

Bestuursrechtelijke handhaving bouw: bestaande bouw (I)

HANDHAVING TEKST ING. GERT-JAN VAN LEEUWEN, MMV MR. HANS BARENDREGT EN IR. HAJÉ VAN EGMOND

De komende maanden zal in *Bouwregels in de Praktijk* worden ingegaan op bestuursrechtelijke handhaving ten aanzien van bouwwerken, die in het toekomstige stelsel worden gerealiseerd onder private kwaliteitsborging (PKB). In dat stelsel vindt volgens de plannen van minister Blok geen preventieve toetsing van de bouwplannen aan het Bouwbesluit plaats namens het bevoegd gezag¹ en geen toezicht op de uitvoering conform Bouwbesluit. In dit eerste artikel in die serie komt dat deel van de bouw aan de orde, waarvoor op het eerste gezicht niets verandert: de bestaande bouw.



¹ Wel toetst het bevoegd gezag een vergunningplichtig bouwplan aan het ruimtelijke kader, welstandsnota en omgevingsveiligheid en aan systeemeisen voor private borging (wordt het juiste instrument voor het bouwwerk toegepast?). Ook het toezicht op de naleving van de vergunning blijft – binnen voornoemd toetsingskader – een taak van het bevoegd gezag.

Dat we min of meer beginnen midden in de levenscyclus van het bouwwerk heeft een pragmatische reden. In het Algemeen Overleg (AO) over de stelselwijziging tussen de minister en de Kamercommissie op 27 maart jongstleden ontstond op een aantal punten onduidelijkheid over de rolverdeling tussen private en publieke sector. Toen deze onduidelijkheid meteen na het AO in volle omvang bleek uit zeer uiteenlopende interpretaties van wat er was gezegd en 'besloten', besloot de commissie op 3 april de minister om opheldering te vragen over de lijnen waarlangs zijn plannen verder worden uitgewerkt voordat deze ter besluitvorming aan de Kamer worden voorgelegd. Dit artikel is geschreven voordat het antwoord van de minister op deze vraag bekend is. Omdat dat antwoord gevolgen kan hebben voor de wijze van handhaving tussen initiatief en oplevering laat de auteur dat deel even rusten.

De Kamerbrief d.d. 27 november 2013 van minister Blok over de stelselwijziging zegt echter onomwonden: 'Het toezicht op de bestaande bouw blijft buiten het stelsel.' (p.6). Ook de Commissie Dekker besteedde in haar toenmalige advies 'Privaat wat kan, publiek wat moet' (mei 2008) weinig aandacht aan de bestaande bouw. De stelselwijziging, die nu door de minister en door de kwartiermakers wordt voorbereid, is geheel gericht op het vergunningplichtige deel van nieuwbouw en verbouw. In volume is dat maar een klein deel van wat er in ons land aan bouwwerken staat. Het vervangingstempo van de bestaande voorraad was al laag: voor de crisis toesloeg in 2008 netto ongeveer 1% in de woningbouw. Door de crisis is dit nog verder gedaald.

Belang van bestaande bouw

Gevolg van een lager vervangingstempo bij een gestaag groeiende behoefte is, dat bestaande bouwwerken langer in stand blijven dan de termijn waar de bouwregelgeving op is gebaseerd. Die 1% uit de woningbouw is inmiddels gedaald tot 0,6% (gebaseerd op CBS-cijfers 2012). Onze huidige bouwvoorschriften gaan bij nieuwbouw uit van een ontwerplevensduur van minimaal 50 jaar (NEN-EN 1990), maar bij deze al langer bestaande trend is dat inmiddels nog geen derde van de daadwerkelijke termijn waarin ze mee moeten gaan bij voortzetting van dit productietempo.

Zoals emeritus professor André Thomssen het ooit formuleerde: 'De woonwijk van de toekomst staat er al', maar dan

wel met woningen, die qua comfort en energieprestatie te wensen overlaten. De technische staat van de Nederlandse woningen is echter gemiddeld beter dan die in ons omringende landen waar minder wordt gesloopt dan hier. Reden waarom Thomsen in 2007 stelde: 'Het verschil tussen "slopers" en "niet-slopers" zit niet in de woningen maar in het beleid.' Om allerlei redenen zoals duurzaam omgaan met zowel de fysieke als sociale omgeving en de potentie van de bestaande voorraad (ook van bedrijfsgebouwen en dergelijke) groeit het besef dat de toekomstige opgave van de bouwsector veel meer dan voorheen zit in het upgraden van die bestaande voorraad.

Hoe het ook zij, het op peil houden daarvan wordt een steeds belangrijker taak. Zowel bij dat beheer als bij de renovatie en transformatie van de bestaande voorraad wordt het toezicht op de kwaliteit daarvan steeds belangrijker. Daarbij spelen nu in de handhaving drie verschillende regimes een rol. Als bij bestaande bouw de vraag aan de orde komt of het bevoegd gezag handhavend moet optreden is de absolute ondergrens het niveau 'bestaande bouw' dat in het Bouwbesluit afzonderlijk is aangegeven in meerdere artikelen. Sinds Bouwbesluit 2012 zijn er ook afzonderlijke eisen voor Verbouw, waarbij het 'rechtens verkregen niveau' een rol speelt bij de bepaling van het bij Verbouw toelaatbare minimumniveau. In het nieuwe stelsel gelden straks bovendien dezelfde eisen ten aanzien van het Bouwbesluit, die ook nu al van toepassing zijn, op vergunningvrije bouwwerken.

Die laatste categorie is al een vorm van private kwaliteitsborging: zonder preventieve overheidsbemoeienis mag er worden gebouwd binnen de kaders die bijlage II van het Besluit omgevingsrecht stelt voor vergunningvrije bouwwerken, maar de betreffende vergunningvrije bouwactiviteit moet wel voldoen aan de eisen die het Bouwbesluit stelt aan nieuwbouw, respectievelijk verbouw. Dat geldt straks ook voor bouwwerken, die worden gerealiseerd onder PKB. Het Bouwbesluit maakt weliswaar geen deel meer uit van het toetsingskader van de omgevingsvergunning voor de onder PKB te realiseren bouwwerken, maar de crux van PKB is nu juist dat het voldoen aan het Bouwbesluit privaat wordt geborgd.

Handhaving na realisatie onder PKB of vergunningvrij

Vaak is er discussie over het moment waarop een bouwwerk nu gezien moet worden als 'bestaande bouw'. Formeel

juridisch zou je kunnen stellen dat pas na het volledig voldoen aan de voorschriften sprake is van bestaande bouw, maar echt gemakkelijk wordt het daardoor niet'. Veelal wordt daarom een meer pragmatische insteek gekozen: een bouwwerk verandert op het moment van voltooiing en ingebruikname direct van nieuwbouw (of verbouw) in bestaande bouw. Maar betekent dat nu ook, dat zo'n bouwwerk dan alleen maar mag worden getoetst aan de eisen voor bestaande bouw? Nee, want de essentie van het huidige en het nieuwe stelsel is nu juist, dat zo'n bouwwerk onder bepaalde voorwaarden – bijlage II van het Bor, respectievelijk de spelregels voor PKB – zonder inhoudelijke preventieve toetsing en toezicht door het bevoegd gezag mag worden gerealiseerd, MITS het gerealiseerde bouwwerk voldoet aan de nieuwbouwvoorschriften van Bouwbesluit 2012.

Als tijdens het toezicht op de bestaande bouw wordt vastgesteld dat een vergunningvrij of onder PKB gerealiseerd bouwwerk niet voldoet aan het Bouwbesluit betekent dat, dat niet aan deze voorwaarde (het 'MITS') is voldaan en dus sprake is van illegale bouw. Ook in het huidige publieke stelsel kan het voorkomen dat tijdens het toezicht op de bestaande bouw wordt vastgesteld, dat een bouwwerk in strijd is met de technische voorschriften uit het Bouwbesluit. Het kan echter zijn dat deze afwijking overduidelijk was beschreven in de stukken behorend bij de aanvraag om vergunning. Dan is er kennelijk gebouwd volgens de vergunning. Als dat het geval is, is er alleen reden tot handhaving als ook het niveau 'bestaande bouw' niet wordt gehaald.

Maar als de strijdigheid ook in afwijking van de vergunning is, of naderhand via een wijziging zonder vergunning tot stand gekomen is, dan is er een handavingsgrond. Bij vergunningvrij bouwen of bij realisatie onder PKB kan zo'n onderzoek naar de eventuele impliciete strijdigheid in de vergunning achterwege blijven. Of het ook reden is om actief over te gaan tot bestuursrechtelijke handhaving hangt uiteraard af van de ernst van de strijdigheid en van de prioriteiten in het handavingsbeleid. Naarmate veiligheid en gezondheid in het geding komen, zal er steeds meer reden zijn om ook daadwerkelijk tot handhaving over te gaan.

In het huidige stelsel moet op grond van artikel 1b van de Woningwet worden ge-

¹ Zie ook de presentatie van de workshop 'bestaande bouw' tijdens het congres van de Vereniging Bouwtoezicht Nederland in 2013: <http://www.vereniging-bwt.nl/upload/activiteiten/243/W1-3%20%20bestaande%20bouw.pdf>.

VOORBEELD

Indien bij een controle van een recent opgeleverd bouwwerk bijvoorbeeld blijkt dat de brandscheidingen niet voldoen aan een WBDBO van 60 minuten, maar alleen maar aan de minimumeis bestaande bouw (20 minuten) dan wordt voldaan aan de voorschriften voor bestaande bouw. Er is dus geen sprake van een strijdigheid met de materiële voorschriften uit Bouwbesluit 2012. Maar is dit toegestaan? Een bouwwerk dient bij oplevering te voldoen aan de voorschriften voor te bouwen bouwwerken tenzij een vergunning anders toestaat (artikel 1b, Woningwet). Wordt na oplevering geconstateerd dat dit niet het geval is dan:

- is sprake van bouwen in afwijking van de nieuwbouwvoorschriften, een strijdigheid met artikel 1b Woningwet, of
- is sprake van verbouw waarbij niet is voldaan aan de verbouwvoorschriften, een strijdigheid met artikel 1.12 van Bouwbesluit 2012.

Er is dus sprake van een illegale situatie en daarmee een handavingsgrondslag, tenzij er sprake is van veroudering, wat in de meeste gevallen niet aan de orde zal zijn.



bouwd volgens de verkregen omgevingsvergunning, ook wanneer deze in strijd is met het Bouwbesluit. Wanneer de strijdigheid zo groot is, dat ook niet wordt voldaan aan de eisen voor bestaande bouw, dan ontstaat onmiddellijk na oplevering echter toch een strijdigheid met artikel 1b van de Woningwet. Deze kromme situatie is bij vergunningvrije bouw niet aan de orde en is dat straks ook niet meer bij bouwen onder PKB, tenzij de Kamer het idee van de heer De Vries zou steunen om een bouwwerk pas vrij te geven voor gebruik na een 'lichte toets' door de gemeente en een 'ingebruiknamevergunning'. Bij vergunningvrije bouw en straks PKB geldt dat de Bouwbesluiteisen voor nieuwbouw (of verbouw) voor de private

partij – vergunninghouder en adviseurs, bouwer en 'borger' – zonder enig voorbehoud rechtstreekse werking hebben. Men kan zich daarbij ook niet verschuilen achter de omgevingsvergunning, want deze is bij vergunningvrije bouw in het geheel niet aan de orde en is bij bouwen onder PKB tot stand gekomen zonder overheids-toetsing aan het Bouwbesluit.

Een voorbeeld waaruit blijkt dat de geschetste kromme situatie daadwerkelijk in de praktijk voorkomt: bij een appartementengebouw hadden volgens de plantekeningen de balkonhekken een hoogte van 85 cm boven de balkonvloer. Dit was bij de toetsing niet opgemerkt en zodoende maakte deze strijdigheid met het Bouwbesluit (art. 2.18) onderdeel uit van de vergunning en is het balkonhek aldus gerealiseerd. Echter meteen na oplevering moest worden vastgesteld, dat deze voorziening in strijd is met de eisen voor bestaande bouw en dus moest worden vervangen. Het is niet het enige voorbeeld...

Wat is een 'gerede aanleiding'?

Zonder vooruit te lopen op de door de Kamer aan minister Blok gevraagde opheldering over de hoofdlijnen van het nieuwe stelsel, is voorstelbaar dat zich tijdens de bouwfase zaken voordoen, die het bevoegd gezag extra alert maken. In een volgend deel van deze artikelen over handhaving komt die bouwfase aan de orde. Signalen als hier bedoeld kunnen zijn klachten van burens, observaties die het bevoegd gezag doet in het kader van de naleving van een omgevingsvergunning voor onder PKB gerealiseerd bouwwerk. Ook kunnen dit signalen van de private borger zelf of van de vergunninghouder zijn. Wisselingen van de wacht door faillissement of andere oorzaak zijn bovendien redenen om extra oplettend te zijn. Immers, bij een 'normaal' bouwproces zijn de fragmentatie van taken en verantwoordelijkheden en gebrekkige communicatie al de belangrijkste oorzaken van bouwfouten. Als daar binnen dezelfde rollen personele wisselingen bijkomen levert dat extra risico op.

Het kan zijn, dat politiek wordt gekozen voor meer hybride oplossingen tijdens de bouwfase, waarbij het bevoegd gezag zich ook met de technisch-inhoudelijke kant van de bouw moet blijven bezighouden. Dat zou in allerlei opzichten jammer zijn, omdat het een belangrijke prikkel wegneemt voor private partijen als het eindoordeel over hun prestaties voor oplevering toch nog aan de overheid wordt

overgelaten. Het zal ook leiden tot dubbel werk, extra kosten, vervelende discussies, deels uitmondend in juridische procedures en tot verspilling van schaarse kennis en kunde.

Duidelijk is dat naarmate de overheid in toetsing en toezicht op bouwen volgens het Bouwbesluit voorafgaand aan de oplevering een rol houdt, de mogelijkheden om nadien op te treden tegen strijdigheid worden beperkt. Als het bevoegd gezag (mede) bepaalt of een bouwwerk gereed is voor gebruik via een 'ingebruiknamevergunning' – in 1992 overigens uit de Woningwet geschrapt omdat dit niet bleek te werken – of een aftreksel daarvan, kan het daarna eigenlijk alleen nog handhaven als blijkt dat een onder PKB gerealiseerd bouwwerk strijdig is met de eisen voor bestaande bouw. De beste stimulans voor private kwaliteitsborging is een stelsel, waarbij gedurende de uitvoering het adagium 'je bent ervan of je bent er niet van' consequent wordt gehanteerd. Dat kan als de bouwende partij zelf verantwoordelijk en aansprakelijk is jegens de opdrachtgever voor bouwen conform Bouwbesluit, contract en goed en deugdelijk werk, en op basis daarvan de opdrachtgever/vergunninghouder weer verantwoordelijk is jegens het bevoegd gezag.

Hopend op verstandige politieke keuzes in dit opzicht is er wel volop reden om zeker bij bouwwerken waarbij zich één of meer 'gerede aanleidingen' voordoen vooral gedurende de overgangsfase van het huidige naar het nieuwe stelsel, de vinger aan de pols te houden. Concreet: scherp controleren of voltooide bouwwerken voldoen aan de eisen en wanneer dat niet zo is, adequaat handhavend optreden, uiteraard zorgvuldig en proportioneel. Dat helpt om het nieuwe stelsel waar nodig te kunnen bijsturen en om het kaf van het koren te scheiden als dat nodig is, zowel op het niveau van de instrumenten voor PKB als het niveau van de toepassers daarvan, degenen die verantwoordelijk zijn voor de toepassing van de instrumenten.

PKB en verbouw

Bij verbouw, zowel in renovatieprojecten als bij herbestemming, speelt de aanwezige kwaliteit van het bestaande bouwwerk, zoals het er bij staat voorafgaand aan planontwikkeling en realisatie, een grote rol. Daar waar dit bouwwerk vooraf niet voldoet aan de Bouwbesluiteisen voor bestaande bouw, zal dat manco in elk geval moeten worden opgelost. Daar waar de bestaande toestand beter is dan

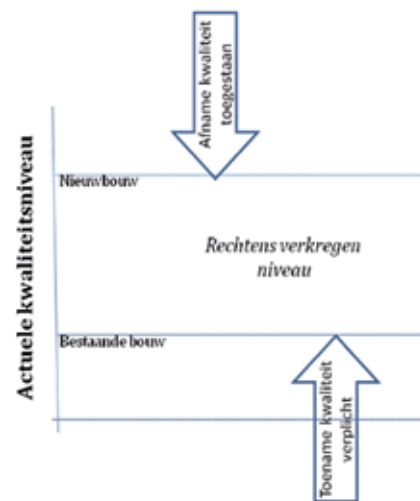


de eisen voor bestaande bouw moet dat 'rechtens verkregen niveau' in beginsel worden gehandhaafd, maar mag in elk geval niet worden verslechterd tot beneden het niveau bestaande bouw. Er zijn in de aanloop naar de invoering van Bouwbesluit 2012 en ook daarna hooglopende discussies gevoerd over de introductie van aparte eisen voor verbouw in plaats van het vroegere ontheffingsysteem. En over het 'rechtens verkregen niveau' wordt nog steeds gediscussieerd. Toch is het eigenlijk vrij simpel.

Het exact vaststellen wat het 'rechtens verkregen niveau' is, wordt vaak uitgelegd als de noodzaak van archiefonderzoek met betrekking tot de vergunning of de eisen voor vergunningvrije bouw ten tijde van realisatie. Die redenering is echter niet juist. Het rechtens verkregen niveau wordt bepaald door de kwaliteit die voor

aanvang van de verbouwing aanwezig is. Die kwaliteit bepaalt op welk niveau je dat het betreffende bouwwerk minimaal moet brengen: is het beter dan nieuwbouw, dan is het wettelijk toegestaan de kwaliteit te verlagen tot dat niveau; wordt niet voldaan aan bestaande bouw voor de nieuwe gebruiksfunctie, dan moet tot minimaal dat niveau worden verbeterd en anders is het rechtens verkregen niveau gelijk aan het actuele kwaliteitsniveau.

Het is aan de initiatiefnemer om te bepalen wat de nadelen zijn als je op of net boven dat minimale niveau blijft hangen. Het kan hierbij nuttig zijn om dit in overleg met brandweer en gemeente te doen. In het denken over geschikte instrumenten voor deze categorie (complexere) bouwwerken wordt aan private kant nu gedacht aan verplicht vooroverleg – niet bij wet, maar in het PKB-instrument zelf



– om de huidige kwaliteit af te stemmen met het bevoegd gezag. Ook in relatie tot monumenten, archeologie en wellicht nog een aantal thema's kan zulk vooroverleg buitengewoon nuttig en nodig zijn. Daarover meer in een volgend artikel.

Uit een in opdracht van het Ministerie van BZK uitgevoerd onderzoek (dit onderzoek zal in een volgende editie van Bouwregels in de Praktijk worden besproken) blijkt dat de eerste herbestemmingsprojecten, die onder de vigeur van Bouwbesluit 2012 zijn getoetst, een heel behoorlijk kwaliteitsniveau laten zien. Dit niveau benadert het niveau nieuwbouw en zit daar op onderdelen soms boven. Of dit ook na uitvoering van deze plannen het geval zal zijn, vergt aanvullend onderzoek, maar de eerste signalen zijn hoopgevend. Wel blijkt uit hetzelfde onderzoek, dat met name qua brandveiligheid (zoals de lengte van vluchtwegen), interne geluidwering en ventilatie het voldoen op niet meer dan verbouwniveau voor de bewoners/gebruikers nadelen met zich mee kan brengen, die zich pas in het gebruik echt manifesteren. Hoewel ze voorspelbaar zijn, vormen ze blijkbaar geen reden om de benodigde bouwactiviteiten op een hoger niveau uit te voeren.

Nadere invulling zorgplicht

Bij handhaving bestaande bouw speelt de bewijslast vaak een cruciale rol. In het voorjaar van 2011 heeft de gemeente Rotterdam een brief gestuurd aan de regering waarmee werd verzocht wettelijk instrumentarium aan te passen om malafide pandeigenaren effectiever aan te kunnen pakken. Eén van de mede namens de andere G4 (Amsterdam, Den Haag en Utrecht) naar voren gebrachte punten had betrekking op het feit dat de eigenaar krachtens artikel 1a van de Woningwet wel een zorgplicht heeft, maar dat het bij de aanpak van problemen vaak zeer moei-



zaam is om er een vinger achter te krijgen of de eigenaar op een goede manier invulling geeft aan deze zorgplicht. Van belang is dan ook dat de Tweede Kamer op 11 maart 2014 instemde met een wijziging van de Woningwet die dit probleem ten minste voor een deel aanpakt.

De ministeriële regeling die in deze wijziging wordt genoemd moet ervoor zorgen dat de onderzoekplicht niet leidt tot een omkering van de bewijslast. Dat

AAN ARTIKEL 1A WORDT EEN LID TOEGEVOEGD, LUIDENDE:

3. De eigenaar van een bouwwerk of degene die uit anderen hoofde bevoegd is tot het daaraan treffen van voorzieningen onderzoekt, of laat onderzoek uitvoeren naar, de staat van dat bouwwerk, voor zover dat bouwwerk behoort tot bij ministeriële regeling vast te stellen categorieën bouwwerken waarvan is vast komen te staan dat die een gevaar voor de gezondheid of de veiligheid kunnen opleveren.

Bij ministeriële regeling worden voorschriften gegeven omtrent het onderzoek.

zou immers tegen de principes van de rechtstaat indruisen. Daar waar de kans bestaat dat zich gelet op eerdere calamiteiten problemen voor gaan doen, kan een onderzoekverplichting worden opgelegd. Denk aan onderwerpen, die de laatste jaren regelmatig in het nieuws waren, zoals de galerijen van bepaalde typen flats (Leeuwarden), de kwaliteit van de verankering van gemetselde topgevels en andere gevelbekleding en de restkwaliteit van rvs- bevestigingsmiddelen.

De in de ministeriële regeling op te nemen voorschriften zullen zowel procedureel van aard zijn als de onderwerpen benoemen waarvoor dit nieuwe middel om kwetsbare zaken op te pakken kan worden ingezet. Daarmee vormt dit instrument een extra handhavinginstrument en ook een extra op private partijen af te dwingen borging voor kwaliteit van al hetgeen onder bestaande bouw wordt gevat. Hiermee zijn we terug bij de openingszin van dit artikel, zodat kan worden gesteld dat de cirkel voor het bestuursrechtelijke toezicht en de bestuursrechtelijke middelen op het niveau van bestaande bouw hiermee rond is. In volgende artikelen zullen wij dit onderwerp verder uit gaan breiden richting nieuwbouwsituaties.



Ing. Gert-Jan van Leeuwen is één van de drie kwartiermakers voor het stelsel van private kwaliteitsborging in de bouw en voormalig directeur van de Vereniging Bouw- en Woningtoezicht Nederland.

Mr. Hans Barendregt is werkzaam bij de Dienst Stadsontwikkeling van de Gemeente Rotterdam.

Ir. Hajé van Egmond is eveneens kwartiermaker voor het stelsel van private kwaliteitsborging in de bouw.