

# 5%-regeling: bankgarantie als vervangende zekerheid



**De 5%-regeling wil in de notariële praktijk nogal eens voor hoofdbrekens zorgen. Met name is dat het geval bij de afweging of een notaris de bij hem in depot gestorte bedragen mag vrijgeven aan de aannemer. Een recente uitspraak van het gerechtshof Amsterdam vormde de aanleiding tot deze bijdrage. In die zaak werd beslist dat de notaris de depotbedragen niet had mogen uitkeren aan de aannemer, omdat de door de aannemer gestelde bankgarantie niet als een vervangende zekerheid kon worden aangemerkt. De notaris heeft een belangrijke rol bij het uitvoering geven aan de 5%-regeling.**

## 1. Inleiding

In deze bijdrage bespreek ik allereerst het bewuste arrest. Daarna ga ik in op een aantal algemene aspecten van de 5%-regeling. Ik ga na wanneer een notaris het bij hem in depot gestorte 5%-bedrag mag vrijgeven aan de aannemer. Dat mag onder meer als de aannemer een bankgarantie als vervangende zekerheid stelt. Aan welke eisen moet een bankgarantie voldoen om daadwerkelijk als vervangende zekerheid te kunnen kwalificeren? Wat is de rol van de notaris daarbij? Ten slotte besteed ik kort aandacht aan de evaluatie van de regeling en aan komend recht onder de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen.

## 2. Gerechtshof Amsterdam 28 januari 2020<sup>1</sup>

Deze zaak is een voorbeeld van een geval waarbij een notaris de mist inging bij het vrijgeven van depotbedragen aan de aannemer in ruil voor een bankgarantie. Wat speelde er?

### 2.1. De casus

Een aannemer transformeert een voormalig kantoorgebouw in elf appartementen. Met de appartementseigenaren sluit hij aannemingsovereenkomsten voor de (heren)afbouw van het pand conform het modelcontract voor die situatie met bijbehorende Algemene Voorwaarden van Woningborg. Ter zake geldt de 5%-regeling. De eigenaren storten allen 5% bij de notaris in depot. Op een bepaald moment worden de meeste 5%-bedragen door de notaris aan de aannemer overgemaakt omdat deze werden vervangen door een bankgarantie. Over de tekst van de bankgarantie is overleg geweest tussen (een medewerker van) de notaris en de aannemer. Waar de aannemer aanvankelijk een duur van drie maanden van

de bankgarantie voorstelde, is de vervalttermijn op instigatie van de notaris gesteld op een klein half jaar. In de bankgarantie werd als voorwaarde opgenomen:

‘dat de bank zich verbindt op (...) verzoek van de notaris inhoudende diens verklaring dat een origineel afschrift van een partijen bindende beslissing gewezen in een procedure tussen de ondernemer en de verkrijger aan hem ten genoegen is overgelegd, aan de betreffende verkrijger volgens de aanwijzingen van de notaris als eigen schuld te zullen betalen, het bedrag dat die verkrijger volgens de in het verzoek opgenomen verklaring van de notaris het maximum van 5% van de met de desbetreffende verkrijger individueel overeengekomen aanneemsom niet overschrijdt en dat de verkrijger blijkens voornoemde bindende beslissing opeisbaar van de ondernemer te vorderen heeft.’

De notaris heeft deze bankgarantie geaccepteerd en de depotbedragen van de meeste kopers aan de aannemer overgemaakt. Vervolgens gaat de aannemer failliet en weigert de bank uit te keren. In een daaropvolgende procedure richt Woningborg zijn pijlen onder meer op de notaris.

### 2.2. De uitspraak

Het hof oordeelt dat de notaris de depotbedragen niet had mogen uitkeren, omdat de bankgarantie niet als vervangende zekerheid kwalificeerde. Hoe kwam het hof tot dit oordeel? Ten eerste was de bankgarantie niet onvoorwaardelijk. Daarnaast was de vervalttermijn zo kort dat het vrijwel ondenkbaar was dat er bij een procedure binnen die periode een partijen bindende uitspraak zou zijn geweest. Het hof oordeelt dat er daardoor geen sprake is van een vervangende zekerheid als bedoeld in art. 7:768 lid 3 BW. De notaris heeft niet gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris door de depotbedragen op die basis vrij te geven. De schade die de appartementseigenaren door het faillissement hebben geleden is daardoor (mede) aan de notaris toe te rekenen.<sup>2</sup>

## 3. De 5%-regeling

### 3.1. Wettelijke regeling

Titel 12 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek heeft als opschrift: ‘Aanneming van werk’. Afdeling 1 bevat algemene bepalingen. Afdeling 2 behelst bijzondere bepalingen voor de bouw van een woning waarbij een consument

\* A.H. van Huffelen is senior paralegal vastgoed bij NautaDutilh in Rotterdam.

1. ECLI:NL:GHAMS:2020:224. Zie ook *Notamail* 2020/55.

2. De notaris en de bank in kwestie werden hoofdelijk veroordeeld om de schade ad € 419 650 te betalen.

opdrachtgever is (art. 7:765 BW). Het betreft dwingend-rechtelijke regels ter bescherming van de consument. Bij een dergelijke aannemingsovereenkomst geldt, net als bij de koop door een consument van een bestaande woning (art. 7:2 BW), het schriftelijkheidsvereiste en een bedenktijd van drie dagen (art. 7:766 BW).<sup>3</sup> Art. 7:768 BW regelt de zogenoemde 5%-regeling.<sup>4</sup> Deze regeling beoogt de opdrachtgever een zekerheid te bieden met het oog op een spoedig en adequaat herstel van de bij of na de oplevering (art. 7:758 BW) geconstateerde gebreken. Bij de oplevering wordt, naar mag worden aangenomen, een proces-verbaal van oplevering opgemaakt.<sup>5</sup> Daarbij worden zorgvuldig de bij een inspectie van de woning geconstateerde gebreken en tekortkomingen genoteerd. Het artikel kent aan de opdrachtgever een wettelijk opschortingsrecht toe, bedoeld om de aannemer een prikkel te geven de gebreken zo spoedig mogelijk, maar in ieder geval binnen drie maanden na oplevering, te herstellen. Om gebruik te maken van de 5%-regeling hoeft de opdrachtgever geen beroep te doen op art. 6:262 BW en hij behoudt zijn recht op oplevering. Dit recht komt de opdrachtgever ook toe als bij de oplevering (nog) niet van gebreken blijkt. Hij mag daartoe maximaal 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste aanneemtermijn en dat bedrag bij de notaris in depot storten.

### 3.2. Wijzen van depotstorting

Aan deze depotstorting kan in de praktijk op verschillende manieren vorm worden gegeven.

Het komt voor dat de opdrachtgever op grond van de (koop-/)aannemingsovereenkomst verplicht is om tot zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst jegens de aannemer een zekerheid ter grootte van (meestal) 10% van de aanneemsom te stellen. De opdrachtgever kan daaraan voldoen door een daarmee corresponderend bedrag als waarborgsom aan de notaris over te maken. Ook kan hij ervoor kiezen om een bankgarantie voor het desbetreffende bedrag te laten stellen.<sup>6</sup> Een derde mogelijkheid is dat de opdrachtgever voor het bedrag een pandrecht aan de aannemer verleent op (zijn vordering uit hoofde van) het bouwdepot bij zijn hypotheccair financier. Van die laatste mogelijkheid wordt in de praktijk echter zelden gebruikgemaakt.

Stel dat er inderdaad sprake is van de verplichting om zekerheid te stellen en dat de opdrachtgever voor het alternatief 'waarborgsom' kiest. Die waarborgsom maakt hij (binnen de daarvoor afgesproken termijn) over aan de notaris. Op enig moment is de woning afgebouwd en gereed voor oplevering en gaat de aannemer over tot

facturering van de laatste aanneemtermijn. In de praktijk correspondeert die termijn meestal met 10% van de aanneemsom. Ik ga daar in het hiernavolgende ook van uit. De opdrachtgever kan die termijn waarschijnlijk niet zonder meer zelf aan de aannemer betalen, omdat hij dit bedrag (ter voldoening aan zijn verplichting om zekerheid te stellen) aan de notaris heeft overgemaakt. In die situatie maakt de notaris, zodra hij over het vervallen van de laatste aanneemtermijn is geïnformeerd, de helft van de waarborgsom (5% van de aanneemsom) aan de aannemer over en wel vóór de datum van oplevering. In de (koop-/)aannemingsovereenkomst machtigt de opdrachtgever de notaris daartoe. De andere helft van de waarborgsom (uiteraard eveneens 5% van de aanneemsom) wordt automatisch omgezet in een 5%-depot (contractuele conversie). Is er geen sprake van het stellen van een 10%-zekerheid, dan maakt de opdrachtgever zelf de helft van de laatste aanneemtermijn van 10% over aan de aannemer (of vraagt zijn hypotheccair financier dit te doen) en de andere helft stort hij bij de notaris in depot.

### 3.3. Aannemer kiest voor bankgarantie

In het voorgaande wordt ervan uitgegaan dat de opdrachtgever een bedrag bij de notaris in depot stort. Er kan echter ook op een andere manier aan de 5%-zekerheid uitvoering worden gegeven. De aannemer kan er namelijk voor kiezen om een bankgarantie voor het betreffende bedrag in handen van de notaris te stellen.<sup>7</sup> De opdrachtgever heeft op die keuze geen invloed. Vaak zal dat de notaris zijn, die het bouwproject in behandeling heeft (de projectnotaris). Wat ook wel gebeurt, is dat de aannemer een collectieve, doorlopende bankgarantie bij een vaste notaris deponereert (de beheernotaris).<sup>8</sup> Als er sprake is van een – al dan niet collectieve – bankgarantie van de aannemer, dan maakt de opdrachtgever de gehele laatste aanneemtermijn (rechtstreeks) aan de aannemer over dan wel doet de notaris dit door uitbetaling van de onder hem berustende waarborgsom. Het recht op een depotstorting van 5% komt dan dus te vervallen.

Nu een dergelijke bankgarantie een gelijkwaardige zekerheid als het depot dient te bieden, is het logisch dat aan de bankgarantie eisen worden gesteld en wel de volgende.<sup>9</sup>

De bankgarantie dient:

- te zijn afgegeven door een gekwalificeerde financiële instelling;
- aan te vangen per de opleveringsdatum;
- onvoorwaardelijk te zijn; en
- voort te duren totdat:
  - drie maanden na de opleveringsdatum zijn verstreken (tenzij de opdrachtgever handhaving

3. In de vrij te downloaden modelcontracten van bijv. Woningborg wordt meestal een bedenktijd van een kalenderweek gehanteerd.

4. In de modellen van Woningborg wordt uitgebreid aandacht besteed aan de 5%-regeling. Bij het schrijven van deze bijdrage heb ik de koop-/aannemingsovereenkomst eengezinshuizen 2020 (eigen grond), vastgesteld op 1 januari 2020, en de bijbehorende Algemene Voorwaarden en Algemene Toelichting geraadpleegd.

5. Het gebeurt ook wel dat er eerst een vooroplevering plaatsvindt.

6. Een bankgarantie dient te voldoen aan de eisen die zijn genoemd in de bij de (koop-/)aannemingsovereenkomst behorende Algemene Voorwaarden.

7. Over het algemeen is dat niet een individuele bankgarantie per woning, maar een bankgarantie voor een bepaald bouwblok of alle woningen in het project samen.

8. In de praktijk gaat het dan vaak om een bankgarantie van Woningborg of SWK en om woningen waarop de desbetreffende garantie- en waarborgregeling van toepassing is.

9. Zie art. 16 van genoemde Algemene Voorwaarden van Woningborg.

claimt en daarbij aangeeft tot welk bedrag); en/of

- de opdrachtgever (schriftelijk) instemt met het vervallen van de bankgarantie; en/of
- bij een partijen bindende uitspraak (van een in het contract aangewezen instantie) is beslist dat de bankgarantie niet of niet langer gerechtvaardigd is.<sup>10</sup>

Het opnemen van een vervaltermijn waardoor de geldigheidsduur van de bankgarantie op een andere wijze wordt beperkt is niet toegestaan. Als niet aan de hiervoor beschreven vereisten wordt voldaan, mag de notaris de bankgarantie niet als (gelijkwaardige) zekerheid accepteren. Woningborg schrijft daarbij naar mijn mening terecht voor dat de aannemer bij de aankondiging van de oplevering een kopie van de bankgarantie aan de opdrachtgever moet sturen. De notaris dient uiteraard zorgvuldig te controleren of de (individuele dan wel collectieve) bankgarantie aan de wettelijke en overeengekomen eisen voldoet (en daarmee een genoegzame vervanging van het depot is) en bewaart de originele bankgarantie, tenzij er sprake is van een overkoepelende bankgarantie bij een beheernotaris. Ook in dat laatste geval (overkoepelende bankgarantie) moet de projectnotaris beoordelen of deze kwalificeert als een correcte bankgarantie in het kader van de 5%-regeling en of deze überhaupt wel ziet op het onderhavige nieuwbouwproject. Hij zal de beheernotaris dus moeten benaderen.

Het opschortingsrecht (de 5%-regeling) geldt overigens voor alle zaken die op basis van de (koop-/aannemingsovereenkomst als een tekortkoming in de prestatie van de ondernemer zijn aan te merken. Bovendien ziet deze zekerheid op zowel de bij de oplevering vastgestelde gebreken als de in de periode van drie maanden daarna aan het licht komende gebreken.

#### 4. Appartementencomplex

Wanneer de opdrachtgever een appartement in een nieuw te bouwen complex koopt, geldt de 5%-regeling uiteraard ook. Zoals bekend, heeft een appartementsrecht een tweeledig karakter. Het omvat enerzijds een recht op het uitsluitend gebruik van het privé-gedeelte (in casu: de individuele woning) en anderzijds een onverdeeld aandeel in de gemeenschappelijke gedeelten en zaken.

In de literatuur en in de (arbitrage)rechtspraak is het inmiddels een uitgemaakte zaak dat de 5%-zekerheid op zowel het individuele appartement als de gemeenschappelijke gedeelten van het complex ziet. Er zal daarom een proportionele toerekening van het 5%-bedrag moeten plaatsvinden. In de praktijk is er nog altijd onduidelijkheid over de vraag wanneer de driemaandsperiode (waarover nader in paragraaf 5) in deze situatie ingaat. Bij de oplevering van het appartement of bij de oplevering van de gemeenschappelijke gedeelten? Dit is met name

relevant als de oplevering van de gemeenschappelijke delen plaatsvindt na de oplevering van het individuele appartement. Ik meen dat de termijn van drie maanden ingaat bij de oplevering van het appartement. In de arbitragezaak met dossiernummer 16135 werd echter uitgemaktdat de termijn van drie maanden eerst ingaat op de dag van oplevering van de algemene delen. Gezien deze onzekerheid doet de opdrachtgever er verstandig aan om tijdig (proportionele) blokkering van zijn depot te verlangen als blijkt dat drie maanden na oplevering van zijn appartement nog niet alle gebreken en tekortkomingen aan de gemeenschappelijke gedeelten zijn hersteld. Daarnaast dient de notaris op de hoogte te zijn van zowel de individuele opleverdata als de opleverdatum van de gemeenschappelijke gedeelten.

#### 5. Wanneer valt het depot of de bankgarantie vrij?

##### 5.1. Periode van drie maanden

In beginsel valt het depot (of de bankgarantie) drie maanden na de oplevering van de woning van rechtswege vrij.<sup>11</sup> Deze periode wordt ook wel aangeduid als de 'wettelijke onderhoudstermijn'. Deze regel geldt echter niet als de opdrachtgever binnen die drie maanden aan de notaris kenbaar maakt dat hij – gebruikmakend van zijn opschortingsrecht ex art. 6:262 BW – het depot wil blokkeren. Er moeten dan nog wel gebreken bestaan. De opdrachtgever moet daarbij aangeven tot welk bedrag hij het depot gehandhaafd wil zien. Daarbij geldt het proportionaliteitsbeginsel: het bedrag dat de opdrachtgever in depot wil handhaven dient in een redelijke verhouding te staan tot de nog resterende gebreken. Houdt de opdrachtgever het depot ten onrechte geheel of gedeeltelijk vast, dan is hij jegens de aannemer schadeplichtig. De schadevergoeding wordt gesteld op de wettelijke rente over het ten onrechte vastgehouden bedrag (art. 7:768 lid 4 BW). Van de notaris mag worden verwacht dat hij de opdrachtgever op dit risico wijst, maar niet dat hij een beslissing neemt over de hoogte van het bedrag. In de praktijk blijken bouwondernemers overigens maar zelden over te gaan tot het vorderen van schadevergoeding.

Als de opdrachtgever gedurende de periode van drie maanden niet aan de notaris aangeeft dat hij het depot (geheel of gedeeltelijk) wil handhaven, dan mag de notaris het depot vrijgeven (art. 7:768 lid 2 BW). Vooraf overleg daarover door de notaris met de opdrachtgever is niet vereist.<sup>12</sup> Andere mogelijkheden die de notaris machtigen het 5%-depot aan de aannemer vrij te geven zijn de volgende (art. 7:768 lid 3 BW).

- De opdrachtgever stemt in met uitbetaling van het depot aan de aannemer.
- De aannemer stelt een vervangende zekerheid. Daarbij kan worden gedacht aan een bankgarantie. Er is dan als het ware sprake van 'stuivertje wisselen': het 5%-depot (bedrag bij de notaris) wordt vervan-

10. Met name vanwege deze laatste eis is het verstandig de geldigheid van de bankgarantie niet in tijd te beperken.

11. Het is dus zaak dat de notaris op de hoogte is van de exacte opleverdata. Veiligheidshalve adviseer ik kopieën van de processen-verbaal van oplevering op te vragen.

12. In de praktijk wordt hier verschillend over gedacht. Vgl. A. Steneker, '95% duidelijkheid over de 5% regeling', *WPNR* 2010, afl. 6862. Steneker is ook van mening dat overleg niet nodig is.

- gen door een gelijkwaardige andere zekerheid (bankgarantie in handen van de notaris).
- Bij een partijen bindende uitspraak is beslist dat het depot niet of niet langer gerechtvaardigd is.

Bij de Woningborg garantie- en waarborgregeling geldt dat de opdrachtgever het depot of de bankgarantie alleen mag uitwinnen op basis van een beslissing die partijen bindt. Over het algemeen is dat een beslissing van de arbiter of de gewone rechter. De opdrachtgever zal dan in de procedure aanspraak moeten maken op schadevergoeding en expliciet aan de arbiter of de rechter moeten vragen om verrekening daarvan met het depot c.q. de bankgarantie. De opdrachtgever kan na verloop van drie maanden het depot of de bankgarantie dus niet eenzijdig uitwinnen.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat een aannemer pas na het verstrijken van de drie maanden tot herstel van de bij de oplevering en daarna geconstateerde tekortkomingen overgaat. Het behoeft geen betoog dat dit niet in het belang is van de opdrachtgever, nu die immers juist gebaat is bij een spoedig herstel.

### 5.2. Gereedmelding herstel

Een misverstand is dat de notaris het depot mag of moet vrijgeven als hij (van de aannemer) een door partijen ondertekend formulier ‘gereedmelding herstel’ ontvangt. De notaris moet aan het verzoek van de aannemer om vervolgens tot uitbetaling van het depot over te gaan geen gehoor geven als er nog geen drie maanden na de datum van oplevering zijn verstreken, tenzij de opdrachtgever zich daar uitdrukkelijk akkoord mee verklaart. In de periode van drie maanden kunnen zich namelijk nieuwe gebreken en tekortkomingen openbaren. Uitdrukkelijk ziet het opschortingsrecht ook op die gebreken.

## 6. Rol van de notaris

Uit wat hiervoor aan de orde is gekomen, blijkt dat de notaris in dit hele gebeuren een belangrijke rol heeft. Zo is hij degene bij wie het depot wordt gestort of de bankgarantie wordt ondergebracht (art. 7:768 lid 1 BW). Hij moet zorgvuldig nagaan of de bankgarantie kwalificeert als een aan het depot gelijkwaardige zekerheid. Bij een collectieve bankgarantie bij een beheernotaris komt daar nog bij dat hij moet controleren of die garantie ook voor het desbetreffende bouwproject geldt. De notaris heeft daarnaast de regie als het gaat om het uitkeren van het depot aan de aannemer (art. 7:768 lid 2 en 3 BW). Ook rust op hem de plicht om de opdrachtgever te waarschuwen voor het risico schadevergoeding te moeten betalen bij een disproportionele handhaving van het depot (art. 7:768 lid 4 BW).

De notaris dient daarbij steeds te handelen als een redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot. Op zijn schouders rust de taak om telkens te toetsen of aan de

wettelijke vereisten is voldaan, met name – zo leert het besproken arrest – in het geval dat door de aannemer een vervangende bankgarantie wordt gesteld (art. 7:768 lid 3 in verbinding met art. 6:51 BW). Anderzijds hoeft de notaris ook weer niet op de stoel van de rechter te gaan zitten. In de meeste gevallen zal de notaris ook geen bouwkundige zijn. Zo is het niet aan de notaris om te beslissen in een geschil tussen partijen over het in depot houden van de gelden of te adviseren over de hoogte van het depotbedrag.

Van de notaris wordt actief en ‘belehrend’ handelen verwacht. Het lijkt mij een goede gedachte dat hij, bijvoorbeeld bij het passeren van de leveringsakte, aan de kopers van een nieuwbouwwoning een memo uitreikt waarin hij de 5%-regeling uitlegt en toelicht.

## 7. Evaluatie Wet koop onroerende zaken

De 5%-regeling in zijn huidige vorm was onderdeel van de op 1 september 2003 in werking getreden Wet koop onroerende zaken. Aan het parlement werd destijds toegezegd dat de wet vijf jaar na haar inwerkingtreding zou worden geëvalueerd. Dit is vervolgens op verzoek van de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie ook gebeurd door het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. In dit (gedegen) onderzoek is ook de werking en de effectiviteit van de 5%-regeling betrokken.<sup>13</sup>

Het onderzoeksteam kwam tot de conclusie dat de regeling een goede basis biedt voor de bescherming van de particuliere opdrachtgever. Niettemin signaleerde het ook een heel aantal knelpunten en uitvoeringsproblemen. Het adviseerde dan ook de uitwerking van de 5%-regeling nog eens grondig te bekijken en te optimaliseren. Ondanks deze aanbeveling zag de (toenmalige) Minister van Veiligheid en Justitie geen reden om art. 7:768 BW te wijzigen.<sup>14</sup>

## 8. Komend recht

Inmiddels is al geruime tijd het Wetsvoorstel ‘Kwaliteitsborging voor het bouwen’ aanhangig.<sup>15</sup> Onderdeel daarvan is (onder meer) een wijziging en aanscherping van art. 7:768 BW, waarbij alsnog wordt aangesloten bij het Evaluatierapport van Keirse e.a. Zo wordt een regeling voorgesteld die de aannemer ertoe verplicht de opdrachtgever gedurende de driemaandsperiode actief te attenderen op zijn opschortingsrecht ex art. 6:262 BW en de opdrachtgever daarbij te vragen of hij daarvan gebruik wil maken. Een afschrift van deze kennisgeving dient de aannemer aan de notaris te sturen. Als de notaris niet over dit afschrift beschikt, is het hem niet toegestaan het depot uit te keren aan de aannemer.

Verder is het de bedoeling dat expliciet(er) wordt bepaald dat een vervangende zekerheid (bankgarantie) een gelijkwaardige en qua inroepbaarheid overeenkomende zeker-

13. De bevindingen van de evaluatie werden vastgelegd in A.L.M. Keirse e.a., *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Hoofdstuk V behandelt de 5%-regeling.

14. Zo schreef de minister in zijn brief van 20 december 2011 aan de Tweede Kamer.

15. De verwachte invoeringsdatum is blijkens een brief van 20 mei 2020 van minister Ollongren aan de Tweede Kamer momenteel 1 januari 2022 (tegelijk met de Omgevingswet).

heid als het depot onder de notaris dient te verschaffen. Net als de huidige bepalingen zullen ook de nieuwe bepalingen van dwingend recht zijn.<sup>16</sup> Al met al maatregelen derhalve om de opdrachtgever een (nog) betere bescherming te bieden.

#### 9. Ten slotte

In deze bijdrage heb ik naar aanleiding van een recent arrest van het gerechtshof Amsterdam de 5%-regeling aan de orde gesteld. Ik heb erop geattendeerd dat daarbij voor de notaris een belangrijke rol is weggelegd. In het bijzonder dient de notaris op zijn *qui-vive* te zijn wanneer de aannemer een bankgarantie laat stellen, hetzij vanaf de aanvang, hetzij 'tijdens de rit' wanneer een bankgarantie als vervangende zekerheid wordt gesteld. Ook hier geldt voor de notaris de norm dat hij dient te acteren als een redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot. In het besproken arrest werd de notaris tot schadevergoeding veroordeeld, omdat hij depotbedragen had overgemaakt aan de aannemer, terwijl de door deze gestelde bankgarantie niet kon worden aangemerkt als een vervangende bankgarantie in de zin van art. 7:768 lid 3 BW.

Het evaluatieonderzoek van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht uit 2009 heeft diverse knelpunten ten aanzien van de 5%-regeling benoemd. Hoewel de minister daar niet veel boodschap aan had, lijken de aanbevelingen via de komende Wet kwaliteitsborging voor het bouwen alsnog in de wet verankerd te worden. Met het oog op de positie en bescherming van de opdrachtgever kan dat alleen maar worden toegejuicht.

---

16. Zie art. 7:769 BW.