

Kwaliteit van bouwen

Mr. L.C. van den Berg

1. Inleiding

De laatste jaren zijn er wereldwijd opvallende incidenten geweest die met bouwkwaliteit van doen hadden. Zo stortte op 14 augustus 2018 in Genua de Ponte Morandi in, een tuibrug met enkelvoudige betonnen tuien. Op 14 juni 2017 brandde in het Verenigd Koninkrijk de Grenfell toren volledig uit, nadat deze toren in 2016 gerenoveerd was met - naar later bleek - gebrekkige isolatie. Een soortgelijke brand deed zich al eerder voor op 31 december 2015 in het Address Hotel Downtown in Dubai. Wat langer geleden, in juni 2009, viel in Shanghai een compleet flatgebouw van 13 verdiepingen om terwijl het nog in aanbouw was. Ook Nederland bleef niet vrij van dergelijke incidenten. Op 27 mei 2017 stortte totaal onverwachts een deel van een in aanbouw zijnde parkeergarage bij Eindhoven in. En wat langer geleden, op 7 juli 2011 begaf een deel van het dak van het stadion Grolsch Veste het.

Bij veel van deze incidenten vielen dodelijke slachtoffers. Al jaren voeden dit soort incidenten de discussie over de kwaliteit van de bouw in het algemeen. Een exponent van deze discussie is de onlangs door de Eerste Kamer aangenomen Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen.¹ Aan deze wet lag (onder meer) een publicatie van het Instituut voor Bouwrecht ten grondslag, *'Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw'*.² Over die publicatie en over de Wet Kwaliteitsborging is onder anderen door mij maar ook door vele anderen al het nodige geschreven.³ Ook heb ik met Monika over dit onderwerp al enkele malen de degens gekruist.

In deze bijdrage richt ik mij daarom niet zozeer op de Wet Kwaliteitsborging zelf maar zal ik meer conceptueel op de kwaliteit van de bouw ingaan. Dit, vanuit de gedachte dat bouwkwaliteit niet alleen de individuele consument maar ook - en vooral - de gehele samenleving aangaat. Daarbij wil ik wel op hoofdlijnen aanknopen bij de huidige regelgeving en wijze van contracteren alsmede op de situatie die met de Wet Kwaliteitsborging wordt beoogd.⁴

Ter ondersteuning van deze benadering schets ik eerst een fictief project. Dit project houdt in dat er in opdracht van een projectontwikkelaar in het centrum van een grote Nederlandse stad een woontoren van 30 verdiepingen wordt ontwikkeld en gebouwd, waarin naast 100 koopappartementen en 30 huurappartementen ook commerciële ruimten en een deels

1 Officieel: *Wijziging van de Woningwet, de algemene bepalingen omgevingsrecht en het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en de versterking van de positie van de bouwconsument (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen)*, Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 2. Het voorstel op 14 mei 2019 na stemming bij zitten en opstaan aangenomen door de Eerste Kamer.

2 M.A.B. Chao-Duivis en H.P.C.W. Strang, *Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2013.

3 L.C. van den Berg, 'Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw', Den Haag: *TBR* 2014/95 en 'Canon van het bouwrecht, Bouwveiligheid en een bijna 50 jarige regeling, de UAV 2012 beschouwd', *TBR* 2017/195; ook P.M.J. de Haan, *De preventieve en de repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2017

4 In veel grotere mate van detail is door P.M.J. de Haan in zijn proefschrift *De preventieve en repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2017 ingegaan op het wetsvoorstel alsmede op het huidige bestel.

openbare parkeergarage voor 250 auto's worden ondergebracht. Voor dit project schakelt de projectontwikkelaar twee architectenbureaus in (één voor de toren zelf en één voor de parkeergarage). Omdat deze gebouwdelen in elkaar grijpen contracteert hij verder één constructeur voor de hoofdschematisering van het gehele complex. De uitwerking van de verdere constructie wordt aan de twee aannemers overgelaten (één voor de toren en één voor de garage) die deze uitwerking per onderdeel door contracteren aan de leveranciers van prefab-onderdelen. De leveranciers van de prefab-onderdelen schakelen ieder voor zich een constructeur in om die detaillering te vervaardigen. De commerciële ruimten worden casco geleverd aan de kopers of huurders daarvan. Met de aannemers sluit de projectontwikkelaar een coördinatie-overeenkomst waarin is bepaald dat de aannemers hun werkzaamheden onderling dienen af te stemmen. Met de kopers van de appartementen worden door de aannemer van de toren aannemingsovereenkomsten gesloten die deel uitmaken van een door de projectontwikkelaar gehanteerde model koop-/aannemingsovereenkomst. Voor de verkoop is in opdracht van de projectontwikkelaar een glossy verkoopbrochure opgesteld waarin indrukken van de appartementen worden gegeven.

Hoewel fictief, is de opzet en vormgeving van dit project uit het leven gegrepen. Vanuit het eindresultaat van dit project kan een aantal belanghebbenden met uiteenlopende belangen worden onderscheiden, zoals kopers en huurders van appartementen, kopers en huurders van commerciële ruimten maar ook willekeurige voorbijgangers en gebruikers. Feitelijk is er daarbij sprake van één principieel onderscheid. Dat onderscheid betreft enerzijds belanghebbenden zonder enige contractuele binding met het gerealiseerde bouwwerk (de willekeurige voorbijganger of gebruiker) en anderzijds belanghebbenden die op enigerlei wijze een contractuele binding hebben met het bouwwerk. Voor die twee hoofdcategorieën zal ik onderzoeken op welke wijze hun belangen zijn geborgd in het huidige stelsel alsook onder de Wet Kwaliteitsborging.

2. De eerste groep (belanghebbenden zonder contractuele binding)

Voor deze categorie belanghebbenden geldt dat zij geen enkele contractuele band (hoeven te) hebben met de projectontwikkelaar of de bouwende partijen. Zij maken gebruik van de ruimte in de directe nabijheid van het project of van het project zelf, bijvoorbeeld omdat zij daar op bezoek komen of van een publieke ruimte gebruik maken (zoals bijvoorbeeld een parkeergarage of commerciële ruimte). Een in dit tijdsgewricht relevante zijsprong zou overigens kunnen zijn dat deze belanghebbende in algemene zin ook belang heeft bij een zo duurzaam mogelijke gebouwde omgeving die zo min mogelijk belastend is voor het milieu. Deze zijsprong zal ik hier echter niet verder uitwerken.

In het huidige bestel is het belang van deze categorie belanghebbenden vooral gewaarborgd door wet- en regelgeving en door publiekrechtelijke handhaving daarvan. Bouwwerken moeten voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 ⁵ en daarop vindt in het kader van de vergunningverlening een toetsing plaats door het bevoegd gezag. Het bevoegd gezag houdt ook toezicht op de uitvoering van het werk en kan zo nodig ingrijpen in het bouwproces op

5 Besluit van 29 augustus 2011 houdende vaststelling van voorschriften met betrekking tot het bouwen, gebruiken en slopen van bouwwerken (Bouwbesluit 2012), *Stb.* 2011, 416, laatstelijk gewijzigd bij het Besluit van 17 oktober 2018, houdende wijziging van het Bouwbesluit 2012 betreffende de labelverplichting voor kantoorgebouwen, *Stb.* 2018, 380.

grond van publiekrechtelijke bevoegdheden. Kort gezegd wordt het publieke belang bewaakt met publieke middelen en bevoegdheden.

Daarnaast kan privaatrechtelijk worden opgetreden tegen een onrechtmatige schending van deze belangen.⁶ ⁷Een voorbijganger die getroffen wordt door een vallend geveldeel kan de eigenaar van de opstal waar dat deel vanaf waait aanspreken uit hoofde van onrechtmatige daad, of uit hoofde van een risico-aansprakelijkheid voor een gebrekkige opstal. Uit de aard der zaak is deze privaatrechtelijke ‘handhaving’ echter vrijwel altijd correctief en niet preventief. Er moet eerst iets (of iemand) stuk zijn gegaan om tot een dergelijke handhaving te komen. Hoewel wel denkbaar is dat privaatrechtelijk ook preventief - uit gevaarzetting - tegen een mogelijke ondeugdelijkheid opgekomen zou kunnen worden, is het zeer de vraag of die actie is weggelegd voor deze groep belanghebbenden. Zij zijn immers willekeurige voorbijgangers of gebruikers en zullen niet snel voldoende belang hebben bij of zin hebben in een civiele procedure over een situatie die hen waarschijnlijk slechts zijdelings of sporadisch raakt. Daarbij laat ik de kosten van een dergelijke actie in rechte hier nog buiten beschouwing.

Daarmee zal deze groep belanghebbenden er dus vooral op moeten vertrouwen dat er deugdelijke voorschriften zijn die leiden tot veilige (en kwalitatief goede) bouwwerken en dat die voorschriften ook gehandhaafd zullen worden door de daartoe bevoegde instanties. In zijn proefschrift heeft De Haan gesteld dat het huidige bestel daarin onvoldoende voorziet en heeft hij zich een voorstander betoond van de Wet Kwaliteitsborging.⁸

‘Het nieuwe stelsel leidt in ieder geval in theorie tot de beoogde betere bouwkwiteit. Het gerealiseerde bouwwerk mag immers eerst in gebruik worden genomen nadat een kwaliteitsborger (toetser) heeft verklaard dat het aan het Bouwbesluit voldoet. In het geldende stelsel is er geen verplichte controle door het bevoegd gezag achteraf en is alleen een gereedmelding nodig voor ingebruikname. Alternatieven voor dit stelsel zijn onwenselijk. Zo is het niet mogelijk om alleen met toepassing van ‘erkende technische oplossingen’ voor bouwdelen te garanderen dat die tezamen een constructief veilig bouwwerk opleveren. Ook zijn alternatieven waarbij enigerlei overheidsorgaan achteraf controleert of het bouwwerk aan het Bouwbesluit voldoet, onwenselijk. De kleinere gemeenten hebben thans onvoldoende kennis en capaciteit voor het bouwtoezicht. Dat legt bovendien meer verantwoordelijkheid bij de overheid. De regering wil juist dat de private bouwsector meer verantwoordelijkheid voor de bouwkwiteit neemt.’

De Haan signaleert feitelijk twee problemen die aan het huidige bestel kleven. Er vindt geen toetsing achteraf plaats van het daadwerkelijk gebouwde werk en er is plaatselijk sprake van onvoldoende kennis en capaciteit bij de overheid om daadwerkelijk bouwtoezicht uit te oefenen. Voor de hier besproken groep belanghebbenden zal, uitgaande van die tekortkomingen, daarmee gelden dat hun belangen langs publieke weg onvoldoende gewaarborgd zijn. De vraag is dan of die borging er dan wel is langs civiele weg, door ‘checks and balances’ in de contractuele vormgeving van het project.

Die vraag dient naar mijn mening ontkennend beantwoord te worden. Bij het schetsen van de casus ben ik dicht bij de dagelijkse werkelijkheid gebleven. Die werkelijkheid is er één van een grote verscheidenheid aan contractuele verhoudingen die samen tot één werk moeten leiden. Het resultaat moet een kloppende puzzel zijn waaraan iedere deelnemer aan het bouwproces een paar stukjes bijdraagt. Het kloppend maken van de puzzel moet voortvloeien

6 Zie ook: M.A.B. Chao-Duvis en H.P.W. Strang, Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw, IBR 2013, hoofdstuk 3.

7 Vgl. M.A.B. Chao-Duvis in Van het gebaande pad, p. 220 e.v.

8 P.M.J. De Haan t.a.p. p. 303.

uit de onderlinge samenwerking en controles, waarbij er niet noodzakelijkerwijze sprake is van één technisch eindverantwoordelijke partij.

Daarbij durf ik de stelling aan dat de keuzes die bij de contractuele verdeling van verantwoordelijkheden worden gemaakt vooral financieel gedreven zijn. Logischerwijs willen opdrachtgevers niet dat hetzelfde werk meermaals verricht wordt en dan ook meermaals moet worden afgerekend. In het verlengde hiervan durf ik ook de stelling aan dat in de door mij geschetste casus alle betrokken partijen hun werk uitstekend kunnen doen en er toch een wezenlijk probleem kan ontstaan in het samenstel dat het uiteindelijke werk vormt.

Dat vloeit voort uit de contractuele architectuur, waarbij delen van taken en van disciplines aan verschillende partijen worden toevertrouwd. De constructeur uit de geschetste casus heeft de opdracht de hoofdschematisering op te zetten, welke opdracht doorgaans wordt aangevuld met een algemene opdracht tot het controleren van het werk van de constructeurs van de prefab onderdelen. Die controle-opdracht is echter zelden (tot nooit) volledig, vanuit de simpele gedachte dat het volledig controleren van het werk van de 'deel'-constructeurs tot dubbel werk zou leiden. Met een steekproefsgewijze controle zal de 'hoofd'- constructeur doorgaans aan zijn verplichtingen voldaan hebben.⁹ De 'deel'- constructeur zal op zijn beurt aan zijn verplichtingen voldaan hebben als hij de onderdelen die onder zijn verantwoording vallen heeft ingepast in de schematisering van de 'hoofd'- constructeur zoals hij die begrepen heeft of - zoals ook voorkomt - hem opgedragen is.

In de praktijk blijkt daar nog wel eens onduidelijkheid over te bestaan. Daar waar de constructeur die de hoofdconstructie heeft geschematiseerd slechts een beperkte opdracht heeft, is hij niet zonder meer eindverantwoordelijke voor het daadwerkelijk functioneren van de uiteindelijke constructie. Die eindverantwoordelijkheid ligt ondertussen ook niet noodzakelijkerwijze bij de constructeur die een deel van de constructie voor zijn rekening neemt. Zonder dat er een duidelijk verantwoordelijke partij hoeft te zijn, kan er daarmee wel sprake zijn van gebreken in het uiteindelijke werk. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw van 6 november 2018:¹⁰

'Niet in geschil is dat D. de hoofddraagconstructie, inclusief fundering, heeft gedimensioneerd.

Tijdens het werk bleek dat D. de hoofddraagconstructie niet had berekend op prefab betonnen binnenwanden, maar op lichte binnenwanden. Aanpassing van de hoofddraagconstructie was niet meer mogelijk, daar de bouw al te ver gevorderd was, zodat geen prefab betonnen binnenwanden meer konden worden toegepast. Het tekenbureau was uit hoofde van de overeenkomst slechts verantwoordelijk voor het vervaardigen van de vorm- en wapeningstekeningen van de betonelementen van het project. Hij was niet uit dien hoofde zelf verantwoordelijk voor de dimensionering van de hoofddraagconstructie.

De tekeningen waarop de omgevingsvergunning is afgegeven zijn van de hand van de architect van de ondernemer. De vergunning dateert van voor de overeenkomst. Op de tekeningen zijn binnenwanden van lichte bouwstenen (Gibo) aangegeven. Niet in geschil is dat de ondernemer met het tekenbureau heeft besproken dat alle binnenwanden, in afwijking daarvan, moesten worden uitgevoerd in prefab beton.

De ondernemer heeft dit echter zelf niet gecommuniceerd met D. en heeft niet aan het tekenbureau expliciet opgedragen of verzocht dit te doen.

De ondernemer mocht er ook niet vanuit gaan dat het tekenbureau dit uit eigen beweging zou doen.

Het gegeven dat het tekenbureau en D. technische gegevens hebben uitgewisseld over het onderhavige werk, maakt dat niet anders. Evenmin het gegeven dat het tekenbureau e-mail-verkeer tussen de ondernemer en D. c.c. heeft gekregen. Het tekenbureau heeft enkele van de ondernemer ontvangen tekeningen doorgezegt

9 Daar waar de 'hoofd'- constructeur wettelijk niet meer bestaat past het op zowel bij deze term als de term 'deel'- constructeur aanhalingstekens te gebruiken. Hoewel beiden zich als zodanig tot elkaar verhouden is er geen sprake van een hiërarchie.

10 RvA 6 november 2018, No. 36.147.

aan D., maar niet is komen vast te staan dat, zoals de ondernemer stelt, alle contact over het werk via het tekenbureau verliep.

De vraag is dan of het tekenbureau contractueel jegens de ondernemer verantwoordelijk was voor de werkzaamheden van D. en uit dien hoofde gehouden was met D. te communiceren en verantwoordelijk was voor de werkzaamheden van D. jegens de ondernemer.

Uit de volgtijdigheid en de inhoud van de tussen de ondernemer en D. en van de tussen de ondernemer en het tekenbureau tot stand gekomen overeenkomsten is niet op te maken dat het tekenbureau als hoofdconstructeur heeft te gelden en dat, zoals de ondernemer ter zitting stelt, het tekenbureau telkens als dat nodig was D. zou inschakelen. De ondernemer heeft niet aannemelijk gemaakt dat in afwijking van die overeenkomsten de werkelijke gang van zaken anders lag.¹¹

In deze uitspraak blijft de opdrachtgever met het probleem zitten. Daar waar hij zelf de verdeling van verantwoordelijkheden kennelijk niet sluitend heeft gecontracteerd, lijkt mij dat een billijke uitkomst. Het betreft hier echter 'slechts' een probleem van financiële aard. Volledig denkbaar is echter dat het probleem uiteindelijk een gebrek in het bouwwerk oplevert dat pas lang na oplevering ontdekt wordt, mogelijk door het bezwijken ervan. Wordt in dat geval bijvoorbeeld een willekeurige voorbijganger bijvoorbeeld getroffen dan zal dat civielrechtelijk mogelijk tot aansprakelijkheid leiden van degene die op dat moment eigenaar is van het betreffende bouwwerk. Maar of diegene die de 'knip' heeft gemaakt in de verschillende opdrachten dan nog aangesproken zal kunnen worden is nog maar de vraag.

In theorie biedt het huidige bestel waarborgen om juist dit soort situaties te voorkomen. Publiekrechtelijk bouw- en woningtoezicht is immers niet gebonden aan enige contractuele afspraak die de initiatiefnemer met de door hem ingeschakelde partijen maakt, noch aan enige verdeling van taken over die partijen. Bouw- en Woningtoezicht is louter belast met een controle op het bouwplan zoals dat in het kader van de vergunningverlening wordt voorgelegd en op hetgeen daadwerkelijk gerealiseerd wordt. Als dat niet voldoet aan de geldende regelgeving zal de vergunninghouder (doorgaans de initiatiefnemer en opdrachtgever) verplicht worden tot aanpassingen. Daartoe beschikt Bouw- en Woningtoezicht over vergaande bevoegdheden, die onder meer een stillegging van de bouw mogelijk maken totdat duidelijk is gebleken dat wél aan de geldende voorschriften is voldaan. Bouw- en Woningtoezicht heeft daarbij geen ander belang dan het bevorderen van de bouwkwaliteit.

De Haan¹¹ wijst er terecht op dat het kleinere gemeenten aan kennis en capaciteit kan ontbreken om adequaat bouwtoezicht te organiseren. De vraag is echter of dat de leidende factor moet zijn voor een fundamentele stelselherziening waarbij de controle feitelijk volledig wordt overgeheveld naar marktpartijen. En de volgende vraag is of in het door de wetgever -weliswaar formeel aangenomen maar nog grotendeels nader uit te werken- nieuwe bestel de hier besproken groep (algemene) belanghebbenden beter af zal zijn.

In dat bestel zal gedurende de bouw een kwaliteitsborger gedurende de bouw een dossier samenstellen dat, in de woorden van de wetgever, *'tot doel heeft vast te stellen of er een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het bouwen van een bouwwerk voldoet aan de voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur.'*¹² De wetgever voorziet daarbij in een aantal waarborgen die er voor moeten zorgen dat de kwaliteitsborger zich ordentelijk zal gedragen. Een kwaliteitsborger die dat niet doet kan zijn accreditatie kwijtraken.

11 P.J.M. de Haan, t.a.p. p. 303.

12 Gewijzigd voorstel van wet, art. 7aa, *Kamerstukken I* 2016/17, 34 453, nr. A.

Eerder heb ik al eens de vraag opgeworpen hoe één en ander nu werkelijk in de praktijk zal gaan. De kwaliteitsborger is een partij die zal moeten worden ingehuurd door de initiatiefnemer van het bouwwerk. Daarmee wordt ook de opdracht aan de kwaliteitsborger gedefinieerd door de marktwerking tussen die initiatiefnemer en de kwaliteitsborger. In de door de wetgever voorgestelde aanpassing van het Bouwbesluit¹³ wordt (in art. 1.36) uitgegaan van een borgingsplan waarin de aard en omvang van de uit te voeren kwaliteitsborging moet worden vastgelegd. Volgens art. 1.42 (nieuw) Bouwbesluit moet de kwaliteitsborger geconstateerde afwijkingen van voorschriften van het Bouwbesluit aan het bevoegd gezag melden. Wanneer dat moet gebeuren vermeldt het artikel niet. Na de afronding van de bouwwerkzaamheden moet de kwaliteitsborger aan zijn opdrachtgever verklaren dat er naar zijn oordeel een gerechtvaardigd vertrouwen is dat het bouwwerk voldoet aan de voorschriften van het Bouwbesluit.

Wat er daadwerkelijk gecontroleerd zal worden is daarmee volledig afhankelijk van het borgingsplan. Hetzelfde geldt voor de vraag hoe die controles zullen plaatsvinden. Volgens art. 1.36 lid 3 (nieuw) Bouwbesluit kunnen hierover nadere regels worden gesteld bij ministeriële regeling maar of en welke wijze van die bevoegdheid gebruik gemaakt zal worden moet nog worden ingevuld. Daar waar de Wet Kwaliteitsborging als doelstelling formuleert¹⁴ dat er sprake moet zijn van een integrale beoordeling van een bouwwerk, geeft de algemene maatregel van bestuur waarin deze integraliteit uitgewerkt moet worden weinig houvast ten aanzien van de daadwerkelijke invulling.

Denkbaar is dan dat de slagkracht van de kwaliteitsborger mede door marktwerking gedefinieerd zal worden. De kwaliteitsborger ontleent zijn bevoegdheid immers aan zijn opdracht van de initiatiefnemer die ook de omvang van zijn opdracht moet definiëren. Weliswaar wordt de kwaliteitsborging zelf ingekaderd door het *Instrument voor kwaliteitsborging* zoals de Wet kwaliteitsborging het noemt maar uiteindelijk wordt de werkelijke slagkracht van de kwaliteitsborger vooral bepaald door het aantal uren dat hem vergund zal worden om aan zijn opdracht te besteden.¹⁵

Vervolgens dringt de vraag zich op hoe de kwaliteitsborger nu precies zal gaan controleren. Zal hij een documentencontrole uitvoeren op tekeningen en technische specificaties en zal hij tijdens de bouw feitelijk toezicht gaan houden? En als hij geen feitelijk toezicht zou houden, hoe wordt dan geborgd dat de feitelijke en de papieren werkelijkheid met elkaar overeenstemmen? En hoe wordt geborgd dat de kwaliteitsborger alle disciplines kan overzien en alle relevante werkzaamheden kan toetsen? De bouw kenmerkt zich tegenwoordig door een hoge mate van specialisatie waarbij - zoals in het voorbeeldproject ook is geschetst - de taken over veel partijen verdeeld worden. Wordt ook bij de kwaliteitsborger een zelfde verdeling van taken aangebracht om te zorgen dat hij het werk van alle betrokken disciplines op waarde zal kunnen schatten? En hoe moet de kwaliteitsborger reageren op fundamentele keuzes die in het begin van ieder project worden gemaakt maar die wel in hoge mate het 'DNA' (en daarmee de kwaliteit) van een gebouw bepalen?

De Wet Kwaliteitsborging geeft daarop geen antwoord nu veel van de uitwerking in nadere regelingen zal plaatsvinden. De gekozen formulering dat er uiteindelijk een 'gerechtvaardigd vertrouwen' moet bestaan dat - kort gezegd - correct gebouwd is, staat wat mij betreft ook

13 Bijlage bij de Kamerbrief van toenmalig minister Plasterk van 1 mei 2017.

14 Gewijzigd voorstel van wet, art. 7ac, *Kamerstukken I* 2016/17, 34 453, nr. A.

15 Zie in vergelijkbare zin S. van Gulijk, *Circulair en veilig bouwen, verantwoordelijkheid is geen estafettestokje*, p. 14

niet gelijk aan een volledige en uitputtende controle. Naar mijn mening is dan ook volledig denkbaar dat een kwaliteitsborger een documentencontrole verricht die op papier tot het door de wetgever gewenste vertrouwen zal leiden maar niet noodzakelijkerwijze de veiligheid van het werkelijke bouwwerk garandeert.

Van belang vind ik verder dat de kwaliteitsborger - om zich tegen misstanden te verzetten - als enige 'wapen' de dreiging heeft van het onthouden van een goedkeurende verklaring of van een melding van misstanden aan het bevoegd gezag. Dit, waar de publiekrechtelijke toezichthouder de bouw gewoon stil kan leggen als hij daarvoor gronden ziet. Mogelijk dat in de praktijk een effectieve dreiging door de kwaliteitsborger tot stillegging van het werk door de initiatiefnemer zal leiden maar gelet op de vaak grote financiële belangen bij voortgang van de bouw is dat zeker geen gegeven.

Feitelijk lijkt de functie van kwaliteitsborger daarmee sterk op bijvoorbeeld de registeraccountant. Als de registeraccountant de jaarrekening van een (beursgenoteerde) onderneming niet goedkeurt, heeft dat verstrekken gevolgen.¹⁶ Keurt de registeraccountant de jaarrekening ten onrechte goed dan kan dat evenzeer verstrekken gevolgen hebben, voor de accountant zelf. Die gevolgen liggen echter vooral op het tuchtrechtelijke vlak. In het verleden kwam het zelden voor dat registeraccountants jaarrekeningen afkeurden, tegenwoordig is dat wat minder zeldzaam. Gelet op de betrokken belangen zal een accountant niet over één nacht ijs gaan alvorens tot afkeuring over te gaan. Dat zal waarschijnlijk ook voor de kwaliteitsborger gaan gelden, nu ook deze zich zal bevinden in een spanningsveld van belangen en van een specifiek aan hem verstrekte opdracht. Daarmee blijft wat mij betreft de terugkerende vraag of de uiteindelijke bouwveiligheid daarmee veel zal opschieten.

Daar waar de wetgever de wens heeft uitgesproken dat de private bouwsector meer verantwoordelijkheid moet gaan nemen voor de bouwkwaliteit, lijkt die wens volledig op de uitvoerende kant van de bouw gericht.¹⁷ Met het voorgaande heb ik proberen aan te geven dat juist de vragende kant (de initiatiefnemer) in hoge mate bepalend is voor de mate van verantwoordelijkheid die uitvoerende partijen kunnen nemen. De keuzes die de initiatiefnemer maakt in de voorbereiding van een project zijn in hoge mate bepalend voor het uiteindelijke resultaat. Als de opdrachten aan uitvoerende partijen in kleine delen worden opgedeeld, zal dat afbreuk doen aan de mate waarin individuele uitvoerende partijen daadwerkelijk een zinnige verantwoordelijkheid zullen kunnen nemen.¹⁸

Anders dan De Haan ben ik daarmee - gezien vanuit het maatschappelijk belang - geen voorstander van de Wet Kwaliteitsborging. Het meest essentiële element van het huidige systeem is naar mijn mening dat het publieke toezicht zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan welke contractuele vormgeving dan ook die door de initiatiefnemer wordt gekozen. De initiatiefnemer is naar de publieke toezichthouder dé partij die aan de lat staat voor het daadwerkelijk realiseren van hetgeen aan hem vergund is, ongeacht hoe hij zijn project contractueel inricht. In de geest van Montesquieu¹⁹ is er daarbij sprake van een scheiding van machten of - minder hoogdravend verwoord - de keurmeester is niet in dienst van de slager wiens vlees gekeurd moet worden. Daar waar het algemeen belang van een duurzame en langjarige bouwveiligheid de belangen van direct betrokkenen overstijgt ben ik van mening dat het een publieke taak is en blijft om dat belang te waarborgen.

16 Art. 2:393 BW voorziet in het deskundigenonderzoek door de accountant.

17 Zie hierover ook: S. van Gulijk, t.a.p. p. 14.

18 Overigens versta ik onder uitvoerende partijen hierbij tevens ontwerpende partijen.

19 Charles Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748.

3. De tweede groep (met een contractuele band met het project)

Laat ik voorop stellen dat de door mij in deze bijdrage gehanteerde indeling zeer grofstoffelijk is. Wat de inhoud van de contractuele band met het project is, zal immers in hoge mate bepalend zijn voor de bescherming van de belangen van de betrokkenen waar het op bouwveiligheid aankomt. Toch is het een naar mijn mening werkbare indeling. Iedere partij die contractueel verbonden is aan het project zal immers een beroep kunnen doen op de bepalingen van de specifieke overeenkomst die voor die band zorgt.

De projectontwikkelaar of initiatiefnemer zal zich jegens alle gecontracteerde uitvoerende partijen kunnen beroepen op een juiste uitvoering van de verschillende aspecten van het project. Of die aspecten samen één werkbaar geheel vormen heeft de initiatiefnemer vooral zelf in de hand.

De koper, huurder of (contractuele) gebruiker van het project zal zich weer tot de initiatiefnemer kunnen wenden om een bepaalde kwaliteit te bedingen. Wordt die kwaliteit niet geleverd dan zullen daar in beginsel civielrechtelijke mogelijkheden voor bestaan om die kwaliteit alsnog op te eisen. Voor veel consumentkopers/opdrachtgevers geldt daarbij dat doorgaans slechts onder de toepasselijkheid van strikte garantieregelingen tot opdrachtverstrekking wordt overgegaan, waaraan zij doorgaans een grote mate van belangenbescherming kunnen ontlenen.

En tenslotte zullen de uitvoerende (en ontwerpende) partijen zich binnen hun contractuele kader een goede prestatie moeten leveren maar wordt de omvang van die prestatie wel beperkt door hetgeen daadwerkelijk aan hen is opgedragen.

Voor deze tweede groep geldt dan ook naar mijn mening eerder dat publiek bouwtoezicht met publieke middelen niet steeds strikt noodzakelijk is om hun belangen te bewaken omdat aan hen contractuele instrumenten ter hand staan. Toch is het juist deze groep die de wetgever op het oog heeft met de Wet Kwaliteitsborging. Verwezen zij naar de Memorie van Toelichting op het (oorspronkelijke) wetsvoorstel²⁰:

‘Dit wetsvoorstel strekt tot verbetering van de bouwkwaliteit door verbetering van de privaatrechtelijke positie van de particuliere en de zakelijke bouwconsument en door de introductie van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor bouwwerken. Met de term bouwconsument wordt benadrukt dat het hier primair gaat om een klant die een bouwwerk afneemt van een bouwbedrijf.’

In veel gevallen neemt de door de wetgever centraal gestelde klant helemaal geen bouwwerk af van een bouwbedrijf. Zeker niet de *bouwconsumenten* in de letterlijke zin des woords. Het aantal particulieren dat zelfstandig en naar eigen ontwerp een huis laat bouwen door een aannemer is betrekkelijk beperkt. In het overgrote deel van de gevallen worden huizen gerealiseerd uit hoofde van gecombineerde koop-/aannemingsovereenkomsten, waarbij de planopzet en uitwerking doorgaans niet van een aannemer maar van een projectontwikkelaar of andere initiatiefnemer afkomstig is. Met de eerder geschetste - fictieve - casus heb ik dat inzichtelijk proberen te maken.

De wetgever lijkt daaraan voorbij te gaan en gaat uit van een veel te simpel beeld van de bouw in het algemeen. In dat simpele beeld valt de belangrijke rol die de initiatiefnemer voor een bouwplan inneemt weg. Datzelfde geldt voor de belangrijke rol van de keuzes die in het kader

20 *Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 2.*

van het ontwerp gemaakt worden alsook voor de rol van de contractuele architectuur van een project. Dat is naar mijn mening onterecht.

4. Conclusie

Daar waar bouwkwaliteit een publiek belang is, dient er naar mijn mening altijd een onafhankelijke controle op die kwaliteit te zijn die volledig los staat van de contractuele vormgeving van een project. Daar waar projecten niet alleen materieel steeds complexer worden maar daar waar ook de juridische vormgeving vaak ingewikkelder wordt, schuilt er naar mijn mening een niet te onderschatten waarde in een blik van buitenaf die te allen tijde tot een ingrijpen met daartoe gegeven publiekrechtelijke bevoegdheden kan leiden. Die blik van buitenaf zorgt voor noodzakelijke *'checks and balances'* die het algemeen belang dienen. De kwaliteitsborger die toch in een afhankelijke positie verkeert ten opzichte van degene die hem betaalt en wiens taak en werkwijze in de voorliggende regelgeving nog slechts elementair gedefinieerd is, kan naar mijn mening niet dezelfde waarborgen bieden. Hoewel de Wet Kwaliteitsborging inmiddels ook door de Eerste Kamer is aangenomen, dienen er nog veel details uitgewerkt te worden in uitvoeringsregelingen en besluiten. Ook heeft de Minister (aan de VNG) toegezegd aan de hand van pilotprojecten nader te zullen bezien hoe de invoering van de Wet zal gaan lopen. Mijn hoop is dat in dit verdere proces toch nog nadere invulling aan dit belang zal worden gegeven.

Afsluitend wil ik nog even terugkeren naar wat ik hiervoor al gezegd heb, namelijk dat Monika en ik al eerder inhoudelijk de degens gekruist hebben over dit onderwerp. Dat bedoel ik in uiterst positieve zin, nu Monika niet alleen altijd open staat voor een andere mening maar daarvoor ook ruimte laat en graag de discussie daarover aangaat. Met niet aflatende energie heeft zij er bij het IBR voor gezorgd dat de kwaliteit van het bouwrecht zonder meer geborgd is geweest over de afgelopen jaren en heeft zich daarmee zelf een belangrijke kwaliteit in het Bouwrecht betoond. Op deze plek spreek ik daar graag dank voor uit!

5. Slotwoord

Sinds enkele jaren ben ik bestuurslid van de Vereniging voor Bouwrecht. Met enige regelmaat publiceer ik over bouwrechtelijke onderwerpen of geef daarover lezingen. In die hoedanigheid ben ik regelmatig door Monika gevraagd een onderwerp 'op te pakken' en uit te lichten. Monika kenmerkt zich daarbij door een aanstekelijk enthousiasme, waartegen je bijna geen nee kunt zeggen. Zo zei ik regelmatig in februari van een jaar ja tegen een nieuwe cursus of lezing om er in december van datzelfde jaar achter te komen dat dat toch wel weer een opgave was. Vanwege mijn vooral op uitvoerende partijen gerichte praktijk vroeg Monika mij een aantal jaren geleden kritische noten te plaatsen bij de presentatie van haar advies over de bouwkwaliteit. Dat heb ik gedaan en dat doe ik nog steeds. Ik waardeer het daarbij zeer dat Monika de 'dissenting opinion' niet schuwt maar juist opzoekt om op die manier de wetenschap en het vak vooruit te brengen. Daarmee heeft zij het Instituut en het bouwrecht veel gebracht.

Over de auteur



Leendert van den Berg is sinds 2004 advocaat bij Severijn Hulshof. In 1995 is hij toegetreden tot de Haagse balie, hij legt zich uitsluitend toe op het aanbestedingsrecht en civiele bouwrecht.