

Aansprakelijkheid Private Kwaliteitsborging

Onder het beoogde stelsel private kwaliteitsborging toetst een private kwaliteitsborger of een bouwwerk vanaf de vergunningverlening tot en met de oplevering wordt gebouwd conform het Bouwbesluit.

Wat betekent dit nu eigenlijk voor de aansprakelijkheid?

De basis voor aansprakelijkheid

Als je je als deskundige partij ergens mee bemoeit ben je aansprakelijk. De kwaliteitsborger wordt deskundig geacht en heeft een heldere taak: controle of aan de eisen wordt voldaan. Aansprakelijkheid kun je niet uitsluiten maar wel beperken. Dat zal ook zeker gebeuren. Voor het bepalen van de mate van aansprakelijkheid geldt proportionaliteit. In praktische zin: "In welke mate heb je invloed, wat valt binnen jouw scope en wat had je vanuit jouw taak en deskundigheid moeten constateren en, indien nodig, waar had je actie op moeten nemen?"

De uitleg van deze aspecten is situatiespecifiek. Er wordt bij aansprakelijkheidsvraagstukken geoordeeld gebaseerd op de feitelijke omstandigheden. Ook niet onbelangrijk, er moet sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming.

Nog voor we naar het deel 'toerekenbaar' kunnen kijken is het goed eerst maar eens even de gebruikelijke beperkingen bij aansprakelijkheid, gebaseerd op de voorwaarden binnen de bouw, op te sommen:

- aansprakelijkheid beperkt zich enkel tot directe schade;
- schade is beperkt tot hetgeen niet is gedekt door een gebruikelijke CAR-verzekering of een vergelijkbare verzekering;
- enkel tot de hoogte van de opdracht met een maximum;
- de aansprakelijkheid vervalt na een aantal jaren. Conform de DNR is dit na vijf jaren vanaf de dag waarop de opdracht door voltooiing of opzegging is geëindigd;
- vrijwaring door de opdrachtgever jegens derden. Enkel de partij die opdracht geeft voor de kwaliteitsborging kan bij de kwaliteitsborger aankloppen.

Dit zijn een aantal, de meeste gebruikelijke, standaard beperkingen zoals u die waarschijnlijk ook kent uit de DNR. Er kunnen uiteraard straks ook andere beperkingen of regelingen voorbij komen. Het gaat er natuurlijk om dát er beperkingen gelden.

Een eventuele schade moet tijdig, gemotiveerd worden gemeld. Ook moet de partij die aansprakelijk wordt gesteld de kans krijgen schade te beperken.

Dan komen we bij het deel 'toerekenbaar'. Een toerekenbare tekortkoming is een tekortkoming die te wijten is aan schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of volgens in het verkeer geldende opvattingen, voor rekening van de schuldenaar komt.

Onder 'in het verkeer geldende opvattingen' wordt verstaan een tekortkoming die een goed en zorgvuldig handelend adviseur of opdrachtgever onder de betreffende omstandigheden en met inachtneming van normale oplettendheid – en waar het de adviseur betreft: met de voor de opdracht vereiste vakkennis en middelen uitgerust – had kunnen en behoren te vermijden.

Het mag duidelijk zijn dat het toerekenen van schade geen exacte wetenschap is. Daar moet in de regel een rechter aan te pas komen om te oordelen wat iemand in de betreffende omstandigheden had moeten doen. Dat zal bij de inzet van een kwaliteitsborger naar verwachting niet anders zijn.

Rolvastheid

Belangrijk is dat de kwaliteitsborger er niet is om het werk van andere partijen over te nemen. Hij is niet belast met de engineering en of uitvoering. Hij zal geen opdrachten daartoe geven of met adviezen komen om aan te geven hoe iets kan of moet worden uitgevoerd. De beperking: "Ik kom enkel controleren of het werk aan het Bouwbesluit voldoet", heeft zijn weerslag op de mogelijkheden voor aansprakelijkheid.

De constructeur, de architect, andere adviseurs, de aannemer, allen zijn en blijven aansprakelijk voor de werkzaamheden die zij uitvoeren. De opdracht private kwaliteitsborging maakt dit niet anders.

Een praktijkvoorbeeld

Maar wat nu als de kwaliteitsborger iets, vanuit zijn taak, over het hoofd ziet? Daar gaat het toch eigenlijk om met aansprakelijkheid? Ja precies en uiteraard ook de mogelijkheid van een verkeerd waardeoordeel!

Ik beschrijf hoe dit uit kan pakken aan de hand van een voorbeeld.

We moeten eerst een antwoord krijgen op de vraag: "Of er wel sprake is van schade?" Voor mijn voorbeeld ga ik er vanuit dat er schade is.

Stel het betreft een hoger energieverbruik omdat de isolatiewaarde in de praktijk niet wordt gehaald. Is dit verkeerd berekend en is er, eenvoudig gesteld, onvoldoende isolatie aangebracht dan is dit een engineeringprobleem. De kwaliteitsborger gaat niet alle berekeningen nog eens zelf maken. Dat is zijn deskundigheid niet. Dat kan niet van hem worden verwacht. Aansprakelijkheid gaat in dit geval in eerste instantie richting de partij die de berekening heeft gemaakt.

Maar wat nu als het een gemetselde gevel betreft en de specie wat te royaal is aangebracht waardoor de isolatie onvoldoende aansluit en de gevel als systeem niet voldoet. In een dergelijk geval ligt dit in eerste instantie op het bordje van de aannemer. Van de aannemer mag je een bepaalde vakkundigheid verwachten. De aannemer kan dit niet zomaar richting kwaliteitsborger schuiven.

Toch kijken we even door want dat zal een gemotiveerde advocaat zeker ook doen. Dan moeten we eerst kijken wat er vanuit het toegepaste instrument is aangegeven over de controle, de controleaspecten en controlemomenten. Als het goedgekeurde instrument hier niets over zegt stopt het daar voor mogelijke aansprakelijkheid van de kwaliteitsborger. Als het een instrument betreft waarin wel de controle van de gevel is beschreven dan is nog de vraag op welke punten en de toepasselijke eisen. Ook dit kan er toe leiden dat er geen sprake is van aansprakelijkheid van de kwaliteitsborger.

Dan hebben we nog de optie dat het instrument wel het nodige in detail heeft beschreven over de vereiste controle van de gevel. In die situatie is er, in beginsel, wel een basis om tot aansprakelijkheid te kunnen komen. Vervolgens moeten we kijken naar wat de kwaliteitsborger heeft gezien tijdens zijn momentopname. Was het betreffende gevelfragment waar zijn waarneming op is gebaseerd correct uitgevoerd en de rest misschien niet? Zijn er foto's gemaakt? Is het maken van foto's als bewijs in het

instrument beschreven? Het is geen een-tweetje. Als nu blijkt dat de kwaliteitsborger wel toerekenbaar tekort is geschoten dan kan dit leiden tot een harde claim. Ook in dit geval gaat de aannemer nog steeds niet vrijuit. Voor de kwaliteitsborger kan het in het ergste geval betekenen dat hij tot de hoogte van zijn honorarium aansprakelijk is. Hierbij ga ik er vanuit dat de aansprakelijkheid is beperkt conform de DNR. Enkel bij opzet of grove nalatigheid, wat in de praktijk heel moeilijk is aan te tonen, kan het verder gaan dan dat. De aansprakelijkheid van de kwaliteitsborger staat natuurlijk in schril contrast met de herstellkosten.

We zijn nog niet klaar met ons voorbeeld want er zijn nog andere feitelijke omstandigheden denkbaar die van invloed zijn op de aansprakelijkheid van kwaliteitsborging.

In advies nummer 8 van het Instituut voor Bouwqualiteit is aangegeven dat er bij geïntegreerde contractvormen anders met kwaliteitsborging kan worden omgegaan.

Citaat:

“De criteria zijn geenszins bedoeld om geïntegreerde contractvormen te belemmeren. Als daarin de kwaliteitsborging op een verantwoorde wijze is opgenomen kan de eventueel vereiste onafhankelijke kwaliteitsborger zich mogelijk beperken tot een vorm van systeemtoezicht op de kwaliteitsborging van de uitvoerende partijen zelf.”

Conclusie:

Als in ons voorbeeld sprake is van een geïntegreerd contract dan heeft de kwaliteitsborger de gevel helemaal niet bekeken dus mag aansprakelijkheid worden uitgevochten tussen principaal en aannemer. Het is op zich frappant dat wordt aangenomen dat de noodzaak op onafhankelijk controle op de wettelijke eisen anders wordt ingeschat bij een geïntegreerd contract. Een bouwwerk gerealiseerd met een dergelijk contract hoeft dus niet op de wettelijke eisen te worden gecontroleerd, systeemtoezicht op de kwaliteitsborging van de aannemer is hierbij voldoende.

In advies nummer 8 van het Instituut voor Bouwqualiteit is aangegeven dat er bij gestandaardiseerde bouw, met de nodige CE-markeringen of kwaliteitsverklaringen anders met kwaliteit kan worden omgegaan.

Citaat:

“Als het instrument betrekking heeft op bouwwerken die zijn gestandaardiseerd of (vrijwel) geheel bestaan uit (samengestelde) bouwproducten waarvan de kwaliteit via CE-markering en/of aanvullende kwaliteitsverklaringen wordt geregeld, verwijst het instrument naar die documenten en spitst de beschrijving van de kwaliteitsborging van het bouwwerk zich toe op de samenhang tussen deze (samengestelde) bouwproducten, de locatie-specifieke aanpassingen van de standaarden en het feitelijke realisatieproces.”

Conclusie:

Als in ons voorbeeld de gevel is gerealiseerd met producten onder CE-markering of er zijn extra kwaliteitsverklaringen verstrekt dan heeft de kwaliteitsborger de gevel helemaal niet bekeken dus mag aansprakelijkheid worden uitgevochten tussen principaal, aannemer, leveranciers en de lieden die de aanvullende kwaliteitsverklaringen hebben afgegeven. Ook hier weer, het is frappant dat wordt aangenomen dat de noodzaak op onafhankelijk controle op de wettelijke eisen anders wordt ingeschat bij realisatie met gestandaardiseerde producten met CE-markering of extra kwaliteitsverklaringen. Bijkomende moeilijkheid is dat het onmogelijk is objectief aan te geven wanneer iets standaard is, bij hoeveel producten met CE-markering en bij welke aanvullende kwaliteitsverklaringen de schakelaar naar niet meer controleren omgaat.

Nog frappanter is dat wordt aangenomen dat producten met CE-markeringen iets zeggen over de toepassing. Maar goed, dit is voor nu het advies van de experts die de stelselwijziging voorbereiden en ik beperk me met dit stuk tot de consequenties voor de aansprakelijkheid.

Met bovenstaand voorbeeld komt tevens het grote manco van het nieuwe stelsel naar voren: er is geen eenduidige landelijk gedragen standaard voor controlewerkzaamheden waarmee per type werk en gebruiksfunctie(s) de controleaspecten en bijbehorende eisen zijn beschreven. Dit biedt de mogelijkheid voor vrije invullingen per instrument en daarmee ook onvolledigheid en subjectiviteit. Voor een landelijk gedragen standaard is vooralsnog geen politiek draagvlak. We moeten ons dan ook klaarmaken voor welles nietes discussies en meningen of we met een bepaald instrument wel de garantie hebben dat aan de eisen is voldaan. Dat gaat de toelatingsorganisatie niet voor ons oplossen.

Zijn er mogelijkheden om de kwaliteitsborger aan strengere voorwaarden te houden?

Iemand doet een aanbieding en bij de opdracht worden de leveringsvoorwaarden en de toepasselijke regelingen opzij geschoven. Bij de opdracht worden de standaard inkoopvoorwaarden van de opdrachtgever van toepassing verklaard met in de regel een hogere mate van aansprakelijkheid. Dit kent u natuurlijk wel. Wellicht zullen er opdrachtgevers zijn die deze route gaan bewandelen. In de praktijk acht ik de kans van slagen hiermee klein. Het ligt op de weg van het instrument hier helder in te zijn richting de gebruikers van het instrument. Hiermee kan een kwaliteitsborger niet op eigen houtje afwijkende afspraken maken of accepteren, ook niet onder druk van potentiële opdrachtgevers.

Bijkomend probleem is dat de aansprakelijkheid per instrument op punten anders kan worden georganiseerd. Dit heeft zijn weerslag op de relatie vergunninghouder kwaliteitsborger. Vereniging Bouw- en Woningtoezicht Nederland (VBWTN) onderkent de complexiteit van aansprakelijkheid en de ruimte die nu wordt geboden voor mogelijke invullingen per instrument. VBWTN pleit dan ook voor het helder, op landelijk niveau, regelen van de aansprakelijkheid. Dat zou inderdaad verstandig zijn maar ook dit past nog even niet in de politieke lijn.

Hoe zit het dan met de instrumentbeheerders?

Kunnen die niet aansprakelijk worden gesteld? Er is geen directe relatie tussen de instrumentbeheerders en de partij die een kwaliteitsborger inschakelt waardoor aansprakelijkheid van de instrumentbeheerders in de praktijk waarschijnlijk niet mogelijk zal zijn. Een toelatingsorganisatie bepaalt of een instrument kan worden toegepast. De toelatingsorganisatie kijkt met enige regelmaat naar de taakuitoefening van de instrumentbeheerder. Hierbij gaat het over bijvoorbeeld audits en reality checks. Dit staat, met betrekking tot de aansprakelijkheid, los van een specifiek vraagstuk op een project uitgevoerd met het instrument. Het instrument is immers goedgekeurd. Ook vanuit de kwaliteitsborger is het praktisch gezien niet mogelijk aansprakelijkheid richting de instrumentbeheerders te drukken. Je zou je voor kunnen stellen dat de kwaliteitsborger dit toch onderzoekt. Dit zal waarschijnlijk op niets uitlopen omdat het instrument is goedgekeurd, daarmee is de kous af.

De toelatingsorganisatie 'bewaakt' of de instrumentbeheerders het riedeltje audits en reality checks doen om bij voortduring aan de toelatingseisen te voldoen. Dat gaat dus niet over een specifiek probleem op een werk.

Het stuiten van aansprakelijkheid in de keten is evident. Zou dit niet zo zijn dan kan de instrumentbeheerder direct een claim doorleggen richting toelatingsorganisatie want die controleert immers de instrumentbeheerder. Ho, wacht even, dan zijn we weer terug bij de overheid en dat was nu net niet de bedoeling.

Probleem bij continuïteit

Inherent aan toezicht door private partijen is het feit dat die partijen de activiteiten kunnen staken of failliet kunnen gaan. Daarmee vervalt de mogelijkheid om iemand aansprakelijk te stellen. Doet zich dit voor dan moet er een andere kwaliteitsborger worden aangesteld maar die kan het deel verleden natuurlijk niet even met terugwerkende kracht controleren. De 'nieuwe' kwaliteitsborger kan alleen iets over de controles vanaf dat moment verklaren. Onduidelijk is of het werk in totaliteit in een dergelijke situatie voldoet.

In deze en veel andere scenario's is nog niet voorzien.

Is er straks om wat voor reden dan ook geen kwaliteitsborging en is hiermee onduidelijk of tenminste aan de technische voorschriften van het Bouwbesluit is voldaan dan mag het bouwwerk niet in gebruik worden genomen.

Moeten we nu andere verzekeringen hebben?

Navraag bij een van de grootste verzekeraars binnen de bouw wijst uit dat de taak private kwaliteitsborging niet als een ander of hoger risico wordt ingeschat. Dit valt onder de gebruikelijke beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

Het kan natuurlijk zijn dat verzekeraars hier wel aparte producten voor gaan bedenken al is het maar omdat het kan en zij hiermee kunnen inspelen op de impliciete vraag "Hier moet je toch iets bijzonders voor gaan regelen?" want pas dan is het echt helemaal goed! Laat het maar aan de markt over om het spannender te maken dan het is in lijn met de wet van valse schaarste: creëer een vraag waar er nog geen is.

Betaalbaarheid en aansprakelijkheid

Het idee is natuurlijk dat private kwaliteitsborging ook betaalbaar is. Voor kleine werken binnen gevolgklasse 1 kun je geen dagen met een kwaliteitsborger plannen bekijken en tijdens de realisatie veel gaan controleren. Dat is niet te betalen en staat niet in verhouding met de omvang van het werk en de risico's. Ook voor alle andere werken geldt proportionaliteit. Bij complexere werken met een hoger risico moet dus anders en intensiever worden gecontroleerd.

In alle gevallen moeten controles zo efficiënt mogelijk worden uitgevoerd om het betaalbaar te houden. Controlewerk is en blijft echter beperkt tot momentopnamen waarbij niet alles kan worden gecontroleerd. Er moeten keuzes worden gemaakt, wat is cruciaal en wat niet. Aansprakelijkheid heeft een relatie met de hoeveelheid aandacht die aan controle kan en wordt besteed. Alles heeft zijn prijs.

Goede intenties

Het is de intentie van de wetgever om de positie van de bouwconsument te versterken en private kwaliteitsborging zo te organiseren dat er voldoende zekerheid is dat bouwwerken aan de wettelijke eisen voldoen. Het is dan ook een 'work in progress' en er wordt nog het nodige gesleuteld aan het wetsvoorstel in combinatie met detailregelgeving, algemene maatregel van bestuur en beleidsregels.

Tot slot

Het bovenstaande is geen poging om met een allesomvattende beschrijving van hoe de aansprakelijkheid straks uitpakt te komen. Dat kan ook helemaal niet omdat veel nog onzeker is. We hebben nog geen wet en veel zaken die op een andere manier worden geregeld moeten nog nader worden bepaald. Toch is het goed alvast meer gevoel te krijgen bij de richting, waar het naar toe gaat en dus ook het aspect aansprakelijkheid. Ik weet zeker dat er straks de nodige juristen uit de bosjes komen die u haarfijn gaan uitleggen hoe moeilijk het allemaal is.

Ik denk niet dat we moeten verwachten dat straks de hemel voor ons opengaat. Aan de andere kant zullen we waarschijnlijk ook niet in de hel belanden.

Pieter Plass

Een aanrader:

Ottilie Laan van Blumstoneadvocaten beschrijft diverse uitdagingen in het stuk ['Private kwaliteitsborging: wie borgt de kwaliteit?'](#)

<http://www.blumstone.nl/nl/nieuws/2015/private-kwaliteitsborging>