gevaar kennen er toch niets aan zou kunnen doen. Er bestaat een uitgebreide discussie in de rechtswetenschappelijke literatuur over de precieze interpretatie van de koppeling tussen risicoaansprakelijkheid en schuldaansprakelijkheid in 6:174, maar buiten kijf staat dat de wetgever heeft bedoeld om de (omvang van de) risicoaansprakelijkheid van de eigenaar te beperken in situaties waarbij een externe oorzaak leidt tot het falen van het bouwwerk met schade voor derden als gevolg.³ Wij betitelen 6:174 daarom als een 'lichte' vorm van risicoaansprakelijkheid in vergelijking met de in het volgende hoofdstuk te behandelen risicoaansprakelijkheid in het milieurecht. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een bouwwerk in het algemeen aansprakelijk is voor de gevolgen van bouwfouten.

Naar aanleiding van de cafébrand in Volendam is in de Woningwet een zorgplicht voor de eigenaar (en tijdens de bouwfase voor bouwende partijen) aan de Woningwet opgenomen, met als inhoud de verplichting tot het nemen van adequate veiligheidsmaatregelen ook als zij niet direct beschreven staan in de bouwregelgeving.

3. Spier (2009), p. 116-118; Hartlief (1996), p. 201-221; Klaassen (1991), p. 101 en 121.

Art 1a, lid 1, Woningwet

De eigenaar van een bouwwerk, standplaats, open erf of terrein of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen draagt er zorg voor dat als gevolg van de staat van dat bouwwerk, die standplaats, dat open erf of terrein geen gevaar voor de gezondheid of veiligheid ontstaat dan wel voortduurt.

‘Als gevolg van de voorgestelde zorgplicht zal niemand zich aan zijn verantwoordelijkheid kunnen onttrekken in situaties waarin (nog) geen specifieke voorschriften van toepassing zijn of een handhavende instantie onvoldoende alert is.’⁴

‘Aan een vangnet is ook behoefte omdat niet alle denkbare situaties vooraf in regelgeving kunnen worden ondervangen en dit ook het streven naar deregulering en vereenvoudiging van de bouwregelgeving zou kunnen frustreren.’⁵

In de perceptie van verschillende respondenten heeft deze zorgplicht een (grote) betekenis voor de aansprakelijkheid van de eigenaar zodat wij hier aan deze zorgplicht aandacht besteden. Gezien het gestelde in art. 6:174 BW heeft deze toevoeging aan de Woningwet geen gevolgen voor de aansprakelijkheid van de eigenaar voor de gevolgen van bouwfouten, die was immers al ‘maximaal’.

Artikel 1a Ww wordt in de zeer beperkte jurisprudentie (er is slechts enkele malen met succes een beroep gedaan op dit artikel waarvan slechts één casus betrekking had op een aansprakelijkheidskwestie in de zin dat de eigenaar moest betalen voor kosten door de gemeente gemaakt om het gevaar weg te nemen) en in de rechtswetenschappelijke literatuur vooral gezien als een mogelijkheid voor de overheid om de eigenaar preventief maatregelen te laten nemen tegen andere dan expliciet in de regelgeving voorziene gevaren. Zo werd in een van de eerste zaken waarin artikel 1a Ww een rol speelde het artikel gebruikt door de gemeente Amersfoort om de eigenaar van een erf door middel van bestuursdwang te verplichten een gat op zijn erf te dichten dat de aanbouw van zijn buurman ‘ondermijnde’. Omdat de Woningwet en de gemeentelijke Bouwverordening geen bepaling bevatte waarop de gemeente anders handhavend had kunnen optreden, oordeelde de rechter dat de gemeente Amersfoort het artikel rechtmatig gebruikte.⁶

4. TK 29 392, nr 3, p. 9.

5. TK 29 392, nr 3, p. 10.

6. LJN: BP1642, Rechtbank Rotterdam, AWB 09/3300 GEMWT-T1.

Andere voorbeelden gebruik 1a Ww ter beëindiging van gevaarlijke situaties

De gemeente Amsterdam trad op basis van artikel 1a Ww handhavend op tijdens de sloop van panden in Amsterdam waarbij tussen het puin asbest aangetroffen werd. De rechter achtte deze beslissing gerechtvaardigd.⁷

In een andere zaak ontmantelde de gemeente Rotterdam een hennepplantage op basis van het feit dat er een 'brandgevaarlijke situatie ten gevolge van een onprofessioneel aangelegde elektrische installatie' was ontstaan. Onmiddellijk ingrijpen achtte de gemeente noodzakelijk. Ook hier stelde de rechter de gemeente in haar gelijk.⁸

Terugkerend naar de risicoaansprakelijkheid van de eigenaar voor de gevolgen van ongevallen met het bouwwerk. Wanneer de oorzaak voor een dergelijk ongeval niet in het gebruik ligt (zoals bijvoorbeeld bij de cafébrand in Volendam het geval was) maar in bouwfouten dan kan de eigenaar vervolgens de schade proberen te verhalen op de verkoper van het bouwwerk of op bouwende partijen die niet aan hun contractuele verplichting (zullen) hebben voldaan.

Dit heldere principe is, zo zal hierna blijken, in de praktijk een lastige opgave voor de eigenaar.

3.3 DE AANSPRAKELIJKHEID VAN BOUWENDE PARTIJEN JEGENS DERDEN VOOR DE GEVOLGEN VAN BOUWFOUTEN

Tijdens het bouwproces kunnen handelingen van bouwende partijen leiden tot schade voor derden, dat wil zeggen andere partijen dan de opdrachtgever. Dit is een mogelijk onrechtmatige daad van de (hoofd)aannemer die hiervoor aansprakelijk te stellen is. De eiser zal dan verwijtbaarheid en de daarmee causaal samenhangende schade moeten aantonen.

Schade door onderaannemers

De hoofdaannemer is ook aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door onderaannemers jegens derden wanneer er sprake is van een onrechtmatige daad op grond van art 7:171 van het BW.

Artikel 7:171 Burgerlijk Wetboek

Indien een niet ondergeschikte die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht, jegens een derde aansprakelijk is voor een bij die werkzaamheden begane fout, is ook die ander jegens de derde aansprakelijk.

7. LJN: BR5785, Rechtbank Amsterdam, AWB 10/2700 GEMWT.

8. LJN: BR4011, Raad van State, 201012657/1/H1.

3.4 DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE AANNEMER JEGENS DE EIGENAAR VOOR BOUWFOUTEN

De eigenaar kan de aannemer aansprakelijk stellen voor bouwfouten op grond van het niet nakomen van een contractuele verplichting. Het uitgangspunt voor de aansprakelijkheid van de aannemer is daarmee het contractrecht. Bij de aansprakelijkstelling geldt het 'reguliere' regime van privaatrechtelijke schuldaansprakelijkheid: het is aan de eisende partij om verwijtbaarheid, gebreken en de daarmee causaal samenhangende schade aan te tonen.

Artikel 6:74, lid 1, Burgerlijk Wetboek

Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

Meer precies moet onderscheid gemaakt worden tussen de eigenaar die zelf opdrachtgever was en de eigenaar die het bouwwerk van een eerdere eigenaar heeft gekocht. In dit laatste geval is het oorspronkelijke bouwcontract tussen opdrachtgever en aannemer niet zonder meer direct relevant. Verhaal voor bouwfouten kan dan via de keten van kopers-verkopers plaatsvinden en uiteindelijk bij de aannemer terecht komen. Echter, het Burgerlijk Wetboek geeft ook de mogelijkheid om direct de aannemer aan te spreken voor bouwfouten die vallen onder het 'voor overgang vatbare recht' op een bouwwerk dat voldoet aan het Bouwbesluit.

De overgang van aansprakelijkheid van de aannemers jegens de opdrachtgever naar volgende kopers

De eigenaar van een bouwwerk is veelal niet de opdrachtgever. Zo wisselen woningen gemiddeld elke 7 jaar van eigenaar. De casus is nu:

- A heeft een huis laten bouwen door aannemer B (we laten ontwerp-kwesties even buiten beschouwing) en in dat huis zitten vervolgens bouwfouten. B wordt door A niet aansprakelijk gehouden omdat deze bouwfouten niet zijn opgemerkt (bijvoorbeeld omdat het verborgen constructiefouten zijn)
- A verkoopt het huis aan C, die er vervolgens achter komt dat er bouwfouten zijn.

C zal in dat geval A willen aanspreken vanwege een tekortkoming in de nakoming van de koopovereenkomst, want hij heeft niet gekregen wat hij kocht (een huis zonder bouwfouten) ervan uitgaande dat A geen voorbehoud maakte inzake die fou-

ten. A is dan in die verhouding aansprakelijk uit hoofde van de niet nakoming van de overeenkomst tussen A en C.

Vervolgens kan A zich wenden tot B op grond van een verborgen gebrek mits dit alles zich afspeelt binnen de daarvoor staande termijnen en er inderdaad sprake is van een verborgen gebrek.

Daarnaast is voor C ook een actie jegens B direct mogelijk uit hoofde van art. 6:251 BW hetgeen wenselijk kan zijn bij bijvoorbeeld insolventie van A.

Artikel 6:251 Burgerlijk Wetboek

- 1. Staat een uit een overeenkomst voortvloeiende, voor overgang vatbaar recht in een zodanig verband met een aan de schuldeiser toebehorend goed, dat hij bij dat recht slechts belang heeft, zolang hij het goed behoudt, dan gaat dat recht over op degene die dat goed onder bijzondere titel verkrijgt.
- 2. Is voor het recht een tegenprestatie overeengekomen, dan gaat de verplichting tot het verrichten van die tegenprestatie mede over, voor zover deze betrekking heeft op de periode na de overgang. De vervreemder blijft naast de verkrijger jegens de wederpartij aansprakelijk, behoudens voor zover deze zich na de overgang in geval van uitblijven van de tegenprestatie van haar verbintenis kan bevrijden door ontbinding of beëindiging van de overeenkomst.
- 3. Het in de vorige leden bepaalde geldt niet, indien de verkrijger van het goed tot de wederpartij bij de overeenkomst een verklaring richt dat hij de overgang van het recht niet aanvaardt.
- 4. Uit de rechtshandeling waarbij het goed wordt overgedragen, kan voortvloeien dat geen overgang plaatsvindt

Onder omstandigheden is ook nog denkbaar dat C direct aannemer B aanspreekt op basis van onrechtmatige daad, maar dat is een lastige weg, die overigens wel in ontwikkeling is.⁹

Enkele relevante aspecten van de aansprakelijkstelling bij bouwfouten zijn:

- De (hoofd)aannemer is ook aansprakelijk voor schade veroorzaakt door onderaannemers.

Artikel 6:76 Burgerlijk Wetboek

Maakt de schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik van de hulp van andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk.

9. Correspondentie met prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis.

- De opdrachtgever draagt een eigen verantwoordelijkheid voor bouwfouten die hij tijdens oplevering redelijkerwijs had kunnen ontdekken. Een beperking van deze beperking van de aansprakelijkheid is dan dat de aannemer een meldingsplicht heeft voor bouwfouten die hij redelijkerwijs behoorde te kennen.

Artikel 7:758 lid 3, Burgerlijk Wetboek

De aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.

Artikel 7:754, Burgerlijk Wetboek

De aannemer is bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst verplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Hetzelfde geldt in geval van gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond waarop de opdrachtgever een werk laat uitvoeren, alsmede fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.

- Aan de aansprakelijkheid van een (hoofd)aannemer van een bouwwerk is een verjaringstermijn van in ieder geval 20 jaar verbonden, aan de aansprakelijkheid van andere (onder)aannemingen in ieder geval 10 jaar.

Artikel 7:761, Burgerlijk Wetboek

- 1. *Elke rechtsovereenkomst wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen.*
- 2. *De rechtsovereenkomst verjaart in ieder geval door verloop van twintig jaren na de oplevering in geval van aanneming van bouwwerken en door verloop van tien jaren na de oplevering in alle andere gevallen.*

In de literatuur en door respondenten worden belangrijke kanttekeningen geplaatst bij de mogelijkheden in de dagelijkse praktijk voor de eigenaar om de schade ten gevolge van bouwfouten via juridische weg vergoed te krijgen door de aannemer.

In de eerste plaats leidt de complexiteit van het aantonen van de noodzakelijke causale relatie tussen een verwijtbaar handelen en de schade in sommige gevallen tot een langdurige procedure tussen de bij een bouwongeval betrokken partij-

en. Hierbij moet dan meteen opgemerkt worden dat a) onduidelijk is in hoeverre er een (significant) verschil bestaat in vergelijking met andere rechtsgebieden, b) de inzet van arbitrage kan helpen de rechtsgang te vermijden/verkorten en c) er geen inzicht bestaat in welke mate voorbeelden van een langdurige rechtsgang simpelweg de complexiteit van een specifieke casus weerspiegelen.¹⁰ Met name voor 'kleinere' opdrachtgevers is een procesgang gezien de complexiteit daarvan daarmee onaantrekkelijk, zo werd door veel van de respondenten gesteld.

In de tweede plaats hebben respondenten aangegeven dat het steeds meer een gewoonte wordt om bij grotere bouwprojecten een speciale (besloten) vennootschap op te richten die na oplevering wordt opgeheven.¹¹ Het resultaat is daarmee dat de aansprakelijkheid komt te rusten op de verschillende onderaannemers. Het is voorspelbaar lastig om dan verwijtbaar handelen en de daarmee causaal samenhangende schade aan te moeten tonen richting een specifieke onderaannemer gezien de verwevenheid van de verschillende bouwprocessen.

Voorbeeld lange duur rechtsgang

Het is niet ongebruikelijk dat een rechtsgang tien jaar (met beroepsmogelijkheden) duurt. Eerder dit jaar vernietigde de Hoge Raad¹² bijvoorbeeld in een zaak over dakbedekking, na een dergelijke lange periode, een eerder arrest van het Hof. De zaak is verwezen naar het hof Arnhem voor een nieuwe uitspraak. Het betrof hier een huiseigenaar die eerst zijn hoofdaannemer voor gebrekkige dakbedekking aansprakelijk gesteld had (die bood echter geen verhaal) en vervolgens de door de hoofdaannemer ingehuurd dakbedekker.

In de derde plaats ligt een belangrijke(re) beperking van de huidige mogelijkheden om bij bouwfouten verhaal te halen in de beperkende voorwaarden van de gehanteerde private contractvormen. In de praktijk worden immers bijna standaard modelcontracten gebruikt als de UAV 1989/2012, UAV-GC 2005 of DBMF(O) contracten. In deze contractvormen wordt de aansprakelijkheid van een aannemer altijd beperkt:

- Een eerste belangrijke beperking ligt in de aanscherping van het toezicht dat de 'koper' moet houden *tijdens de bouw* en bij oplevering. Dit dient 'nauwlettend' te zijn.

10. De commissie-Dekker zegt hier niets over, maar merkt slechts op dat er sprake is van 'slepende procedures' vanwege de mogelijkheid voor een (te) brede groep 'belanghebbenden' om beroep aan te tekenen bij bouwplannen.

11. Dit verschijnsel (waarover geen literatuur lijkt te bestaan) wordt ook vermeld in 'Verder na Dekker', p. 16: 'De ontwikkeling van veel bouwwerken en projecten vindt plaats in een rechtspersoon of samenwerkingsverband van tijdelijke duur en een beperkt eigen vermogen.'

12. LJN: BT7496, Hoge Raad, 10/02540.

UAV 2012, § 12. Aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering

- 1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in § 10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.
- 2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering indien sprake is van een gebrek:
 - (a) dat toe te rekenen is aan de aannemer en
 - (b) dat bovendien ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opname van het werk als bedoeld in § 9, tweede lid, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden en waarvan
 - (c) de aannemer binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan.

- Een tweede belangrijke beperking ligt in de aansprakelijkheidsduur. Met de UAV 1989 verliep aansprakelijkheid in ieder geval na vijf jaar, dit geldt nog steeds voor de UAV–Geïntegreerde Contracten (UAV-GC) 2005, maar in de nieuwe UAV 2012 is de aansprakelijkheid van aannemers verlengd naar tien jaar voor ernstige constructiefouten.

UAV 2012, § 12. Aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering

- 4. De rechtsvordering uit hoofde van een gebrek waarvoor de aannemer krachtens het tweede lid aansprakelijk is, is niet ontvankelijk indien zij wordt ingesteld na verloop van:
 - (a) vijf jaren na de in het eerste lid bedoelde dag, of
 - (b) tien jaren na de in het eerste lid bedoelde dag, indien het werk geheel of gedeeltelijk is ingestort of dreigt in te storten dan wel ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te geraken voor de bestemming waarvoor het blijkens de overeenkomst bedoeld is en dit slechts kan worden verholpen of kan worden voorkomen door het treffen van zeer kostbare voorzieningen.

Op deze aansprakelijkheidbeperkende contractvormen is in de literatuur al veel kritiek geuit.¹³ Ook onze respondenten zijn van mening dat de aansprakelijkheid van adviseurs en aannemers via private contracten (te) zeer beperkt wordt.

3.5 DE AANSPRAKELIJKHEID VAN ADVISEURS JEGENS DE EIGENAAR VOOR BOUWFOUTEN

Voor de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling in de bouw is het relevant dat er veelal sprake is van een of meerdere adviseurs van de opdrachtgever zoals architecten of constructeurs. Deze adviseurs ‘rapporteren’ direct aan de opdrachtge-

13. Zie bijvoorbeeld Van den Berg et al. (2007), hoofdstuk 5 bouwcontracten.

ver, hun advies is input voor de aannemer(s). Vanzelfsprekend zijn de algemene bepalingen over de rechtsgevolgen van verbintenissen uit boek 6 BW ook in deze situatie relevant. In boek 7 BW is wel titel 7 over opdracht opgenomen maar geen specifieke regeling van de relatie tussen de adviseur en de aannemer in de bouw. Het is daarom dat bijvoorbeeld Van den Berg stelt dat de aansprakelijkheidsrelatie tussen de opdrachtgever en adviseurs in de bouwsector slechts binnen een 'zeer globaal kader' wettelijk bepaald is en er daarmee sprake is van een 'zwakke vorm van regelend recht'.¹⁴

In ieder geval geldt wederom dat de schade die causaal uit adviezen volgt in principe volledig ten laste komt van de betreffende adviseur als het verwijtbaar handelen betreft. Specifiek voor de werking van aansprakelijkheid in de bouw geldt echter dat de samenhang tussen advies en uitvoering vaak leidt tot een complexe causaliteits- en schuldvraag. Aangetoond moet immers worden dat de (schade als gevolg van) een bouwfout ligt aan het advies en niet aan de uitvoering.

In de bouwpraktijk ligt ook in dit geval een belangrijke(re) beperking van de aansprakelijkheid in de gehanteerde modelcontractvormen. In de meeste gevallen baseren opdrachtgever en adviseur hun contractuele relatie op De Nieuwe Regeling (DNR) (2011) (of tot voor kort de DNR 2005). De in deze regeling vastgelegde voorwaarden beperken de aansprakelijkheid sterk:

- Er is een beperking in de aard van de schade. De adviseur is namelijk slechts aansprakelijk voor directe schade aan het bouwwerk en daarmee niet voor gevolgschades zoals bedrijfsschade of letselschade.
- Verder wordt de maximale omvang van de aansprakelijkheid standaard beperkt tot de advieskosten met een maximum van een miljoen euro. In de DNR (2011) bestaat echter de mogelijkheid om de aansprakelijkheid tot drie maal de advieskosten te verhogen, met een maximum van € 2.500.000,-.
- Ook hier wordt de duur van de aansprakelijkheid beperkt en wel tot vijf jaar na oplevering.

Voorbeeld arrest contractuele beperking aansprakelijkheid adviseur

In een zaak begrootte een opdrachtgever de kosten van herstel voor de fouten van een architect op 195.000 gulden. Het honorarium van de architect bedroeg 38.000 gulden. De maximale aansprakelijkheid van de architect op grond van de overeenkomst tussen beide partijen bedroeg de helft van dat bedrag, slechts 19.000 gulden. Dit werd bevestigd door de rechtbank.¹⁵

14. Van den Berg (2009), p. 66.

15. AIBK 4 september 1989, BR 1999, p. 482.

Ook op deze beperkende praktijk wordt 'sinds jaar en dag' kritiek geuit.¹⁶

3.6 DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE OVERHEID JEGENS DE EIGENAAR OF DERDEN VOOR BOUWFOUTEN

Bij het optreden van bouwfouten is het voorstelbaar dat de overheid door de eigenaar aansprakelijk wordt gesteld voor de gevolgen ervan op grond van onrechtmatig handelen door het ten onrechte verlenen van een bouwvergunning of door gebrekkig bouwtoezicht. Ook derde partijen die schade van een bouwfout ondervinden kunnen de overheid op grond van dergelijk onrechtmatig handelen aansprakelijk stellen. Hoewel het overheidshandelen *an sich* een daad van bestuursrecht is, kan een overheidsorgaan immers ook onrechtmatig handelen tegenover een partij.

Onrechtmatig handelen door bestuursorganen

Een bestuursorgaan kan op twee manieren onrechtmatig handelen:

- Zo kan het orgaan een besluit nemen dat door de bestuursrechter vernietigd wordt. De kosten die dit vernietigde besluit voor een partij met zich meebrachten, dienen vergoed te worden door het betreffende bestuursorgaan.
- De onrechtmatigheid kan ook bestaan in een feitelijke handeling of het nalaten daarvan van een overheidsorgaan. Een bekend voorbeeld is schade veroorzaakt door ondeugdelijk (gerepareerd) asfalt op snelwegen. Lijdt iemand hierdoor schade, dan is dit een onrechtmatige feitelijke handeling van Rijkswaterstaat die de schade moet compenseren.

Om te bepalen of een besluit of een feitelijke handeling van een overheidsorgaan een onrechtmatige daad is, moet naar de volgende aspecten gekeken worden:

- Heeft het bestuursorgaan zijn wettelijke bevoegdheden overschreden of de bevoegdheden uitgeoefend op een onjuiste grondslag, is er sprake van een inbreuk op een recht.
- Heeft het bestuursorgaan formele of materiële wetten of andere rechtsnormen overtreden dan is er sprake van het handelen in strijd met een wettelijke plicht.
- Bestuursorganen die handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer aanvaardbaar is. Belangrijk bij de bepaling hiervan is de zorgvuldigheidsplicht voor het overheidsorgaan. Voor de toets van zorgvuldigheid is de mate van beleidsvrijheid van een orgaan van belang. Als er veel

16. Zie bijvoorbeeld Van den Berg (2009), p. 66 en Van den Berg et al. (2007), hoofdstuk 5 bouwcontracten.

beleidsvrijheid is, moet de toets van zorgvuldigheid alleen gaan om de vraag of het orgaan in redelijkheid tot het bestreden besluit is gekomen of niet. Heeft het orgaan enkel een gebonden bevoegdheid, dan zal een volle toetsing plaatsvinden.

Waar het gaat om de vergunningverlening en het bouwtoezicht zal vooral de zorgvuldigheidsplicht van belang zijn bij de beoordeling of het overheidsoptreden onrechtmatig was.

Als een overheidsdaad onrechtmatig was, is het nog niet meteen zo dat daaruit een schadevergoedingsplicht volgt. Het onrechtmatig handelen of nalaten moet toerekenbaar zijn, de schade moet in causaal verband staan tot het onrechtmatig handelen of nalaten en de geschonden norm moet als doel hebben gehad het voorkomen van de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (dit wordt het relativiteitsbeginsel genoemd).

Schadevergoedingsplicht bestuursorganen

Om te bepalen of de schade die volgt uit een onrechtmatige overheidsdaad vergoed moet worden op grond van artikel 6:162 BW moet naar de volgende aspecten gekeken worden:

- Is de onrechtmatige daad werkelijk onrechtmatig of is er sprake van een rechtvaardigingsgrond als overmacht of de inzet van noodbevoegdheden zodat aan de onrechtmatige daad haar onrechtmatige karakter wordt ontnomen?
- Is de onrechtmatige daad toerekenbaar aan het bestuursorgaan? De toerekenbaarheid kan worden onderzocht door gebruik te maken van artikel 6:162 lid 3 BW, waarin de mogelijkheden staan opgesomd. Toerekenbaarheid zal echter altijd direct worden aangenomen als een besluit door een bestuursrechter is vernietigd.
- Een bijzonder vereiste is de relativiteit. Dit vereiste is uitgewerkt in art. 6:163 BW: 'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden'.
- Als vanzelfsprekend zal causaliteit (*conditio sine qua non*-verband) moeten worden aangetoond. Dit betekent dat de geleden schade voort moet vloeien uit de onrechtmatige handeling van het overheidsorgaan. Aan dit vereiste is niet voldaan als de schade bij het wegdenken van het onrechtmatig handelen of nalaten ook zou zijn ontstaan.
- Ten slotte komt schade die veroorzaakt is door eigen schuld of doordat de gelaedeerde niet aan zijn schadebeperkingsplicht heeft voldaan niet voor vergoeding

in aanmerking (art. 6:101 BW). De schadebeperkingsplicht houdt in dat de geïaedeerde moet doen wat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd om de omvang van de schade te beperken.

Hoewel wij hier in het kader van dit rapport niet dieper op in zullen gaan is er een verschil tussen deelaspecten van de overheidszorg voor bouwveiligheid. Voor de taak brandweezorg ex Wet veiligheidsregio's geldt dat de bredere definiëring van brandweezorg (als 'het voorkomen en beperken van ongevallen bij brand en al hetgeen daarmee verband houdt'¹⁷) in vergelijking met de taak bouwtoezicht (als 'het bevoegd gezag draagt zorg voor de bestuursrechtelijke handhaving'¹⁸) maakt dat de gemeente kwetsbaarder is voor aansprakelijkstelling voor de schade bij brand als gevolg van bouwfouten dan voor de schade bij constructiefalen als gevolg van bouwfouten. Het relativiteitsprincipe maakt immers dat voor brand geldt dat de wetgever wel bedoelde dat schade in brede zin moet worden voorkomen¹⁹, terwijl de wet voor constructieve veiligheid 'slechts' doelde op het voorkomen van instortingen.

Voorbeeld toepassing relativiteitsvereiste

In het klassieke arrest 'Duwbak Linda' oordeelde de Hoge Raad dat niet werd voldaan aan het relativiteitsvereiste.²⁰ In 1993 kapseist een duwbak, waardoor een baggerschip van een ander bedrijf zinkt. Het baggerbedrijf stelt de staat aansprakelijk. De HR bepaalde dat het veiligheidsreglement waar de duwbak aan moest voldoen als doel heeft de scheepvaart in algemene zin te bevorderen en niet strekt tot de bescherming van individueel vermogensbelang van derden. De eigenaar is dus verantwoordelijk voor de deugdelijkheid van het schip. Hieruit volgt: 'Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen.'

17. Wet veiligheidsregio's, Art 3, lid 1a.

18. Woningwet art 92, lid 1.

19. Zie LJN: BR3933, Gerechtshof 's-Hertogenbosch, HD 200.086.537, maar ook de aansprakelijkstelling van de gemeente Rotterdam na de CMI-brand die later in dit rapport besproken wordt.

20. LJN: AO6012, Hoge Raad, C02/310HR.

In het algemeen geldt echter dat het niet eenvoudig is om de overheid aansprakelijk te houden voor de gevolgen van bouwfouten. Zo stellen Albers en Heinen in de context van de bouw dat het lijkt dat 'de wetgever en regering er sterk op aansturen dat de sluitingen voor overheidsaansprakelijkheid zoveel mogelijk gesloten blijven'.²¹ In het algemeen echter, stellen zij, 'is de rechter [sowieso] niet geneigd om aan te nemen dat een gemeente een vergunninghouder tegen zijn eigen fouten of vergissingen moet beschermen'.

Specifiek voor de taak (bouw)toezicht geldt: slechts wanneer een fout van een toezichthouder direct tot schade leidt kan deze aansprakelijk worden gehouden op grond van een onrechtmatige daad door betrokken partijen. Een gemeente kan bijvoorbeeld aansprakelijk gesteld worden wanneer een van haar toezichthoudende ambtenaren tijdens een constructie ziet dat er fouten gemaakt worden, maar deze niet direct communiceert naar de aannemer/opdrachtgever. Eventuele verdragingskosten die ontstaan wanneer alsnog geconstateerd wordt dat de aannemer een fout tijdens de bouw maakte kunnen dan bij de gemeente gevorderd worden. Als een toezichthouder zich dus bewust is van een risico én niet ingrijpt, dan is deze (slechts) aansprakelijk. Kortom, in de woorden van Albers en Heinen, de op de bouw toezichthoudende gemeente 'moet het wel heel erg bont gemaakt hebben om aansprakelijk gesteld te worden'.²²

Handhavingsplicht bij kennis toezichthouder van onveilige situatie

Een vonnis waarin een gemeente veroordeeld werd op grond van onvoldoende invulling van het aspect brandweezorg van het bouwtoezicht is een vonnis van de rechtbank Rotterdam van 26 mei 2004.²³ De belastende feiten waren als volgt: het op- en overslagbedrijf van chemicaliën CMI kende een meerjarige historie van onvoldoende naleving van (onder andere) de brandveiligheidsvoorschriften. Deze onvoldoende naleving was bekend bij de gemeente Rotterdam die echter naleving niet afdwong. Op 28 februari 1996 brandt het gehele bedrijf af. De verzekeraars van CMI en de bij CMI opgeslagen stoffen beschouwen de onvoldoende handhaving als een onrechtmatige daad van de gemeente: de gemeente heeft immers op grond van de Wet veiligheidsregio's (toen Brandweerwet 1985) een algemene zorgplicht tot het voorkomen van brand die zij in dit geval niet heeft ingevuld terwijl zij op de hoogte was van de brandgevaarlijke situatie. De verzekeraars hebben hierdoor als derden schade geleden terwijl zij niet verantwoordelijk waren voor de gebrekkige opslag. De rechtbank Rotterdam heeft eisers in haar vonnis in het gelijk gesteld. Het vonnis wordt wel geduid als een handhavingsplicht als de toezichthou-

21. Albers & Heijnen (2008), p. 670.

22. Albers & Heinen (2008), p. 678.

23. LJN: AR2320, Rechtbank Rotterdam, 154527 / HA ZA 01-917.

der op de hoogte is van een onveilige situatie. Het vonnis sluit daarmee bijvoorbeeld aan bij uitspraken van het Europees Hof voor de rechten van de mens, zoals EHRM 30 november 2004, Öneriyildiz/Turkije II, EHRC 2005.²⁴

De beschreven situatie van beperkte overheidsaansprakelijkheid is niet uniek voor de bouw. Ook in andere sectoren lukt het getroffen meestal niet de overheid aansprakelijk te houden voor geleden schade. Civielrechtelijke procedures na bekende incidenten als de legionella-uitbraak, de vuurwerkramp en de Schipholbrand waren bijvoorbeeld zonder succes.²⁵

Geen overheidsaansprakelijkheid na de vuurwerkramp in Enschede^{26,27}

Slachtoffers van de vuurwerkramp in Enschede (2000) stelden de staat (civielrechtelijk) aansprakelijk, omdat zij blootgesteld werden aan 'grote, vermijdbare risico's wegens onvoldoende daadkrachtig toezichts- en handhavingsbeleid en informatieverschaffing over het risico dat de gemeente kende'. In het kort achtten de slachtoffers de staat verplicht om hen tegen het 'dreigende gevaar op massa-explosie' in bescherming te nemen. In haar overweging stelt het hof de vraag centraal of de staat het risico op massa-explosie had moeten kennen (er lag namelijk in tegenstelling tot de milieuvergunning zwaar(der) vuurwerk opgeslagen). Deze vraag wordt ontkennend beantwoord, omdat de staat en de gemeente Enschede er om 'verscheidene redenen van uit mochten gaan dat conform de vergunning werd gehandeld'. Dientengevolge kan de overheid niet aansprakelijk gehouden worden.

Het schema hierna vat de beschreven aansprakelijkheidsrelaties samen.

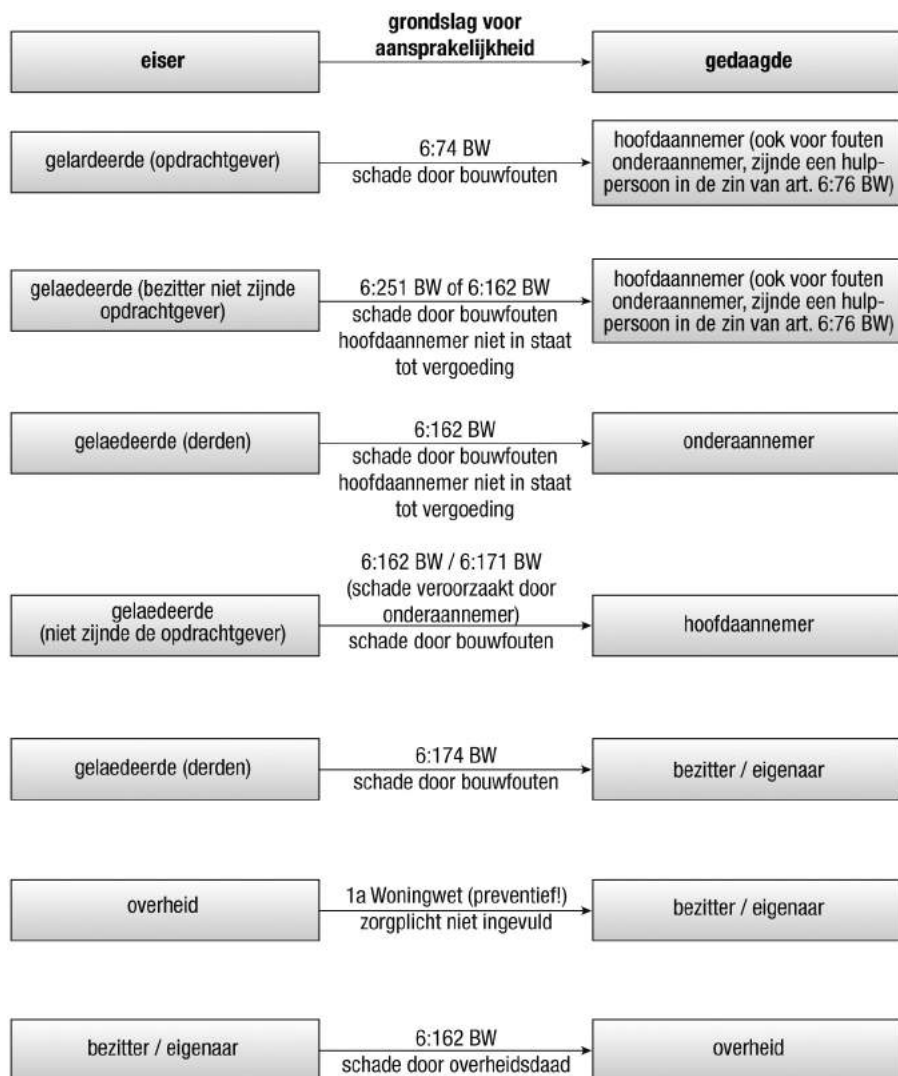
24. Zie ook Giessen (2005).

25. WRR (2011).

26. LJN: BN4316, Gerechtshof 's-Gravenhage, 105.006.432/01 en 105.006.436/01.

27. Albers & Heijnen (2010), p. 101.

Figuur 3.2 Samenvattend schema aansprakelijkheidsrelaties binnen de bouw



3.7 'OPLOSSINGEN' VOOR DE SLECHTE AANSPRAKELIJKHEIDSPOSITIE VAN EIGENAAR JEGENS BOUWENDE PARTIJEN IN DE HUIDIGE PRAKTIJK

Dat de aansprakelijkheidspositie van de opdrachtgever/eigenaar van bouwwerken tamelijk slecht is zoals hiervoor is gebleken, is natuurlijk ook de praktijk niet ontgaan. Er zijn verschillende 'oplossingen' zichtbaar:

- De genoemde aansprakelijkheidbeperkende contractvormen worden volgens respondenten tegenwoordig steeds vaker niet geaccepteerd door grote project-

ontwikkelaars. Deze ‘grote jongens’ dwingen contracten af waarin geen beperkingen van de aansprakelijkheid voor bouwfouten zijn opgenomen.²⁸ Bouwende partijen sluiten in die gevallen verschillende vormen van aansprakelijkheidsverzekeringen af voor bouwfouten (die overigens in het algemeen ‘slechts’ de herbouwkosten dekken). De resulterende betrokkenheid van verzekeraars leidt tot extra inspecties in opdracht van de verzekeraar op het ontwerp en tijdens de bouw door gespecialiseerde private partijen.

Private bouwtoetsing

In Nederland wordt voor het afsluiten van een verzekering meestal een Technische Inspectie Service (TIS) certificaat vereist. CROW, het nationale kennisplatform voor infrastructuur, verkeer, vervoer en openbare ruimte, stelt de TIS-certificaten op en geeft ze uit. Bedrijven die als onafhankelijk toetser willen optreden, kunnen zich op basis van de CROW Erkenningsregeling TIS laten erkennen als deskundige en onafhankelijke organisatie. De TIS-certificatie is ontwikkeld in samenspraak met opdrachtgevers, Bouwend Nederland, verzekeraars, ingenieurbureaus en projectontwikkelaars. Inmiddels is er één erkend TIS-bedrijf en hebben zeven bedrijven een voorlopige erkenning.

- Enkele grote opdrachtgevers zoals Prorail schakelen ook zelf TIS-bureaus in om tijdens de bouw controle op het bouwproces uit te voeren.
- Ten slotte worden soms ook door eigenaren van kleinere bouwwerken verzekeringen afgesloten om zichzelf tegen bouwfouten te beschermen waarvan de veelal door hypotheekverstrekkers vereiste opstalverzekering voor woningen het bekendste voorbeeld is. Het lijkt echter de omgekeerde wereld dat een consument (de koper) zich tegen fouten van de producent (de bouwer) binnen de ‘wettelijke garantietermijn’ moet verzekeren.

Bescherming van ‘kleine’ opdrachtgevers door verzekering

‘Er zijn formules die de afnemer van een bouwwerk of bouwproject beschermen. De SWK- of Woningborggarantie voor kopers van nieuwbouwwoningen is bekend. Daarnaast is er de Bouwgarant-optie voor nieuwbouw en verbouwingen van beperkte omvang (max. € 350.000). Maar bij die laatste zijn de duur van de garantie en de maximale uitkering begrensd, evenals de totale jaarlijkse schadelast.’²⁹

28. Zie bijvoorbeeld Van den Berg et al. (2007), p. 284.

29. Scholten et al. (2011), p. 17.

WAT LEREN ANDERE DOMEINEN EN DE WETENSCHAPPELIJKE LITERATUUR ONS OVER AANSPRAKELIJKHEID ALS KWALITEITSINSTRUMENT?

In dit hoofdstuk kijken we naar enkele (internationale) ervaringen na introductie van specifieke (risico)aansprakelijkheidsregelingen. De casus wijzen a) op de noodzaak om risico-aansprakelijkheid vergezeld te doen gaan van een verplichting tot verzekering om werkelijke vergoeding van de kosten te garanderen en, in dat geval, b) op het ontstaan van een preventieve functie voor 'complexe handelingen' terwijl voor 'minder complexe handelingen' de verzekering vooral adequate schadeloosstelling betekent.

4.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk behandelen wij een aantal voorbeelden van de werking van (verzekerde) aansprakelijkheid in andere domeinen dan de bouw en in de Franse bouwsector. Het gaat om de volgende casus: aansprakelijkheid voor milieu-ongevallen, aansprakelijkheid bij vervoer gevaarlijke stoffen, aansprakelijkheid bij particuliere verkeersdeelname, aansprakelijkheid in de luchtvaart en zoals gezegd aansprakelijkheid in de Franse bouw.

Deze behandelde casus gebruiken we vervolgens als illustraties van de klassieke theoretische analyse van Shavell¹ over onder welke omstandigheden aansprakelijkheid een geschikt instrument voor kwaliteitsborging is.

4.2 AANSPRAKELIJKHEID VOOR MILIEU-ONGEVALLEN

Sinds 21 april 2004 is de Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG) van kracht. Hiermee is het principe van risicoaansprakelijkheid geïntroduceerd binnen het milieudomein met als doelstelling om milieuschade te voorkomen en te herstellen.

1. Shavell (1984).

Artikel 1, Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG)

Deze richtlijn heeft ten doel een kader voor milieuaansprakelijkheid vast te stellen, op basis van het beginsel dat de vervuiler betaalt, voor het voorkomen en herstellen van milieuschade.

Nederland heeft de wetwijziging ten behoeve van de implementatie van de milieurichtlijn ingevoerd op 1 juni 2008.² Hierdoor is titel 17.2 aan de Wet milieubeheer toegevoegd. In de kern is een bedrijf dat milieuschade veroorzaakt risicoaansprakelijk voor alle kosten die daaruit voortvloeien tenzij overmacht bewezen kan worden.

Artikel 17.12, lid 1, Wet milieubeheer

Indien door een activiteit een onmiddellijke dreiging van milieuschade ontstaat, treft degene die de activiteit verricht onmiddellijk de nodige preventieve maatregelen.

Artikel 17.13, lid 1

Indien door een activiteit milieuschade ontstaat, treft degene die de activiteit verricht elke haalbare maatregel om de betrokken verontreinigende stoffen of andere schadefactoren onmiddellijk onder controle te houden, in te perken, te verwijderen of anderszins te beheersen, teneinde verdere milieuschade en negatieve effecten op de menselijke gezondheid of verdere aantasting van functies te voorkomen of te beperken.

Artikel 17.16, lid 1

Degene die de activiteit verricht waardoor milieuschade of een onmiddellijke dreiging daarvan wordt veroorzaakt, draagt de kosten voor de getroffen preventieve of herstelmaatregelen, tenzij hij bewijst dat de milieuschade of de onmiddellijke dreiging daarvan:

- a. *ondanks door hem getroffen passende veiligheidsmaatregelen door een derde is veroorzaakt, of*
- b. *het gevolg is van de opvolging van een dwingende opdracht of instructie van een bestuursorgaan, niet zijnde een opdracht of instructie naar aanleiding van een emissie of gebeurtenis die door hemzelf is veroorzaakt.*

In een evaluatieonderzoek uit 2009, uitgevoerd in opdracht van het ministerie van VROM, wordt geconcludeerd dat de effectiviteit van 17.2 waarschijnlijk beperkt is. De onderzoekers voeren daarvoor één belangrijke reden aan: het ontbreken van een plicht tot financiële zekerheidsstelling. Bedrijven kunnen er dus voor kiezen om korte termijn kosten te drukken door geen verzekering aan te gaan en het risico te lopen op de langere termijn een (kleine) kans op een grote schade te

2. Stb. 166 en 178 (2008).

lopen, de 'ex ante prikkel is derhalve maar beperkt'. Het gevaar, stellen de onderzoekers, 'is dan ook reëel dat bepaalde milieuschade niet zal worden voorkomen of adequaat hersteld'.³

Voorbeeld beperkte betekenis risicoaansprakelijkheid zonder verzekering

De brand bij Chemie-pack op 5 januari 2011 illustreert hoe belangrijk een financiële zekerheidsstelling is. Er zijn als gevolg van deze brand door verschillende betrokken overheden voor in totaal meer dan 70 miljoen euro aan kosten gemaakt.⁴ Chemie-pack is aansprakelijk voor deze kosten. Het bedrijf is echter op geen enkele wijze in staat deze kosten te vergoeden mede omdat het slechts een 'reguliere' aansprakelijkheidsverzekering voor enkele miljoenen had. Het mag wellicht opvallend heten dat de overheid noodgedwongen op eigen kosten het bedrijfsterrein van Chemiepack vastgoed bv saaneert omdat de aansprakelijkheid bij Chemiepack opslag bv rustte.

Wij zouden nog stilliger willen zijn: juist de bedrijven met een lage marge lopen het risico op ongevallen en dit zijn voorspelbaar juist de bedrijven met een marginale verzekering.

Wetenschappelijk onderzoek naar relatie winst en veiligheid

Relatief recent wetenschappelijk onderzoek van Frederick Wolf in de Amerikaanse petrochemische industrie laat de relatie tussen welvaart en (de)regulering fraai zien.⁵ Uit zijn onderzoek bleek dat bedrijfswinst een betere indicator voor veiligheid in de petrochemische industrie is dan de hoogte van door de overheid vereiste veiligheidsinvesteringen. Kortom, hoe hoger de winst van een bedrijf, hoe hoger de veiligheid.

Veiligheidsinspecteurs gebruiken in de praktijk dezelfde samenhang, maar dan vanuit de andere kant benaderd: als een bedrijf er armoedig, vies en vuil uitziet is het wel een goede inspectie waard.

Overigens was dit probleem door de EU al onderkend en riep zij de lidstaten op (maar verplichtte ze niet) om tot een systeem van verplichte verzekering te komen.

3. Faure et al. (2009), p. 136.

4. Veiligheidsregio Midden- en West-Brabant (2011), p. 9.

5. Wolf (2005), p. 2-11.

Artikel 14, lid 1. Richtlijn milieuaansprakelijkheid

De lidstaten nemen maatregelen om de geëigende economische en financiële actoren aan te moedigen financiële zekerheidsinstrumenten en -markten te ontwikkelen, met inbegrip van financiële mechanismen voor gevallen van insolventie, opdat de exploitanten gebruik kunnen maken van financiële garanties om hun verantwoordelijkheden krachtens deze richtlijn na te komen.

In Nederland is hier door de wetgever bewust niet voor gekozen in verband met zorgen over (te) hoge kosten voor het bedrijfsleven wanneer een verzekeringsplicht ingevoerd zou worden.

In Nederland is er zelfs recent voor gekozen om een bestaande mogelijkheid tot verplichting van financiële zekerheidsstelling binnen het milieudomein in te trekken: het bevoegd gezag had voor bepaalde categorieën inrichtingen de mogelijkheid om op grond van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer in de milieuvergunning een financiële zekerheidsplicht op te nemen. Daarbij kon het gaan om financiële zekerheid voor het nakomen van vergunningverplichtingen met betrekking tot het verwijderen van afvalstoffen of om financiële zekerheid ter dekking van aansprakelijkheid voor bodemschade. Naar aanleiding van de motie van de leden Vietsch en Neppérus⁶, die op brede steun van de Kamer kon rekenen, is dit besluit echter ingetrokken. De gegeven redenen voor intrekking zijn dat financiële zekerheidsstelling drukt op de solvabiliteit van ondernemingen, en ook dat door bevoegde gezagsinstanties divers gebruik werd gemaakt van de bevoegdheid die het besluit bood om in een vergunning een plicht tot het stellen van financiële zekerheid op te nemen.⁷

In onze analyse is het inderdaad onwenselijk om door (decentraal) bevoegd gezag facultatief een dergelijke verplichting op te laten leggen omdat dan immers voorspelbaar andere dan milieutechnische overwegingen een rol zullen spelen. Kort door de bocht: gemeenten die graag een bedrijf willen hebben zullen de verplichting (die geld kost) niet opleggen en als ze geen behoefte hebben aan een milieugevaarlijk bedrijf zullen ze de verplichting wel opleggen. Dit laat onverlet dat zonder een verplichting tot financiële zekerstelling het doel van de richtlijn voorspelbaar ten minste deels niet behaald wordt zoals bijvoorbeeld de casus Chemie-pack heeft laten zien.

6. TK 29 383, nr. 97.

7. TK 29 383, nr. 104.

4.3 AANSPRAKELIJKHEID BIJ VERVOER GEVAARLIJKE STOFFEN

In Nederland worden jaarlijks tientallen miljoenen tonnen gevaarlijke stoffen via spoor, weg of water vervoerd. Om incidenten hiermee te voorkomen bestaat er gedetailleerde Nederlandse en Europese wet- en regelgeving.

Mede dankzij deze regelgeving is er volgens de Inspectie Verkeer en Waterstaat sprake van een veilige situatie in vergelijking met andere Europese landen. De naleving door transportbedrijven van essentiële veiligheidsmaatregelen is volgens de inspectie hoog.^{8,9}

Deze goede naleving en resulterende hoge veiligheid zou kunnen verbazen omdat controle van meer dan een fractie van al deze vervoersbewegingen onmogelijk is. Toezicht vindt eigenlijk ook altijd ex-post plaats omdat er geen vergunning nodig is voor het vervoer van gevaarlijke stoffen waardoor gevaarlijke situaties pas gesignaleerd kunnen worden wanneer bijvoorbeeld een vrachtwagen zich op de weg bevindt of een trein op het spoor.

Intermezzo: verschil in toezichtregimes

De toezichtregimes voor transport over de weg, spoor en over het water verschillen volgens de evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen uit 2003. Zo wordt op spoorvervoer meer (in de zin van percentage transport dat gecontroleerd wordt) toezicht gehouden dan op wegtransport. Deze verschillende toezichtregimes lijken vooral verklaard te moeten worden uit de verschillende *mogelijkheden* om toezicht te houden, niet uit verschillende *noodzaken* om anders toezicht te houden: 'Trucks zijn anoniem, een hele trein kan je niet zomaar verstoppen'.¹⁰

Vervoerders van gevaarlijke stoffen zijn in Nederland sinds de jaren negentig echter verregaand aansprakelijk voor ongevallen die zij veroorzaken. Hiertoe is in 1992 de risicoaansprakelijkheid van de vervoerder geïntroduceerd in het Burgerlijk wetboek.¹¹

8. Secundaire (administratieve) maatregelen worden overigens massaal niet nageleefd.

9. Inspectie Verkeer en Waterstaat (2010).

10. Helsloot et al. (2003).

11. Overigens is in 1995 in het Burgerlijk wetboek via 6:175 een bredere risicoaansprakelijkheid voor diegenen die bedrijfsmatig omgaan met gevaarlijke stoffen ingevoerd.

Artikel 1213, lid 1, Burgerlijk wetboek

Hij die ten tijde van een gebeurtenis exploitant is van een voertuig aan boord waarvan zich een gevaarlijke stof bevindt, is aansprakelijk voor de schade door die stof veroorzaakt ten gevolge van die gebeurtenis. Bestaat de gebeurtenis uit een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak, dan rust de aansprakelijkheid op degene die ten tijde van het eerste feit exploitant was.

Een bijzondere constructie in het Burgerlijk wetboek die de risicoaansprakelijkheid limiteert is de mogelijkheid om een fonds te vormen van (in geval van letsel) 7,2 miljoen euro na een ongeval dat ‘verdeeld’ wordt door de rechtbank. Dit betreft nadrukkelijk alleen de risicoaansprakelijkheid, de reguliere schuldaansprakelijkheid blijft hierdoor onbeperkt.¹²

Aanvullend is een aansprakelijkheidsverzekering verplicht volgens artikel 3a van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen. Het verzekerde bedrag bedraagt momenteel 10 miljoen euro.¹³

Ook in het transportdomein weinig harde data

Naast de verzekeringsplicht moeten vervoerders eveneens voldoen aan een meldingsplicht van incidenten met gevaarlijke stoffen in het kader van Artikel 47 van de Wvgs. Deze wordt massaal ontweken. Wel weten we hier, net als bij de bouw, wel het zeer beperkte aantal ‘zware’ ongevallen omdat die nu eenmaal de media halen. De minister streeft inmiddels een systeem met trendrapportages na waarin algemene ontwikkelingen verwerkt worden.¹⁴

Respondenten uit de sector gaven in het kader van de Wet evaluatie gevaarlijke stoffen aan dat de verzekeringsplicht heeft geleid tot een ‘shake out’ van de sector. Het vervoer van ‘echt’ gevaarlijke stoffen in bulk vindt nu alleen nog plaats door gespecialiseerde bedrijven omdat alleen deze betaalbare verzekeringspremies dienen te betalen. Men stelde zelfs dat de risicoaansprakelijkheid hier een grotere betekenis heeft gehad dan de inspecties door de overheid.¹⁵ Vervoer van veelvoorkomende gevaarlijke stoffen per collo brengt geen bijzondere verzekeringspremie met zich mee in vergelijking met ‘normaal’ pakketvervoer.

12. Zie de artikelen 8:1218 – 1220 Burgerlijk wetboek en artikel 6 van het Besluit vaststelling bedragen beperking aansprakelijkheid.

13. Artikel 2a, Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen.

14. Ministerie van Verkeer en Waterstaat (2005), p. 24.

15. Helsloot et al. (2003).

4.4 AANSPRAKELIJKHEID BIJ PARTICULIERE VERKEERSDEELNAME

Bij particuliere verkeersdeelname is het verplicht volgens de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (Wam) om het gebruik van het verkeersmiddel te verzekeren tegen schade veroorzaakt door het eigen verkeersmiddel. De doelstelling van deze verplichte verzekering is om de kosten van ongevallen veroorzaakt door verkeersdeelname bij de verkeersdeelnemer te leggen in plaats van bij de gehele maatschappij (via de overheid).

Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (Wam)

De Wam verplicht 'de bezitter van een motorrijtuig en degene aan wie het kenteken voor een motorrijtuig is opgegeven (...) voor het motorrijtuig een verzekering te sluiten' (Artikel 2). Aan de verzekering zijn bepaalde voorwaarden verbonden, zoals het minimale bedrag dat verzekerd is bij een ongeval met materiële schade (1,12 miljoen euro) of letsel (5,6 miljoen euro).

Verzekeringsmaatschappijen maken in Nederland sinds 1981 voor autoverzekeringen gebruik van het zogenaamde bonus-malussysteem.¹⁶ Dit systeem belooft schadevrije rijders met premiekortingen tot 70% à 80% en straft schaderijders bestuurders met een toeslag van maximaal 25%. Bestuurders beginnen in Nederland, afhankelijk van onder andere leeftijd, beroep en woonplaats met een toeslag. Per schadevrij jaar gaan ze één trede omhoog in de bonus-malusladder, waardoor ze van een toeslag naar een (steeds grotere) korting werken. Wordt er toch schade geleden, dan zakt de bestuurder meestal in één keer een aantal treden. In dit systeem kunnen per verzekeraar variaties aangetroffen worden.

Er is veel onderzoek gedaan naar de werking van deze aansprakelijkheid. Dit onderzoek richt zich vooral op de prestaties van systemen voor bepaling van de premie voor aansprakelijkheid vanuit het perspectief van rechtvaardigheid: betalen op de lange duur onveilige chauffeurs meer premie dan veilig rijdende chauffeurs. Het Europese en Japanse bonus-malussysteem is dan een beter systeem dan een systeem gebaseerd op a priori vastgestelde kenmerken van de chauffeur, zoals leeftijd en geslacht.¹⁷

Er is geen effect bekend op de verkeersveiligheid.¹⁸

16. Lemaire (1985).

17. Lemaire (1988), p. 660-681.

18. Wel leidt een bonus-malussysteem tot minder kleine claims omdat verzekerden geen verhoging van hun premie willen en kleine schade daarom voor eigen rekening nemen.

4.5 AANSPRAKELIJKHEID IN DE COMMERCIËLE LUCHTVAART

In de luchtvaartsector bestaat een systeem van toezicht en handhaving waarin een grote nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van luchtvaartbedrijven en vliegvelden gelegd wordt.

In het verleden hield de Nederlandse overheid¹⁹ direct toezicht op het luchtverkeer en op luchtvaartbedrijven. In de praktijk leidde dit nationaal detailtoezicht tot een gelijke problematische situatie op Europees niveau als we in het bouwtoezicht kennen of tenminste kenden op nationaal niveau voor het Bouwbesluit 1993 vanwege het diverse gemeentelijke toezicht : individuele en tamelijk toevallige prioriteiten van toezichthouders leidden tot een weinig transparant toezicht dat in de perceptie van betrokkenen met onevenredig grote lasten en vertragingen gepaard gaat.²⁰

Van Dorp over het toezicht op de luchtvaart

‘De oorspronkelijke wetgeving had tot doel dat men de vliegtuigen onderhield volgens het schema van de fabrikant. Dit leidde soms tot discussies tussen de toezichthouder en het onderhoudsbedrijf over welke methode het best tot dit doel leidde. Daar waar de toezichthouder geen gelijk kreeg, liet hij een regel opnemen hoe in een dergelijk geval de regels gevolgd moesten worden. Een individuele discussie leidde tot generieke regels. Binnen Europa deden vele toezichthouders dat met als gevolg dat de regels steeds meer detail bevatten die niet door iedereen op te volgen was’.²¹

Deze ex ante benadering van toezicht kostte ook de overheid veel tijd, geld en inspanning.

Inmiddels wordt bedrijven meer ruimte gegeven. Om (toch) een veilige luchtvaartsector te garanderen worden luchtvaartpartijen (denk aan producenten, luchtvaartmaatschappijen en onderhoudsbedrijven) door de overheid gecertificeerd. Eisen waar deze organisaties aan moeten voldoen zijn vastgelegd in Europese regelgeving. Via deze weg kunnen bedrijven beoogd ‘binnen het gegeven kader de ruimte zoeken voor een optimale bedrijfsvoering’.²²

19. In Nederland is het ministerie van Infrastructuur en Milieu verantwoordelijk voor de veiligheid van de burgerluchtvaart. Toezicht vindt plaats door de Inspectie Leefomgeving en Transport van dat ministerie.

20. Van Dorp (2010), p. 27.

21. Van Dorp (2010), p. 27.

22. Inspectie Leefomgeving en Transport Luchtvaart (2012), p. 8.

Dat dit systeem goed functioneert komt echter vooral door twee vormen van niet-wettelijke risicoaansprakelijkheid:

- Een vliegtuigongeluk is bijna altijd wereldnieuws en de zeer kapitaalintensieve luchtvaartmaatschappijen zijn er veel aan gelegen deze reputatieschade te vermijden omdat klanten direct (kunnen) kiezen voor een andere carrier. Aangezien het zeer lange tijd kan duren voordat de oorzaak van, laat staan de 'schuld' voor, een ongeval achterhaald is, is het gevoel van veiligheid van groter belang voor de reputatie dan het winnen van een juridische strijd om welke (onderaannemende) luchtvaartpartij nu precies de schuldige was.
- Diezelfde redenering leidt ertoe dat luchtvaartmaatschappijen zeer genereus zijn in het nemen van een grote financiële aansprakelijkheid voor letselschade. Rechtszaken dienen zo veel mogelijk voorkomen te worden.

Het kapitaalintensieve karakter betekent dat luchtvaartmaatschappijen veel extern kapitaal nodig hebben. Dit leidt tot externe druk op luchtvaartmaatschappijen om de zorg voor continuïteit aan te kunnen tonen. Als 'er één sector is die doordrongen is van de noodzaak om veilig te handelen, dan is het de luchtvaartsector'²³, concluderen Helderma en Honingh dan ook in een onderzoek naar systeemtoezicht. Luchtvaartbedrijven hebben, zo stellen zij 'een sterke intrinsieke motivatie tot zelfregulering'.²⁴ In onze analyse past het woord 'intrinsiek' hier overigens minder dan 'door risicoaansprakelijkheid en externe druk afgedwongen'.²⁵

4.6 AANSPRAKELIJKHEID IN DE EUROPESE BOUW, DE CASUS FRANKRIJK

Er is in Europa een grote diversiteit aan wijzen waarop de bouw gereguleerd wordt. Dit geldt in het bijzonder voor de wettelijke aansprakelijkheidsregelingen en de wettelijke en niet-wettelijke verzekeringsstelsels binnen de bouw. In recent onderzoek in opdracht van de EU wordt geconstateerd dat de werking van de aansprakelijkheid in de bouw afhangt van vele details zodat alleen een beschouwing van wettelijke regelingen niet volstaat.²⁶ Als voorbeeld wordt de formeel

23. Helderma & Honingh (2009), p. 53.

24. Helderma & Honingh (2009), p. 57.

25. Respondenten in dit onderzoek reageerden in de lijn die jarenlang ook door de dhr. B. Baksteen van de Vereniging van Verkeersvliegers bij zijn mediaoptredens is gehanteerd: in de luchtvaartsector komen de onmiddellijke gevolgen per definitie ook persoonlijk bij een vertegenwoordiger van de luchtvaartmaatschappij terecht, namelijk bij de piloot. Onderzoek naar het handelen van professionals laat echter zien dat de dreiging op persoonlijk letsel nauwelijks een rol speelt in het handelen in de dagelijkse praktijk.

26. CEA en CSTB, 2010. De doelstelling van het onderzoek is om te kijken of Europese sturing op aansprakelijkheid en verzekering in de bouw tot meer mogelijkheden voor duurzaamheid en innovatie zou leiden. Het antwoord van de onderzoekers op deze vraag is grosso modo negatief.

zwakke positie van de eigenaar jegens bouwpartijen in Engeland genoemd maar aangezien daar 80-90% van alle woningen onder een (niet wettelijk verplichte) waarborg van de NHCB wordt gebouwd die een 10-jarige herstelgarantie voor bouwfouten kent is de praktijk er een waarin de meeste eigenaren een sterke positie hebben.

Aansprakelijkheid in de Europese bouw

In het ELIOS-onderzoek wordt de volgende samenvatting van de Europese aansprakelijkheid en verzekeringsstelsels gegeven (zie bijlage 1 voor een uitgebreidere samenvatting):

- 'In countries influenced by Roman law (France, Spain and Italy), insurance obligations have been imposed by legislation (with respect to housing only in Spain);
- The Anglo-Saxon model (the United Kingdom and Ireland) sets itself aside with the existence of contractual guarantees which are largely independent of rules of liability based in fault (for example National House-Building Council);
- In Northern Europe (in the three Nordic countries, Denmark, Finland and Sweden, and also in the Netherlands), the basics of obligations and responsibilities are largely governed by contracts drawn up by professionals;
- In Germanic countries (Germany and Austria), the approach is different. It can be seen that the act of building is largely governed by normative constraints and that "bond" style guarantees are used;
- Regimes in new member countries from Central and Eastern Europe are generally based on the liability framework defined by legislation. The approaches adopted in terms of mandatory insurance vary from country to country, starting from a generalised mandatory insurance model in Bulgaria and Slovenia, through a model where insurance is mandatory only for certain categories of market parties (Czech Republic, Lithuania, Poland).²⁷

Verder constateren de onderzoekers dat er een 'lack of statistical data and experience feedback [is] enabling risk assessment and definition of the price thereof'.²⁸ Wij interpreteren het feit dat de onderzoekers geen uitspraken doen over de effectiviteit van de verschillende systemen als een sterke aanwijzing dat er tenminste geen landen negatief uitspringen als het gaat om de bouwkwaliteit.

Wij beperken ons daarom hier tot een precieze beschouwing van het Franse systeem omdat dat de combinatie van sterke aansprakelijkheid en een verplichte verzekering de kern van de kwaliteitsborging vormt.

27. CEA en CSTB (2010), p. 31.

28. CEA en CSTB (2010), p. 111.

Een relevante conclusie van het Europese onderzoek willen we echter hier wel expliciet en letterlijk citeren: 'In this field, in the very large majority of European Member States, there is legislation specific to constructors reinforcing their liability with a view to protecting property buyers and, in many cases, mandatory insurance and guarantees covering post-completion construction risks. In other words, it is possible to highlight convergence points which are:

- 10 years duration of cover;
- insurance of construction works referring in particular to housing;
- scope of insurance covering in particular stability and structural defects and, in some cases extended to defects affecting utility or fitness for purpose of the building and its equipment; We can also say that the insurance solutions in place in various Member States are, in many cases, independent from the national liability framework, as the duration of the guarantee tends sometimes to be "disconnected" from liability terms specified by law. The reason of the above is due perhaps to the fact that the duration of insurance cover is influenced by technical expertise (10 years is considered as a sufficient "testing period" for the building's solidity) and, today above all, it appears to constitute a balanced compromise between buyer's protection and insurance market constraints.'²⁹

*De casus Frankrijk*³⁰

In Frankrijk kent men al sinds de Franse revolutie geen gedetailleerd bouwtoezicht (in afwijking van de juist zeer sterke centrale controle op andere sectoren) vanwege het belang dat aan vrijheid in het eigen huis werd gehecht.³¹ Een perceptie van verminderde bouwkwaliteit in combinatie met dezelfde problemen als in Nederland voor de eigenaar om de schade van bouwfouten te verhalen heeft in 1978 geleid tot de zogenaamde *Loi Spinetta* die het Franse Burgerlijk wetboek (Code Civil) wijzigde om een veel hogere garantie op herstel van bouwfouten af te dwingen.

In de kern bestaat het systeem uit een versterkte risicoaansprakelijkheid van de hoofdaannemer (die niet contractueel te beperken is) en een tweetal verplichte verzekeringen. De hoofdaannemer is verplicht zich te verzekeren tegen de gevolgen van bouwfouten, de eigenaar/opdrachtgever evenzo. De verzekering van de eigenaar is overdraagbaar bij verkoop. Bij het aan het licht komen van een bouwfout (binnen 2 jaar voor kleine bouwfouten, binnen 10 jaar voor bouwfouten die

29. CEA en CSTB (2010), p. 114.

30. Voor details zie bijlage 2.

31. De Franse centrale Inspectie voor de bouw heeft ongeveer honderd medewerkers die enerzijds casuïstisch inspecteren naar aanleiding van binnenkomende klachten en anderzijds thematisch op grond van politiek actuele thema's zoals duurzaamheidsprestaties.

de functie van het gebouw aantasten) dient de verzekering van de eigenaar binnen 90 dagen de schade te doen herstellen. De kosten hiervoor dient deze verzekering dan te verhalen op de verzekering van de hoofdaannemer.

Verzekeringsbedragen voor bouwpartijen variëren van 5-10% van de omzet voor adviseurs en tot 2% voor aannemers.

Nederlandse kritiek op het Franse systeem

In de Nederlandse literatuur wordt vaak kritisch gesproken over het Franse systeem. Wij geven hier de argumenten van Gambon die typerend zijn:

- Allereerst wordt er volgens Gambon tijdens het bouwproces weinig moeite gedaan om optimale kwaliteit te garanderen: bouwbedrijven gaan ervan uit dat eventuele fouten via de aansprakelijkheidsverzekering wel gedekt zullen worden. Verzekeraars nemen volgens Gambon ook niet de moeite deze excessen tegen te gaan, maar hebben simpelweg verzekeringspremies verhoogd.
- Ten tweede geldt de tienjarige aansprakelijkheid alleen voor bouwwerken die als gevolg van een bouwfout niet meer gebruikt kunnen worden en geldt voor 'simpele' constructiefouten slechts een tweejarige aansprakelijkheid. Hierdoor liggen risico's alsnog veelal bij de opdrachtgever/eigenaar.
- Ten derde is de aansprakelijkstelling *an sich* gecompliceerd en in die zin vergelijkbaar met het Nederlandse systeem dat de bewijslast bij de verzekeraar van de opdrachtgever/eigenaar ligt: die moet dus bewijzen dat de aannemer een fout heeft gemaakt.

Om deze redenen concludeert Gambon dat 'de praktijk van het Franse aansprakelijkheidsrecht laat zien dat het uitbreiden van de aansprakelijkheid van aannemers en in het bijzonder van adviseurs en architecten niet zonder meer leidt tot lagere faalkosten en minder schade in de bouw'.³² In onze analyse tonen Nederlandse critici als Gambon 'slechts' aan dat het Franse systeem ook enkele weeffouten bevat maar niet dat het in termen van bouwkwaliteit slechter is dan het Nederlandse. In tegendeel, op onderdelen als de garantie voor de eigenaar voor herstel van bouwfouten is het Franse systeem evident veel beter binnen de respectievelijke periodes van 2 jaar voor kleine bouwfouten en 10 jaar voor serieuze bouwfouten.

32. Gambon (2007), p. 25-32.

4.7 DE CASUS GEPLAATST BINNEN DE INZICHTEN UIT DE WETENSCHAPPELIJKE LITERATUUR

Regulering door (publieke of private toezichthouders te controleren) regelgeving of wettelijke aansprakelijkheid zijn traditioneel de twee overheidsmiddelen om private activiteiten te controleren. Het succes van de keuze voor een van beide instrumenten is volgens de literatuur sterk afhankelijk van het type activiteit dat gecontroleerd wordt.

Preambuul is de bekende constatering dat de meeste actoren een intrinsieke motivatie hebben om conform de regels te handelen mits zij de ratio van de regels begrijpen en ze geloven in een 'level playing field'.³³ Regulering dient daarom (vooral) geëigend te zijn om deviant gedrag te voorkomen.

In zijn inmiddels klassieke artikel geeft Shavell³⁴ als introductie de volgende voorbeelden:

- Een verbod (inclusief toezicht en boetes) zal niet het geschikte instrument zijn om ervoor te zorgen dat een onverantwoordelijk iemand van de beslissing afziet een boom in zijn tuin ondeskundig om te zagen als er risico is dat de boom op het dak van de buurman valt. Het is de angst voor aansprakelijkstelling die dergelijk handelen beter reguleert.
- Anderzijds zal geen vorm van aansprakelijkheid exploitanten van een kerncentrale ertoe bewegen betere veiligheidsmaatregelen te nemen. Bij een ongeval zullen de miljardenkosten immers sowieso altijd te groot zijn om te dragen voor de exploitant.

Wij volgen Shavell die vier factoren heeft geïdentificeerd die de relatieve maatschappelijke wenselijkheid van regulering door aansprakelijkheid of regelgeving bepalen.³⁵ Op basis van deze factoren kan op voorhand bepaald worden op welke vorm van regulering de nadruk zou moeten liggen wanneer geprobeerd wordt een activiteit te controleren.

De *eerste factor* is de aanwezigheid van een relatief groot kennisverschil tussen private en publieke partijen met betrekking tot risicovolle activiteiten. In dit geval is aansprakelijkheid een beter controlemechanisme. Regelgeving zal dan immers voorspelbaar niet goed aansluiten op de private werkelijkheid en toezicht

33. Daarom staat bij veel nalevingbevorderingsinstrumentaria zoals T11 'voorlichting' op de eerste plaats.

34. Shavell (1984).

35. Onder een maatstaf van maatschappelijke wenselijkheid verstaat Shavell 'that measure is assumed to equal the benefits parties derive from engaging in their activities, less the sum of the costs of precautions, the harms done, and the administrative expenses associated with the means of social control' (Shavell, 1984, p. 359).

zal daarom lastig zijn. Verhoogde (risico)aansprakelijkheid zal private partijen dan sneller bewegen de juiste (best passende) voorzorgsmaatregelen te nemen.

We hebben in de casus luchtvaart gezien dat risicoaansprakelijkheid aldus kan werken.

De *tweede factor* is de te verwachten omvang van de schade in relatie tot de kapitaalcracht van de te reguleren actoren. Als deze schade hoger is dan wat een bedrijf redelijkerwijs kan vergoeden is aansprakelijkheid (sec) geen geschikt middel om gevaarlijke activiteiten te controleren, omdat aansprakelijkheid geen stimulans biedt veiligheidsmaatregelen te treffen voor risico's die qua kosten per definitie hoger uitvallen dan het totale bezit van een bedrijf.

We hebben in de casus van de milieuaansprakelijkheid gezien dat deze factor betekent dat kleinere op- en overslagbedrijven geen prikkel ervaren van de ingevoerde risicoaansprakelijkheid.

Een verplichte aansprakelijkheidsverzekering kan een alternatief zijn, maar alleen wanneer een verzekeraar de risico's van een bedrijf kan inschatten.

We hebben in de casus transport gevaarlijke stoffen de werkzaamheid hiervan gezien voor het transport in bulk.

In gevallen waar niet aan deze voorwaarden kan worden voldaan is het vanuit het reguleringsbelang verstandiger te vertrouwen op regelgeving, maar dat laat onverlet dat een aansprakelijkheidsverzekering dan toch nog gewenst kan zijn om te voorkomen dat derden met een onverhaalbare schade achterblijven.

We hebben gezien dat de WA bij verkeersdeelname aldus werkt.

De *derde factor* is de mate waarin bedrijven risico lopen aansprakelijk gesteld te worden voor schade die ze veroorzaken. De kans op (succesvolle) aansprakelijkstelling wordt minder naarmate de causale relatie tussen veroorzaker en schade onduidelijker is, wanneer het vaak voorkomt dat verantwoordelijke partijen niet meer bestaan of wanneer veel partijen bij het ontstaan van schade betrokken zijn geweest. Regelgeving heeft daarom bij een kleine kans op aansprakelijkstelling de voorkeur.

We moeten concluderen dat in de Nederlandse bouw daarom op dit moment aansprakelijkheid niet werkt als regulerend instrument maar in Frankrijk wel.

De *vierde factor* zijn de maatschappelijke kosten die gemoeid zijn met de organisatie van aansprakelijkheid en (controle op) regelgeving voor private en publieke partijen. In het algemeen kost regulering door aansprakelijkheid de overheid

minder, omdat de overheid (rechterlijke macht) alleen hoeft op te treden wanneer er schade ontstaat. Bij regulering door regelgeving maakt de overheid per definitie kosten, onafhankelijk van de vraag of schade ontstaat dan wel een overtreding van de veiligheidsregels plaatsvindt. Die kosten komen uiteindelijk in de maatschappij terecht. Anderzijds zullen vooral (verplichte) verzekeringen tegen aansprakelijkheid kosten voor private partijen met zich meebrengen die ook in de maatschappij terechtkomen.

We moeten concluderen dat inzicht in de maatschappelijke kosten-baten in het algemeen gering is zodat deze factor vaak eenzijdig gebruikt wordt: bij het Nederlandse besluit om geen verzekering voor milieuaansprakelijkheid verplicht te stellen, speelde slechts de bekende kosten van verzekering, niet de baten, dat wil zeggen de vermeden maatschappelijke kosten van insolventie zoals in de casus Chemie-pack.

Naast de specifieke literatuur over de preventieve werking van aansprakelijkheid (verdiepingen van het inzicht van Shavell) bestaat er nog uitgebreide literatuur over het zogenaamde systeemtoezicht. Feitelijk geeft deze literatuur een gelijk inzicht als we hiervoor schetsten.

Helderman en Honingh over systeemtoezicht

Helderman en Honingh hebben in zes verschillende sectoren (luchtvaart, mijnbouw, vleesverwerking, financiële dienstverlening, onderwijs en zorg) gekeken naar de werkzaamheid van systeemtoezicht, dat wil zeggen dat de overheid geen detailtoezicht houdt. In hun onderzoek identificeren zij vier 'prikkel tot zelfregulering' (hetgeen natuurlijk eigenlijk een contradictio in terminis is). Deze 'prikkel' zijn eveneens zichtbaar in de hiervoor behandelde voorbeelden:

- Als de negatieve effecten van risico's gemakkelijker zijn te externaliseren, neemt de prikkel tot zelfregulering af.
- Als de afstand tussen de risiconemer en de effecten groter is, neemt de prikkel tot zelfregulering af.
- Als de markt complexer is en minder transparant, neemt de prikkel tot zelfregulering af.
- Als de ervaren ketenafhankelijkheid van en door actoren groter is, neemt de prikkel tot zelfregulering toe.³⁶

(Ook) analyse met behulp van deze vier prikkels maakt duidelijk dat de Nederlandse bouwsector op dit moment niet in staat is tot zelfregulering: er is sprake van een complexe markt, een gebrek aan transparantie, risico's zijn gemakkelijk te

36. Helderman & Honingh (2009).

externaliseren en er wordt geen grote ketenafhankelijkheid ervaren. Om zelfregulering te bevorderen zullen dan ook extra prikkels geïntroduceerd moeten worden zoals versterkte aansprakelijkheid.

In het volgende hoofdstuk zullen wij vijf Dekkerstelsels langs deze 'lat' van Shavell leggen om te betogen wat wel en niet zal werken als kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging.

In dit hoofdstuk analyseren we vijf hoofdvarianten van kaderstellende instrumenten. Het blijkt dat vier van deze kaderstellende instrumenten een vervanging kunnen zijn van de technische toets door de overheid vanuit het oogpunt van tenminste een gelijkblijvende preventieve werking: erkenningsregelingen voor bouwers of bouwwerken, een regeling voor risicoaansprakelijkheid in combinatie met een verplichte verzekering of een verplichte verzekering van bouwwerken. De laatste twee Dekkerstelsels zullen een veel betere garantie op schadeloosstelling bieden dan het huidige stelsel. In alle gevallen zullen de lasten voor de bouwers toenemen en voor de overheid afnemen.

5.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk bespreken wij de werking van aansprakelijkheid in vijf mogelijke hoofdvarianten van Dekkerstelsels. We zijn tot deze hoofdvarianten gekomen op basis van ons literatuuronderzoek (naar onder andere buitenlandse bouwstelsels) en op basis van discussie met de respondenten van dit onderzoek.

In de kern zien wij drie richtingen om kaderstellende instrumenten te ontwikkelen die een kwaliteitsprikkel geven in de bouw waarmee overheidstoezicht kan worden vervangen. Dit zijn een verplichte private preventieve toets door middel van een erkenningsregeling (of certificering), een regeling voor versterkte aansprakelijkheid voor bouwers voor bouwongevallen jegens eigenaren en verzekering van bouwwerken.

De focus van dit verkennend onderzoek ligt op de mogelijkheid om een regeling voor aansprakelijkheid als kwaliteitsprikkel te gebruiken. Vanwege de betekenis van aansprakelijkheid voor de werkzaamheid van de andere Dekkerstelsels bespreken we de werking van aansprakelijkheid in deze andere stelsels ook kort.

Het voorgaande hoofdstuk heeft onder andere duidelijk gemaakt dat veel van de werkzaamheid van een regeling afhangt van de precieze (juridische) details. In deze verkenning kunnen we niet al op deze details ingaan maar zullen we telkens ons beperken tot enkele relevante hoofdaspecten. In het bijzonder maken

we daarom onderscheid tussen een erkenningsregeling van bouwers versus bouwwerken en tussen een regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwpartijen met en zonder verplichte verzekering.

We bespreken daarmee de volgende vijf hoofdvormen van Dekkerstelsels:

- Dekkerstelsel 1: Verplichting tot erkenningsregeling van bouwers.
- Dekkerstelsel 2: Verplichting tot erkenningsregeling van bouwwerken.
- Dekkerstelsel 3: Regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwers.
- Dekkerstelsel 4: Regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwers met verplichting tot verzekering.
- Dekkerstelsel 5: Regeling voor verplichte verzekering van bouwwerken.

Wij bespreken ieder stelsel aan de hand van het analysekader dat we in hoofdstuk 2 ontwikkeld hebben: voor de vier elementen preventieve werking, schade-loosstelling, lasten bouwbedrijven en lasten overheid vergelijken we deze met de huidige situatie. Vanwege de keuze om elk stelsel separaat te bespreken is enige overlap in de teksten onvermijdelijk.

Eerst echter een korte introductie wat we onder een erkenningsregeling verstaan. In principe zijn er twee verschillende varianten mogelijk: een private of publieke erkenningsregeling:

- Onder een (zuiver) private erkenningsregeling wordt verstaan dat alle bouwbedrijven onderling (bijvoorbeeld via een beroepsorganisatie of een ander orgaan) *vrijwillig* afspraken maken over de voorwaarden van erkenning. Hierop wordt vervolgens óók onderling gecontroleerd. Door de (privaatrechtelijk beschermde) voering van een keurmerk is het voor afnemers duidelijk dat een bouwpartij erkend is.
- Bij een (semi)publieke erkenningsregeling treedt de overheid op (eventueel verschillende plekken) voorschrijvend en/of controlerend op. Bijvoorbeeld door voorwaarden te formuleren waar erkenningsbureaus aan moeten voldoen, of meer gedetailleerd door voorwaarden te formuleren waar bouwpartijen aan moeten voldoen.

De meest voorkomende erkenningsregeling bestaat uit certificering.

Definitie certificering

Certificering is het proces waarin door een onafhankelijke partij beoordeeld wordt of een product, een dienst, een proces of een persoon aan vooraf gespecificeerde eisen voldoet. Het certificaat is de verklaring waarin dit wordt bevestigd.¹

1. VROM-inspectie (2010).

Het huidige overheidstoezicht is dus een vorm van publieke certificering op productniveau (het bouwproduct is het op te leveren bouwwerk).

5.2 VERPLICHTE ERKENNINGSREGELING BOUWBEDRIJVEN

Beschrijving stelsel

Het eerste te bespreken Dekkerstelsel heeft als kwaliteitsborgende kern een verplichte erkenningsregeling voor bouwpartijen (aannemers, adviseurs en in ultimo ook de 'erkenners' zelf).

Het zal duidelijk zijn dat de 'geest van Dekker' is om te kijken naar een zo privaat mogelijke erkenningsregeling. Het is echter duidelijk dat een zuiver private erkenningsregeling geen garantie biedt op deelname van (juist de) kwalitatief zwakkere bedrijven. Acceptatie van een zuivere private erkenningsregeling betekent daarmee politieke acceptatie van de keuzemogelijkheid voor consumenten om (bewust) vanwege de prijs te kiezen voor een producent die zich niet aan bepaalde kwaliteitseisen houdt of tenminste hoeft te houden. Hoewel we veel voorbeelden hebben van dergelijke private erkenningsregelingen als enige extra kwaliteitsprikkels boven het reguliere contractrecht (zoals de ANVR voor reisbureaus maar ook de NHCB voor de bouw van huizen in Engeland²) is een dergelijke politieke keuze binnen het Nederlandse bouwveiligheidsdomein (nog) slecht voorstelbaar: de 'inzet' binnen een Dekkerstelsel zal 'voldoende' veiligheidsgarantie voor alle eigenaren zijn. Er zal daarom binnen de bouw altijd sprake moeten zijn van een verplichting tot deelname en daarmee van een erkenningsregeling met een publieke component. Ook de sancties zullen publiekrechtelijk moeten worden vastgelegd.

Preventieve werking

De preventieve werking van een erkenningsregeling voor bouwbedrijven wordt volgens de gangbare onderzoeken naar dergelijke erkenningsregelingen³ door twee hoofdaspecten bepaald:

- Aard en omvang van de eisen waar een bouwbedrijf aan moet voldoen om voor erkenning in aanmerking te komen. Een erkenningsregeling kan bijvoorbeeld eisen stellen aan het productieproces van een bouwpartij (zoals de be-

2. Binnen het vervoersdomein bestaat een duaal erkenningsstelsel: een private BOVAG-garantie biedt vrijwillig extra zekerheid waarvoor ook extra betaald moet worden. De APK biedt een vanwege de overheid verplichte basiserkenning door gecertificeerde APK-keuringsbedrijven.

3. Visscher et al. (2003).

kende ISO-eisen), de aanwezigheid van extra veiligheidsmaatregelen (zoals een 'veiligheidsfunctionaris') maar ook aan het opleidingsniveau van individuele medewerkers.

- Vormgeving van het toezicht op het voldoen aan de erkenningsregeling zoals inspectiefrequentie, inspectiedeskundigheid en sancties.

De algemene gedachte in de beschouwde literatuur is dat een verzwaring van eisen en van toezicht zal leiden tot een hogere preventieve werking van de erkenningsregeling. Neem bijvoorbeeld de situatie waarin een bouwbedrijf via een erkenningsregeling verplicht wordt het beroemde 'twee paar ogen principe' op de bouwplaats te organiseren. Dergelijke collegiale controle zou onweersproken tot meer kwaliteit moeten leiden. Wetende dat een erkenningsbureau nooit dagelijks zelf op de bouwplaats komt controleren, lijkt het vervolgens logisch dat een bouwbedrijf sneller aan deze dure eis voldoet wanneer de sanctie onmiddellijke afname van erkenning betekent, dan wanneer de sanctie slechts een waarschuwing of kleine geldboete is.

Extra eisen en extra toezicht kosten echter ook simpelweg meer geld, of dat nu via een private of een publieke erkenningsregeling wordt afgedwongen. Er is door ons geen reden gevonden in de literatuur die suggereert dat de preventieve werking van een erkenningsregeling voor bouwbedrijven in een privaat of een publiek stelsel verschilt (mits aan dezelfde eisen in beide stelsels moet worden voldaan).

Meer principieel is de vraag bij elke erkenningsregeling of er wel voldoende inzicht is in het optimum van eisen in de zin van de kosten en baten van de erkenningsregeling.

Voorspelbare extra eisen effectief?

Op dit moment wordt door verschillende respondenten en in verschillende rapporten het niveau van opleiding van medewerkers in de bouw als problematisch ervaren.⁴ Deze respondenten zijn van mening dat interne opleidingseisen bij bouwpartijen en de afgelopen jaren versoepeld zijn, terwijl er anderzijds sprake is van verdergaande specialisatie die juist extra opleiding vergt. Het gepercipieerde gevolg is dat bouwers over het algemeen een beperkt oog voor alle belangen hebben die spelen tijdens het bouwproces; hierdoor gaat de afstemming tussen partijen op de bouwplaats verloren. Er wordt dan ook voorspelbaar gepleit voor (wettelijke) eisen aan (betere) opleiding van medewerkers in de bouw, gericht op het inzicht hebben in

4. Zie bijvoorbeeld het VROM-inspectie rapport '*Kasteel of kaartenhuis?*'.

het bredere bouwproces. Of dit werkelijk het beoogde effect gaat hebben is echter nog nooit aangetoond en zeker is er nog geen inzicht in de verhouding tussen kosten en baten van deze kwaliteitseis.⁵

Wij onderschrijven uit eigen waarneming, de literatuur en op basis van gesprekken met respondenten de volgende cruciale observatie uit het VROM-inspectierapport *'Private kwaliteitsborging in de bouwregelgeving'*: 'Uit de bouw- en woningtoezichtpraktijk is bekend dat het gemeentelijk toezicht vaak ophoudt bij de controle of er onder certificaat geleverd en/of gewerkt wordt. Het toezicht gaat slechts zeer sporadisch verder door ook te controleren of aan de uitgangspunten en toepassingsvoorwaarden van de certificaten in het concrete werk wordt voldaan. Aangezien ook het private toezicht (door de certificatie-instellingen) zich beperkt tot systeemtoezicht en reality-checks achterwege blijven ontstaat een situatie van schijnveiligheid. Op papier klopt alles, maar in werkelijkheid kan er nog veel mis zijn'.⁶

Wij concluderen daarom dat een erkenningsregeling voor bouwpartijen een vervanging kan zijn voor overheidstoezicht in de mate waarin aan die erkenningsregeling verplicht eisen worden gesteld en in de mate waarin hij gecontroleerd wordt. Bij een gelijke toezichtinspanning als nu zal waarschijnlijk hetzelfde bouwniveau als nu bereikt worden.

Erkenningsregeling en kartelverbod

Een heel ander type risico bij een privaat erkenningsstelsel voor bouwpartijen is de mogelijkheid dat er kartelvorming ontstaat. Een erkenningsregeling is immers per definitie een vorm van uitsluiting: bepaalde bouwbedrijven zullen niet aan de erkenningsregeling voldoen en daardoor van de bouwmarkt uitgesloten worden. Als erkenning uitsluitend in de handen van (bestaande) bouwbedrijven wordt gelaten, dan controleren deze partijen in feite de toelating van nieuwe bouwbedrijven tot de markt. Het risico bestaat dat bestaande bouwbedrijven obstakels opwerpen om concurrentie te weren.

5. Slechts ter illustratie: in wat wordt beschouwd als de meest veilig opererende organisaties zoals 'nucleaire vliegdekschepen' is ook sprake van een zeer verregaande mate van taakspecialisatie en niet van een opleiding die bijvoorbeeld de zeer laag opgeleide dekknechten op een vliegdekschip inzicht biedt in het gehele proces. Deze zogenaamde 'high reliability organisations' kunnen echter niet als voorbeeld dienen voor de bouw.

6. VROM-inspectie (2011), p. 19.

De NMa heeft in het verleden bijvoorbeeld de Vereniging van Nederlandse Installatiebedrijven (VNI) op de vingers getikt, omdat voor lidmaatschap van het Bedrijfs-groepereglement Zonne-Energie een opleiding van de VNI vereist werd. Deze opleiding werd echter ook elders aangeboden, maar door de VNI niet erkend. Mensen werden dus gedwongen opleidingen bij de VNI te volgen, wat volgens de NMa een marktverstorende werking had.⁷

Schadeloosstelling bij bouwfouten

Bij een erkenningsregeling waarbij private actoren toezicht houden komt de private toezichthouder ook in beeld als mogelijk aansprakelijke partij bij het optreden van bouwfouten. Voor Nederland geldt echter dat de huidige complexiteit van schuldaansprakelijkheid en de voorspelbaar te ontwikkelen aansprakelijkheidbeperkende contracten de mogelijkheid voor de eigenaar om schade door bouwfouten te verhalen op de private toezichthouder in de praktijk sterk zullen beperken.

Er is geen reden om aan te nemen dat een erkenningsregeling voor bouwbedrijven tot een betere garantie op schadeloosstelling zal leiden dan de huidige situatie bij bouwfouten, tenzij er via een ander mechanisme aanvullende eisen aan de aansprakelijkheid van bouwbedrijven of hun erkenners opgelegd worden.

Lasten bouwbedrijven en overheid

De lasten voor het bedrijfsleven zijn, afhankelijk van de precieze inrichting van de erkenningsregeling, groter of kleiner.

Zoals in hoofdstuk 2 al beschreven zal gelden dat meer overheidstoezicht (dat niet via leges verhaald wordt) minder kosten voor het bedrijfsleven zal betekenen, en andersom. De kosten van een erkenningsregeling voor bouwpartijen komen zoals hiervoor al gesteld, afhankelijk van het gekozen stelsel, bij private of publieke partijen terecht. In een privaat stelsel blijven kosten binnen de bouwwereld (en zullen vervolgens doorberekend worden aan klanten). En in een semi-publiek stelsel worden de kosten in een mate die afhangt van de precieze inrichting door de hele samenleving gedragen. Het is daarmee afhankelijk van de specifieke rol die de overheid op zich neemt in hoeverre er kosten hoger dan wel lager zullen zijn. De overheid kan er bijvoorbeeld voor kiezen alleen certificeringsbureaus te controleren, maar kan ook zelf certificaten opstellen, uitgeven en controleren.

7. Van de Gronden (2001), p. 302-313.

Evenzo geldt dat hogere eisen en beter toezicht (om een hogere preventieve werking te bereiken en daarmee een hogere bouwkwaliteit) tot hogere lasten zal leiden.

Er bestaat hoop bij respondenten dat concurrentie tussen certificeringsbureaus tot meer efficiency en daarmee lagere prijzen in vergelijking met de huidige lasten voor preventief technisch overheidstoezicht op vergunningen zal leiden. In het buitenland zijn, zo suggereert onderzoek op basis van interviews, via deze weg efficiencywinsten bereikt.⁸ Of dit voor de Nederlandse situatie ook zal gelden is onbekend en sowieso moet bedacht worden dat in Nederland de kosten voor het huidige toezicht op de bouwplaats niet via leges verhaalbaar zijn zodat de verschuiving hiervan naar private toezichthouders tot extra lasten zal leiden.

Wij concluderen daarmee dat in een Dekkerstelsel waarbij er essentieel toezichthoudende taken van de overheid naar de bouwsector verschuiven de lasten voor de bouwbedrijven zullen toenemen en die van de overheid zullen afnemen als er van een gelijkwaardig toezichtniveau wordt uitgegaan.

5.3 ERKENNINGSREGELING BOUWWERKEN

Beschrijving stelsel

Een alternatieve erkenningsregeling is een erkenningsregeling voor bouwwerken. Erkenning wordt in dit stelsel verleend wanneer een bouwwerk aan vooraf geformuleerde eisen voldoet. Het huidige bouwtoezicht door middel van een vergunningstelsel is een publieke vorm van een erkenningsregeling van bouwwerken.

In principe kunnen de inhoudelijke eisen waar een bouwwerk (minimaal) aan moet voldoen ook hier vastgesteld worden door zowel private als publieke partijen. Zie paragraaf 2.1 voor een korte discussie hierover. Het uitgangspunt voor dit onderzoek is conform het gestelde door de commissie-Dekker dat de overheid de inhoudelijke eisen vaststelt.

In ieder geval zal in een Dekkerstelsel het preventieve technische overheidstoezicht vervangen worden door privaat toezicht. De overheid zal zich dan minimaal beperken tot een procesmatige controle of private erkenning verleend is en tot een erkenning van de private toezichthouders. Beide meta-toezichthoudende taken zouden ook aan marktpartijen kunnen worden overgelaten.

8. Van der Heijden (2009).

In Nederland is een dergelijke private erkenning de laatste jaren in opkomst, specifiek ten behoeve van aansprakelijkheidsverzekeringen die door grote opdrachtgevers worden afgedwongen of juist als eigen extra controle van opdrachtgevers op het bouwproces (zie ook paragraaf 3.6). Het gaat hier om de private inspecties door gecertificeerde TIS-bureaus: 'De taak van een TIS is gericht op het analyseren van risico's en het verzamelen van relevante gegevens om de bouwtechnische kwaliteit te beoordelen. Het is een onafhankelijke kwaliteitscheck tijdens het hele bouwproces. De schriftelijke rapportage kan door alle betrokken partijen worden ingezien en is een voorwaarde voor het verkrijgen van een verzekering tegen verborgen gebreken'.⁹

Overigens bestaan er natuurlijk al veel langer erkenningsregelingen voor onderdelen van bouwwerken als bouwmaterialen, brandmeldinstallaties en sprinklerinstallaties. Hierop voert de overheid al geen eigen inspecties meer uit.

Preventieve werking

Zoals bij alle erkenningsregelingen zal de preventieve werking afhangen van de combinatie van inspectiefrequentie, inspectiedeskundigheid en sancties. Daar waar de sancties nooit zwaarder kunnen zijn dan in het huidige stelsel (opschorting van de bouw) zal de inspectiefrequentie en inspectiedeskundigheid dus ten minste even hoog/goed moeten zijn om een gelijke preventieve werking te hebben.

De meerwaarde van private erkenning wordt door de respondenten in dit onderzoek dan ook gevonden in de controle op complexe gebouwen, zoals chemische bedrijven of ziekenhuizen, waar een gebrek aan kennis bij het huidige overheidstoezicht in hun perceptie tot minder goede controle leidt.

Een toevoeging op het huidige publieke toezicht is het verplichten van een formeel erkenningsmoment vlak voor oplevering van het bouwwerk. Gegeven het feit dat op dat moment essentiële aspecten van de constructie niet meer zichtbaar zijn, lijkt ons deze toets van beperkte waarde, maar in ieder geval zal zij leiden tot extra kosten voor bouwpartijen.

Daarmee is er geen reden om aan te nemen dat een private erkenningsregeling een betere of slechtere preventieve werking heeft dan het huidige publieke toezicht *uitgaande van een gelijke inzet als momenteel door de overheid*.

9. Inhoud-CROW-Erkenningsregeling-TIS op www.crow.nl. CROW is momenteel de certificeerder van TIS-bureaus in Nederland.

Schadeloosstelling

Zoals hierboven al opgemerkt komt bij een erkenningsregeling waarbij private actoren toezicht houden de private toezichthouder ook in beeld als mogelijk aansprakelijke partij bij het optreden van bouwfouten. Voor Nederland geldt echter dat de huidige complexiteit van schuldaansprakelijkheid en de voorspelbaar te ontwikkelen aansprakelijkheidbeperkende contracten de mogelijkheid voor de eigenaar om schade door bouwfouten te verhalen op de private toezichthouder in de praktijk sterk zullen beperken.

Er is geen reden om aan te nemen dat een meer privaat ingevulde erkenningsregeling voor bouwwerken tot een betere garantie op schadeloosstelling zal leiden dan de huidige situatie bij bouwfouten, tenzij er via een ander mechanisme aanvullende eisen aan de aansprakelijkheid van bouwbedrijven opgelegd worden.

Conform de huidige praktijk zal daarmee ook in een dergelijk stelsel veel afhangen van de private beperkende voorwaarden die in onderhandeling tussen erkenner en opdrachtgever tot stand moeten komen.

Fouten bij inspecties van installaties kunnen keuringsbedrijven geld kosten

In de zaak tussen verzekeraar Aegon en Cogas ging het om de inspectie van een elektriciteitsinstallatie in een C1000-filiaal die niet conform de relevante NEN-normen was gebeurd. De rechter achtte het causaal verband tussen een anderhalve maand na de inspectie uitslaande brand en de fouten bij de inspectie bewezen. Cogas moet Aegon nu zo'n 350.000 euro betalen.¹⁰

Wij vatten deze redenering samen door te stellen dat er *overall* sprake zal zijn van gelijke garantie op schadeloosstelling.

Lasten bouwbedrijven en overheid

Wij herhalen de argumentatie die we eerder hanteerden bij de beschouwing over de lasten van overheid en bouwbedrijven bij een erkenningsregeling van bouwpartijen: de lasten voor het bedrijfsleven zijn afhankelijk van de precieze inrichting van de erkenningsregeling groter of kleiner.

Zoals in hoofdstuk 2 al beschreven zal gelden dat meer overheidstoezicht (dat niet via leges verhaald wordt) minder kosten voor het bedrijfsleven zal betekenen, en andersom. De kosten van een erkenningsregeling voor bouwpartijen

10. LJN: BV0016, Rechtbank Almelo, 95506 HAZA 08-732.

komen zoals hiervoor al gesteld, afhankelijk van het gekozen stelsel, bij private of publieke partijen terecht. In een privaat stelsel blijven kosten binnen de bouwwereld (en zullen vervolgens doorberekend worden aan klanten). En in een semipubliek stelsel worden de kosten in een mate die afhangt van de precieze inrichting door de hele samenleving gedragen. Het is daarmee afhankelijk van de specifieke rol die de overheid op zich neemt in hoeverre er kosten hoger dan wel lager zullen zijn. De overheid kan er bijvoorbeeld voor kiezen alleen certificeringsbureaus te controleren, maar kan ook zelf certificaten opstellen, uitgeven en controleren.

Evenzo geldt dat hogere eisen en beter toezicht (om een hogere preventieve werking te bereiken en daarmee een hogere bouwkwaliteit) tot hogere lasten zal leiden.

Er bestaat hoop bij respondenten dat concurrentie tussen certificeringsbureaus tot meer efficiency en daarmee lagere prijzen in vergelijking met de huidige lasten voor preventief technisch overheidstoezicht op vergunningen zal leiden. In het buitenland zijn, zo suggereert onderzoek op basis van interviews, via deze weg efficiencywinsten bereikt.¹¹ Of dit voor de Nederlandse situatie ook zal gelden is onbekend en sowieso moet bedacht worden dat in Nederland de kosten voor toezicht op de bouwplaats niet via leges verhaalbaar zijn.

Wij concluderen daarmee dat in een Dekkerstelsel waarbij er essentieel toezichthoudende taken van de overheid naar de bouwsector verschuiven de lasten voor de bouwbedrijven zullen toenemen en die van de overheid zullen afnemen als er van een gelijkwaardig toezichtniveau wordt uitgegaan.

Soms valt het tegen...

In Nieuw-Zeeland werd begin jaren negentig een systeem van certificering geïntroduceerd waarbij compliance met specifieke (door de overheid opgestelde) voorwaarden gecertificeerd werd. Bouwers konden kiezen uit private en publieke certificatiebureaus. Na enkele jaren kwamen grote gebreken in huizen aan het licht die onder het nieuwe systeem gebouwd werden. Vermoedelijk ging het om zo'n 18.000 huishoudens die met verborgen gebreken geconfronteerd werden, waarmee duidelijk is dat het niet om lokale uitwassen ging. Probleem bleek dat enkele voorwaarden waaraan huizen moesten voldoen zeer ruim geformuleerd waren. Na een grote nationale politieke crisis en uitgebreide officiële evaluaties zag de overheid zich genoodzaakt de aansprakelijkheid voor het ontstaan van deze situatie op zich te nemen.¹² In Nederlandse termen was er sprake van een fout in het Nieuw-Zee-

11. Van der Heijden (2009).

12. May (2007).

landse bouwbesluit dat zeer concreet gemaakt was ten behoeve van de private certificering en waardoor de overheid ook de aansprakelijkheid droeg voor onjuiste concretisering. Let wel: in essentie kennen wij dergelijke grootschalige productieproblemen ook (zoals met de beruchte kwaaitaalvloeren) maar hier is de overheid niet aansprakelijk.

5.4 REGELING VOOR RISICOAANSPRAKELIJKHEID VAN BOUWBEDRIJVEN

Als een regeling voor risicoaansprakelijkheid van bouwbedrijven zien wij hier een systeem waarin via wet- en regelgeving de hoofdaannemer risicoaansprakelijk is voor de gevolgen van bouwfouten voor een bepaalde periode, tenzij deze kan aantonen dat er sprake is van overmacht. Bouwbedrijven dragen dan dus per definitie de aansprakelijkheid voor bouwfouten. Niet de eigenaar van een gebouw moet aantonen dat een aannemer of andere partij een fout gemaakt heeft, maar andere partijen moeten aantonen dat zij juist géén fouten gemaakt hebben. Dit impliceert in vergelijking met het huidige stelsel een omkering van de bewijslast.

Wij gaan hier niet in op alle noodzakelijke juridische details maar enkele cruciale aspecten van een dergelijk stelsel zijn conform Shavell¹³:

- de risicoaansprakelijkheid mag niet worden beperkt door private contractvormen;
- de risicoaansprakelijkheid moet ‘doorwerken’ in de bouwketen om voorbij een aansprakelijkheidbeperkende tijdelijke vennootschap te komen als die de hoofdaannemer is.

Preventieve werking

De beoogde werking van een systeem van risicoaansprakelijkheid is een toenevend kwaliteitsbesef bij bouwbedrijven uit ‘angst’ voor aansprakelijkstelling die meer financieel risico met zich meebrengt dan het huidige inspectiefrequentie, inspectiedeskundigheid en sancties beperkte overheidstoezicht. De gedachte is dat bouwbedrijven daardoor zelf betere interne controlemechanismen instellen, beter onderling coördineren en verdergaand afspreken welke betrokken partij verantwoordelijk is voor een (specifiek) onderdeel van het bouwproces.

Er is echter geen (wetenschappelijk) bewijs dat dit systeem zonder meer werkt zoals het bedoeld is. Er zijn ook geen internationale voorbeelden waaruit blijkt dat een risicoaansprakelijkheidsstelsel (sec) tot een aantoonbare verbetering in de kwaliteit van het bouwproces en de kwaliteit van gebouwen leidt. Ook onze res-

13. Shavell (1984).

pondenten betwijfelen of het voldoende kwaliteitsborging zal bieden. Als dit systeem ingevoerd wordt zonder aanvullende vormen van toezicht of kwaliteitseisen dan is de verwachting dat het eerder tot een toename van het aantal bouwfouten zal leiden dan een afname, omdat juist de controle op de zwakkere broeders die vanwege hun financiële situatie tot overtreding geneigd zijn, wegvalt. We wijzen in dit verband op het 'falen' van de preventieve werking van de geïntroduceerde risicoaansprakelijkheid voor milieuschade.

Wij concluderen daarom dat er in dit Dekkerstelsel sprake zal zijn van een verminderde preventieve werking.

Schadeloosstelling

Een 'kale' regeling voor risicoaansprakelijkheid geeft in theorie een betere garantie voor schadeloosstelling. In de praktijk zal dit zonder aanvullende regelingen zoals een verplichte verzekering waarschijnlijk slechts een positieve betekenis hebben voor 'kleine' opdrachtgevers als huiseigenaren die op dit moment moeite hebben om aan te tonen dat kleine (verborgen) gebreken voor de kosten van de aannemers zijn, omdat de bewijslast omgedraaid wordt. Voor andere situaties (bij complexe bouwprojecten of grote kosten) kan niet verwacht worden dat er een significante verandering zal optreden. Deze regeling lost namelijk niet het probleem van financiële zekerheidsstelling op: betrokken bouwpartijen zullen in veel gevallen de kosten individueel niet kunnen dragen en/of de bewijslast 'voorbij' de hoofdaannemer is voorspelbaar ingewikkeld waardoor de huidige situatie gehandhaafd blijft.

Wij vatten deze redenering samen door te stellen dat er *overall* sprake zal zijn van gelijke garantie op schadeloosstelling.

Lasten bouwbedrijven en overheid

In dit Dekkerstelsel zijn de (toezicht)lasten voor bouwbedrijven en overheid idealiter nihil: voor bonafide bouwpartijen geldt dat goede kwaliteit zichzelf beloont door de afwezigheid van aansprakelijkstelling terwijl de kosten voor vergunningverlening vervallen. Voor de overheid houdt het een kostenreductie in omdat de niet via leges verhaalbare toezichtlasten zullen vervallen.

De andere kant van de medaille is echter dat vanwege de verminderde preventieve werking juist richting de 'zwakke broeders' de schade door bouwfouten voorspelbaar zal toenemen. Dit zal zich waarschijnlijk zowel vertalen in hogere verzekeringspremies voor alle bouwbedrijven als extra kosten voor eigenaren. Aangezien deze extra kosten voor eigenaren voorspelbaar zijn, achten wij het

waarschijnlijk dat de politieke keuze dan wordt om deze lasten uiteindelijk toch weer als overheid te dragen.

Wij vatten deze redenering samen door te stellen dat in dit Dekkerstelsel uiteindelijk de lasten voor zowel bedrijfsleven als overheid hoger zullen zijn.

5.5 REGELING VOOR RISICOAANSPRAKELIJKHEID VOOR BOUWERS MET VERPLICHTING TOT VERZEKERING

Beschrijving stelsel

Een uitbreiding van het hiervoor besproken stelsel met een verplichting tot verzekering voor bouwpartijen leidt tot een aanmerkelijk beter functionerend Dekkerstelsel.

Preventieve werking

Het belangrijkste nadeel van het voorgaande systeem wordt nu ondervangen: de aanname is dat de verzekeraars vanuit welbegrepen eigenbelang tenminste controle uitoefenen op de bouwbedrijven die grote (lees: kostbare) bouwprojecten uitvoeren. Net zoals bij het vervoer van gevaarlijke stoffen mag verwacht worden dat bewezen betrouwbaarheid zal leiden tot lagere premies zodat er een doorslaggevend concurrentievoordeel ontstaat voor kwalitatief betrouwbare bouwbedrijven.

Voor kleinere bouwpartijen zal waarschijnlijk een omslagstelsel ontstaan met mogelijk een treden-systematiek in de zin dat bouwpartijen met te veel 'fouten' een hogere premie zullen moeten betalen, hetgeen ook een preventieve werking heeft.

Schadeloosstelling

De grote winst van een verplichte verzekering ligt in de verbeterde vergoeding van de kosten van een ongeval. Als de verplichte dekking wettelijk breed genoeg vastgesteld is, dan zal alle schade door de verzekering gedekt worden en ontstaat niet de (vervelende) situatie waarin betrokken partijen failliet gaan en de kosten alsnog bij de overheid belanden.

Lasten bouwbedrijven en overheid

Het instellen van een verzekeringsplicht zal zeker leiden tot een lastenverzwaring voor de bouwbedrijven van een gezien de Franse ervaring waarschijnlijk beperkte omvang: verzekeraars zullen immers de faalkosten die momenteel voor reke-

ning komen van de opdrachtgever moeten betalen en dat gaat linksom (via premies) of rechtsom (via beter toezicht en hogere nalevingskosten) ten laste komen van het bouwend bedrijfsleven (maar dus afgezien van de winstmarge van de verzekeraar niet ten koste van de lasten van de koper). De verzekeringsbedragen voor bouwpartijen in Frankrijk variëren van 5-10% van de omzet voor adviseurs en tot 2% voor aannemers.

Tussen de geïnterviewde Nederlandse respondenten bestond een discussie over de vraag in hoeverre de toename van kosten opgevangen wordt met een vermindering in bouwfouten (wegens de inzet van een TIS). Door sommigen werd gesteld dat de kosten van een verzekering (in hun ervaring variërend van 1% tot 2% van de totale bouwsom) opwegen tegen de reductie in bouwfouten (waar, naar schattingen, bouwbedrijven ongeveer 10% van hun budget voor reserveren). Géén van de respondenten kan echter voldoende cijfermateriaal produceren dat deze argumenten (positief of negatief) ondersteunt.¹⁴ Wij gaan daarom uit van een mogelijke achteruitgang in de kosten voor het bouwend bedrijfsleven.

Voor de overheid betekent een verplichte verzekering een lastenverlichting. Kosten zullen nu uitsluitend door het bedrijfsleven gedragen worden en alleen wanneer betrokken verzekeringspartijen om wat voor reden ook niet meer bestaan, zal de overheid voor (bepaalde) kosten zorg moeten dragen.

5.6 REGELING VOOR VERPLICHTE VERZEKERING VAN BOUWWERKEN

Beschrijving stelsel

Een variant die in haar werking in de praktijk verschillende van de hiervoor besproken Dekkerstelsels combineert is de verplichte verzekering van bouwwerken: elk nieuw bouwwerk dient bij oplevering voorzien te zijn van een al volledig betaalde verzekering voor de gevolgen van bouwfouten.¹⁵ Deze verzekering wordt overgedragen bij verkoop van een bouwwerk binnen de looptijd van de verzekering. Analoog aan het Franse systeem zullen er dan wettelijke eisen moeten worden gesteld aan de 'handelingsnelheid' van de verzekeraar en zal gedurende een bepaalde periode een voldoende financieel vermogen door iets hogere premies moeten worden opgebouwd.

14. Er is ook geen (wetenschappelijk) onderzoek dat uitsluitsel biedt.

15. In Duitsland bestaat een dergelijk verzekeringssysteem juist voor de bouwfase.

Ter memorie

Momenteel bestaan er al verschillende verzekeringsvormen voor bouwwerken:

- Een bekend, en veel ingezet, verzekeringstype is de *Construction All Risks* (CAR) verzekering, waarbij (hoofdzakelijk) de constructiefase verzekerd is. Een CAR verzekering eindigt meestal bij oplevering van een gebouw.
- Een andere veelvoorkomende verzekering is de Woningborggarantie (of GIW-garantie). Woningborg verstrekt garanties waarmee (particuliere en zakelijke kopers) een afbouwgarantie gegeven wordt (in het geval dat een bouwbedrijf failliet gaat) en een herstelwaarborg (met verschillende termijnen, afhankelijk van het type probleem).
- Recent wordt voor grotere bouwprojecten een zogenaamde Verborgten Gebreken Verzekering (VGV) ingezet. Doel van een VGV is het verzekeren tegen bouwfouten die in, afhankelijk van het type verzekering, tien tot twintig jaar na oplevering van een gebouw ontdekt worden, de zogenaamde verborgen gebreken.

In de praktijk zullen de verzekeraars waarschijnlijk hetzelfde gaan opereren als bij de verplichte risicoaansprakelijkheidsverzekering voor bouwpartijen in het vorige Dekkerstelsel. Het grote beoogde voordeel is nu echter dat ‘kleine’ opdrachtgevers geen privaatrechtelijke procedures hoeven aangaan maar dat in dit stelsel aan de professionele verzekeraars is.

Preventieve werking

Net zoals in het voorgaande systeem is de aanname dat de verzekeraars vanuit welbegrepen eigenbelang tenminste controle uitoefenen op grote (lees: kostbare) bouwprojecten. Net zoals bij het vervoer van gevaarlijke stoffen mag verwacht worden dat bewezen betrouwbaarheid zal leiden tot lagere premies zodat er een doorslaggevend concurrentievoordeel ontstaat voor kwalitatief betrouwbare bouwbedrijven.

Voor minder complexe (lees: minder dure) bouwwerken zal ook nu waarschijnlijk een omslagstelsel ontstaan met mogelijk een treden-systematiek in de zin dat bouwers met te veel ‘fouten’ een hogere premie zullen moeten betalen, hetgeen ook een preventieve werking heeft.

Het essentiële verschil met het voorgaande systeem is dat verzekeraars nu de mogelijkheid hebben om bouwbedrijven na bouwfouten op hun beurt aansprakelijk te stellen voor de kosten. Dit zullen zij ongetwijfeld ook doen hetgeen een extra preventief effect zal hebben. Dit is om deze reden het enige Dekkerstelsel waarvan wij een betere preventieve werking verwachten dan van het huidige bouwstelsel.

Schadeloosstelling

De winst van een verzekering ligt in garantie op de vergoeding van de kosten van een ongeval. Als de dekking breed genoeg vastgesteld is, dan zal alles door de verzekering gedekt worden en ontstaat niet de (vervelende) situatie waarin betrokken partijen failliet gaan en de kosten alsnog bij de overheid belanden.

Lasten bouwbedrijven en overheid

Het instellen van een verzekeringsplicht zal zeker leiden tot een lastenverzwaring voor het bedrijfsleven van een naar onze inschatting gezien de Franse ervaring waarschijnlijk beperkte omvang: verzekeraars zullen immers de faalkosten die momenteel voor rekening komen van de opdrachtgever moeten betalen en dat gaat linksom (via premies) of rechtsom (via beter toezicht en hogere nalevingskosten) ten laste komen van het bouwende bedrijfsleven (maar dus afgezien van de overhead van de verzekeraar niet ten koste van de lasten van de eigenaar/opdrachtgever). De verzekeringsbedragen voor bouwpartijen in Frankrijk variëren van 5-10% van de omzet voor adviseurs en tot 2% voor aannemers

Tussen de geïnterviewde Nederlandse respondenten bestond een discussie over de vraag in hoeverre de toename van kosten opgevangen wordt met een vermindering in bouwfouten (wegens de inzet van een TIS). Door sommigen werd gesteld dat de kosten van een verzekering (in hun ervaring variërend van 1% tot 2% van de totale bouwsom) opwegen tegen de reductie in bouwfouten (waar, naar schattingen, bouwbedrijven ongeveer 10% van hun budget voor reserveren). Géén van de respondenten kan echter voldoende cijfermateriaal produceren dat deze argumenten (positief of negatief) ondersteunt.¹⁶ Wij gaan daarom uit van een mogelijke achteruitgang in de kosten voor het bouwende bedrijfsleven.

Voor de overheid betekent een verplichte verzekering een lastenverlichting. Kosten zullen nu uitsluitend door het bedrijfsleven gedragen worden.

5.7 SAMENVATTEND SCHEMA

Samenvattend kan onze analyse van de vijf besproken Dekkerstelsels weergegeven worden in onderstaand schema:

16. Er is ook geen (wetenschappelijk) onderzoek dat uitsluitel biedt.

Dekkerstelsel	Verplichting erkennings- regeling bou- wers	Verplichting erkennings- regeling bouw- werken	Regeling risico- aansprakelijk- heid voor voor bouwers	Regeling bou- wers met ver- plichte verze- kering	Regeling voor verplichte ver- zekering bouw- werken
Aspect					
Preventieve werking	=	=	-	=	+
Schadeloosstelling	=	=	=	+	+
Lasten bouwers	-	-	-	-	-
Lasten overheid	+	+	-	+	+

+ is vooruitgang

= is tenminste gelijk (eventuele vooruitgang achten wij onbewezen)

- is mogelijke achteruitgang (tenminste gelijkblijvendheid van dit aspect achten wij onbewezen)

In dit onderzoek concluderen we dat het gebruik van risicoaansprakelijkheid in de bouw als kaderstellend instrument ter vervanging van publiek bouwtoezicht goed mogelijk is zonder dat de bouwveiligheid hierdoor achteruit zal gaan. Het beste systeem hiervoor lijkt de introductie van risicoaansprakelijkheid voor de 'hoofdaannemer' in combinatie met een verzekeringsplicht. Dit systeem zal de rechtsbescherming van 'kopers' sterk verbeteren maar zal daarmee waarschijnlijk ook leiden tot een kostenstijging van de bouw.

6.1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

De aanleiding voor dit verkennende onderzoek is de wens van de regering om te komen tot een kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging tijdens de bouw ter vervanging van de huidige preventieve technische toets door de overheid die als belastend en weinig effectief wordt gezien.

De huidige bouwregelgeving en het overheidstoezicht erop wordt door betrokkenen als complex en niet-transparant ervaren. De gepercipieerde gevolgen zijn forse lasten en vertragingen in het bouwproces. Ook bij de effectiviteit van het overheidstoezicht worden vraagtekens gezet.

Dit inzicht heeft geleid tot het instellen van de commissie-Dekker die een radicale nieuwe sturingsfilosofie bepleit binnen het bouwdomain: 'privaat wat kan, publiek wat moet'. Een cruciaal onderdeel van het advies van de commissie-Dekker uit 2008 is om het toezicht op de bouwsector te baseren op de centrale begrippen 'vertrouwen en verantwoordelijkheid'.

De overheid zou zich volgens de commissie moeten beperken tot een kaderstellende rol. In het advies van de commissie-Dekker is verder niet uitgewerkt welke 'kaderstellende' instrumenten¹ specifiek geschikt voor de bouwsector de overheid kan inzetten om dit vertrouwen te kunnen hebben en waarmee de

1. Kaderstellende instrumenten definiëren wij in dit onderzoek als generieke regelingen waarop/ waardoor de overheid geen detailtoezicht hoeft te houden.

marktpartijen hun verantwoordelijkheid hard kunnen maken. Certificering is een bekend voorbeeld van een mogelijk kaderstellend instrument.

Binnen de bouwsector is een ander mogelijk kaderstellend instrument nog nooit onderzocht: een generieke regeling voor aansprakelijkheid waardoor beoogd prikkels ontstaan voor naleving. In opdracht van het ministerie van BZK heeft Crisislab daarom het voorliggende verkennende onderzoek verricht om specifiek over de mogelijkheid van het mogelijke gebruik van een generieke regeling voor aansprakelijkheid als vervanging van het toezicht van overheidswege in de bouw helderheid te verschaffen.

6.2 ONDERZOEKSVRAAG EN -OPZET

De centrale onderzoeksvraag is het in kaart brengen van de mogelijkheid en randvoorwaarden om een regeling voor aansprakelijkheid te gebruiken als kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging tijdens de bouw.

De centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek is het op een rechtssociologische² wijze in kaart brengen van de mogelijkheid en randvoorwaarden om een regeling voor aansprakelijkheid te gebruiken als kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging in de bouw.

Dit onderzoek richt zich daarmee op de relatie tussen de inzet van juridische instrumenten en het gedrag van actoren. Dit verkennend onderzoek is met nadruk geen juridische detailstudie naar de noodzakelijke precieze aanpassingen van wet- en regelgeving wanneer gekozen zou worden voor inzet van het kaderstellend instrument aansprakelijkheid.

We zullen in dit onderzoek verschillende mogelijkheden beschouwen om aansprakelijkheid in te zetten als kaderstellend instrument. Een belangrijk uitgangspunt voor dit onderzoek is dat alle te beschouwen mogelijkheden moeten passen bij de visie van de commissie-Dekker over hoe een toekomstig bouwstelsel³ er op hoofdlijnen uit moet zien:

- de technische preventieve toets vanuit overheidswege op het voldoen aan de bouwvoorschriften verdwijnt;⁴

2. Rechtssociologie is het wetenschapsgebied dat zich bezighoudt met de sociaalwetenschappelijke bestudering van de verhouding tussen recht en samenleving.

3. Onder een bouwstelsel verstaan we het geheel van, al dan niet wettelijke, afspraken en regels dat het bouwproces reguleert.

4. Het bevoegd gezag blijft wel toezien op het voldoen aan 'omgevingsvariabelen' (via een toestemmingstelsel) zoals welstand, ruimtelijke ordening en veiligheid derden.

- bij de bouw wordt gebruik gemaakt van een instrument voor kwaliteitsborging.

Er zijn verschillende mogelijke bouwstelsels te bedenken die aan deze twee basisprincipes voldoen. Bouwstelsels die aan beide basisprincipes voldoen, geven wij in deze verkenning aan als ‘Dekkerstelsels’.

Om tot de beoordeling van de relevante Dekkerstelsels te komen, hebben we in dit onderzoek de volgende onderzoekstappen gezet:

- We hebben een analysekader beschreven waarmee we de voor- en nadelen, en daarmee de bruikbaarheid, van de verschillende Dekkerstelsels inzichtelijk maken (paragraaf 3).
- We hebben de huidige werking van aansprakelijkheid binnen het bouwdoein in kaart gebracht (paragraaf 4). Dit is noodzakelijk om een ijkpunt te hebben voor een beschouwing over de gevolgen van implementatie van de te onderzoeken Dekkerstelsels.
- We hebben in enkele andere domeinen en landen gekeken welke aansprakelijkheidsregelingen daar gebruikt worden en welke leerpunten er te trekken zijn uit het gebruik van de daar gehanteerde aansprakelijkheidsregelingen (paragraaf 5).
- We hebben een vijftal mogelijke (hoofdvarianten voor) Dekkerstelsels benoemd en geanalyseerd (paragraaf 6).

Ten behoeve van het onderzoek hebben we met 17 bij de bouwkwaliteit betrokken (inter)nationale experts en vertegenwoordigers van brancheorganisaties gesproken. Het conceptrapport hebben we besproken tijdens een minisymposium op 14 februari 2012. Omdat tijdens het onderzoek bleek dat de werking van het Franse systeem van aansprakelijkheid zeer relevant is voor ons onderzoek hebben we op 6 april 2012 samen met een vertegenwoordiger van de Wereldbank (in het kader van een bij hen lopend onderzoek naar *best practices* op het gebied van regelgeving voor constructieve veiligheid) een drietal nadere diepte-interviews gehouden in Parijs.

6.3 ENKELE EERSTE PRECISERENDE NOTIES CULMINEREND IN EEN ANALYSEKADER

In deze paragraaf geven we enkele preciserende noties die we gebruiken om te komen tot een analysekader met behulp waarvan we kunnen kijken of verschillende mogelijke regelingen voor aansprakelijkheid een geschikt kaderstellend instrument zijn.

Notie 1: De overheid onderhoudt een set van bouwregels

Het uitgangspunt van dit rapport is dat het opstellen van (veiligheids)regels en wetgeving een kerntaak van de overheid is. Wij volgen hiermee de commissie-Dekker.

Notie 2: Wat is verantwoordelijkheid voor bouwkwaliteit nu precies?

‘Bouwkwaliteit’ kent in dit onderzoek twee verschillende hoofdaspecten:

- Het voorkomen van schade voor de eigenaar door bouwfouten;
- Het voorkomen van schade voor derden ten gevolge van bouwfouten.

‘De verantwoordelijkheid van bouwpartijen’ wordt in dit rapport derhalve geconcretiseerd als de plicht bouwfouten te voorkomen en (daarmee) schade veroorzaakt door bouwfouten te herstellen of te vergoeden. Het dragen van verantwoordelijkheid door bouwpartijen houdt dus onder andere privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor de gevolgen van bouwfouten in.

Notie 3: Perfect (bouw)toezicht bestaat net zomin als absolute veiligheid

Een cruciale notie is dat de overheid nooit alle (bouw)regelgeving ‘perfect’ kan handhaven, dat wil zeggen dat het overheidstoezicht nooit kan garanderen dat alle bouwwerken voldoen aan alle regels. Overigens geldt dit óók voor privaat toezicht.

Deze notie is zo cruciaal omdat hiermee een standaard tegenwerping voor verandering, namelijk ‘in de nieuwe situatie is geen garantie te geven voor veiligheid’, vervalt als argument. ‘Bouwfouten’ zullen blijven plaatsvinden. De werkelijke vraag is daarom of een nieuw Dekkerstelsel wezenlijk onveiliger is dan het huidige bouwstelsel.

Het is daarnaast een principiële (politieke) keuze of een kaderstellend instrument primair gericht is op preventie (het voorkomen van ongevallen) of op schadeloosstelling na een incident. Die keus wordt in verschillende domeinen verschillend gemaakt. Het huidige bouwtoezicht heeft bijvoorbeeld een primair preventieve functie terwijl de verplichte WA-verzekering voor auto’s primair gericht is op het garanderen van schadeloosstelling wanneer chauffeurs een fout maken.

In onze analyse van de verschillende mogelijke Dekkerstelsels zullen wij daarom expliciet benoemen hoe in een Dekkerstelsel a) de preventieve werking verandert ten opzichte van het huidige bouwtoezicht en b) hoe de ‘kans’ op adequate schadeloosstelling na een ongeval verandert ten opzichte van het huidige verhaal via schuldaansprakelijkheid.

Notie 4: Lastenverlichting voor de een is meestal lastenverzwaring voor de ander

Tijdens het bouwproces worden er door verschillende partijen 'kwaliteitskosten' gemaakt. Er bestaat op dit moment een verdeling van deze kosten tussen de overheid en het bedrijfsleven. Als een van deze partijen minder geld besteedt aan kwaliteitsmaatregelen dan is het in het algemeen onvermijdelijk dat de andere partij een (gedeelte) van die kosten op moet vangen om hetzelfde kwaliteitsniveau te garanderen.

Uiteindelijk zullen de kwaliteitslasten altijd in de maatschappij terecht komen, hetzij via de lijn van belastingen, hetzij via de lijn van duurdere bouw. Nu betaalt, iets kort door de bocht, de hele samenleving soms voor (het voorkomen van) de bouwfouten van enkelen, terwijl het rechtvaardiger lijkt dat kosten voor het voorkomen en de gevolgen van fouten die niet zijn voorkomen bij betrokken partijen komen te liggen.

Notie 4 betekent dat wij in onze analyse daarom voor alle te beschouwen Dekkerstelsels zullen aangeven of de lasten voor de overheid toe- of afnemen en of de lasten voor de bouwende partijen toe- of afnemen.

Notie 5: Er is een cruciaal gebrek aan harde cijfers en daarmee betrouwbare voorspellingen

Binnen het bouwdomain is een opvallend (in vergelijking met veel andere domeinen) gebrek aan (openbare) harde cijfers over zowel de omvang van de inspanningen gericht op veiligheid als de opbrengsten daarvan. Zelfs over schades bestaan slechts weinig data. Bestaand (wetenschappelijk) onderzoek gebruikt daarom vooral expertinschattingen. De beperkingen van onderzoek gebaseerd op expertinschattingen zijn echter groot: bij de afwezigheid van wetenschappelijke data worden ook expertoordelen bepaald door persoonlijke ervaringen, waarden en normen.

Voor ons betekent dit dat met grote voorzichtigheid moet worden omgegaan met expertinschattingen. We zijn daarom ook gedwongen om telkens met een *kwalitatief* vergelijk met de huidige situatie te komen, hoezeer wij ook graag met een *kwantitatieve* analyse zouden willen komen omdat dat in onze visie noodzakelijk is voor goed beleid.

Notie 5 betekent dat wij in onze analyse ons moeten beperken tot de grootheden + (vooruitgang), = (tenminste gelijkblijvend) en – (mogelijke achteruitgang).

Samenvatting analysekader voor dit onderzoek

De combinatie van bovengenoemde noties leidt ons tot het volgende analysekader dat wij zullen hanteren bij de beoordeling van een aantal nog te construeren Dekkerstelsels. Wij vergelijken de te construeren Dekkerstelsels op de volgende vier aspecten met de huidige situatie:

- Preventieve werking op bouwende partijen;
- Garantie op schadeloosstelling van gebruiker bij bouwfouten;
- Lasten voor de bouwende partijen;
- Lasten voor de overheid.

6.4 DE HUIDIGE PRAKTIJK VAN AANSPRAKELIJKHEID(STELLING) IN DE BOUW

In deze paragraaf beschrijven we de huidige werking van aansprakelijkheid in de bouw. Zichtbaar is een opvallend verschil tussen de risicoaansprakelijkheid van de eigenaar voor de gevolgen van bouwfouten voor derden en de beperkte praktische mogelijkheid van de eigenaar om (die) bouwfouten vergoed te krijgen door bouwende partijen. Dit laatste is het gevolg van het mechanisme van schuldaansprakelijkheid in de complexe bouwpraktijk en aansprakelijkheidbeperkende private contractvormen. In reactie hierop zijn bijvoorbeeld specifieke verzekeringsproducten voor 'kleine' opdrachtgevers ontstaan en private inspectiebureaus die voor 'grote' opdrachtgevers werken.

Het uitgangspunt van het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht is dat 'iedereen zijn eigen schade draagt'. Hier kan om twee, voor dit rapport relevante, hoofdredenen⁵ van worden afgeweken:

- De schade is ontstaan door het toerekenbaar niet nakomen van een contractuele verplichting;
- De schade is ontstaan door een 'toerekenbare' onrechtmatige daad.

De schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad kan om twee redenen ten laste komen van de 'dader'. Er kan sprake zijn van schuld- of van risicoaansprakelijkheid:

- Bij schuldaansprakelijkheid is schuld aan de onrechtmatige daad, die aantoonbaar tot schade heeft geleid, de basis voor de aansprakelijkheid.
- Bij risicoaansprakelijkheid is er sprake van een wettelijke bepaling (of algemeen geldende maatschappelijke opvatting) waardoor de oorzaak van de onrechtmatige daad voor iemands rekening komt en daarmee de aansprakelijk-

5. Wij laten het schadeverhaal na een rechtmatige daad, zoals bij zaakwaarneming, buiten beschouwing.

heid. Risicoaansprakelijkheid is derhalve een vorm van aansprakelijkheid die niet gebaseerd is op verwijtbaarheid.

Wij behandelen hierna de verschillende aansprakelijkheidsrelaties van bouwactoren aan de hand van een korte bespreking van iedere actor in de bouwketen: eigenaar (waaronder we de actoren opdrachtgever, koper en bezitter vatten), aannemer (hoofd- en onderaannemer), adviseur (zoals architecten en constructeurs) en overheid.

De aansprakelijkheid van de eigenaar jegens derden

Ten gevolge van een bouwfout kan bij een opgeleverd bouwwerk een ongeval plaatsvinden waarbij derden schade ondervinden. Het Burgerlijk Wetboek maakt in art. 6:174 duidelijk dat de eigenaar voor deze schade risicoaansprakelijk is.

De aansprakelijkheid van bouwende partijen jegens derden voor de gevolgen van bouwfouten

Tijdens het bouwproces kunnen handelingen van bouwende partijen leiden tot schade voor derden, dat wil zeggen andere partijen dan de opdrachtgever. Dit is een onrechtmatige daad van de (hoofd)aannemer die hiervoor aansprakelijk te stellen is. De eiser zal dan verwijtbaarheid en de daarmee causaal samenhangende schade moeten aantonen.

De aansprakelijkheid van de aannemer of adviseurs jegens de eigenaar voor bouwfouten

De eigenaar kan de aannemer aansprakelijk stellen voor bouwfouten op grond van het niet nakomen van een contractuele verplichting. Het uitgangspunt voor de aansprakelijkheid van de aannemer is daarmee het contractrecht. Bij de aansprakelijkstelling geldt het 'reguliere' regime van privaatrechtelijke schuldaansprakelijkheid: het is aan de eisende partij om verwijtbaarheid, gebreken en de daarmee causaal samenhangende schade aan te tonen.

In de literatuur en door respondenten worden belangrijke kanttekeningen geplaatst bij de mogelijkheden in de dagelijkse praktijk voor de eigenaar om de schade ten gevolge van bouwfouten via juridische weg vergoed te krijgen door de aannemer:

In de eerste plaats leidt de complexiteit van het aantonen van de noodzakelijke causale relatie tussen een verwijtbaar handelen en de schade in sommige gevallen tot een langdurige procedure tussen de bij een bouwongeval betrokken partijen. Met name voor 'kleinere' opdrachtgevers is een procesgang gezien de com-

plexiteit daarvan daarmee onaantrekkelijk, zo werd door veel van de respondenten gesteld.

In de tweede plaats hebben respondenten aangegeven dat het steeds meer een gewoonte wordt om bij grotere bouwprojecten een speciale (besloten) vennootschap op te richten die na oplevering wordt opgeheven. Het resultaat is daarmee dat de aansprakelijkheid komt te rusten op de verschillende onderaannemers. Het is voorspelbaar lastig om dan verwijtbaar handelen en de daarmee causaal samenhangende schade aan te moeten tonen richting een specifieke onderaannemer gezien de verwevenheid van de verschillende bouwprocessen.

In de derde plaats ligt een belangrijke(re) beperking van de huidige mogelijkheden om bij bouwfouten verhaal te halen in de beperkende voorwaarden van de gehanteerde private contractvormen. In de praktijk worden immers bijna standaard modelcontracten gebruikt als de UAV 1989/2012, UAV-GC 2005 of DBMF(O) contracten voor aannemers of DNR 2005/2011 voor adviseurs. In deze contractvormen wordt de aansprakelijkheid van een aannemer of adviseur altijd sterk beperkt.

Teruggrijpend op de wens uit de brief van de minister van BZK aan de Tweede Kamer van december 2011⁶ waarin de wens wordt uitgesproken om de positie van gebruikers te versterken zou een eerste belangrijke en relatief eenvoudig te zetten stap het invoeren zijn van een verbod op bedingen tot beperking van de aansprakelijkheid zoals die in de huidige private contractmodellen zijn opgenomen. Dit soort verboden bestaat al in Frankrijk en België. In Nederland kennen we een dergelijk verbod ter bescherming van consumenten in een zwakke positie in het huurrecht, daar geldt immers dat de regels met betrekking tot verhuur van woonruimte in het Burgerlijk Wetboek dwingend recht zijn.⁷ Die stap zou ook meteen, vanwege de versterkte aansprakelijkheid voor bouwfouten, een extra preventieve prikkel zijn voor tenminste die bedrijven die aan continuïteit hechten.

De aansprakelijkheid van de overheid jegens de eigenaar of derden voor bouwfouten

Bij het optreden van bouwfouten is het voorstelbaar dat de overheid door de eigenaar aansprakelijk wordt gesteld voor de gevolgen ervan op grond van onrechtmatig handelen door het ten onrechte verlenen van een bouwvergunning of door gebrekkig bouwtoezicht. Ook derde partijen die schade van een bouwfout ondervinden, kunnen de overheid op grond van dergelijk onrechtmatig handelen aansprakelijk stellen.

6. Kenmerk SB/2011057684.

7. Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, Afdeling 5 'Huur van woonruimte' (art. 232-282).

In het algemeen geldt echter dat het gezien de jurisprudentie nauwelijks mogelijk is om de overheid met succes aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van bouwfouten: er zal dan sprake moeten zijn van onzorgvuldig handelen dat direct tot schade heeft geleid en waarbij de geschonden norm ook tot doelstelling had om deze schade voor de betrokkene te voorkomen. Slechts voor het aspect brandveiligheid lijkt dit laatste het geval.

6.5 WAT LEREN ANDERE DOMEINEN ONS OVER AANSPRAKELIJKHEID ALS INSTRUMENT?

In deze paragraaf kijken we naar enkele (internationale) ervaringen na introductie van specifieke (risico)aansprakelijkheidsregelingen. De casus wijzen a) op de noodzaak om risicoaansprakelijkheid vergezeld te doen gaan van een verplichting tot verzekering om werkelijke vergoeding van de kosten te verzekeren en, in dat geval, b) op het ontstaan van een preventieve functie voor 'complexe handelingen' terwijl voor 'minder complexe handelingen' de verzekering vooral adequate schadeloosstelling betekent.

In verschillende beleidsdomeinen wordt gebruik gemaakt van regelingen voor aansprakelijkheid als kaderstellend instrument. Hierbij worden verschillende doelstellingen gehanteerd zoals de volgende twee voorbeelden illustreren:

- de al genoemde bekende verplichte WA-verzekering voor auto's is een voorbeeld van een instrument dat gericht is op adequate schadeloosstelling, niet op preventie;
- binnen het milieurecht is op Europees niveau een richtlijn (2004/35/EG) uitgevaardigd die risicoaansprakelijkheid introduceert voor producenten van gevaarlijk stoffen met preventie als doel.

De implementatie van de Europese milieu-aansprakelijkheidsrichtlijn 2004/35/EG illustreert dat de introductie van aansprakelijkheid zonder verplichte verzekering een beperkt effect heeft op juist de 'zwakkere broeders' in de sector. Deze zwakkere broeders hebben zelf te weinig vermogen om schade te kunnen betalen en hebben geen adequate aanvullende verzekering gesloten. In Nederland is een bekende recente illustratieve casus de brand bij Chemie-pak te Moerdijk. De EU-richtlijn bevat daarom de aanbeveling aan de lidstaten om een adequate verzekering verplicht te stellen. Nederland behoort tot de lidstaten die ervoor gekozen hebben om een dergelijke regeling niet in te voeren vanuit zorg voor de resulterende extra lasten voor het bedrijfsleven. Het bedoelde preventieve effect van deze richtlijn is volgens onderzoek door de gekozen beperkte vorm van implementatie afwezig.

In het domein van het vervoer van gevaarlijke stoffen is er wel voor gekozen om te komen tot de combinatie van risicoaansprakelijkheid en een verplichte WA-

verzekering tot een redelijk bedrag. Hier heeft de verzekerbaarheid geleid tot het ontstaan van een beperkte groep van grotere vervoerders van werkelijk gevaarlijke stoffen in industriële hoeveelheden. Voor het vervoer van minder gevaarlijke stoffen (qua aard of hoeveelheid) is er geen preventief effect door bijvoorbeeld selectie maar wordt met een omslagberekening gewerkt in combinatie met een bonus-malussysteem.

In de luchtvaart is een niet-wettelijke vorm van risicoaansprakelijkheid dominant: de grote reputatieschade bij een luchtvaartongeval in combinatie met de directe mogelijkheid voor klanten om een andere luchtvaartmaatschappij te kiezen, betekent een groter risico bij niet-naleving dan welke vorm van overheidsinspectie ook had kunnen zijn. In de luchtvaartsector heeft het overheidstoezicht zich dan ook vergaand teruggetrokken.

Specifiek voor het bouwdomain geldt dat introductie van verdergaande aansprakelijkheid (tot lang na oplevering) van aannemers, architecten en adviseurs in sommige Europese landen tot minder fouten in het bouwproces lijkt te leiden. 'Lijkt' omdat ook in deze landen de data zeer beperkt zijn en de ons bekende onderzoeken zich altijd baseren op interviews met experts uit het domein. Daarbij moet opgemerkt worden dat in deze landen sprake lijkt van extra toezicht-, verzekerings- en (opvallend genoeg) nalevingskosten. Wij beschouwen de Franse casus als het exemplarische en best gedocumenteerde voorbeeld. Hier is een verplichte verzekering van de herbouwkosten gedurende een periode van 10 jaar na oplevering van de aannemer van een bouwwerk geïntroduceerd die doorloopt, ook als de aannemer niet meer bestaat. Voor complexe bouwwerken leidt dit tot beperkte extra inspectie door de verzekeraar maar vooral tot een selectie van betrouwbaar geachte (en dus verzekerbare) bouwers. Voor niet-complexe bouwwerken wordt met een omslagstelsel gewerkt waarbij een zeker preventief effect ontstaat door treden in de aansprakelijkheidsverzekering van bouwers. De geraadpleegde Franse experts stellen dat invoering van dit systeem tot meer naleving van de voorschriften heeft geleid, maar ook tot hogere bouwkosten vanwege betere naleving. Ook de met de verzekering verbonden kosten worden door de bouwende partijen gedragen (en daarmee uiteindelijk ook door kopers/huurders).

De voorbeelden passen bij de theoretische analyse van Shavell wanneer aansprakelijkheid als kaderstellend instrument de voorkeur verdient boven regulering:

- De *eerste factor* is de aanwezigheid van een relatief groot kennisverschil tussen private en publieke partijen met betrekking tot risicovolle activiteiten. In dit geval is aansprakelijkheid een beter controlemechanisme. Regelgeving zal dan immers voorspelbaar niet goed aansluiten op de private werkelijkheid en toezicht zal daarom lastig zijn.

- De *tweede factor* is de te verwachten omvang van de schade in relatie tot de kapitaalcracht van de te reguleren actoren. Als deze schade hoger is dan wat een bedrijf redelijkerwijs kan vergoeden is aansprakelijkheid (sec) geen geschikt middel om gevaarlijke activiteiten te controleren, omdat aansprakelijkheid geen stimulans biedt veiligheidsmaatregelen te treffen voor risico's die qua kosten per definitie hoger uitvallen dan het totale bezit van een bedrijf.
- De *derde factor* is de mate waarin bedrijven risico lopen aansprakelijk gesteld te worden voor schade die ze veroorzaken. De kans op (succesvolle) aansprakelijkstelling wordt minder naarmate de causale relatie tussen veroorzaker en schade onduidelijker is, wanneer het vaak voorkomt dat verantwoordelijke partijen niet meer bestaan of wanneer veel partijen bij het ontstaan van schade betrokken zijn geweest.
- De *vierde factor* zijn de maatschappelijke kosten die gemoeid zijn met de organisatie van aansprakelijkheid en (controle op) regelgeving voor private en publieke partijen. In het algemeen kost regulering door aansprakelijkheid de overheid minder, omdat de overheid (rechterlijke macht) alleen hoeft op te treden wanneer er schade ontstaat. Bij regulering door regelgeving maakt de overheid per definitie kosten, onafhankelijk van de vraag of schade ontstaat dan wel een overtreding van de veiligheidsregels plaatsvindt.

6.6 AANSPRAKELIJKHEID IN VIJF VERSCHILLENDE DEKKERSTELSELS

In deze paragraaf analyseren we vijf hoofdvarianten van kaderstellende instrumenten. Het blijkt dat vier van deze kaderstellende instrumenten een vervanging kunnen zijn van de technische toets door de overheid vanuit het oogpunt van tenminste een gelijkblijvende preventieve werking: erkenningsregelingen voor bouwers of bouwwerken, een regeling voor risicoaansprakelijkheid in combinatie met een verplichte verzekering of een verplichte verzekering van bouwwerken. De laatste twee Dekkerstelsels zullen een veel betere garantie op schadeloosstelling bieden dan het huidige stelsel. In alle gevallen zullen de lasten voor de bouwers toenemen en voor de overheid afnemen.

In dit onderzoek zijn uit de literatuur en uit de interviews vijf (hoofdvarianten van) mogelijke Dekkerstelsels naar voren gekomen. Deze hebben we alle nader beschouwd. De vijf Dekkerstelsels worden gekarakteriseerd door hun centrale kaderstellende instrument:

- Dekkerstelsel 1: Verplichting tot erkenningsregeling van bouwers.
- Dekkerstelsel 2: Verplichting tot erkenningsregeling van bouwwerken.
- Dekkerstelsel 3: Regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwers.
- Dekkerstelsel 4: Regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwers met verplichting tot verzekering.
- Dekkerstelsel 5: Regeling voor verplichte verzekering van bouwwerken.

Onze analyse hiervan is op de volgende hoofdoverwegingen gebaseerd die we clusteren om herhaling te voorkomen:

In Dekkerstelsel 1 en 2 is sprake van een erkenningsregeling. In de internationale bouwpraktijk lijkt de invoering van een (private) erkenningsregeling van bouwende partijen (Dekkerstel 1) niet te leiden tot meer of minder bouwonveiligheid, maar ook niet tot minder lasten voor het bedrijfsleven. Een erkenningsregeling voor bouwwerken betekent feitelijk een private versie van het huidige bouwtoezicht. Ervan uitgaande dat een dergelijke erkenningsregeling meer gaat inhouden dan plantoetsing zal de preventieve werking hoger zijn dan van het huidige stelsel maar daarmee ook de toezichtkosten (en nalevingskosten). In beide Dekkerstelsels zal er geen verbetering optreden van de garantie op schadeloosstelling in vergelijking met de huidige situatie.

In de Dekkerstelsel 1,2, 4 en 5 is sprake van een 'verplichting'. Hierbij speelt dan meteen de vraag wie controleert of aan de verplichting is voldaan. De verplichtingen in deze Dekkerstelsels hebben een procesmatige karakter, niet een inhoudelijke karakter zoals in het huidige bouwstelsel. De toets op dit type procesmatige verplichtingen kan daarmee eenvoudig worden gepleegd door zowel de overheid als een andere partij (denk vooral aan de notaris bij overdracht van een bouwwerk). In deze Dekkerstelsels zullen er daarom minder toezichtlasten (en aansprakelijkheid) zijn voor de overheid.

In Dekkerstelsel 3 zal er zelfs helemaal geen sprake meer zijn van toezicht en daarmee van toezichtlasten voor de overheid. Vanwege de totale afwezigheid van toezicht zal dit stelsel naar verwachting een minder preventieve werking kennen op juist de 'zwakke broeders' die niet zelf een verzekering zullen afsluiten en zich minder zorgen maken over de bedrijfscontinuïteit. Een serieus probleem in dit stelsel is dat er zonder een specifieke regeling voor ketenaansprakelijkheid het kaderstellend instrument in de bouwsector op voorhand betekenisloos is: als de risicoaansprakelijkheid slechts beperkt is tot de formeel aannemende besloten vennootschap (bv) zal het voorspelbaar (nog meer) gebruik worden voor elk bouwproject een eigen bv op te richten.

Voor de Dekkerstelsels 3 en 4 geldt dat in vergelijking met het huidige stelsel de expliciete regeling van risicoaansprakelijkheid tot hogere kosten bij bouwende partijen zal leiden omdat deze zich zullen c.q. moeten verzekeren. Ook in Dekkerstelsel 5 zijn extra verzekeringskosten aan de orde. Die extra verzekeringskosten (inclusief inspectie) worden door ons en respondenten op grond van de Franse ervaring geschat op 5-10% van de omzet voor adviseurs en tot 2% voor aannemers. De claim van verschillende respondenten dat deze kosten zich terugverdienen door minder faalkosten in de bouw achten wij onbewezen.

Voor de Dekkerstelsels 4 en 5 geldt dat de verplichting tot verzekering primair de schadeloosstelling bij een ongeval garandeert maar secundair zal het betekenen dat verzekeraars zelf een vorm van toezicht zullen uitoefenen op bouwers en/of bouwwerken. Ervaringen uit het buitenland en uit andere domeinen suggereren dat de verzekeraars een vorm van toezicht zullen uitoefenen die hen in hun inschatting voor complexere bouwwerken voldoende zekerheid geeft. Voor minder complexe (lees: dure) bouwwerken zal waarschijnlijk een omslagstelsel ontstaan met mogelijk een treden-systematiek in de zin dat bouwers met te veel 'fouten' een hogere premie zullen moeten betalen, hetgeen ook een preventieve werking heeft.

De keuze om (risicovolle) gebouwen verplicht te verzekeren i.t.t. de bouwers betekent

dat men niet het risico loopt dat er bij verkoop van het gebouw (met behoud van dezelfde functie) geen aansprakelijke partij meer is. De Franse ervaring suggereert dat uiteindelijk Dekkerstelsel 4 door de verzekeringsmarkt gedwongen sterk op Dekkerstelsel 5 zal gaan lijken.

Nota bene: in alle beschouwde Dekkerstelsels is er sprake van (nog) minder aansprakelijkheid van de overheid vanwege de absentie van een inhoudelijke toets.

Samenvattend geven we onze bevindingen weer in onderstaand schema:

Dekkerstelsel	Verplichting erkennings- regeling bou- wers	Verplichting erkennings- regeling bouw- werken	Regeling risico- aansprakelijk- heid voor voor bouwers	Regeling bou- wers met ver- plichte verze- kering	Regeling voor verplichte ver- zekering bouw- werken
Aspect					
Preventieve werking	=	=	-	=	+
Schadeloosstelling	=	=	=	+	+
Lasten bouwers	-	-	-	-	-
Lasten overheid	+	+	-	+	+

+ is vooruitgang

= is tenminste gelijk (eventuele vooruitgang achten wij onbewezen)

- is mogelijke achteruitgang (tenminste gelijkblijvendheid van dit aspect achten wij onbewezen)

6.7 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Risicoaansprakelijkheid in combinatie met een verplichte verzekering is een goede vervanging van het huidige overheidstoezicht waar het gaat om de bouwkwaliteit. Dit zal leiden tot beperkt hogere bouwkosten mede vanwege de betere mogelijkheid om bouwfouten vergoed te krijgen.

Samenvattend concluderen wij op grond van de ons bekende data, het gehanteerde analysekader en in de beschouwde vijf Dekkerstelsels dat:

De kaderstellende instrumenten erkenningsregelingen voor bouwers of bouwwerken, een regeling voor risicoaansprakelijkheid in combinatie met een verplichte verzekering of een verplichte verzekering van bouwwerken een vervanging kunnen zijn van de huidige technische toets door de overheid vanuit het oogpunt van tenminste een gelijkblijvende preventieve werking en daarmee een gelijkblijvende garantie op bouwkwaliteit.

Bij gebruik van de kaderstellende instrumenten risicoaansprakelijkheid in combinatie met een verplichte verzekering of een verplichte verzekering van bouwwerken zal een veel betere garantie op schadeloosstelling ontstaan dan in het huidige stelsel en daarmee een versterking van de positie van gebruikers van bouwwerken.

Het gebruik van alleen een regeling voor risicoaansprakelijkheid biedt geen voldoende basis voor vertrouwen in de bouwsector ter vervanging van de technische toets door de overheid.

In alle gevallen zullen de lasten voor de bouwers toenemen (afgaande op het Franse voorbeeld met 5-10% van de omzet voor adviseurs en tot 2% voor aannemers) en voor de overheid afnemen. Omdat deze kosten deels bedoeld zijn voor het vergoeden van bouwfouten die momenteel niet verhaalbaar zijn, zal de werkelijke kostenstijging beperkt zijn (tot de winstmarge van de verzekeraars).

Een regeling voor risicoaansprakelijkheid in de bouw kan daarmee in onze opinie een kwaliteitsborgingsysteem voor de bouw realiseren dat

- ‘voldoende’ eenduidig is in de zin dat er geen tegenstrijdigheden ontstaan met andere bestaande regelgeving zoals met name die uit het Burgerlijk Wetboek.
- ‘voldoende’ eenvoudig is in de zin dat regeling niet onnodig tot lasten voor het bedrijfsleven leidt.
- ‘voldoende’ sluitend is in de zin dat de preventieve werking tenminste gelijk is aan die van het huidige stelsel en de garantie op schadevergoeding zeker beter zal zijn.

Wij bevelen gezien het voorgaande aan om ten behoeve van definitieve besluitvorming

- Te komen met een juridisch-technische diepteanalyse van wat in de huidige regelgeving veranderd moet worden om implementatie van een Dekkerstel gebaseerd op versterkte risicoaansprakelijkheid mogelijk te maken, rekening houdend met de rechtssociologische bevindingen uit dit onderzoek.

- Goed notie te nemen van de Franse ervaring als het gaat om implementatie van een dergelijk stelsel, bijvoorbeeld als het gaat om eisen aan verzekeraars over de snelle afhandeling van schademeldingen.

Teruggrijpend op de wens uit de brief van de minister van BZK aan de Tweede Kamer van december 2011 waarin de wens wordt uitgesproken om de positie van gebruikers te versterken zou een eerste belangrijke en relatief eenvoudig te zetten stap het invoeren zijn van een verbod op bedingen tot beperking van de aansprakelijkheid zoals die in de huidige private contractmodellen zijn opgenomen. Die stap zou ook meteen, vanwege de versterkte aansprakelijkheid voor bouwfouten, een extra preventieve prikkel zijn voor tenminste die bouwbedrijven die aan continuïteit hechten.

In ieder geval hopen wij dat de zeer realistische inschatting van de beperkte waarde van het huidige bouwtoezicht, zoals onder andere door de commissie-Dekker geconstateerd is, de basis zal zijn voor politieke besluitvorming. De kwaliteit van de bouw in Nederland is niet geholpen met een terugval op de retoriek van meer en beter overheidstoezicht en meer verantwoordelijkheid nemen door de bouwsector, een retoriek die na incidenten regelmatig zichtbaar is in onderzoeksrapporten en beleidsreacties.

BIJLAGE 1. EEN OVERZICHT VAN DE EUROPESE AANSPRAKELIJKHEIDS- EN VERZEKERINGSREGELINGEN

In deze bijlage geven wij het overzicht weer van de aansprakelijkheids- en verzekeringsregelingen voor de bouw in Europa zoals die beschreven zijn in het Elios-rapport. Zoals al eerder in dit rapport opgemerkt past voorzichtigheid bij de interpretatie ervan. Er zijn meer (informele) regelingen die van belang zijn voor garanderen van de bouwkwaliteit.

Het Elios-rapport is overigens geschreven vanuit een andere onderzoeksvraag: zouden verzekeringen een rol kunnen spelen bij het mogelijk maken van innovatie binnen de Europese bouw? De gedachte hierachter was dat aannemers en kopers eerder voor een innovatieve (duurzame) bouwmethode zouden kiezen als eventuele onvoorziene daaruit volgende bouwfouten verzekeraar zouden zijn. Het kort samengevatte antwoord op deze onderzoeksvraag is (natuurlijk) dat verzekeraars niet op een dergelijk ongewis avontuur zitten te wachten en daarom via hogere premies eerder remmend zullen werken.

Het Elios-rapport is in 2008 gepubliceerd.

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Austria	Yes – specific provisions in the Civil Code	Medium – Minimum liability defined by legislation Important role of standard contracts (ON B 2110)	Civil Code: 3 years from handover – statutory warranty for real estate and construction works General limitations: 3 years from discovery of damage and of responsible person but maximum of 30 years from handover	No	No	
Belgium	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code	Weak – Contractual liability mainly governed by legislation	Civil Code: 10 years from handover – structural solidity defects (decennial liability) 10 years from handover for other defects (vices cachées vénielles) can be modified by contract	No Project of mandatory construction defects insurance under debate	Yes – Completion guarantees for off-plan dwelling sales – compulsory under “Breyne law” 1971	PI compulsory: architects

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Bulgaria	Yes – Territorial Development Act 2001	Weak – Contractual liability mainly governed by legislation	Ordinance N° 2 of 31.07.2003: 10 years from handover – building construction works and equipments other durations between 5 -8 years from handover	No	No	Third party liability insurance compulsory: architects, consultants, supervisors, contractors, developers, building surveyors
Cyprus	No – No specific Construction provisions – common law applies	Medium – Minimum contractual duties implied by law	Civil Wrongs Act: No 2 years from the date of occurrence or discovery of damage Parties may agree durations of liabilities under contract	No (except financial guarantees or bonds covering repair of latent defects – 1 to 5 years from completion – voluntary)	No	
Czech Republic	Yes – Specific provision relative to constructor's liability in the Civil Code Building Act 183/2006 Coll.	Weak – Contractual liability mainly governed by legislation	Civil Code: 3 years statutory building defects guarantee general limitations: 2 years from discovery of damage but no more than 3 years from the originating event (10 years for intentional damages)	No Proposal of introducing construction defects insurance was discussed in 2006	No	PI compulsory: architects, consulting engineers, technical surveyors

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Denmark	Yes – Contractually, standard contract forms act as a substitute for legislation in the field of construction liability	Important – Standard contract wordings (ex. AB 92, ABT 93, ABR 89)	Danish Limitations Act 2008: 3 years from discovery of defect and 10 years (cannot be contractually modified in consumer contracts) Standard contracts: 5 years from handover	Yes Building defects insurance – compulsory for new permanent dwellings – cover 10 years from handover (regardless liability) The Danish Building Defects Fund and The Building Damage Fund for Urban Renewal – compulsory for publicly subsidized projects – latent defects cover 20 years from completion (regardless liability)	No Except performance bonds required in some standard contracts (ex. AB92)	Required under standard contracts (ex. AB92): Third Party Liability insurance (building contractors and subcontractors) CAR PI architects voluntary: required by the professional body
Estonia	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Law of Obligations Act The Building Act	Weak – Minimum contractual liability defined by legislation	2 years statutory warranty for construction works 5 years liability for defects under construction contract or sale of building 10 years for intentional breach of contract from discovery of damage	No	No	PI compulsory: certification or inspection bodies, testing laboratories

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against constructor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Finland	Yes – Contractually, standard contract forms act as a substitute for legislation in the field of construction liability	Important – Standard contractual clauses YSE 98, KSE 95	Standard contracts: 10 years – liability for building defects Guarantee period of 1 or 2 years from completion	Yes Housing Transactions Act 1994 – for transactions of purchase of housing shares in a housing company; Mandatory construction defects cover (insurance or guarantee) up to 10 years from approval of building – covers repairs costs for which funding shareholder is liable in the event of his insolvency YSE 98- Insurance covering repair of building defects in case of failure of the builder	Yes Housing Transactions Act 1994 – for transactions of purchase of housing shares in a housing company; Mandatory cover (insurance or guarantee) against insolvency of the funding shareholder	

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
France	Yes – Spinetta law 1978 Civil Code	Weak – Contractual liability mainly governed by legislation	Spinetta law 1978: 10 years – decennial liability 2 years – warranty of good running of separable equipments 1 year – all apparent and hidden disorders and non compliance with the contract	Yes Mandatory under Spinetta law 1978: Insurance of latent defects in buildings (<i>dommage ouvrage</i>) regardless liability Insurance of decennial liability	Yes -Mandatory (law 1990) guarantees for developers building individual houses (so called CMI)	PI compulsory: architects
Germany	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code	Medium – Minimum contractual liability defined by legislation Important role of VOB contractual clauses	Civil Code: 5 years from handover 10 years – damages caused by intentional actions (can be modified contractually except architects) VOB: 4 years usually	No (except voluntary financial guarantees used as a security against defects. Some insurance substitutes also available)	No Except financial guarantees used to secure due completion of works	PI compulsory: architects and engineers (under professional bodies rules) Third party liability compulsory for all participants in construction operation
Greece	Yes – Law 3212/03 Law 3669/08 – public contracts Civil Code Customary rules	Medium – Main liabilities defined by legislation but customary rules are usually followed in the contracts	Civil Code: > 10 years – liability for substantial defects	No Projects of legislative reforms involving compulsory insurance were envisaged	No	

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Hungary	Yes – Specific provisions in the Civil Code	Weak – Main liabilities governed by legislation	Liability for latent building defects: 10 years – shell of the building 3-5 years – finishing works and building products of long duration 3 years – main elements of dwelling buildings	No	No	
Ireland	No – No specific construction provisions – general common law applies to construction contracts	Medium – Minimum contractual liabilities governed by law Standard contracts widely used	Statute of Limitations 1957: 6 years – claims under tort or contract 12 years – claims based on contracts under seal (starting from the “cause of action”)	Yes Housing warranties: HomeBond, Premier Guarantee (voluntary) Structural defect cover up to 10 years from completion (regardless liability) – dwellings only	Yes Housing warranties cover repayment of deposits or advance payments in case of builder's insolvency	Voluntary PI: architects, building surveyors, quantity surveyors (required by professional codes of practice) Third party liability insurance CAR (required by standard construction contracts)

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Italy	Yes – Civil code dispositions regarding construction liability and insurance	Weak – Liability mainly governed by legislation	Civil Code: 10 years from handover – stability defects 2 years from handover – any defects and non compliance with the project	Yes Law no 210 2/8/04 – compulsory decennial insurance for property sold to individual buyers Merloni Law 11/2/94 compulsory decennial insurance for public procurement projects exceeding Eur 10M	Yes Law no 210 2/8/04 – compulsory financial guarantees for off-plan property transactions with individual buyers to reimburse the buyer in case of the seller's insolvency	PI compulsory: architects (for public works only)
Latvia	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code Construction Law 1995	Weak – Liability mainly governed by legislation	Construction Law 1995: 2 years from handover legal defects warranty period Civil Code: 10 years from the act originating damage for contractual and extra-contractual liability	Yes Insurance covering removal of defects in case of contractor's failure within legal warranty period available (voluntary) (A part of builder's remuneration is retained as a guarantee of defects removal during legal warranty period-voluntary)	No	Mandatory third party liability insurance for principals and main building contractors

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Lithuania	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code Law on Construction	Weak – Liability mainly governed by legislation	Civil Code: Legal guarantee periods for building defects: 10 years – structural parts 5 years – all other building parts 20 years – defects intentionally concealed	No	No	Mandatory third party liability insurance: designers and building contractors (except "simple" projects)
Luxembourg	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code	Weak – Liability mainly governed by legislation	Civil Code: Contractual liability: 10 years – apparent or hidden defects affecting " <i>gross ouvrage</i> " and fitness for purpose of the building 2 years – serious defects affecting " <i>menus ouvrage</i> "	No Project of reforms regarding liability rules under discussion	No	Mandatory: PI architects and engineers
Malta	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code	Weak – Liability mainly governed by legislation	Civil Code: 15 years from completion – liability for defects affecting stability of the building	No	No	

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
The Netherlands	Yes – Contractually, standard contract forms act as a substitute for legislation in the field of construction liability	Important – Role of standard contracts in definition of liability (U.A.V., DNR, BNA, CR2006, GIW)	Standard contracts: Defects guarantee “maintenance” period 3 months up to 2 years UAV contracts: 5 years liability for latent defects 10 years – defects affecting stability and fitness for purpose Civil Code (general provisions): 2 years from notification of defects by the owner, maximum 20 years from handover	Yes – housing warranties for dwellings. They were made mandatory by a majority of Dutch local authorities for newly built houses. Covers repair of defects in case of contractor's failure/insolvency: 6 years from completion – general warranty 10 years from completion – serious structural defects causing the dwelling unfit for habitation	Yes Housing warranties provide cover of additional costs of completing the construction in case of insolvency of the builder	Voluntary PI: architects (required by the professional body) Voluntary: Third party liability insurance, CAR (requirements of standard contract forms and of professional organisations)

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Poland	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code Building Law 1994	Weak – Minimum liability defined by legislation	Civil Code: 3 years legal minimum warranty for building defects General limitations: 3 years from discovery of the damage but no more than 10 years from originating act (20 years for damages resulting from crimes)	No	No	Mandatory PI: all persons fulfilling “independent technical functions in construction” (architects, engineers, urban planners..)
Portugal	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code	Weak – Liability mainly governed by legislation	Civil Code: 5 years from handover for defects likely to cause partial or total destruction of the building	No Project of mandatory construction defects insurance under debate	No	Mandatory PI: persons involved in design, supervision and project management

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Romania	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code and law no 10/1995	Weak – liability mainly governed by legislation	Law no 10/1995: 10 years – liability for hidden building defects and consequential damages Liability for structural and resistance defects resulting from non respect of design and execution norms lasts for the whole useful life of the building	No	No	
Slovakia	Yes – Specific provisions relative to constructor's liability in the Civil Code and Commercial Code	Weak – liability mainly governed by legislation	Liability for building defects (warranty): Civil Code: 3 years from handover (may be modified contractually) Commercial Code: 5 years from handover	No	No	Mandatory PI: architects and engineers
Slovenia	Yes – Construction Act Civil Code	Weak – liability mainly governed by legislation	Civil Code: 10 years from acceptance – defects affecting solidity of the building	No	No	Mandatory Third party liability insurance: all main participants to construction operation

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contractor in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Spain	Yes – Law 38/1999 (LOE)	Weak – Liability mainly governed by legislation	Law 38/1999 (LOE): 1 year – all material disorder resulting from defective performance (builders) 3 years – “ <i>ruina funcional</i> ” defects affecting suitability for habitation (all participants) 10 years – “ <i>ruina material</i> ” defects affecting structure and viability (all participants)	Yes Law 38/1999 (LOE) 10-years liability cover (insurance or guarantee) mandatory for dwellings only Insurance or guarantee covering 1,3 and 10- years liability (for buildings other than dwellings) available on voluntary basis	No	Mandatory PI: architects in some regions

Countries	Liability			Insurance		
	Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Duration of main liabilities	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)	Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances
Sweden	Yes – contractually, standard contract forms act as a substitute for legislation in the field of construction liability	Important – Role of standard contracts in definition of liability (AB04, ABT06, ABK 09, ABI09)	Standards contracts: Defects guarantee periods (varying depending on the contract, ex. AB04) 10 years liability for major defects caused by negligence	Yes Law 1993:320 on Construction Defects Insurance: Mandatory Building Defects Insurance for all permanent dwellings (covers construction defects regardless builder's liability up to 10 years from completion) Voluntary – completion warranties covering repair of defects within the contractual “defect guarantee” period in case of builder's failure (mainly for dwellings)	Yes Voluntary – completion warranties covering additional cost of completing the works in case of builder's failure Deposit guarantees and Advance payment guarantees available in the framework of purchases of from “tenant-owners” societies	Voluntary: PI – widespread market practice Third party liability insurance CAR (required by standard construction contracts)

Countries	Liability	Insurance
Specific constructor's liability framework	Role of contract in formation of liability	Mandatory or widespread building defects cover (post completion)
Securities against contractor's insolvency (before completion)	Other mandatory or widespread construction insurances	
United Kingdom	Yes – Specific liability regime (dwellings only) Defective Premises Act 1972 Medium – Minimum contractual liabilities governed by law Standard contracts widely used (JCT, GC/Works/1, FIDIC)	Limitations Act 1980 : 6 years – claims under tort or contract 12 years – claims based on contracts under seal (starting from the “cause of action”) Defective Premises Act 1972 (dwellings only): 6 years from completion of original works or any further works done to rectify defects Yes Voluntary housing warranties for dwellings (ex. NHBC): 2 years from completion – cost of repair of defects in case of builder's failure, 10 years from completion – damages affecting structural elements of the building (regardless liability) Yes – Housing warranties include cover against fraud or insolvency of the builder before completion of works (dwellings only) Mandatory PI: architects Voluntary PI: other professional consultants (requirements of professional codes of practice) Voluntary CAR, Third party liability insurance (frequently required in standard construction)

BIJLAGE 2. HET FRANSE SYSTEEM VAN KWALITEITSBORGING IN DE BOUW MEER IN DETAIL BESCHREVEN (AUTEUR F. BLANC)

Private liability and insurance to promote compliance – building norms in France and the state as “facilitator”, not “enforcer” (Case Study – April 2012)

SUMMARY

In 1978, France introduced significant changes to its system of construction safety control. Since 1804, the French system is based on a ten-year liability rule for builders, and very limited involvement of the state in inspecting construction works.

Prior to reform, however, the system had serious imperfections. It was difficult, costly and sometimes impossible for owners to get builders to compensate for damages caused by poor workmanship and violations of norms.

The reform introduced a more comprehensive system, whereby all actors in the construction system are linked. The state continues to be more a “facilitator” and does not intervene frequently. Owners, architects and builders are all required to hold insurance covering potential damages.

Most conflicts are settled directly between insurers without the need for court cases. A new element is added to the system: technical controllers, who are independent (licensed) third parties and are required for high-risk objects or structures.

Overall, construction control in France is risk-based. Highest risk objects require specific permits. Medium-risk objects need a safety visit before opening. Lower risk objects require only a construction permit. Independent technical control is required only for specific high risk objects, or in high risk areas (seismic risk).

At the same time, for all risk levels, the control of structural safety and building techniques is done not by state authorities, but by contracting parties themselves and by independent technical controllers. Details of structural elements and techniques are not required for the construction permit application and issuance.

This approach has a positive impact on making the construction permit process faster and less costly, which is reflected in *Doing Business* ratings. Receiving inspectors' visits and getting construction officially declared "completed" have zero official costs (no payment to state authorities), and do not add to the overall length of the process.

France ranks overall 30th on this indicator, but would even rank far higher if one looks only at the "construction permit and control" part. Connection to utilities is somewhat costlier and longer, and brings down the overall ranking.

At the same time, the French approach appears to deliver satisfactory results in terms of compliance with rules, quality and safety of buildings. Safety indicators are comparable to other countries in Western Europe, which have far heavier state controls and inspections of building processes. Quality indicators have been improving over time.

The system draws remarkable political consensus in France. Over 35 years, several small reforms have further clarified some elements of the rules on liability and insurance, but the general principles and system have remained untouched.

WHAT WAS THE SITUATION BEFORE THE REFORM?

State control of compliance with building norms was already minimal

The construction permit process and building safety control system in France is relatively unusual because state involvement is limited.

Since a reform in 1967, authorities grant construction permits based on zoning rules and their own priorities in terms of local development and esthetic considerations, but do not require details on structural elements and techniques in the permit application.

Inspections of the construction process by state agencies or municipal agents are very rare. This was the case before the reform, and remained so afterwards.

This does not mean that construction was (or is) "unregulated". A number of mandatory norms covering safety and quality of buildings existed. The primary mechanism of enforcement was the ten-year liability of builders, which could be enforced if needed through the courts.

Builders had to repair or compensate the owners if any damage occurred making part or all of the building unusable or unsafe before the end of this ten-year period.

The system's foundations were laid in 1804 in the original (Napoleonic) Civil Code, in its article 1792, which is still today the core article for building liability

regulations: “if the building¹ constructed at the agreed price collapses, in whole or part, by a fault of construction (...) the architect and constructor shall be liable for it for ten years”.

The ten-year liability rule was working imperfectly

Up to 1978, however, while builders (architects, developers) were legally liable for ten years (or less for some specific parts of the works), there was no full mandatory insurance requirement. In theory, since reforms starting in 1940 and culminating in 1967, architects and builders had to hold insurance to cover their liability. In reality, many did not.

This meant that many owners or developers were left with no recourse in case of building faults if builders/contractors went bankrupt in the meantime, or simply had insufficient resources to cover the damage.

Even when builders were insured, owners often had a difficult time getting the insurance to pay up, requiring lengthy and costly court cases to succeed. Overall, the system was often not working.

Many buildings were found to be of sub-standard quality of construction, as owners and developers had insufficient capacity to really check the contractors' workmanship.

Reform was needed, and brought about by the *Spinetta Law*, which was adopted in 1978 and entered into force in 1979. The system as it stands today is still built on it, with a number of further elaborations, none of which has really changed its essential structure.

WHAT WERE THE KEY REFORMS AND WHAT DID THEY TRY TO ACHIEVE?

Require insurance for all actors of the construction process

The main change introduced by the *Spinetta Law* was to extend the requirement to hold insurance on the construction process. From 1979, not only architects and builders, but also owners (or contracting authorities) have had to hold insurance against potential faults in construction.

The core of the system is indeed to rely on insurance companies to settle claims between themselves (avoiding litigation as much as possible) and to enforce some “discipline” on construction professionals in the form of higher premiums for those with a poor track record.

1. The definition of “building” has gradually been precised – it includes essentially “closed premises in which people reside or work” and excludes public infrastructure such as roads, bridges etc. – part of the regulations described here apply to such infrastructure, but not all.

All actors of the construction “chain” are thus required to hold insurance covering the building process: first the *maître d’ouvrage* (owner, developer, contracting authority), then the *maître d’œuvre* (architect, engineering firm, primary contractor), in parallel the technical controller (see below), and finally all the building contractors.

All actual builders (be they firms or craftspeople) have to hold insurance, as long as they are hired directly by the *maître d’ouvrage* (sub-contractors of the primary contractor do not *have to* hold insurance by law, though the primary contractor may request it).

Exceptions to the insurance mandate exist only for the *maître d’ouvrage* for (i) small individual houses for own use, (ii) large companies building for their own use and (iii) the state or local authorities building for their own use.

In the first case, the exemption reflects limited scope of potential damage and reluctance to over-regulate self-construction – in the second and third cases, the *maître d’ouvrage* is assumed to have enough scale to handle potential conflicts with builders and insurers itself.

The owner’s insurance covers against all damages to the building due to any cause (except natural disasters and similar events, which have to be covered by specific insurance). The owner’s insurer directly reimburses the owner for damages when they occur during the 10-year period. This insurer should then recoup the costs from the relevant liable party (architect, contractor etc.) or their insurer. The process in the vast majority of cases should take place without intervention from the owner, and without the owner having to wait or incur any additional problems. It would also happen mostly without a court process.

Insurance companies would settle claims directly between themselves. Only in exceptional cases if conflicts occur as to the scope of insurance and liability, these would get resolved by courts.

Introduce a system of third-party technical control for high-risk objects

The *Spinetta Law*’s second major innovation was the introduction of mandatory technical control, performed by third parties. Before reform, there was mostly no mandatory control on the construction process. After reform, actual control during construction is still not done by the state, but by licensed technical controllers.

Technical controllers (licensed by the state) intervene at the request of the owner or developer (or contracting authority of whatever type). Their presence is mandatory for certain types of structures or locations, again according to risk level.

The buildings, for which the intervention of a Technical Controller (the Controller is a firm, not just an individual) is mandatory are:

- “Establishments receiving the public” (e.g. hotels, stadiums, shopping malls, restaurants etc.) except for the smaller ones (less than 100-300 people depending on type of structure)
- High-rise buildings
- Buildings (except factories or other buildings used for manufacturing only) with structural elements of particularly high length, major depth of foundations or underground sections, major cantilevered elements etc.
- A larger set of buildings (including many residential buildings, except the smallest and most minor ones) in areas with higher seismic risk (areas defined by government decree).

Technical controllers intervene to audit the detailed implementation plans developed by architects and contractors, and submit a report to the owner. Further on they regularly check the implementation of works, and likewise report any issues to the owner (developer, contracting authority).

It is then the responsibility of the owner to demand corrections and improvements from the relevant contractors, if there is any issue. In order to insure buildings after completion, insurance companies will usually ask to see the reports from technical controllers. They may demand higher premiums if problems were flagged, that were not addressed.

The mandatory missions of technical controllers are defined by the same regulations that mandate their involvement (i.e. what they have to check is also defined). They may, however, check further aspects of the building upon the owner’s request.

In addition, insurance companies will often require a technical controller to have been present in order to insure the building after completion. Therefore, technical control is widely applied for most buildings of a significant scale.

In any case, the Technical Controller’s work is paid for entirely by the owner (developer, contracting authority).

Technical controllers also bear liability, both civil and penal, along with the other actors (architects and contractors) of the building process (which ones exactly bear liability having to be determined in each case).

Finally, compliance with norms of *certain elements* of buildings has to be verified in a more formal and systematic way, again based on a risk-level principle. Electrical and gas installations inside buildings have to be verified and certified, with a dual system. *[Note: this was introduced a few years before the Spinetta Law, but fits together with it]*

For works in private houses (the owner contracts works for his/her own use), the contractor self-certifies, and a “semi-state/semi-NGO” institution (the CONSUEL)

decides (based on the contractor's track record and complexity/risk level of the installation) whether to inspect and verify, or to accept the self-certification. For works in buildings for commercial use, or housing for sale or rent (built by developers), certification by authorized third-party certifiers is mandatory.

State control of building safety and norms remained risk-based

The *Spinetta Law* did not really change the system of control by state or local authorities. The fundamental characteristic of the French system remained: actual inspections by public bodies are rare, and only for specific types of buildings or premises.

The system was nonetheless progressively strengthened and clarified, in particular in 1980 (new *Safety Regulation for Establishments Receiving the Public*) and 1982 (EU *Seveso Directive* on high hazard establishments). Further amendments were made in the 1990s and 2000s, reinforcing controls for the riskiest facilities.

The level of control on the construction of buildings, and on their start of operation, is linked to their level of risk.

The most hazardous buildings (e.g. power plants, chemical factories etc.) are subject to a specific permit, in addition to the construction permit itself, that covers environmental and safety aspects is issued by a specialized directorate, with highly qualified staff, the Inspectorate for Classified Installations.

Buildings, which present no inherent hazard by their nature, but can host large numbers of visitors or residents ("establishments receiving the public", e.g. hotels, stadiums, shopping malls, restaurants etc.) are subject to a control visit before being allowed to open. This is done by the "safety commission" which gathers firefighters, police and local government.

It verifies that they conform to safety norms regarding emergency exit, evacuation etc. These control visits do not, however, relate to the building structure at all.

For larger facilities (more than 100-300 potential visitors at a given time, depending on the type) this visit is mandatory – for smaller ones (e.g. most cafes and restaurants), it is up to mayors to decide whether they want such a control visit to take place before opening, or not.

There are no such permits or control visits for other buildings (residential), which are only subject to usual construction permits. The smallest individual houses are subject to the least control (the plan for the construction permit does not even have to be drawn by an architect).

Larger individual houses and all collective housing buildings require an architect with a recognized degree to have prepared and signed the plans (and to thus bear liability).

These different procedures, in any case, apply only to permitting itself – before start of building, or at the end of it (for the “safety commission”). Apart from some random monitoring (very rare given the less than 100 inspectors for the whole country), there is no state (national or local) inspection at the construction phase.

The Inspectorate for Classified Installations may visit during construction, but very rarely does it (it usually comes once operations start, since this is the moment when actual hazards can materialize).

WHAT WERE THE ACTUAL OUTCOMES?

How does the system work?

The system foreseen by the *Spinetta Law* outlined above has now been working for close to 35 years. The authority to issue construction permits was transferred for most cases to municipalities in 1983 (*Decentralization Law*). This did not change the way control is exercised. Municipalities do not inspect construction sites.

While some aspects of the system were strengthened (regulations on high hazard facilities, see above), the overall process was liberalized a few years ago. Since a 2005 reform (which fully entered into force in 2007), construction permit decisions are subject to a maximum waiting time. Non response by the end of this delay results in “silent consent”. The permit is considered granted automatically. Requirements for permits for very small constructions or minor changes to existing buildings have also been simplified.

The expected results of the reform were that conflicts and litigations would be reduced, owners and contracting authorities better protected, and overall buildings safer and of higher quality.

The primary goal has been reached, in that the vast majority of cases of ten-year liability are handled directly by insurance companies between themselves. Owners are better protected, the system is generally fluid and does not overload the court system.

To better assess the effectiveness of the system in terms of quality and safety, a closer look is needed. Understanding how norms and regulations in construction function in France is needed.

Norms and regulations – flexibility and interpretation

Like standards in other areas, building “norms” (or standards) in France are developed and adopted by a commission that gathers the relevant actors in the sec-

tor. It regroups private companies and public institutions (it is led by a public institution, the Scientific and Technical Centre for Construction).

These standards or norms are not, by themselves, legally binding documents, and are not adopted by the government (or parliament). Strictly speaking, they are not automatically “mandatory”. The legislation on construction does not always make reference to them (and, for instance, the article 1792 of the Civil Code, even after its latest amendments, does not mention them).

In practice, however, these norms (called DTUs i.e. *Documents Techniques Unifiés*, “unified technical documents”) are mandatory. Some of them, because they are specifically endorsed by government decrees, but most of them simply because they are considered as a requirement within the framework of the 10-year liability and insurance. [note: the system is evolving as part of European harmonization of building norms but the outline remains essentially similar]

Construction contracts between private parties may or may not specify the use of all or some norms, and may even refer to foreign norms if both parties so decide. The use of French norms is only mandatory in contracts involving public contracting authorities (state, local authorities).

The law, however, authorizes insurance companies to refuse coverage to architects, builders, contractors etc. in case they have not followed “state of the art” practices in building.

This means that, if damage to the building arises and the 10-year liability is applicable, the insurance company may (and generally will) refuse to cover, thus leaving the entire bill to the liable contractor, if this contractor has not followed the relevant norms (DTUs etc.). For all practical purposes, these DTUs/norms are thus mandatory for builders.

There remain several differences (mostly positive) between this use of “quasi-mandatory” norms and fully mandatory, state-edicted technical norms – in France:

- Technical norms are developed primarily by the actors of the construction industry itself (supported by public institutions, but not necessarily in a leading role), thus reducing the cost of such development for the state, and ensuring that latest techniques are reflected, and the various economic perspectives reflected
- The fact that they are not strictly legally mandatory in private contracts means that (admittedly in rare cases) a construction contractor may offer to its client a technical solution that is *more advanced* than the applicable norms (and thus would afford even more safety or reliability, for instance, even if at a higher cost)
- There is no *legal* (e.g. criminal) liability for the contractor, if a disrespect of norms has not had any adverse effect on people – if there are only economic

consequences, there are only economic costs (i.e. if damage occurs, the insurance may refuse to pay and leave costs on the contractor)

- On the other hand, the courts are not bound by the technical norms, but only by the law itself – which prescribes that the building has to be “fit for its intended purpose”, and that the ten-year liability applies to such “fitness for purpose”.
- Courts have repeatedly found that respect for current technical norms is not enough, and that the building has to be actually built in such a way that it can be effectively used.²

The definition of “fit for purpose” has also evolved based on court decisions, encompassing gradually more aspects (such as noise, energy efficiency etc.), without the need for revision of the legislation – based on changes in technology and society as recognized by the courts.

Effectiveness and costs

It is not easy to fully assess and compare effectiveness and costs of different systems of regulation and enforcement in construction and construction safety. Most countries do not systematically maintain, or release, statistics on faults in construction when they do not involve loss of life. Even statistics on deadly incident are not held in similar manner in all countries.

The link between incidents and disrespect for norms is also not always demonstrated (in many cases there may be none). Finally, the link between respect for norms and regulatory system is also not necessarily direct.

Estimating the costs of the regulatory system is likewise difficult. It is hard to obtain data on direct costs for the state (regulator and inspectors, and associated buildings, equipment etc., for instance) – harder still to estimate costs for the private sector.

That being said, the following can tentatively be said for the French system:

- The results in terms of safety do not appear worse than in neighbouring or comparable countries – e.g. ratio of deaths in fires (not a perfect proxy for building safety, but likely to indicate any very major problem) is roughly similar throughout all Western Europe countries, France included – the very limited intervention of the state in safety inspections does not seem to have adverse effects on this front
- Costs for the state are relatively limited (very small inspection structure, support to a few “facilitating” bodies on norms, insurance etc. but overall not a large control apparatus as in many other countries)

2. e.g. 2006 ruling that respecting norms on noise-proofing was not sufficient if the building’s location and characteristics meant this was not enough to bring noise levels inside down to a level appropriate to their use. The contractors had to go *beyond* these applicable norms.

- Indicators on construction “quality” (i.e. percentage of buildings where insurance claims are filed, and costs of repairs compared to total cost of the building, show a long-term declining trend of repair costs as a percentage of construction costs, going from over 4% in the 1990s to around 3.6% for buildings completed after 2001 – that these figures are overall low (less than 5%) and declining is a positive sign of the system’s effectiveness.³

Looking in more details at this last indicator (costs of repairs as a percentage of initial construction cost), the long-term effects of the system are encouraging. It seems that gradually the liability and insurance system may have increased compliance among builders, including at the “small end” of the market.

From 1995 to 2001, for instance (construction date of buildings), the total cost of repairs on individual housing (built for private owners) has decreased particularly strongly, from 8.4% of initial building costs to only 5.7%.

Private owners are the most affected by faulty building practices because of their more limited capacity to supervise, and less frequent use of technical control. Hence this improvement is particularly encouraging.

In other terms, the reliance on a system of liability and insurance, with state regulation but limited state involvement in *enforcing* this regulation, appears to be working in a satisfactory way – and has been working in this way for now close to 35 years.

Costs of the system are spread throughout the system and, in a final analysis, borne by the buyers of real estate – and compared to other components of the price of real estate, they are most likely quite marginal.

A longer term reform process

The 1978 reform takes place in a longer-term effort to improve construction permits and regulations. The difficulty has been to find a way to reconcile two objectives: simplifying processes, and ensuring quality and safety.

In 1967, a major law on development and zoning was adopted. It organized the zoning process, and linked construction permits to it. Issuance of permits would be based only on compliance with zoning, and not on a multitude of technical requirements, as in previous legislation.

In 1969 and 1970, simplified permits and “silent consent” were introduced – but the procedures were not correctly designed. Abuses were numerous. These procedures were abandoned in 1976.

3. Source Agence Qualité Construction.

The 1978 *Spinetta Law* on the contrary provided a stable basis. Its success in ensuring safety and quality meant that further simplifying the permit process was possible. First, most responsibilities for zoning and permitting were transferred to municipalities (1983). Then, in 2005-2007, simplified permits and silent consent were re-introduced.

The logic of the reform process has been to transfer responsibilities for compliance on private actors. Norms are edicted, and the state has the power to enforce them, through courts in particular. But day-to-day control is not done through state inspections. Construction permits require only basic plans and no detailed technical specifications. The liability of private contractors, the mandatory insurance and technical controllers are the three elements which ensure compliance.

These successive changes have had direct (positive) consequences on *Doing Business* ratings, and on the ease of construction in France. Waiting time for the permit itself is shorter, and apart from connection to utilities, waiting time (and costs) for other steps are practically nil.

LESSONS LEARNED AND APPLICABILITY FOR OTHER COUNTRIES

The French case study suggests that a construction regulation system can actually function with very minimal state involvement in control and enforcement of these regulations, if an alternative system is in place to ensure compliance.

In France, the system's effectiveness rests fundamentally on:

- A strong insurance system (with companies with the means to cover the insured risks, and a reliable cooperation between them, that avoids litigation in most cases)
- The role of the state as regulator of insurance companies – without these, such a system could not work as examples around the world of systems having only parts of the French system show
- Independent and smart courts: the court system has not only regularly ruled to enforce the constructors and insurance companies' obligations, but it has actually expanded them over time through an extensive interpretation of the "fit for intended use" clause of the Civil Code.

[Note: There are some partially similar ten-year liability rules in other countries with legislation based on the Civil Code (e.g. Spain and Italy) but they are not as comprehensive, and not as linked with insurance and technical control legislation – France's system is up to some point unique in this respect.]

Pending more thorough evaluation, this system appears to function at a cost that is relatively minimal for the state, with appropriate flexibility but also with a good level of protection for owners/contracting authorities, and for the public.

A certain number of features of this system may be very useful in reforms elsewhere:

- Emphasizing the liability of private parties (contractors of all kinds) may be a more powerful tool than state inspections to ensure compliance with norms
- Leveraging the power of the market (“bad” contractors have difficulty to insure themselves, or do so at a higher price) may again be a stronger incentive than the fear of fines or sanctions
- Leaving the details of the technical solutions to the private sector often makes sense, whereas the state regulates only the key parameters of technical safety and the essential rules of the construction process
- Reviews of systems based on frequent controls by state/public authorities suggests⁴ that they are not always effective, because the construction process progresses every day, and no inspector can be there always and everywhere – in this perspective, again, the combination of liability and insurance (and perhaps specialized technical control) may in fact be more effective.

EFFECTIVENESS OF THE SYSTEM – FURTHER DISCUSSION

As indicated, there is no perfect and unified database on construction faults – nor on their effects. The Ministry in charge of housing and construction does not maintain a systematic base of all building-related accidents. This accounts for the prudence in the wording of this case study: real proof often needs real data.

The ministry does, however, conduct a few hundred “monitoring” (or “inspection”) visits a year, mainly in collective housing, to track compliance with some regulations. Not all these controls relate to safety – many focus on energy efficiency, and accessibility to disabled persons. Safety-related controls also do not differentiate between “essential requirements” (shown by experience to have most effects on life losses) and others (with less impact).

As a result, this is clearly an imperfect source of information. That said, it gives some interesting elements:

- Compliance with regulations on height of railings and windows is between 80% and 90% (considered as a serious potential for life hazard and subsequent

4. http://www.ilent.nl/Images/Castle%20or%20House%20of%20Cards_tcm334-321791.pdf on the Netherlands’ system (official review).

liability). For the remaining 10-20% is not clear how serious the non-compliance is, it could be mere centimeters.

- Also compliance between 80% and 90% with rules on access for fire-fighters, and possibility for stretchers to pass through corridors etc. (again: considered as potentially life-threatening situations by the inspection but in reality cases where this is actually made use of for rescue operations are extremely rare, if they happen at all)
- Around 80% compliance with fire safety requirements on visible parts of the structure and building materials. Here it is known that these are rather complex requirements which can easily be misinterpreted.
- Far lower compliance with rules on accessibility to disabled people (80-90% on many parameters, but only 40% on pathways, probably the most important), ventilation (around 50% non-conformity), but also on some fire safety rules (30-55% non-compliance on points like: smoke ventilation, mandatory display of instructions, mandatory periodic safety checks, smoke extraction in specific areas etc.). These might all be characterized as less than life threatening.

The conclusion from this data can thus be interpreted rather positive, starting with the observation that the number of requirements falling on buildings is so high that compliance with all of them is extremely unlikely. As we know from studies all over the world, all regulation sets have a serious percentage of obsolete or symbolic rules in them. It seems that the inspections show that most critical safety requirements are being observed in the majority of cases, whereas more “secondary” (in the perspective of life-loss potential) rules are more often neglected. Many of the fire safety rules that are often violated, for instance, have limited impact in real-life situations.

As a preliminary explanation we would suggest that the focus on liability rather than inspections means that architects, builders etc. prioritize rules that they know are essential, and which may bring them serious legal and financial harm if disregarded (because important damage, or loss of life could occur). In this way, a form of *de facto* prioritization of norms occurs, which helps economic actors deal with the proliferation of regulations.

LINKS FOR FURTHER INFORMATION

Legislation

- 1804 Civil Code, article 1792:
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f438.image>
- 1961 Decree on construction regulations (showing the far more prescriptive regime existing prior to reforms):

- http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19611205&pageDebut=11169&pageFin=&pageCourante=11169
- 1967 Law on land development (zoning in particular – reforming the 1961 law):
http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19680103&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003
 - *Spinetta Law* as adopted in 1978:
http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_rtf.do?idTexte=LEGI-TEXT000006068620&dateTexte=20120425
 - *Safety Regulation for Establishments Receiving the Public* adopted in 1980 (amended repeatedly but on relatively minor aspects – general logic remains in place):
http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800814&numTexte=&pageDebut=57363&pageFin=
 - Construction and Housing Code (current) on safety regulation for establishments receiving the public:
http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3A110C0A04E-D910ACB0C841B786118D9.tpdjo02v_3?idSectionTA=LEGISC-TA000006160487&cidTexte=LEGITEXT000006074096&dateTexte=20120427
 - Civil Code (current) on 10-year liability (articles 1792 and 1792-1 to 1792-7)
http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CCB1877E-E332BB92B8C86775025C576E.tpdjo02v_3?idSectionTA=LEGISC-TA000006150293&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120425
 - Insurance Code (current) on mandatory insurance:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006795912&idSectionTA=LEGISCTA000006157911&cidTexte=LEGITEXT000006073984&dateTexte=20120425>
 - Construction and Housing Code (current) on technical control:
http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=32A7CEA0AFB9-CE1FEAA20615358B7BA2.tpdjo02v_3?idSectionTA=LEGISC-TA000006176239&cidTexte=LEGITEXT000006074096&dateTexte=20110207
 - Construction and Housing Code (current) on construction permits and regulations applicable to buildings:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006815663&idSectionTA=LEGISCTA000006158675&cidTexte=LEGITEXT000006074075&dateTexte=20120427>
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000020103215&idSectionTA=LEGISCTA000020103213&cidTexte=LEGITEXT000006074096&dateTexte=20091113>

Analysis

- Overall summary of the history of construction permits in France
<http://www.coin-urbanisme.org/autorisations/permis/introduction/historique.html>
- Agence Qualité Construction “Sycodès” database
<http://www.qualiteconstruction.com/observation/sycodes.html>
<http://www.qualiteconstruction.com/fiche-publication/collection/observatoire-de-la-qualite-de-la-construction/publication/tableau-de-bord-sycodes-2011.-html>
- Agence Qualité Construction Report on Construction Control in Europe
<http://www.qualiteconstruction.com/fiche-publication/collection/observatoire-de-la-qualite-de-la-construction/publication/la-qualite-de-la-construction-en-europe.html>
- Discussion of the *Spinetta Law* after 25 years
[http://www.smaibtp.fr/WebCommun/web_mediatheque.nsf/SPI/4A6810E-D621D03D8C1256F27002F4EFE/\\$FILE/actes_colloque_25_ans.pdf?OpenElement](http://www.smaibtp.fr/WebCommun/web_mediatheque.nsf/SPI/4A6810E-D621D03D8C1256F27002F4EFE/$FILE/actes_colloque_25_ans.pdf?OpenElement)
- Short legal analysis on the insurance aspects
<http://www.juriste-immobilier.com/lobligation-dassurances-en-matiere-de-construction.html>
- Summary of the legal aspects and implications of the latest update of the *Spinetta Law* (2005):
http://www.auxiliaire.fr/infosbtp/lepoinsturdetail.php?zo_id=32
- Example of documentation on the insurance contracts from the perspective of the owner or contracting authority:
http://www.oralia.fr/fiches_pratiques/014_FichesOralia.pdf
- Example of summary of their obligations for construction companies/contractors:
<http://www.ophi-systeme.fr/LinkClick.aspx?fileticket=YV2tyBxbo3Y%3D&tabid=76&language=fr-FR>
- Example of court decision expanding the scope of contractors’ liability (2006 ruling):
http://www.memoireonline.com/10/11/4901/m_La-loi-du-12-juillet-2010-portant-engagement-national-pour-lenvironnement-et-la-responsabilite-de43.html
- Definition of the *Documents Techniques Unifiés* (Wikipedia):
http://fr.wikipedia.org/wiki/Document_technique_unifi%C3%A9

BIJLAGE 3. VERSLAG MINICONFERENTIE OVER (RISICO)AANSPRAKELIJKHEID IN DE BOUW

B3.1 INLEIDING

Op 14 februari was er een miniconferentie over de voorlopige resultaten van het Crisislabonderzoek ‘Risicoaansprakelijkheid als toezichthoudend mechanisme?’ in de bouw. In dit verslag is kort uitgewerkt wat er tijdens de conferentie is besproken. Concluderend geven de onderzoekers aan wat de resultaten betekenen voor het onderzoek.

B3.2 OPENING TJITSKE DE HAAS

Het Crisislabonderzoek ‘Risicoaansprakelijkheid als toezichthoudend mechanisme?’ wordt in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties uitgevoerd om (meer) inhoud te geven aan het advies van de commissie-Dekker: *‘Privaat wat kan, publiek wat moet’*. De centrale onderzoeksvraag is het in kaart brengen van de mogelijkheid en randvoorwaarden om een regeling voor aansprakelijkheid te gebruiken als kaderstellend instrument voor kwaliteitsborging tijdens de bouw.

Vooraf is het belangrijk te vermelden dat voor BZK dit in praktijk betekent dat onder het huidige kabinet in ieder geval een zogenaamd ‘dual spoor’ gehandhaafd blijft. Er blijft dus privaat en publiek spoor van toezicht en handhaving. Er is eveneens voor gekozen om verschillende kwaliteitsborgingsinstrumenten te hanteren en niet slechts één.

Mede op basis van dit onderzoek wordt aan een wetsvoorstel gewerkt dat voor de zomer klaar moet zijn.

B3.3 INTRODUCTIE IRA HELSLOOT

Het belangrijkste resultaat van het onderzoek, tot nu toe, is het feit dat risicoaansprakelijkheid als toezichthoudend mechanisme in de bouw kán werken. Deze

conclusie is gebaseerd op interviews met Nederlandse en internationale experts op het gebied van de bouw, daarnaast komt de conclusie overeen met (internationaal) wetenschappelijk onderzoek.

Wij concluderen dat risicoaansprakelijkheid als toezichthoudend mechanisme zal leiden tot een betere garantie bij schadeloosstelling na bouwfouten of ongevallen. Maar dit zal eveneens leiden tot hogere kosten voor bouwbedrijven, omdat zij meer taken zelf (in combinatie met verzekeraars) zullen/moeten organiseren.

Voor de volledigheid moet opgemerkt worden dat in dit onderzoek alleen gekeken is naar de werkzaamheden tot oplevering (dus van ontwerp tot ingebruikname). De invloed van (en omgang met) aansprakelijkheid en onderhoud van een bouwwerk is geen onderwerp van het onderzoek geweest.

De voorlopige resultaten van het onderzoek werden vervolgens aan de hand van enkele expliciete stellingen gepresenteerd om de discussie tussen de deelnemers te bevorderen.

B3.4 NOODZAAK BOUWTOEZICHT

Stelling 1: Zonder bouwtoezicht gaat het ook wel goed, in de zin dat bouwbedrijven even (on)veilig zullen blijven bouwen als nu het geval is vanuit bijvoorbeeld welbegrepen eigenbelang. (Achterliggende vraag: wat zijn drijfveren voor naleving?)

In de discussie over deze stelling ging veel aandacht uit naar de vraag hoe de bouwmarkt zich verhoudt tot andere (consumenten)markten. Idealiter kan een consument die een product aanschaft wat niet aan zijn of haar verwachtingen voldoet, omdat het bijvoorbeeld bedorven is, een volgende keer naar een nieuwe producent stappen in de hoop dat de kwaliteit daar beter is. In de discussie werd dit ook wel als consumentenmarkt getypeerd. In deze situatie is het geen enkel probleem dat de spreekwoordelijke slager zijn eigen vlees keurt, deze wordt namelijk direct geconfronteerd met een dalend consumentenvertrouwen als zijn vlees slechter van kwaliteit is dan dat van de buurman.

Door veel aanwezigen werd betwijfeld of er in de bouw wel sprake is van een consumentenmarkt. Particulieren hebben namelijk niet alleen een informatieachterstand: zij zijn niet op de bouwplaats aanwezig en kunnen moeilijk door muren heen kijken en zien dus (mogelijk) alleen oppervlakkige constructiefouten, maar zullen per definitie niet snel terugkomen bij een makelaar/aannemer vanwege de lange doorlooptijd van een huis. De positie van de consument/opdrachtgever/eigenaar is dus een andere dan in sommige andere markten.

Een tweede breed gedragen constatering is het feit dat bouwbedrijven (in de breedste zin van het woord) weinig verantwoordelijkheid nemen. Er houdt niemand op de bouwplaats regie, dat is problematisch met de verschillende nationaliteiten die tegenwoordig op een bouwplaats rondlopen. Er is (veel) slordigheid en sommige bedrijven lopen de kantjes eraf. Er is ook geen grote prikkel om regels strikt na te leven. Controle is beperkt, (straf)vervolgning nog beperkter en succesvolle financiële aansprakelijkstelling al helemaal. In de Cobouw is dit proces ooit omschreven als: 'We spuiten ons busje over en we beginnen opnieuw.'¹

In het kader van de huidige economische crisis leeft onder veel aanwezigen de gedachte dat het met de veiligheid nu nog slechter gesteld is. In een laagconjunctuur zitten veel bouwbedrijven al onder hun marge – die ze overigens nog wel proberen te compenseren door veel secundaire kosten door te berekenen.

Een controlemoment van buitenaf wordt door veel aanwezigen dus noodzakelijk geacht.

B3.5 PAKKANS KWAADWILLENDEN BOUWBEDRIJVEN

Stelling 2: Echte kwaadwillende bouwbedrijven krijg je toch nooit te pakken voor het kwaad geschied is.

Onder de deelnemers is de algemene teneur dat er niet of nauwelijks werkelijk kwaadwillende bedrijven zijn, en dat bedrijven die echt kwaad willen (toch) niet gepakt zullen worden. Verschillende deelnemers zijn juist van mening dat er eerder sprake is van een grote mate van slordigheid, gebrekkige coördinatie en onkunde.

Bijna iedereen is het erover eens dat in de bouw te weinig generalisten werken. Aan de ene kant komt dit doordat veel (technische) experts zich steeds verdergaand specialiseren, terwijl aan de andere kant veel uitvoerend personeel een (relatief) steeds lagere opleiding heeft. Het resultaat is dat op de bouwplaats niemand de complexiteit van het bouwproces nog begrijpt.

B3.5 BOUW WIL MINIMALE AANSPRAKELIJKHEID

Stelling 3. De bouwsector zal zich altijd zo organiseren dat de kans op aansprakelijkstelling minimaal is, ook na 'begrijpelijke ongevallen'.

1. Wico Ankersmit (Cobouw)

Bij de behandeling van deze stelling ontspoon zich eerst een discussie over wat de onderzoekers precies onder risico- en schuldaansprakelijkheid verstaan. Conclusie was dat hier in een latere fase nog over gesproken zal worden.

Vervolgens ging het over de vraag wanneer aansprakelijkstelling precies wel en niet werkt. Als positief voorbeeld werd de burgerluchtvaart genoemd waar bedrijven zich om reputatie- en letselschade zorgen moeten maken (met als gevolg dat Europese overheden qua controle in de afgelopen jaren een stap terug gedaan hebben). Het aanwijzen van een aansprakelijke partij gaat daar dan ook gemakkelijk.

In de bouw is duidelijk dat een systeem van schuldaansprakelijkheid niet de gewenste resultaten oplevert. Chemie-pack, waar de aansprakelijke partij niet garant kan staan voor een schadeloosstelling, is slechts één van de voorbeelden die genoemd worden. Daarnaast wordt aansprakelijkheid van partijen regelmatig beperkt via contractuele clausules (denk aan de UAV of DNR), waardoor de ingewikkelde bewijslast bij de eigenaar komt te liggen.

Er worden hiervoor verschillende oplossingen besproken:

- Het vastleggen van één aanspreekpunt. Bouwen en ontwerpen staan op dit moment los van elkaar. Er klinkt (veel) instemmend 'ja' wanneer er gesproken wordt over de invoering van één aanspreekpunt.
- Een toezichtvakantie voor bedrijven die 'goed' werk leveren. Zij zouden door de overheid beloond moeten worden met minder controles. (Vraag is natuurlijk hoe dit georganiseerd wordt met veel verschillende partijen die bij het bouwproces betrokken zijn.) Er ontstaat geen discussie over dit voorstel.
- Een verzekeringsconstructie. Vragen die leven (en deels onbeantwoord blijven) zijn hoe het precies zit met de verzekeringspremie? Zullen de kosten niet (te) hoog zijn? En wat zijn de consequenties voor de kosten van gebouwen? In ieder geval wordt er, om Franse toestanden te voorkomen, voorgesteld niet te veel in de dekking mee te nemen. In Frankrijk zijn de kosten namelijk te veel gestegen, zo denken sommige aanwezigen te weten. Verder wordt gesteld dat de verzekeringsmarkt voor een gedeelte begrensd zal moeten worden, onder andere door liquiditeitseisen vast te stellen.

B3.6 AANSPRAKELIJKHEID IS HET RONDPOMPEN VAN GELD

Stelling 4: Een aansprakelijkheidssysteem in de bouw resulteert alleen maar in het rondpompen van geld.

Deze stelling gaat verder op veel punten van de vorige discussie, specifiek de vraag hoe een TIS (Technische Inspectie Service) geïntegreerd wordt in een sys-

teem met verzekeraar. Verschillende deelnemers horen positieve én negatieve geluiden over de huidige TIS-bureaus. Uit de discussie blijkt dat deze waarneming ook leeft binnen het CROW-instituut en dat er gewerkt wordt aan nieuwe eisen/contracten.

Met de stelling zijn veel aanwezigen het in principe eens. Wel wordt er opgemerkt dat kosten nu eerder over bouwbedrijven verspreid worden dan dat ze op het bord van de hele samenleving komen te liggen.

B3.7 WIE BETAALT, BEPAALT

Stelling 5: Wie betaalt, bepaalt: private kwaliteitsborgingsystemen zonder verplichte aansprakelijkheidsverzekering zijn conjunctuurgevoelig.

De deelnemers zijn het in principe met deze stelling eens.

Een van de problemen die geïdentificeerd wordt is de vraag hoe het precies zit met innovatie? Wordt wanneer de aansprakelijkheid van marktpartijen vergroot wordt niet een rem op innovatie gezet (en gekozen voor de veilige weg)? Onder de deelnemers zijn er verschillende geluiden te horen. De een kent voorbeelden waaruit blijkt dat er géén rem op innovatie zal komen, terwijl andere deelnemers daar sceptisch over zijn.

In ieder geval wordt erkend dat er bepaalde voorwaarden aan verzekeraars gesteld moet worden qua *solvency*, om te voorkomen dat verzekeraars bij een grote claim (en claims zijn bijna altijd groot) automatisch failliet gaan. Op Europees en nationaal niveau is het overigens al gebruikelijk eisen aan verzekeraars (net als banken) te stellen.

B3.8 CONCLUSIE

Voor de onderzoekers zijn een aantal discussiepunten van belang geweest:

- De discussie onderstreept de onderzoeksresultaten en vult deze aan.
- De invoering van een centraal aanspreekpunt (en de mogelijke consequenties daarvan) zal nadrukkelijker worden behandeld in het rapport.
- Op sommige punten moet duidelijk uitgelegd worden wat precies wordt bedoeld, om verwarring zo veel mogelijk te vermijden.
- De onderzoeksresultaten zullen in een brede context van ontwikkelingen in de bouwsector geplaatst worden, zodat duidelijk(er) wordt wat de implicaties van de onderzoeksresultaten zijn.

Omdat niet alle onderwerpen die tijdens de discussie zijn behandeld specifiek passen binnen het kader van het onderzoek is besloten dit verslag als bijlage toe te voegen.

BEGRIPPENLIJST

Aannemer: hoofd- of onderaannemer van een bouwwerk.

Adviseur: bouwpartij die een immateriële dienst levert in het bouwproces, zoals bijvoorbeeld architecten en constructeurs.

Bouwfout: alle afwijkingen geïntroduceerd tijdens de bouw van de doelstellingen van en technische vereisten uit de bouwregelgeving.

Bouwpartij: iedere private actor die bij de bouw is betrokken (denk o.a. aan aannemers, projectontwikkelaars en architecten).

Bouwstelsel: het geheel van, al dan niet wettelijke, afspraken en regels dat het bouwproces reguleert.

Certificering: het proces waarin door een onafhankelijke partij beoordeeld wordt of een product, een dienst, een proces of een persoon aan vooraf gespecificeerde eisen voldoet. Het certificaat is de verklaring waarin dit wordt bevestigd.

Dekkerstelsel: een bouwstelsel dat op hoofdlijnen de technische preventieve toets vanuit overheidswege op het voldoen aan de bouwvoorschriften afschaft en bij de bouw gebruik maakt van een instrument voor kwaliteitsborging.

Doelregelgeving: wetgeving waarin het te bereiken doel voor een betrokkene is omschreven.

Eigenaar: opdrachtgever, koper of bezitter van een bouwwerk.

Erkenningsregeling: zie private erkenningsregeling of publieke erkenningsregeling.

Erkenningsregeling bouwwerken: erkenning wordt in dit Dekkerstelsel verleend wanneer een bouwwerk aan vooraf geformuleerde eisen voldoet.

Kaderstellend instrument: een of meerdere generieke regelingen waarop/ waardoor de overheid geen detailtoezicht hoeft te houden op de uitvoering.

Middelregelgeving: wetgeving waarin de middelen (noodzakelijk voor het bereiken van een impliciet of expliciet beschreven doel) voor betrokkenen is omschreven.

Private erkenningsregeling: een erkenningsregeling waarbij bouwbedrijven onderling (bijvoorbeeld via een beroepsorganisatie of een ander orgaan) *vrijwillig* afspraken maken over de voorwaarden van erkenning. Hierop wordt vervolgens óók onderling gecontroleerd. Door de (privaatrechtelijk beschermde) voering van een keurmerk is het voor afnemers duidelijk dat een bouwpartij erkend is.

Publieke erkenningsregeling: een erkenningsregeling waarbij de overheid voorschrijvend en/of controlerend optreedt. Bijvoorbeeld door voorwaarden te formuleren waar erkenningsbureaus aan moeten voldoen, of meer gedetailleerd door voorwaarden te formuleren waar bouwpartijen aan moeten voldoen voor erkenning wordt verleend.

Regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwbedrijven: een Dekkerstelsel waarin via wet- en regelgeving de hoofdaannemer risicoaansprakelijk is voor de gevolgen van bouwfouten voor een bepaalde periode, tenzij deze kan aantonen dat er sprake is van overmacht.

Regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwers met verplichting tot verzekering: een Dekkerstelsel waarin via wet- en regelgeving de hoofdaannemer risicoaansprakelijk is voor de gevolgen van bouwfouten voor een bepaalde periode, tenzij deze kan aantonen dat er sprake is van overmacht. Onderdeel van het stelsel is een verplichting tot aansprakelijkheidsverzekering voor bouwpartijen.

Risicoaansprakelijkheid (of kwalitatieve aansprakelijkheid): een vorm van aansprakelijkheid gebaseerd op een wettelijke bepaling (of algemeen geldende maatschappelijke opvatting) waardoor de oorzaak van de onrechtmatige daad voor iemands rekening komt en daarmee de aansprakelijkheid. Risicoaansprakelijkheid of kwalitatieve aansprakelijkheid is derhalve een vorm van aansprakelijkheid die niet gebaseerd is op verwijtbaarheid, maar op een bepaalde rol, hoedanigheid of kwaliteit die iemand vervult. Het houdt in dat men aansprakelijk is voor de schade die een ander lijdt, zonder dat sprake is van schuld bij degene, die door de benadeelde wordt aangesproken.

Schuldaansprakelijkheid: een vorm van aansprakelijkheid gebaseerd op schuld aan een onrechtmatige daad, die aantoonbaar tot schade heeft geleid.

Verantwoordelijkheid van bouwpartijen: de plicht bouwfouten te voorkomen en (daarmee) schade veroorzaakt door bouwfouten te herstellen of te vergoeden.

Verplichte erkenningsregeling bouwbedrijven: een Dekkerstelsel met als kwaliteitsborgende kern een verplichte erkenningsregeling voor bouwpartijen (aannemers, adviseurs en ultimo ook de 'erkenners' zelf).

RESPONDENTEN

INTERVIEWS

Walter van Beuzekom – Gemeente Den Haag
Florentin Blanc – Wereldbank
Godlive Bonfanti – Agence Qualité Construction Paris
Kees Both – Efectis
Monika Chao-Duivis – IBR
Pieter Clerx – Bouwend Nederland
Rene Hagen – NIFV
Iskander Haverkate – Gijs Heutink Advocaten
Ruud van Herpen – Nieman Raadgevende Ingenieurs
Peter Janssen – VNO-NCW
Henri Kaltembacher – DGPR/SRT/SDRCP/BRPICQ
Eugene Koster – Aon
Derk Jan Meijer – Metaalunie
M. Peinaud – Socotec
Freek Schippers – Allianz
Maggie Smulders – ProRail
Duco Stadig – Colliers International

AANWEZIG BIJ MINICONFERENTIE

Kees Both – Promat International NV
Monika Chao – Duivis – IBR
Pieter Clerx – Bouwend Nederland
Bart Dunsbergen – Ministerie van BZK
Hajé van Egmond – Ministerie van BZK
Ben Geurts – Ministerie van BZK
Robert Gribnau – Rijksgebouwendienst
Tjitske de Haas – Ministerie van BZK
Iskander Haverkate – Gijs Heutink Advocaten
Kees Henderson – Ministerie van BZK

Ira Helsloot – Crisislab

Ruud van Herpen – Nieman Raadgevende Ingenieurs

Peter Janssen – VNO-NCW

Eef van Leeuwen – Inspectie voor Leefomgeving en Transport

Derk Jan Meijer – Koninklijke Metaalunie

Patricia Palmen – Ministerie van I&M

Huub van Scherpenzeel – Ministerie van BZK

Freek Schippers – Allianz

Arjen Schmidt – Crisislab

Marina Schooten – Rijksgebouwendienst

Hugo Strang – IBR

Peter van Veen – Ministerie van BZK

Harm Verster – Stichting Bouwkwiteit

Henk van Vulpen – Rijksgebouwendienst

Fedde Zandstra – Stichting Bouwkwiteit

LITERATUURLIJST

- Albers, C.L.G.F.H. & Heinen, P.C.M. (2008), 'Civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid van gemeenten bij falend bouw- en woningtoezicht (1)', *de Gemeentestem*, 7308.
- Berg, M.A.M.C. van den (2009), *Bouwcontractenrecht in beweging*, Delft: Instituut voor bouwrecht.
- Berg, M.A.M.C. van den, Bregman, A.G. & Chao-Duivis, M.A.B. (2007), *Bouwrecht in kort bestek*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht.
- Bordewijk, P. (2001), 'Veel opportunisme rond politieke verantwoordelijkheid', *Binnenlands Bestuur*, 06-07-2001.
- CEA & CSTB (2010), *Liability and insurance regimes in the construction sector: national schemes and guidelines to stimulate innovation and sustainability*, Parijs: ELIOS.
- Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (2008), *Privaat wat kan, publiek wat moet: Vertrouwen en Verantwoordelijkheid in het Bouwproces*.
- Dorp, R. van (2010), *Het BBQ-model, Een handleiding voor het vinden van oplossingen voor maatschappelijke problemen*.
- Faure, M.G., Peeters, M., Philipsen, N.J. & De Smedt, K. (2009), *Milieuaansprakelijkheid goed geregeld?*, Maastricht: Faculteit der Rechtsgeleerdheid.
- Gambon, S. (2007), 'Naar een andere regeling van aansprakelijkheid voor gebreken? Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over de regeling van aansprakelijkheid naar Frans recht', *Bouwrecht*, 44 (1), pp. 25-32.
- Giessen, L. (2005), *Toezicht en aansprakelijkheid*, Den Haag: Kluwer.
- Gronden, J.W. van de (2001), 'EG-recht en het maatschappelijk middenveld', *SEW*, 9, pp. 302-313.
- Hartlief, T. (1996), *De aansprakelijkheid voor zaken*, BW krant.

- Heijden, J. van der (2009), *Building regulatory enforcement regimes. Comparative analysis of private sector involvement in the enforcement of public building regulations*. Proefschrift, Amsterdam: IOS Press.
- Helderman, J-K. & Honingh, M.E. (2009), *Systeemtoezicht: Een onderzoek naar de condities en werking van systeemtoezicht in zes sectoren*, Den Haag: WODC.
- Helsloot, I. (2006), Handhaving brandveiligheid, wat is er gebeurd in de 5 jaar na Volendam?, In: Michiels, L. & Muller, E.R. (red.), *Handhaving*, Deventer: Kluwer.
- Helsloot, I., Muller, E.R., Pieterman, R. & Voermans. W.J.M. (red.) (2003), *Vervoer gevaarlijke stoffen in perspectief: Evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen 1996-2002*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Inspectie Leefomgeving en Transport (2012), *Brochure Erkenning van luchtvaarttechnische bedrijven door de Inspectie Leefomgeving en Transport*.
- Inspectie Verkeer en Waterstaat (2010), *Veiligheidsbalans 2010*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu.
- K+V organisatieadvies (2007), *Pilot onderzoek borging constructieve veiligheid in bouwprocessen*, Arnhem: K+V organisatieadvies.
- Klaassen, C.J.M. (1991), *Risico-aansprakelijkheid*, Zwolle: Tjeenk Willink.
- Lemaire, J. (1988), 'A Comparative Analysis of Most European and Japanese Bonus-malus Systems', *The Journal of Risk and Insurance*, 55 (4), pp. 660-681.
- Lemaire, J. (1985), *Automobile Insurance: Actuarial Models*, Dordrecht: Kluwer.
- May, P.J. (2007), 'Regulatory regimes and accountability', *Regulation & Governance*, 1 (1), pp. 8-26.
- Ministerie van Verkeer en Waterstaat (2005), *Nota Vervoer gevaarlijke stoffen*.
- Scholten, N.P.M., De Wildt, R. de, Vrouwenfelder, A.C.W.M. & Schaar, J. van de (2011), *Verder na Dekker: Innovatie van de bouwregelgeving*.
- Shavell, S. (1984), 'Liability for Harm versus Regulation of Safety', *Journal of Legal Studies*, pp. 357-374.
- Spier, J. (2009), *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer.
- Suurmond, G. & Velthoven, B.C.J. van (2003), 'Brandveiligheid in de horeca; toepassing van kostenbatenanalyse op justitieel terrein', *Justitiële verkenningen*, 29 (9).

- Veiligheidsregio Midden- en West-Brabant (2011), *Bestuurlijke verantwoording naar aanleiding van de zeer grote brand op 5 januari 2011 in Moerdijk*.
- Visscher, H.J., Meijer, F.M., Beekman, N. Droste, E. & Langman, M.A. (2003), 'Certificering op het gebied van bouwregelgeving', *Bouwmanagement en Technische Beheer*, 23, Delft: DUP Science.
- VRM Inspectie (2008), *Kasteel of kaartenhuis? Een discussiestuk over constructieve (on)veiligheid*, Den Haag: Ministerie van VRM.
- VRM Inspectie (2010), *Private kwaliteitsborging in de bouwregelgeving: Toezicht op het certificatiestelsel (en CE-markering)*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu.
- Wit, R. de & Helsloot, I. (2010), 'Een kosten-batenanalyse van het openbaar meldsysteem', *Tijdschrift voor Veiligheid en Veiligheidszorg*, 9 (4), pp. 40-56.
- Wolf, F. (2005), 'Resource Availability, Commitment and Environmental Reliability & Safety: A Study of Petroleum Refineries', *Journal of Contingencies and Crisis Management*, 13 (1), pp. 2-11.
- WRR (2011), *'Evenwichtskunst'. Over de verdeling van verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid*, Den Haag: WRR.

Tweede Kamerstukken

- TK 29 383, nr. 104
TK 29 383, nr. 97
TK 29 392, nr. 3
TK 30 920, nr. 15

Jurisprudentie

- AIBK 4 september 1989, BR 1999
LJN: AO6012, Hoge Raad , C02/310HR
LJN: AR2320, Rechtbank Rotterdam , 154527 / HA ZA 01-917
LJN: BN4316, Gerechtshof 's-Gravenhage , 105.006.432/01 en 105.006.436/01
LJN: BP1642, Rechtbank Rotterdam , AWB 09/3300 GEMWT-T1
LJN: BR3933, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , HD 200.086.537
LJN: BR4011, Raad van State, 201012657/1/H1
LJN: BR5785, Rechtbank Amsterdam , AWB 10/2700 GEMWT
LJN: BT7496, Hoge Raad , 10/02540
LJN: BV0016, Rechtbank Almelo , 95506 HAZA 08-732

MANAGEMENTSAMENVATTING

Het huidige bouwtoezicht kent, zo stelt onder andere de commissie-Fundamentele Verkenning Bouw (beter bekend als de commissie-Dekker), een slechte verhouding van kosten en baten. Het is daarom gewenst te komen tot een andere vorm van garandering van de bouwkwaliteit. Een vorm waarbij de overheid geen preventieve technische toets meer uitvoert.

In dit onderzoek stond de vraag centraal of een regeling voor aansprakelijkheid de rol van het huidige overheidstoezicht kan overnemen.

Op grond van een rechtssociologische beschouwing van onder andere regelingen voor aansprakelijkheid in andere domeinen dan de bouw en in andere landen specifiek voor de bouwsector concluderen we dat:

Een regeling voor risicoaansprakelijkheid voor bouwende partijen, noodzakelijk in combinatie met een verplichte aansprakelijkheidsverzekering, de rol van het huidige bouwtoezicht zou kunnen overnemen vanuit het oogpunt van tenminste een gelijkblijvende preventieve werking. Actief toezicht op complexere bouwwerken zal dan door of namens de verzekeraars worden uitgeoefend. Voor minder complexe bouwwerken als woningen zal waarschijnlijk een omslagstelsel ontstaan met een bonus-malusregeling die ook een zeker preventief effect heeft maar tenminste een adequate vergoeding van de schade van bouwfouten (waaronder alle afwijkingen van het Bouwbesluit vallen) garandeert. De kosten voor de bouwsector zullen dan met enkele procenten toenemen, maar voor de 'kopers' van bouwwerken zal dit verschil kleiner zijn omdat op dit moment in de praktijk onverhaalbare schade door bouwfouten wel vergoed zal worden. De positie van gebruikers van bouwwerken wordt daardoor veel sterker.

Zonder een verplichte aansprakelijkheidsverzekering zal de bouwkwaliteit afnemen ten opzichte van de huidige situatie omdat juist de kwalitatief zwakkere en kleinere bouwpartijen onverzekerd het risico zullen lopen om na een mogelijk langere periode geconfronteerd te worden met de schade voor bouwfouten door hen gemaakt.

Een alternatief is een verplichte verzekering per bouwwerk: hierdoor zullen de verzekeraars net zoals bij de verplichte verzekering van bouwers of (voor grote mogelijke schades) de toezichthoudende rol van de overheid actief overnemen of (voor kleinere mogelijke schades) met een omslagstelsel gaan werken. Wij denken dat dit waarschijnlijk zelfs tot een betere preventieve werking leidt dan in het huidige stelsel omdat verzekeraars in dit nieuwe stelsel na schades bouwbedrijven aansprakelijk kunnen stellen hetgeen een extra preventieve prikkel zal zijn.