

HANDHAVING OVERTREDING BOUWREGELGEVING BEGAAN ONDER OUDE RECHT

Stel: vóór 1 januari 2024 heeft er een bouwactiviteit plaatsgevonden, bijvoorbeeld het plaatsen van een buitenunit van een airco bij een woning. Vandaag wordt echter pas geconstateerd dat er bij die bouwactiviteit is afgeweken van de technische bouwregelgeving van destijds. Bijvoorbeeld omdat er ter plaatse van de perceelsgrens niet wordt voldaan aan de geluidseis die het Bouwbesluit 2012 in artikel 3.8 lid 2 daaraan stelde. Overtreding van de technische bouwregelgeving was verboden onder het oude recht. Kan daartegen nu nog handhavend worden opgetreden?

TEKST JACCO HUIJZER

HANDHAVING ONDER HET OUDE RECHT

De bouwregelgeving is op 1 april 2007 rechtstreeks geldend geworden (*Stb.* 2007, 47). Het bouwen in afwijking met de bouwregelgeving is sindsdien een publiekrechtelijke overtreding waartegen direct handhavend opgetreden kan worden. Dat wil zeggen: zonder voorafgaande aanschrijving, zoals tot dat moment de regel was. Het doel hiervan was om, nog in de nasleep van de cafébrand in Volendam, *'de eigen verantwoordelijkheid van de burger voor de naleving van de bouwregelgeving beter in de wet tot uiting te brengen'*.¹ Artikel 1b, eerste lid, van de Woningwet bepaalde daarom vanaf dat moment dat het, tenzij een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk het uitdrukkelijk toestond, verboden was om een bouwwerk te bouwen voor zover daarbij niet werd voldaan aan de op dat bouwen van toepassing zijnde voorschriften. Voor die voorschriften werd er verwezen naar onder meer artikel 2, eerste lid, aanhef en onderdeel a van de Woningwet. Daarin was bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur technische voorschriften werden gegeven omtrent het bouwen van een bouwwerk. Dat waren op dat moment de regels van het Bouwbesluit 2003 (*Stb.* 2001, 410).

Het eerste lid van artikel 1b van de Woningwet richtte zich tot de bouwer (en tot degene die liet bouwen). Om de kosten voor bestuursdwang ook op een rechtsopvolger te kunnen verhalen werd in het vierde lid ook voorzien in een verbod om (een deel van) een bouwwerk in stand te laten voor zover bij het bouwen daarvan niet was voldaan aan de op dat bouwen van toepassing zijnde voorschriften. Het niet voldoen aan de bouwregelgeving bleef op die manier als 'manco' aan het bouwwerk verbonden en kreeg daarmee zaaksgevolg.²

De handhavingsgrondslag was niet de afwijking van een regel in het Bouwbesluit, maar de overtreding van de verbodsbepaling uit de Woningwet die dat afwijken verbood. Bij vergunningvrije bouwactiviteiten was het moment van bouwen bepalend voor de versie van het Bouwbesluit waaraan getoetst moest worden, bij vergunningplichtige bouwactiviteiten was dat de datum van de aanvraag. Dat op 1 april 2012 Bouwbesluit 2012 van kracht werd, maakt daarom niet dat eerdere overtredingen ineens anders beoordeeld moesten worden. De handhavingsgrondslag in de Woningwet was immers ongewijzigd. Een overtreding zou zo lang de Woningwet bestond daarom nooit vervallen.

De praktijk bleek overigens weerbarstiger; ook de bestuursrechter had soms moeite met de vraag welke versie van het Bouwbesluit nu precies van toepassing was. Zie bijvoorbeeld de volgende, mijns inziens merkwaardige, uitspraak uit 2017 over een vergunningvrije aanbouw uit 2011, waarbij de rechtsvraag was aan welke geluidseisen moest worden getoetst toen in 2014 een handhavingsverzoek werd ingediend. De Afdeling overwoog, zonder enige verwijzing naar de Woningwet: *'Hoewel ten tijde van het realiseren van de aanbouw het Bouwbesluit 2003 gold, heeft het college bij het besluit van 1 april 2016 terecht betrokken dat inmiddels het Bouwbesluit 2012 gold en het Bouwbesluit 2003 was komen te vervallen. (...) was gelet op de inwerkingtreding van het Bouwbesluit 2012 reeds ten tijde van het verzoek om handhaving en het besluit van 15 oktober 2014 strijd met het Bouwbesluit 2003 niet meer aan de orde en bood het Bouwbesluit 2003 dan ook geen grondslag meer om handhavend op te treden tegen de aanbouw.'*³ In deze uitspraak wordt er mijns inziens ten onrechte aan voorbij gegaan dat artikel 1b, eerste en/of vierde lid, van de Woningwet de handhavingsgrondslag had moeten zijn. Dus het moment van de bouwactiviteit was bepalend, in plaats van het moment van het handhavingsverzoek.



FOTO: LG

Buitenunit airco die vóór 1 januari 2024 is geplaatst. Vandaag wordt pas geconstateerd dat ter plaatse van de perceelsgrens niet wordt voldaan aan de geluidseis uit Bouwbesluit 2012. Kan er nog gehandhaafd worden?

HANDHAVING ONDER HET NIEUWE RECHT

Op 1 januari 2024 is artikel 1b van de Woningwet vervallen. Het Bouwbesluit 2012 werd op dat moment vervangen door het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl). De regels van het Bbl zijn net als die van het Bouwbesluit rechtstreeks geldend (Stb. 2018, 291, p. 162, 175, 185). Deze rechtstreekse gelding volgt (anders dan voorheen de Woningwet) niet uit een verbodsbepaling, maar kan afgeleid worden uit artikel 4.1 Bbl (toepassingsbereik: activiteiten), artikel 4.3 Bbl (toepassingsbereik: normadressaat) en artikel 18.2 lid 1 Ow.⁴ De toelichting op het Bbl geeft wat dit betreft het volgende aan: *'De regels die in dit besluit zijn opgenomen zijn rechtstreeks geldend. Dit blijkt uit het feit dat naar aanleiding van enig handelen of nalaten in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet opgetreden kan worden door het bestuursorgaan bij wie de handhavingstaak ligt. Dit impliceert daarmee ook meteen dat de normadressaat gehouden is te voldoen aan alle regels die bij of krachtens de wet gesteld zijn'* (Stb. 2018, 291, p. 199).

Relevant hierbij is dat een bouwactiviteit een eenmalige activiteit is en geen voortdurende activiteit. Op het uitvoeren van de bouwactiviteit zijn de nieuwbouwregels of, bij verbouw, de verbouwregels

rechtstreeks van toepassing. Nadat de bouwactiviteit voltooid is, zijn de regels voor bestaande bouw van toepassing. Het in stand houden van een bestaand bouwwerk is wel een voortdurende activiteit. De rechtstreekse geldigheid is echter uitsluitend van toepassing op bouwactiviteiten die onder het nieuwe recht zijn uitgevoerd. De regels van hoofdstuk 4 of 5 kunnen niet meer gebruikt worden voor handhaving van een onder het oude recht begane overtreding van artikel 1b, eerste lid, van de Woningwet. Die handavingsgrondslag is immers vervallen. Er is hiervoor niet in overgangsrecht voorzien; de Invoeringswet Ow en het Invoeringsbesluit Ow bevatten hiervoor geen bepalingen. Handhaving wegens strijd met de verbodsbepaling van de Woningwet is daarom niet meer mogelijk.

Wat kan er nog wel? Voor het antwoord op die vraag moet onderscheid gemaakt worden tussen bouwactiviteiten met omgevingsvergunning en vergunningvrije bouwactiviteiten.

BOUWACTIVITEITEN MET OMGEVINGSVERGUNNING

Een afwijking van het Bouwbesluit 2012 kan ook betekenen dat er is afgeweken van een omgevingsvergunning voor bouwen. Voor de vraag of er dan via de

omgevingsvergunning handhavend optreden kan worden is het overgangsrecht van de Omgevingswet (Ow) relevant. Een op grond van de Wabo verleende onherroepelijke omgevingsvergunning is hierin aangemerkt als een omgevingsvergunning onder de Ow. Artikel 4.13, eerste lid, van de Invoeringswet Ow bepaalt dat een vergunning voor een activiteit waarop een verbodsbepaling van toepassing is als bedoeld in paragraaf 5.1.1 van de Omgevingswet en die onherroepelijk is, geldt als een omgevingsvergunning voor die activiteit. In de toelichting hierbij is vermeld: *'Voor de inwerkingtreding van de Omgevingswet onherroepelijk verleende ontheffingen en vergunningen voor activiteiten waarvoor een omgevingsvergunning is vereist, behouden hun rechtsgeldigheid. De gekozen formulering van deze overgangsrechtelijke bepaling met een gelijkstelling van de «oude» vergunningen aan de nieuwe omgevingsvergunning («gelden als») is gebruikelijk in overgangsregelgeving en garandeert rechtszekerheid voor alle betrokkenen (vergunninghouder, bevoegd gezag, belanghebbenden). Daarbij is bewust gekozen voor een zo algemeen mogelijk luidende bepaling, zodat geen enkele bij of krachtens een van de met de stelselherziening in te trekken wetten (of gedeelten daarvan) verleende ontheffing of vergunning buiten de reikwijdte van deze bepaling valt.'*⁵

Dat geldt dus ook voor een op grond van de Wabo verleende omgevingsvergunning voor bouwen; die blijft ook onder de Omgevingswet rechtsgeldig. Dat een vergunning rechtsgeldigheid behoudt, betekent twee dingen. Allereerst betekent dit uiteraard dat een vergunninghouder op grond van het overgangsrecht nog een beroep op zo'n vergunning mag doen bij het uitvoeren van een bouwactiviteit. Dat houdt dan echter ook in dat het bevoegd gezag een vergunninghouder kan aanspreken op het afwijken van zo'n omgevingsvergunning. De handhavingsgrondslag is dan uiteindelijk artikel 5.1, tweede lid, van de Ow. Daarin is bepaald dat het verboden is om zonder omgevingsvergunning een bouwactiviteit te verrichten, voor zover het gaat om een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen geval. Bouwen in afwijking van een vergunning is hetzelfde als bouwen zonder vergunning.⁶ Of de vergunning al of niet is geëxpireerd is daarbij niet relevant. Ook als een vergunning onder het oude recht reeds was geëxpireerd, kan onder het nieuwe recht nog handhavend opgetreden worden

tegen een afwijking van een vergunning. Evenmin is relevant of de bouwactiviteit al of niet gereed is gemeld. Het expireren van de vergunning en het gereed melden van de bouwactiviteit laten immers onverlet dat op grond van het overgangsrecht de onder de Wabo verleende vergunning gelijk gesteld wordt met een omgevingsvergunning onder de Omgevingswet. Tegen een afwijking kan dus nog handhavend worden opgetreden op grond van artikel 5.1, tweede lid, van de Ow. Hierbij geldt echter wel een belangrijke randvoorwaarde. Die houdt in dat de bouwactiviteit waarvoor in het verleden een omgevingsvergunning voor bouwen is verleend, ook in artikel 2.25 of artikel 2.26 van het Bbl als vergunningplichtig moet zijn aangewezen. Als dat niet het geval is, is de verbodsbepaling van artikel 5.1, tweede lid, van de Ow niet van toepassing. Dat is een voorwaarde voor het van toepassing zijn van het overgangsrecht; er is anders immers niet sprake van een 'vergunning voor een activiteit waarop een verbodsbepaling van toepassing is als bedoeld in paragraaf 5.1.1 van de Omgevingswet'. Er kan dan niet handhavend

worden opgetreden op grond van artikel 5.1, tweede lid, van de Ow.

Vervolgens moet nagegaan worden of de afwijking van de omgevingsvergunning valt onder de regels van vergunningvrij bouwen. Bouwen in afwijking van de vergunning is namelijk toegestaan wanneer de afwijking valt onder de regels van vergunningvrij bouwen.⁷ Uit jurisprudentie lijkt overigens ook te volgen dat in bepaalde gevallen ondergeschikte bouwtechnische afwijkingen ten opzichte van wat is vergund ook zijn toegestaan.⁸ Voordat er handhavend opgetreden kan worden op grond van artikel 5.1, tweede lid, van de Ow moet dus nagegaan worden of de afwijking is toegestaan onder de regels van vergunningvrij bouwen en of er sprake is van een ondergeschikte wijziging.

Als er afgeweken is van een onherroepelijke, onder de Wabo verleende omgevingsvergunning voor bouwen, die vergunde bouwactiviteit nog steeds vergunningplichtig is én de afwijking niet valt onder de regels van vergunningvrij bouwen (en er geen sprake is van een ondergeschikte bouwtechnische afwijking), dan kan er



FOTO: CPG



dus nog handhavend worden opgetreden op grond van artikel 5.1, tweede lid, van de Ow. De bouwer heeft vervolgens een keuze: de wijziging moet ongedaan gemaakt worden, of er moet voor die wijziging een nieuwe aanvraag worden ingediend. Met het ongedaan maken van deze formele overtreding wordt tegelijk ook de materiële afwijking van de technische regels ongedaan gemaakt.

BOUWACTIVITEITEN ZONDER OMGEVINGSVERGUNNING

Voor alle andere bouwactiviteiten is dit niet mogelijk. Dat betreft dus de afwijkingen van een onherroepelijke omgevingsvergunning die terug te voeren zijn op de regels van vergunningvrij bouwen van destijds (dan was de afwijking destijds geen overtreding) of die terug te voeren zijn op de regels van vergunningvrij bouwen van nu (dan valt het niet onder het overgangsrecht). Dat betreft ook alle bouwactiviteiten die ten tijde van de uitvoering sowieso niet vergunningplichtig waren. Voor al deze bouwactiviteiten gold ten tijde van de uitvoering op grond van artikel 1b, eerste lid, van de Woningwet dat aan de nieuwbouw- of verbouwregels van het Bouwbesluit 2012 moest worden voldaan.

Het Bouwbesluit 2012 is ingetrokken en artikel 1b, eerste en vierde lid, van de Woningwet is vervallen. Dat betekent dat er niet meer handhavend opgetreden kan worden tegen een dergelijke overtreding op grond van die bepalingen. Er is geen overgangsrechtelijke bepaling die onder het nieuwe recht regelt wat de handhavingsgrondslag is. De rechtstreekse geldendheid van de bouwregelgeving is met het ontbreken van overgangsrecht daarmee ongedaan ge-

maakt, voor zover het gaat om de periode van 1 april 2007 tot en met 31 december 2023.

Dat betekent dat alleen artikel 3.7 lid 2 van het Bbl resteert als mogelijkheid om aanpassing af te dwingen. Artikel 3.7 lid 2 is de bevoegdheid tot het opleggen van een maatwerkvoorschrift, die het opleggen van een plicht inhoudt tot het treffen van voorzieningen om de staat van een bouwwerk op een niveau te brengen dat hoger is dan niveau bestaande bouw, maar niet hoger dan niveau nieuwbouw. Daarmee kan verplicht worden om alsnog de voorziening te treffen die ten tijde van de bouw verplicht was. De voorwaarde hiervoor is dat die voorziening 'naar het oordeel van het bevoegd gezag noodzakelijk is'. Die noodzakelijkheid kan gemotiveerd worden met het feit dat er tijdens de bouw een overtreding is begaan. Het niet naleven van zo'n maatwerkvoorschrift is een publiekrechtelijke overtreding, waartegen handhavend opgetreden kan worden. Met het opleggen van een maatwerkvoorschrift als enig alternatief om een overtreding uit het verleden ongedaan te maken is feitelijk de aanschrijving opnieuw geïntroduceerd.

TOT SLOT

Het ontbreken van overgangsrecht voor wat betreft overtreding van de bouwregelgeving begaan onder het oude recht is mijns inziens aan te merken als een hiaat; artikel 3.7, tweede lid, van het Bbl is niet bedoeld om dit hiaat te dichten. Op 1 januari 2024 zijn alle in het verleden begane overtredingen voor het bouwen in strijd met het Bouwbesluit en het in stand houden van een bouwwerk dat in strijd met die regels is gebouwd als het ware in één keer gelegaliseerd. Het is

niet onlogisch om hiervoor alsnog een regeling op te nemen. Hoe die regeling er uit zou moeten zien is overigens nog niet zo eenvoudig. Evenwel ligt het wel voor de hand. Als dat niet plaatsvindt zal in de toekomst, bij het vervangen van het Bbl door bijvoorbeeld Bbl 2034, opnieuw hetzelfde probleem ontstaan.

Ook als er niet handhavend opgetreden wordt, is een afwijking van de regels uit het verleden overigens wel iets dat een gebouw 'achtervolgt'. Bij verbouw geldt namelijk dat er (in beginsel) gebouwd dient te worden volgens het rechtens verkregen niveau.⁹ Bouwen volgens het rechtens verkregen niveau houdt in dat het kwaliteitsniveau van een bouwwerk of gedeelte daarvan na een verbouwing niet lager mag zijn dan het toegestane kwaliteitsniveau onmiddellijk voorafgaand aan die verbouwing. Bij het 'toegestane kwaliteitsniveau' gaat het om het niveau dat ten tijde van de bouw gerealiseerd had moeten worden. Bij verbouw voortborduren op een overtreding uit het verleden is dus niet toegestaan. ■

OVER DE AUTEUR

MR. ING. JACCO HUIJZER IS SENIOR ADVISEUR BOUWREGELGEVING/JURIDISCH ADVISEUR BIJ NIEMAN RAADGEVENDE INGENIEURS.

- 1 Kamerstukken II 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 11.
- 2 Kamerstukken II 2003/04, 29 392, nr. 3, p. 19, 20. In jurisprudentie is hier wel een beperking aan gesteld (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2010:BL7766).
- 3 ABRS 29 november 2017, 201608243/1/A1, ECLI:NL:RVS:2017:3249 r.o. 3.1.
- 4 Voor verbouw geldt artikel 5.1 en 5.3 van het Bbl.
- 5 Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 467.
- 6 Vergelijk Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 93.
- 7 ABRS 12 juni 2013, 201209623/1/A1, ECLI:NL:RVS:2013:CA2891, r.o. 5.2.
- 8 Zie bijvoorbeeld ABRS 24 september 2008, 200800185/1, ECLI:NL:RVS:2008:BF2135, r.o. 2.2. Vergelijk ook Kamerstukken II 2003/04, 29 392, nr. 6, p. 21, 22.
- 9 Artikel 5.4 lid 1 Bbl.