

TBR 2024/13

Raakvlakken tussen publiek en privaat bouwrecht onder de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb)

mr. O. Laan, mr. dr. ing. P.M.J. de Haan^[1]

1. Inleiding

Op 1 januari 2024 is de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) in werking getreden. De Wkb introduceert een publiek-privaat stelsel waarmee is beoogd de bouwkwaliteit te verbeteren.

Het private deel van de Wkb bevat wijzigingen van de regeling aanneming van werk in titel 7.12 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het doel is om de positie van de opdrachtgever - meer in het bijzonder van de bouwconsument^[2] - ten opzichte van de aannemer te versterken. Zo blijft de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij oplevering van het bouwwerk niet zijn ontdekt.^[3]

Het publieke deel bestaat uit nieuwe regels voor bouwtechnisch vergunningvrij bouwen^[4] en het stelsel van kwaliteitsborging.^[5] Dit stelsel van kwaliteitsborging houdt vereenvoudigd in dat een private kwaliteitsborger op de bouw toezicht houdt bij bouwwerken uit gevolgklasse 1 (zoals grondgebonden woningen). Hij dient te verklaren of het gerealiseerde bouwwerk aan de bouwtechnische voorschriften uit het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl)^[6] voldoet.

Indien een bouwactiviteit valt onder gevolgklasse 1 dan mag de bouw niet starten zonder vier weken daaraan voorafgaand een bouwmelding onder kwaliteitsborging bij de gemeente te doen.^[7] In de kern is voor een bouwmelding vereist dat wordt aangegeven wie de kwaliteitsborger is en met welk instrument voor kwaliteitsborging (beoordelingsmethodiek) hij werkt. Ook moeten bij de bouwmelding twee rapporten van zijn hand worden gevoegd: een risicobeoordeling en een borgingsplan. In de risicobeoordeling^[8] geeft de kwaliteitsborger aan welke bouwtechnische risico's hij voorziet en in het borgingsplan^[9] geeft hij aan hoe hij met die risico's omgaat. Voor bouwwerken waarbij de initiatiefnemer een bouwmelding moet doen, is geen 'technische' omgevingsvergunning nodig.^[10] Het gerealiseerde bouwwerk uit gevolgklasse 1 mag niet in gebruik worden genomen als niet twee weken daaraan voorafgaand een gereedmelding onder kwaliteitsborging is gedaan. Het belangrijkste onderdeel van de gereedmelding is de verklaring van de kwaliteitsborger dat het bouwwerk bouwtechnisch voldoet aan de hoofdstukken 4 en 5 Bbl (de nieuwbouw- en verbouwvoorschriften).^[11]

Deze publicatie gaat in op de vraagstelling of het stelsel van kwaliteitsborging goed aansluit op de wijzigingen in het BW. Sluiten de publiek- en privaatrechtelijke wijzigingen goed op elkaar aan en zijn de raakvlakken voldoende uitgewerkt?

2. De bouwmelding: publiekrecht

Als een bouwwerk onder gevolgklasse 1 valt, dan moet een bouwmelding onder kwaliteitsborging worden ingediend. De initiatiefnemer dient geen omgevingsvergunning voor een (technische) bouwactiviteit aan te vragen. Het bijzondere is dat de reactie van de gemeente op de bouwmelding geen appellabel besluit oplevert.^[12] In zoverre bouwt de initiatiefnemer op eigen risico, zelfs als de gemeente zijn bouwmelding 'accepteert'. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) geeft in haar handreiking kwaliteitsborging aan dat de gemeente een bouwstop dient op te leggen totdat alsnog een omgevingsvergunning voor de (technische) bouwactiviteit is verleend, als de gemeente achteraf constateert dat het bouwwerk toch niet valt onder gevolgklasse 1 en zij ten onrechte de bouwmelding heeft geaccepteerd.^[13] Er is dus altijd het risico dat achteraf alsnog nog een omgevingsvergunning voor de (technische) bouwactiviteit is vereist. Dit risico doet zich omgekeerd niet voor als een omgevingsvergunning voor de (technische) bouwactiviteit is verleend en onherroepelijk is geworden. Met die onherroepelijkheid staat in rechte vast dat die vergunning is vereist en dat het bouwwerk dus niet valt onder het stelsel van kwaliteitsborging. Niet kan achteraf een bouwstop worden opgelegd, omdat de gemeente alsnog vindt dat dit stelsel geldt en een bouwmelding is vereist.

Volgens artikel 2.16 Bbl is de normadressaat voor de regels uit het stelsel van kwaliteitsborging 'degene die het bouwwerk bouwt. Diegene draagt zorg voor de naleving van de regels over de activiteit'. In de Nota van Toelichting bij het Besluit kwaliteitsborging voor het bouwen (Bkb) staat dat op grond van artikel 2.16 aan de regels van afdeling 2.2a Bbl moet worden voldaan door degene die het bouwwerk bouwt. Daaronder wordt ook degene verstaan die een bouwwerk laat bouwen door een ander, aldus de wetgever. Bij het bouwen van een nieuw bouwwerk zijn in het algemeen de opdrachtgever en de bouwer van het bouwwerk (de aannemer) de partijen die aan deze regels moeten voldoen. In de praktijk kan het dus betekenen dat er bij een bepaalde activiteit meerdere personen tegelijk onder de werking van de regels vallen. De wetgever geeft aan dat de gemeente eenieder kan aanspreken die bouwt en/of laat bouwen. De normadressaat is niet gelijk aan de degene die in het contractenrecht geldt als opdrachtgever of opdrachtnemer. Wie hieraan in de praktijk gevolg moet geven zal in een dergelijk geval ook afhangen van de tussen betrokkenen gemaakte (privaatrechtelijke) afspraken.^[14]

In het publieke spoor is dus niet duidelijk geregeld wie de bouwmelding onder kwaliteitsborging moet doen.

3. De bouwmelding: privaatrecht

Nu de Nota van Toelichting van het Bkb geen duidelijkheid geeft over wie de bouwmelding onder kwaliteitsborging moet doen, is de vraag of het privaatrecht die duidelijkheid wel biedt.

Daarmee rijst ook de vraag wie het risico draagt als de bouwmelding niet aan de wettelijke eisen voldoet. Een onvolledige bouwmelding is publiekrechtelijk geen bouwmelding en leidt ertoe dat de bouwwerkzaamheden niet mogen aanvangen.

Het antwoord op dit risicovraagstuk is afhankelijk van de overeengekomen contractvorm en de op de aannemingsovereenkomst van toepassing verklaarde bouwvoorwaarden. Uit de verschillende bouwvoorwaarden^[15] vloeit een medewerkingsplicht van de opdrachtgever voort op grond waarvan het aan de opdrachtgever is om tijdig te zorgen voor de voor de opzet van het werk benodigde omgevingsvergunning. Dit is met ingang van 1 januari 2024 niet veranderd, omdat de Omgevingswet en de Wkb de bouwvoorwaarden op dit punt niet wijzigen. Er is geen reden om aan te nemen dat dit voor een bouwmelding anders zou zijn.

Deze voorwaarden zijn van regeland recht. Dit betekent, dat de partijen bij het bouwproces van deze voorwaarden afwijkende afspraken kunnen maken. Zo is het mogelijk om overeen te komen dat niet de opdrachtgever, maar de aannemer zorgt voor de indiening van de bouwmelding.

Vertraging als gevolg van het niet op tijd ter beschikking zijn van de in par. 5 lid 1 onder a UAV 2012 bedoelde toestemmingen, komt op grond van par. 8 lid 4 UAV 2012 voor rekening van de opdrachtgever, met als gevolg dat de aannemer recht heeft op termijnsverlenging en/of schadevergoeding.^[16] Bij een werk dat uit onderdelen bestaat waarvoor meerdere vergunningen nodig waren, is het onder par. 5 lid 1 onder a UAV 2012 ook aan de opdrachtgever om voor tijdige beschikbaarheid van deze vergunningen te zorgen zodat de aannemer een doorlopende bouwstroom kon realiseren.^[17]

Omdat de UAV 2012^[18] met de inwerkingtreding van de Wkb niet is gewijzigd als het gaat om de voor de opzet van het werk benodigde vergunningen, is het onder het stelsel van kwaliteitsborging eveneens aan de opdrachtgever om te zorgen voor het tijdig doen van de bouwmelding onder kwaliteitsborging bij een bouwwerk dat valt onder gevolgklasse 1.

Het verkrijgen van publiek- en privaatrechtelijke toestemmingen is ten dele een taak van de opdrachtgever en ten dele een taak van de aannemer. De opdrachtgever draagt op grond van par. 5 lid 1 onder a UAV 2012 zorg voor de toestemmingen om het werk mogelijk te maken. Volgens par. 6 lid 10 UAV 2012 is het aan de aannemer om zorg te dragen voor de tijdige verkrijging van deze vergunningen en toestemmingen voor zover zij niet behoren tot die waarvoor de opdrachtgever ingevolge het bepaalde in par. 5 lid 1 onder a UAV 2012 zorg draagt.^[19] Vergelijkt men de bouwmelding met de sloopmelding (in plaats van met de omgevingsvergunning voor de (technische) bouwactiviteit), waarbij de gemeente ook

geen appellabel besluit neemt, dan is de acceptatie van de bouwmelding net als de sloopmelding een voorbeeld van een toestemming vereist voor de wijze van uitvoering van het werk. Dit zou betekenen, dat de aannemer onder het stelsel van kwaliteitsborging verantwoordelijk is voor het tijdig doen van de bouwmelding. Doet hij dat niet goed of niet op tijd, dan komen de kosten gemoeid met het verkrijgen en eventueel de overschrijding van de uitvoeringstijd voor zijn rekening.^[20] Of de tijdige acceptatie van de bouwmelding onder de UAV 2012, UAV-GC 2005 en de AVA 2013 / 2023 langs deze weg daadwerkelijk voor risico komt van de aannemer als benodigde toestemming voor de uitvoering van het werk of toch voor de opdrachtgever is, zal de jurisprudentie moeten uitwijzen.^[21]

4. Vertragingen door ontbreken bouwmelding

Partijen kunnen de hiervoor omschreven risico's met betrekking tot de bouwmelding verdisconteren in de aannemingsovereenkomst. Bijvoorbeeld door het opnemen van opschortende en/of ontbindende voorwaarden met een kostenvergoeding voor de aannemer bij niet doorgaan of het later starten van de bouw in geval van het ontbreken van een in werking getreden omgevingsvergunning^[22] en bouwmelding al dan niet in combinatie met één of meerdere financieringsvoorwaarden, zoals een percentage voorverkoop van woningen dat moet zijn behaald voor de start van de bouw.^[23]

5. Contracteren kwaliteitsborger

Het is niet mogelijk om een bouwmelding onder kwaliteitsborging te doen zonder te vermelden wie de kwaliteitsborger is. Alle partijen bij het bouwproces kunnen de kwaliteitsborger contracteren. De normadressaat als bedoeld in artikel 2.16 Bbl bevat geen (duidelijke) beperking. In de praktijk zal dat meestal de opdrachtgever van de aannemer of de aannemer zelf zijn. Zonder contracteren van de kwaliteitsborger kan geen bouwmelding worden gedaan. De kwaliteitsborger moet immers in de bouwmelding worden vermeld.

Het op tijd kunnen doen van de bouwmelding vereist het tijdig inschakelen van de kwaliteitsborger, omdat hij het borgingsplan en de risicobeoordeling moet vaststellen. Ook die rapporten moeten onderdeel zijn van de bouwmelding. Wat 'tijdig' is, is afhankelijk van de informatie die de kwaliteitsborger daarvoor nodig heeft. De kwaliteitsborger zal de technische tekeningen en berekeningen van het papieren bouwplan beoordelen. Voorkomen moet immers worden dat hij achteraf geen verklaring afgeeft vanwege een ontwerpfout die al in het ontwerp zat voordat met de bouw werd begonnen.^[24]

Tussen de kwaliteitsborger en zijn opdrachtgever ontstaat een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW. Op basis van het beginsel van contractsvrijheid, kunnen partijen in de overeenkomst van opdracht tot kwaliteitsborging overeenkomen dat de kwaliteitsborger meer doet dan alleen toetsen aan het Bbl, bijvoorbeeld dat de kwaliteitsborger ook toetst of aan de eisen van goed en deugdelijk werk

is voldaan. Vanwege de eisen van onafhankelijkheid kan de kwaliteitsborger niet bijvoorbeeld de architect, aannemer, constructeur of bouwfysisch ontwerper zijn. Hij mag niet zijn eigen werk controleren. In dit verband bepaalt artikel 3.83 Bkl dat een instrument voor kwaliteitsborging moet voorschrijven dat de kwaliteitsborging alleen wordt uitgevoerd door een kwaliteitsborger die niet organisatorisch, financieel of juridisch betrokken is bij het desbetreffende bouwproject, tenzij deze betrokkenheid alleen voortvloeit uit de overeenkomst tot het uitvoeren van kwaliteitsborging.

Een uitbreiding van de verplichtingen van de kwaliteitsborger leidt tot hogere kosten van kwaliteitsborging en tot een hoger aansprakelijkheidsrisico voor de kwaliteitsborger. Contracteert de opdrachtgever de kwaliteitsborger, dan zijn de kosten voor het extra werk van de kwaliteitsborger voor zijn rekening, tenzij hij met de aannemer overeenkomt dat de aannemer deze kosten voor zijn rekening neemt en andersom.

6. Tekortkomingen in de nakoming van de overeenkomst van kwaliteitsborging

De Wkb verandert de onderlinge privaatrechtelijke verhouding tussen adviseurs, aannemers en opdrachtgevers niet.^[25] Net als bij andere overeenkomsten van opdracht kunnen de kwaliteitsborger en zijn opdrachtgever als partijen bij de overeenkomst van opdracht over en weer (toerekenbaar) tekortschieten in de nakoming van hun verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst van kwaliteitsborging.

Tenzij partijen anders zijn overeengekomen, kunnen beide partijen de overeenkomst van kwaliteitsborging in dat geval ontbinden of hun verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst van kwaliteitsborging opschorten, indien aan de wettelijke vereisten van ontbinding respectievelijk opschorting is voldaan. Eindigt de overeenkomst tot kwaliteitsborging, dan heeft dat tot gevolg dat de desbetreffende kwaliteitsborger het desbetreffende bouwwerk niet langer toetst en geen verklaring zal afgeven. Hetzelfde geldt in geval van beëindiging van de overeenkomst tot kwaliteitsborging door een andere oorzaak, zoals faillissement of surseance van betaling.^[26]

Contractueel is het mogelijk om vertraging door een tussentijdse beëindiging van de overeenkomst tot kwaliteitsborging te voorkomen of te beperken, bijvoorbeeld door contractoverneming door een nieuwe kwaliteitsborger in de vorm van het opnemen van een instaprecht.

7. Herstel ontwerpfouten en geconstateerde gebreken

In de Nota van Toelichting bij het Bkb staat dat de kwaliteitsborger een goede risicobeoordeling dient te geven van bouwtechnische oplossingen en bouwmethoden. Ook aan de maatregelen die in de uitvoering worden getroffen om bouwtechnische risico's te voorkomen of te beperken wordt in het borgingsplan aandacht besteed, zoals de kwaliteitscontroles door de uitvoerende partijen op hun eigen werk. Een

essentieel onderdeel van de inspectiepunten is het beoordelen van het ontwerp alvorens met de uitvoering kan worden gestart. De kwaliteitsborger dient aan te geven welke punten uit die beoordeling van het ontwerp naar voren komen die voor de start van de bouw zouden moeten worden aangepast. Het is vervolgens aan de aannemer deze punten op te lossen alvorens een borgingsplan kan worden vastgesteld door de kwaliteitsborger, aldus de Nota van Toelichting.^[27]

Bovengenoemde verantwoordelijkheden in de Nota van Toelichting voor de aannemer lijken alleen juist voor zover de aannemer ontwerpverantwoordelijkheid draagt en de ontwerpfout is toe te rekenen aan de aannemer. In de traditionele situatie waarbij de opdrachtgever het ontwerp maakt en de aannemer dat ontwerp uitvoert, draagt de aannemer geen ontwerpverantwoordelijkheid. Dat kan anders zijn indien sprake is van een geïntegreerd bouwcontract waarbij de aannemer verantwoordelijk is voor het ontwerp en voor de uitvoering. Is het gebrek niet toe te rekenen aan de aannemer, dan is het niet aan hem zorg te dragen voor herstel van dat gebrek, maar aan degene aan wie die afwijking of het gebrek valt toe te rekenen.

In het geval dat de kwaliteitsborger niet volledig toetst aan hoofdstuk 4 en eventueel 5 Bbl^[28], bestaat het risico op discrepantie tussen de onderdelen van het bouwwerk die de kwaliteitsborger heeft getoetst - en waarvoor hij zijn verklaring afgeeft - en gebreken na oplevering van een werk in de niet-getoetste onderdelen. Dit betekent niet per definitie dat de kwaliteitsborger aansprakelijk is voor gebreken aan de onderdelen van het werk die hij niet heeft getoetst. Het is immers de aannemer die heeft gebouwd en de gebreken heeft veroorzaakt, ervan uitgaande dat die gebreken aan hem toerekenbaar zijn, en niet de kwaliteitsborger. In het geval de kwaliteitsborger contractueel verplicht was om de desbetreffende onderdelen van het werk wel te toetsen, maar dat ten onrechte heeft nagelaten, kan hij hooguit aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van het niet of niet deugdelijk nakomen van zijn verplichting tot het toetsen van het bouwwerk voortvloeiende uit de overeenkomst tot kwaliteitsborging en het Bkb.^[29] De kwaliteitsborger is jegens zijn opdrachtgever onder de overeenkomst tot kwaliteitsborging aansprakelijk voor niet-nakoming van zijn verplichtingen zoals die voortvloeien uit de overeenkomst tot kwaliteitsborging en het instrument tot kwaliteitsborging.

Gaat het om onderdelen van het bouwwerk die de kwaliteitsborger wel heeft getoetst, dan kan hij jegens zijn opdrachtgever - als die opdrachtgever tevens opdrachtgever is van het bouwwerk - aansprakelijk zijn omdat hij toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen als achteraf blijkt dat hij ten onrechte heeft verklaard dat het bouwwerk naar zijn oordeel voldoet aan de bouwtechnische voorschriften. Bijvoorbeeld omdat de gemeente heeft geoordeeld dat het bouwwerk niet voldoet aan de bouwtechnische voorschriften.^[30]

8. Oplevering versus gereedmelding

Artikel 7:750 lid 1 BW verplicht de aannemer om het tot stand gebrachte werk op te leveren aan de opdrachtgever. Onder oplevering wordt in het algemeen verstaan het in overeenstemming met de inhoud en strekking van de overeenkomst ter beschikking stellen van het werk aan de opdrachtgever.^[31] Artikel 7:758 lid 1 BW beschouwt het werk als opgeleverd na aanvaarding hiervan door de opdrachtgever. Indien de aannemer te kennen heeft gegeven dat het werk klaar is om op te leveren en de opdrachtgever het werk niet binnen redelijke termijn keurt en al dan niet onder voorbehoud aanvaardt, dan wel onder aanwijzing van de gebreken weigert, wordt de opdrachtgever geacht het werk stilzwijgend te hebben aanvaard. Na aanvaarding wordt het werk als opgeleverd beschouwd.

Hieruit volgt dat een aannemer het werk privaatrechtelijk kan opleveren als het niet (volledig) voldoet aan het Bbl. Evenmin is de verklaring van de kwaliteitsborger vereist voor de oplevering van het werk. Die verklaring is een publiekrechtelijk - maar geen privaatrechtelijk - vereiste voor ingebruikname van het bouwwerk.

9. Stilzwijgende oplevering zonder gereedmelding?

Een opdrachtgever kan het werk uitdrukkelijk of stilzwijgend aanvaarden. Uitdrukkelijk bijvoorbeeld door ondertekening van een proces-verbaal van oplevering. Stilzwijgend door aanvaarding en ingebruikneming. Bijvoorbeeld in het geval ingebruikneming noodzakelijk is.^[32] Daarnaast is het privaatrechtelijk op grond van par. 10 lid 3 UAV 2012 mogelijk om een werk vervroegd in gebruik te laten nemen zonder dat van oplevering sprake is.

Zonder gereedmelding met verklaring van de kwaliteitsborger als belangrijkste onderdeel van het dossier 'bevoegd gezag' is ingebruikname verboden.^[33] Het verbod op ingebruikname vervalt twee weken na de gereedmelding, althans de gemeente wordt geacht niet buiten twee weken na de gereedmelding te handhaven.^[34]

De gedachte van de wetgever is dat de privaatrechtelijke oplevering wacht totdat de gereedmelding onder kwaliteitsborging is gedaan. De gereedmelding kan worden gedaan op het moment dat de verklaring van de kwaliteitsborger er is en ook de overige onderdelen van het dossier 'bevoegd gezag': de technische tekeningen en berekeningen. Andere zaken die voor de privaatrechtelijke oplevering in orde moeten zijn, maar geen effect hebben op de verklaring van de kwaliteitsborger, kunnen nog later uitgevoerd worden.^[35]

Deze interpretatie van het opleverproces staat haaks op het privaatrechtelijke proces van oplevering, waarbij de gereedmelding geen vereiste is voor oplevering. In de praktijk zal het ongetwijfeld gaan voorkomen dat een bouwwerk privaatrechtelijk (stilzwijgend) is opgeleverd en in gebruik is genomen, terwijl hetzelfde bouwwerk publiekrechtelijk niet in gebruik had mogen worden genomen omdat de

gereedmelding ontbreekt. Als een bouwwerk in gebruik is genomen zonder voorafgaande gereedmelding, kan de gemeente eerst waarschuwen dat de gereedmelding alsnog moet worden gedaan. Gebeurt dit niet, dan kan de gemeente handhavend optreden.^[36]

Contractueel kan deze situatie worden voorkomen door in de aannemingsovereenkomst op te nemen dat oplevering en ingebruikneming van het werk pas plaatsvindt nadat het werk gereed is gemeld bij de gemeente en het verbod op ingebruikname is komen te vervallen.

10. Weigering oplevering bij ontbreken verklaring kwaliteitsborger

Volgens artikel 7:758 lid 1 BW wordt het werk als opgeleverd beschouwd na de aanvaarding daarvan door opdrachtgever. Opdrachtgever mag de aanvaarding van het werk weigeren als de gebreken aan de ingebruikneming van het werk door de opdrachtgever in de weg staan.

Om aan zijn verplichting tot oplevering te kunnen voldoen, heeft de aannemer de medewerking van zijn opdrachtgever nodig. Op de opdrachtgever rust de 'Obliegenheit'^[37], om het werk binnen een redelijke termijn na de gereedmelding door de aannemer te keuren (te onderzoeken of het werk aan de overeenkomst beantwoordt) en het werk te aanvaarden of te weigeren. Voor het geval de opdrachtgever niet voldoet aan deze 'Obliegenheit' voorziet artikel 7:758 lid 1 BW in stilzwijgende aanvaarding en daarmee oplevering van het werk met rechtsverlies voor de opdrachtgever tot gevolg. Na de oplevering is het werk volgens lid 2 van voornoemd artikel voor risico van de opdrachtgever. Daarnaast ontslaat lid 3 van dit artikel de aannemer van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken.^[38]

Titel 7.12 BW bevat geen definitie van het begrip 'gebrek'. Aangenomen wordt dat van een gebrek sprake zal zijn in het geval de nieuw vervaardigde of bewerkte zaak niet beantwoordt aan de door de opdrachtgever in de overeenkomst gespecificeerde eisen. Van een gebrek zal eveneens sprake zijn indien de zaak niet de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik van die zaak nodig zijn. In de regel gaat het om een gebrek dat zijn oorzaak vindt in een tekortkoming van de aannemer in de nakoming van zijn primaire verbintenis: totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard. Omgekeerd is niet elke tekortkoming van de aannemer een gebrek.^[39] Het bij de oplevering niet verstrekt door de aannemer van het Politiekeurmerk Veilig Wonen was geen (verborgen) gebrek, omdat het begrip 'gebrek' in artikel 7:761 lid 1 BW geen tekortkoming betrof aan het gebouw of de privé-gedeelten van het werk.^[40]

Daarentegen beschouwen arbiters de afgiftevordering met betrekking tot het alsnog verstrekt van ontbrekende revisietekeningen na oplevering^[41] als gevolg van herstelwerkzaamheden wel als een rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk zoals bedoeld in artikel 7:761 lid 1 BW. De afgiftevordering is daarmee direct gerelateerd aan de door opdrachtgever gestelde gebreken in het werk.

De aanwezigheid van de verklaring van de kwaliteitsborger is op grond van artikel 7:758 lid 1 BW niet vereist voor een rechtsgeldige oplevering van het werk. In het geval het ontbreken van de verklaring van de kwaliteitsborger direct is gerelateerd aan gebreken in het werk die naar het oordeel van opdrachtgever aan de ingebruikneming van het werk in de weg staan, lijkt op grond van voornoemde jurisprudentie mogelijk dat de afwezigheid van de verklaring van de kwaliteitsborger een weigeringsgrond kan zijn voor oplevering of een gebrek. In dat geval zou een opdrachtgever de aanvaarding van het werk op goede gronden weigeren. Niet alleen is dan niet voldaan aan het Bbl, maar ook is sprake van gebreken in het werk die aan ingebruikneming van het werk in de weg staan. Bovendien is publiekrechtelijk gezien van rechtswege ingebruikname verboden zonder die verklaring tenzij de gemeente een ingebruiknamebesluit^[42] neemt.

11. Tot slot

Helaas dient de conclusie getrokken te worden dat de publiek- en privaatrechtelijke wijzigingen uit de Wkb niet goed op elkaar aansluiten. Het lijkt wel of de wetgever uitgaat van twee gescheiden werelden die geen raakvlakken hebben. Onder de Wkb komt publiek en privaat bouwrecht echter samen, in het bijzonder bij de voltooiing van het bouwwerk. Zonder gereedmelding is ingebruikname publiekrechtelijk verboden. Toch kan de oplevering plaatsvinden. De wetgever gaat ervan uit dat oplevering volgt op gereedmelding, maar dat hoeft niet. Ook is niet geregeld wie de publiekrechtelijke bouwmelding en gereedmelding moet doen en wie privaatrechtelijk aansprakelijk is voor vertragingen. Hopelijk kunnen nieuwe algemene voorwaarden beide werelden in de contracten dichter bij elkaar brengen.

-
- 1 Otilie Laan is advocaat-partner bij Bavelaar & Bavelaar Advocaten en Peter de Haan is advocaat-partner bij PDH Advocatuur. Deze bijdrage is afgerond op 20 januari 2024. Wijzigingen van na die datum zijn niet verwerkt.
 - 2 Met de term bouwconsument wordt benadrukt dat het hier primair gaat om een klant die een bouwwerk afneemt van een bouwbedrijf (*Kamerstukken II 2015/16, 34 453, nr. 3, p. 2*). De wijzigingen in het BW zijn bij een bouwconsument dwingend recht en bij een professionele opdrachtgever regeland recht.
 - 3 Art. 7:758 lid 4 BW.
 - 4 Zie art. 2.25, 2.26 en 2.27 Bbl en P.M.J. de Haan, *Vergunningvrij bouwen onder de Omgevingswet*, Den Haag: IBR 2023.
 - 5 A.G. Bregman, K.J. de Graaf, C.P. Hageman & J.J. Karens (red.), *Handboek Bouwen onder de Omgevingswet*, Den Haag: IBR 2023, par. 6.4.1.
 - 6 De opvolger van het Bouwbesluit 2012 (oud).

- 7 Art. 2.18 en 2.19 Bbl.
- 8 Art. 2.19 lid 1 aanhef en sub h en lid 2 Bbl.
- 9 Art. 3.80 Bkl.
- 10 A.G. Bregman, H.C.M. van Egmond, J.R. Hoogendoorn & S. Triches, *Praktijkboek Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb)*, Den Haag, IBR 2023, p. 45.
- 11 Art. 2.21 lid 2 sub d Bbl en art. 3.86 lid 2 sub c Bkl. Verbouwingen vallen tot 1 januari 2025 in ieder geval niet onder het stelsel van kwaliteitsborging, zie ook art. 2.17 lid 4 Bbl.
- 12 P.M.J. de Haan & H.C.W.M. Moesker, 'De risicobeoordeling bij de vergunningaanvraag Wkb', [TBR 2017/92](#). Een daarop volgende last onder dwangsom, omdat zonder bouwmelding wordt begonnen aan de bouw, is uiteraard wel appellabel.
- 13 VNG Handreiking Toezicht en handhaving Wet kwaliteitsborging bouw 2023, p. 16. Te raadplegen via www.vng.nl/publicaties/handreiking-toezicht-en-handhaving-wet-kwaliteitsborging-bouw. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de gemeente later ontdekt dat sprake is van een gelijkwaardigheid voor constructieve veiligheid of brandveiligheid waardoor het bouwwerk toch niet valt onder gevolgklasse 1, zie art. 2.17 lid 2 aanhef en sub d Bbl. De VNG miskent daarmee overigens 'concreet zicht op' legalisering als handhaving altijd doorgaat totdat de omgevingsvergunning voor de (technische) bouwactiviteit is verleend.
- 14 *Stb.* 2022, 145, p. 81.
- 15 Par.5 lid 1 UAV 2012, par. 9 lid 1 UAV-GC 2005 en art. 3 lid 1 sub a AVA 2013, idem AVA Consumenten 2023 en AVA Zakelijk 2023.
- 16 A.F.J. Jacobs, *Praktijkboek vertragingschade in de bouw*, Den Haag: IBR 2022 (2e druk), par. 3.4.1 en RvA 11 maart 2014, nr. 33.903, ro. 15-16.
- 17 Jacobs 2022, par. 3.4.1.
- 18 Noch de UAV-GC 2005 en de AVA 2013, AVA Zakelijk en Consumenten 2023.
- 19 Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht*, par. 6 lid 10, aant. 11.
- 20 Zie RvA Bouw 4 januari 1985, nr. 10.476, *BR* 1985, p. 404.
- 21 Over deze verplichting van de aannemer bestaat vrijwel geen jurisprudentie, zie M.A.B. Chao-Duivis & H.P.C.W. Strang, *Praktische toelichting op de UAV 2012*, Den Haag: IBR 2018 (2e druk), hoofdstuk III, par. 6 lid 10 UAV 2012 (Verplichtingen van de aannemer).
- 22 Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:GHSHE:2016:36, *RVR* 2016/39.
- 23 Hof Amsterdam 26 juni 2012, [ECLI:NL:GHAMS:2012:BY1582](#).
- 24 Daarom stond vroeger in art. 1.36 lid 2 sub f Bouwbesluit 2012 ('nieuw') hoe het papieren bouwplan moest worden aangepast, voordat met de bouwwerkzaamheden mocht worden begonnen: 'of en welke onderdelen van het bouwplan nog niet voldoen aan voorschriften als bedoeld in de hoofdstukken 2 tot en met 6 en zouden moeten worden aangepast, voordat met de bouwwerkzaamheden kan worden aangevangen'. Zie P.M.J. de Haan, *De preventieve en de*

repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht. Constructieve veiligheid nader beschouwd (diss. Nijmegen), Den Haag: IBR 2017, p. 160.

25 Advies Stichting IBK van 5 maart 2015.

26 Zie ook art. 7 Raamovereenkomst kwaliteitsborging d.d. 2 oktober 2023 van Bouwend Nederland.

27 *Stb.* 2022, 145, p. 32.

28 Dat de kwaliteitsborger niet alles hoeft te beoordelen volgt uit de eisen voor zijn borgingsplan, zie art. 3.80 lid 3 sub h Bkl: 'op welke specifieke bouwwerkzaamheden, rekening houdend met de bijzonder lokale omstandigheden, de beoordeling ten minste is gericht'.

29 O. Laan, 'De privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de kwaliteitsborger, instrumentbeheerders en toelatingsorganisatie', *VGR* 2015-4, p. 114; M.A.B. Chao-Duivis, 'Geschilbeslechting bij kwaliteitsborging voor het bouwen. Een verkennend tweeluik: Het privaatrechtelijk kader', [TBR 2016/94](#), p. 611.

30 A.R. Neerhof, *Bindende werking van private normen en regels in het privaatrecht onder de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen*, Den Haag: IBR 2023, par. 5.5.4.2.

31 Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/114.

32 Rb. Gelderland 1 februari 2023, [ECLI:NL:RBGEL:2023:1102](#), ro. 4.8.

33 Zie art. 2.21 lid 1 Bbl.

34 P.M.J. de Haan, 'Definitieve kwaliteitsborging bouw onder de Omgevingswet', [TBR 2022/53](#), p. 373.

35 *Stb.* 2022, 145, p. 85.

36 Complicatie daarbij is dat de gemeente wordt geacht niet buiten de twee weken na de gereedmelding te handhaven. Dat zou in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel.

37 Een 'verplichting' waarvan de niet-nakoming geen recht geeft op nakoming, ontbinding of schadevergoeding, maar die leidt tot een beperking van de contractuele rechten van degene die in verzuim is (zie: Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/76).

38 Van der Beek, in: *T&C Bouwrecht*, artikel 7:758, aant. 2.

39 C.E.C. Jansen 'Wijziging van titel 7.12 BW vanwege de inwerkingtreding van de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen', *MvV* 2023-5, p. 166-167.

40 RvA 24 februari 2015, nr. 71.809, ro. 37.

41 RvA 9 april 2020, nr. 72.172, ro. 49.

42 Zie de brief van 18 december 2023 van minister De Jonge aan de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2023/24, 34 453, AV). Indien bij de gereedmelding een verklaring van de kwaliteitsborger ontbreekt, kan de gemeente een ingebruiknamebesluit nemen als herstel van gebreken niet proportioneel is, aldus De Jonge. Daartoe zal het Bbl worden gewijzigd.