

Bestuursrechtelijke handhaving bij private kwaliteitsborging

Deel 3: Handhavingsverzoeken



De invoering van private kwaliteitsborging in de plaats van gemeentelijke toetsing en toezicht zal gevolgen hebben voor de bestuursrechtelijke handhaving. Kern van de stelselwijziging is, dat het voldoen aan het Bouwbesluit geen toetsings- en weigeringsgrond meer is bij de verlening van de aangevraagde omgevingsvergunning. Daarnaast behoort het niet meer tot het toezicht op de naleving van die vergunning. Het stelsel zal gefaseerd worden ingevoerd, te beginnen met gevolgklasse 1¹ .

In voorgaande afleveringen van deze serie (Bouwregels in de praktijk 2014, nummers 5 en 6) is uiteengezet op welke wijze de bestuursrechtelijke handhaving zal veranderen. Dit deel gaat over de respons op een verzoek tot handhaving.

De eerste vraag die het bevoegd gezag moet stellen als een handhavingsverzoek binnenkomt luidt: A) maakte bij de vergunningverlening het Bouwbesluit deel uit van het toetsingskader of B) valt het voldoen aan het Bouwbesluit geheel onder de private verantwoordelijkheid? In geval A vraagt het handhavingsverzoek een inhoudelijke respons op vermeende strijdigheid met het Bouwbesluit, als daarvan althans sprake is in het verzoek of de onderbouwing. In geval B komt het bevoegd gezag pas na de gereedmelding toe aan zo'n inhoudelijke rol. Volledigheidshalve geeft schema 1 weer welke onderwerpen in het huidige respectievelijk in het nieuwe stelsel deel uitmaken van het toetsingskader voor een vergunning. Bij die aspecten heeft het bevoegd gezag dus een toezichthoudende en handhavende taak. Gemakshalve wordt het huidige stelsel hier 'publiek' genoemd en het nieuwe 'privaat'. Feitelijk is in beide gevallen sprake van een mix, maar verschuift – zodra de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen wordt ingevoerd – een deel van de toets naar de private kant. De essentie van de stelselwijziging is, dat privaet wordt geborgd dat bouwwerken ten minste voldoen aan de technische voorschriften uit het Bouwbesluit. De andere toetsingsaspecten wijzigen niet. Wel krijgt het bevoegd gezag er een toetsingsaspect bij: de 'systeemvereisten'². Deze zijn voor het bevoegd gezag eerder administratief dan inhoudelijk.

Een 'handhavingsverzoek' is niet altijd als zodanig herkenbaar. Een neutrale vraag of een klacht kan ook een handhavingsverzoek inhouden, zonder dat de afzender zich daarvan bewust is. Het kan een signaal zijn, dat er 'iets mis is'. Voor een formeel, als zodanig benoemd 'handhavingsverzoek' geldt in elk geval de beginselplicht tot handhaving. De jurisprudentie zal uitwijzen in welke gevallen in het nieuwe stelsel en de overgangsfase daarnaartoe sprake is van een impliciet verzoek, waarop het bevoegd gezag ook de beginselplicht had moeten toepassen.

Maakt het uit op welk moment om handhaving wordt verzocht?

Schematisch zijn bij de reguliere volgorde de volgende momenten voorstelbaar:

- A. Voorafgaand aan de vergunningverlening.
- B. Tussen vergunningverlening en start bouw.
- C. Tijdens de bouw.
- D. Bij gereedmelding.
- E. Na ingebruikname.

Bij de **momenten A en B** kan formeel geen sprake zijn van handhaving, want er is nog geen ruimtelijke ingreep of bouwactiviteit en dus kan er geen sprake zijn van een overtreding. In geval A gaat het mogelijk om een vraag, een punt van aandacht of een zienswijze. In geval B gaat het om hetzelfde of om bezwaar en beroep. **Moment C** is in dat opzicht principieel anders. Er wordt nu immers

daadwerkelijk gebouwd en aan de hand daarvan kan aannemelijk zijn of dit bouwen wel of niet resulteert in een bouwwerk dat voldoet aan het Bouwbesluit. Bij private kwaliteitsborging (PKB) overlegt de vergunninghouder bij de gereedmelding de verklaring van de kwaliteitsborger, 'dat het bouwwerk naar zijn oordeel voldoet aan de bouwtechnische voorschriften.'³

Een signaal op moment C kan leiden tot het vermoeden dat er – jawel... – 'iets mis is'. Afhankelijk van de ernst van het signaal en de nadere onderbouwing, is het wenselijk om als bevoegd gezag het signaal onder de aandacht van de vergunninghouder – de enige partij aan private kant, met wie het bevoegd gezag een functionele relatie heeft – te brengen. Daarbij kan worden gewezen op de mogelijke consequenties na gereedmelding. Strijdigheid met het Bouwbesluit is op dit moment van de bouwplanontwikkeling in het nieuwe stelsel echter geen reden om het werk stil te leggen of een andere sanctie op te leggen. Uiteraard is dit anders indien de omgevingsveiligheid in het geding komt, maar daarover zal in een afzonderlijk artikel worden ingegaan in een volgend nummer. Als het bevoegd gezag constateert dat feitelijk toezicht ontbreekt binnen de vorm van private kwaliteitsborging (PKB) is dat natuurlijk wel een handhavingsgrondslag, aangezien dan niet wordt voldaan aan de wettelijke eisen.

'Je bent ervan of je bent er niet van'

Met de gereedmelding ofwel **moment D** eindigt, afgezien van garanties en verzekeringen, de private kwaliteitsborging. Zolang de verklaring van de kwaliteitsborger aan zijn opdrachtgever niet bij het bevoegd gezag is ingediend, is de gereedmelding niet compleet en mag het bouwwerk niet in gebruik genomen worden. De formele grondslag is de strijdigheid met de omgevingsvergunning. Het nieuwe stelsel impliceert de toepassing van een toegelaten instrument door een daartoe gerechtigde kwaliteitsborger. Deze verklaart bij de oplevering aan de vergunninghouder dat naar zijn oordeel volgens het Bouwbesluit is gebouwd. (Het bouwwerk zelf en het 'as built'-opleverdossier vormen daarvan het 'bewijs'.) De vergunninghouder legt deze verklaring bij de gereedmelding over aan het bevoegd gezag.

Als er een verklaring is, maar het bevoegd gezag 'gerede aanleiding' heeft om te betwijfelen of aan de voorschriften wordt voldaan omdat hij een signaal van een derde heeft gekregen, geeft hij dit door aan de vergunninghouder/opdrachtgever. Daarbij kan worden gewezen op ernstige consequenties als *na in-*

Schema 1: NL houdt een gemengd publiek/privaat stelsel

| Na invoering wet kwaliteitsborging | Rijk | Opdracht - gever | Bevoegd Gezag |
|--|-------------|------------------|---------------|
| Stelselverantwoordelijke | X | | |
| Bouwregelgeving | X | | |
| Toelating + monitoring instrumenten TO | i.o.v. Rijk | | |
| Programma van Eisen | | X | |
| Bestemmingsplan | | | X |
| Welstand | | | X |
| Omgevingsveiligheid | | | X |
| Bouwbesluit | | X | |

accentverschuiving

TO = ToelatingsOrganisatie ziet toe op de door opdrachtgevers in te schakelen instrumenten private kwaliteitsborging

Wat verandert: eenduidige private rol inzake Bouwbesluit

gebruiknaam zou blijken, dat het Bouwbesluit niet in acht genomen is. Het bevoegd gezag komt echter ook bij de gereedmelding niet toe aan een eigen inhoudelijke beoordeling van het al dan niet voldoen van het bouwwerk aan de technische voorschriften.

Wie zwijgt stemt toe

In het nieuwe stelsel vormt het Bouwbesluit immers geen deel meer van het toetsingskader en van het overheidstoezicht op de naleving van de vergunning. Voor gereedmelding kan het bevoegd gezag alleen via een signaal van een derde vermoeden dat er 'iets mis is'? Een 'ingebruiknaamvergunning' – al was het maar door toepassing van de *lex silencio positivo* (wie zwijgt stemt toe) – werkt averechts op de beoogde heldere verantwoordelijkheidsverdeling. Dat kan negatieve gevolgen hebben voor de gewenste kwaliteitsverbetering. Zo'n gemeentelijke rol zou bovendien kostbare expertise vergen, terwijl er geen legesinkomsten als dekking meer tegenover staan. Die expertise is ook nodig voor de beoordeling van de situatie na ingebruiknaam van het bouwwerk, maar een belangrijk verschil is, dat daarbij de heldere verdeling van verantwoordelijkheden niet wordt aangetast.

Bestaande bouw

Vanaf ingebruiknaam is sprake van 'bestaande bouw', **moment E**. Net als voor vergunningvrije bouw geldt voor 'onder PKB' gerealiseerde bouwwerken, dat ze illegaal zijn als ze in strijd zijn met het Bouwbesluit zoals dit luidde ten tijde van de realisatie.⁴ De vergunninghouder is zelf verantwoordelijk voor de eventuele strijdigheid, maar is wellicht zonder zich van deze strijdigheid bewust te zijn overgegaan tot ingebruiknaam. Mochten hierover geschillen bestaan tussen de vergunninghouder/opdrachtgever en de aannemer of kwaliteitsborger dan kan dit op grond van het privaatrecht (geschillenbeslechting of burgerlijke rechter afhankelijk hoe dit per instrument geregeld is). De bij moment D genoemde vragen nemen die verantwoordelijkheid niet weg; deze zijn een vorm van zorgvuldig handelen. Laat de vergunninghouder een passend antwoord op de vragen en eventuele 'reparatie' van het bouwwerk echter achterwege, dan draait hij zelf op voor de gevolgen.

Naarmate meer tijd verstrijkt tussen gereedmelding en moment E, ontstaat een andere situatie qua onderbouwing en sancties. Er kunnen immers na de oplevering van het 'onder PKB' gerealiseerde bouwwerk door verbouwingen en veroudering strijdigheden 'ontstaan' ten opzichte van het moment van eerste realisatie. Dergelijke aspecten maken

het geleidelijk aan lastiger om het bouwwerk na lange tijd nog als illegaal aan te merken indien niet meer aan de nieuwbouweisen wordt voldaan: veroudering is immers toegestaan en daarmee moet rekening worden gehouden. De eerste inspectie die het bevoegd gezag uitvoert bij een bestaand bouwwerk dat vergunningvrij of 'onder PKB' is gerealiseerd, is mede hierom van groot belang. Dit geldt zowel als de inspectie volgt op een handhavingsverzoek als wanneer deze onderdeel uitmaakt van thematisch of gebiedsgericht toezicht op bestaande bouw of brandveilig gebruik. Als eenmaal zo'n inspectie heeft plaatsgevonden zonder dat daarbij strijdigheden zijn opgemerkt ten aanzien van het Bouwbesluit tijdens de 'eerste realisatie' en daarop herstelsancties zijn ingesteld, wordt het daarna steeds moeilijker tot onverdedigbaar om in de handhaving verder te gaan dan niveau 'bestaande bouw'.

Wettelijke handhavingsgrond

De wettelijke handhavingsgrond na oplevering is en blijft artikel 1b van de Woningwet: het verbod op bouwen in afwijking van de nieuwbouw of verbouwvoorschriften van Bouwbesluit 2012. Wordt direct na oplevering geconstateerd dat een bepaald bouwwerk niet aan die voorschriften voldoet dan kan hieruit worden afgeleid dat sprake moet zijn geweest van een overtreding van dat verbod. Een geconstateerde strijdigheid zal dus moeten worden teruggekoppeld richting toepasser en beheerder van het toegepaste instrument vanwege een mogelijke strijdigheid met de regels die voor het toepassen van het instrument gelden.

Maakt het uit wie een handhavingsverzoek indient?

Handhavingsverzoeken komen meestal van derden-belanghebbenden en vallen onder de beginselplicht tot handhaving. Ze worden door het bevoegd gezag afgewogen tegen de beleidsmatig vastgestelde handhavingsprioriteiten. Dat geldt ook voor observaties van het bevoegd gezag zelf, bijvoorbeeld als 'bijvangst' van hun toezicht op de overige aspecten van de omgevingsvergunning of op de bestaande bouw. De eerste vraag is steeds: moeten geconstateerde gebreken volgens de prioriteiten leiden tot actie of niet?

Een derde speler die met de stelselwijziging op het toneel komt, is de private kwaliteitsborger. Als deze er niet uitkomt met bouwer en/of opdrachtgever, moet hij (ook) aan het bevoegd gezag melden dat hij zich terugtrekt of dat althans tijdelijk de kwaliteitsborging niet functioneert. De melding op zich – het bou-

wen in strijd met de wettelijke stelseisen – is voldoende reden om het werk stil te leggen voorzover de vergunninghouder dit ernstige gebrek niet onmiddellijk herstelt. Het bevoegd gezag betreft in zijn onderbouwing niet de strijdigheid met het Bouwbesluit. In deel 2 van deze reeks (Bouwregels in de praktijk, juni 2014) is deze situatie beschreven onder stap 4, geval E. Of zo'n geval (on)waarschijnlijk is, komt in deel 5 van deze artikelenreeks aan de orde. Als het voorkomt is de hier beschreven vorm van systeemtoezicht de juiste respons. Prikkel binnen het stelsel en binnen de afzonderlijke instrumenten moeten ervoor zorgen dat wanneer het nodig is de kwaliteitsborger wel degelijk bij het bevoegd gezag aan de bel trekt. En dat het bevoegd gezag vervolgens handhavend optreedt.

Vervolg

In de komende twee nummers zal de auteur ingaan op de vorm van publiekrechtelijke en private sancties. In het zesde en laatste deel van de reeks worden de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de instrumentbeheerders en de Toelatingsorganisatie belicht, die ook tot doel hebben, dat kwaliteitsborgers doen wat er in het stelsel van hen wordt verlangd.

- 1 Zie: <http://www.stichtingibk.nl/wp-content/uploads/2014/12/Beschrijving-Gevolgklassen-en-definitie-Gevolgklasse-1.pdf>
- 2 Wordt gebruik gemaakt van een geschikt toegelaten instrument door een daartoe gerechtigde kwaliteitsborger?
- 3 Advies nr. 8 van de kwartiermakers (over toelatingscriteria voor instrumenten) gaat uitgebreid op deze verklaring in en bevat als bijlage een format hiervoor.
- 4 In de volgende aflevering van deze reeks komt aan de orde hoe om te gaan met eerder opgedane kennis omtrent de kwaliteit van het bouwwerk.

Informatie over de auteur

Ing. Gert-Jan van Leeuwen is kwartiermaker voor de Toelatingsorganisatie, die in het kader van de komende Wet kwaliteitsborging voor het bouwen wordt ingesteld om instrumenten voor kwaliteitsborging toe te laten en toe te zien op de toepassing daarvan. Hij schreef dit artikel met medewerking van ir. Hajé van Egmond, medekwartiermaker en Mr. Hans Barendregt werkzaam bij de Dienst Stadsontwikkeling van de Gemeente Rotterdam.