



Private kwaliteitsborging in de bouw

E.M.A. van der Aa
Universiteit van Tilburg, 2014



Private kwaliteitsborging in de bouw

Een onderzoek naar de geschiktheid van het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en de waarborging van de constructieve veiligheid van bouwwerken in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces.

**E.M.A. van der Aa
S749676**

**Master Rechtsgeleerdheid
Accenten privaatrecht & staats- en bestuursrecht
23 september 2014
mr. dr. S. van Gulijk
Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels**

VOORWOORD

Ter afsluiting van een leuke, leerzame, zeer boeiende en waardevolle studententijd ligt voor u mijn (dubbele) masterscriptie. Op vrijwel ieders afraden heb ik (juist daarom) besloten één dubbele scriptie te schrijven om zo te kunnen afstuderen op beide accenten privaatrecht en staats- & bestuursrecht. In samenwerking met dhr. Michiels ben ik gekomen tot het scriptieonderwerp private kwaliteitsborging in de bouw. Na een wat langzame start ben ik met behulp van dhr. Michiels en mevr. van Gulijk gekomen tot een onderzoeksopzet en kon ik starten met mijn onderzoek. Stapvoets ben ik begonnen met mijn tweede hoofdstuk, waarna ik in een sneltreinvaart de rest van mijn onderzoek heb afgerond door het (eerder dan gepland) vinden van een baan. Ik ben nauwelijks beren op de weg tegengekomen en mede dankzij mijn scriptiebegeleiders heb ik mijn onderzoek positief kunnen afronden waarvan het resultaat in deze scriptie staat weergegeven. Binnen 24h kreeg ik een reactie op mijn mailtjes, binnen een week waren mijn ingediende stukken nagekeken en werd ik bij een 'probleem' vrijwel meteen verder geholpen. Ik wil dhr. Michiels en mevr. van Gulijk daarom hartelijk bedanken voor hun begeleiding en advisering tijdens mijn onderzoekstraject. Verder ben ik dank verschuldigd aan Selma Sturmans. Elke ochtend om 8.30u samen ontbijten in de troosteloze koffiecorner van de lege universiteitsbibliotheek, elke middag samen lunchen - zonder daarbij in de rij te hoeven staan in de Mensa - en gezellig samen instantkoffie uit de automaat drinken, heeft me er tijdens de vakantieperiode toe bewogen om elke dag vol goede moed aan mijn scriptie te werken. Ten slotte wil ik mijn vrienden en familie, waaronder in het bijzonder dispuut Furiae, bedanken voor hun steun en support tijdens het schrijven van mijn masterscriptie en het maken van mijn studententijd tot een gouden periode!

Inge van der Aa
Tilburg, september 2014

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	3
1. INTRODUCTIE	6
1.1 Inleiding.....	6
1.2 Centrale onderzoeksvraag en onderzoeksdoel.....	9
1.3 Afbakening	11
1.4 Onderzoeksmethode	12
1.5 Plan van behandeling.....	14
2 REALISATIEFASE VAN HET HUIDIGE NEDERLANDSE BOUWPROCES	15
2.1 Inleiding.....	15
2.2 Toestemmingsfase van het huidige Nederlandse bouwproces.....	16
2.2.1 Wettelijk kader.....	16
2.2.2 Bouwplantoets in de toestemmingsfase	17
2.2.3 Verantwoordelijkheidsverdeling in de toestemmingsfase	21
2.3 Uitvoeringsfase van het huidige Nederlandse bouwproces	23
2.3.1 Wettelijk kader.....	23
2.3.2 Toezicht & handhaving in de uitvoeringsfase	24
2.3.3 Verantwoordelijkheidsverdeling in de uitvoeringsfase	28
2.4 Knelpunten in de realisatiefase van het huidige Nederlandse bouwproces	29
2.4.1. Knelpunten in de toestemmingsfase	30
2.4.2 Knelpunten in de uitvoeringsfase	31
2.5 Objectief toetsingskader	32
2.5.1 Deskundigheid.....	33
2.5.2 Onpartijdigheid en onafhankelijkheid	34
2.5.3 Concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden	35
2.6 Deelconclusie	36
3 REALISATIEFASE VAN HET NEDERLANDSE BOUWPROCES NA INVOERING VAN EEN NIEUW STELSEL VAN KWALITEITSBORGING VOOR HET BOUWEN	38
3.1 Inleiding.....	38
3.2 Toestemmingsfase van het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging	39

3.2.1 Wettelijk kader.....	39
3.2.2 Publiekrechtelijke toetsing & ‘check private kwaliteitsborging’ in de toestemmingsfase	40
3.2.3 Verantwoordelijkheidsverdeling in de toestemmingsfase	45
3.3 Uitvoeringsfase van het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging	46
3.3.1 Wettelijk kader.....	46
3.3.2. Toets, toezicht & handhaving in de uitvoeringsfase.....	46
3.3.2.1. Bouwplantoets.....	47
3.3.2.2. Toezicht & handhaving	47
3.3.3 Verantwoordelijkheidsverdeling in de uitvoeringsfase	51
3.4 Eventuele valkuilen en risico’s in het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw	54
3.5 Objectief toetsingskader	57
3.5.1 Deskundigheid.....	57
3.5.2. Onpartijdigheid en onafhankelijkheid	59
3.5.3 Concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden	60
3.6 Deelconclusie	62
4 SYNTHESE	65
4.1 Inleiding.....	65
4.2 Deskundigheid.....	65
4.3 Onpartijdigheid en onafhankelijkheid	68
4.4 Concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden	71
4.5 Eindconclusie	74
VERANTWOORDING GEBRUIKTE BRONNEN	76
Literatuurlijst.....	76
Rapporten en Adviezen.....	78
Parlementaire stukken.....	79
Jurisprudentie	80

1. INTRODUCTIE

1.1 Inleiding

Het instorten van vijf balkons van een appartementencomplex in Maastricht (2003), de vanwege een constructiefout noodzakelijke ontruiming van de appartementen aan het Amsterdamse Bos- en Lommerplein (2006), het instorten van verschillende verdiepingen van de B-tower in Rotterdam (2010) en het gedeeltelijk instorten van het dak van de Grolsch Veste in Enschede (2011): dit zijn slechts enkele voorbeelden van ongevallen die zich in de Nederlandse bouw hebben voorgedaan. Onderzoek wijst uit dat onder andere de volgende problemen in het bouwproces daarin een belangrijke rol speelden: cruciale fouten in de ontwerpfase, tijdsdruk, defecte materialen, slecht beheer van financiën en gebrekkige communicatie tussen de verschillende bouwactoren.¹ Waar private partijen van oudsher een grote eigen verantwoordelijkheid hadden in het stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw is dit de afgelopen decennia sterk verminderd. Private partijen zijn zich meer en meer gaan richten op louter economische belangen (het behalen van de planning, het beperken van de kosten etc.) en het verkrijgen van de noodzakelijke vergunning om te mogen starten met de bouw. Het waarborgen van de te beschermen publieke belangen zoals veiligheid, gezondheid, energieprestatie en bruikbaarheid worden daarbij steeds vaker naar de achtergrond geplaatst.^{2, 3} Tegelijkertijd draagt elke partij in de bouwketen zorg voor de kwaliteit van zijn eigen werk waardoor een overzicht van het totale bouwwerk ontbreekt.⁴ Geen van de betrokken partijen ziet zichzelf als 'eindverantwoordelijke' en in veel gevallen is het ook niet duidelijk wie volgens de wetgever de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van een bouwwerk zou moeten dragen.⁵ De regeldruk in het Nederlandse bouwproces en het toezicht van de overheid op de naleving van de bouwregelgeving worden door de praktijk als te complex en niet transparant ervaren.⁶ De wet- en regelgeving die geldt voor het bouwen van een bouwwerk leidt tot aanzienlijke lasten voor burgers en bedrijven en maakt het bouwproces stroperig. Er moet minder en slimmer geregeld worden.⁷ De Nederlandse overheid heeft vanaf de jaren '90 al diverse stappen gezet om dit complexe en versnipperde bouwproces te moderniseren en de regeldruk voor de burger en de bouwpraktijk te verminderen door geldende bouwvoorschriften te uniformeren. Door de invoering van de nieuwe Woningwet in 2007 beschikken gemeenten⁸ over de nodige toezicht- en sanctiebevoegdheden ten behoeve van hun handhavingstaak die betrekking heeft op de naleving van de bouwregelgeving. Het in 2008 in werking getreden Besluit brandveilig gebruik bouwwerken ('Gebruiksbesluit') uniformeert de tot dan toe geldende gebruiksvoorschriften met betrekking tot brandveilig gebruik van een bouwwerk en

¹Van Gulijk, *The International Construction Law Review* 2013 afl. 30(1), p. 16.

² Bij bedrijven kan de gedachte een rol hebben gespeeld dat zij de gemeente leges betaalden (die in het kader van hun publieke taak bouwplannen toetst voorafgaand aan het bouwproces ten behoeve van de kwaliteitsborging in de bouw).

³ *Kamerstukken II*, 2013/14, 32 757, nr. 91, p.1.

⁴ *Kamerstukken II*, 2013/14, 32 757, nr. 91, p.2.

⁵ Gambon, *TBR* 2008/69 afl. 4, p. 367.

⁶ Van der Heijden, *Tijdschrift voor Veiligheid* 2013/1, p.1.

⁷ Commissie Dekker 2008, p. 4.

⁸ Meer specifiek het college van Burgemeester & Wethouders.

door het in 2007 ingediende wetsvoorstel voor de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Hierna: Wabo) die in 2010 is ingevoerd, werden procedures verder gestroomlijnd en werd de vergunningslast verminderd.⁹

Doordat de vereenvoudiging en vermindering van wet- en regelgeving in de praktijk toch weerbarstig bleek heeft het tweede kabinet Lubbers er – in vervolg op de eerdere vereenvoudigingsoperaties – voor gekozen in 2007 de Commissie Fundamentele Verkenning Bouw (onder leiding van voormalig VROM-minister Dekker, hierna: Commissie Dekker) in te stellen. Haar taak was om de gehele keten van wet- en regelgeving en het toezicht rond bouwprojecten fundamenteel te herzien op mogelijkheden van verdere vereenvoudiging. Het doel van de verkenning was het leveren van een duidelijk en werkbaar stelsel van wet- en regelgeving waarin de kwaliteit van te bouwen bouwwerken voldoende wordt geborgd en waarin de burger niet onnodig belast wordt.¹⁰ In mei 2008 heeft de Commissie Dekker een rapport uitgebracht en aanbevelingen gedaan vanuit het principe ‘Publiek wat moet, privaat wat kan’. Ze stelt onder meer dat de overheid vertrouwen moet kunnen hebben in de kwaliteit die de bouwpraktijk levert. Daar staat voor de bouwpraktijk tegenover dat dit vertrouwen waargemaakt moet worden en de verantwoordelijkheid voor het leveren van kwalitatief goede bouwwerken dus ook daadwerkelijk gedragen moet gaan worden. Het gevolg is dat de overheid vooral kaderstellend te werk moet gaan en niet meer op de stoel van de ondernemer gaat zitten. De Commissie Dekker heeft het bouwproces in haar rapport opgedeeld in een verkennings- en planfase, een realisatiefase en een gebruik- en beheerfase. In de verschillende fases wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de private en publieke dimensies. De rollen van de private en de publieke sector zijn vooral in de realisatiefase specifiek van elkaar te scheiden. Aan de ene kant schaarst de Commissie Dekker het ontwerpen van de bouwwerken zelf, het aanvragen van de benodigde vergunningen en het daadwerkelijk realiseren van de gebouwen onder de private dimensie. Aan de andere kant is het beoordelen van de vergunningsaanvragen en het houden van toezicht gedurende de bouw een publieke taak.¹¹ Ondanks deze specifieke scheiding constateert de Commissie Dekker dat er sprake is van ‘een ongewenste vermenging en daarmee vertroebeling van de verantwoordelijkheidsverdeling, mede waardoor lang niet altijd gebouwen worden gerealiseerd die aan de voorschriften voldoen’.¹² Waar private bouwpartijen in de huidige praktijk klaarblijkelijk te weinig integrale verantwoordelijkheid nemen, speelt de overheid juist een te grote rol bij de toets die betrekking heeft op de verlening van een vergunning. Dit is een rol die ze naar capaciteit en kwaliteit niet kan waarmaken.¹³ Aanbeveling nummer 2 van de Commissie Dekker is dan ook om de gemeentelijke preventieve toets op de Bouwbesluitvoorschriften bij de vergunningverlening af te schaffen.¹⁴ Op dit moment ligt er namelijk nog een grote verantwoordelijkheid bij het bevoegd gezag (vaak een gemeentelijk orgaan) dat voorafgaand aan het starten van de bouw van

⁹ Commissie Dekker 2008, p. 7.

¹⁰ Commissie Dekker 2008, p. 2.

¹¹ Commissie Dekker 2008, p. 17.

¹² Stichting Bouwkwiteit (SBK) 2012, p.6.

¹³ Commissie Dekker 2008, p. 21.

¹⁴ Andere aanbevelingen van de Commissie Dekker zijn het beperken van de vrijheid van gemeenten om aanvullende wet- en regelgeving te stellen naast de landelijke wet- en regelgeving, de uitvoerbaarheid van nieuwe wet- en regelgeving moet gegarandeerd worden, de vereenvoudiging van bestemmingsplannen moet bevorderd worden, er dient experimenteerruimte te komen voor gebiedsconcessies en de professionalisering van alle betrokkenen in de bouwsector moet gestimuleerd worden.

een bepaald bouwwerk de door de regelgever vereiste omgevingsvergunning verleent. Alvorens het bevoegd gezag overgaat tot het verlenen van de vergunning wordt het bouwplan getoetst aan onder meer de eisen van het Bouwbesluit 2012, de bouwverordening, de eisen van welstand en het bestemmingsplan. Als het aan de Commissie Dekker ligt, zal dit veranderen en zullen aanvragers van een omgevingsvergunning hun bouwplan dus niet meer aan een gemeentelijke toets dienen te onderwerpen.¹⁵ Eind 2011 is de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de slag gegaan met deze aanbeveling en is gestart met een beleid dat gericht is op de vernieuwing van de Nederlandse bouwregelgeving aan de hand van de volgende drie pijlers:

Pijler 1: De vermindering en vereenvoudiging van bestaande regels.

- Met de invoering van het nieuwe Bouwbesluit op 1 april 2012 is al een belangrijke stap gezet in de richting van uniformering van gemeentelijke voorschriften, implementatie van Europese wet- en regelgeving en de deregulering en vereenvoudiging van nationale regels.

Pijler 2: Het terugleggen van de verantwoordelijkheid voor de naleving van de bouwvoorschriften bij private partijen in het bouwproces.

- Conform het advies van de Commissie Dekker wordt het afschaffen van de preventieve toets door een gemeentelijk orgaan aan het Bouwbesluit 2012 doorgevoerd. De bouw moet zelf in staat zijn de kwaliteit van bouwwerken te waarborgen. Naast het publieke stelsel moet er een privaatsysteem ontwikkeld worden voor de gemeentelijke toetsing van bouwplannen en het toezicht tijdens de bouw. Private kwaliteitsborging.

Pijler 3: Verdere herijking van de verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid en private partijen.

- Hier wordt aansluiting gezocht bij de uitgangspunten van de toekomstige Omgevingswet.¹⁶

Met betrekking tot pijler 2 heeft de minister drie onderzoeken en verschillende pilots¹⁷ laten uitvoeren om te bekijken onder welke voorwaarden private kwaliteitsborging kan werken in het Nederlandse bouwproces. De uitkomsten van deze verschillende onderzoeken zijn in 2012 middels onderzoeksrapporten gepubliceerd.¹⁸ Op 23 november 2013 stuurde minister Blok van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties zijn brief inzake private kwaliteitsborging naar de Tweede Kamer. Hierin geeft hij aan dat zijn beleidsvoornemens met betrekking tot een nieuw stelsel van naleving, toezicht en handhaving en aansprakelijkheid zich richt op het geven van prikkels aan de bouwsector voor het leveren van betere kwaliteit. Vooruitlopend op de inwerkingtreding van het nieuwe stelsel wordt er medio 2014 gestart met een proef waarbij in vijf gemeenten¹⁹ (grondgebonden) woningen zullen

¹⁵ Commissie Dekker 2008, p. 4-9.

¹⁶ Kamerstukken II 2011/2012, 28325, nr. 146, p. 1, 2.

¹⁷ Woningborg heeft een aantal pilots uitgevoerd waarbij ze zorg droegen voor plantoetsing, toezicht tijdens de uitvoering en de oplevering. Woningborg leverde in aanvulling hierop een afbouwgarantie en een verzekerde garantie op het bouwwerk.

¹⁸ 'Motieven van marktpartijen voor de toepassing van een privaatsysteem in het bouwtoezicht' (door: Spekking C&R), 'De markt als toezichthouder; private kwaliteitsborging in de bouw' (door: SBK) en 'Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidstoezicht in de bouw?' (door: Crisislab). Te vinden als bijlagen via: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/bouwregelgeving/documenten/publicaties/brochures/2012/09/20/private-kwaliteitsborging-in-hetbouwtoezicht.html>.

¹⁹ Rotterdam, Den Haag, Eindhoven, Delft en Sint Anthonis.

worden gebouwd onder het 'Keurmerk Garantiewoning' waar bij de aanvraag van de omgevingsvergunning niet meer getoetst zal worden aan de technische regels van het Bouwbesluit.²⁰

In het Algemeen Overleg van 27 maart 2014 heeft de commissie voor Wonen en Rijksdienst de minister voor Wonen en Rijksdienst verzocht na te denken over het geleidelijk invoeren van het nieuwe stelsel en af te zien van het in de tweede pijler opgenomen voornemen om een duaal stelsel in te voeren. Op 26 juni 2014 heeft de minister een conceptwetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen ter consultatie aangeboden waarin de minister dit verzoek heeft ingewilligd. Sluitingsdatum van de consultatie is 15 september 2014. Het is de bedoeling dat het nieuwe wettelijke stelsel van private kwaliteitsborging in 2015 in werking zal treden. In tegenstelling tot de eerder bekendgemaakte plannen – een duaal stelsel waarin de initiatiefnemer voor een periode van minimaal drie jaar de keus zou hebben gehad tussen het 'publieke spoor' (aanvraag van de omgevingsvergunning voorafgaand aan de start van het bouwproject) of het 'private spoor' (private kwaliteitsborging)²¹ – wordt het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging in de bouw naar alle waarschijnlijkheid dus geleidelijk ingevoerd. Het nieuwe stelsel voor private kwaliteitsborging zal bij een geleidelijke invoering als eerst verplicht gaan gelden voor de minst risicovolle bouwwerken²² en blijft het huidige stelsel nog een bepaalde tijd functioneren voor de overige categorieën. Op den duur zal het huidige publieke stelsel geheel verdwijnen. De voorgestelde verandering van kwaliteitsborging in de bouw beoogt bij de dragen aan een verbetering van de kwaliteit van gebouwde bouwwerken in de Nederlandse bouw en betracht de in het huidige stelsel aanwezige knelpunten aan te pakken. Welke knelpunten dit zijn komt verderop in dit onderzoek aan de orde.

1.2 Centrale onderzoeksvraag en onderzoeksdoel

Een belangrijk uitgangspunt van dit onderzoek is het rapport van de Commissie Dekker en haar visie op de toekomst van het Nederlandse bouwstelsel. Het vraagstuk dat centraal staat in mijn onderzoek heeft vooral betrekking op aanbeveling nummer 2 van de Commissie Dekker en het onlangs gepresenteerde conceptwetsvoorstel kwaliteitsborging in de bouw. Dit voorstel geeft het wettelijke kader van het nieuwe 'private spoor' weer. Het belang van mijn onderzoek bestaat uit het hebben van een duidelijk overzicht van de manier waarop dit nieuwe stelsel vorm gaat krijgen in het Nederlandse bouwproces en de betekenis van deze overgang voor de kwaliteit en de constructieve veiligheid van een bouwwerk. Het Nederlands Normalisatie-Instituut omschrijft constructieve veiligheid meer specifiek als: 'de kans op bezwijken van een bouwconstructie'.²³ Een constructief veilig gebouw is dus een bouwwerk dat voldoende deugdelijk in elkaar zit zodat het risico op (gedeeltelijk) bezwijken daarvan aanvaardbaar klein is. Met het gebruik van het begrip constructieve veiligheid sluit ik in dit onderzoek aan bij de betekenis die het Nederlands Normalisatie-Instituut daaraan gegeven heeft.

²⁰ De Groot, *Bouwregels in de praktijk* 2014/9, p.7.

²¹ *Kamerstukken II* 2011/2012, 28325, nr. 146, p. 2,3.

²² Dit komt in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde.

²³ *Banga* 2012, p.15.

De vraag die in dit onderzoek centraal staat luidt als volgt:

In hoeverre waarborgt het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen de constructieve veiligheid van bouwwerken in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces?

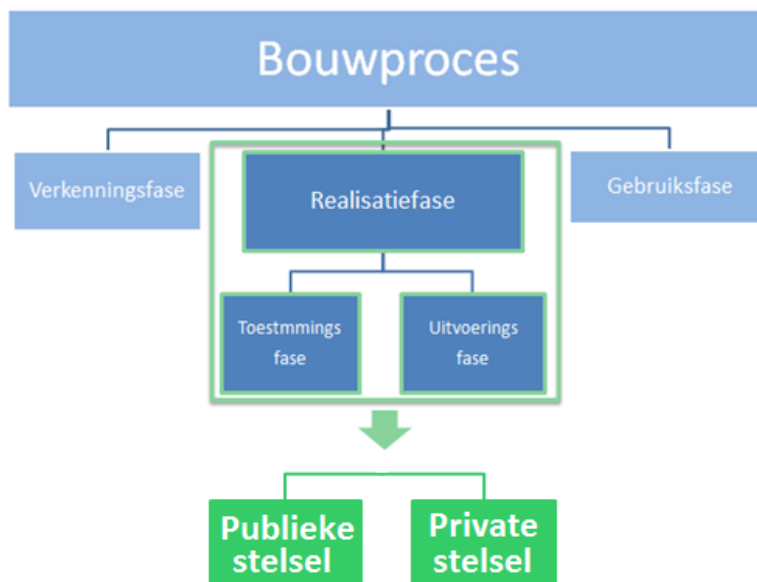
Voor een goede beantwoording van de centrale hoofdvraag zal zowel het huidige publieke stelsel als het voorgestelde private stelsel uiteengezet worden in dit – zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke - onderzoek. Duidelijk wordt hoe de huidige wet- en regelgeving luidt, op welke manier er wordt toegezien op de naleving van deze wet- en regelgeving en hoe de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de verschillende bouwactoren in het huidige stelsel is ingericht. Deze aspecten worden ook bekeken voor het nieuw in te voeren private stelsel. De beschrijving en analyse van zowel het huidige als het nieuwe stelsel zoals dat is voorgesteld door de minister tracht inzichtelijk te maken wat de knelpunten van het huidige systeem zijn en streeft ernaar te verduidelijken of, en zo ja in welke mate, deze aangepakt worden door het nieuwe systeem. Tevens wordt er vanuit het oogpunt van de kwaliteit, meer specifiek de constructieve veiligheid, van een bouwwerk een kritische blik geworpen op het nieuwe stelsel in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces. Het doel van mijn onderzoek is het beschrijven en analyseren van zowel het huidige als het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen, om vervolgens te kunnen concluderen of het nieuwe stelsel met daarin het spoor van private kwaliteitsborging geschikt is om de te waarborgen constructieve veiligheid van bouwwerken te behouden dan wel te vergroten ten opzichte van het huidige stelsel. Met deze insteek zal het onderzoek uiteindelijk moeten leiden tot aanbevelingen op zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk gebied. Om de centrale vraagstelling te kunnen beantwoorden en daarmee het onderzoeksdoel te kunnen bereiken, is een drietal deelvragen geformuleerd:

1. Hoe is de realisatiefase van het huidige Nederlandse bouwproces thans gereguleerd en in hoeverre waarborgt dit systeem de constructieve veiligheid van bouwwerken?
2. Hoe is de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces gereguleerd na invoering van het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en in hoeverre waarborgt dit systeem de constructieve veiligheid van bouwwerken?
3. In hoeverre biedt het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen een oplossing voor de, in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces van het huidige stelsel, aanwezige knelpunten en welke eventuele nieuwe problemen kunnen zich voordoen na invoering van het nieuwe stelsel?

Samenvattend heeft dit onderzoek als doel na te gaan in hoeverre het nieuwe private stelsel geschikt is om de constructieve veiligheid te waarborgen. Wanneer duidelijk is hoe beide stelsels in elkaar steken zal een vergelijking worden gemaakt. Concreet wordt dan geanalyseerd of bestaande knelpunten verholpen worden door het nieuwe stelsel en of dit nieuwe stelsel voor eventuele nieuwe problemen kan zorgen. Dit alles gebeurt steeds vanuit het oogpunt van de constructieve veiligheid van bouwwerken.

1.3 Afbakening

Zoals eerder besproken verdeelt de Commissie Dekker het Nederlandse bouwproces in drie fasen: de verkennings- en planfase, de realisatiefase en de gebruik- en beheerfase. Mijn onderzoek is toegespitst op de realisatiefase die ik zelf onderverdeel in de toestemmingsfase en de uitvoeringsfase. De toestemmingsfase betreft de periode in het bouwproces tot het moment van vergunningverlening en bestaat onder andere uit het opstellen van ontwerpen (die voldoen aan de geldende wet- en regelgeving) van te bouwen bouwwerken en het verkrijgen van toestemming om het bouwwerk te realiseren. Niet voor de bouw van alle bouwwerken is voorafgaande toestemming vereist van het bevoegd gezag. Voor allerlei kleinere bouwwerken, zeker op achter- en zijerven, is dat niet het geval. Omdat voor het overgrote deel van de meer substantiële bouwwerken wel een vergunning is vereist, versta ik, voor een goede behandeling van de centrale onderzoeksvraag, onder het bouwen van een bouwwerk slechts de vergunningplichtige bouwwerken en blijven vergunningvrije bouwwerken buiten schot. De uitvoeringsfase begint vanaf het moment van vergunningverlening en bestaat uit het daadwerkelijk realiseren van het bouwwerk en het houden van toezicht tijdens de uitvoeringswerkzaamheden bij realisatie van het bouwwerk. Om de fasen in het bouwproces en de structuur van mijn onderzoek helder weer te geven, volgt hieronder een juridisch kader.



Met het in de onderzoeksvraag opgenomen criterium *constructieve veiligheid* van bouwwerken dat mijn toetsingskader vormt, spits dit onderzoek zich toe op de kwaliteit van een bouwwerk en dan meer specifiek de veiligheid daarvan. Voor beide stelsels zal de realisatiefase onder de loep worden genomen en zal de geldende wet- en regelgeving in deze fase besproken worden. Daarnaast wordt bekeken hoe het toezicht is ingekleed, en wat de bijbehorende handhavingmogelijkheden zijn. Tenslotte wordt uiteengezet hoe de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de verschillende bouwactoren is ingericht.

De begrippen toezicht en handhaving worden in de praktijk regelmatig op verschillende manieren gebruikt. Dit levert mijns inziens geen problemen op, zolang door de schrijver duidelijk gemaakt wordt

voor welke begripsomschrijving gekozen is. De Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), waarin de (bestuursrechtelijke) handhaving primair is geregeld, geeft geen definitie van één van deze begrippen maar het begrip handhaving van de Awb omvat zowel het toezicht op de naleving als de (tenuitvoerlegging van) sancties.²⁴ In de literatuur is er geen eenduidige definitie te vinden van wat handhaving precies inhoudt. Een gangbare definitie van het begrip is de door Michiels gegeven omschrijving, waarin het begrip handhaving zowel het uitoefenen van toezicht op de naleving inhoudt, als het opleggen en effectueren van sancties.²⁵ Wanneer gekozen wordt voor deze begripsomschrijving is toezicht als het ware een onderdeel van het begrip handhaving in ruime zin. Aan de hand van informatie die naar boven komt door het uitvoeren van controleacties in het kader van toezicht wordt beoordeeld of er sprake is van een normovertreding en wordt bepaald welke gevolgen daaraan verbonden moeten worden (de handhavingsactie).²⁶ Om zo helder mogelijk te kunnen weergeven wat de verandering is met betrekking tot de handhavingstaak van het bevoegd orgaan in het nieuwe stelsel kies ik er echter voor om het begrip handhaving als synoniem voor (het tenuitvoerleggen) van sancties te gebruiken waarbij toezicht niet direct een onderdeel is van het begrip handhaving. Vanzelfsprekend volgt dan een definitie van het begrip toezicht die gerelateerd is aan de acties die vooraf gaan aan het eventueel opleggen en tenuitvoerleggen van sancties en maatregelen: toezicht is het, met behulp van wettelijk toegekende bevoegdheden, verzamelen van informatie over de vraag of een handeling of zaak voldoet aan de daaraan bij wet gestelde voorschriften en het zich daarna vormen van een oordeel daarover.²⁷

Ook het begrip verantwoordelijkheid komen we in verschillende vormen tegen. In deze scriptie beantwoordt het onderdeel verantwoordelijkheidsverdeling aan de vraag 'wie gaat erover?'. Het begrip verantwoordelijkheid omschrijft de plicht om bouwfouten met betrekking tot de constructieve veiligheid te voorkomen, benaderd vanuit de positie (politiek, professioneel), de toerekening (direct of indirect) en de juridische grondslag (voorschrift of overeenkomst).²⁸

1.4 Onderzoeksmethode

De waarborging van het criterium constructieve veiligheid heb ik met behulp van de onderzoeksvraag en ook de verschillende deelvragen onderzocht. Om de deelvragen, en daarmee uiteindelijk ook de centrale vraag van dit onderzoek te beantwoorden, heb ik criteria gehanteerd die een objectief toetsingskader

²⁴ Zie onder andere Van der Heijden, *Tijdschrift voor Toezicht* 2010/1, p. 23 en Michiels, *Netherlands Administrative Law Library* 2013/3, p. 3.

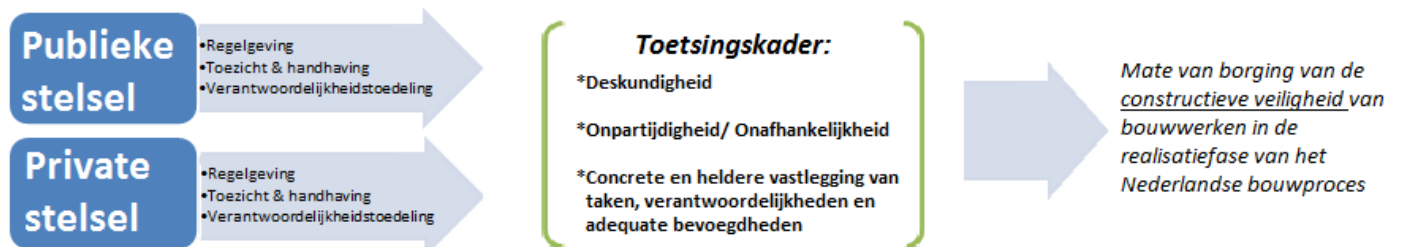
²⁵ Michiels 2006, p. 189.

²⁶ Van der Burg & Voermans 2012, p.137.

²⁷ Michiels 2014, p.206; Van der Heijden, *Tijdschrift voor Toezicht* 2010/1, p.24. De definitie die van der Heijden hier kiest voor het begrip toezicht is deels gebaseerd op de door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gegeven definitie in het document 'De kaderstellende visie op toezicht' (*Kamerstukken II* 2000-01, 27381, nr. 1). Hier is echter bewust de laatste zinsnede van deze definitie weggelaten welke luidt: 'en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren'. Op het moment van interveniëren, en daarmee deel ik de mening van Van der Heijden, gaat het houden van toezicht op de naleving van wet- en regelgeving over in het opleggen van maatregelen en sancties die deze naleving moeten bewerkstelligen.

²⁸ Crislab 2012, p. 13. Ankersmit 2013, p. 23.

vormden voor de beoordeling van beide stelsels. De specifieke criteria die ik heb gebruikt om de borging van de constructieve veiligheid in beide stelsels te onderzoeken en waaraan ik beide stelsels heb getoetst betreffen: de deskundigheid van de toetsers, de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de toetsers en de concrete en heldere vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden in het stelsel. Onder het begrip deskundigheid versta ik: *de mate van aanwezigheid van vakkennis bij de desbetreffende toetsers met betrekking tot het uitvoeren van de bouwplantoets en het houden van toezicht tijdens de uitvoering.*²⁹ Voor de definitie van de begrippen onpartijdigheid en onafhankelijkheid sluit ik aan bij de door de Vereniging voor Bouw- & Woningtoezicht Nederland gekozen definities. Onpartijdigheid omvat *'het zelfstandig te werk gaan, zonder vooringenomenheid jegens de of één van de bij de planvoorbereiding of uitvoering betrokken bedrijven of personen en door het zonder last of ruggenspraak, zo objectief mogelijk formuleren van bevindingen en daarop gebaseerde conclusies met betrekking tot het bouwplan c.q. het bouwwerk, in het bijzonder in relatie tot het Bouwbesluit.'* Een toezichthouder handelt onafhankelijk in de uitvoering van zijn/haar functie *'door met de opdrachtgever geen andere relatie te onderhouden dan de opdrachtovereenkomst in kwestie en niet naast deze werkzaamheden in dienst te zijn (geweest of zullen zijn) of in opdracht te werken (hebben gewerkt of zullen werken) van enige bij het ontwerp of de uitwerking van het bouwplan of de uitvoering van het bouwwerk of het beoogde gebruik daarvan betrokken bedrijf of persoon'*.³⁰ Ten slotte wordt met de concrete en heldere vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden bedoeld op de duidelijkheid hiervan voor de betrokken deelnemers aan het bouwproces. De toets aan beide stelsels ziet er schematisch als volgt uit:



Om deze criteria verder in te vullen heb ik gekeken naar de huidige en toekomstige wet- en regelgeving met betrekking tot het (reeds bestaande) publieke stelsel en het (nieuwe) private stelsel. Verder heb ik gebruik gemaakt van relevante literatuur, jurisprudentie en kamerstukken en heb ik tenslotte ook de relevante onderzoeksrapporten, zienswijzen van verschillende belangrijke organisaties in het Nederlandse bouwproces en uitslagen van de gehouden pilots gebruikt voor de toetsing aan de vastgestelde criteria ten behoeve van de analyse van beide stelsels.

²⁹ Bij de keuze voor dit begrip heb ik me gebaseerd op de betekenis die de Van Dale geeft aan het begrip 'deskundig'. Namelijk: *'met kennis van zaken'*.

³⁰ Vereniging Bouw- & Woningtoezicht Nederland 2013, p. 17 en 18.

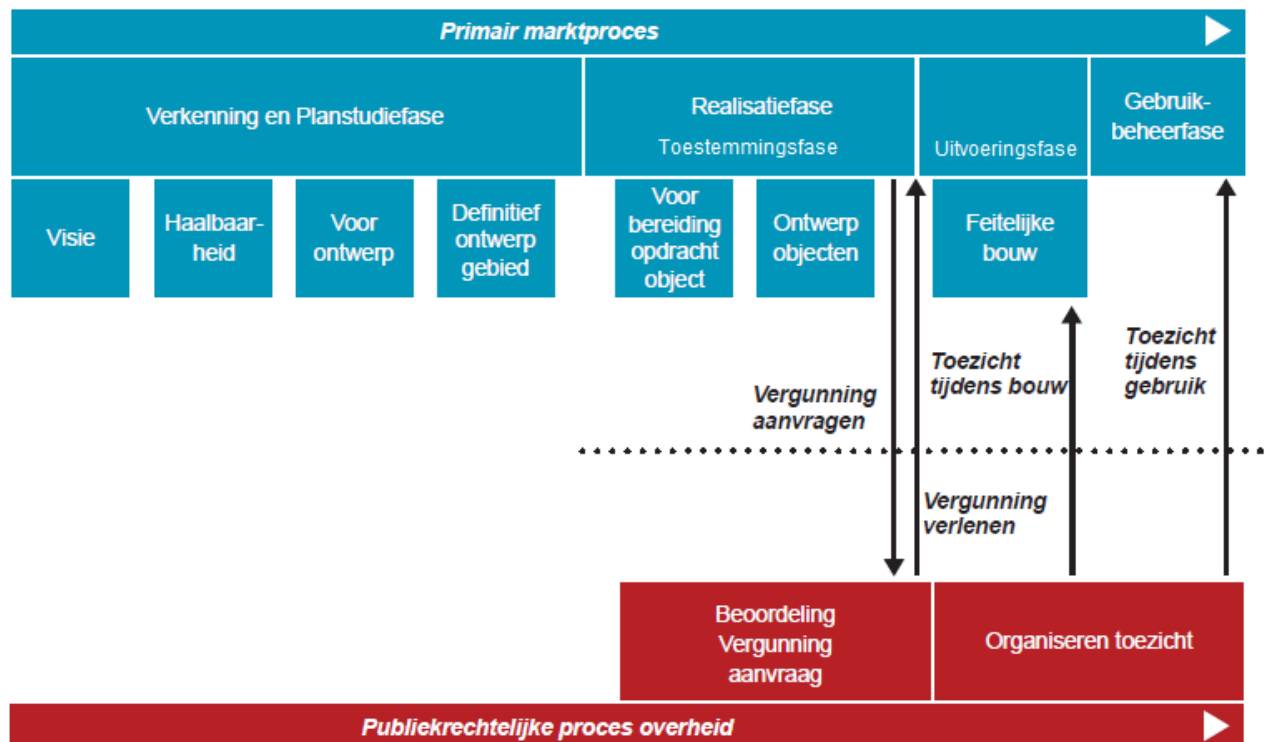
1.5 Plan van behandeling

De opbouw van dit onderzoek volgt hoofdzakelijk de volgorde van de zojuist geformuleerde deelvragen. In het tweede hoofdstuk wordt de eerste deelvraag beantwoord, ga ik in op de huidige situatie en wordt behandeld hoe zaken met betrekking tot de veiligheid van bouwwerken momenteel geregeld zijn in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces. De huidige wet- en regelgeving in zowel de toestemmingsfase als de uitvoeringsfase zal hierbij aan de orde komen. Daarnaast zal gekeken worden naar de huidige manier van toezicht houden en de mogelijkheden om handhavend op te treden. Ten slotte wordt de manier van verantwoordelijkheidsverdeling in het huidige stelsel onder de loep genomen, worden eventuele knelpunten belicht en wordt de borging van de constructieve veiligheid getoetst aan de vastgestelde toetsingscriteria. In hoofdstuk 3 komt deelvraag 2 aan de orde en wordt de stand van zaken met betrekking tot het (nog in te voeren) stelsel van private kwaliteitsborging weergegeven. Aan de hand van het objectief toetsingskader zal gekeken worden naar de waarborgen die het nieuwe private spoor biedt wanneer we letten op de constructieve veiligheid van bouwwerken. Door de tot op heden bekendgemaakte plannen met betrekking tot de te wijzigen en de te ontwerpen wet- en regelgeving te bespreken, na te gaan op welke manier men de bouwplantoets, het toezicht op de naleving en de handhavingsmogelijkheden wil gaan inkleden en aan te geven hoe de verantwoordelijkheidsverdeling er in het nieuwe stelsel uit komt te zien, wordt duidelijk hoe het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen vorm krijgt en welke valkuilen en risico's er te benoemen zijn bij invoering van het nieuwe stelsel. Ook het nieuwe stelsel wordt onderworpen aan de toets door de vastgestelde toetsingscriteria om vervolgens te kunnen concluderen welke waarborgen het nieuwe stelsel biedt voor wat betreft de constructieve veiligheid. Deelvraag 3 wordt in hoofdstuk 4 behandeld. Daarin wordt een synthese gegeven van de resultaten van de verschillende deelonderzoeken. Beide sporen worden hier kritisch bekeken en geanalyseerd met behulp van literatuuronderzoek, eindrapporten van gedane onderzoeken, pilots en zienswijzen van verschillende belangrijke organisaties in het Nederlandse bouwproces. Bekeken wordt in hoeverre het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen een oplossing kan bieden voor de in het huidige stelsel geconstateerde knelpunten. Daarnaast komen ook moeilijkheden en eventuele problemen aan de orde die kunnen optreden bij het inkleden van het nieuwe private stelsel. Met andere woorden: de voor- en nadelen van het nieuwe stelsel ten opzichte van het oude stelsel komen aan het licht. Hierdoor zal steeds duidelijker worden in hoeverre het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen geschikt is om de constructieve veiligheid van bouwwerken in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces te bewerkstelligen. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een eindconclusie waarin een antwoord gegeven wordt op de centrale vraag van dit onderzoek.

2 REALISATIEFASE VAN HET HUIDIGE NEDERLANDSE BOUWPROCES

2.1 Inleiding

De realisatiefase van het bouwproces begint wanneer de verkennings- en planfase ophoudt. De structuurvisie voor een bepaald gebied is ontwikkeld, onderzoeken naar de haalbaarheid van de gemaakte plannen zijn gedaan en het gebied is grotendeels ontworpen en ingericht.³¹ In de realisatiefase zal de initiatiefnemer het te bouwen bouwwerk ontwerpen, een bouwplan ontwikkelen waarmee een aanvraag wordt gedaan voor de benodigde vergunning en is het doel het bouwwerk daadwerkelijk te realiseren wanneer deze vergunning verkregen wordt. De publieke taak in deze fase is het beoordelen van die vergunningsaanvraag, controleren of er gedurende de bouw wordt gebouwd in overeenstemming met de verleende vergunning en nagaan of wordt gebouwd conform de geldende voorschriften.³² De realisatiefase is in te delen in twee subfasen, namelijk de toestemmingsfase en de uitvoeringsfase. De toestemmingsfase stopt wanneer de benodigde vergunning verleend is en er gestart wordt met de bouw. Daar begint de uitvoeringsfase. Schematisch ziet het Nederlandse bouwproces er als volgt uit:



Oorspronkelijke Bron: Commissie Dekker 2008. Bewerkt.

³¹ Commissie Dekker 2008, p. 14.

³² Commissie Dekker 2008, p.17.

In dit hoofdstuk dat betrekking heeft op het huidige stelsel van het Nederlandse bouwproces, staat de eerste deelvraag centraal: *hoe is de realisatiefase van het huidige Nederlandse bouwproces gereguleerd en in hoeverre waarborgt dit systeem de constructieve veiligheid van bouwwerken?*

In paragraaf 2.2 en paragraaf 2.3 wordt achtereenvolgens ingegaan op de toestemmingsfase en de uitvoeringsfase van de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces. Beide fasen worden uiteengezet aan de hand van de geldende wet- en regelgeving, het te houden toezicht met bijbehorende handhavingsmogelijkheden en de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de verschillende bouwactoren. In paragraaf 2.4 worden eventuele knelpunten van het huidige stelsel behandeld en in paragraaf 2.5 wordt het huidige stelsel beoordeeld met behulp van de opgestelde toetsingscriteria. In paragraaf 2.6 wordt een deelconclusie getrokken en een antwoord gegeven op de eerste deelvraag.

2.2 Toestemmingsfase van het huidige Nederlandse bouwproces

2.2.1 Wettelijk kader

Op 1 oktober 2010 is de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) in werking getreden die plaatsgebonden projecten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving³³ vergunningplichtig maakt. De Wabo introduceert één geïntegreerde vergunning voor vergunningplichtige activiteiten omtrent bouwen, wonen, monumenten, ruimte, natuur en milieu: de omgevingsvergunning.^{34 35} Art.2.1 Wabo somt deze vergunningplichtige activiteiten op waaronder ook het bouwen van een bouwwerk.³⁶ Het begrip 'bouwen' wordt door de Wabo gedefinieerd als het 'plaatsen, geheel of gedeeltelijk oprichten, vernieuwen, veranderen of vergroten' van een bouwwerk.³⁷ Het begrip 'bouwwerk' wordt middels vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), uitgelegd als 'een constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct hetzij indirect met de grond verbonden is, hetzij direct, hetzij indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren.'³⁸ Artikel 2.8, eerste lid, van de Wabo regelt vervolgens dat er bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop de aanvraag van een omgevingsvergunning dient te geschieden en de informatie die door de aanvrager moet worden ingediend met het oog op de beslissing op de vergunningsaanvraag. Het Besluit omgevingsrecht (Bor) en de Ministeriële Regeling Omgevingsrecht (Mor) werken dit verder uit. Daarbij wordt onderscheid gemaakt in informatie die direct bij de aanvraag moet worden aangeleverd en informatie die naderhand, indien de aanvrager een verzoek tot latere aanlevering heeft ingediend, mag worden ingediend omdat deze ten tijde van de aanvraag nog niet

³³ Fysieke leefomgeving wordt in de MvT van de Wabo uitgelegd als een breed begrip dat ziet op alle fysieke waarden in de leefomgeving, zoals milieu, natuur, landschappelijke of cultuurhistorische waarden.

³⁴ *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, nr.3, p. 14-15.

³⁵ Niet voor alle bouwactiviteiten geldt een vergunningplicht. Een aantal categorieën kleinere en minder ingrijpende bouwwerken zijn uitgesloten van de vergunningplicht o.g.v. art 2.1 lid 2 Wabo jo. art. 2.3 lid 1 Bor.

³⁶ Artikel 2.1 lid 3 Wabo jo. bijlage 2 van het Besluit omgevingsrecht (Bor).

³⁷ Artikel 1.1 lid 1 Wabo.

³⁸ Zie ABRvS 12 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7117 en ABRvS 20 november 2013, ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2022.

bekend is.³⁹ De hoofdregel is dat het college van burgemeesters en wethouders (hierna: het college van B en W) van de gemeente waar het betrokken project in hoofdzaak wordt uitgevoerd, beslist op de aanvraag van een omgevingsvergunning.⁴⁰ Het college van B en W verleent de (bouw)vergunning als aan alle limitatief-imperatief opgestelde toetsingsgronden is voldaan: Het Bouwbesluit, de bouwverordening, het bestemmingsplan en de redelijke eisen van welstand (wanneer van toepassing). Dat betekent dat wanneer geen van de in de Wabo opgenomen dwingende weigeringsgronden met betrekking tot deze punten zich voordoet, het college van B en W de (bouw)omgevingsvergunning moet verlenen.⁴¹

Wie in Nederland een bouwwerk tot stand wil brengen, moet dus onder meer voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Om een goede vergelijking met het private stelsel te kunnen maken, wordt in deze paragraaf slechts ingegaan op de taak van het bevoegd gezag voor wat betreft de inhoud van de toets aan het Bouwbesluit. Het Bouwbesluit vindt zijn grondslag in de Woningwet waarin de pijlers veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid en energiezuinigheid zijn omschreven.⁴² De kans op het bezwijken van een bouwwerk wordt door de eisen van het Bouwbesluit onder een maatschappelijk acceptabele grens gehouden. Het Bouwbesluit is tevens voor bouwwerken de ondergrens voor het bewaken van de constructieve veiligheid. Het besluit legt de normen vast die nodig zijn om een minimaal veiligheidsniveau te realiseren.⁴³ Om te kunnen beoordelen of wordt voldaan aan de technische eisen van het Bouwbesluit zijn alle bouwtechnische voorschriften omtrent het bouwen van een bouwwerk omschreven als prestatie-eisen die zijn gebaseerd op functionele omschrijvingen. Verder wordt in een aantal bepalingen verwezen naar zogenaamde NEN-normen die een omschrijving geven van een keurings-, meet- of berekeningsmethode om aan het voorschrift te voldoen.⁴⁴ Van het Bouwbesluit kan worden afgeweken wanneer de door de aanvrager gekozen materialen en/of constructies voldoen aan de doelstelling en aan het niveau van een bepaalde prestatie-eis (men doet een beroep op de zogenaamde in het Bouwbesluit opgenomen 'gelijkwaardigheidsbepalingen'). Daarnaast kan het college van B en W vrijstelling verlenen op grond van de art. 6 en 7 Woningwet.⁴⁵

2.2.2 Bouwplantoets in de toestemmingsfase

Wanneer men een bepaald bouwplan wil realiseren dient daarvoor, zoals beschreven, een omgevingsvergunning aangevraagd te worden. Alvorens het bevoegde orgaan overgaat tot afgifte van de vergunning wordt het bouwplan onder meer getoetst aan de eisen van het Bouwbesluit 2012.

Het college van B en W, en namens dit college de gemeentelijke dienst Bouw- en Woningtoezicht (hierna: BWT), is belast met deze preventieve toets op het bouwplan. Het is echter aan de vergunningaanvrager voor het bouwen van een bouwwerk om met de ingeleverde gegevens en

³⁹ §2.2 Mor.

⁴⁰ Art.2.4 lid 1 Wabo. Soms is de provincie bevoegd en in incidentele gevallen het Rijk. Omdat het overgrote deel van de gevallen een gemeentelijke aanvraag moet doen wordt dit als uitgangspunt genomen.

⁴¹ Art. 2.10 lid 1 Wabo.

⁴² Art. 2 lid 1 Woningwet.

⁴³ Banga 2012, p. 11.

⁴⁴ Van den Berg, Bregman & Chao-Duivis 2013, p. 76.

⁴⁵ Van den Berg, Bregman & Chao-Duivis 2013, p. 75.

bescheiden bij de aanvraag aannemelijk te maken dat het bouwplan voldoet aan de voorschriften uit het Bouwbesluit.⁴⁶ Het bevoegd gezag heeft gewoonlijk niet voldoende capaciteit om ieder bouwplan 100% te toetsen aan de toepasselijke wet- en regelgeving. Vanuit het oogpunt van de maatschappelijke risico's is het echter wel wenselijk dat de meest cruciale onderdelen van een bouwplan getoetst worden.⁴⁷ Om te beoordelen of door partijen voldoende aannemelijk is gemaakt dat aan de regels van het Bouwbesluit wordt voldaan, vergen de kwaliteitscriteria 2.1⁴⁸ voor de uitvoering van de Wabo dat uitvoeringsorganen werken met een toetsprotocol dat door gemeenten wordt gebruikt om de preventieve toets op het Bouwbesluit uit te voeren.⁴⁹ De opvolger van het door de Vereniging Bouw- en Woningtoezicht Nederland ontwikkelde toetsprotocol CKB-online is de BRIStoets die inmiddels door ruim 200 gemeenten in Nederland wordt gebruikt.⁵⁰

BRIStoets

Deze softwaretool heeft als doel een collectief (nationaal) minimumniveau van toetsen te garanderen en maakt het mogelijk een bouwplan gestructureerd, efficiënt, transparant en risicogestuurd te toetsen aan het Bouwbesluit. De toets is een *'checklist'* voor het beoordelen van bouwplannen. Doordat de tool verschillende gradaties kent voor wat betreft de intensiteit van de toets zorgt het gebruik van de BRIStoets ervoor de meest risicovolle aspecten, zoals de constructieve veiligheid van een bouwwerk, het meest intensief worden getoetst.⁵¹ De softwaretool werkt op basis van de Landelijke Toetsmatrix Bouwbesluit 2012 (LTB2012), maar biedt ook de mogelijkheid tot aanmaken van een organisatiespecifieke matrix. De constructieve veiligheid van een bouwwerk wordt in de BRIStoets getoetst volgens het toetsprotocol Constructieve Veiligheid. De BRIStoets is geschikt voor zowel gemeenten als voor de private markt. Het toetsproces verloopt stapsgewijs en de intensiteit van de toetsing wordt aangeduid door vier verschillende niveaus van toetsen.⁵²

1. Uitgangspuntentoets: allereerst wordt gecheckt of alle, voor de inhoudelijke toetsing noodzakelijke, bescheiden zijn aangeleverd en vindt een algemene beoordeling van het plan en een globale inschatting van de risico's van het bouwwerk plaats. De toetsende instantie moet minimaal toetsen aan niveau 1 om een vergunning te kunnen verlenen;⁵³

⁴⁶ Art. 2.10 lid 1 sub a Wabo.

⁴⁷ Werkgroep Constructieve Veiligheid 2011, p. 61.

⁴⁸ *'De kwaliteitscriteria zijn bedoeld om de uitvoering van vergunningverlening, toezicht en handhaving (de VTH taken) door gemeenten en provincies in het Omgevingsrecht te professionaliseren en de kwaliteit in de organisatie te borgen. Deze set met kwaliteitscriteria zal conform het wetsvoorstel VTH wettelijk worden vastgelegd. De datum waarop alle overheidsorganisaties zullen moeten is per 1 januari 2015.'* Uit: Uitvoeringmetambitie.nl, 7 september 2012.

⁴⁹ Uitvoering met ambitie 2012, p. 39.

⁵⁰ Informatie verkregen door middel van een telefoongesprek met Remco Ram (accountmanager bij Bris BV).

⁵¹ Spekking C&R 2012, p.10; Informatie verkregen door middel van een telefoongesprek met Remco Ram (accountmanager bij Bris BV); Zie ook www.bris.nl (laatst geraadpleegd op: 27-06-2014).

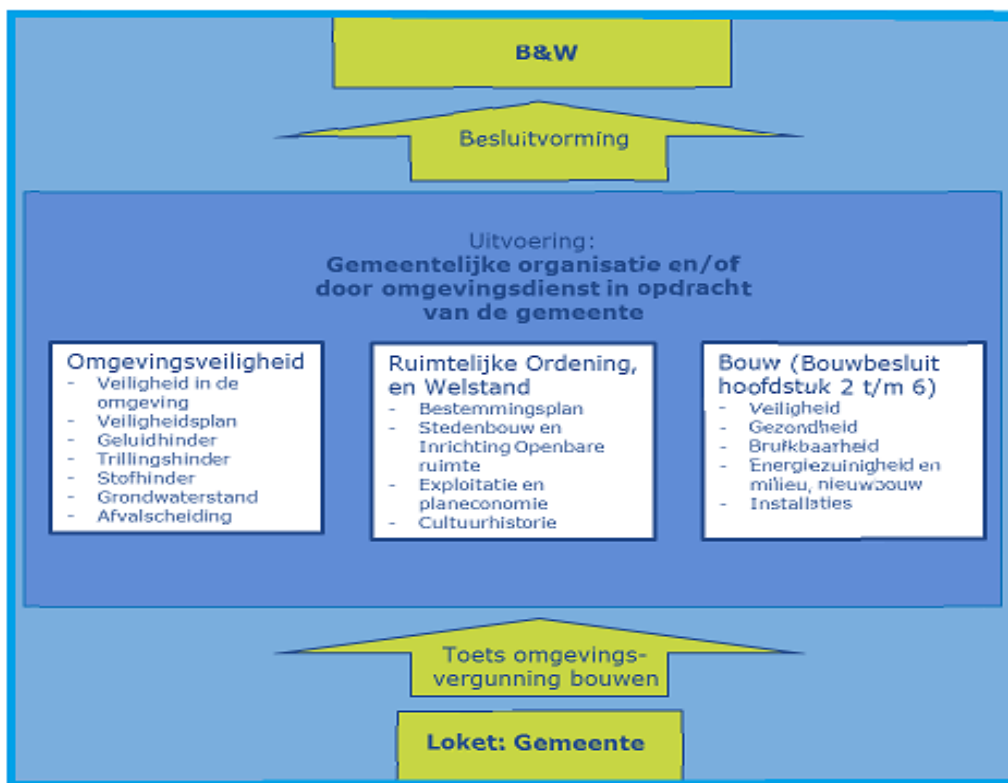
⁵² Zie ook www.bris.nl (laatst geraadpleegd op: 27-06-2014)

⁵³ ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2082.

2. Visueel toetsen: binnen de matrix is niveau 2 inhoudelijk het basisniveau waarbij voor elk aspect wordt nagegaan of de uitgangspunten juist zijn en of de uitkomsten aannemelijk zijn;
3. Representatief toetsen: niveau 3 controleert en toetst de belangrijkste onderdelen met betrekking tot veiligheid en gezondheid;
4. Integraal toetsen: op niveau 4 wordt alles in samenhang gecontroleerd en wordt van ieder te toetsen aspect nagegaan of de uitgangspunten juist zijn. Tevens worden de uitkomsten gecontroleerd en/ of nagerekend.

Wanneer de matrix aangeeft dat met de toets op een bepaald niveau kan worden volstaan, gaat de toetsers alleen verder wanneer de stukken en/of de risicoanalyse daar aanleiding toe geven.⁵⁴ Dit protocol assisteert de bouwplantoetsers en maakt het toetsproces transparant. Het protocol gaat echter uit van de deskundigheid van de plantoetsers waardoor het op verantwoorde wijze toetsen van een bouwplan een vak blijft dat specifieke kennis en ervaring verlangt om de uitkomst van de toets te kunnen beoordelen. De toets vergt dus een zekere deskundigheid van de toetsers en vervangt deze niet.⁵⁵

Schematisch ziet de werking van het de vergunningstoets er als volgt uit:



Oorspronkelijke bron: Brink Groep 2013. Bewerkt.

Naast de bouwplantoets die wordt uitgevoerd door het college van B en W wordt er in de huidige situatie ook tweedelijns toezicht gehouden. Sinds de invoering van de Wet revitalisering generiek

⁵⁴ Toelichting LTB 2012 van de Vereniging van Bouw- & Woningtoezicht Nederland via www.bris.nl (laatst geraadpleegd 27-06-2014).

⁵⁵ Zie ook Michiels 2008, p. 198; Werkgroep Constructieve Veiligheid 2011, p.61 en www.bris.nl.

toezicht is deze verantwoordelijkheid van het Rijk overgegaan naar de gedeputeerde staten van de provincies, die zelf invulling moeten geven aan deze taak.⁵⁶ Het provinciale toezicht richt zich enkel op de uitvoering van wettelijke taken door gemeenten en is er niet op gericht om de kwaliteit van de taakuitvoering van een gemeente te verbeteren.⁵⁷ Het tweedelijns toezicht richt zich dus niet op het toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving door de bouwers; dat is immers een wettelijke taak van het college van B en W van de gemeente.

Gecertificeerde bouwplantoets

Naast de publiekrechtelijke bouwplantoets heeft private kwaliteitsborging ook in het huidige stelsel al een rol. Momenteel functioneert er in Nederland onder andere een erkend stelsel van certificering.⁵⁸ De opdrachtgever kan bij de vergunningsaanvraag namelijk ook kiezen voor een gecertificeerde Bouwbesluittoets.⁵⁹ Dit betreft een toets aan het wettelijke kwaliteitsniveau dat gerealiseerd moet worden en wordt uitgevoerd door een, ten opzichte van andere betrokken partijen, onafhankelijk opererende marktpartij.⁶⁰ De afdeling BWT van de gemeente waarin gebouwd gaat worden moet echter wel positief tegenover een gecertificeerde bouwplantoets staan omdat deze manier van toetsen nog niet wettelijk verankerd is. Gemeenten zijn dus niet verplicht om aan te nemen dat de aanvraag al is getoetst aan het Bouwbesluit wanneer daarvoor een gecertificeerde toets is ingeschakeld.⁶¹ Op dit moment heeft het certificaat nog slechts een privaatrechtelijke status, maar kan door gemeenten geaccepteerd worden als een alternatief voor de gemeentelijke toets. Wel heeft de toenmalige minister voor Wonen, Wijken en Integratie aangegeven te streven naar een wettelijke verankering van de toets waardoor deze een publiekrechtelijke status zou verkrijgen.⁶²

Bij de gecertificeerde Bouwbesluittoets dragen private partijen zorg voor het betrouwbaar toetsen van een bouwplan aan de vereisten die het Bouwbesluit 2012 stelt. Organisaties kunnen zich laten certificeren door een Certificerende Instelling (CI), die op hun beurt wordt geaccrediteerd door de Raad voor Accreditatie (RvA). Certificering voor het uitvoeren van de bouwtechnische toets vindt plaats op basis van een beoordelingsrichtlijn (BRL 5019), die inhoudelijke en procedurele eisen stelt aan de toets.⁶³ De BRL 5019 bevat eisen omtrent onder andere het kennisniveau van medewerkers van de organisatie, kwaliteitsborging en de toetsrapportage. Jaarlijks vindt er een herhalingsonderzoek plaats

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld het beleidsplan 2013-2015 'Interbestuurlijk Toezicht door Provincie Noord-Brabant'.

⁵⁷ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2012, p.4.

⁵⁸ Neerhof 2014, p. 159.

⁵⁹ Naast de keus voor een gecertificeerde vorm van toezicht, bestaan er in het huidige stelsel ook andere mogelijkheden van private kwaliteitsborging. Onder meer de garantieregeling die SWK en Woningborg hanteren en de door erkende Technical Inspection Service-bureaus (TIS-bureaus) uitgevoerde toetsing. Het gaat echter te diep om in dit onderzoek alle ins en outs van deze vormen van kwaliteitsborging te bespreken. Zie Chao-Duivis & Strang 2013, p. 104-105, 56-58, en 108 en <http://www.crow.nl/vakgebieden/contracteren/tis-technische-inspectie-services> voor een bespreking van deze vormen van privaat bouwtoezicht.

⁶⁰ Ankersmit 2013, p. 6.

⁶¹ Van der Heijden 2009, p. 31.

⁶² Visscher, van der Heijden & Meijer 2009, p.3.

⁶³ VROM 2007, p. 1.

waaruit moet blijken dat de gecertificeerde instelling nog aan alle gestelde eisen voldoet.⁶⁴ Doordat de private toetsers het bouwplan erg nauwkeurig toetst aan het Bouwbesluit moeten zaken gedetailleerder worden uitgezocht en uitgewerkt dan bij de 'reguliere' aanvraag voor de omgevingsvergunning. De private bouwplantoetsers controleert het ontwerp op de indieningsvereisten van de Mor waarbij ,in tegenstelling tot het uitvoeren van de reguliere toets door het bevoegd orgaan, het niet mogelijk is ontbrekende informatie op een later moment ter beoordeling in te dienen. Verder toetst de bouwplantoetsers puur aan de eisen van publiekrechtelijke wet- en regelgeving.⁶⁵ De BRIS toets voldoet aan de BRL 5019 waardoor deze tool ook gebruikt zou kunnen worden door een met de Bouwbesluittoets belaste marktpartij. Na toetsing van de plannen aan het Bouwbesluit door een marktpartij dient de opdrachtgever⁶⁶ zijn bouwplan in met daarop een gecertificeerd 'akkoord' waarbij de bevoegde bouwplantoetsers van de gemeente zich in theorie kan baseren op de rapportage van de gecertificeerde bouwplantoetsers. Bij de beoordeling op de vergunningaanvraag controleert het bevoegd orgaan dan nog slechts of de getoetste bouwplannen voldoen aan het bestemmingsplan, de bouwverordening en indien van toepassing de eisen van welstand.⁶⁷

Bij dit stelsel van certificatie en accreditatie speelt de overheid in beginsel geen rol en is de gecertificeerde bouwplantoets strikt privaatrechtelijk van aard. Wel is het mogelijk dat de gemeente (dus niet de opdrachtgever zelf) ervoor kiest om, vanwege het ontbreken van eigen inhoudelijke capaciteit, het toetsen van bouwplannen ten behoeve van de vergunningverlening uit te besteden aan een privaat bureau.⁶⁸ De gemeente geeft hierbij aan of er conform de eigen matrix, de landelijke matrix of het voor gecertificeerde toetsers gebruikelijke hogere niveau getoetst moet worden. Wat de risico's zijn voor de gemeente van het toestaan van de gecertificeerde bouwplantoets of van het zelf inschakelen van deze, door een private partij uitgevoerde, toets komt aan de orde in de volgende paragraaf.

2.2.3 Verantwoordelijkheidsverdeling in de toestemmingsfase

Publiekrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling omtrent de borging van de constructieve veiligheid

Zoals vermeld is de opdrachtgever verantwoordelijk voor het aantonen dat het in te dienen bouwplan voldoet aan de door het Bouwbesluit gestelde eisen. Op de gemeente rust de wettelijke taak om dit bouwplan op die aannemelijkheid van het voldoen aan het Bouwbesluit te beoordelen. Als dat het geval is moet het bevoegd orgaan overgaan tot het verstrekken van de desbetreffende vergunning. Het verstrekken van een vergunning heeft rechtskracht, maar legt geen verantwoordelijkheid bij de gemeente voor het daadwerkelijk voldoen van het plan aan de Bouwbesluiteisen. De wettelijke verantwoordelijkheid voor het voldoen van het bouwplan aan (de veiligheidseisen van) het Bouwbesluit, ligt bij de aanvrager van de vergunning (in veel gevallen de opdrachtgever) en kan eventueel middels

⁶⁴ Van der Heijden 2009, p. 30.

⁶⁵ Spekking C&R 2012, p. 14.

⁶⁶ De ontwerpende partijen verzorgen de bescheiden die ingediend moeten worden welke worden aangevuld met de rapportage van de gecertificeerde bouwplantoetsers.

⁶⁷ Van der Heijden 2009, p. 30.

⁶⁸ Visscher, van der Heijden & Meijer 2009, p.7.

contracten neergelegd worden bij de ontwerpers.⁶⁹ De mate van aansprakelijkheid van de overheid voor de door haar verrichtte risicogestuurde toetsing is dan ook beperkt.⁷⁰ Ook wanneer de toetsing van het bouwplan aan het Bouwbesluit wordt uitgevoerd door een gecertificeerde toetsers blijven partijen verantwoordelijk voor het voldoen van het bouwplan aan de eisen van het Bouwbesluit.^{71, 72} Desalniettemin is het college van B en W, ook bij een gecertificeerde toets, verantwoordelijk voor de beslissing op de vergunningaanvraag en dient het ontwerpen van bouwprojecten naar behoren te (laten) toetsen op onder meer de constructieve veiligheid.

De praktijk leert dat opdrachtgevers zich niet altijd bewust zijn van de op hen rustende verantwoordelijkheid en dat borging van het voldoen aan de regels van het Bouwbesluit onder de maat blijft. Partijen denken in de huidige situatie vaak dat wanneer de gemeente een vergunning verleent, het bouwplan wel zal voldoen aan de geldende wet- en regelgeving en dus constructief ook veilig is. Helaas kunnen gemeenten niet elk bouwplan tot in detail toetsen en kunnen deze verwachtingen met betrekking tot hun wettelijke taak, vanwege de geringe (inhoudelijke) capaciteit en risicogestuurde bouwplantoets, niet waarmaken.⁷³

Privaatrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling omtrent de borging van de constructieve veiligheid

Omdat 80% van de verstrekte bouwvergunningen betrekking heeft op relatief beperkte bouwactiviteiten en omdat deze voornamelijk worden aangevraagd door 'gewone burgers' zijn de meeste opdrachtgevers niet deskundig op het gebied van technische bouwregelgeving en derhalve niet bekend met de eisen ten aanzien van onder andere de constructieve veiligheid.⁷⁴ Het is dus geen uitzondering dat de opdrachtgever bij het opstellen van het bouwplan wordt bijgestaan door een adviseur. Dit gebeurt vaak door middel van het sluiten van een overeenkomst van opdracht met de adviseur.⁷⁵ Het Burgerlijk Wetboek verplicht ontwerpende partijen, die niet mede de opdracht hebben het ontwerp uit te voeren, tot het in acht nemen van de zorg van een goed opdrachtnemer bij de uitvoering van hun werkzaamheden.⁷⁶ Bij een gebrekkig constructief ontwerp betreft het aansprakelijkheidsvraagstuk dan de zorgvuldigheid van het handelen van een redelijk bekwaam vakgenoot in vergelijkbare omstandigheden. Van de adviseur wordt verwacht dat hij op de hoogte is van de ontwikkelingen binnen zijn vakgebied en dat hij de deskundigheid die van hem wordt verwacht ook

⁶⁹ De Groot, *Bouwregels in de praktijk* 2014/9, p. 7.

⁷⁰ Men kan een procedure starten bij de civiele rechter waar met de overheid aansprakelijk stelt voor haar falende overheidshandelen als zijnde een onrechtmatige daad (artikel. 6:162BW). Echter het aantonen van 'falende' beleidsuitvoering is erg lastig. (zie: Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316).

⁷¹ Spekking C&R 2012, p. 14.

⁷² D.m.v. geïntegreerde contracten als Design & Build (DB) en Design, Build, Finance, Maintain & Operate (DBFMO) wordt verantwoordelijkheid voor het voldoen aan de toepasselijke wet- en regelgeving ofwel het verkrijgen van de benodigde vergunning in de regel overgedragen aan de opdrachtnemende partij.

⁷³ Alsus ook Brink Groep 2013, p. 37; Spekking C&R 2012, p. 11; Werkgroep Constructieve Veiligheid 2011, p. 61; Zie ook Commissie Dekker 2008, p. 21.

⁷⁴ Visscher, van der Heijden & Meijer 2009, p. 11.

⁷⁵ Artikel 7:400 BW.

⁷⁶ Artikel 7:401 BW.

benut.⁷⁷ De Nieuwe Regeling (DNR 2011)⁷⁸ kent een soortgelijke bepaling die de aansprakelijkheid van de adviseur jegens de opdrachtgever regelt bij een toerekenbare tekortkoming van de adviseur.⁷⁹ In de relatie opdrachtgever – adviseur is het weliswaar zo dat er een ontwerp gemaakt moet worden dat voor vergunningverlening in aanmerking komt, maar er is geen resultaatsverplichting of garantieverplichting voor de adviseur. Er is slechts een inspanningsverplichting aan de zijde van de adviseur om te trachten de vergunning daadwerkelijk te verkrijgen.⁸⁰

2.3 Uitvoeringsfase van het huidige Nederlandse bouwproces

2.3.1 Wettelijk kader

Toezicht en handhaving tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces is in de Wabo wettelijk minder breed uitgewerkt dan de uit te voeren bouwplantoets die betrekking heeft op het weigeren of verlenen van de aangevraagde omgevingsvergunning. De Wabo bepaalt slechts dat het bevoegd gezag dat tot taak heeft de omgevingsvergunning te verlenen, ook zorg moet dragen voor de bestuursrechtelijke handhaving van die omgevingsvergunning. Het college van B en W is integraal verantwoordelijk voor het te nemen besluit op de aanvraag van een omgevingsvergunning en dus ook belast met de zorg voor de bestuursrechtelijke handhaving voor wat betreft de afgegeven omgevingsvergunning.⁸¹ Feitelijk betekent dit dat het college van B en W een dienst aanwijst die belast is met het houden van toezicht bij de verwezenlijking van het bouwplan tijdens de bouw. Deze dienst controleert of het handelen van de betrokken partijen voldoet aan de geldende normen, waaronder de eisen met betrekking tot de constructieve veiligheid van nieuwe en bestaande bouwwerken, en wanneer nodig overgaat tot handhaving. De manier waarop dit dient te gebeuren is niet omschreven. Met welke prioriteit en met welke intensiteit er toezicht gehouden moet worden, is dus aan de praktijk overgelaten.⁸² In veel gevallen wordt de uitvoering van deze taak neergelegd bij een gemeentelijke dienst zoals het Bouw- en Woningtoezicht, maar er kan ook gekozen worden voor een gemeenschappelijke dienst of, wanneer de taken niet bestaan uit publiekrechtelijke bevoegdheden die de wetgever expliciet aan een bestuursorgaan heeft toegekend, een geprivatiseerde vorm van toezicht.⁸³ De Wabo laat dus vrij veel ruimte aan het college om deze taak in te richten en stelt geen verplichtingen aan de uitvoering hiervan. Wel verplicht de Wabo dát er regels (kwaliteitseisen) gesteld worden die gelden voor de uitvoering van een aantal taken en bevoegdheden, waaronder handhaving met betrekking tot de omgevingsvergunning,

⁷⁷ Artikel 11 lid 2 DNR 2011; Van den Berg, Bregman & Chao-Duivis 2013, p. 224; Zie Asser-Tjong Tjin Tai, IV (2009), nrs. 93 en 200 voor de bespreking van deze zorgplicht en voor een uitgebreid jurisprudentieoverzicht.

⁷⁸ Bouwadviseurs zoals architecten en constructeurs contracteren veelal op basis van de algemene voorwaarden in De Nieuwe Regeling 2011. Wanneer er sprake is van een geïntegreerd contract regelen de Uniforme Administratieve Voorwaarden Geïntegreerde Contracten 2005 (hierna: UAV-GC 2005) vaak de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer.

⁷⁹ Artikel 13 DNR 2011.

⁸⁰ Gambon, *TBR* 2008/69 afl. 4, p. 5.

⁸¹ Artikel 5.2 Wabo, *Kamerstukken II* 2006/07, 30844, nr.3 (Mvt), p. 14 en 98.

⁸² Strang 2009, p.10.

⁸³ Van der Heijden 2009, p.37.

op het gebied van het omgevingsrecht.⁸⁴ Deze regels zijn uitgewerkt in het Bor en regelen het opstellen van een handhavingsbeleid dat inzicht moet geven in de prioriteitenstelling van de gemeente, de te hanteren methodiek en de gewenste strategie.⁸⁵

De bevoegdheden van het gemeentelijke BWT zijn opgenomen in afdeling 5.2 van Awb. Het gaat om bevoegdheden als het betreden van plaatsen, het vorderen van inlichtingen en het vorderen van de inzage in zakelijke gegevens. Verder moet een ieder binnen de door de toezichthouder gestelde redelijke termijn medewerking verlenen. Het verantwoordelijk bestuursorgaan, het college van B en W, is bevoegd tot handhaving indien er regels worden overtreden of indien er – wanneer er een vergunning is verstrekt – in afwijking van de afgegeven vergunning wordt gebouwd. Handhavingsmogelijkheden zijn het opleggen van een last onder dwangsom of het toepassen van bestuursdwang.⁸⁶ Ook kan de vergunning worden ingetrokken. Het houden van toezicht tijdens de uitvoeringsfase van het Nederlandse bouwproces en de handhavingsmogelijkheden van het bevoegd orgaan worden in de volgende paragraaf verder uitgewerkt.

2.3.2 Toezicht & handhaving in de uitvoeringsfase

De wettelijke taak voor het bouwtoezicht ligt bij de gemeente. De gemeente kan voorkomen dat er onveilig en in strijd met de geldende wet- en regelgeving wordt gebouwd. Vaak is de dienst BWT belast met het publiekrechtelijke toezicht namens de overheid en controleert zij of het werk uitgevoerd wordt conform het Bouwbesluit en het bouwplan op basis waarvan een vergunning verleend is. Omdat het wettelijke systeem niet vereist dat er integraal toezicht wordt gehouden op het gehele bouwproces is de frequentie van het aantal momenten dat toezicht wordt gehouden afhankelijk van verschillende factoren. Onder andere beleidskeuzes van de gemeente, de complexiteit en de grootte van het gebouw, maar ook het belang van naleving van een specifieke norm en de vertrouwensrelatie tussen de bouwer en de toezichthouder bepalen de intensiteit van het toezicht.⁸⁷ Om de inspectie tijdens de uitvoeringswerkzaamheden van het ingediende bouwplan te structureren en ervoor te zorgen dat er geen belangrijke punten worden vergeten bij het toezicht tijdens de uitvoering van het bouwplan, vergen de kwaliteitscriteria 2.1 voor de uitvoering van de Wabo, net als bij de bouwplantoets, dat uitvoeringsorganen werken met een protocol.⁸⁸ Wanneer gemeenten dit protocol opnemen in hun eigen beleidsplan kan het de status van een beleidsregel krijgen.⁸⁹ Momenteel kiezen de meeste Nederlandse gemeenten voor het door de vereniging Bouw- en Woningtoezicht Nederland ontwikkelde integraal Toezichtsprotocol dat een duidelijk inzicht geeft in de controlemomenten tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces.

⁸⁴ Artikel 5.3 Wabo.

⁸⁵ Hoofdstuk 7 Bor.

⁸⁶ Artikel 125 Gemeentewet.

⁸⁷ Strang 2009, p. 13.

⁸⁸ Uitvoering met ambitie 2012, p. 39.

⁸⁹ Artikel 4:81 Awb; Zie ook Michiels 2008, p. 198.

Integraal Toezichtprotocol (iTP)

De vereniging Bouw- en Woningtoezicht Nederland heeft in samenwerking met de vakverenigingen voor milieu en brandweer en het oude ministerie van VROM (nu Infrastructuur & Milieu) een integraal Toezichtprotocol ontwikkeld. Dit protocol, dat als doel heeft een collectief (nationaal) minimumniveau van toetsing te garanderen, biedt een checklist waardoor transparant en helder wordt weergegeven wat een inspecteur moet controleren.⁹⁰ Het zorgt ervoor dat toezichthouders op de juiste zaken letten, met de juiste, op risico gebaseerde, diepgang en volgens een landelijke norm met een lokale 'touch' toetsen tijdens de uitvoeringsfase van het Nederlandse bouwproces. Daarnaast helpt het iTP de toezichthouders bij het afleggen van verantwoording met betrekking tot de gekozen manier van toetsen. Inmiddels werken al ruim 200 gemeenten met het iTP en levert het een bijdrage aan een landelijk uniforme uitvoering van toezicht.⁹¹

Er is een onderverdeling gemaakt in typen bouwwerken en per onderdeel is de diepgang van de controle vastgelegd. Onderdelen met een hoge prioriteit worden op deze manier intensiever getoetst en onderdelen met een lage prioriteit worden slechts steekproefsgewijs gecontroleerd.⁹² Het minimumniveau van toezicht bij een bepaald bouwwerk wordt bepaald door de relevantie van toetsing met betrekking tot de brandveiligheid, de constructieve veiligheid en de volksgezondheid omdat de risico's hierbij het grootst zijn. Voor de controlepunten die als relevant worden gezien is een inschatting gemaakt van de risico's. Aan het onderdeel constructieve veiligheid kent dit protocol dus een betrekkelijke hoge prioriteit toe, maar een volledig 100% constructief veilig gebouw zal door alleen de risicogestuurde werkzaamheden van de toezichthouder helaas nooit gerealiseerd worden.⁹³ De diepgang van de toets is onderverdeeld in vier niveaus:

1. steekproef;
2. visuele controle (quick scan);
3. beoordeling van hoofdlijnen en kenmerkende details;
4. integrale controle van alle onderdelen.⁹⁴

Evenals bij de BRIS-toets kan er voor de toezichthouder aanleiding zijn om in een concreet geval van de adviezen in dit Toezichtprotocol af te wijken. De tool is een richtlijn die in combinatie met de nodige kennis en deskundigheid van de toezichthouder moet worden toegepast.⁹⁵ Softwareontwikkelaar BRIS heeft onlangs een softwaretool ontwikkeld dat perfect aansluit op de ontwikkelde BRIS-toets voor het gestructureerd toetsen van het bouwplan: BRIS-toezicht. BRIS-toezicht werkt ook met checklisten en

⁹⁰ Elsink, *Handhaving 2010/4*, p. 33.

⁹¹ Informatie verkregen middels een telefoongesprek met Wico Ankersmit (directeur VBWTN). Ruim 200 gemeenten hebben het iTP opgenomen in hun beleid. In hoeverre hier daadwerkelijk mee gewerkt wordt blijft moeilijk in te schatten. De verwachting is in ongeveer 60% van de gevallen.

⁹² Michiels 2008, p. 198.

⁹³ VROM 2006, p.18.

⁹⁴ Zie ook www.toezichtsprotocol.nl (laatst geraadpleegd op: 27-06-2014).

⁹⁵ Zie verschillende presentaties van de VBWTN over de werking van het iTP, te vinden via <http://www.vereniging-bwt.nl>.

ondersteunt het iTP. Op deze manier kunnen zowel publieke toetsers als private toetsers ervoor kiezen te werken volgens een landelijk protocol.⁹⁶

Ook op het toezicht op de bouwwerkzaamheden, dat door de daarvoor aangewezen organen bij de gemeente gehouden wordt tijdens de uitvoeringsfase van het Nederlandse bouwproces, houdt de provincie tweedelijns toezicht.⁹⁷

Wanneer een toezichthouder ernstige tekortkomingen aantreft tijdens de uitvoeringswerkzaamheden betrekking hebbend op de verwezenlijking van een bouwplan, waardoor er in strijd wordt gebouwd of gebouwd dreigt te worden met de afgegeven omgevingsvergunning en de geldende wet- en regelgeving, moet hij (namens B en W) ingrijpen. Gelet op het algemeen belang dat gediend wordt met handhaving geldt er voor het bevoegde bestuursorgaan een zogenaamde beginselplicht tot handhaving⁹⁸ met betrekking tot bestuursrechtelijke herstelsancties waarvan slechts in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken.⁹⁹ Het bevoegd orgaan kan in een dergelijk geval overgaan tot het toepassen van bestuursdwang of tot het opleggen van een last onder dwangsom. Dergelijke sancties zijn gericht op het beëindigen van overtredingen, het ongedaan maken van de eventuele gevolgen van de overtreding en op voorkoming van verdere overtredingen. Bij het toepassen van de bevoegdheid tot het opleggen van bestuursdwang bewerkstelligt de overheid (met de harde hand) een feitelijke toestand die in overeenstemming is met de geldende voorschriften wanneer betrokkene niet zelf kan zorgen voor een beëindiging van de overtreding. De overheid kan op deze manier illegale bouwwerkzaamheden of bouwwerkzaamheden in afwijking van de verleende vergunning stilleggen op kosten van de overtreder.¹⁰⁰ Bij een meer indirecte aanpak van een overtreding, de keus voor het opleggen van een last onder dwangsom, verbeurt de overtreder van rechtswege een dwangsom wanneer de opgelegde last tot beëindiging en/of het niet voortzetten of herhalen van een overtreding dan wel het wegnemen van de gevolgen ervan niet binnen de genoemde begunstigingstermijn wordt uitgevoerd.¹⁰¹ Deze dwangsom kan vastgesteld worden op een eenmalig bedrag, een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel op een bedrag per overtreding.¹⁰² Meer concreet betekent dit dat de opdrachtgever de opdracht (de last) krijgt het bouwwerk te laten voldoen aan de daarvoor geldende eisen op straffe van de betaling van een geldbedrag (de dwangsom). De zwaarste sanctie die opgelegd

⁹⁶ Zie www.bris.nl (laatst geraadpleegd op: 27-06-2014).

⁹⁷ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2012, p.4.

⁹⁸ De beginselplicht tot handhaven wordt door de ABRvS in haar rechtspraak als volgt geformuleerd: *'Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien'*. Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:636 en ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1270.

⁹⁹ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 85.

¹⁰⁰ Artikel 5.17 Wabo; Zie: ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9570 waaruit blijkt dat deze bevoegdheid geldend onder de Woningwet (artikel 100d) onder de Wabo niet anders moet worden uitgelegd.

¹⁰¹ Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 1.

¹⁰² Artikel 5:32b Awb.

kan worden is het (tijdelijk) intrekken van de afgegeven omgevingsvergunning.¹⁰³ Deze sanctie kan zowel herstellend als bestraffend van aard zijn.¹⁰⁴ Ten slotte creëert de op 3 juni 2014 aangenomen wetswijziging van de Woningwet een nieuwe bevoegdheid qua sanctiemogelijkheden voor het bevoegd orgaan. Het voorstel maakt het mogelijk een bestuurlijke boete op te leggen bij overtreding van artikel 1b Woningwet. Het opleggen van deze boete is alleen mogelijk wanneer er eerder al een overtreding op basis van dit artikel of een vergelijkbare overtreding heeft plaatsgevonden. Het niet voldoen aan de technische voorschriften omtrent het bouwen van een bouwwerk en het in stand laten van een bouwwerk dat in afwijking van de Bouwbesluiten is gebouwd, worden als vergelijkbaar aangemerkt.¹⁰⁵

Gecertificeerd bouwtoezicht

De open formulering van de Wabo geeft het bevoegd gezag de mogelijkheid om ook het toezicht tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces uit te besteden aan een geprivatiseerde toezichthouder.¹⁰⁶ In principe kan de overheid dus de gehele toetsing tijdens de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces – van de bouwplantoets tot het toezicht op de uitvoering – uitbesteden aan een privaat bedrijf. Wanneer gekozen wordt voor gecertificeerd bouwtoezicht wordt de controle tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces uitgevoerd door een, ten opzichte van andere betrokken partijen onafhankelijk opererende, marktpartij. Evenals voor de toetsing van bouwplannen is er voor het uitvoeringstoezicht ook een certificatieregeling ontwikkeld waarbij de certificering plaatsvindt op basis van de daarvoor ontwikkelde beoordelingsrichtlijn (BRL 5006). Beoordelingsrichtlijn 5006 is mede gebaseerd op het integraal Toezichtprotocol en sluit aan op de BRL 5019 voor de gecertificeerde bouwplantoets.¹⁰⁷ De bevoegdheid tot handhaven blijft ook bij de keuze voor het inschakelen van een private toezichthouder bij het publieke orgaan. Het is voor de handhavingstaak van de gemeente van essentieel belang dat er afspraken gemaakt worden over de communicatie tussen de toezichthouder en de gemeente. De laatste versie van de BRL 5006 regelt dit via een meldingsplicht waardoor de toezichthouder verplicht is om geconstateerde afwijkingen, waarbij de veiligheid van het bouwwerk in het geding is te melden aan het bevoegd gezag en de opdrachtgever.¹⁰⁸

¹⁰³ Artikel 5.19 Wabo.

¹⁰⁴ Dit is van belang omdat bestraffende sancties een wettelijke grondslag behoeven op grond van het legaliteitsbeginsel en er aan onder andere de eisen van art. 6 EVRM voldaan moet worden.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 2013/14, 33 798, nr. 3 (MvT), p.16.*

¹⁰⁶ Desalniettemin blijft de overheid belast met de publiekrechtelijke taak tot het dragen van voldoende zorg voor de bestuursrechtelijke handhaving tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces en zijn zij ervoor verantwoordelijk dat private toetsing, uitgevoerd op aanvraag van het bevoegd gezag, op een adequate manier gebeurt.

¹⁰⁷ *Routekaart Private Kwaliteitsborging 2013, p. 19.*

¹⁰⁸ *Ankersmit 2013, p. 25.*

2.3.3 Verantwoordelijkheidsverdeling in de uitvoeringsfase

Publiekrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling omtrent de borging van de constructieve veiligheid

Na het verstrekken van de benodigde omgevingsvergunning kan er van start worden gegaan met de verwezenlijking van het door het bouwplan omschreven bouwwerk. Een bouwwerk moet altijd voldoen aan de voorschriften die zijn opgenomen in het Bouwbesluit.¹⁰⁹ Het feit dat het college van B en W belast is met de zorg voor bestuursrechtelijke handhaving betreffende de afgegeven omgevingsvergunning leidt er niet toe dat het gezag er ook verantwoordelijk voor is dat er wordt gebouwd conform die vergunning. Het bevoegd gezag dient in het kader van haar handhavingstaak toezicht te houden op de uitvoering van de bouwwerkzaamheden en na te gaan of deze plaatsvinden conform de geldige wet- en regelgeving en de verleende vergunning. Evenals bij de gecertificeerde bouwplantoets doet het inschakelen van gecertificeerd toezicht niets af aan de taak van de gemeente om naar behoren toezicht te (laten) houden op onder meer de constructieve veiligheid van een bouwwerk.¹¹⁰ De publiekrechtelijke verantwoordelijkheid voor een constructief veilig bouwwerk ligt echter bij de vergunninghouder (vaak de opdrachtgever). De overheid neemt met het te houden toezicht geen enkele verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid over van de vergunninghouder.¹¹¹ Deze eigen verantwoordelijkheid van partijen legitimeert het bevoegd gezag zich gemotiveerd te beperken tot het houden van toezicht op de meest risicovolle aspecten van de bouw en zelf te bepalen waar zij prioriteit aan wil geven. Op deze manier wordt niet elk bouwwerk integraal getoetst maar houdt het bevoegd gezag wel zicht op de kwaliteit van het te bouwen bouwwerk en kan zij sturend optreden wanneer dit nodig is. De mate van aansprakelijkheid van de overheid voor het door haar verrichte toezicht is dan ook beperkt.¹¹²

Privaatrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling omtrent de borging van de constructieve veiligheid

Zoals vermeld vindt de aanvraag van vergunningen voor het bouwen van een bouwwerk hoofdzakelijk plaats door 'gewone burgers'. Omdat deze vergunningaanvragers een beperkte kennis hebben van de regels waaraan dient te worden voldaan, worden er ook voor deze fase van het bouwproces vaak aannemers ingehuurd om de kwaliteit en constructieve veiligheid van het bouwwerk te bewaken tijdens het bouwen van het bouwwerk. De verantwoordelijkheid wordt hierbij middels een contract neergelegd bij de uitvoerende partij(en). Op deze manier kan de opdrachtgever de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid neerleggen bij zijn contractanten en kan hij bij schade als gevolg van gebreken in

¹⁰⁹ Artikel 2 Woningwet.

¹¹⁰ Bij het toezicht tijdens de bouw, waar getest moet worden of hetgeen op de tekening staat daadwerkelijk gebouwd is moet de gemeente dus niet blind vertrouwen op het werk van de gecertificeerde toezichthouder 'met een goede naam'. Zie bijvoorbeeld: Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein 2007, p. 70.

¹¹¹ Spekking C&R 2012, p.13; Werkgroep Constructieve Veiligheid 2011, p.74; Dit neemt niet weg dat de overheid verplicht is de haar ter beschikking staande middelen en bevoegdheden voldoende te benutten en behoorlijk en zorgvuldig toezicht moet houden.

¹¹² Men kan een procedure starten bij de civiele rechter waar met de overheid aansprakelijk stelt voor haar falende overheidshandelen als zijnde een onrechtmatige daad (artikel. 6:162BW). Echter het aantonen van 'falende' beleidsuitvoering is erg lastig. (zie bijvoorbeeld: Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316).

de constructieve veiligheid contractspartijen aansprakelijk stellen. Niettemin blijft de opdrachtgever publiekrechtelijk verantwoordelijk.¹¹³

Het uitgangspunt bij deze overeenkomsten met betrekking tot de aanneming van werk is dat de uitvoerende partij, de aannemer, verantwoordelijk is voor het werk tot het moment van oplevering. Na oplevering ligt de verantwoordelijkheid voor het bouwwerk bij de opdrachtgever en is de aannemer in beginsel ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Voor wat betreft de verborgen gebreken¹¹⁴, die de opdrachtgever niet had behoeven te ontdekken ten tijde van de oplevering, blijft de verantwoordelijkheid bij de aannemer liggen.¹¹⁵ Met dit stelsel wordt, in het voordeel van de aannemer, afgeweken van de hoofdregel dat de schuldenaar bij een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schade moet vergoeden aan de schuldeiser.¹¹⁶ Wanneer de meest gebruikte contractvoorwaarden bij overeenkomsten met betrekking tot de uitvoering van werk, de Uniforme Administratieve Voorwaarden (UAV 2012), van toepassing zijn verklaard op de overeenkomst wordt de aansprakelijkheid van de aannemer nog verder beperkt. De aansprakelijkheid geldt dan alleen voor gebreken die ondanks *nauwlettend toezicht* tijdens de uitvoering van de bouwwerkzaamheden dan wel bij de opnemings van het werk, redelijkerwijs niet onderkend hadden kunnen worden.¹¹⁷ Als de aannemer garanties voor (onderdelen van) het werk heeft verstrekt, gaat deze hoofdregel niet op en kan de opdrachtgever de aannemer, afhankelijk van de verstrekte garanties, ook na oplevering aansprakelijk stellen voor eventuele schade.¹¹⁸ Door de vergaande beperking van de aansprakelijkheid van de aannemer is de positie van de consument ten opzichte van de aannemer in het huidige stelsel enigszins zwak te noemen en valt er wat te zeggen voor een evenwichtiger verantwoordelijkheidsverdeling tussen de aannemer en de bouwconsument als opdrachtgever. De minister is hier met invoering van het nieuwe stelsel mee bezig. Om deze reden worden dit punt en eventuele voorgestelde wijzigingen van het BW en de UAV 2012 verder uitgewerkt in hoofdstuk 3.¹¹⁹

2.4 Knelpunten in de realisatiefase van het huidige Nederlandse bouwproces

Uit het voorgaande blijkt dat de afdeling BWT van gemeenten zowel in de toestemmingsfase als in de uitvoeringsfase van het proces van de totstandkoming van een bouwwerk belast is met het houden van

¹¹³ VROM 2006, p. 14.

¹¹⁴ Betreft een relatief begrip dat moet worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval zoals onder meer de deskundigheid van de opdrachtgever of de deskundigheid van de door hem ingeschakelde hulppersonen en de aard van het gebrek. *Kamerstukken II*1992/93, 23 095, nr. 3 (MvT), p. 28; Zie ook *Kamerstukken I*2002/03, 23 095, nr. 38a, p.11. voor de keus van de wetgever met betrekking tot het tijdens de uitvoering gehouden toezicht.

¹¹⁵ Artikel 7:758 BW. Zie H.P.C.W. Strang, Groene Serie Bijzondere overeenkomsten, 2011, aant. 1-9 op art. 7:758 BW, voor een uitgebreide bespreking van dit artikel en een jurisprudentieoverzicht.

¹¹⁶ Artikel 6:74 lid 1 BW.

¹¹⁷ §12 UAV 2012.

¹¹⁸ Gambon, *TBR* 2008/69 afl. 4, p.6.

¹¹⁹ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.19.

toezicht. Vanaf het moment van de bouwplantoets tot het moment van oplevering houdt de overheid een oogje in het zeil en zou er volgens de beginselplicht tot handhaving ingegrepen moeten worden wanneer de opdrachtgever niet volgens de verstrekte vergunning en de geldende wet- en regelgeving bouwt. De vergunningaanvragers betalen leges voor de werkzaamheden van de gemeente en verwachten daar dan ook een bepaalde kwaliteit voor terug.¹²⁰ Het is dan ook niet vreemd dat de doorsnee burger het beeld heeft dat de overheid waakt over de Nederlandse bouw. Diezelfde burger zal zich ook tot de overheid wenden wanneer er wat mis dreigt te gaan.¹²¹ Opdrachtgevers hechten tijdens de bouw van het bouwwerk minder belang aan de borging van de constructieve veiligheid omdat ze er vanuit gaan dat de constructieve veiligheid door middel van de bouwtechnische wet- en regelgeving en het toezicht door het bevoegd gezag bij de gemeenten voldoende gewaarborgd wordt.¹²² Opdrachtgevers hebben vaak ook onvoldoende kennis van de bouwregelgeving.¹²³ Men leunt in de huidige situatie dus erg op de overheid en op haar systeem van toezicht houden. Ten onrechte, want uit het onderstaande blijkt dat de dagelijkse praktijk van het gemeentelijke bouwtoezicht niet altijd zo rooskleurig is.

2.4.1. Knelpunten in de toestemmingsfase

Vergunning biedt slechts papieren zekerheid

De toetsing aan het ingediende bouwplan en het verlenen van de benodigde vergunning is een belangrijk punt voor het bewaken van het onderdeel constructieve veiligheid in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces. Het onderdeel constructieve veiligheid krijgt een hoge prioriteit bij het uitvoeren van de bouwplantoets. Helaas leert de ervaring dat het ten tijde van de aanvraag doorgaans niet mogelijk is om in een dergelijk vroeg stadium alle berekeningen al in detail aan te leveren, waardoor de afgifte van een vergunning door het bevoegde orgaan bepaald geen zekerheid biedt voor een constructief veilig bouwwerk.¹²⁴ Zoals beschreven geeft de gemeente een vergunning af wanneer aannemelijk is gemaakt dat het bouwplan voldoet aan de geldende wet- en regelgeving. De verantwoordelijkheid om dit waar te maken blijft bij de aanvrager van de vergunning/vergunninghouder.¹²⁵ Bovendien toont de realiteit dat architecten vaak alleen voor de vergunning ontwerpen, en een ontwerp zo opstellen dat er een vergunning op kan worden aangevraagd. Het echte werk begint vaak daarna pas. Het ontwerpproces loopt door tot ver in de uitvoeringsfase en wordt door de opdrachtgever gebruikt om wijzigingen door te voeren voor het uiteindelijke bouwwerk. Veel vergunde projecten worden dus gebouwd in afwijking van de, op basis van het getoetste bouwplan, verleende vergunning.¹²⁶ De verkregen vergunning biedt in het huidige stelsel dus slechts een papieren

¹²⁰ Commissie Dekker 2008, p. 18.

¹²¹ Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013, p. 21.

¹²² Gambon, *TBR* 2008/69 afl. 4, p. 3 en 5.

¹²³ Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013, p. 13.

¹²⁴ Commissie Dekker 2008, p.18; Memorie van toelichting consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen te vinden via: <http://www.internetconsultatie.nl/wetkwaliteitsborgingvoorhetbouwen>, p.3

¹²⁵ Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013, p. 29.

¹²⁶ Zie bijvoorbeeld Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein 2007, p. 23,83 en 84.

zekerheid voor het (op aannemelijke basis) voldoen aan de minimale eisen met betrekking tot constructieve veiligheid.¹²⁷

2.4.2 Knelpunten in de uitvoeringsfase

Onvoldoende capaciteit en deskundigheid bij gemeenten

Uit de volgende voorbeelden blijkt dat ook in de uitvoeringsfase van het bouwproces door verschillende partijen knelpunten zijn geconstateerd. Het scala aan bekende bouwincidenten dat zich in de Nederlandse bouw heeft voorgedaan lijkt onder andere te duiden op uitvoeringsproblematiek bij het publieke toezicht op de technische bouwregelgeving.¹²⁸ Gemeenten hebben vaak onvoldoende capaciteit en deskundigheid in huis om hun taken met betrekking tot het bouwtoezicht en de bijbehorende handhaving naar behoren én binnen de ‘fatale termijnen’ uit te voeren.¹²⁹ Het toezicht tijdens de uitvoering van de bouwwerkzaamheden heeft in gemeenten regelmatig minder prioriteit dan de toetsing van bouwplannen ‘aan de voorkant’, ten gevolge waarvan er bij een dergelijk capaciteitsprobleem onvoldoende toezicht wordt gehouden tijdens de uitvoering van de bouwwerkzaamheden.¹³⁰ Uit onderzoek is namelijk gebleken dat het toezicht op de uitvoering in de dagelijkse praktijk zeer wisselend wordt uitgevoerd¹³¹ en de frequentie van zichtbare gemeentelijke controles is afgenomen.¹³² Hulpmiddelen zoals de BRIS toets of het iTP brengen het publieke bouwtoezicht naar een hoger niveau, maar over het algemeen kan het publieke bouwtoezicht nog steeds niet het gewenste niveau van toezicht en handhaving garanderen. Ook het werken met de protocollen is tijdrovend en vergt een bepaalde mate van deskundigheid en capaciteit van een afdeling BWT. Zeker in de kleinere gemeenten is het onhaalbaar (ingewikkelde) bouwprojecten op een adequate manier te beoordelen en te begeleiden.¹³³ Verschillende marktpartijen geven aan de afdeling BWT van de gemeente geen gezaghebbende partij te vinden doordat de controle van het bevoegd gezag achterloopt op de dynamiek van het bouwproces, waardoor constatering vaak achteraf plaatsvinden. Vanwege het aantal werkuren en de aanvangs- en eindtijd daarvan heeft de controleur niet de mogelijkheid om op de juiste momenten en voldoende lang op de bouwplaats aanwezig te zijn.¹³⁴

Gecertificeerde toetsing en gecertificeerd toezicht ook niet zonder haken en ogen

Het kiezen voor een vorm van gecertificeerde bouwplantoetsing of gecertificeerd toezicht kan een oplossing bieden voor dit capaciteitsprobleem bij de gemeente. Het komt echter steeds minder vaak

¹²⁷ Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013, p. 13.

¹²⁸ Visscher, van der Heijden & Meijer 2009, p. 12.

¹²⁹ Spekking C&R 2012, p. 11, 13; Memorie van toelichting conceptwetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen te vinden via <http://www.internetconsultatie.nl/wetkwaliteitsborgingvoorhetbouwen>, p.3; Zie ook Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein 2007, p. 69 en 73.

¹³⁰ Van der Heijden 2009, p. 28.

¹³¹ Visscher, Van der Heijden & Meijer 2007.

¹³² Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein 2007, p. 98.

¹³³ Michiels 2008, p. 200.

¹³⁴ K+V organisatieadviseurs 2007, p. 43.

voor dat de opdrachtgever een private toezichthouder inschakelt voor het toezien op de uitvoering van de bouwwerkzaamheden. Dit komt onder andere doordat bouwbedrijven claimen hun kwaliteitsborgingsystemen dermate op orde te hebben dat dit niet nodig is. Tevens vrezen opdrachtgevers ervoor dat ze door het houden van toezicht (privaatrechtelijke) aansprakelijkheden naar zich toe halen die oorspronkelijk bij de opdrachtnemer liggen.¹³⁵ Het nadeel hiervan is dat wanneer de toets van het bouwplan aan onder andere de constructieve veiligheid wél uitbesteed wordt aan een private onderneming, en het toezicht op de uitvoering niet, het bevoegd gezag belast is met het houden van toezicht op de uitvoering maar geen kennis heeft van de vooraf ingediende bouwplannen.¹³⁶ Ten slotte blijft de handhavingsbevoegdheid wel gewoon bij het bevoegd gezag. Hierdoor is de gecertificeerd toezichthouder eigenlijk een ‘gekooide tijger’ die zijn tanden kan laten zien maar niet kan bijten. Er kan immers niet bedreigd worden met serieuze sancties zonder overleg met het bevoegd orgaan.¹³⁷

Verantwoordelijkheden in de bouwsector liggen mijns inziens juridisch duidelijk vast maar lijken in de praktijk van het huidige stelsel vaak niet te liggen waar ze horen te liggen. Het verantwoordelijkheidsgevoel bij de opdrachtgever en zijn opdrachtnemers is blijkens onderzoek te laag waardoor de wettelijk bij hen neergelegde verantwoordelijkheid niet genomen wordt.¹³⁸ Opdrachtgevers en hun opdrachtnemers zouden zich naar mijn mening meer bewust moeten zijn van het feit dat zij zelf, en dus niet de overheid, integraal verantwoordelijkheid zijn voor de kwaliteit en daarmee de constructieve veiligheid van bouwwerken die zij laten bouwen. Het beeld dat het verlenen van de vereiste vergunning door het bevoegd gezag betekent dat het bouwplan beantwoordt aan de technische bouweisen die zijn opgenomen in de wet- en regelgeving en dus constructief veilig is, is onjuist gebleken. De overheid kan, zoals besproken, niet elk bouwplan tot in detail toetsen en kan de verantwoordelijkheid die op deze manier bij haar wordt neergelegd niet waarmaken. Indien opdrachtgevers het werk na oplevering doorverkopen is uiteindelijk de ‘gewone’ burger de dupe van een kwalitatief onveilig bouwwerk en zijn kopers vaak onvoldoende in staat om de schade op de opdrachtgever te verhalen. Het risico dat een bouwwerk niet voldoet aan de daaraan gestelde constructieve eisen ligt in de praktijk dus onvoldoende waar het moet liggen, namelijk bij de opdrachtgever van het te bouwen bouwwerk.¹³⁹

2.5 Objectief toetsingskader

Om de deelvraag van dit hoofdstuk te kunnen beantwoorden, wordt het huidige stelsel beoordeeld vanuit de gekozen set criteria. Om te beoordelen in hoeverre de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces van het huidige stelsel de constructieve veiligheid van bouwwerken waarborgt, wordt het door mij, in de vorige paragrafen van dit hoofdstuk, besproken stelsel getoetst aan de volgende criteria:

¹³⁵ Spekking C&R 2012, p. 13.

¹³⁶ Spekking C&R 2012, p. 15.

¹³⁷ Woningcorporatie Staedion e.a 2013, p. 5.

¹³⁸ Zie paragraaf 2.2 en 2.3 van dit onderzoek.

¹³⁹ Gambon, *TBR* 2008/69 afl. 4, p. 5.

deskundigheid van de toetsers, onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de toetsers en concrete en heldere vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden in het stelsel.

2.5.1 Deskundigheid

Uit het bovenstaande blijkt dat het bevoegde orgaan voor het uitvoeren van de bouwplantoets gebruikt maakt van een toetsprotocol. Dit protocol helpt bij de beoordeling van de intensiteit van de toets aan het bouwplan. Het toetsprotocol betreft een buitenwettelijke richtlijn die veelal door de gemeente wordt opgenomen als beleidsregel. Wanneer dat het geval is bindt de beleidsregel het bestuursorgaan en kan de gemeentelijke bouwplantoetsers slechts in bijzondere omstandigheden gemotiveerd afwijken van het advies van dit protocol, waardoor de toets logischerwijs nog wel met ‘gezond verstand’ moet worden uitgevoerd.¹⁴⁰ Dat vergt een bepaalde mate van deskundigheid van de toetsers zodat er voor onder andere de constructieve veiligheid een goede afweging gemaakt wordt voor wat betreft de noodzaak en de zwaarte van de toets aan verschillende onderdelen van het bouwwerk. Ook voor het bepalen van de zwaarte van het toezicht tijdens de uitvoering van een bepaald bouwproject en bij het toezicht op de bouwlocatie is deskundigheid vereist om fouten en onjuistheden te kunnen opmerken. In de vorige paragraaf is gebleken dat deze deskundigheid vanwege de capaciteit van gemeenten niet zelden slechts beperkt aanwezig is. Door de veelzijdigheid van de vergunningaanvragen die binnenkomen op de afdeling BWT van de gemeente is het met de huidige bezetting van (vooral kleinere) gemeenten onmogelijk om specifieke kennis te hebben van elk bouwplan dat getoetst moet worden. De beschikbare deskundigheid is dan ook vaak ontoereikend om de ingewikkelde bouwprojecten op een adequate manier te beoordelen en te begeleiden.

Bij de keus voor gecertificeerd toezicht ligt het anders. Private toetsers kunnen zich makkelijker specialiseren dan gemeentelijke toetsers omdat private toetsers niet over generalistische kennis behoeven te beschikken om een breed aanbod aan bouwwerkzaamheden te kunnen beoordelen. Door de specialisatie moeten zij, voornamelijk voor de complexere bouwwerken, beter in staat worden geacht tot het toetsen en het houden van toezicht dan hun gemeentelijke collega's.¹⁴¹ Daar komt bij dat alleen organisaties met een certificaat bouwplannen mogen toetsen of toezicht mogen houden op de uitvoering en deze mogen voorzien van een gecertificeerd akkoord. Om in aanmerking te komen voor zo'n certificaat moet een organisatie voldoen aan de voorschriften van de desbetreffende beoordelingsrichtlijn waarin inhoudelijke en procedurele eisen zijn opgenomen bijvoorbeeld met betrekking tot het kennisniveau van de medewerkers. Het certificaat wordt ‘opgehangen’ aan de eisen die worden gesteld aan zowel de organisatie als aan de in het certificaat genoemde personen, wat de mate van deskundigheid vanzelfsprekend vergroot.¹⁴²

¹⁴⁰ Als de desbetreffende gemeente het gebruik van een toetsprotocol en de werking daarvan in haar beleid heeft opgenomen kan het de wettelijke status van een beleidsregel ex. artikel 4:81 Awb krijgen. Hier kan het bevoegd orgaan ex. artikel 4:84 Awb vanaf wijken wanneer het volgen van de regel voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

¹⁴¹ Zie ook Visscher, van der Heijden & Meijer 2009, p. 10.

¹⁴² Zie ook VROM 2007, p. 2.

2.5.2 Onpartijdigheid en onafhankelijkheid

Een publieke toezichthouder is, mede door functiescheiding op verschillende niveaus, aan te merken als onafhankelijk, van de (economische) belangen van marktpartijen in het bouwproces, handelend en als een onpartijdige instantie of persoon die belast is met het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving door marktpartijen. Er is sprake van een functiescheiding op persoonsniveau in die zin dat de toetsing plaatsvindt door een medewerker van het bevoegd gezag en de opdrachtgever primair eindverantwoordelijke is voor een goede constructieve veiligheid van het bouwwerk. Ook is er sprake van een functiescheiding op bedrijfsniveau omdat het ontwerp of de uitwerking van het bouwplan en de uitvoering van de bouwwerkzaamheden niet door dezelfde organisatie wordt uitgevoerd als de organisatie die is belast met het houden van het toezicht hierop. Daarnaast wordt de overheid in mindere mate beïnvloed door financiële prikkels en wordt zij door middel van wettelijke regelingen tot onder andere het opstellen van beleidsplannen met betrekking tot toetsing en handhaving erg beperkt in de mogelijkheid tot partijdig of afhankelijk handelen. De protocollen die gebruikt worden door gemeenten assisteren de werknemers bij het toetsen van de bouwplannen en het houden van toezicht tijdens de uitvoering. Door middel van een checklist geven zij een transparant en helder beeld van hetgeen de inspecteur moet controleren. De inspecteur kan hier alleen gemotiveerd van afwijken. Het behoeft geen uitleg dat deze transparantie ten goede komt aan het onafhankelijk en onpartijdig handelen van het bevoegd orgaan. Onafhankelijkheid kan door het opstellen van beleidsplannen en het gebruik van deze protocollen beter worden gegarandeerd.

Ook bij gecertificeerd toezicht is er sprake van een functiescheiding op persoonsniveau en op bedrijfsniveau. Het gecertificeerde bedrijf is niet betrokken bij het ontwerp of bij de uitwerking van het bouwplan of de uitvoering daarvan. Het nadeel van gecertificeerd toezicht is echter dat certificaathouders klanten zijn van de Certificerende Instelling die hen certificeert. Dit zou mijns inziens voor belangenverstrengeling kunnen zorgen ten gevolge waarvan een belemmering ontstaat om op te treden tegen een certificaathouder wanneer deze fouten maakt of nalatig is.¹⁴³ Ook is het gecertificeerde bedrijf (financieel) afhankelijk van de opdrachtgevers door wie hij wordt ingeschakeld voor het houden van toezicht bij de realisatie van bouwplannen. Als een gecertificeerd toezichthouder in de praktijk wordt ervaren als 'lastig' kan een opdrachtgever er begrijpelijkerwijs voor kiezen een andere toezichthouder in te schakelen bij een volgend project, waardoor de gecertificeerd toezichthouder inkomsten misloopt. Een gecertificeerd toezichthouder zal (anders dan de overheid) door haar financiële belangen bij het binnenhalen van opdrachten wellicht eerder neigen naar een minder strenge aanpak bij geconstateerde onjuistheden en zaken sneller door de vingers zien bij de uitvoering van zijn toezichtstaak.

¹⁴³ Zie ook Visscher, van der Heijden & Meijer 2009, p. 7.

2.5.3 Concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden

De verantwoordelijkheid voor het voldoen aan de geldende wet- en regelgeving ligt in de toestemmingsfase bij de aanvrager van de vergunning. Die moet aannemelijk maken dat het bouwplan voldoet aan de daaraan gestelde regels met betrekking tot de constructieve veiligheid. Hoewel deze verantwoordelijkheid wettelijk is vastgelegd, is gebleken dat opdrachtgevers zich in de dagelijkse bouwpraktijk niet altijd bewust zijn van deze verantwoordelijkheid. Het blijkt geen uitzondering te zijn dat borging van de regels van het Bouwbesluit onder de maat blijft. Het bevoegd orgaan is verplicht tot het uitvoeren van een bouwplantoets alvorens het kan overgaan tot het afgeven van de noodzakelijke omgevingsvergunning, maar mag dit risicogestuurd doen. Het bouwplan wordt hierdoor niet integraal getoetst en is dus ook niet gegarandeerd constructief veilig. Ook wanneer de opdrachtgever ervoor kiest een adviseur in te schakelen bij het ontwerp van het bouwplan blijft hij de verantwoordelijkheid houden voor het voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit en daarmee aan het minimale niveau van constructieve veiligheid. Er is namelijk geen resultaatsverplichting voor de ingeschakelde adviseur.

Ook tijdens de uitvoeringsfase is het de opdrachtgever die er zorg voor moet dragen dat er constructief veilig, volgens de afgegeven vergunning en de geldende bouwregelgeving, gebouwd wordt. Het feit dat het college van B en W belast is met het houden van toezicht in het kader van zijn handhavingstaak doet daar niets aan af. Deze eigen verantwoordelijkheid van partijen geeft het bevoegd gezag de mogelijkheid om zelf te bepalen waaraan het bij de toetsing prioriteit wil geven. Wanneer de opdrachtgever ervoor kiest zijn wettelijke verantwoordelijkheid middels een contract neer te leggen bij zijn opdrachtnemers is het uitgangspunt voor aannemers dat de aannemer verantwoordelijk is voor onder andere de constructieve veiligheid van het bouwwerk tot het moment van oplevering. Daarna is deze slechts verantwoordelijk voor eventuele 'verborgen gebreken'.

De concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden is naar mijn idee erg helder in zowel de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke wetgeving als de, in de bouwpraktijk vaak van toepassing verklaarde, algemene voorwaarden neergelegd. In de praktijk is er, zoals geconstateerd, echter een heel andere gedachtegang en is de prikkel om echte kwaliteit te leveren en constructief veilige bouwwerken te realiseren nauwelijks aanwezig. De verschillende actoren in de bouw leunen te veel op de overheid die de verwachtingen met betrekking tot de controle op de kwaliteit en constructieve veiligheid begrijpelijkerwijs niet kan waarmaken. De actoren zijn zich dus niet genoeg bewust van de wettelijke en maatschappelijke verantwoordelijkheid die op hun schouders ligt. Om deze reden worden er ook nauwelijks verantwoordelijkheden overgedragen en worden die verantwoordelijkheden, wanneer ze niet direct bij de opdrachtnemer worden neergelegd en er dus geen 'eigen belang' is, ook niet zo gevoeld.¹⁴⁴ Het kwaliteitsbesef bij de marktpartijen in de bouw is te laag en de verantwoordelijkheid ligt hierdoor niet bij wie zij hoort te liggen.¹⁴⁵ Dit zou in de toekomst wellicht kunnen veranderen door een versterking van de huidige positie van de bouwconsument als

¹⁴⁴ Zie ook Spekking C&R, p.7.

¹⁴⁵ Vereniging Bouw- & Woningtoezicht Nederland 2013, p. 8.

opdrachtgever met invoering van het nieuwe stelsel. Momenteel is de positie van de opdrachtgever ten opzichte van de aannemer erg zwak door de beperkingen van het BW en de UAV 2012. Eventuele wijzigingen hierin kunnen een prikkel zijn voor het leveren van kwaliteit. Hierover meer in het volgende hoofdstuk.

2.6 Deelconclusie

De in het Bouwbesluit opgenomen technische wet- en regelgeving, waaronder ook wet- en regelgeving met betrekking tot de constructieve veiligheid, bewaakt de minimale kwaliteit van te bouwen bouwwerken in Nederland. Het geeft een ondergrens voor de kwaliteit waaraan een bouwwerk ten minste moet voldoen. Op de realisatie van een bepaald bouwwerk ziet het bevoegd orgaan van de gemeente toe. In de meeste gevallen is dat de afdeling BWT. Het bevoegd gezag toetst op twee momenten in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces aan de bouwtechnische normen die gelden. Allereerst gebeurt dat bij de bouwplantoets bij de aanvraag van een omgevingsvergunning en later bij het houden van toezicht tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces. In ruim de helft van de Nederlandse gemeenten wordt hierbij gebruikt gemaakt van hulpapplicaties zoals de BRIS-toets en het integraal Toezichtprotocol. Daarbij toetst het bevoegd gezag niet volledig aan alle in het Bouwbesluit opgenomen minimumeisen, maar gebeurt dat slechts risicogestuurd voor bepaalde onderdelen. Het bevoegd gezag bepaalt zelf waar het de prioriteit legt. In de regel heeft het aspect constructieve veiligheid (tezamen met brandveiligheid) een hoge prioriteit bij de toets en het toezicht. Het huidige stelsel laat het, met de zorg voor het toezicht op de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces belaste, bevoegde orgaan de mogelijkheid zijn taak met betrekking tot de toetsing en het toezicht uit te besteden aan onder andere private partijen. Een veel voorkomende, maar wettelijk nog niet verankerde vorm van uitbesteding is het toetsen van bouwplannen en het houden van toezicht tijdens de uitvoeringsfase door gecertificeerde bedrijven. De formele, publiekrechtelijke, verantwoordelijkheid voor het voldoen van zowel het bouwplan als het uiteindelijke bouwwerk aan de eisen van het Bouwbesluit, is door de wetgever neergelegd bij de aanvrager van de vergunning, in veel gevallen de opdrachtgever. De opdrachtgever dient er dus voor te zorgen dat er op het moment van oplevering een bouwwerk is neergezet dat *ten minste* voldoet aan de landelijke ondergrens van het Bouwbesluit en dus ook in die mate constructief veilig is. Desalniettemin is het bevoegd orgaan van de gemeente, ook bij een gecertificeerde toets en gecertificeerd toezicht, verantwoordelijk voor de beslissing op de vergunningaanvraag, dient het in dat kader ontwerpen van bouwprojecten naar behoren te (laten) toetsen op onder meer de constructieve veiligheid en dient het naar behoren toezicht te (laten) houden tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces. De privaatrechtelijke verantwoordelijkheid kan door de wat minder deskundige opdrachtgever middels contracten overgedragen worden aan opdrachtnemers. De daadwerkelijke verantwoordelijkheidsverlichting van de opdrachtgever blijft echter beperkt door het van toepassing verklaren van een set algemene voorwaarden zoals de DNR 2011 of de UAV 2012.

Met behulp van het objectieve toetsingskader kan de eerste deelvraag: *hoe is de realisatiefase van het huidige Nederlandse bouwproces gereguleerd en in hoeverre is dit systeem geschikt om de te waarborgen constructieve veiligheid van bouwwerken te bewerkstelligen?* als volgt worden beantwoord.

De deskundigheid die vereist is voor het naar behoren uitvoeren van de bouwplantoets en het maken van verantwoorde keuzes met betrekking tot het risicogestuurde toezicht tijdens de uitvoeringsfase is vaak niet voldoende aanwezig bij de afdeling BWT van de gemeente. Door de veelzijdigheid aan vergunningaanvragen die binnenkomen op de afdeling BWT moeten medewerkers beschikken over generalistische kennis en is het onmogelijk om specifieke kennis te hebben van elk bouwwerk dat beoordeeld moet worden op het voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit. De beschikbare deskundigheid is vaak ontoereikend om de ingewikkelde bouwprojecten op een adequate manier te beoordelen en te begeleiden.

De mate van onpartijdigheid en onafhankelijkheid van het bevoegd gezag is hoog, mede doordat er sprake is van een functiescheiding op persoonsniveau en op bedrijfsniveau. Daarnaast wordt de overheid van origine in mindere mate beïnvloed door financiële prikkels en wordt zij door middel van wettelijke regelingen tot onder andere het opstellen van beleidsplannen met betrekking tot toetsing en handhaving beperkt in de mogelijkheid tot partijdig of afhankelijk handelen. Van de protocollen die gebruikt worden bij de toetsing kan slechts gemotiveerd worden afgeweken door de inspecteur waardoor onpartijdig en onafhankelijk handelen beter kan worden gegarandeerd.

Ten slotte zien we dat er bij de concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden een discrepantie is ontstaan tussen datgene wat is vastgelegd in de wet- en regelgeving en in aanvullende algemene voorwaarden en het daadwerkelijke bewustzijn van deze verdeling in de bouwpraktijk. Zowel tijdens de toestemmingsfase als tijdens de uitvoeringsfase zijn de bevoegdheden en taken van het bevoegde orgaan duidelijk en ligt de verantwoordelijkheid voor het voldoen aan de geldende wet- en regelgeving met betrekking tot de constructieve veiligheid bij de aanvrager van de vergunning, vaak de opdrachtgever. De bevoegdheid en de taak van de gemeente om toezicht te houden, en wanneer noodzakelijk over te gaan tot handhaving, doet daar niets aan af. Toch is gebleken dat opdrachtgevers zich in de dagelijkse bouwpraktijk niet altijd even bewust zijn van deze verantwoordelijkheid. Het blijkt geen uitzondering te zijn dat borging van de regels van het Bouwbesluit onder de maat blijft. Bouwpartijen leunen in het huidige stelsel te veel op de overheid die onvoldoende deskundigheid en capaciteit heeft voor een adequate toetsing van de kwaliteit en constructieve veiligheid tijdens de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces.

3 REALISATIEFASE VAN HET NEDERLANDSE BOUWPROCES NA INVOERING VAN EEN NIEUW STELSEL VAN KWALITEITSBORGING VOOR HET BOUWEN

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de werking van het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging in de bouwpraktijk worden beschreven. Medio 2015 wordt gestart met de invoering van dit nieuwe stelsel voor de minst risicovolle bouwwerken. Een beschrijving van de risicoklassen waarin bouwwerken worden ingedeeld volgt in paragraaf 3.2.2. Verder geeft dit hoofdstuk een antwoord op de tweede deelvraag: *hoe is de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces gereguleerd na invoering van het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en in hoeverre waarborgt dit systeem de constructieve veiligheid van bouwwerken?*

Hoewel de politieke besluitvorming nog moet plaatsvinden voor hetgeen hier besproken wordt en hoewel nog niet alle details van het nieuwe private stelsel zijn uitgewerkt, geeft dit hoofdstuk een beeld van de wijze waarop het nieuwe stelsel geïmplementeerd zal worden in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces. In paragraaf 3.2 en paragraaf 3.3 wordt, evenals in het vorige hoofdstuk, achtereenvolgens ingegaan op de toestemmingsfase en de uitvoeringsfase van het nieuwe stelsel. Beide fasen worden uiteengezet aan de hand van de wet- en regelgeving, de toetsing en het te houden toezicht met bijbehorende handhavingmogelijkheden en de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de verschillende bouwactoren. De toestemmingsfase stopt op het moment dat het college van B en W de omgevingsvergunning voor het bouwen verleent aan de vergunningaanvrager. De uitvoeringsfase bestaat, anders dan in het huidige systeem, uit twee subfasen doordat de bouwplantoets in het nieuwe systeem wordt uitgevoerd door een private marktpartij en de beslissing op de vergunningaanvraag niet meer afhankelijk is van de toets van het bouwplan aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Hierdoor verplaatst het moment van toetsing zich in het nieuwe stelsel naar de uitvoeringsfase van het Nederlandse bouwproces. Paragraaf 3.3 wordt daarom onderverdeeld in de fase waarin de bouwplannen door een private partij worden getoetst en de fase die het toezicht op de daadwerkelijke uitvoeringswerkzaamheden van de bouwplannen omvat. In paragraaf 3.4 worden eventuele valkuilen van het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw behandeld. Dit betreffen knelpunten die naar voren zijn gekomen in reeds uitgevoerde pilots private kwaliteitsborging maar ook mogelijke valkuilen en risico's waarmee blijkens de literatuur rekening gehouden moet worden. In paragraaf 3.5 wordt het nieuwe stelsel beoordeeld met behulp van de opgestelde toetsingscriteria. In paragraaf 3.6 wordt een deelconclusie getrokken en een antwoord gegeven op de tweede deelvraag.

3.2 Toestemmingsfase van het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging

3.2.1 Wettelijk kader

Op 25 juni 2014 is het conceptwetsvoorstel van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen gepubliceerd en ter consultatie aangeboden door de minister voor Wonen en Rijksdienst. De minister streeft met de invoering van dit conceptwetsvoorstel naar een verbetering van de kwaliteitsborging in de bouw. Het voorstel is gericht op een evenwichtige combinatie van publieke en private elementen en instrumenten.¹⁴⁶ De wet wijzigt de Woningwet, de Wabo en het Burgerlijk Wetboek. De specifieke invulling van de wet wordt in lagere wetgeving verder uitgewerkt. Het conceptwetsvoorstel omvat het kader voor het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging en geeft inzicht in de manier waarop het stelsel er in de toekomst uit moet komen te zien.¹⁴⁷ Het conceptwetsvoorstel in een notendop:

- de preventieve bouwplantoets door het bevoegd gezag komt te vervallen;
- de te bouwen bouwwerken worden onderverdeeld in verschillende risicoklassen;
- er worden private instrumenten ontwikkeld waarmee de opdrachtgever de kwaliteitsborging voor het bouwen van zijn bouwwerk laat uitvoeren door een gerechtigde kwaliteitsborger;
- er wordt een publieke toelatingsorganisatie aangewezen die toezicht houdt op het stelsel.¹⁴⁸

De introductie van het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging zorgt voor een aantal ingrijpende wijzigingen met betrekking tot de traditionele taken van de gemeente. De in de Wabo neergelegde taak om als bevoegd gezag de ingediende bouwplannen te toetsen aan de bouwtechnische voorschriften, wordt niet van toepassing verklaard op bouwwerken die onder het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging vallen. De bevoegdheid tot afgifte van de benodigde omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk blijft bij het college van B en W van de gemeente, maar de preventieve bouwplantoets zal niet meer door een gemeentelijk orgaan uitgevoerd worden.¹⁴⁹ Door de voorgestelde wijziging van artikel 2.10 Wabo kan het bevoegd gezag bij de beoordeling van de vergunningaanvraag volstaan met een toets van de bouwplannen aan de bouwverordening, het bestemmingsplan en de redelijke eisen van welstand.¹⁵⁰ Ter vervanging van de gemeentelijke toets aan de bouwtechnische voorschriften is de

¹⁴⁶ Brief aan de Tweede Kamer van de minister voor Wonen en Rijksdienst, 16 juni 2014, kenmerk: 2014-0000204155, p. 1.

¹⁴⁷ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen te vinden via: <http://www.internetconsultatie.nl/wetkwaliteitsborgingvoorhetbouwen>.

¹⁴⁸ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.8.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 32 757, nr. 91, p. 6.

¹⁵⁰ Er wordt een nieuw lid toegevoegd, luidende:

3. Het eerste lid, onderdeel a, is niet van toepassing op:

a. de categorieën van bouwwerken die krachtens artikel 7ab van de Woningwet worden onderworpen aan een instrument voor kwaliteitsborging. In die gevallen wordt de omgevingsvergunning geweigerd, indien uit de aanvraag en de daarbij verstrekte gegevens en bescheiden naar het oordeel van het bevoegd gezag geen krachtens artikel 7ac van de Woningwet toegelaten instrument voor kwaliteitsborging wordt toegepast dat afgestemd is op

vergunninghouder na invoering van het nieuwe stelsel verplicht gebruik te maken van een instrument voor kwaliteitsborging. Het voornoemde instrument zal moeten leiden tot een gerealiseerd bouwwerk dat voldoet aan de in het Bouwbesluit 2012 gestelde eisen. Of het gekozen instrument past bij het te bouwen bouwwerk en of het toegepast wordt door een kwaliteitsborger die daarvoor gerechtigd is, wordt door het bevoegd orgaan getoetst bij de beslissing op de aanvraag van de omgevingsvergunning. De omgevingsvergunning wordt geweigerd indien naar oordeel van het bevoegd gezag niet aannemelijk wordt gemaakt dat voldaan is aan de genoemde voorwaarden.¹⁵¹ Deze nieuwe taak wordt in de volgende paragraaf verder uitgewerkt.

Om de nieuwe manier van kwaliteitsborging voor het bouwen mogelijk te maken, wordt aan de Woningwet een nieuwe afdeling toegevoegd waarin de begrippen instrument voor kwaliteitsborging, kwaliteitsborger en toelatingsorganisatie worden gedefinieerd.¹⁵² Verder wordt bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) categorieën bouwwerken worden aangewezen aan de hand van vooraf vastgestelde risicoklassen die afgestemd zijn op verschillende typen bouwwerken. Ook is er een verbodsbepaling opgenomen die de opdrachtgever verbiedt een bouwwerk te bouwen zonder het gebruik van een toegelaten instrument voor kwaliteitsborging dat wordt toegepast door een erkende kwaliteitsborger.¹⁵³ Aanvullend wordt bepaald dat er bij of krachtens AMvB eisen worden gesteld aan de toelating van instrumenten voor kwaliteitsborging en wordt er met deze wetswijziging een publieke toelatingsorganisatie ingesteld.¹⁵⁴

3.2.2 Publiekrechtelijke toetsing & 'check private kwaliteitsborging' in de toestemmingsfase

Voor de bouw van een bouwwerk dient in de toekomst dus nog steeds een omgevingsvergunning aangevraagd te worden bij het bevoegd gezag. Het gezag zal echter de bouwplannen niet meer toetsen aan de bouwtechnische kwaliteit en de constructieve veiligheid. Het nieuwe stelsel is erop gericht dat de markt zelf verantwoordelijkheid gaat dragen voor het realiseren van een constructief veilig gebouw.¹⁵⁵ Hierdoor is er geen duidelijke scheiding meer maken voor wat betreft de toets aan de bouwkwaliteit in de toestemmingsfase en het toezicht in de uitvoeringsfase van de realisatiefase. Het toezicht op het

de risicoklasse waaronder het type bouwwerk valt en wordt toegepast door een kwaliteitsborger als bedoeld in artikel 7aa, onderdeel c, van die wet;

b. bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen andere categorieën bouwwerken.

¹⁵¹ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.5 en 8.

¹⁵² Het nieuwe artikel 7aa Woningwet luidt als volgt:

In deze afdeling wordt verstaan onder:

a. instrument voor kwaliteitsborging: beoordelingsmethodiek die gericht is op het bouwen van een bouwwerk en die 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 als bedoeld in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, en vierde lid;

b. toelatingsorganisatie: toelatingsorganisatie kwaliteitsborging bouw als bedoeld in artikel 7ae;

c. kwaliteitsborger: persoon of instantie die gerechtigd is een instrument voor kwaliteitsborging toe te passen.

¹⁵³ Nieuw Artikel 7ab Woningwet (consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen).

¹⁵⁴ Nieuw artikel 7ad en artikel ae Woningwet (consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen).

¹⁵⁵ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.8.

voldoen van een bouwwerk aan de bouwtechnische eisen is vanaf het moment van het opstellen van het bouwplan tot aan de oplevering van het bouwwerk overgedragen aan private partijen. Om een gelijksoortige bespreking van beide stelsels te kunnen geven en een goede vergelijking tussen beide mogelijk te maken in dit onderzoek, zal ik me daarom in deze paragraaf beperken tot het bespreken van de in te voeren risicoklassen van bouwwerken waaraan de eisen die gesteld worden aan private kwaliteitsborging gekoppeld zijn en het geven van een uiteenzetting van de bij het nieuwe stelsel betrokken partijen met bijbehorende (nieuwe) taken ten behoeve van de kwaliteitsborging tot het moment van de vergunningverlening. De werking van dit systeem, vanaf het moment van vergunningverlening tot aan de oplevering van het bouwwerk, komt in paragraaf 3.3.2 aan de orde.

Risicoklassen

Binnen het stelsel wordt rekening gehouden met verschillende soorten risicoklassen van gebouwen die bij of krachtens AMvB zullen worden aangewezen en verder zullen worden uitgewerkt.¹⁵⁶ De indeling van de verschillende categorieën gebeurt aan de hand van de risico's die samenhangen met het gebruik van het gebouw, het aantal aanwezige personen in het gebouw en de mogelijkheid van die personen om in geval van een calamiteit het gebouw zonder hulp te kunnen verlaten. De minister sluit hiermee aan bij de indeling van Europese normen voor het toetsen van de constructieve veiligheid van bouwconstructies, de Eurocodes.¹⁵⁷ In lijn met de adviezen van marktpartijen¹⁵⁸ en de eerder bekendgemaakte voornemens van de minister in zijn brief aan de Tweede Kamer¹⁵⁹ worden drie verschillende klassen onderscheiden in het nieuwe stelsel (risicoklassen laag- midden- hoog), waarvan de eerste klasse de overgrote meerderheid van de te bouwen bouwwerken zal omvatten.¹⁶⁰ Deze categorie zal met name woningen en bedrijfspanden omvatten.¹⁶¹ De middelste categorie en de hoogste categorie zullen met name gebouwen betreffen met een publieksfunctie. De minister noemt in de memorie van toelichting voorbeelden als bibliotheken en gemeentehuizen, en de meer complexe risicovollere gebouwen, zoals stadions en ziekenhuizen.¹⁶² Bij de indeling van bouwwerken in bepaalde risicoklassen wordt vooral rekening gehouden met de risico's die samenhangen met de constructieve veiligheid en brandveiligheid van bouwwerken omdat fouten inzake de constructie en brandveiligheid

¹⁵⁶ Nieuw artikel 7ab lid 1 Woningwet (consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen).

¹⁵⁷ *Kamerstukken II 2013/14, 32 757, nr. 91, p. 5.*

¹⁵⁸ Stichting Bouwkwaliiteit (SBK) 2012, p. 9; Spekking C&R p.35.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2013/14, 32 757, nr. 91.*

¹⁶⁰ De verdeling is respectievelijk 80%- 18%-2%.

¹⁶¹ AASTichting iBK adviseert om deze risicoklasse te definiëren als: *'Bouwwerken met een laagst gelegen vloer van een verblijfsgebied niet lager dan 3 meter (of te wel 1 laag) onder peil, een hoogste gelegen vloer van een verblijfsgebied niet hoger dan 13 meter en een totale hoogte van ten hoogste 20 meter, waarvoor voor het gebruik geen melding of vergunning brandveilig gebruik is voorgeschreven. En voor zover er geen sprake is van een gelijkwaardige oplossingen met betrekking tot brand- en constructieve veiligheid.'* Uit: Stichting iBK advies 2014-04, p.1.

¹⁶² De tweede en derde risicoklasse zijn momenteel nog niet nader gedefinieerd.

de grootste gevolgen met zich meebrengen en omdat deze risico's vaak niet direct inzichtelijk of merkbaar zijn.¹⁶³

Aan de hand van deze risicoklassen kan bepaald worden of een instrument geschikt is voor de kwaliteitsborging van een bepaald bouwwerk en of de zwaarte van het instrument in verhouding staat tot de complexiteit van het bouwwerk. Per risicoklasse zullen eisen gesteld worden aan de instrumenten, zodat er voor elk type bouwwerk voldoende waarborgen worden geboden. Welke eisen dat precies zijn is op het moment van schrijven van deze scriptie nog niet bekend.

Instrumenten voor kwaliteitsborging

De Nederlandse Rijksoverheid is verantwoordelijk voor het functioneren van het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw. Door het stellen van minimeisen aan het niveau van de bouwtechnische kwaliteit van gebouwen en aan de instrumenten voor kwaliteitsborging die ingezet gaan worden, geeft zij invulling aan die taak. De minister voor Wonen en Rijksdienst heeft ervoor gekozen niet op voorhand voor te schrijven welke instrumenten door de marktpartijen gebruikt moeten worden. Om een goede aansluiting bij de bouwpraktijk te bewerkstelligen is het aan de marktpartijen om private instrumenten aan te dragen.¹⁶⁴ Dat kunnen reeds bestaande, maar ook nieuwe instrumenten zijn. De opdrachtgever kiest bij de realisatie van zijn bouwwerk zelf welk instrument hij wil toepassen en welke kwaliteitsborger hij hiervoor wil inschakelen. Een voorwaarde is wel dat het instrument is goedgekeurd voor de risicoklasse waarin het te bouwen bouwwerk valt.¹⁶⁵ Hoe groter het risico van het te bouwen bouwwerk en het gebruik ervan door de consument is, hoe zwaarder het instrument.¹⁶⁶ Aan welke instrumenten wordt gedacht, en wat de toepassing daarvan zal zijn in het nieuwe stelsel, komt aan de orde in paragraaf 3.3.2.

Een instrument voor kwaliteitsborging in het nieuwe stelsel betreft een beoordelingsmethodiek die gericht is op het bouwen van een bouwwerk en die tot doel heeft vast te stellen dat er een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat het bouwproces leidt tot een gerealiseerd bouwwerk dat voldoet aan de gestelde bouwtechnische voorschriften. Het instrument voor kwaliteitsborging is een normatief document dat beschrijft hoe de kwaliteitsbewaking tijdens het bouwproces moet worden ingericht en moet worden uitgevoerd om de kans op het realiseren van een bouwwerk dat in overeenstemming met de eisen van het Bouwbesluit 2012 is gebouwd te vergroten.¹⁶⁷ Een instrument moet voldoen aan de bij of krachtens AMvB te stellen voorschriften die betrekking zullen hebben op onder meer de wijze waarop de kwaliteitsbewaking is ingericht, de organisatie van de

¹⁶³ Kamerstukken II 2013/14, 32 757, nr. 91, p. 5; MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.12; Stichting iBK advies 2014-04, p.1.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2013/14, 32 757, nr. 91, p.5.

¹⁶⁵ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.10.

¹⁶⁶ Idem, p.11.

¹⁶⁷ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.9; Stichting iBK advies 2014-05, p. 1.

kwaliteitscontroles tijdens de uitvoeringfase en de beoordeling van de deskundigheid van de kwaliteitsborger.¹⁶⁸ Basiseisen die door de wetgever aan de instrumenten gesteld zullen worden, zijn:

- a. het instrument moet waarborgen bevatten die ervoor zorgen dat er een bouwwerk gerealiseerd wordt dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012;
- b. bij de toepassing van het instrument moet duidelijk zijn wie de verantwoordelijkheid heeft over het voldoen van het bouwwerk aan de voorschriften van het Bouwbesluit 2012;
- c. het moet duidelijk zijn wie er aansprakelijk is wanneer het toegepaste instrument niet resulteert in een gerealiseerd bouwwerk dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012.¹⁶⁹

Publieke toelatingsorganisatie

De Brink Groep heeft op basis van het door haar uitgevoerde onderzoek geconcludeerd dat het voor een goede werking van het nieuwe stelsel nodig is dat er een borgende instantie wordt opgericht die toeziet op de kwaliteit van private kwaliteitsborging in de bouw en op het functioneren van de instrumenten.¹⁷⁰ In lijn met dit advies stelt de minister voor Wonen en Rijksdienst met de consultatieversie van de nieuwe wet een zelfstandig bestuursorgaan in, de toelatingsorganisatie. De taak van deze organisatie is gelegen in het op onafhankelijke, onpartijdige en objectieve wijze en vrij van commerciële druk organiseren van het nieuwe stelsel.¹⁷¹ De invulling en inrichting van deze organisatie wordt door de kwartiermakers¹⁷² voorbereid en door de wetgever vastgesteld. Zaken waarmee deze toelatingsorganisatie wordt belast zijn het beslissen op de aanvraag tot toelating van een nieuw instrument, het wijzigen, schorsen of intrekken van deze toelating en het houden van toezicht op de toegelaten instrumenten door steekproefsgewijze controle. Verder heeft de toelatingsorganisatie ook een voorlichtingstaak omtrent de toepassing van de voorschriften met betrekking tot het nieuwe stelsel en de nieuwe instrumenten.¹⁷³ Een instrumentbeheerder uit de markt legt aan de toelatingsorganisatie dus een instrument voor ter beoordeling. De toelatingsorganisatie beoordeelt, aan de hand van de door de overheid gestelde criteria¹⁷⁴, of het nieuwe instrument tot het nieuwe stelsel toegelaten kan worden en stelt zo nodig voorwaarden aan de toepassing van dat instrument. De toelatingsorganisatie registreert in een openbaar register wat de status is van een bepaald instrument.¹⁷⁵ De

¹⁶⁸ Nieuw artikel 7ad Woningwet (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen).

¹⁶⁹ Stichting iBK –Verbetering kwaliteitsborging in de bouw– 2014, p.2; Hierover moet ten tijde van het schrijven van dit onderzoek zoals aangegeven nog besluitvorming plaatsvinden.

¹⁷⁰ Brink Groep 2013, p. 1.

¹⁷¹ Nieuw artikel 7ae Woningwet (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen); MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.14.

¹⁷² Ingesteld door het Ministerie van BKZ. Drs. Ing. Harry Nieman, Ir. Hajé van Egmond en Ing. Gert-Jan van Leeuwen, arch. hebben voor dit doel de stichting Instituut voor Bouwkwiteit (iBK) opgericht.

¹⁷³ Nieuw artikel 7ae lid 3 Woningwet (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen); Stichting iBK –Verbetering kwaliteitsborging in de bouw– 2014.

¹⁷⁴ Bij de opstelling van deze criteria wordt aangesloten bij de in het kader van het Wetsvoorstel Vergunningverlening, Toezicht en Handhaving ontwikkelde criteria voor het toezicht door gemeenten.

¹⁷⁵ Ex. Nieuw artikel 7aj Woningwet (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen); In het conceptwetsvoorstel stelt de minister een openbaar register in dat wordt bijgehouden door de toelatingsorganisatie. Hierin is te vinden welke instrumenten zijn toegelaten en voor welke risicoklassen, welke instrumenten zijn ingetrokken of zijn geschorst en

toelatingsorganisatie toetst dus niet welke kwaliteitsborger geschikt is om een toegelaten instrument toe te passen, dat doet de instrumentbeheerder zelf. Ten behoeve van het register meldt de instrumentbeheerder aan de toelatingsorganisatie welke kwaliteitsborgers gerechtigd zijn tot het toepassen van het door hem ontworpen instrument en meldt het ook wanneer dit niet langer het geval is.¹⁷⁶

Samenvattend ziet de toestemmingsfase van het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw er als volgt uit: De opdrachtgever vraagt een omgevingsvergunning aan voor het bouwwerk dat hij wil realiseren. Hij levert de benodigde stukken aan het bevoegd gezag, waaronder ook de keus voor het toepassen van een bepaald instrument voor kwaliteitsborging dat past bij de risicoklasse van zijn gebouw en de keus voor een kwaliteitsborger die het desbetreffende instrument gaat toepassen. In het kader van de beoordeling op de aanvraag van een omgevingsvergunning voor het bouwen toetst het bevoegd gezag, met behulp van het door de toelatingsorganisatie bijgehouden openbare register, of het gekozen toegelaten instrument voor kwaliteitsborging past bij de risico's die samenhangen met (de complexiteit van) het bouwwerk. Ook wordt er getoetst of de vergunningaanvrager heeft gekozen voor een kwaliteitsborger die gerechtigd is het instrument toe te passen.¹⁷⁷ Als aan alle voorwaarden is voldaan, moet het bevoegd gezag de vergunning verlenen. Wordt er gestart met de bouw voordat de vergunning is verleend of voordat duidelijk is met welke kwaliteitsborger er gewerkt gaat worden, dan heeft het bevoegd gezag de mogelijkheid handhavend op te treden.¹⁷⁸

Zoals besproken in het vorige hoofdstuk is het tweedelijns toezicht op de uitvoering van de wettelijke taken door de verschillende gemeenten neergelegd bij het college van Gedeputeerde Staten van de provincie. Omdat de gemeente geen taak meer heeft bij de toetsing van het bouwplan in de toestemmingsfase vervalt ook voor de provincie de plicht tot interbestuurlijk toezicht met betrekking tot deze taak. Op de taken omtrent de beslissing op de vergunningaanvraag die bij de gemeente blijven wordt vanzelfsprekend wel toezicht gehouden.

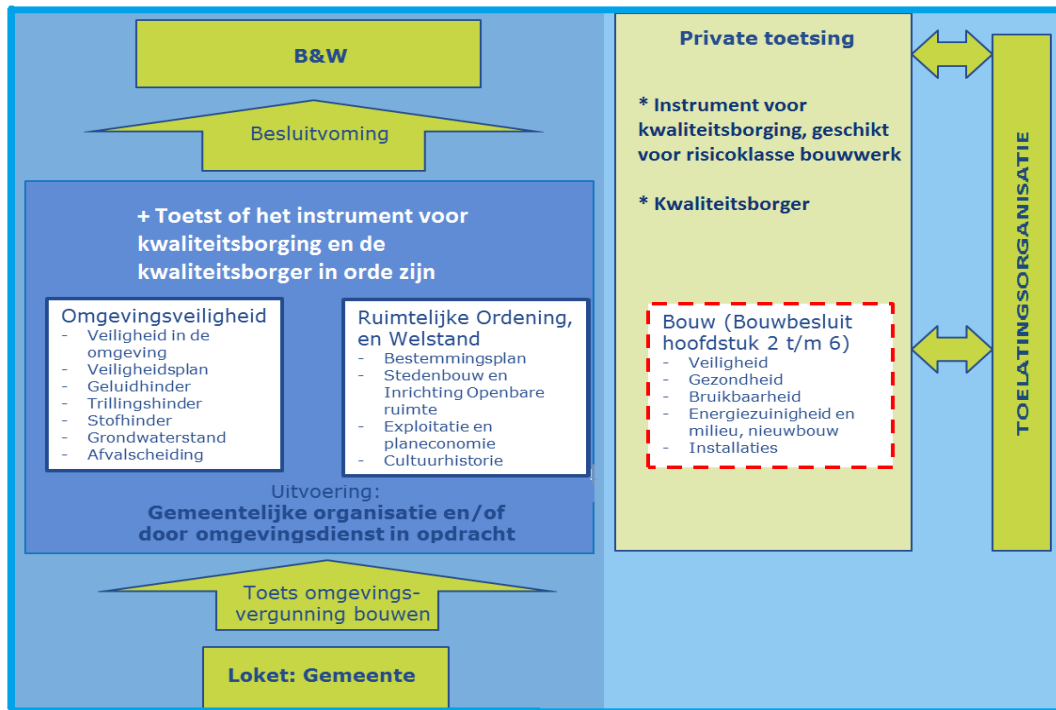
welke partijen als kwaliteitsborger zijn gerechtigd om deze instrumenten toe te passen. Het register kan worden geraadpleegd door zowel het bevoegd gezag als de consument.

¹⁷⁶ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.10.

¹⁷⁷ De melding van de kwaliteitsborger waarvoor de opdrachtgever heeft gekozen kan uiterlijk gemeld worden bij de start van de bouw ex. Artikel 1.25 Bouwbesluit.

¹⁷⁸ Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013, p.25.

Schematisch ziet de werking van de vergunningstoets er in de toekomst als volgt uit:



Oorspronkelijke bron: Brink Groep 2013. Bewerkt.

3.2.3 Verantwoordelijkheidsverdeling in de toestemmingsfase

Publiekrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling omtrent de borging van de constructieve veiligheid

Omdat er in het nieuwe stelsel geen bouwplantoets door het bevoegd orgaan meer plaatsvindt en dus niet bij aanvraag van de vergunning gecontroleerd wordt of het bouwplan constructief veilig en in overeenstemming is met de eisen van het Bouwbesluit 2012, is er in deze fase van het bouwproces ook geen verantwoordelijke meer aan te wijzen voor de constructieve veiligheid. De opdrachtgever is in het nieuwe stelsel verantwoordelijk voor een vergunningaanvraag waarbij hij aantoont dat hij, met behulp van het openbare register, kiest voor een toegelaten instrument dat past bij de risicoklasse waarin zijn bouwwerk valt en kiest voor een kwaliteitsborger die gerechtigd is dit instrument toe te passen. De overheid is in het nieuwe stelsel verantwoordelijk voor de controle of er gewerkt gaat worden met een toegelaten instrument en een gerechtigde kwaliteitsborger. Is dit niet het geval, dan moet zij de omgevingsvergunning weigeren.¹⁷⁹ Het bevoegd gezag maakt hierbij gebruik van het door de toelatingsorganisatie bijgehouden openbare register. De vraag tot hoe ver de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag voor de uit te voeren 'check private kwaliteitsborging' gaat reiken in het nieuwe stelsel lijkt op dit moment nog onbeantwoord gelaten. Enerzijds is het in principe de opdrachtgever die ervoor moet zorgen dat hij zijn private kwaliteitsborging op orde heeft, en zou gesteld kunnen worden

¹⁷⁹ Nieuw artikel 2.10 lid 3 Wabo (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen).

dat de verantwoordelijkheid volledig bij de private kwaliteitsborger ligt. Anderzijds is de taak van het uitvoeren van een korte check aan het openbare register door het bevoegd gezag door de minister geformuleerd als een voorwaarde waaraan het bevoegd gezag moet voldoen alvorens het overgaat tot verlening van de omgevingsvergunning. Hierdoor zou betoogd kunnen worden dat er toch enige verantwoordelijkheid aan de zijde van het bevoegd orgaan is, doordat het verantwoordelijk is voor de beslissing op de vergunningaanvraag en deze naar behoren dient te toetsen.

Privaatrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling omtrent de borging van de constructieve veiligheid

Bij de opstelling van het bouwplan kan de opdrachtgever zich nog steeds laten bijstaan door een adviseur. Met betrekking tot de bepalingen in het BW en de eventueel van toepassing verklaarde algemene voorwaarden¹⁸⁰, verandert er in het nieuwe stelsel niets.

3.3 Uitvoeringsfase van het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging

3.3.1 Wettelijk kader

Na het verkrijgen van de vergunning mag er door de vergunninghouder met de bouw van het bouwwerk worden gestart. Het college van B en W is nog steeds integraal verantwoordelijk voor het te nemen besluit op de aanvraag van een omgevingsvergunning en daarom ook belast met de zorg voor de bestuursrechtelijke handhaving voor wat betreft de afgegeven omgevingsvergunning.¹⁸¹ Zoals beschreven vindt er tijdens de toestemmingsfase waarin de aanvraag op de vergunning beoordeeld wordt echter geen toetsing door het bevoegd gezag meer plaats aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. De bouwbesluittoets is geen onderdeel meer van de vergunningverlening en ook tijdens de uitvoeringsfase houdt het bevoegd gezag om die reden geen toezicht meer op dit aspect. Deze gemeentelijke taak wordt binnen het nieuwe stelsel eveneens afgedekt door de private kwaliteitsborger. Artikel 5.2 Wabo wordt niet gewijzigd met de invoering van het nieuwe stelsel waardoor de gemeente wel blijft toezien op de naleving van de vergunning op het gebied van het bestemmingsplan en de eisen van welstand, omdat deze elementen nog steeds deel uitmaken van de toets op de vergunningaanvraag.

3.3.2. Toets, toezicht & handhaving in de uitvoeringsfase

Zoals beschreven wordt er in het nieuwe stelsel door (of namens) de vergunninghouder zorg gedragen voor de realisatie van een bouwwerk dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 en derhalve voldoet aan de minimale eisen met betrekking tot constructieve veiligheid. In paragraaf 3.2.2 is uiteengezet wat verandert wanneer de bouwplantoets door het bevoegd gezag in de toestemmingsfase van het Nederlandse bouwproces verdwijnt en zijn de belangrijkste nieuwe, wettelijk ingevoerde, definities en instanties besproken die van belang zijn voor de kwaliteitsborging voor het bouwen. In deze paragraaf zal uitgewerkt worden hoe er na invoering van de Wet kwaliteitsborging voor het

¹⁸⁰ De vrijwel standard gebruikte DNR 2011 en de UAV-GC 2005 voor geïntegreerde contracten.

¹⁸¹ Artikel 5.2 Wabo, *Kamerstukken II 2006/07*, 30844, nr.3 (Mvt), p. 14 en 98.

bouwen toezicht wordt gehouden op de naleving van wet- en regelgeving vanaf het moment van vergunningverlening tot aan de oplevering van het bouwwerk. Ook wordt beschreven wie er belast is met de handhavingstaak wanneer er door een toezichthouder geconstateerd wordt dat er sprake is van een normovertreding.

3.3.2.1. Bouwplantoets

De toets aan de bouwplannen van een nog te bouwen bouwwerk is in het nieuwe stelsel geen onderdeel meer van de beslissing op de vergunningaanvraag door het bevoegd gezag. Vanaf het moment van vergunningverlening wordt er gewerkt met het, door het bevoegd gezag goedgekeurde, gekozen instrument voor kwaliteitsborging dat wordt uitgevoerd door de gekozen kwaliteitsborger. De door de opdrachtgever ingeschakelde kwaliteitsborger moet er zorg voor dragen dat er in overeenstemming met de technische bouwvoorschriften gebouwd wordt. Dit doet hij vanaf het moment van de vergunningverlening tot en met de oplevering van het bouwwerk. De ontwerpfase van het bouwproces behoort daarom niet per se tot het werkgebied van de kwaliteitsborger doordat het ontwerp van het te bouwen bouwwerk mogelijk al gereed is op het moment van vergunningverlening. Het stelsel van private kwaliteitsborging gaat er echter wel vanuit dat de kwaliteitsborger het in de bouwplannen neergelegde ontwerp toetst aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 om de kans op een gerealiseerd bouwwerk dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 te vergroten.¹⁸² Op welke manier en op welk moment dat exact gebeurt, hangt af van het gekozen instrument van kwaliteitsborging dat zowel het toetsen van het bouwplan als het toezicht op de uitvoering zal omvatten.

3.3.2.2. Toezicht & handhaving

Instrumenten voor kwaliteitsborging

Voor de eerste risicoklasse denkt de minister vanuit het oogpunt van proportionaliteit en betaalbaarheid aan de inschakeling van een erkende bouwer of adviseur die de kwaliteitsborging uitvoert van zijn eigen project.¹⁸³ Afhankelijk van de risicoklasse waarin het te bouwen bouwwerk valt komt het daarom voor dat de kwaliteitsborger eveneens de bouwer/ adviseur is van het project. De regering wil voor deze klasse het beginsel *'high trust, high penalty'* toepassen. In eerste instantie krijgt de kwaliteitsborger het vertrouwen om de kwaliteit van zijn eigen werk te bewaken en zelf te verklaren dat aan alle voorwaarden wordt voldaan maar wanneer blijkt dat hij zich niet aan de door de instrumentbeheerder gestelde regels houdt, verliest hij het recht op het toepassen van het instrument voor kwaliteitsborging. Voor risicoklasse 2 kan het gecertificeerde toezicht volgens BRL5019 en BRL5006 een uitkomst bieden. Voor de meest risicovolle klasse geeft de minister aan dat eventueel gebruik kan worden gemaakt van de zogenaamde Technical Inspection Service (hierna: TIS).¹⁸⁴ Nogmaals, aan het toepassen van een

¹⁸² ¹⁸² MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.8.

¹⁸³ Idem, p.12.

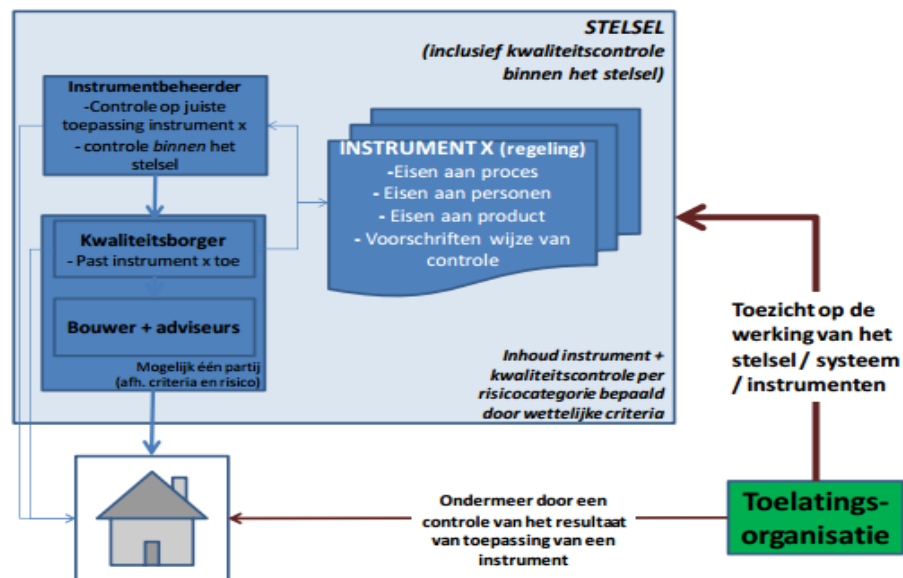
¹⁸⁴ Een TIS- bureau betreft een onafhankelijke en deskundige organisatie die het ontwerp, de uitvoeringsvoorbereiding en de uitvoering van het bouwwerk risicogestuurd toetst. TIS-bureaus worden in de praktijk veelal ingeschakeld bij infrastructurele projecten. Uit: Spekkink C&R, p15; Neerhof 2014, p.162.

gecertificeerde vorm van toezicht en het gebruik maken van een TIS-bureau als instrumenten voor kwaliteitsborging wordt gedacht. Het is aan de markt instrumenten voor kwaliteitsborging te creëren en te beheren.

De minister voor Wonen en Rijksdienst zoekt met de aanbeveling van de gecertificeerde toets, het gecertificeerde toezicht en het gebruik van TIS aansluiting bij de reeds in het bouwproces aanwezige kennis en ervaring. Zoals besproken in het vorige hoofdstuk zijn deze private instrumenten de afgelopen jaren ontwikkeld en worden ze in het huidige stelsel al gebruikt voor de toetsing en het toezicht tijdens het bouwproces. Uit een onderzoek van de Stichting Bouwkwiteit (hierna: SBK) is echter naar voren gekomen dat geen enkel bestaand instrument zonder meer voldoende waarborgen biedt voor het voldoen van een gerealiseerd bouwwerk aan de technische bouwvoorschriften, zodat rechtstreekse implementatie van deze instrumenten in het nieuwe stelsel niet mogelijk is. BRL 5019 en BRL 5006 zijn beide gericht op één bepaalde fase in de realisatiefase van het bouwproces. Omdat het ministerie van BZK wil dat er per project slechts één instrument ingezet wordt, moet de markt hiervoor een ‘koopel-instrument’ ontwikkelen dat deze beide beoordelingsrichtlijnen omvat. TIS is in principe geschikt voor het toezien op de bouwkwiteit in zowel de toestemmingsfase als de uitvoeringsfase maar is veelal gericht op specifieke punten van kwaliteitsborging en wordt momenteel vrijwel alleen ingezet om de risico’s met betrekking tot de constructie te beheersen. Het instrumentarium zal dus door de marktpartijen opnieuw ontwikkeld moeten worden.¹⁸⁵

Werking van het nieuwe stelsel

Bij de vergunningaanvraag kiest de vergunningaanvrager voor een instrument voor kwaliteitsborging dat past bij de risicocategorie van het bouwwerk dat hij wil realiseren. Hoe het proces en de toepassing van dat instrument er in het nieuwe stelsel uitziet en hoe de taken tussen de partijen in het stelsel verdeeld zijn, wordt in het onderstaande schema weergegeven:



Bron: Stichting iBK –Verbetering kwaliteitsborging in de bouw- 2014

¹⁸⁵ Stichting Bouwkwiteit (SBK) 2012, p. 36-38, 41.

1. Zoals beschreven in paragraaf 3.2.2 worden er bij de invoering van het stelsel bij of krachtens AMvB voorschriften gesteld aan de instrumenten voor kwaliteitsborging. Die eisen zullen betrekking hebben op onder meer de wijze waarop het proces van kwaliteitsbewaking is ingericht, de organisatie van de kwaliteitscontroles tijdens de uitvoeringsfase en de beoordeling van de deskundigheid van de kwaliteitsborger. De toelatingsorganisatie bepaalt of instrumenten tot het stelsel toegelaten worden.
2. De partij die een instrument voor kwaliteitsborging voor het bouwen heeft ontworpen, de instrumentbeheerder, bepaalt hoe een instrument moet worden toegepast door de kwaliteitsborger en is belast met het houden van toezicht op de toepassing van dit instrument in de bouwpraktijk.¹⁸⁶ Dit betekent dat de instrumentbeheerder beoordeelt of de erkende kwaliteitsborger ook in de praktijk in staat blijkt te zijn om met het instrument te werken. Hiervoor is slechts een papieren controle niet voldoende en is steekproefsgewijze controle op de bouwplaats door de instrumentbeheerder noodzakelijk.¹⁸⁷ Wanneer de instrumentbeheerder een tekortkoming constateert met betrekking tot de toepassing van het instrument wordt de kwaliteitsborger gewaarschuwd. Wanneer de instrumentbeheerder het noodzakelijk acht kan hij de kwaliteitsborger (tijdelijk) schorsen en zelfs zijn erkenning met betrekking tot de toepassing van het instrument intrekken.¹⁸⁸
3. De kwaliteitsborger is belast met het toezicht tijdens de uitvoering van de bouwwerkzaamheden door de bouwer en moet er door het toepassen van het gekozen instrument zorg voor dragen dat er gebouwd wordt conform de regels van het Bouwbesluit 2012. Binnen ieder instrument is controle op de bouwplaats verplicht.¹⁸⁹ In de eerste risicoklasse is de kwaliteitsborger naar alle verwachting tevens de uitvoerende partij. In de andere klassen is dat niet het geval en ziet de kwaliteitsborger toe op de aannemer die zorg draagt voor het voldoen aan de bouwtechnische voorschriften.
4. De toelatingsorganisatie houdt tweedelijns toezicht op het stelsel van private kwaliteitsborging. Middels rapportages, dossieronderzoek en audits krijgt de organisatie inzicht in de werking van de instrumenten voor kwaliteitsborging en het functioneren daarvan onder het toezicht van de instrumentbeheerder. Ook inspecteert de toelatingsorganisatie tijdens de uitvoering van de bouwwerkzaamheden op de bouwplaats. Door deze 'reality checks' wordt een beeld verkregen van de mate waarin de onder het stelsel van private kwaliteitsborging gerealiseerde bouwwerken voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Het toezicht tijdens de uitvoering zal gebeuren door deskundigen op de verschillende disciplines van de bouwtechnische voorschriften en op het gebied van onafhankelijke toelating en toetsing.¹⁹⁰ Wanneer blijkt dat een instrument voor kwaliteitsborging in de praktijk niet goed werkt, kan de

¹⁸⁶ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.9.

¹⁸⁷ Stichting iBK –Verbetering kwaliteitsborging in de bouw- 2014, p. 4.

¹⁸⁸ Stichting iBK 2014-05, p. 2.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.15.

toelatingsorganisatie besluiten het instrumenten te schorsen, dan wel volledig de toelating tot het stelsel te ontzeggen. De erkenning van een instrument is daardoor niet voor eeuwig.¹⁹¹

Wanneer het bouwwerk gerealiseerd is wordt het, evenals in het huidige stelsel, opgeleverd aan de opdrachtgever/ vergunninghouder. Bij het moment van oplevering overhandigt de kwaliteitsborger een verklaring aan de opdrachtgever waarin is opgenomen dat de kwaliteitsborger heeft gewerkt volgens de door het instrument voorgeschreven werkwijze. Hij vermeldt daarin dat hij gerechtigd is om het door de opdrachtgever/ vergunninghouder gekozen instrument toe te passen en onderbouwt dat het gerealiseerde bouwwerk naar zijn oordeel voldoet aan de bouwtechnische voorschriften. Met deze verklaring meldt de vergunninghouder het bouwwerk gereed bij het bevoegd gezag.¹⁹² De gemeente controleert of alle wettelijk verplichte stukken aanwezig zijn en controleert de verklaring van de kwaliteitsborging op juistheid. Dit is echter *geen* inhoudelijke toetsing maar slechts een toets of de ingediende bescheiden voldoen aan de gestelde voorschriften. Wanneer de gemeente niet binnen twee weken aan de vergunninghouder bekendmaakt dat zij een vermoeden heeft dat er wat mis is met het bouwwerk, is er sprake van bestaande bouw.¹⁹³

De publiekrechtelijke handhaving blijft in het nieuwe stelsel vanwege de noodzaak van een goede borging van de publieke belangen in het Nederlandse bouwproces een belangrijke rol houden.¹⁹⁴ Wanneer het bevoegd orgaan van de gemeente op het moment van gereedmelding van het bouwwerk vermoedt dat er iets mis is, kan hij de vergunninghouder verzoeken om met aanvullende informatie aan te tonen dat aan alle voorwaarden is voldaan. Voldoet die informatie naar het oordeel van de gemeente niet, dan is zij bevoegd om op basis van het opleverdossier en haar eigen constatering over te gaan tot handhaving. Dit gebeurt met behulp van de eerder beschreven, door de Awb beschikbaar gestelde, instrumenten: het opleggen van een last onder dwangsom, het toepassen van bestuursdwang of het verbieden van ingebruikname van het gerealiseerde bouwwerk dan wel intrekking van de vergunning.¹⁹⁵ Wanneer het bevoegd orgaan het vermoeden heeft dat niet aan alle gestelde voorwaarden met betrekking tot private kwaliteitsborging wordt voldaan meldt het dit aan de publieke toelatingsorganisatie. De toelatingsorganisatie (en wanneer nodig de instrumentbeheerder) kan naar aanleiding van deze melding besluiten om het gebruikte instrument in te trekken of de erkenning van de kwaliteitsborger in te trekken. Wanneer dit gebeurt wordt er niet meer voldaan aan de voorwaarden van de afgegeven omgevingsvergunning en kan het bouwwerk niet in gebruik worden genomen. Noch de publieke toelatingsorganisatie noch de instrumentbeheerder of de kwaliteitsborger is publiekrechtelijk bevoegd om handhavend op te treden.¹⁹⁶ Die handhavingsbevoegdheid met betrekking

¹⁹¹ Stichting Bouwkwaliiteit (SBK) 2012, p. 41.

¹⁹² Welke informatie er nog meer beschikbaar gesteld moet worden in dit 'opleverdossier' wordt momenteel onderzocht door het ministerie van BZK in samenwerking met een aantal gemeenten en de Vereniging voor Bouw- en Woningtoezicht Nederland. Uit: MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.15 en Stichting iBK -Rapport verkenningfase- 2014, p. 8.

¹⁹³ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p. 17; Stichting iBK 2014-05, p. 2.

¹⁹⁴ Brief aan de Tweede Kamer van de minister voor Wonen en Rijksdienst, 16 juni 2014, kenmerk: 2014-0000204155, p. 1.

¹⁹⁵ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.17; Stichting iBK 2014-05, p. 2; Stichting iBK - Rapport verkenningfase- 2014, p. 8.

¹⁹⁶ Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013, p.25.

tot de afgegeven omgevingsvergunning (waar derhalve geen technische elementen in zitten) blijft in het nieuwe stelsel immers bij het bevoegd orgaan van de gemeente.¹⁹⁷

Dit brengt mee dat er op dezelfde wijze als hierboven vermeld op een eerder moment in het bouwproces mogelijkheden bestaan voor het bevoegd orgaan om in bepaalde gevallen over te gaan tot handhaving. Denk aan de situatie waarbij de gekozen kwaliteitsborger wegvalt tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces (n.a.v. een faillissement of een ingetrokken erkenning met betrekking tot het gebruik van een instrument voor kwaliteitsborging). Ook in dit geval wordt er niet meer voldaan aan de bij de vergunningverlening gestelde eis dat er gewerkt moet worden met een erkende kwaliteitsborger.¹⁹⁸ Slechts in uitzonderlijke gevallen (bv. acute gevaarstelling) is het voor de kwaliteitsborger mogelijk om al tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces een verzoek tot handhaving in te dienen bij het bevoegd gezag. In principe moet de kwaliteitsborger tot het moment van oplevering zijn 'eigen broek ophouden' wanneer er afwijkingen worden geconstateerd die niet na een waarschuwing van de kwaliteitsborger worden gecorrigeerd. De dreiging van het niet afgeven van een goedkeurende verklaring aan het einde van het bouwproces, en daardoor het dreigende verbod op ingebruikname van het gerealiseerde bouwwerk moet voldoende zijn voor de opdrachtgever om gehoor te geven aan de waarschuwing van de kwaliteitsborger.¹⁹⁹

Voor wat betreft het tweedelijns toezicht door de provincie tijdens de uitvoeringsfase geldt dat zij slechts toezicht houdt op de handhavingstaak van de gemeente met betrekking tot de verleende vergunning. Er bestaat geen relatie tussen de gemeente en de kwaliteitsborger en zodoende ook geen wettelijke taak van de gemeente waarop de provincie toezicht dient te houden.

3.3.3 Verantwoordelijkheidsverdeling in de uitvoeringsfase

Publiekrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling omtrent de borging van de constructieve veiligheid

Evenals in de huidige situatie is ook in het nieuwe stelsel de vergunninghouder, vaak de opdrachtgever, verantwoordelijk voor het realiseren van een constructief veilig bouwwerk dat voldoet aan de wettelijke voorschriften van onder meer het Bouwbesluit 2012.²⁰⁰ De stelselwijziging in de bouw sluit aan bij de bestaande wettelijke verantwoordelijkheid van bouwende partijen zoals deze is opgenomen in de artikelen 1a, 1b en 2 Woningwet.²⁰¹ Ook wanneer de gecontracteerde kwaliteitsborger de taak heeft om een bouwwerk te realiseren dat voldoet aan de bouwtechnische eisen (en bij oplevering verklaart dat

¹⁹⁷ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.9 en 17; Brief aan de Tweede Kamer van de minister voor Wonen en Rijksdienst, 16 juni 2014, kenmerk: 2014-0000204155, p. 2.

¹⁹⁸ Stichting iBK 2014-05, p. 2.

¹⁹⁹ Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013, p.24; Vereniging Bouw- & Woningtoezicht Nederland 2013, P. 17 en 24.

²⁰⁰ Sommige instrumenten voor kwaliteitsborging voorzien in een geschillencommissie waartoe de vergunninghouder zich kan wenden bij onenigheid over de (afgegeven) verklaring van de kwaliteitsborger. De instrumentbeheerder van een instrument bepaalt of het aanwijzen van een geschillencommissie noodzakelijk is; MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.17

²⁰¹ Stichting iBK -Rapport verkenningsfase- 2014, p. 8.

aan die voorwaarde naar zijn mening voldaan is), blijft de opdrachtgever publiekrechtelijk verantwoordelijk voor het gerealiseerde bouwwerk. Wanneer er toch problemen optreden met betrekking tot het voldoen van het bouwwerk aan de wettelijke eisen waarvan de oorzaak is toe te wijzen aan de kwaliteitsborger, kan de opdrachtgever zich tot de civiele rechter wenden en de kwaliteitsborger via het privaatrecht aanspreken op grond van wanprestatie ex. artikel 6:74 BW om eventuele kosten te verhalen.²⁰²

Met betrekking tot de toets van de gemeente aan het opleverdossier bij gereedmelding van het bouwwerk rijst hier wederom de vraag hoe ver de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag reikt. Van enige verantwoordelijkheid, en in het verlengde daarvan aansprakelijkheid, kan naar mijn idee geen sprake zijn behalve dan wanneer het bevoegd gezag zijn taak verzuimt. De taak van het bevoegd gezag betreft een procedurele taak, die volgens het conceptvoorstel niet verder rijkt dan het niet inhoudelijk controleren van het opleverdossier, en het beoordelen van eventuele twijfels omtrent de ingebruikname van het gerealiseerde bouwwerk. Een bouwfout kan op deze manier niet toegerekend worden aan het bevoegd gezag doordat zijn taak slechts ziet op de volledigheid en juistheid van het dossier. De verantwoordelijkheid voor het voldoen van het bouwwerk aan de daaraan gestelde (veiligheids-) eisen ligt in het nieuwe stelsel juist bij private partijen. De publiekrechtelijke verantwoordelijkheid zou daarom ook niet verder moeten reiken dan een eventuele aansprakelijkheid voor het falend overheidshandelen van het bevoegd gezag (in de vorm van onrechtmatig nalaten).

Privaatrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling omtrent de borging van de constructieve veiligheid

Wanneer er een overeenkomst van aanneming van werk is gesloten met de opdrachtgever is de aannemer, evenals in het huidige stelsel het geval is, privaatrechtelijk verantwoordelijk voor het bouwwerk tot het moment van oplevering. Hij moet er zorg voor dragen dat het gebouw gerealiseerd wordt in overeenstemming met het contract dat hij sluit met de opdrachtgever, de afgegeven omgevingsvergunning en de bouwtechnische eisen van het Bouwbesluit 2012.²⁰³ In de conceptversie van het nieuwe stelsel is voorgesteld om een risicoaansprakelijkheid van de aannemer jegens de opdrachtgever vanaf het moment van oplevering te gaan invoeren. In het huidige stelsel is de aannemer door bepalingen in het BW namelijk slechts aansprakelijk voor gebreken die bij het moment van oplevering redelijkerwijs niet ontdekt hadden kunnen worden door de opdrachtgever. Dit wordt de verborgen gebreken regeling genoemd. De UAV 2012 beperkt deze aansprakelijkheid nog verder door te bepalen dat de aannemer slechts aansprakelijk is voor gebreken die ondanks *nauwlettend toezicht* tijdens de uitvoering van de bouwwerkzaamheden dan wel bij de opnemings van het werk, redelijkerwijs niet onderkend hadden kunnen worden door de opdrachtgever. De opdrachtgever heeft door de bepalingen in het BW en de van toepassing verklaarde UAV 2012 derhalve een erg zwakke positie in het huidige stelsel. Daarbij bestaat er in het huidige stelsel veel discussie over het begrip ‘verborgen gebrek’ doordat het een relatief begrip is. De aansprakelijkheid van de aannemer hangt af van de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering waardoor het van de omstandigheden

²⁰² Stichting iBK 2014-05, p. 3.

²⁰³ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.9.

van het geval afhangt of een gebrek door de rechter wordt gedefinieerd als een verborgen gebrek.²⁰⁴ Hoe deskundiger de (ingeschakelde adviseur van) de opdrachtgever, hoe lastiger de opdrachtgever aannemelijk kan maken dat het een verborgen gebrek betreft, des te kleiner de kans op aansprakelijkheid aan de zijde van de aannemer. Om de relatief zwakke positie van de bouwconsument als opdrachtgever²⁰⁵ te verbeteren wordt er in het nieuwe stelsel onder meer een wijziging aangebracht in onder meer artikel 7:758 lid 3 BW. Een 'verborgen gebrek' wordt aldus het conceptwetsvoorstel eenduidig gedefinieerd als een gebrek dat niet bij oplevering van het gerealiseerde bouwwerk is ontdekt.²⁰⁶ Hierdoor is de aannemer in het vervolg altijd aansprakelijk voor gebreken die aan hem zijn toe te rekenen en die de opdrachtgever niet heeft opgemerkt bij de oplevering van het bouwwerk gebreken. Het is in het nieuwe stelsel dus niet meer van belang of de opdrachtgever deze gebreken wel had *behoeven* te ontdekken.^{207, 208} Met andere woorden: waar de aannemer in het huidige stelsel door bepalingen in het BW en de UAV 2012 slechts aansprakelijk wordt gehouden voor gebreken die redelijkerwijs niet ontdekt hadden kunnen worden door de opdrachtgever, is het verborgen gebrekenbegrip in het nieuwe stelsel minder relatief en is de aannemer risico-aansprakelijk voor verborgen gebreken die ontdekt worden na het moment van oplevering en aan hem zijn toe te rekenen. Ten slotte is het nieuwe artikel 7:758 lid 3 BW dwingendrechtelijk van aard. Dit betekent dat bepalingen die afwijken van dit wetsvoorstel, zoals de huidige paragraaf 12 UAV 2012 met daarin de beperkte aansprakelijkheid voor de aannemer, nietig zijn.

Wanneer het conceptwetsvoorstel zoals dit door de minister is voorgesteld wordt aangenomen als wet, kan dit grote gevolgen hebben voor de aannemer. In het nieuwe stelsel draagt dan niet de opdrachtgever maar hijzelf de bewijslast voor eventuele verborgen gebreken die ten tijde van de oplevering zichtbaar hadden kunnen zijn. Hieruit volgt logischerwijs dat de aannemer een actievere rol moet gaan vervullen in het bouwproces bij de oplevering van het bouwwerk. Om aan te tonen dat bepaalde gebreken niet aan hem te wijten zijn en derhalve door een andere partij zijn veroorzaakt, zal hij bij de opnemings duidelijk vast moeten leggen wat de staat is van het bouwwerk. De aannemer kan eventueel met foto's aantonen dat er geen sprake was van schade of gebreken aan het opgeleverde werk (zoals krassen, losgekomen voegwerk, schade aan dakbedekking etc.) en later geconstateerde schade of gebreken derhalve niet aan hem te wijten zijn zodat het niet voor zijn rekening komt. Een andere oplossing kan wellicht liggen in het opnemen van een zinsnede in het proces-verbaal van oplevering die als strekking heeft dat de opleverpunten in het proces-verbaal voor rekening van de aannemer zijn en alle toekomstige schade wordt vermoed te zijn veroorzaakt door de opdrachtgever.

²⁰⁴ Chao-Duivis & Strang 2013, p. 87.

²⁰⁵ Onder het begrip 'bouwconsument' verstaat de minister zowel de particuliere consument die een woning laat (ver)bouwen als de zakelijke consument die utiliteitsbouw laten (ver)bouwen.

²⁰⁶ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.22.

²⁰⁷ Nieuw artikel 3:758 lid 3 BW (Wet kwaliteitsborging voor het bouwen) luidt al volgt: *'De aannemer is aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken bij aanneming van bouwwerken.'*

²⁰⁸ Zie ook: Chao-Duivis & Strang 2013. De aanbevelingen van het IBR strekken tot verbetering van de positie van de bouwconsument als opdrachtgever en pleiten in dat kader voor een aanvulling van het BW met een duidelijkere definitie van het begrip verborgen gebrek: *'een gebrek dat niet genoteerd is op et proces-verbaal van oplevering'*.

Dit doet echter een verbetering van de nieuwe definitie van verborgen gebreken te niet en kan in strijd worden geacht met het dwingendrechtelijke karakter van het nieuwe artikel 7:758 lid 3 BW.

De versterking van de positie van de bouwconsument als opdrachtgever moet volgens de minister een prikkel leveren voor de aannemer om daadwerkelijk goede kwaliteit te leveren. De achterliggende gedachte van deze wetwijziging is gelegen in het feit dat de bouwconsument als opdrachtgever er in het huidige stelsel voor verantwoordelijk is dat het gerealiseerde bouwwerk constructief veilig is en voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 maar het de aannemer betreft die kennis, ervaring en mogelijkheden heeft om ervoor te zorgen dat de overeengekomen bouwkwaliteit geleverd wordt en de opdrachtgever wijst op eventuele risico's. De consument moet er om deze reden als opdrachtgever op kunnen rekenen dat de aannemer een constructief veilig bouwwerk levert en eventuele bouwfouten die aan hem zijn toe te rekenen herstelt.²⁰⁹

3.4 Eventuele valkuilen en risico's in het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw

Omdat er nog geen definitieve wettelijke besluitvoering heeft plaatsgevonden met betrekking tot de invoering van het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw, er nog geen lagere regelgeving is opgesteld en het op zijn vroegst pas in 2015 bekend zal zijn hoe het nieuwe stelsel er daadwerkelijk uit zal komen te zien en zal functioneren, zijn er slechts op basis van de concepten die er nu liggen eventuele valkuilen en risico's te benoemen. Natuurlijk zijn er al wel een aantal pilots uitgevoerd met vormen van private kwaliteitsborging waarvan de bevindingen zijn opgenomen in rapporten opgesteld door woningcorporaties en gemeenten. Verder zijn er vanuit de wetenschappelijke literatuur en recent uitgebrachte vakpublicaties verwachtingen uit te spreken over mogelijke knelpunten van het in te voeren nieuwe stelsel. Het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw verplaatst de toetsing van het bouwplan en het te houden toezicht van de toestemmingsfase naar de uitvoeringsfase van het bouwproces. Ondergenoemde knelpunten hebben daarom betrekking op deze fase van het bouwproces en treden op vanaf het moment van vergunningverlening.

Agenda van private kwaliteitsborger sluit niet altijd goed aan bij de 'Just-in-time'-werkwijze van de huidige bouwpraktijk

In de huidige bouwcultuur is sprake van een 'just-in-time'-werkwijze. Noodzakelijke bescheiden worden vaak op het allerlaatste moment ingediend of zelfs te laat, waardoor er voor een soepele voortgang van het bouwproces eigenlijk á la minute goedkeuring van het bevoegd gezag nodig is. Hierin schuilt meteen een knelpunt in het nieuwe proces. Tijdens een aantal projecten van de pilot 'Extern Bouwtoezicht' van de gemeente Den Haag is duidelijk naar voren gekomen dat de afstand tussen de bouwplaats en de private toezichthouder hierbij een punt van aandacht is.²¹⁰ In vergelijking met het bevoegd gezag van de gemeente dat feitelijk om de hoek zit bij de bouwplaats is de private kwaliteitsborger veel minder fysiek

²⁰⁹ MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.19.

²¹⁰ Woningcorporatie Staedion e.a. 2013, p.8 project Middachtenweg.

aanwezig in dit gebied en is hij in verband met het hebben van meerdere projecten op verschillende plaatsen in een grotere mate afhankelijk van een tijdsplanning. Waar de gemeente in het verleden direct kon reageren op een telefoontje van de bouwer kan de kwaliteitsborger door de eventuele afstand tussen zijn werkplek en de bouwlocatie in combinatie met een strakke tijdsplanning op onverwachte toezichtmomenten (zoals het storten van het beton, het controleren van de wapening etc.) in het nieuwe stelsel mogelijk niet direct inspelen op de situatie.²¹¹ Bij incidenten zou de kwaliteitsborger moeten kunnen inspelen op het improvisatiekarakter van de bouw, maar het moet geen gewoonte worden. Er moeten dus duidelijke afspraken gemaakt worden over de flexibiliteit van de kwaliteitsborger en een cultuuromslag met betrekking tot de werkwijze van de huidige bouwpraktijk is mijns inziens onvermijdelijk.

Weerstand tegen 'strengere' manier van toezichthouden door de private kwaliteitsborger

Daarnaast zal de bouwpraktijk het toezicht door de erkende kwaliteitsborger als 'strenger' ervaren in het toekomstige stelsel. Waar de gemeente in het huidige stelsel vaak risicogestuurd toetst en toezicht houdt en daardoor enkel de belangrijkste punten uit het bouwplan toetst en minder vaak aanwezig is op de bouwlocatie, zal de private toetsers intensiever toetsen en toezicht houden vanwege het feit dat hij contractueel belast is met het toezien op de realisatie van een bouwwerk dat bij oplevering voldoet aan de bouwtechnische eisen die daaraan gesteld worden en aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van plichtsverzuim.²¹² Het behoeft geen uitleg dat een dergelijke verandering mogelijk weerstand oproept bij bouwpartijen. De grotere 'bemoeienis' en de minder flexibele planning van de private kwaliteitsborger zijn punten die ervoor zorgen dat de bouwpraktijk de voorgestelde wijzigingen in het nieuwe stelsel als strenger en vervelend zal ervaren. Niet in alle gevallen zal de private kwaliteitsborger er namelijk mee akkoord gaan dat men op de bouwplaats verdergaat met de bouwwerkzaamheden zonder dat de daarvoor benodigde bescheiden aanwezig zijn, of er fysiek toezicht mogelijk is op dat moment.²¹³ Hierdoor is het in de beginfase niet ondenkbaar dat het nieuwe stelsel enige tegenstand zal oproepen bij de partijen in het bouwproces.

Betrouwbaarheid van het private systeem

Zoals vermeld in het vorige hoofdstuk bestaat er bij gecertificeerd toezicht een kans op belangenverstremming binnen de betrokken private partijen die onder commerciële druk staan doordat zij opereren op een open markt. Het feit dat de certificerende instelling de kwaliteitsborger als klant heeft en de kwaliteitsborger op haar beurt weer klant is van de opdrachtgever van het te realiseren bouwwerk kan problematisch zijn bij het op onafhankelijke en onpartijdige wijze houden van toezicht door deze instanties. Ook bij de inzet van andere private instrumenten dan een gecertificeerde toets of gecertificeerd toezicht bestaat de kans op conflicterende belangen. Enerzijds moet er door de private kwaliteitsborger zo goed (en streng) mogelijk toezicht worden gehouden om het publieke belang te

²¹¹ Idem, p. 7.

²¹² Pilot de Nieuwe Munt in Tegelen, uitgevoerd met gecertificeerd bouwtoezicht. Uit: Spekking C&R 2012, p. 37

²¹³ Woningcorporatie Staedion e.a. 2013, p.8 project Middachtenweg.

dienen en een bouwwerk te realiseren dat voldoet aan de daaraan gestelde wettelijke eisen. Anderzijds moet de private kwaliteitsborger voldoende opdrachten binnenkrijgen om de kwaliteitsborgende instantie draaiende te houden.²¹⁴ Het is de vraag in hoeverre de private kwaliteitsborger in staat is zijn rug recht te houden in het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw en in hoeverre hij zich niet op onacceptabele wijze zal laten leiden door financiële motieven. Doordat de private kwaliteitsborger de opdrachtgever die hem betaalt niet graag op kosten jaagt en in de toekomst graag vaker ingehuurd wil worden door dezelfde opdrachtgever bestaat de mogelijkheid dat de toezichthouder te klantgericht gaat handelen en terughoudend is in bijvoorbeeld het eisen van extra maatregelen wanneer er problemen optreden.²¹⁵ Het gevaar ligt bij de private kwaliteitsborgers die uit concurrentieoverwegingen degene die zij moeten beoordelen gaan bedienen.²¹⁶ Hierin schuilt het belang van het tweedelijns toezicht op de toezichthouders²¹⁷ en de noodzaak van de dreiging die uitgaat van eventuele sancties zoals het intrekken van de erkenning voor het gebruik van een instrument voor private kwaliteitsborging.

Rolvermenging

Uit een recente pilot van onder andere de gemeente Den Haag is gebleken dat men bij de samenwerking tussen de private kwaliteitsborger en de (adviseurs van de) vergunningaanvrager, vaak de opdrachtgever, in het nieuwe stelsel bedacht moet zijn op het optreden van rolvermenging.²¹⁸ Het is niet ondenkbaar dat de kwaliteitsborger vanwege de bij hem aanwezige kennis gaat meedenken met oplossingen voor de door hem geconstateerde problemen of onjuistheden. Wanneer de kwaliteitsborger zelf problematische punten in het bouwplan of onjuistheden tijdens de uitvoering van de bouw gaat oplossen die naar zijn inzicht niet voldoen aan de daaraan gestelde voorwaarden kruipt hij in de huid van de adviseur of de aannemer en is dit van invloed op de onafhankelijkheid van de door hem uit te voeren toets. De inmenging van de kwaliteitsborger doet daardoor afbreuk aan de waarde van de door hem afgegeven verklaring bij de oplevering van het gerealiseerde bouwwerk.²¹⁹ Dit knelpunt zal vooral meegenomen moeten worden bij de inrichting van private kwaliteitsborging in de tweede en derde risicoklasse van het nieuwe stelsel waarin het voorkomen van rolvermenging door de complexiteit en het risicogehalte van de bouwwerken van groter belang is dan bij bouwwerken in de eerste risicoklasse. Als er gevolg gegeven wordt aan het voorstel van de minister om in de eerste risicoklasse te werken met een erkende adviseur/ aannemer als kwaliteitsborger krijgen we in het nieuwe stelsel namelijk hoe dan ook te maken met rolvermenging vanwege de door elkaar lopende toezichts- en uitvoeringstaken. Wanneer het immers, zoals in de eerste risicoklasse, één en dezelfde persoon betreft die belast is met het uitvoeren van de realisatie van het bouwwerk alsmede met het

²¹⁴ Zie ook: Hamersma 2012, p. 14; Van der Heijden 2009, p. 74; Woningcorporatie Staedion e.a. 2013, p.5 samenvatting project; Van der Heijden, *Tijdschrift voor Toezicht* 2010/ 1, p. 35.

²¹⁵ Zie ook: Woningcorporatie Staedion e.a. 2013, p.5 samenvatting project. en p. 6. project Middachtenweg.

²¹⁶ Neerhof 2013, p. 111.

²¹⁷ Zie ook: Van der Heijden, *Tijdschrift voor Toezicht* 2010/ 1, p. 44.

²¹⁸ Project Extern Bouwtoezicht van de gemeente Den Haag, Woningcorporatie Staedion, Woningcorporatie Vestia, Woningcorporatie Den Haag Wonen en het Ministerie van Binnenlandse Zaken.

²¹⁹ Zie ook: Woningcorporatie Staedion e.a. 2013, p.4 samenvatting project.

houden van toezicht op het voldoen van dat bouwwerk aan de daaraan gestelde eisen, beïnvloeden deze taken elkaar zonder meer. Het feit dat hier sprake is van rolvermenging en er geen vorm van onafhankelijk extern toezicht aanwezig is, doet mijns inziens niet per se af aan de kwaliteit die geleverd wordt tijdens het bouwproces. Als opdrachtnemende partij moet de aannemer de opdrachtgever er vanwege de geldende waarschuwingsplicht²²⁰ op wijzen dat zich eventuele onjuistheden bevinden in de opdracht. Als gevolg van de contractuele verplichtingen die rusten op de kwaliteitsborger moet deze aan het einde van de rit kunnen verklaren dat het gerealiseerde bouwwerk voldoet aan de daaraan gestelde eisen. De aan beide rollen gekoppelde aansprakelijkheid bij verzuim van de verplichtingen zou dan met zich mee brengen dat alle handelingen van de aannemer/ kwaliteitsborger in de eerste risicoklasse gericht zijn op het leveren van kwaliteit. Het 'zelftoezicht' in de eerste risicoklasse versterkt daarom misschien juist de positie van de opdrachtgever ten aanzien van de kwaliteit van het bouwwerk. Nog meer dan voorheen is de aannemer als opdrachtnemende partij en als kwaliteitsborger nu verantwoordelijk voor het realiseren van een bouwwerk zonder gebreken dat voldoet aan de bouwtechnische regelgeving.

3.5 Objectief toetsingskader

Om de deelvraag van dit hoofdstuk te kunnen beantwoorden wordt ook het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging voor de bouw beoordeeld vanuit de gekozen set objectieve toetscriteria. Om te beoordelen in hoeverre de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces van dit nieuwe stelsel de constructieve veiligheid van bouwwerken waarborgt, wordt het door mij in de vorige paragrafen van dit hoofdstuk besproken stelsel getoetst aan de volgende criteria: deskundigheid van de toetser, onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de toetser en concrete en heldere vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden in het stelsel.

3.5.1 Deskundigheid

In het vorige hoofdstuk is besproken dat private toetsers zich makkelijker kunnen specialiseren dan hun gemeentelijke collega's en daardoor beter in staat moeten worden geacht tot het beoordelen van bouwplannen en het houden van toezicht tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces. Verder kan over het algemeen gesteld worden dat de expertise en technische kennis van marktpartijen regelmatig groter is dan die van overheidsorganisaties doordat de private kwaliteitsborgers werkzaam zijn in dezelfde branche als de partijen waarop ze moeten toezien.²²¹ Er kan dus voorzichtig geconcludeerd worden dat er bij de marktpartijen op zijn minst evenveel, en wellicht meer, kennis op dit gebied aanwezig moet zijn dan bij de afdeling BWT van de gemeente.²²² Dit wordt bevestigd door een door de gemeente Den Haag uitgevoerde pilot waar naar voren kwam dat de kennis van de bouwtechnische voorschriften van onder meer de constructieve veiligheid in het Bouwbesluit 2012 voldoende aanwezig

²²⁰ Ex. artikel 7:754BW.

²²¹ Van der Heijden 2009, p. 56.

²²² Zie ook: Chao-Duivis & Strang 2013, p. 33.

is bij specialisten in de markt.²²³ Bovendien wordt er bij een private vorm van toezicht, zoals de in het vorige hoofdstuk besproken gecertificeerde vorm van toetsing en toezicht die hoogstwaarschijnlijk zal dienen als instrument voor de eerste risicoklasse, volledigiger getoetst en toezicht gehouden dan wanneer de gemeente dat momenteel risicogestuurd doet. De meer volledige rapportage van een gecertificeerde instantie, die met name dieper ingaat op de belangrijkste veiligheidseisen aan een bouwwerk (brandveiligheid en constructieve veiligheid), is door dit gegeven vanzelfsprekend meer zeggend dan een goedkeuring van het bevoegd gezag dat zich vanwege beperkte capaciteit noodzakelijkerwijs beperkt tot het toetsen van de meest risicovolle elementen.²²⁴

Wanneer de private toetser deskundiger mag worden geacht dan de publieke toetser en hij – in tegenstelling tot de wettelijk verplichte toets die in het huidige stelsel altijd door hetzelfde bevoegde gezag plaatsvindt – expliciet gecontracteerd wordt door de opdrachtgever voor het uitvoeren van een specifieke toetsingstaak binnen zijn vakgebied, kan daar naar mijn idee ook een grote(re) verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid aan gekoppeld worden. Wanneer gewenst kan de kwaliteitsborger ervoor kiezen deze aansprakelijkheid af te dekken met een beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Bewezen betrouwbaarheid van kwaliteitsborgers die met een hoge mate van deskundigheid bouwwerken realiseren die voldoen aan de daaraan gestelde eisen zullen naar verwachting beloond worden met lagere verzekeringspremies, wat logischerwijs een positieve invloed zal hebben op de concurrentiepositie van de kwaliteitsborgende instantie en waardoor er in het bouwproces wellicht een algemene prikkel ontstaat om het deskundigheidsgehalte te verhogen.

Daar komt bij dat de kwaliteitsborger aan het einde van het bouwproces moet kunnen verklaren dat het gerealiseerde bouwwerk voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 en derhalve voldoet aan de ondergrens voor wat betreft de constructieve veiligheid. De kans op een aansprakelijkheidstelling door de opdrachtgever vanwege een verwijtbaar verzuim van deze contractueel vastgelegde taak geeft de kwaliteitsborger een prikkel om zijn kwaliteitsborging goed op orde te hebben en de minimaal van hem gevraagde kwaliteit te leveren. Deze contractuele aansprakelijkheid gaat er in combinatie met de mogelijke intrekking van de aan hem afgegeven erkenning tot het toepassen van een instrument voor kwaliteitsborging naar mijn idee voor zorgen dat de beschikbare deskundigheid van de kwaliteitsborger optimaal wordt benut en er bouwwerken worden gerealiseerd die ten minste voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Zeker in de beginfase zal er door de instrumentbeheerders en de toelatingsorganisatie streng toezicht worden gehouden op het deskundigheidsniveau en de kwaliteit die wordt geleverd met toepassing van het nieuwe stelsel en zullen kwaliteitsborgers die onaanvaardbare tekortkomingen laten zien hun erkenning verliezen.

Omdat het nieuwe stelsel nog niet in werking is getreden en de verantwoordelijkheden binnen het stelsel nog niet geheel vastliggen, betreffen voorgaande uitspraken slechts vermoedens. Vast staat echter wel dat er evenals in de huidige vorm van gecertificeerde toetsing en gecertificeerd toezicht voor het gebruik hiervan in het nieuwe stelsel, alsook voor de andere erkende private instrumenten voor kwaliteitsborging, inhoudelijke en procedurele eisen gesteld worden aan het kennisniveau, de ervaring

²²³ Woningcorporatie Staedion e.a. 2013, p.4 samenvatting project.

²²⁴ Zie ook: Spekking C&R, p. 28.

en de deskundigheid van de kwaliteitsborgers waardoor het deskundigheidsniveau er in ieder geval niet minder op zal worden.²²⁵

3.5.2. Onpartijdigheid en onafhankelijkheid

Zoals besproken in de vorige paragraaf opereren de private instanties die betrokken zijn bij het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging in de bouw op een open markt. Instrumentbeheerders en kwaliteitsborgers hebben naast het dienen van het algemene publieke belang met betrekking tot de constructieve veiligheid ook een financieel belang doordat zij onder commerciële druk staan van de markt. Kwaliteitsborgende instanties zijn afhankelijk van hun inkomsten waardoor een bepaalde financiële prikkel private partijen anders kan doen beslissen dan in het nieuwe stelsel van ze verwacht wordt. De druk van de markt kan de handelwijze van private partijen (onbewust) beïnvloeden wat een gevaar oplevert voor de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van deze partijen in het bouwproces. Hieruit volgt dat er risico's met betrekking tot de onpartijdigheid en onafhankelijkheid kleven aan het opereren op een open markt door private partijen. Dit gevaar hangt het nieuwe stelsel, waarin private partijen een grote rol hebben, boven het hoofd maar hoeft naar mijn idee niet altijd van (negatieve) invloed te zijn op de kwaliteit en de constructieve veiligheid van een bouwwerk.²²⁶ Zolang er voldoende prikkel uitgaat van de eventuele aansprakelijkheid van de kwaliteitsborger voor het toerekenbaar verzuimen van zijn toezichtstaak in het nieuwe stelsel, verwacht ik dat marktpartijen slechts minimale risico's nemen wanneer het gaat om eventuele 'verkeerde' beslissingen met betrekking tot de constructieve veiligheid bij de uitvoering van deze taak. Een kwaliteitsborger zal bij het nemen van een beslissing die wellicht niet helemaal onafhankelijk is van eventuele financiële voordelen namelijk altijd in zijn achterhoofd houden dat hij aansprakelijk gehouden kan worden voor de handtekening die hij zet onder zijn verklaring in het opleverdossier waaruit blijkt dat de kwaliteit van het bouwwerk minimaal voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Men moet in het nieuwe stelsel ook niet streven naar het volledig kunnen garanderen van onpartijdig en onafhankelijk handelen door private partijen. Dit is mijns inziens niet mogelijk doordat de verschillende actoren in de bouw linksom of rechtsom van elkaar afhankelijk zijn.

Verder blijkt uit de vorige paragraaf dat er in de samenwerking tussen de private kwaliteitsborger en de (adviseurs van de) vergunningaanvrager rekening gehouden moet worden met het fenomeen van rolvermenging. Wanneer de kwaliteitsborger zelf bijdraagt aan hetgeen hij op een later tijdstip in het bouwproces moet toetsen, beïnvloedt dit de onafhankelijkheid van de kwaliteitsborger en doet dit afbreuk aan de waarde van de door hem afgegeven verklaring bij de oplevering van het gerealiseerde bouwwerk. Precies dit fenomeen doet zich voor bij de kleine, minder complexe, projecten doordat de erkende adviseur/ bouwer hier tevens kwaliteitsborger is. Op deze manier bestaat er bij de invulling van private kwaliteitsborging in de eerste risicoklasse geen functiescheiding op persoons- en bedrijfsniveau en is er van absolute onpartijdigheid en onafhankelijkheid derhalve geen sprake. In de praktijk wordt veelal gesproken over *“een slager, die zijn eigen vlees keurt”*. Voor een goede borging van de kwaliteit

²²⁵ Stichting Bouwkwaliiteit (SBK) 2012, p.31-36.

²²⁶ Zie ook: Neerhof 2013, p. 210.

stelt de minister voor Wonen en Rijksdienst voor om voor deze risicoklasse te werken met het beginsel *'high trust, high penalty'* waarbij de als kwaliteitsborger erkende bouwer/ adviseur van het bouwproject de kwaliteit van zijn eigen werkt bewaakt en bij oplevering zelf verklaart dat aan alle voorwaarden wordt voldaan. Zoals aangegeven kan deze rolvermenging wellicht bevorderend werken ten aanzien van de kwaliteit van bouwwerken. Een kwaliteitsborger die tevens verantwoordelijk is voor de uitvoering van het bouwproject is door de geldende waarschuwingsplicht en de op hem rustende contractuele aansprakelijkheid voor het te houden toezicht op de realisatie van een bouwwerk dat voldoet aan de geldende regelgeving nog meer erop gericht om geen steken te laten vallen bij de uitvoering van zijn taken. Brink groep beveelt met het oog op de bewaking van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid in de eerste risicoklasse aan om te werken met een scheiding binnen het bedrijf van de opdrachtnemer. Het hebben van een toetsende of toezichthoudende afdeling en een ontwerpende of uitvoerende afdeling zorgt voor een functiescheiding op persoonsniveau en kan gezien worden als een mogelijke oplossing.²²⁷

Bij de inzet van een gecertificeerde vorm van toetsing en toezicht in de tweede risicoklasse en de inzet van TIS in de derde, meest risicovolle, klasse wordt de mate van onpartijdigheid en onafhankelijkheid veel groter en ook belangrijker. In de eerste plaats is de kwaliteitsborger bij deze risicoklassen een andere, los van de ontwerpende en uitvoerende werkzaamheden opererende, instantie wat een scheiding op persoons- en bedrijfsniveau oplevert. Daarnaast is in de BRL 5019 en 5006 geregeld dat nevenbelangen geen invloed mogen hebben op het toetsresultaat en is bij de toepassing van TIS bepaald dat de TIS geen bemoeienis mag hebben met het primaire bouwproces.²²⁸

Om een vinger aan de pols te houden is een publieke toelatingsorganisatie in het leven geroepen. Door intensief en frequent toezicht kan gecontroleerd worden of de private kwaliteitsborgers voldoen aan de gestelde normen en kan wellicht voorkomen worden dat deze instanties hun handelingen laten beïnvloeden door onder meer commerciële motieven. Om te voorkomen dat de constructieve veiligheid slechts op papier bestaat vinden er ook 'reality checks' plaats door de toelatingsorganisatie. Om de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de toelatingsorganisatie te garanderen is het van belang dat de bij de toelatingsorganisatie betrokken personen geen (financiële) banden hebben met of onder invloed staan van de onder toezicht gestelde instrumentbeheerders en indirect de bedrijven of personen die deze instrumenten toepassen tijdens het bouwproces.²²⁹

3.5.3 Concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden

De verantwoordelijkheid voor het voldoen aan de geldende wet- en regelgeving ligt in de toestemmingsfase bij de aanvrager van de vergunning. Die moet kunnen aantonen dat hij kiest voor een toegelaten instrument dat past bij de risicoklasse waarin zijn bouwwerk valt en dat hij kiest voor een kwaliteitsborger die gerechtigd is dit instrument toe te passen. De overheid is in het nieuwe stelsel verantwoordelijk voor de 'check private kwaliteitsborging'. Zoals aangegeven in paragraaf 3.2.3 is het op

²²⁷ Brink Groep 2013, p. 50.

²²⁸ Stichting Bouwkwiteit (SBK) 2012, p.53.

²²⁹ Stichting iBK -Rapport verkenningsfase- 2014, p. 28.

dit moment nog onduidelijk hoe ver in het nieuwe stelsel de verantwoordelijkheid van het bevoegd gezag voor de uit te voeren controle op de bescheiden die door de vergunningaanvrager zijn ingediend, gaat reiken. In principe ligt de volledige verantwoordelijkheid bij de vergunningaanvrager die ervoor zorg draagt dat hij het juiste instrument kiest voor zijn bouwwerk en dit laat toepassen door een erkende kwaliteitsborger. Het is echter niet ondenkbaar dat de check op de juistheid van de ingediende bescheiden aan het openbare register door het bevoegd gezag, welke check wettelijk vereist is alvorens het kan overgaan tot verlening van de omgevingsvergunning, enige verantwoordelijkheid met zich meebrengt.

Ook tijdens de uitvoeringsfase is het de opdrachtgever die er publiekrechtelijk voor verantwoordelijk is dat er constructief veilig, volgens de afgegeven vergunning en de geldende bouwregelgeving gebouwd wordt. Het feit dat de taak van de kwaliteitsborger is gelegen in het tot stand brengen van een bouwwerk dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 doet daar niets aan af. Het bevoegd gezag is belast met de controle van het opleverdossier bij gereed melding van het bouwwerk. Het gezag toetst op dat moment echter niet of de vergunninghouder aan zijn publiekrechtelijke verantwoordelijkheid heeft voldaan en of het door hem gereed gemelde bouwwerk voldoet aan de daaraan wettelijk gestelde eisen. Die verantwoordelijkheid krijgt de bouwpraktijk in het nieuwe stelsel. Wel wordt het bevoegd gezag geacht om bij eventuele twijfel maatregelen treffen en eventueel de ingebruikname van het bouwwerk (tijdelijk) te verbieden. De termijn die de gemeente heeft om aan de bouwer bekend te maken dat zij het vermoeden heeft dat er wat mis is met het bouwwerk (bijvoorbeeld doordat zij daarop gewezen wordt) bedraagt twee weken. Dit is een tamelijk korte termijn maar levert naar mijn idee in zijn algemeenheid en derhalve met betrekking tot de constructieve veiligheid geen problemen op. De toets door de gemeente aan het opleverdossier is niet inhoudelijk en bij twijfel aan het voldoen van het opleverdossier aan de gestelde eisen is een melding daarvan aan de vergunninghouder voldoende om aan deze termijn te voldoen. Eventuele daarop volgende maatregelen kunnen daarna volgen. Hoewel er nog geen volledige helderheid bestaat over de mate van aansprakelijkheid die deze taak meebrengt voor het bevoegd gezag ben ik, zoals eerder aangegeven in paragraaf 3.3, van mening dat deze niet verder zou moeten reiken dan een aansprakelijkheid op grond van falend overheidshandelen (onrechtmatige nalaten).

Met betrekking tot de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid voor de kwaliteit en de constructieve veiligheid van het gerealiseerde bouwwerk is in het conceptwetsvoorstel artikel 7:758 lid 3 BW ingrijpend aangepast. Ter verbetering van de positie van de bouwconsument als opdrachtgever is de aannemer in het nieuwe stelsel aansprakelijk voor alle gebreken die door de opdrachtgever geconstateerd worden en die aan hem te wijten zijn. Het is, anders dan in het huidige stelsel, niet van belang of de opdrachtgever deze gebreken al had kunnen of moeten ontdekken op het moment van oplevering. Laan en Terwindt wijzen in een recent artikel op de mogelijkheid van strategisch gedrag van de opdrachtgever op het moment van oplevering van een bouwwerk.²³⁰ Hij zou erbij gebaat kunnen zijn om zo min mogelijk gebreken op te nemen in het proces-verbaal van oplevering zodat de aansprakelijkheid van de aannemer toeneemt. Persoonlijk zie ik dit gevaar niet omdat de aannemer,

²³⁰ Laan & Terwindt, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2014/166

evenals in het huidige stelsel, ook voor oplevergebreken die wel zijn opgenomen in het proces-verbaal van oplevering aansprakelijk is. Verder zorgen gebreken die geconstateerd worden na oplevering mogelijk voor een discussie van andere aard dan oplevergebreken doordat de aannemer kan stellen dat deze gebreken niet aan hem te wijten zijn maar aan de opdrachtgever zelf (bijvoorbeeld krasen ontstaan door verhuizing). Ten slotte is het vanuit praktisch oogpunt minder wenselijk om gebreken te herstellen na het moment van oplevering, juist omdat het bouwwerk dan in gebruik is. In vergelijkbare zin bespreekt Van den Berg de gevolgen van de verruimde aansprakelijkheid voor het moment van oplevering.²³¹ De verwachting is dat de versterking van de positie van de bouwconsument als opdrachtgever door onder meer de vergroting van de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid van de aannemer met betrekking tot gebreken in het bouwwerk een prikkel oplevert voor de aannemer voor het leveren van kwaliteit en het neerzetten van een constructief veilig bouwwerk met zo min mogelijk gebreken. Ik durf deze verwachting echter niet met zekerheid te onderschrijven. Hier kom ik in het volgende hoofdstuk op terug.

In het nieuwe stelsel is een duidelijk onderscheid te maken tussen taken die door private instellingen uitgevoerd worden en taken die voor rekening van het bevoegd gezag komen. Zoals bedoeld ligt het zwaartepunt van taken en verantwoordelijkheden met betrekking tot de toetsing en het toezicht dat moet leiden tot een constructief veilig bouwwerk in de realisatiefase van het nieuwe stelsel bij de private partijen. In lijn met de visie van de Commissie Dekker is de verantwoordelijkheidsverdeling evenwichtiger na aanpassing van het BW waarbij de overheid terughoudender is en meer vertrouwen geeft aan de bouwpraktijk. De overheid moet zorgen voor een wettelijk kader van consistente en duidelijke regels dat ruimte biedt voor een hogere mate van verantwoordelijkheid bij de private kwaliteitsborgers en meer vertrouwen geeft aan de bouwpraktijk. Daarbij moet het kader tegelijkertijd voldoende waarborgen bieden voor een bouwproces dat constructief veilige bouwwerken tot stand brengt en de publieke belangen daaromtrent dient. Met betrekking tot dit laatste punt heeft de minister een publieke toelatingsorganisatie in het leven geroepen die belast is met de toezichthoudende taak op de werking van het gehele stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw.

3.6 Deelconclusie

Het door de minister van Wonen en Rijksdienst gepresenteerde conceptwetsvoorstel Wet kwaliteitsborging voor het bouwen creëert een nieuw stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw dat is gericht op een evenwichtige verantwoordelijkheidstoedeling tussen de overheid en de private partijen. Dit hoofdstuk heeft het nieuwe stelsel, zoals dat nu is voorgesteld, beschreven en getoetst aan de objectieve toetsingscriteria. Het in dit hoofdstuk beschreven stelsel moet op verschillende onderdelen nog verder ingevuld en uitgewerkt worden. Er zal wetgeving ontwikkeld moeten worden met betrekking tot onder meer de risicoklassen en de criteria die gesteld worden aan de instrumenten voor kwaliteitsborging.

²³¹ Van den Berg, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2014/ 95, p. 512.

De bouwplantoets welke in het huidige stelsel in de toestemmingsfase door het bevoegd gezag plaatsvindt en een voorwaarde is voor het verlenen van de omgevingsvergunning omtrent het bouwen, wordt in het nieuwe stelsel verplaatst naar de uitvoeringsfase van het bouwproces. Daar wordt deze toets, evenals het te houden toezicht tijdens de uitvoeringsfase, door private partijen uitgevoerd. In de toestemmingsfase verricht het bevoegd gezag van de gemeente slecht een 'check private kwaliteitsborging' om te controleren of de vergunningaanvrager met een instrument werkt dat toegestaan is voor de risicoklasse waarin zijn bouwwerk valt en of dit instrument toegepast gaat worden door een erkende kwaliteitsborger. Wanneer de omgevingsvergunning voor het bouwen verleend is door het bevoegd gezag van de gemeente kan de vergunninghouder starten met de bouw. Tijdens de uitvoeringsfase voert de private kwaliteitsborger de bouwplantoets uit en houdt hij toezicht tijdens de bouw van het bouwwerk. Dit doet hij met behulp van een instrument voor private kwaliteitsborging dat door de toelatingsorganisatie is erkend en is goedgekeurd voor de risicoklasse waarin zijn bouwwerk valt. Op het moment van oplevering verklaart de private kwaliteitsborger dat het aannemelijk is dat het gerealiseerde bouwwerk voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Het bevoegd gezag toetst dit opleverdossier niet inhoudelijk maar controleert slechts of hierbij alle benodigde bescheiden zijn ingediend. Wanneer niets de ingebruikname van het bouwwerk in de weg staat, kan het in gebruik genomen worden en eindigt op dat moment de realisatiefase van het bouwproces. Er vindt dus op twee momenten tijdens het bouwproces in het nieuwe stelsel een controle van het bevoegd gezag plaats. Op het moment dat de vergunningaanvrager meldt met welk instrument en met welke kwaliteitsborger hij gaat werken en bij de oplevering van het bouwwerk.

Natuurlijk is niet één stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw perfect en zijn er ook bij de toepassing van dit stelsel knelpunten en eventuele valkuilen te verwachten. Het belangrijkste knelpunt is de betrouwbaarheid van het nieuwe stelsel wanneer gewerkt wordt met private partijen die onder (financiële) druk staan van de markt. Verder bestaat er een kans op rolvermenging en kan het nieuwe stelsel door zijn 'strengere' aanpak vooral in het begin veel weerstand opwekken bij partijen in het bouwproces. Tenslotte geldt voor een goede werking van het nieuwe stelsel dat er een balans gevonden moet worden tussen de (strakke) tijdsplanning en de agenda van de kwaliteitsborger en de just-in-time-werkwijze van de huidige bouwpraktijk.

Met behulp van het objectieve toetsingskader kan de tweede deelvraag: *hoe is de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces gereguleerd na invoering van het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en in hoeverre waarborgt dit systeem de constructieve veiligheid van bouwwerken?* als volgt worden beantwoord. Met betrekking tot het niveau van deskundigheid in het nieuwe stelsel kan gesteld worden dat er bij de marktpartijen op zijn minst evenveel, en wellicht meer, kennis op dit gebied aanwezig zal zijn dan bij de afdeling BWT van de gemeente. Daarnaast toetst de private kwaliteitsborger naar alle waarschijnlijkheid vollediger en vindt het toezicht op de bouwlocatie op regelmatigere basis plaats doordat de invulling van de toets en het toezicht niet volledig gebaseerd is op de aanwezige capaciteit in de toetsende instantie. Voor wat betreft de mate van onpartijdigheid en onafhankelijkheid kan geconcludeerd worden dat een goed systeem van tweedelijns toezicht noodzakelijk is om ervoor te zorgen dat marktpartijen niet beïnvloed worden door andere belangen dan het publieke belang dat zij moeten dienen. Naarmate het een complexer en groter bouwproject betreft wordt de mate van

onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het nieuwe stelsel beter gegarandeerd. Waar er in het nieuwe stelsel geen sprake is van absolute onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de private kwaliteitsborger wordt gewerkt met het beginsel: *'high trust, high penalty'*. De taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden liggen in het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor de bouw hoofdzakelijk bij de private partijen. De vergunninghouder is publiekrechtelijk verantwoordelijk voor het realiseren van een bouwwerk dat constructief veilig is en voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Privaatrechtelijk kan deze verantwoordelijkheid middels een overeenkomst verplaatst worden naar de adviseur of de aannemer van de opdrachtgever. Door de aanpassing van het BW wordt de positie van de consument als opdrachtgever versterkt met de verwachting dat dit een prikkel oplevert voor de aannemer om betere kwaliteit te leveren.

4 SYNTHESE

4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is de werking van het huidige stelsel van kwaliteitsborging in het Nederlandse bouwproces uiteengezet en is het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging beschreven. In dit onderzoek is bij de beschrijving en beoordeling van het nieuwe stelsel uitgegaan van het stelsel van private kwaliteitsborging zoals de minister voor Wonen en Rijksdienst dat gepresenteerd heeft in het conceptwetsvoorstel voor kwaliteitsborging in de bouw. In dit hoofdstuk worden beide stelsels naast elkaar gelegd en geanalyseerd aan de hand van de derde deelvraag: *in hoeverre biedt het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen een oplossing voor de, in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces van het huidige stelsel, aanwezige knelpunten en welke eventuele nieuwe problemen kunnen zich voordoen na invoering van het nieuwe stelsel?*

Aan de hand van de criteria die ik bij dit onderzoek in het objectieve toetsingskader heb gehanteerd, zullen de gevolgen van de veranderingen in het nieuwe stelsel voor de constructieve veiligheid uiteengezet worden en zal geconcludeerd worden door een antwoord te geven op de centrale vraag van dit onderzoek: *In hoeverre waarborgt het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen de constructieve veiligheid van bouwwerken in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces?*

4.2 Deskundigheid

In het huidige stelsel wordt het bouwplan in de toestemmingsfase van het bouwproces getoetst door het bevoegd gezag van de gemeente. Vaak betreft dit de afdeling BWT. Omdat deze afdeling de vergunningaanvragen van alle vergunningplichtige bouwwerken binnenkrijgt die (hoofdzakelijk) uitgevoerd worden in de desbetreffende gemeente is de diversiteit met betrekking tot de omvang, de complexiteit en het risicogehalte van de bouwwerken waarvoor een aanvraag wordt gedaan erg groot. Om het brede aanbod van bouwprojecten te kunnen beoordelen op de, in het bouwplan vastgelegde, bouwtechnische kwaliteit moeten bouwplantoetsers van de gemeente in het huidige stelsel beschikken over voldoende generalistische kennis. Dit heeft als gevolg dat publieke toetsers/ toezichthouders in het huidige stelsel vaak onvoldoende specialistische kennis bezitten om aanvragen van de complexere bouwwerken naar behoren te kunnen toetsen. Private toetsers/ toezichthouders hebben daarentegen wel de mogelijkheid om zich te specialiseren in het borgen van de kwaliteit van specifieke typen bouwwerken. Een opdrachtgever selecteert een private toetsers juist op basis van zijn specialisatie en de kennis en deskundigheid die hij bezit met betrekking tot de kwaliteitsborging tijdens de bouw van een bepaald bouwwerk. Dit is één van de manieren waarop private toetsers zich onderling onderscheiden van andere private toetsers in de markt en waarmee zij mogelijk hun concurrentiepositie verbeteren.

Aan de mogelijkheid van private toetsers om hun werkzaamheden toe te spitsen op de kwaliteitsborging van een specifiek type bouwwerk en de mogelijkheid om hun deskundigheid met betrekking tot die

specialisatie te optimaliseren, mag met de invoering van het nieuwe stelsel naar mijn idee een grote aansprakelijkheid met betrekking tot de kwaliteitsborgende taken gekoppeld worden. De opdrachtgever moet er op kunnen rekenen dat de gecontracteerde kwaliteitsborger er in het nieuwe stelsel voldoende zorg voor draagt dat er aan het einde van de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces een bouwwerk is gerealiseerd dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 en derhalve aan de ondergrens van de constructieve veiligheid. De kans op een aansprakelijkheidstelling door de opdrachtgever op grond van wanprestatie ex artikel 6:74 BW voor het verzuimen van de gecontracteerde taak van kwaliteitsborger, zal er in combinatie met de mogelijke intrekking van de aan hem afgegeven erkenning inzake het toepassen van een instrument voor private kwaliteitsborging voor zorgen dat de kwaliteitsborger zijn toezichthoudende taak serieus neemt, de aanwezige deskundigheid optimaal benut en de van hem gevraagde kwaliteit levert. Mede doordat de instrumentbeheerders en de toelatingsorganisatie er in het nieuwe stelsel streng op toezien dat de kwaliteitsborgers voldoen aan het van hen gevraagde deskundigheidsniveau verwacht ik dat dit in voldoende mate op orde is in het nieuwe stelsel en dat de aanwezige deskundigheid in de private sector niet zal onderdoen voor de deskundigheid in de huidige publieke sector. Daar komt bij dat de manier van privaat toetsen en privaat toezicht houden in het nieuwe stelsel uitgebreider en vollediger is dan in het huidige stelsel. In het huidige stelsel vindt de toets aan het bouwplan en het toezicht tijdens de uitvoeringsfase door het bevoegd gezag, vaak met behulp van een toets- of toezichtsprotocol, *risicogestuurd* plaats. Dat wil zeggen dat het bevoegd gezag vanwege de capaciteit van de afdeling BWT slechts toetst aan de meest noodzakelijke onderdelen van het bouwplan. Ondanks dat deze manier van toetsing en toezicht nog steeds een bepaalde mate van deskundigheid vergt van de publieke toetsers/ toezichthouder – zodat voor de elementen met een hoge prioriteit, zoals de constructieve veiligheid, een goede afweging wordt gemaakt met betrekking tot de zwaarte van de toets aan en het toezicht op dit onderdeel van het bouwplan – ben ik van mening dat de bouwplantoets die wordt uitgevoerd en het toezicht dat wordt gehouden tijdens de uitvoeringsfase van het bouwproces door een private kwaliteitsborger in het nieuwe stelsel aanzienlijk betrouwbaarder is dan de toets van het bevoegd gezag in het huidige stelsel. De reden hiervan is mede gelegen in het feit dat de private toetsers/ toezichthouder de intensiteit van zijn toets aan het onderdeel constructieve veiligheid niet baseert op de aanwezige capaciteit. De private toetsers/ toezichthouder baseert de intensiteit van de toets aan het onderdeel constructieve veiligheid in het bouwplan op de kwaliteit die hij moet leveren aan zijn opdrachtgever. Hij wil zijn opdracht goed uitvoeren en een resultaat leveren waar zijn klant tevreden mee is. Natuurlijk speelt ook hier de aansprakelijkheidstelling die op de loer ligt bij gebreken die aan hem te wijten zijn en gelegen zijn in verzuim van zijn taak weer een rol. Die aansprakelijkheid is er in het huidige stelsel ook in de vorm van een aansprakelijkheidstelling wegens falend overheidshandelen (onrechtmatig nalaten). Deze vorm van aansprakelijkheid oefent echter geen tot weinig druk uit op de toetsers/toezichthouder van de afdeling BWT bij de uitvoering van zijn taak doordat hij bij een aansprakelijkheidsstelling niet rechtstreeks in zijn portemonnee wordt geraakt.

Verder worden er in het nieuwe stelsel mijns inziens ook afdoende eisen gesteld aan de instrumenten voor private kwaliteitsborging; deze bevatten voldoende waarborgen en moeten ervoor zorgen dat de toets die wordt uitgevoerd door een daarvoor geschikte kwaliteitsborger een bouwwerk oplevert dat constructief veilig is en dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Ten slotte wordt er in het

nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw gewerkt met risicoklassen en worden bouwwerken ingedeeld naar complexiteit en de gevolgen van het niet voldoen aan de bouwtechnische voorschriften. Bij de uitwerking van de risicoklassen wordt vooral gekeken naar risico's als het gaat om constructieve veiligheid en brandveiligheid.²³² Bij een hoger constructief risico worden bouwwerken ingedeeld in een hogere klasse en worden er meer eisen gesteld aan het niveau van kwaliteitsborging en de deskundigheid van de toetsers, wat een positief effect heeft op de constructieve veiligheid van bouwwerken. Wie aangemerkt kan worden als een geschikte kwaliteitsborger voor een bepaalde risicoklasse wordt bepaald door eisen die gesteld worden aan het kennisniveau, de ervaring en de deskundigheid van de kwaliteitsborgers. Welke eisen dat precies zijn is nog niet bekend. Vast staat wel dat de kwaliteitsborgers beoordeeld en gecontroleerd worden door de instrumentbeheerders zodat er een minimaal niveau van deskundigheid gegarandeerd kan worden dat volgens mij nooit minder kan zijn dan de kennis die op dit moment aanwezig is bij het bevoegd gezag.

Deelconclusie

In de private bouwpraktijk is momenteel meer specialistische kennis aanwezig dan in de publieke sector met betrekking tot het uitvoeren van de bouwbesluittoets en het houden van toezicht op de uitvoering van bouwwerkzaamheden. Deze specialistische kennis zal door een verhoging van de vraag naar private kwaliteitsborgers bij invoering van het nieuwe stelsel naar verwachting verder ontwikkeld worden.

- *Hoe specialistischer de kennis van de kwaliteitsborger met betrekking tot een bepaald type bouwwerk, hoe hoger het deskundigheidsniveau voor de beoordeling van de constructieve veiligheid van dat te bouwen bouwwerk, hoe beter de constructieve veiligheid van het bouwwerk bij oplevering.*

De kans op een aansprakelijkheidstelling door de opdrachtgever zal er in combinatie met de mogelijke intrekking van de erkenning tot het toepassen van een instrument voor private kwaliteitsborging voor zorgen dat de kwaliteitsborger zijn toezichthoudende taak serieus neemt, de bij hem aanwezige deskundigheid optimaal benut en de van hem gevraagde kwaliteit levert. Dit heeft ten gevolge dat de kwaliteitsborger de intensiteit van de toets aan onder meer de constructieve veiligheid baseert op de kwaliteit die hij moet leveren aan zijn opdrachtgever. Dit is anders dan bij het bevoegd orgaan dat in het huidige stelsel wordt beperkt door de capaciteit van de afdeling BWT van de gemeente en slechts risicogestuurd kan toetsen. Met de invoering van het nieuwe stelsel van private kwaliteitsboring in de bouw wordt de manier van toezichthouden daardoor uitgebreider en vollediger.

- *Hoe uitgebreider en vollediger de toets aan het bouwplan van een bouwwerk en het toezicht op de uitvoering van de bouwwerkzaamheden, hoe sneller onjuistheden en tekortkomingen aan het licht komen en aangepakt kunnen worden, hoe beter de constructieve veiligheid van het bouwwerk bij oplevering.*

²³² MvT consultatieversie Wet kwaliteitsborging voor het bouwen, p.12.

Van belang is het stellen van afdoende eisen per risicoklasse aan de instrumenten voor private kwaliteitsborging die gebruikt gaan worden in het nieuwe stelsel en het aanwijzen van geschikte kwaliteitsborgers met voldoende kennis, ervaring en deskundigheid.

4.3 Onpartijdigheid en onafhankelijkheid

In hoofdstuk 2 is naar voren gekomen dat de publieke toetsers/ toezichthouder door zijn functiescheiding op persoonsniveau en bedrijfsniveau aangemerkt kan worden als onafhankelijk, los van (economische) belangen van marktpartijen in het bouwproces, handelend en als onpartijdige instantie of persoon die is belast met het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving door marktpartijen. Op persoonsniveau is de opdrachtgever verantwoordelijk voor de realisatie van een bouwwerk dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 en ziet het bevoegd orgaan daarop toe. Ook op bedrijfsniveau is het de overheid die toezicht houdt op de realisatiefase van het bouwproces en wordt het bouwplan ontworpen en uitgevoerd door adviseurs en aannemers van de opdrachtgever. Van deze functiescheiding is in het nieuwe stelsel niet in alle gevallen sprake. De minister stelt in het conceptwetsvoorstel voor om voor bouwwerken die in de eerste risicoklasse van het nieuwe stelsel vallen te werken met een erkende bouwer of adviseur als kwaliteitsborger. In deze klasse is geen sprake van een functiescheiding op persoons- en bedrijfsniveau omdat de adviseur of de bouwer van een bouwwerk de kwaliteit en de constructieve veiligheid van zijn eigen werk controleert. In de tweede en derde risicoklasse wordt de mate van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de kwaliteitsborgende instanties belangrijker omdat het hier gaat om bouwwerken van complexere aard met een aanzienlijk hoger risicogehalte. De minister kiest daarom voor het inzetten van een gecertificeerde vorm van toetsing en toezicht en de inzet van TIS-bureaus. In deze klassen is wel sprake van een functiescheiding op persoons- en bedrijfsniveau, maar kan het fenomeen van rolvermenging een risico opleveren in het nieuwe stelsel. Wanneer de kwaliteitsborger zich gaat bemoeien met eventuele oplossingen voor tekortkomingen die hij constateert tijdens de realisatiefase van de bouw is dit van invloed op de onafhankelijkheid van de kwaliteitsborger waardoor de waarde van de door hem afgegeven verklaring bij oplevering van het bouwwerk zijn waarde (gedeeltelijk) kan verliezen.

Omdat er in de eerste risicoklasse van absolute onafhankelijkheid en onpartijdigheid geen sprake is en er door het in het conceptwetsvoorstel voorgestelde 'zelftoezicht' zodoende altijd sprake is van rolvermenging, wordt er in deze klasse gewerkt met het beginsel: *"high trust, high penalty"*. Zoals genoemd doet rolvermenging in sommige gevallen afbreuk aan de verklaring van de kwaliteitsborger met betrekking tot het voldoen van het bouwwerk aan de eisen van het Bouwbesluit 2012. Het lijkt mij echter niet ondenkbaar dat deze rolvermenging in de eerste risicoklasse wellicht ook bevorderend zou kunnen werken voor de kwaliteit van een bouwwerk. De bouwer/ adviseur die tevens kwaliteitsborger is, is nu namelijk via zijn rol van aannemer verplicht tot het waarschuwen van de opdrachtgever wanneer hij onjuistheden in de opdracht ontdekt én via zijn rol als kwaliteitsborger contractueel aansprakelijk voor een gebrekkige taakuitvoering bij de kwaliteitsborging van het bouwwerk. Een dubbele vorm van aansprakelijkheid die wellicht een extra prikkel levert aan de kwaliteitsborger in de eerste risicoklasse voor het leveren van kwaliteit. Desalniettemin is het nog steeds van groot belang dat de publieke toelatingsorganisatie en de instrumentbeheerders er met frequent toezicht en met 'reality checks' op

toezien dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van kwaliteitsborgers zo veel mogelijk gewaarborgd wordt en rolvermenging zo min mogelijk afdoet aan de kwaliteit en de mate van de constructieve veiligheid van gerealiseerde bouwwerken.

Verder bestaat er bij de inzet van private kwaliteitsborgers een kans dat zij zich met betrekking tot hun toezichthoudende taak (onbewust) laten beïnvloeden door financiële prikkels en eventueel andere keuzes maken dan van hen in het nieuwe stelsel verwacht wordt. Kwaliteitsborgende instanties moeten zich staande houden op een open markt en zijn afhankelijk van de inkomsten die zij verwerven uit opdrachten die binnenkomen. Doordat de private kwaliteitsborger de opdrachtgever die hem van deze inkomsten voorziet graag te vriend wil houden en, wanneer de opdrachtgever een *'repeat player'* is, in de toekomst graag vaker ingehuurd wil worden, bestaat de mogelijkheid dat de toezichthouder te klantgericht gaat handelen en terughoudend is in bijvoorbeeld het eisen van extra maatregelen wanneer er problemen optreden. Daar komt bij dat de kwaliteitsborgende instantie de mogelijkheid heeft tot het afsluiten van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering die in de hand kan werken dat kwaliteitsborgers makkelijker risico's nemen doordat eventuele (door hen toegebrachte) schade gedekt is door de verzekering. Dit levert logischerwijs een mogelijk gevaar op voor de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van het opereren van private partijen in het Nederlandse bouwproces. Een publieke toetsers/ toezichthouder wordt daarentegen op minimale wijze beïnvloed door financiële belangen bij het uitvoeren van zijn taak. Door middel van het gebruik van toets- en toezichtsprotocollen, die vaak worden vastgelegd in een beleidsregel, is de werkwijze van het bevoegd gezag transparant vastgelegd en kan hier slechts gemotiveerd van worden afgeweken. Dit zorgt ervoor dat het bevoegd gezag nauwelijks ruimte heeft om anders te beslissen dan van hem wordt verwacht wat ten goede komt aan het nemen van onafhankelijke en onpartijdige beslissingen.

Toch ben ik van mening dat de hierboven genoemde risico's met betrekking tot belangenverstrengeling die mogelijk optreden bij de invoering van het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces, niet ten koste hoeven te gaan van de kwaliteit van bouwwerken. Wanneer er in het nieuwe stelsel voldoende prikkel tot aansprakelijkheid aan het toerekenbaar verzuimen van de toezichtstaak van de private kwaliteitsborger moet dat er, in combinatie met de mogelijke intrekking van de erkenning met betrekking tot de toepassing van het instrument voor kwaliteitsborging wanneer blijkt dat de kwaliteitsborger niet in staat is dit juist toe te passen, voor zorgen dat marktpartijen wel twee keer nadenken voor zij zich laten leiden door financiële motieven. Een goede aansprakelijkheidsregeling voor handelingen van de private toetsers en de mogelijkheid tot intrekking van de afgegeven erkenning zou de kwaliteitsborgende instantie zo onafhankelijk en onpartijdig mogelijk moeten doen beslissen doordat de (financiële) voordelen van een, voor de kwaliteit van het bouwwerk negatieve, beslissing niet zullen opwegen tegen de (financiële) nadelen van een eventuele aansprakelijkheidstelling bij bouwfouten of gebreken te wijten aan het gebrekkige toezicht van de kwaliteitsborger.

Deelconclusie

Het bevoegd gezag heeft in het huidige stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw een hoge mate van onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Zowel op personsniveau als op bedrijfsniveau is sprake van

een functiescheiding. Met de invoering van het nieuwe stelsel is er, zoals het er nu naar uit ziet, slechts sprake van een functiescheiding op persoons- en bedrijfsniveau bij de kwaliteitsborging van bouwwerken in de tweede en derde risicoklasse. Dit heeft mogelijk negatieve gevolgen voor de constructieve veiligheid.

- *Hoe kleiner de scheiding op persoons- en bedrijfsniveau, hoe groter de kans op rolvermenging, hoe geringer de onafhankelijkheid van de toets en het toezicht door de kwaliteitsborger, hoe kleiner de waarde van de verklaring van de kwaliteitsborger dat het gerealiseerde bouwwerk voldoet aan de eisen voor constructieve veiligheid.*

Rolvermenging hoeft echter niet in alle gevallen een verslechtering van de constructieve veiligheid te betekenen. De door elkaar lopende taakuitvoering van de erkende aannemer/ adviseur in de eerste risicoklasse zou inderdaad afbreuk kunnen doen aan de door de kwaliteitsborger gegeven verklaring bij oplevering van het bouwwerk, maar kan mogelijk ook van een andere kant belicht worden. De aan de taakuitvoering van de erkende aannemer/ adviseur gekoppelde aansprakelijkheid kan in de eerste risicoklasse van het nieuwe stelsel wellicht zorgen voor een bewustere taakuitvoering. Doordat de erkende bouwer/ adviseur in het nieuwe stelsel verantwoordelijkheden heeft in zowel zijn rol als aannemer als in zijn rol als kwaliteitsborger is het niet ondenkbaar dat deze dubbele rol met dubbele verantwoordelijkheden een extra prikkel geeft voor het leveren van kwaliteit. Deze redenering levert dan juist een positieve bijdrage aan de constructieve veiligheid van bouwwerken.

De inzet van private partijen in het nieuwe stelsel brengt het risico van belangenverstrengeling met zich mee. In het nieuwe stelsel hebben private partijen enerzijds een belang bij het naar behoren uitvoeren van hun kwaliteitsborgende taak, anderzijds hebben zij ook een financieel belang doordat zij opereren op een open markt. Dit risico levert een gevaar op voor het onpartijdig en onafhankelijk handelen en de betrouwbaarheid van private partijen. Dit risico speelt bij de inzet van publieke toetsers slechts een minimale rol. Door de organisatie van het huidige stelsel heeft het bevoegd gezag immers nauwelijks ruimte om anders te beslissen dan van hem wordt verwacht. Dit komt vanzelfsprekend ten goede aan het nemen van onafhankelijke en onpartijdige beslissingen en vergroot de constructieve veiligheid van bouwwerken.

- *Hoe kleiner de mogelijkheid tot het optreden van belangenverstrengeling, hoe groter de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de kwaliteitsborger; hoe objectiever de toets aan het bouwplan en het toezicht op de uitvoering van de bouwwerkzaamheden, hoe sneller onjuistheden en tekortkomingen die aan het licht zijn gekomen ook daadwerkelijk aangepakt worden, hoe beter de constructieve veiligheid van het bouwwerk bij oplevering.*

Het fenomeen van belangenverstrengeling hoeft met de invoering van het nieuwe stelsel echter niet altijd te leiden tot een verslechtering van de constructieve veiligheid van gerealiseerde bouwwerken. Voldoende aansprakelijkheid aan de zijde van de private kwaliteitsborger en de mogelijkheid tot het verliezen van de erkenning met betrekking tot de toepassing van het instrument voor kwaliteitsborging, moet ervoor zorgen dat marktpartijen zo onafhankelijk en onpartijdig mogelijk handelen. De (financiële) voordelen van een, voor de constructieve veiligheid van het bouwwerk

negatieve beslissing zullen vermoedelijk niet opwegen tegen de (financiële) nadelen van een eventuele aansprakelijkheidsstelling bij bouwfouten of gebreken te wijten aan het gebrekkige toezicht van de kwaliteitsborger.

4.4 Concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden

Het belangrijkste verschil tussen het huidige stelsel en het nieuwe stelsel is de verantwoordelijkheidsverdeling. Het nieuwe stelsel met daarin de private bouwbesluittoets en het private bouwtoezicht laat in de verhouding overheid- private partijen amper twijfel bestaan over de juridische verantwoordelijkheden voor het uiteindelijke eindresultaat van het project. Die liggen bij de private partijen in het bouwproces. Hierdoor wordt de schijn weggenomen dat de overheid (deels) verantwoordelijk is voor de realisatie van een bouwwerk dat voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 en voldoende constructief veilig is.

Ten eerste verschuift het accent van de toets aan de constructieve veiligheid van een bouwwerk naar de uitvoeringsfase van het bouwproces en ligt de verantwoordelijkheid hiervoor in het nieuwe stelsel bij private partijen. Waar het bouwplan momenteel in de toestemmingsfase van het huidige stelsel door het bevoegd orgaan wordt getoetst aan de eisen van het Bouwbesluit 2012, verschuift dit accent in het nieuwe stelsel naar de uitvoeringsfase van het bouwproces en het moment van oplevering van het bouwwerk. Het bevoegd gezag heeft in het nieuwe stelsel slechts als taak te controleren of de opdrachtgever heeft gekozen voor een instrument dat is goedgekeurd voor het door hem te bouwen bouwwerk en om na te gaan of dat instrument toegepast gaat worden door een erkende kwaliteitsborger. Verder voert het bevoegd gezag een procedurele toets uit bij oplevering van het bouwwerk en checkt het of alle in te dienen bescheiden juist zijn aangeleverd. De rol van het bevoegd gezag is in het nieuwe stelsel dus aanzienlijk beperkt wat ten gevolge heeft dat de constructieve veiligheid ook niet meer expliciet door het bevoegd gezag wordt getoetst. Een voordeel van de hierboven aangegeven verschuiving van de toets aan het Bouwbesluit door het bevoegd gezag naar de uitvoeringsfase waar de toets plaatsvindt door private partijen is het wegnemen van de papieren zekerheid die de afgegeven vergunning biedt in het huidige stelsel. In het huidige stelsel komt het nog wel eens voor dat het bouwplan gedurende de bouw nog wordt aangepast, waardoor een vooraf getoetst bouwplan geen garantie is voor de uiteindelijke kwaliteit en constructieve veiligheid. Dit knelpunt dat is beschreven in hoofdstuk 2 verdwijnt in het nieuwe stelsel. Doordat het bevoegd gezag niet meer toetst aan het ingediende bouwplan en op basis van die plannen een vergunning afgeeft is er geen mogelijkheid meer voor partijen om te leunen op de overheid en kan er geen *'mismatch'* meer ontstaan tussen het vergunde en het daadwerkelijk opgeleverde.

Daarnaast zullen marktpartijen door de invoering van het nieuwe stelsel , met name door de invoering van de private kwaliteitsborging in de bouw, nog slechts minimaal op de overheid kunnen leunen, waardoor partijen de verantwoordelijkheid wel móeten nemen. De opdrachtgever is, evenals in het huidige stelsel, publiekrechtelijk verantwoordelijk voor het voldoen van het gerealiseerde bouwwerk

aan de daaraan gestelde wettelijke eisen. Zoals eerder beschreven in hoofdstuk 2 zijn opdrachtgevers zich op dit moment niet altijd bewust van deze op hen rustende verantwoordelijkheid tijdens de toestemmingsfase en de uitvoeringsfase van het bouwproces. Marktpartijen leunen in het huidige stelsel nog (te) veel op de overheid en zijn niet altijd bewust bezig met het leveren van constructief veilige bouwwerken die kwalitatief goed zijn. Bij marktpartijen leeft de gedachte dat het bouwwerk zoals gepresenteerd in het bouwplan voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 wanneer het bevoegd overgaat tot vergunningverlening. Daarbij houdt de overheid ook nog toezicht tijdens de uitvoering van de bouwwerkzaamheden waardoor marktpartijen in het huidige stelsel sneller achterover leunen wanneer het om kwaliteitsborging gaat. De praktijk leert echter dat men niet in een dergelijke mate op de toets en het toezicht van het bevoegd gezag kan leunen doordat het, onder meer vanwege de geringe (inhoudelijke) capaciteit, niet de mogelijkheid heeft om elk bouwplan tot in detail te toetsen en integraal toezicht houden. Hoewel de concrete vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden binnen het huidige stelsel naar mijn idee duidelijk vastliggen, blijken de verschillende actoren in de bouw zich niet voldoende bewust van de wettelijke en maatschappelijke verantwoordelijkheid die op hun schouders ligt. Het kwaliteitsbesef bij marktpartijen in de bouw is niet altijd voldoende en de verantwoordelijkheid ligt hierdoor niet waar hij hoort te liggen. Door de beperkte rol van het bevoegd gezag in het nieuwe stelsel voor kwaliteitsborging in de bouw hebben marktpartijen niet meer de mogelijkheid om op de overheid. Dit moet er in combinatie met de nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling voor zorgen dat de marktpartijen hun kwaliteitsborging in het nieuwe stelsel beter op orde hebben en er zelf zorg voor dragen dat er een constructief veilig bouwwerk gerealiseerd wordt.

Ten slotte is de verantwoordelijkheidsverdeling in het nieuwe stelsel evenwichtiger dan in het huidige stelsel door de verandering van artikel 7:758 lid 3 BW. De privaatrechtelijke verantwoordelijkheid van de aannemer voor gebreken in het bouwwerk is vergroot om de positie van de bouwconsument als opdrachtgever de verbeteren. Omdat er in het huidige stelsel veel discussie bestaat over de invulling van het begrip 'verborgen gebrek' wordt het in het conceptwetsvoorstel eenduidig geformuleerd als een gebrek dat niet bij oplevering van het gerealiseerde bouwwerk is ontdekt. Het is in het nieuwe stelsel daardoor niet meer van belang of de opdrachtgever bepaalde gebreken wel had *behoeven* te ontdekken. De wijziging van deze bepaling is positief voor de constructieve veiligheid van bouwwerken die gerealiseerd worden in het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging. In het huidige stelsel heeft de deskundigheid aan de zijde van de opdrachtgever invloed op de aansprakelijkheid van de aannemer na oplevering. Doordat het aan de opdrachtgever wordt toegerekend wanneer hij zich (bij oplevering) laat bijstaan door een deskundige private toezichthouder bestaat de kans dat opdrachtgevers hiervan af zien en een extra controle op onder meer de constructieve veiligheid daardoor niet plaatsvindt.

De voorgestelde wijziging met daarin de vergroting van de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid van de aannemer moet volgens de minister ook een prikkel opleveren voor de aannemer om betere kwaliteit te leveren in het nieuwe stelsel. Ik durf deze verwachting echter niet met zekerheid te onderschrijven. Ondanks dat het begrip verborgen gebreken wordt verduidelijkt in het nieuwe stelsel waardoor er minder discussie zal bestaan over het verantwoordelijkheidsvraagstuk met betrekking tot verborgen gebreken, durf ik geen uitspraak te doen over de gevolgen hiervan voor de kwaliteit van het

bouwwerk. Over het algemeen zullen aannemers zich door de hele set veranderingen in het nieuwe stelsel meer bewust zijn van het feit dat zij verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit en de constructieve veiligheid van het bouwwerk en zich meer expliciet bezighouden met de kwaliteit die zij daadwerkelijk (kunnen) leveren. Dit geldt te meer wanneer zij bij een bouwproject dat valt in de eerste risicoklasse van het nieuwe stelsel tevens aangewezen zijn als kwaliteitsborger. Ik denk echter dat de vooruitgang in kwaliteit in het nieuwe stelsel niet per definitie volgt uit de uitbreiding van de verantwoordelijkheid door aanpassing van het begrip verborgen gebreken. Ook in het huidige stelsel zal een aannemer namelijk niet bewust steken laten vallen en een huis opleveren waarvan hij weet dat het gebreken vertoont. Ook al is de aansprakelijkheid in het huidige stelsel beperkt door het BW en de van toepassing verklaarde algemene voorwaarden, feit blijft dat de aannemer bij een aansprakelijkheidstelling er in moet slagen de geschilbeslechter ervan te overtuigen dat er voldoende deskundigheid was aan de zijde van de opdrachtgever om de geconstateerde gebreken toe te rekenen aan de opdrachtgever. Het nieuwe stelsel leidt naar mijn idee dus wel tot een betere bewustwording bij de aannemer voor wat betreft zijn verantwoordelijkheden in het Nederlandse bouwproces. Of deze bewustwording direct voortvloeit uit de vergroting van de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid van de aannemer door aanpassing van de verborgen gebreken bepaling is zeer de vraag.

Een punt van onduidelijkheid met betrekking tot de verantwoordelijkheidsverdeling in het stelsel van private kwaliteitsborging voor de bouw, betreft de reikwijdte van de aansprakelijkheid van het bevoegd gezag voor de uitvoering van zijn taken bij de twee toetsmomenten in het nieuwe stelsel. Allereerst de 'check private kwaliteitsborging' in de toestemmingsfase. Het is zoals eerder vermeld niet ondenkbaar dat de wettelijk verplichte toetsing door het openbaar gezag aan het openbare register enige verantwoordelijkheid met zich meebrengt. Enerzijds moet de opdrachtgever ervoor zorgen dat hij kiest voor een erkende kwaliteitsborger die gaat werken met een instrument dat geschikt is voor de risicoklasse van het bouwwerk. Anderzijds mag het bevoegd gezag enkel een vergunning verlenen wanneer het de toetsing aan het openbare register heeft uitgevoerd. Hierdoor zou betoogd kunnen worden dat er toch enige verantwoordelijkheid aan de zijde van het bevoegd orgaan is, doordat het verantwoordelijk is voor de beslissing op de vergunningaanvraag en deze naar behoren dient te toetsen. Toch kan met betrekking tot dit punt over het algemeen geconcludeerd worden dat het een extra controlemoment is in het bouwproces door een onafhankelijke partij voordat er daadwerkelijk wordt gestart met de bouw van het bouwwerk. In de meeste gevallen zal dit slechts een routineklus zijn en zal het bevoegd gezag niet stuiten op onjuistheden. In de gevallen waar er echter wél is gekozen voor een instrument dat niet akkoord is of een kwaliteitsborger die niet erkend is, is het van cruciaal belang voor de constructieve veiligheid dat dit tijdig wordt opgemerkt. Ten tweede is er de toets van de gemeente aan het opleverdossier. Doordat deze toets slechts procedureel van aard is en is gericht op de volledigheid – dus niet op de inhoud – van het opleverdossier zegt de goedkeuring hiervan weinig over de mate van constructieve veiligheid van het gerealiseerde bouwwerk en is er met betrekking tot dit punt ook geen verantwoordelijkheid aan de zijde van de overheid. Het uitgangspunt van het nieuwe stelsel is dat de verklaring van de kwaliteitsborger voldoende waarborgen geeft voor het voldoen van het bouwwerk aan de wettelijke voorschriften van het Bouwbesluit 2012 en derhalve voldoet aan het minimumniveau van constructieve veiligheid. Het toezicht door de instrumentbeheerder van het toegepaste instrument, het tweedelijnstoezicht van de toelatingsorganisatie en het eventuele ingrijpen

van het bevoegd gezag bij twijfel aan de veiligheid van het gereed gemelde gebouw moet bijdragen aan een goede werking van dit stelsel.

Deelconclusie

Met de invoering van het nieuwe stelsel wordt de rol van de overheid aanzienlijk beperkt. Er vindt geen expliciete toets aan de constructieve veiligheid van bouwwerken meer plaats door het bevoegd gezag. De verantwoordelijkheid voor het voldoen van een gerealiseerd bouwwerk aan de minimale eisen voor de constructieve veiligheid zoals opgenomen in het Bouwbesluit 2012 ligt bij de private marktpartijen. De verschuiving van de kwaliteitsboring voor het bouwen naar de private sector met daarbij een grotere verantwoordelijkheid voor de private sector draagt bij aan meer kwaliteitsbesef en een goede uitvoering van de taken door de marktpartijen. Er wordt in het nieuwe stelsel geen schijnzekerheid meer geboden door het afgeven van een vergunning na een (beperkte risicogestuurde) beoordeling van een bouwplan dat tijdens de uitvoeringsfase vaak nog meerdere malen wordt aangepast. Daarbij kan er door de beperkte rol van de overheid in het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging in de bouw nog slechts minimaal op de overheid geleund worden waardoor partijen de verantwoordelijkheid wel móeten nemen.

- *Hoe minder taken en verantwoordelijkheden bij de overheid, hoe minder mogelijkheden voor marktpartijen om te leunen op die overheid; hoe meer zij de verantwoordelijkheid (moeten) nemen voor de constructieve veiligheid, hoe beter de constructieve veiligheid van het bouwwerk bij oplevering.*

Gelet op de eerder beschreven risico's en valkuilen is het echter wel van belang om een goede vorm van (tweedelijns) toezicht te organiseren in het nieuwe stelsel. Met voldoende 'reality checks' kan voorkomen worden dat de constructieve veiligheid slechts op papier bestaat en wordt er een vinger aan de pols gehouden door middel van een controle of de onder het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging gerealiseerde bouwwerken voldoen aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 en voldoende constructief veilig zijn. Voor een goede werking van het stelsel moeten er voldoende bevoegdheden aanwezig zijn bij de instrumentbeheerders en de publieke toelatingsorganisatie. Het bevoegd orgaan fungeert als 'vangnet' en blijft met de bevoegdheid tot repressieve handhaving ook in het nieuwe stelsel ingrijpen naar aanleiding van klachten, handhavingsverzoeken of eigen observaties.

4.5 Eindconclusie

Vooropgesteld dat dit publiekrechtelijke en privaatrechtelijke onderzoek zich baseert op het nieuwe stelsel voor private kwaliteitsborging zoals dat is voorgesteld door de minister voor Wonen en Rijksdienst in het conceptwetsvoorstel (waarop eenieder nog tot half september 2014 kan reageren waarna het verder uitgewerkt zal worden) en nog door het parlement moet worden aangenomen, kan de hoofdvraag: *In hoeverre waarborgt het nieuwe stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen de constructieve veiligheid van bouwwerken in de realisatiefase van het Nederlandse bouwproces?* als volgt beantwoord worden.

Het deskundigheidsniveau is door de specialistische kennis van marktpartijen en het toezicht van de instrumentbeheerders voldoende hoog om de constructieve veiligheid van bouwwerken in het nieuwe stelsel te borgen. Daarbij biedt het nieuwe stelsel meer ruimte om bouwwerken bij de realisatie te onderwerpen aan een meer uitgebreide en meer volledige toets.

Onpartijdigheid en onafhankelijkheid van kwaliteitsborgende partijen bij de uitvoering van hun toezichthoudende taken is in het nieuwe stelsel niet altijd te garanderen. Voldoende aansprakelijkheid aan de zijde van de private kwaliteitsborger en de dreiging van de mogelijke intrekking van de erkenning tot gebruik van een instrument voor kwaliteitsborging zal er naar verwachting voor zorgen dat marktpartijen zo onafhankelijk en onpartijdig mogelijk handelen zodat dit niet per definitie een verslechtering van de constructieve veiligheid inhoudt.

Het nieuwe stelsel is duidelijk over de taken, verantwoordelijkheden en adequate bevoegdheden in relatie tot onder meer de constructieve veiligheid. De private sector moet zorgen voor constructief veilige bouwwerken en de publieke toelatingsorganisatie houdt een vinger aan de pols. Private partijen zullen zelf meer verantwoordelijkheid moeten nemen om de constructieve veiligheid op een goede manier te borgen. Wanneer het nieuwe stelsel een hoge mate van aansprakelijkheid verbindt aan de verschillende taken van de actoren in de bouwpraktijk zal dit naar verwachting geen probleem zijn.

Het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging in de bouw en de wijzigingen die doorgevoerd gaan worden met de invoering van de Wet kwaliteitsborging van het bouwen zal voldoende draagvlak moeten ontwikkelen in de bouwpraktijk. Verschillende actoren in de bouwpraktijk moeten goed en juist geïnformeerd worden over de geplande veranderingen. Het zal veel kennis en kunde vragen van de private partijen om hun nieuwe rol op te kunnen pakken en tegelijkertijd ook een investering vragen om de huidige rol van het bevoegd orgaan met betrekking tot de toets aan het Bouwbesluit en de borging van de constructieve veiligheid te beëindigen. Ondanks dat het een hele opgave wordt om het nieuwe stelsel van private kwaliteitsborging in te voeren en alle partijen tot op zekere hoogte met hun neus dezelfde kant op te krijgen, zal het nieuwe stelsel geen afbreuk doen aan de borging van de constructieve veiligheid en levert het mogelijk zelfs een bijdrage aan de verbetering daarvan.

VERANTWOORDING GEBRUIKTE BRONNEN

Literatuurlijst

Banga 2012

J. Banga, *Bouwbesluit: constructieve veiligheid*, Delft: Nederlands Normalisatie-Instituut 2012.

De Groot, *Bouwregels in de praktijk* 2014/9

F. de Groot, 'Overgang naar private kwaliteitsborging vanaf 2015', *Bouwregels in de praktijk*, jaargang 9, februari 2014, p.6-9.

Elsink, *Handhaving* 2010/4

N. Elsink, 'Integraal Toezichtprotocol: van 3000 regels naar 100 controlepunten', *Handhaving* 2010-4, p. 32-35.

Gambon, *TBR* 2008/69 afl. 4

S. Gambon, 'Constructieve veiligheid in juridisch perspectief', *TBR* 2008/69, afl. 4, P.367-377.

Hamersma 2012

J. Hamersma, *Aansprakelijkheid bij falend bouwtoezicht* (masterscriptie Amsterdam UvA), 2012.

Laan & Terwindt, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2014/166

O. Laan & M.P. Terwindt, 'Private kwaliteitsborging: kans of kruis?', *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2014/166, p.619-630.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2012

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Handboek Wet revitalisering generiek toezicht*, augustus 2012.

Michiels 2014

F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Michiels 2008

F.C.M.A. Michiels, 'Naar een ander bouwtoezicht p: publiek of privaat?', in: G.H. Addink e.a., *Grensverleggend Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Michiels, *Netherlands Administrative Law Library* 2013/3

F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb', *Netherlands Administrative Law Library*, 2013/3, 1-19.

Neerhof 2013

A.R. Neerhof, *Certificering en normalisatie in het publieke bouwrecht*, 's Gravenhage: Stichting IBR 2010.

Neerhof 2014

A.R. Neerhof, 'Een grotere rol van privaat toezicht in de bouw: gaat dat werken?' In H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille (Eds.), *Ridderorde. Beschouwingen over bestuurlijke organisatie, toezicht en juridisering* (De Ridder-bundel), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014.

Strang 2009

H. Strang, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk bouwtoezicht in Nederland en Engeland* (masterscriptie Tilburg UvT), 2009.

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011.

Van den Berg, Tijdschrift voor Bouwrecht 2014/ 95

L.C. van den Berg, 'Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw', *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2014/95, p.509-513.

Van den Berg, Bregman & Chao-Duivis 2013

M.A.M.C. van den Berg, A.G. Bregman en M.A.B. Chao-Duivis, *Bouwrecht in kort bestek*, 's Gravenhage: Stichting IBR 2010

Van der Burg & Voermans 2012

F.H. van der Burg & W.J.M. Voermans, *Unirecht in de Nederlandse rechtsorde*, Deventer: Kluwer, 2012.

Van der Heijden 2009

J. van der Heijden, *De voor- en nadelen van privatisering van het bouwtoezicht*, 's Gravenhage: Stichting IBR 2009.

Van der Heijden, Tijdschrift voor Toezicht 2010/ 1

J.J. van der Heijden, 'Mix op maat. De gevolgen van privatisering van het bouwtoezicht in Australië en Canada', *Tijdschrift voor Toezicht*, 2010-1, p.21-45.

Van der Heijden, Tijdschrift voor Veiligheid 2013/1

J. van der Heijden, 'De geest van het Franse bouwtoezicht in een immer troebele fles' (bespreking van I. Helsloot & A. Schmidt, *Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidstoezicht in de bouw?*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012), *Tijdschrift voor Veiligheid*, 2013-1, p.56-59.

Van Gulijk, The International Construction Law Review 2013 afl. 30(1)

S. van Gulijk, 'Improving construction safety in complex building projects in The Netherlands.' *The International Construction Law Review*, 2013 afl. 30(1), p. 16-28.

Visscher, van der Heijden & Meijer 2009

H.J. Visscher, J.J. Van der Heijden & F.M. Meijer, *Het toezicht op de naleving van de eisen uit het Bouwbesluit*, ' Bijdrage aan het boek Bouwbesluit voor juristen, 's-Gravenhage: Stichting IBR 2009.

VROM 2006

VROM, *Plan van aanpak Constructieve Veiligheid 2006. Brochure*, Den Haag: ministerie van VROM 2006.

VROM 2007

VROM, *De bouwbesluittoets onder certificaat. Niet verplicht, wel mogelijk. Brochure*, Den Haag: ministerie van VROM 2007.

Werkgroep Constructieve Veiligheid 2011

Werkgroep Constructieve Veiligheid, *Het Compendium Aanpak Constructieve Veiligheid*, Gouda: Betonvereniging 2011.

Rapporten en Adviezen

Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013

Actieteam Routekaart naar Private Kwaliteitsborging 2013, *Routekaart naar private kwaliteitsborging*, juli 2013.

Ankersmit 2013

W. Ankersmit e.a., *Advies over de veranderende rollen Bouwbesluittoetsing en Bouwtoezicht*, Vaassen: Wabo-Advies in opdracht van de gemeente Eindhoven, augustus 2013.

Brink Groep 2013

Brink Groep, *Onderzoeksrapportage Quick Scan Autoriteit Private Kwaliteitsborging*, juni 2013.

Chao-Duivis & Strang 2013

M.A.B. Chao-Duivis & H.P.C.W. Strang, *Eindrapport: Naar een andere verdeling van verantwoordelijkheid in de bouw. Onderzoek naar privaatrechtelijke verbeteringsmogelijkheden van de bouwkwaliteit*. Den Haag: IBR februari 2013.

Commissie Dekker 2008

Commissie Dekker, *Privaat wat kan, publiek wat moet*, Den Haag: ministerie van VROM, 4 mei 2008.

Crisislab 2012

Crisislab, *Risicoaansprakelijkheid als vervanging van overheidstoezicht in de bouw*, 21 juni 2012.

Instituut voor Bouwkwaliteit (Stichting iBK) -Rapport verkenningsfase- 2014

Instituut voor Bouwkwaliteit, *Rapportage verkenningsfase. Op weg naar een toelatingsorganisatie*, 31 januari 2014.

Instituut voor Bouwkwaliteit (Stichting iBK) –Verbetering kwaliteitsborging in de bouw- 2014

Instituut voor Bouwkwaliteit (iBK), *Beschrijving stelsel private kwaliteitsborging*, maart 2014, kenmerk: IBK/HvE/15032014.

Instituut voor Bouwkwaliteit (Stichting iBK) 2014-04

Instituut voor Bouwkwaliteit (iBK), *Advies 2014-04: Advies definitie risicoklasse 1*, 26 mei 2014.

Instituut voor Bouwkwaliteit (Stichting iBK) 2014-05

Instituut voor Bouwkwaliteit (iBK), *Advies 2014-05: Hoe werkt het nou straks in het nieuwe stelsel?*, 27 mei 2014, kenmerk: IBK/HvE/2014-05.

K+V organisatieadviseurs 2007

K+V organisatieadviseurs 2007, *Pilot-onderzoek Borging constructieve veiligheid in bouwprocessen*, Arnhem: Rapport in opdracht van VROM- inspectie en CUR, augustus 2007.

Spekking C&R 2012

Spekking C&R, *Motieven van marktpartijen voor de toepassing van een privaat stelsel in het bouwtoezicht*, 8 augustus 2012.

Stichting Bouwkwaliteit (SBK) 2012

Stichting Bouwkwaliteit (SBK), *De markt als toezichthouder; private kwaliteitsborging in de bouw*, juni 2012.

Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein 2007

Onderzoekscommissie Bos en Lommerplein, *Hoofdrapport Gebroken hart*, Rijswijk: Zijlstra Drukwerk, 2007.

Uitvoering met ambitie 2012

Uitvoering met ambitie, *Kwaliteitscriteria 2.1. Voor vergunningverlening, toezicht en handhaving krachtens de Wabo*, 7 september 2012.

Vereniging Bouw- & Woningtoezicht Nederland 2013

Vereniging Bouw- & Woningtoezicht Nederland, *Privaat wat moet, publiek wat onvermijdelijk is. Voorlopig visiedocument private kwaliteitsborging*, 12 maart 2013.

Visscher, Van der Heijden & Meijer 2007

H.J. Visscher, J.J. Van der Heijden & F.M. Meijer, *Bouwtoezicht bij veelvoorkomende bouwactiviteiten*, 's-Gravenhage: Ministerie van VROM, 2007.

Woningcorporatie Staedion e.a. 2013

Woningcorporatie Staedion e.a., *Project Extern Bouwtoezicht. Een praktijkproef in het kader van het advies van de commissie Fundamentele Verkenning Bouw*, November 2013.

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 2002/03, 23 095, nr. 38a

Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3

Kamerstukken II 2006/07, 30844, nr.3

Kamerstukken II 2011/12, 28325, nr. 146

Kamerstukken II 2013/14, 32 757, nr. 91

Kamerstukken II 2013/14, 33 798, nr. 3

Jurisprudentie

ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2082

ABRvS 30 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP9570

ABRvS 12 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7117

ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2022

Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316