

Kenmerk	W12.16.0280/III
Datum advies	11 november 2016
Vindplaats	Staatscourant 2017, nr. 60

Volledige tekst

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit in verband met aanpassing van de bouwprocesbepalingen, met nota van toelichting.

Bij Kabinetsmissive van 19 september 2016, no.2016001575, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit in verband met aanpassing van de bouwprocesbepalingen, met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit strekt tot het aanscherpen van bepalingen van het Arbeidsomstandighedenbesluit (Arbobesluit) om opdrachtgevers in staat te stellen de in het Arbobesluit neergelegde bouwprocesbepalingen beter na te leven, en betere handhaving van die bepalingen mogelijk te maken. De wijzigingen zien onder meer op het aanpassen en uitbreiden van de normadressaat van de bouwprocesbepalingen, en het aanscherpen van enkele bepalingen met het oog op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid ervan.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het besluit vast te stellen, maar acht op onderdelen een aanpassing van het ontwerpbesluit aangewezen, onder meer in verband met het lex certa-beginsel.

Rechtsbescherming en handhaving

a. Opdrachtgever

De in het Arbobesluit opgenomen bouwprocesbepalingen dienen ter uitwerking van Richtlijn 92/57/EEG (de richtlijn). (zie *noot 1*) De richtlijn bepaalt minimumvoorschriften ter zake van veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen. Op tijdelijke of mobiele bouwplaatsen werken vaak meerdere partijen achtereenvolgend of gelijktijdig aan een bouwwerk. Hierdoor ontstaan overkoepelende risico's die niet door elke werkgever afzonderlijk kunnen worden voorkomen. Daarnaast leidt het in elkaars nabijheid werken tot blootstelling aan gevaren die vreemd zijn aan het eigen werk. De bouwprocesbepalingen richten zich op de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor de coördinatie en samenwerking bij dit soort risico's. (zie *noot 2*) De opdrachtgever is degene voor wiens rekening een bouwwerk wordt verwezenlijkt. (zie *noot 3*) Het vorenstaande laat onverlet dat iedere werkgever volledig verantwoordelijk blijft voor het veilig en gezond werken van de eigen werknemers.

Blijkens de toelichting wordt voorgesteld om voornoemde definitie van de opdrachtgever uit te breiden, omdat deze definitie niet langer afdoende zou zijn om de partij aan te wijzen die daadwerkelijk kan beïnvloeden dat in de ontwerpfase rekening wordt gehouden met de

verplichtingen op het terrein van gezond en veilig werken in de uitvoeringsfase. (zie noot 4) De artikelsgewijze toelichting vermeldt in dit verband dat bij aanbesteding van grotere bouwwerken steeds vaker 'geïntegreerde contractvormen' voorkomen, waarbij de opdrachtgever niet altijd eenduidig vast te stellen is als betrokken partijen dat onderling niet zijn overeengekomen. Daarnaast worden contracten soms zo opgesteld dat niet de initiatiefnemer van een bouwwerk degene is voor wiens rekening wordt gebouwd, maar de uiteindelijke afnemer ervan. (zie noot 5) Ook wordt toegelicht dat het voorkomt dat een opdrachtgever werkt met externe financiers voor een bouwwerk en dit bouwwerk gaat huren of leasen. (zie noot 6) In deze en vergelijkbare gevallen zou niet worden voldaan aan de intentie van de richtlijn dat degene die in de ontwerpfase kan beïnvloeden dat gezond en veilig kan worden gewerkt die invloed voor dat doel ook aanwendt. (zie noot 7) Het ontwerpbesluit beoogt deze problematiek op te lossen door naast degene voor wiens rekening een bouwwerk wordt verwezenlijkt, ook degene op wiens initiatief een bouwwerk tot stand wordt gebracht als opdrachtgever aan te merken. (zie noot 8) Toegelicht wordt dat de "initiatiefnemer degene is die daadwerkelijk het initiatief neemt tot het (laten) ontstaan van een bouwwerk" en dat "dit initiatief moet blijken uit de feiten en omstandigheden van het geval". Uit feiten en omstandigheden zou volgens de toelichting ook kunnen worden afgeleid wie als initiatiefnemer in de positie is om daadwerkelijk invloed uit te oefenen op het gezond en veilig werken. (zie noot 9)

De Afdeling merkt op dat het begrip 'initiatiefnemer' onbepaald is, en ook niet concreet wordt toegelicht. Wanneer bouwprocesbepalingen niet worden nageleefd is dat op grond van artikel 9.9b van het Arbobesluit een overtreding ter zake waarvan een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. (zie noot 10) De Afdeling wijst er op dat het lex certa-beginsel meebrengt dat een wettelijke regeling die kan worden gehandhaafd door punitieve sancties voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn. Daarvan is bij het begrip 'initiatiefnemer' geen sprake. De onduidelijkheid die thans kennelijk wordt ervaren bij het vaststellen van de opdrachtgever, wordt door het ontwerpbesluit niet weggenomen, maar eerder versterkt. De Afdeling merkt op dat zeker moet zijn welke partij aan te merken is als initiatiefnemer.

Daarbij komt dat de Inspectie SZW het ontwerpbesluit heeft getoetst op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. In haar brief daarover merkt zij het volgende op:

"De voorgestelde redactie "voor wiens rekening een bouwwerk tot stand wordt gebracht" dan wel "op wiens initiatief" dan wel "beiden tezamen" is zodanig ruim dat er vaak meerdere personen zijn aan te wijzen als opdrachtgever en dat onduidelijk blijft wie we nu exact willen/kunnen aanspreken. Door dit in het midden te laten en de keuze, wie aan te spreken, over te laten aan de inspecteur lijkt dit te neigen richting willekeur. Dit moeten we te allen tijde willen voorkomen. Bovendien zal degene voor wiens rekening gebouwd wordt altijd zijn vinger wijzen naar degene die het initiatief heeft genomen (mits niet in 1 persoon verenigd) als opdrachtgever tot de bouw en andersom. Zo zal men de ander de bal toespelen en verantwoordelijk houden voor de opdracht."

De toelichting gaat niet in op deze opmerking van de Inspectie SZW. (zie noot 11)

Op grond van het voorgaande concludeert de Afdeling dat zowel het lex certa-beginsel als de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid ertoe nopen het ontwerpbesluit zodanig aan te passen dat zeker is wie als opdrachtgever kan worden aangemerkt.

De Afdeling adviseert daartoe. Indien het ontwerpbesluit niet op die wijze kan worden aangepast, adviseert zij af te zien van de uitbreiding van het begrip opdrachtgever.

b. Verplichting werkgevers en zelfstandigen

Het huidige art 2.26 van het Arbobesluit bepaalt dat de opdrachtgever ervoor zorgt dat in de ontwerpfase rekening wordt gehouden met de verplichtingen voor de arbeidsomstandigheden die gelden in de uitvoeringsfase. Deze bepaling vormt de basis van de opdrachtgeversverplichtingen die uit de bouwprocesbepalingen voortvloeien. De formulering ervan is echter, aldus de toelichting, onvoldoende specifiek, en door de Inspectie SZW lastig te handhaven. (zie noot 12) Het ontwerpbesluit past daarom het artikel aan: de opdrachtgever wordt 'verplicht in de ontwerpfase zeker te stellen dat de betrokken werkgevers en zelfstandigen in staat zijn de verplichtingen voor de arbeidsomstandigheden die gelden in de uitvoeringsfase na te komen.' (zie noot 13)

De voorgestelde wijziging is tweeslachtig. Enerzijds gaat het om een verplichting om zeker te stellen. Anderzijds ziet die zekerstelling op het in staat stellen van betrokken werkgevers en zelfstandigen om hun verplichtingen na te komen. Om te voorkomen dat uit "zeker stellen" meer wordt afgeleid dan de inspanningsverplichting die volgens de toelichting is beoogd, adviseert de Afdeling het begrip 'zeker te stellen' te vervangen door: zich ervan te vergewissen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen een besluit te nemen, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State

Nader rapport (reactie op het advies) van 1 december 2016

Het ontwerp geeft de Afdeling advisering van de Raad van State aanleiding tot het maken van enkele inhoudelijke opmerkingen. Deze worden hier besproken.

1. Opdrachtgever

In het voorstel wordt de definitie van opdrachtgever uitgebreid met 'degene op wiens initiatief een bouwwerk tot stand wordt gebracht'. De aanleiding hiervoor is dat de huidige definitie niet langer in alle gevallen afdoende is om de partij aan te wijzen die daadwerkelijk kan beïnvloeden dat in de ontwerpfase rekening wordt gehouden met de verplichtingen op het terrein van gezond en veilig werken in de uitvoeringsfase. De Afdeling merkt op dat het begrip 'initiatiefnemer' onbepaald is en niet concreet wordt toegelicht. De Afdeling is daarom van oordeel dat de onduidelijkheid die thans wordt ervaren bij het vaststellen van de opdrachtgever niet wordt weggelaten, maar eerder wordt versterkt. Het moet zeker zijn welke partij aan te merken is als initiatiefnemer.

Daarbij verwijst de Afdeling naar de Uitvoerings- en Handhavingstoets van de Inspectie SZW, waarin de Inspectie aangeeft dat de voorgestelde definitie te veel ruimte laat wie aan te spreken als opdrachtgever en waarin de Inspectie een voorstel doet voor een aanvulling van de definitie van opdrachtgever. De Afdeling adviseert daarom het ontwerpbesluit zodanig aan te passen dat zeker is wie als opdrachtgever kan worden aangemerkt en indien dat niet mogelijk is af te zien van de uitbreiding van het begrip opdrachtgever. De afdeling noemt daarbij het lex certa-beginsel.

Het lex certa-beginsel houdt in dat de wettelijke bepalingen omtrent straffen en maatregelen voldoende duidelijk moeten zijn. Bepalingen zijn soms in meer of mindere mate vaag. In literatuur en rechtspraak worden deze 'vage normen' veelal als een noodzakelijk kwaad geaccepteerd, omdat de wetgever onmogelijk alle situaties kan benoemen, mede als gevolg van de complexe en steeds veranderende samenleving. Een abstracte open geformuleerde

norm gaat beter met de tijd mee. Om zo'n norm toe te kunnen passen, moet deze norm wel duidelijk genoeg zijn voor de overgrote meerderheid van de gevallen; ook een vage norm heeft een kern van gevallen die duidelijk binnen het bereik van de norm vallen. Als het lex certa-beginsel niet volledig kan worden gerealiseerd, kan onder meer compensatie worden geboden met een restrictieve interpretatie en een terughoudend handhavingbeleid.

De concrete aanleiding voor het aanpassen van de definitie van opdrachtgever is gelegen in complexe situaties, waarin vele partijen betrokken zijn in het bouwproces en niet meer eenduidig een opdrachtgever is aan te wijzen. Ook het veld is zich van dit probleem bewust, gezien het feit dat sommige welwillende opdrachtgevers onderling afspraken maken wie als opdrachtgever in de zin van het Arbobesluit zal optreden in een bouwproces. Soms worden echter constructies gebruikt, waarin de opdrachtgever is 'weg gedefinieerd' of waarin de rol van de opdrachtgever met opzet is toegeschreven aan een partij die niet beoogd wordt met de bouwprocesbepalingen, namelijk de consument-afnemer van een bouwwerk. Dit gaat vervolgens ten koste van de veiligheid en gezondheid van werknemers en zelfstandigen die op een bouwplaats werken.

Als er misstanden zijn op de bouwplaats, is het in dat soort situaties niet bevredigend als de Inspectie SZW niet kan optreden richting de feitelijke opdrachtgever. Daarom is besloten de huidige definitie ruimer te maken, om zoveel mogelijk ook dan de opdrachtgever aan te kunnen wijzen die de verplichtingen op grond van de Arbowet en de daarop gebaseerde besluiten kan naleven. De huidige definitie komt volledig overeen met de definitie van opdrachtgever in de richtlijn nr. 92/57/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 24 juni 1992 betreffende de minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen, dus "degene voor wiens rekening een bouwwerk tot stand wordt gebracht". Voor een aanpassing van deze definitie is aansluiting gezocht met de toelichting daarvan in het Arbobesluit. Deze toelichting luidt als volgt: "als opdrachtgever wordt beschouwd een ieder (natuurlijke of rechtspersoon) voor wiens rekening een bouwwerk wordt gerealiseerd. Het gaat daarbij om degene bij wie het initiatief tot de bouw ligt, die de eisen formuleert waaraan het op te leveren bouwwerk moet voldoen".

Gezien de variëteit in verschijningsvormen van situaties waarin de definitie van de opdrachtgever die de rekening betaalt niet toereikend is, is de aanvulling van de huidige definitie niet nog concreter te bepalen. Het is wel mogelijk meer toelichting te geven wie als initiatiefnemer moet worden gezien. Op dit punt is de toelichting van het besluit dan ook verder aangescherpt.

Bij de toepassing van de bouwprocesbepalingen werd zoals aangegeven, tot nu toe bij de vraag wie opdrachtgever is uitsluitend uitgegaan van het betalen van de rekening. Ook nu zal in het overgrote deel van de gevallen degene die de rekening betaalt en degene die het initiatief tot het bouwwerk heeft genomen samenvallen in één persoon. In de meeste situaties is er dus volledige zekerheid wie de opdrachtgever is. De vraag aan wie de voorrang moet worden gegeven als degene die de rekening betaalt en degene die het initiatief heeft genomen niet samenvallen, speelt dus maar in een zeer beperkt aantal situaties. Hierbij laat de definitie overigens ook ruimte om in een uiterste situatie meer partijen aan te wijzen als opdrachtgever.

De Inspectie SZW zal in die situaties verder op basis van alle feiten en omstandigheden tot een oordeel moeten komen wie in een bepaalde casus de initiatiefnemer is van een bouwwerk en daarmee kan worden gezien als de opdrachtgever. Dit gebeurt op basis van een zorgvuldige afweging, na een grondig onderzoek waarin voor de casus in kaart wordt gebracht welke partij welke rol vervult. De Inspectie SZW gaat alleen tot beboeting van de initiatiefnemer over als er een afdoende zekerheid is dat de betrokken persoon daadwerkelijk

als opdrachtgever kan worden gezien.

Voor een nadere toelichting van het nieuwe begrip opdrachtgever is verder van belang dat de bouwprocesbepalingen gebaseerd op de EU-richtlijn, naast de coördinatoren waarvan de rol duidelijk is, maar drie partijen kent: de opdrachtgever, de ontwerpende partij en de uitvoerende partij. In een keten van betrokken partijen in een bouwproces, is iedereen behalve de bovenste in de keten en de onderste in de keten zowel opdrachtgever als opdrachtnemer. De bouwprocesbepalingen zien als opdrachtgever alleen de partij die niet zelf nog een opdrachtgever heeft, dus de bovenste in de keten. De partij die direct onder deze partij komt, heet in de termen van de bouwprocesbepalingen de uitvoerende partij. Het is de partij waarmee de opdrachtgever een contract afsluit voor de realisering van het bouwproject. De derde partij, de ontwerpende partij, wordt in het traditionele model ingehuurd door de opdrachtgever, zodat het ontwerp onderdeel uitmaakt van het bestek van het proces. Bij geïntegreerde contracten kan het voorkomen dat de opdrachtgever het laten ontwerpen van het bouwwerk onderdeel laat zijn van de opdracht, waardoor de uitvoerende partij ook de ontwerpende functie op zich neemt. Ook dit is verduidelijkt in de toelichting van het besluit. De regering neemt aan dat hiermee maximaal is ingezet op voldoende duidelijkheid en kenbaarheid vooraf, waardoor in principe voor iedere opdrachtgever voorzienbaar is dat hij in het kader van de arbeidsomstandighedenwetgeving verantwoordelijkheid is voor een veilig en gezond bouwproces.

De Afdeling haalt in haar advies de Uitvoerings- en Handhavingstoets van de Inspectie SZW aan. De Inspectie SZW stelde in deze toets voor om de ontwikkelde definitie te vervangen door "Hij voor wiens rekening dan wel op wiens initiatief een bouwwerk tot stand wordt gebracht en die invloed uitoefent op bouwkundige, technische en organisatorische keuzen die in verband met de veiligheid en gezondheid van werknemers dan wel zelfstandigen in de ontwerpfase worden gemaakt". Daarbij worden de elementen die in de voorgestelde definitie voorkomen ('voor rekening van' en 'op initiatief van') aangevuld met een derde element, namelijk de partij die invloed uitoefent op bouwkundige, technische en organisatorische keuzen (de zogenoemde BTO-keuzen) die in de ontwerpfase worden gemaakt. De bovenstaande uitwerking van de rollen in de bouwprocesbepalingen laat zien dat deze BTO-keuzen niet altijd door de opdrachtgever worden gemaakt. Het voorstel is daarom niet verwerkt in de definitie van opdrachtgever.

2. Verplichting werkgevers en zelfstandigen

De Afdeling signaleert dat de voorgestelde wijziging van artikel 2.26 van het Arbobesluit tweeslachtig is. Enerzijds gaat het om een verplichting aan opdrachtgevers om zeker te stellen; anderzijds ziet die zekerstelling op het in staat stellen van betrokken werkgevers en zelfstandigen om hun verplichtingen na te komen. Om te voorkomen dat uit de gekozen bewoording 'zeker te stellen' meer wordt afgeleid dan de volgens de toelichting beoogde inspanningsverplichting, adviseert de Afdeling om dit begrip te vervangen door 'zich ervan te vergewissen'.

Dit advies is overgekomen. Artikel 2.26 is hierop aangepast, evenals de bijbehorende toelichting. De nieuwe bewoording sluit goed aan bij het doel van de bepaling, namelijk dat opdrachtgevers geen opdracht verstrekken zonder dat zij vaststellen dat deze opdracht gezond en veilig is uit te voeren.

3. Overige wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om het ontwerpbesluit op enkele punten aan te passen.

Momenteel wordt gewerkt aan een wijziging van de certificatieverplichting voor het opsporen van conventionele explosieven in artikel 4.10 in het Arbobesluit. Bovendien bleek de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) bezig te zijn met de ontwikkeling van een normenkader met uitgangspunten voor een redelijk en proportioneel beleid voor het opsporen van conventionele explosieven. Hierbij reageert de VNG op het advies van de Raad voor de financiële verhoudingen aan de Minister van BZK over de herziening bommenregeling gemeentefonds. Het bleek daarom raadzaam voor nu af te zien van afzonderlijke aanpassingen op het terrein van het opsporen van conventionele explosieven in dit besluit en eerst de uitkomsten van deze ontwikkelingen af te wachten.

Dit heeft er toe geleid dat in artikel 2.28, het tweede lid, onderdeel b, de verwijzing naar conventionele explosieven is geschrapt, evenals de bespreking van dit risico in paragraaf 3 van de nota van toelichting. Daarnaast zijn de toelichtingen op de artikelen 2.26 en 2.28 aangepast. Daarbij is in toelichting van artikel 2.26 tevens verduidelijkt dat het vraagstuk van het doen van bodemonderzoek alleen speelt als verontreinigingen in de grond een risico zijn waaraan werknemers en zelfstandigen op een specifieke bouwplaats blootgesteld kunnen worden.

Daarnaast zijn nog enkele kleine technische wijzigingen opgenomen in artikel I, onderdelen G, H, I en J en is de nota van toelichting op die onderdelen aangevuld.

Tevens is in verband met die wijzigingen het opschrift van het besluit aangepast.

Ik moge U hierbij het gewijzigde ontwerpbesluit en de gewijzigde nota van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

(1) Richtlijn 92/57/EEG van de Raad van 24 juni 1992 betreffende de minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen (achtste bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG).

(2) Toelichting, paragraaf 2.

(3) Artikel 1, aanhef en onderdeel b, van de richtlijn, overgenomen in artikel 1.1, tweede lid, onderdeel c, onder 10, van het Arbobesluit.

(4) Toelichting, paragraaf 3.

(5) Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel A, van het ontwerpbesluit.

(6) Idem.

(7) Idem.

(8) Artikel I, onderdeel A, van het ontwerpbesluit.

(9) Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel A, van het ontwerpbesluit.

(10) Het gaat daarbij om de artikelen 2:26 tot en met 2:29, en 2.32 tot en met 2:35 van het Arbobesluit.

(11) In paragraaf 4 wordt weliswaar kort aangegeven dat met de reactie van de Inspectie SZW in het ontwerpbesluit rekening is gehouden, maar niet wordt aangegeven op welke wijze. Het aan de Inspectie SZW voorgelegde ontwerpbesluit is op dit punt niet naar aanleiding van diens reactie aangepast.

(12) Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel B van het ontwerpbesluit.

(13) Artikel 2.26 van het Arbobesluit.

[Gehele tekst ontwerpregeling met toelichting \(pdf, 268 kB\)](#)