

A 3252

Publiekrechtelijke 'aansprakelijkheid' voor gebreken bij bestaande gebouwen

Nieman Raadgevende Ingenieurs
ing. J.C. (Jacco) Huijzer LL.B
www.nieman.nl

Inhoud

1	Inleiding	3
2	De Woningwet en de voorschriften van het Bouwbesluit	3
3	Bouwbesluit niveau bestaande bouw	5
3.1	Noodzaak lagere eisen	5
3.2	Wanneer is er sprake van een bestaand gebouw?	6
3.3	Voldoet elk bestaand gebouw?	7
4	Invloed Bouwbesluit niveau nieuwbouw op bestaande bouw	8
4.1	Aanvullende voorzieningen	8
4.2	Beleid bestaande bouw	8
5	De oorspronkelijke vergunning en een bestaand gebouw	9
5.1	Bouwen zonder of in afwijking van een vergunning	9
5.2	Hoe lang moet aan het niveau van de vergunning voldaan worden?	11
5.3	Complicatie: voortschrijdend inzicht	12

6	Verbouwing van een bestaand gebouw	15
6.1	Verbouw is nieuwbouw	15
6.2	Omvang nieuwbouwvoorschriften	15
6.3	Ontheffing	17
6.4	Rechtstreekse werking Bouwbesluit niveau nieuwbouw	18
6.5	Verbouwing onder Bouwbesluit 2012	19
7	Zorgplicht	21
7.1	Waar de zorgplicht voor bedoeld is	21
7.2	Waar de zorgplicht niet voor bedoeld is	23
8	Brandveilig gebruik	24
9	Samenvatting publiekrechtelijke regelgeving	25
10	Consequenties bij niet voldoen aan de publiekrechtelijke regelgeving	27
10.1	Handhaving door overheid	27
10.2	Mogelijkheid van strafvervolgning	28
10.3	Civielrechtelijke aansprakelijkheid	28

1 Inleiding

Waar de vraag naar aansprakelijkheid voor een gebrek aan een gebouw vooral een privaatrechtelijke vraag is, heeft ook het publiekrecht hierop een grote invloed. In artikel A 3251: 'Civiele aansprakelijkheid voor instortingen van en gebreken in opgeleverde gebouwen' wordt het privaatrechtelijke aspect nader belicht. In dit artikel wordt – zoals aangekondigd in A 3251 – nader ingegaan op het publiekrechtelijke aspect. Immers, het antwoord op de vraag wat een gebrek is, wordt in eerste instantie vooral bepaald door het publiekrecht. Daarnaast heeft het publiekrecht ook een eigen 'aansprakelijkheidsregeling' in de vorm van mogelijke handhaving door de overheid. Het publiekrecht heeft als uitgangspunt dat een gebouweigenaar zélf verantwoordelijk is voor zijn gebouw – niet de overheid. Maar wat betekent dat eigenlijk? Welke regelgeving bestaat er, en op welke wijze zijn gebouweigenaars hieraan gebonden? In dit artikel wordt hiervan een overzicht gegeven.

2 De Woningwet en de voorschriften van het Bouwbesluit

Het publiekrecht bestaat kort en zakelijk gesteld uit bindende regels tussen burgers en de overheid, die voor iedereen gelijk zijn. Daarnaast wordt deze regelgeving gekenmerkt doordat handhaving daarvan een overheidsinitiatief is. Voor de bouw zijn deze regels in de Woningwet vastgelegd en is het daarop geënte Bouwbesluit het voornaamste toetsingskader. De Woningwet bepaalt dat er een Bouwbesluit moet zijn, en ook welke onderwerpen hierin geregeld moeten worden. Volgens artikel 2 Woningwet moeten hierin voorschriften behandeld worden uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu. Het Bouwbesluit dient volgens artikel 2 Woningwet verder onderscheid te maken tussen enerzijds bestaande gebouwen, en anderzijds nieuwe gebouwen. Hiermee ontstaan twee pakketten van eisen, die elk op een eigen manier van toepassing zijn op gebouwen. In zijn algemeenheid geldt: de eisen voor 'niveau bestaande bouw' zijn van toepassing op bestaande gebouwen, de eisen voor 'niveau nieuwbouw' zijn alleen van toepassing op nieuw te bouwen

gebouwen, of bestaande gebouwen die verbouwd worden. Later in dit artikel zal blijken dat hierop vele uitzonderingen, beperkingen en nuanceringen van toepassing zijn.

Na de cafébrand in Volendam in 2001 werd besloten de Woningwet ingrijpend aan te passen. De toenmalige Woningwet leek – praktisch gezien – te suggereren dat de verantwoordelijkheid voor het voldoen aan het Bouwbesluit bij de overheid lag. Om een gebouweigenaar te kunnen aanpakken, moest eerst een heel traject worden afgelegd. Het niet voldoen aan het Bouwbesluit moest allereerst door de overheid worden geconstateerd. Vervolgens moest er een aanschrijving gedaan worden. Pas dan ontstond voor een gebouweigenaar een juridische verplichting om aan de eisen van het Bouwbesluit te voldoen. Zo lang dit niet in een aanschrijving stond, kon de eigenaar (vanuit publiekrechtelijk oogpunt!) rustig achterover leunen, en afwachten. Het café in Volendam voldeed niet aan de bouwregelgeving, maar er was geen aanschrijvingsbesluit van de gemeente – en dus geen grond om maatregelen af te dwingen. Dat vond de wetgever onwenselijk. Per 1 april 2007 werd een ingrijpende wijziging ingevoerd, waarmee het uitgangspunt werd verankerd dat de verantwoordelijkheid voor een gebouw bij de eigenaar ligt. Met deze wijziging is niet zozeer de inhoud van de technische eisen veranderd, maar meer de wijze waarop deze door de overheid kunnen worden afgedwongen. De mogelijkheden voor handhaving door de overheid zijn aangepast. Dit is onder meer gedaan door de voorschriften van niveau bestaande bouw rechtstreeks bindend te maken, en door de introductie van een zorgplicht.

Figuur 1 – De café-brand in Volendam in 2001 was aanleiding om de Woningwet grondig aan te passen



3 **Bouwbesluit niveau bestaande bouw**

3.1 **Noodzaak lagere eisen**

De noodzaak tot het stellen van lagere eisen voor bestaande gebouwen dan voor nieuwbouw zal duidelijk zijn. De eisen voor nieuw te bouwen gebouwen zijn vele malen strenger dan de eisen die lang geleden golden; deze wijzigen nog steeds regelmatig. Een gebouw dat twintig jaar geleden is gebouwd, is dat conform de regels van twintig jaar geleden. Het zou strijden met het beginsel van rechtszekerheid om voor bestaande gebouwen steeds de zwaarder en regelmatig veranderende nieuwbouweisen te laten gelden. Bovendien zou het praktisch gezien ook onmogelijk zijn om bijvoorbeeld een bestaande draagconstructie van een ouder gebouw ineens aan de nieuwbouwvoorschriften te laten voldoen. Dat zou grote financiële en praktische consequenties hebben. Mogelijk zou het gebouw dan volledig moeten worden gesloopt, en opnieuw moeten worden opgebouwd. De wetgever moest een keuze maken voor het niveau van de regels voor bestaande bouw. Hierbij moest een balans worden gevonden tussen enerzijds regels die garanderen dat een gebouw voldoende veilig, gezond, bruikbaar, en energiezuinig is, en anderzijds niet zodanige strenge regels stellen dat veel eigenaren van bestaande gebouwen ineens een probleem hebben. Daarom zijn de in het Bouwbesluit opgenomen voorschriften voor bestaande bouw afgestemd op de oudste in Nederland bekende bouwvoorschriften van gemeentelijke of provinciale verordeningen die krachtens de Woningwet 1901 zijn gegeven. De wetgever verwachtte dat het merendeel van de bestaande bouwwerken aan deze voorschriften voldoet. Anderzijds stelt de wetgever dat dit pakket aan eisen voor bestaande gebouwen in beginsel toereikend moet worden geacht – en dat er dus geen noodzaak is om zwaardere eisen te stellen.

Bouwbesluit niveau bestaande bouw vormt gezien het bovenstaande de absolute ondergrens van eisen waar een bestaand gebouw aan moet voldoen. Dit is ook in de Woningwet vastgelegd. Volgens artikel 1b lid 2 sub a Woningwet dient elk gebouw in Nederland minimaal te voldoen aan Bouwbesluit niveau bestaan-

de bouw. Op grond van deze bepaling is een gebouweigenaar rechtstreeks aan de voorschriften voor bestaande gebouwen van het Bouwbesluit gebonden. Het artikel is geformuleerd als een verbodsbepaling: "Het is verboden om een bestaand gebouw in een staat te brengen, te laten komen of te houden die niet voldoet aan Bouwbesluit niveau bestaande bouw." Dit artikel richt zich tot gebouweigenaren, of tot iemand anders die bevoegd is om bouwkundige voorzieningen te treffen. Wie dit verbod overtreedt, kan rechtstreeks te maken krijgen met handhavend overheids-optreden. Overtreding van dit verbod is bovendien strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten. Het is voor een gemeente niet relevant hoe lang de overtreding al bestond, wie hem heeft veroorzaakt en wie hier vanuit privaatrechtelijk oogpunt financieel voor aansprakelijk is. De gemeente pakt de huidige gebouweigenaar aan. Ook al heeft hij het gebouw net gekocht en wist hij niets van de overtreding – hij is degene die met het handhavend optreden van de gemeente te maken gaat krijgen.

3.2 Wanneer is er sprake van een bestaand gebouw?

Wanneer is een gebouw nu eigenlijk een "bestaand gebouw", dat valt onder het bereik van artikel 1b lid 2 Woningwet? In elk geval vallen gebouwen die bijvoorbeeld reeds tientallen jaren geleden zijn gebouwd daaronder. Maar ook compleet nieuwe gebouwen zijn na oplevering te beschouwen als een bestaand gebouw. Het is echter een wijdverbreid misverstand dat een dergelijk nieuw gebouw ineens zou mogen voldoen aan regelgeving voor bestaande bouw, in plaats van de veel strengere regelgeving voor nieuwbouw volgens welke het gebouw is gebouwd. Het niveau bestaande bouw doet niets meer dan een *minimumniveau* aangeven. Artikel 1b lid 2 onder a Woningwet geeft dus aan dat ook een nieuw, onlangs opgeleverd gebouw minimaal moet voldoen aan de regels van Bouwbesluit niveau bestaande bouw. Het is evident dat een nieuw, onlangs opgeleverd gebouw hieraan ruimschoots zal voldoen en op een veel hoger niveau zal presteren. Het artikel geeft dan ook geen enkele vrijbrief om bijvoorbeeld brandwerende voor-

zienen te verwijderen, omdat deze volgens de regels van niveau bestaande bouw niet vereist zijn. Elke verbouwing die in een bestaand gebouw wordt gepleegd, moet bovendien voldoen aan de nieuwbouwvoorschriften; zie verder paragraaf 6.1. Het zomaar verwijderen van bestaande bouwkundige voorzieningen kan dus niet.

3.3 Voldoet elk bestaand gebouw?

De voorschriften voor bestaande gebouwen zijn in het algemeen laag. Toch zijn er voor bepaalde aspecten veel gebouwen in Nederland die hier niet aan voldoen. Met name wat betreft brandveiligheid zijn er in veel gebouwen tekortkomingen. Een bestaand gebouw moet volgens Bouwbesluit niveau bestaande bouw worden opgedeeld in brandcompartimenten van maximaal 2.000 m² en tussen twee bestaande brandcompartimenten geldt een WBDBO-eis van 20 minuten. Dit laatste betekent dat een inwendige scheidingswand tussen twee brandcompartimenten 20 minuten brandwerend moet worden uitgevoerd. Vaak zitten er (met name boven plafonds!) openingen in de wanden en voeren er veel leidingen doorheen zonder dat deze brandwerend zijn afgedicht. Ook is er vaak draadglas toegepast, dat slechts een beperkte brandwerendheid heeft. Gezien het feit dat een gebouweigenaar zelf verantwoordelijk is voor het voldoen aan de bouwreggeving, is het aan te bevelen om een bestaand gebouw hierop te (laten) controleren.

Figuur 2 – Veel bestaande scheidingen tussen brandcompartimenten voldoen niet aan de eisen van Bouwbesluit niveau bestaande bouw



4 Invloed Bouwbesluit niveau nieuwbouw op bestaande bouw

Het Bouwbesluit niveau nieuwbouw bevat veel hogere eisen dan Bouwbesluit niveau bestaande bouw. Deze eisen kunnen relevant zijn voor bestaande gebouwen – ook wanneer er geen enkele verandering plaatsvindt. Een gemeente kan namelijk van mening zijn dat de eisen van niveau bestaande bouw in een specifiek geval te laag zijn en kan in zo'n geval aanvullende eisen stellen.

4.1 Aanvullende voorzieningen

Artikel 13 Woningwet geeft aan gemeenten de bevoegdheid om zwaardere eisen te stellen dan Bouwbesluit niveau bestaande bouw, wanneer dit naar hun oordeel noodzakelijk is. Deze aanvullende eisen mogen gesteld worden tot maximaal niveau nieuwbouw. Dit is geen ongelimiteerde bevoegdheid op basis waarvan een gemeente naar eigen goeddunken voor elk willekeurig gebouw extra eisen kan stellen. De toelichting op de Woningwet geeft uitdrukkelijk aan dat de voorschriften voor niveau bestaande bouw in beginsel als toereikend moeten worden geacht en dat het stellen van aanvullende eisen daarom beperkt dient te blijven tot een beperkt aantal bijzondere gevallen. In geen geval mag er volgens de toelichting op de Woningwet een stelselmatige praktijk ontstaan waarbij generiek aanvullende eisen op Bouwbesluit niveau bestaande bouw worden gesteld. Een gemeente dient te motiveren waarom het in een specifiek geval noodzakelijk is dat er extra eisen worden gesteld. Voorbeelden die in de toelichting op de Woningwet worden gegeven voor situaties waarbij deze bevoegdheid kan worden gebruikt zijn: wijziging van gebruik van een gebouw of een gebouw waar relatief veel personen aanwezig zijn (bijvoorbeeld een discotheek).

4.2 Beleid bestaande bouw

Veel gemeenten hanteren een beleid voor bestaande gebouwen, met name wat betreft brandveiligheid. Deze beleidsregels lijken doorgaans te suggereren dat de nieuwbouwvoorschriften generiek op alle bestaande gebouwen worden toegepast. In de toelichting op de Woningwet bij dit artikel is het volgende hierover

aangegeven: *“Toepassing van de bevoegdheid zal van geval tot geval specifiek gemotiveerd en op consistente wijze moeten worden toegepast. In dit verband kan het de voorkeur hebben om gemeentelijke beleidsregels ter zake vast te stellen waarbij op grond van artikel 4:84 van de Awb op het bestuursorgaan de verplichting rust om overeenkomstig de beleidsregel te handelen tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Beleidsregels kunnen bijdragen aan de onderbouwing en motivering van het gebruik van deze bevoegdheid overeenkomstig het noodzakelijkheidsvereiste. Uit het feit dat de staat van een bouwwerk zou beantwoorden aan de in die beleidsregels opgenomen criteria voor het opleggen van een verplichting tot het treffen van aanvullende voorzieningen volgt overigens nog niet een noodzaak daartoe.”* Het gebruik van bedoelde beleidsregels heeft al in verschillende gerechtelijke procedures een rol gespeeld. De conclusie hiervan is dat dergelijke beleidsregels op zichzelf door de rechter niet onredelijk worden geacht. Wel blijft de verplichting bestaan om voor het individuele geval te motiveren waarom van de bevoegdheid van artikel 13 Woningwet wordt gebruik gemaakt, waarbij het beleid één van de gezichtspunten is. Uit jurisprudentie blijkt ook dat bij inhoudelijke betwisting door de aangeschrevene van het door de gemeente vastgestelde niveau op basis van dit beleid, door de gemeente gemotiveerd dient te worden aangegeven waarom niet met minder voorzieningen kan worden volstaan.

5 De oorspronkelijke vergunning en een bestaand gebouw

5.1 Bouwen zonder of in afwijking van een vergunning

Het is een algemeen uitgangspunt dat niet zonder bouwvergunning/omgevingsvergunning voor bouwen mag worden gebouwd, tenzij in de bouwregeling expliciet is aangegeven dat een bouwactiviteit vergunningsvrij is. Dit geldt in het algemeen voor een relatief kleine uitbouw, dakkapellen, enzovoorts. Het is ook een algemeen uitgangspunt in de wet dat niet in afwijking van een bouwvergunning/omgevingsver-

gunning voor bouwen mag worden gebouwd. De feitelijke situatie moet dus wel overeenkomen met datgene wat vergund is. Beide voorgenoemde algemene uitgangspunten waren geregeld in artikel 40 Woningwet (oud) en sinds 1 oktober 2010 te vinden in artikel 2.1 en 2.3a Wabo. Wanneer zonder of in afwijking van een vergunning is gebouwd, kan een gemeente handhavend optreden. Dit kan ook eerst jaren later plaatsvinden; het enkele verloop van de tijd neemt de handhavingsbevoegdheid niet weg.

Hoe zit dat wanneer een gebouw in tussentijd een andere eigenaar heeft gekregen? Artikel 40 Woningwet (oud) bepaalde vanaf 2007 ook dat het verboden was een bouwwerk zonder of in afwijking van een bouwvergunning *in stand te laten*. Dit is nu geregeld in artikel 2.3a Wabo. Dat heeft tot gevolg dat elke volgende eigenaar geconfronteerd kan worden met een aanschrijving wegens het bouwen in afwijking van de vergunning. De kans is groot dat een nieuwe eigenaar er helemaal geen idee van heeft of er zonder of in afwijking van een vergunning is gebouwd, maar deze nieuwe eigenaar kan wel worden geconfronteerd met bestuursdwang van de gemeente. In de jurisprudentie is hierop echter een nuancering aangebracht. Deze nuancering impliceert dat het verbod om als rechtsopvolger een met een bouwvergunning in strijd gebouwd/verbouwd gebouw in stand te laten, in beginsel niet geldt voor eigenaren die het bouwwerk in eigendom hebben gekregen, voordat de wetswijziging in 2007 is doorgevoerd. De rechter overweegt: *"[appellant] e.a. zijn overtreder van het verbod als bedoeld in artikel 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet. Weliswaar hebben zij het dakterras niet gebouwd en evenmin hebben zij de loopbrug in afwijking van de bouwvergunning gebouwd, zij laten deze bouwwerken wel in stand. Zij zijn evenwel eerst door het per 1 april 2007 in werking getreden verbod van artikel 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet overtreder geworden. Toen [appellant] e.a. het perceel in 2000 in eigendom verkregen, richtte artikel 40 van de Woningwet zich, voor zover hier van belang, slechts tot degene die zonder of in afwijking van een bouwvergunning had gebouwd of daartoe de opdracht had gegeven. Ten tijde van de verkrijging behoefde van*

[appellant] e.a. niet te worden verlangd dat zij onderzoek verrichtten naar de vraag of de bouwwerken op het perceel zonder of in afwijking van een bouwvergunning waren gebouwd. Dat zou, mede gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet (Kamerstukken II 2003/04, 29 392, nr 3, blz. 34-35), anders zijn geweest indien [appellant] e.a. ten tijde van de verkrijging concrete aanwijzingen hadden dat zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd. Van dergelijke aanwijzingen is evenwel niet gebleken. De rechtszekerheid verzet zich er onder deze omstandigheden tegen dat het college wegens overtreding van voornoemd onderdeel van artikel 40 van de Woningwet handhavend optreedt." Uit jurisprudentie blijkt echter dat hier weer uitzonderingen op mogelijk zijn. Iemand die een gebouw in bezit heeft dat zonder of in afwijking van de vergunning gebouwd of verbouwd is, moet dus rekening houden met de mogelijkheid van handhavend optreden van de gemeente.

5.2 Hoe lang moet aan het niveau van de vergunning voldaan worden?

Het niveau van prestaties dat vastligt in een vergunning waaraan een gebouw moet voldoen, wordt het 'rechtens verkregen niveau' genoemd. Wanneer Bouwbesluit 2012 in werking zal treden, zal deze term een belangrijke rol gaan spelen bij verbouwingen (zie paragraaf 6.6 van dit artikel).

Mogelijk constateert een gemeente in een geval dat een gebouw niet meer voldoet aan het eisenniveau van een bouwvergunning van enige tientallen jaren geleden. Dit zonder dat er destijds in strijd met de vergunning is gebouwd en zonder dat er tussentijdse verbouwingen hebben plaatsgevonden. Er is dan sprake van een soort 'natuurlijk verval' van het gebouw. Is het niet meer voldoen aan de destijds afgegeven vergunning een reden om handhavend op te treden? De grondslag voor handhavend optreden in dergelijke situaties is het in paragraaf 4 reeds besproken artikel 13 Woningwet. Artikel 13 Woningwet geeft gemeenten de bevoegdheid om zwaardere eisen dan niveau bestaande bouw te eisen, wanneer dit naar hun oordeel noodzakelijk is. Een gemeente zal in dat geval moeten motiveren dat

aanvullende voorzieningen ten opzichte van Bouwbesluit niveau bestaande bouw noodzakelijk zijn. De toelichting op dit artikel geeft ten aanzien van het rechtens verkregen niveau het volgende aan: *“Ook een verwijzing naar het kwaliteitsniveau waarop destijds bouwvergunning voor het bouwwerk is verleend (het zogenoemde “rechtens verkregen niveau”) zou mogelijk onderdeel kunnen zijn van een deugdelijke onderbouwing van de noodzaak tot het treffen van aanvullende voorzieningen. Hoewel dit beginsel niet op een expliciete wettelijke basis steunt, mag als uitgangspunt worden gehanteerd dat als een bouwwerk eenmaal is gebouwd, de kwaliteit ervan niet substantieel achteruit mag gaan. Het (op onderdelen) terugbrengen of laten brengen van de kwaliteit van een bouwwerk tot aan “het rechtens verkregen niveau” zou in dat opzicht een deugdelijk motief kunnen zijn om aanvullende voorzieningen verplicht te stellen. Ook hier levert het feit dat een bouwwerk niet (meer) voldoet aan de destijds geldende voorschriften op zichzelf nog geen noodzaak op voor het treffen van aanvullende voorzieningen. In de loop der tijd kunnen bepaalde voorschriften immers zijn gewijzigd of zijn verval- len. Ook op dit punt blijft voorop staan dat van geval tot geval gemotiveerd moet worden waarom er een noodzaak bestaat tot het treffen van aanvullende voorzieningen (...).”* Het niet meer voldoen aan het niveau ten tijde van de vergunningverlening op zichzelf is dus geen reden om ten opzichte van Bouwbesluit niveau bestaande bouw aanvullende voorzieningen te eisen; hiervoor is een aanvullende motivatie vereist. Let op: wanneer er sprake is van bewuste aanpassingen, geldt dit niet. Dan geldt de in paragraaf 6 omschreven regeling over verbouwingen.

5.3 Complicatie: voortschrijdend inzicht

De invloed van een vergunning op de bestaande situatie en het rechtens door de gemeente te handhaven niveau zal doorgaans geen probleem zijn. Er zijn echter een aantal factoren aan te wijzen, die de situatie wat minder gemakkelijk te doorgronden maken. Er zijn namelijk situaties te bedenken, waarbij de *feitelijke situatie niet in overeenstemming is met de vergunning*, en er tóch geen sprake is van een situatie waarbij de gemeente zonder meer kan handhaven. Dit kan zich met name voordoen op het gebied van brandveilig-

heid, omdat er op dit gebied voortdurend sprake is van voortschrijdend inzicht – niet het minst onder invloed van enkele grote branden (Volendam 2001, Schiphol 2005, woningbranden Zaandam en Hoofddorp 2008). De regelgeving is na deze branden technisch-inhoudelijk niet gewijzigd, de manier waarop men hier mee omging des te meer!

Iedereen die iets van brandveiligheid af weet, weet dat de aanduiding "60 minuten brandwerend" op een vergunningstekening van 20 jaar geleden voor de bouwpraktijk een hele andere betekenis had dan nu. Toen was het gebruikelijk dat een brandwerende scheiding werd gerealiseerd met draadglas, dat zware deuren zonder enige aanvullende voorziening geacht werden brandwerend te zijn, dat doorvoeringen tot een bepaalde diameter geen brandwerende afdichting behoefde, dat brandoverslag wat minder aandacht kreeg, en dat brandwerendheid vooral tot uitdrukking werd gebracht ten aanzien van zaken die in het zicht zitten – dus niet boven het plafond. Voor veel brandscheidingen die toen gerealiseerd zijn en destijds bij oplevering goedgekeurd zijn door het bevoegd gezag, moet nu worden geoordeeld dat deze nauwelijks voldoen aan Bouwbesluit 2003 niveau bestaande bouw. Dit is de praktijk (en het probleem!) van veel bestaande gebouwen. Wat heeft nu te gelden als het niveau waarop gehandhaafd kan worden? De 60 minuten die op tekening staat (op grond van artikel 2.1 Wabo), of de 20 minuten die in de praktijk met moeite gehaald wordt (op grond van artikel 1b lid 2 Woningwet)? De aanwezige 20 minuten is een feitelijk gegeven, maar hieraan voorrang te geven lijkt op het eerste gezicht zuiver juridisch gezien moeilijk verdedigbaar. De stelling dat destijds niet conform de bouwvergunning is gebouwd, lijkt op het eerste gezicht vanuit juridisch oogpunt realistischer – wat bij een verbouwing een WBD-eis van 60 minuten met zich mee brengt. Daar staat tegenover dat bijvoorbeeld het aanbrengen van een nieuwe, 60 minuten brandwerende deur in een pui die zelf maar 20 minuten brandwerend is, volstrekt zinloos is en dus moet worden aangemerkt als kapitaalvernietiging. Met name wat betreft de realisatie van WBDBO-eisen is dit een knelpunt. Het ligt daarom

voor de hand om de *stand van de kennis en de stand van de techniek ten tijde van de vergunning* mee te laten wegen bij de beoordeling of er in overeenstemming met de vergunning is gebouwd. Er is uiteraard ook een en ander wat tégen het laten meewegen van de stand van de kennis en van de techniek pleit. Hierbij kan primair gedacht worden aan het feit dat Bouwbesluit niveau bestaande bouw hier ook geen rekening mee houdt. Vaak wordt in situaties als in het bovengenoemde voorbeeld ook niet aan een volgens niveau bestaande bouw minimaal vereiste WBDBO-eis van 20 minuten voldaan. Het is bovendien de vraag in hoeverre het laten meewegen hiervan praktisch nog mogelijk is, omdat de stand van de kennis bij aanvragers en het gevoegd gezag van destijds natuurlijk niet heel eenduidig is vast te stellen; dat heeft nogal een subjectief karakter. Voor zover bekend is er geen jurisprudentie over deze situaties; hoe een rechter hiermee om zal gaan is dan ook wat speculatief.

*Figuur 3 –
Scheidingen met
veel draadglas
werden vroeger als
brandwerend
beschouwd*



6 Verbouwing van een bestaand gebouw

6.1 Verbouw is nieuwbouw

Een bestaand gebouw moet minimaal voldoen aan de eisen van Bouwbesluit niveau bestaande bouw. Een verandering aan een bestaand bouwwerk waarbij sprake is van 'bouwen', moet in beginsel voldoen aan de eisen van Bouwbesluit niveau nieuwbouw, zo bepaalt artikel 1b lid 1 onder a Woningwet. Het maakt daarbij niet uit of er voor de verbouwing wel of geen vergunning nodig is; ook vergunningsvrij bouwen moet voldoen aan de nieuwbouweisen.

Wanneer is er sprake van een verandering die als 'bouwen' aangemerkt moet worden? Dit wordt bepaald door de Woningwet. Deze geeft een definitie voor het woord 'bouwen': dit is het *"plaatsen, geheel of gedeeltelijk oprichten, vernieuwen, veranderen of vergroten"* van een gebouw. In de jurisprudentie is bepaald dat het hierbij minimaal moet gaan om een *constructieve voorziening*. Hieruit volgt dat een *functiewijziging* van een gebouw als zodanig géén bouwen is. Een wijdverbreid misverstand is dat bij functiewijziging automatisch de nieuwbouweisen gelden voor het volledige deel van het gebouw waarin de functiewijziging plaatsvindt. Dat is onjuist, omdat de nieuwbouweisen volgens artikel 1b lid 1 Woningwet (in beginsel) alleen maar gelden wanneer er sprake is van 'bouwen'. De oorzaak van dit misverstand is waarschijnlijk gelegen in het feit dat er vroeger een bouwvergunning nodig was bij elke verbouwing (ook hele eenvoudige), in combinatie met een functiewijziging. Een functiewijziging kan overigens zowel een *gebruiksfunctiewijziging* zijn (bijvoorbeeld van kantoorfunctie naar woonfunctie), als een *ruimtefunctiewijziging* (bijvoorbeeld van onbenoemde ruimte naar verblijfsruimte).

6.2 Omvang nieuwbouwvoorschriften

Volgens artikel 4 Woningwet zijn de nieuwbouweisen alleen van toepassing op de verbouwing, niet op de rest van het gebouw. Dit artikel luidt: *"Indien een bouwwerk gedeeltelijk wordt vernieuwd, veranderd of vergroot, zijn de voorschriften, bedoeld in artikel 2 [lees: het Bouwbesluit], voor zover zij betrekking hebben op dat bouwen,*

slechts van toepassing op die vernieuwing, verandering of vergroting." Hierin wordt dus aangegeven dat de nieuwbouwvoorschriften alléén gelden voor de verbouwing, en niet voor onderdelen die niet verbouwd worden. Voor welk onderdeel van een gebouw de nieuwbouweisen gelden, wordt dus niet bepaald door het Bouwbesluit, maar door de Woningwet. De uitleg van dit artikel zorgde in verbouwingssituaties nog wel eens voor meningsverschillen met gemeenten. Dit artikel werd namelijk nog al eens aangegrepen door gemeenten om bij een gedeeltelijke verbouwing voor méér dan alleen de verbouwing het nieuwbouwniveau te eisen – zeker als dit gecombineerd wordt met een functiewijziging. Ondanks dat de Woningwet dus bepalend is voor de reikwijdte van de verbouwvoorschriften, is in de toelichting op het gepubliceerde Bouwbesluit 2012 ook een toelichting op artikel 4 Woningwet gegeven. De reden hiervan zal zijn dat dit artikel uit de Woningwet in de jurisprudentie zeer ruim wordt uitgelegd – te ruim, naar de mening van velen. Zo oordeelde de rechter dat bij het bouwen van een badkamer en het plaatsen van een aanrechtblok ineens de hele wooneenheid waarin dit gebeurde aan de nieuwbouweisen moest voldoen. In een andere uitspraak ging het over een kleine wijziging van de zolder, waarbij de nieuwbouwvoorschriften ineens voor de hele zolder gingen gelden (en de rechter bovendien oordeelde dat ontheffing niet mogelijk was). Deze uitspraken zijn nogal bekritiseerd, omdat zo'n ruime uitleg niet door de wetgever bedoeld is. De Bouwbesluitwetgever sluit zich in de toelichting op Bouwbesluit 2012 hierbij aan. Omdat dit nergens in de toelichting op artikel 4 Woningwet echt duidelijk is omschreven, wordt zowel in de genoemde literatuur als in de toelichting op Bouwbesluit 2012 verwezen naar de parlementaire geschiedenis. Daarin is te lezen: *"Overigens zijn die nieuwbouwvoorschriften dan alleen van toepassing op die bouwgreep en dus niet op alle delen van dat bouwwerk die ongewijzigd blijven."* Hieruit wordt in de toelichting op het Bouwbesluit geconcludeerd dat alléén de fysieke ingreep bij de verbouwing hoeft te voldoen aan het verbouwniveau. Bij het plaatsen van een dakraam op de zolder van een woning, met als doel de zolder van onbenoemde ruimte te wijzigen in een ver-

blijfsruimte, hoeft alléén het dakraam aan de nieuwbouweisen te voldoen. Dit staat dus haaks op de bovengenoemde uitspraken van de rechter. De rechter lijkt zich deze kritiek overigens aan te trekken. De rechtbank Amsterdam oordeelde recent dat het samenvoegen van twee woongebouwen tot één, waarbij daardoor twee maal zoveel woningen op het trappenhuis worden aangewezen en vervolgens sparingen in de wanden van het trappenhuis worden gemaakt er desondanks géén sprake is van een verbouwing van het trappenhuis. De nieuwbouwvoorschriften golden in die situatie volgens de rechtbank alleen voor de te maken sparingen, niet voor het hele trappenhuis – ondanks dat het gebruik van de trap wijzigt en er een intensivering van het gebruik van de verkeersruimte optreedt. Deze meer restrictieve uitleg van artikel 4 Woningwet lijkt af te wijken van de ruime uitleg van de Raad van State. Dat zou een goede ontwikkeling zijn, omdat een te extensieve uitleg van het artikel nogal grote (financiële) consequenties met zich mee kan brengen. Enige voorzichtigheid is wellicht geboden. Het blijft nog even de vraag wat de Raad van State in hoger beroep over een dergelijke zaak zal oordelen. De Bouwbesluitwetgever is bovendien niet dezelfde als de Woningwet-wetgever, zodat de uitleg van de Bouwbesluitwetgever niet maatgevend hoeft te zijn. Wel speelt de toelichting op het Bouwbesluit duidelijk een rol in de bovengenoemde uitspraken van 2006 en 2009. Het ligt daarom niet voor de hand dat de rechter deze uitleg naast zich neer zal leggen – maar dit kan niet helemaal worden uitgesloten .

6.3 Ontheffing

Wanneer bij een verbouwing niet kan worden voldaan aan de nieuwbouweisen, heeft de gemeente de bevoegdheid om hiervan af te wijken / ontheffing te verlenen. Deze bevoegdheid zal met de invoering van Bouwbesluit 2012 verdwijnen, zie hierna in paragraaf 6.6. Een door de gemeente verleende ontheffing mag niet tot een lager niveau leiden dan een specifiek in het Bouwbesluit 2003 aangegeven niveau of, indien geen specifiek niveau is gegeven, het niveau van bestaande bouw. Indien geen voorschriften voor bestaande bouw zijn gegeven, geldt het rechtens verkregen niveau.

Deze bevoegdheid is te vinden in artikel 6 Woningwet en in het Bouwbesluit 2003 weergegeven in artikel 1.11. De toelichting op dit artikel maakt duidelijk dat de achtergrond van deze ontheffingsbevoegdheid is, dat het bij een verbouwing technisch niet altijd mogelijk is om aan de nieuwbouweisen te voldoen en dat de financiële consequenties om aan de nieuwbouweisen te voldoen soms onevenredig groot zijn. Dit is echter geen limitatieve opsomming, ook om andere redenen kan van de afwijkingsbevoegdheid worden gebruik gemaakt, bijvoorbeeld vanuit het oogpunt van welstand.

Ontheffing mag alleen worden verleend bij gedeeltelijke verandering of vernieuwing van een gebouw. Wanneer een gebouw totaal opnieuw wordt gebouwd, gelden gewoon de nieuwbouwvoorschriften. Het onderscheid tussen 'geheel vernieuwen of veranderen' en 'gedeeltelijk vernieuwen of veranderen' is niet altijd zo gemakkelijk te maken. In de jurisprudentie wordt er in ieder geval van uitgegaan dat, zo lang er sprake is van een verbouwing binnen de bestaande muren, er van kan worden uitgegaan dat er sprake is van 'gedeeltelijk vernieuwen'. Maar waar ligt precies het omslagpunt? Wat geldt er als ik eerst de ene helft van mijn gebouw 'gedeeltelijk vernieuw', en daarna de andere helft? Het in fasen vernieuwen is ook geheel vernieuwen, zo oordeelt de rechter – deze truc gaat dus niet op. Het oordeel in twijfelgevallen is uiteindelijk aan de rechter.

6.4 Rechtstreekse werking Bouwbesluit niveau nieuwbouw

De voorschriften van Bouwbesluit niveau nieuwbouw kunnen ook rechtstreeks op een gebouw van toepassing zijn. Artikel 1b lid 1 onder a Woningwet geeft namelijk aan dat er moet worden gebouwd conform Bouwbesluit niveau nieuwbouw, tenzij een omgevingsvergunning voor bouwen uitdrukkelijk toestaat dat hiervan wordt afgeweken. De beoogde systematiek hiervoor is als volgt: voor alle zaken die expliciet in de vergunning zijn geregeld, is de vergunning maatgevend. Het Bouwbesluit niveau nieuwbouw is hierbij niet meer van belang; zelfs niet wanneer de ver-

gunning hiermee in strijd is. Voor alle zaken die niet expliciet in de vergunning zijn geregeld, gelden de voorschriften van het Bouwbesluit niveau nieuwbouw rechtstreeks.

6.5 Verbouwing onder Bouwbesluit 2012

In het Bouwbesluit 2012 is voor een totaal andere benaderingswijze gekozen dan in het huidige Bouwbesluit 2003. De bevoegdheid voor gemeenten om ontheffing te verlenen verdwijnt hiermee. De aanleiding van de wijziging is te lezen in de toelichting op een eerdere wijziging van het Bouwbesluit. Feitelijk komt het er op neer dat de rijksoverheid niet tevreden is met de wijze waarop gemeenten met de ontheffingsbevoegdheid omgaan. Er wordt te weinig ontheffing verleend, waardoor er vertraging in de procedures ontstaat, of er wordt een eisenniveau opgelegd dat strikt genomen niet nodig is, aldus die toelichting. De eisen van niveau bestaande bouw zijn in de ogen van de Bouwbesluit-wetgever voldoende. Als gevolg van de economische crisis voelde de wetgever zich eind 2009 genoodzaakt om, vooruitlopend op Bouwbesluit 2012, vast ten aanzien van de constructieve veiligheid van bruggen te allen tijde niveau bestaande bouw voor te schrijven in geval van verbouwingen. In de toelichting op deze wijziging werd ook een algemene aanpassing van de ontheffingsbevoegdheid aangekondigd, die met het nieuwe Bouwbesluit 2012 dus in werking zal treden. Het doel van de wijziging in de regelgeving op dit punt is in de toelichting op het nieuwe Bouwbesluit als volgt verwoord: *"In afwijking van het Bouwbesluit 2003 is in het onderhavige besluit geen ontheffingsmogelijkheid bij het verbouwen van een bouwwerk opgenomen, maar is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en beperking van regeldruk in het besluit zelf een landelijk uniform verbouwniveau opgenomen."*

De nieuwe regeling is primair te vinden in artikel 1.12 Bouwbesluit 2012. Dit artikel geeft aan dat op een verbouwing de nieuwbouwvoorschriften van toepassing zijn, tenzij in de betreffende afdeling van het Bouwbesluit 2012 anders is aangegeven. In de verschillende afdelingen is steeds een artikel opgenomen dat als onderwerp 'verbouw' heeft. In de meeste gevallen is

daarbij bepaald dat bij een *gedeeltelijke* verbouwing in plaats van de nieuwbouweisen moet worden uitgegaan van het 'rechtens verkregen niveau'. Voor enkele afdelingen is een aangepaste, vaste prestatie-eis weergegeven als minimumeis. In geval van *vervangende nieuwbouw* moet voor de meeste afdelingen van niveau nieuwbouw worden uitgegaan.

Centraal bij de regels voor een verbouwing staat het 'rechtens verkregen niveau'. Volgens de definitie in artikel 1.1 lid 1 Bouwbesluit 2012 is dit het "*niveau dat het gevolg is van de toepassing op enig moment van de relevante op dat moment van toepassing zijnde technische voorschriften en dat niet lager ligt dan het niveau van de desbetreffende voorschriften voor een bestaand bouwwerk en niet hoger dan het niveau van de desbetreffende voorschriften voor een te bouwen bouwwerk*". De toelichting maakt duidelijk wat met deze complexe zin wordt bedoeld: "*(...) het actuele kwaliteitsniveau van (...) het bouwwerk, voor zover dat niveau rechtmatig is en niet ligt onder het voor zo'n bestaand bouwwerk geldend minimumniveau. Dat kwaliteitsniveau is rechtmatig voor zover de kwaliteit van het bouwwerk het resultaat is van toepassing van de technische voorschriften of de bouwvergunning die op de oorspronkelijke oprichting van het bouwwerk en op eventuele latere verbouwing(en) van toepassing waren. Van die rechtmatigheid zal in de regel sprake zijn wanneer geen sprake is van (technische) voorschriften bij het (ver)bouwen, dat wil zeggen:*

- *wanneer het bouwwerk destijds overeenkomstig de daarop ten tijde van de oprichting van toepassing zijnde voorschriften is opgericht;*
- *nadien uitgevoerde bouwvergunningsplichtige ingrepen overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde bouwvergunning(en) zijn verricht, en*
- *nadien uitgevoerde bouwvergunningsvrije ingrepen zijn verricht overeenkomstig de technische bouwvoorschriften die daarop ten tijde van uitvoering van de betreffende ingreep van toepassing waren."*

In de meeste verbouwartikelen in de verschillende afdelingen van het Bouwbesluit 2012 is aangegeven: "*Op het gedeeltelijk vernieuwen of veranderen of het vergroten van een bouwwerk zijn de artikelen [verwijzing naar*

artikelen met prestatie-eisen] *van overeenkomstige toepassing, waarbij in plaats van het in die artikelen aangegeven niveau van eisen wordt uitgegaan van het rechtens verkregen niveau.*" Consequentie van deze formulering is dat naar alle onderwerpen moet worden gekeken die in de prestatie-eisen van niveau nieuwbouw vermeld staan. Een bestaand gebouw moet dus eerst worden beschouwd volgens de terminologie van het nieuwe Bouwbesluit. De *inhoudelijke prestatie* wordt echter in beginsel niet gegeven door het Bouwbesluit, maar door het rechtens verkregen niveau. Bij voorbeeld: een onder Bouwbesluit 2003 gebouwd kantoorgebouw kan wel worden ingedeeld in subbrandcompartimenten als bedoeld in artikel 2.93 Bouwbesluit 2012, maar voor de omvang en de brand- en rookwerendheid moet naar het rechtens verkregen niveau worden gekeken. Uit deze systematiek volgt dat het verwarrend is om te spreken van het rechtens verkregen niveau *van een gebouw* (tenzij er een prestatie-eis is die voor het hele gebouw geldt). Er kan beter gesproken worden over het rechtens verkregen niveau ten aanzien van een bepaald specifiek onderdeel van een gebouw, waaraan door het Bouwbesluit een prestatie-eis wordt gesteld. Bijvoorbeeld: het rechtens verkregen niveau van de breedte van die trap, of het rechtens verkregen niveau van de oppervlakte van dát brandcompartiment.

7 Zorgplicht

In artikel 1a Woningwet is een zorgplicht opgenomen, die er kort gezegd op neerkomt dat iedereen die een gebouw in eigendom heeft of gebruikt, zorg moet dragen voor een gezond en veilig gebouw. Bij het niet voldoen aan de zorgplichtbepaling riskeert men direct handhavend optreden van de overheid en is er bovendien sprake van een strafbaar feit op grond van de Wet op de economische delicten. In geval van handhavend optreden bestaat de mogelijkheid dat de gemeente een aanpassing laat doorvoeren en de kosten hiervan verhaalt op de overtreder van de zorgplicht.

7.1 Waar de zorgplicht voor bedoeld is

De strekking van de publiekrechtelijke zorgplicht is te voorkomen dat er gevaar ontstaat, bestaat of voortduurt voor de gezondheid en veiligheid als gevolg van

de staat van een bouwwerk, terrein of open erf, ten gevolge van het bouwen, het gebruik (inclusief beheer) of slopen. Het begrip 'gevaar voor de gezondheid of veiligheid' heeft een ruime betekenis en omvat gevaar voor de gezondheid of veiligheid van personen en dieren alsmede gevaar voor de veiligheid van goederen. De kring van aangesprokenen in het zorgplichtartikel (art. 1a Woningwet) is erg ruim. Spreekt lid 1 nog slechts over de eigenaar, lid 2 spreekt over een ieder die een bouwwerk of standplaats houdt, gebruikt, laat gebruiken of sloopt, dan wel een open erf of terrein gebruikt of laat gebruiken. Hierbij wordt gedacht aan de hoedanigheden van eigenaar, verhuurder, beheerder, huurder, aannemer, opdrachtgever of toezichthouder. De wetsgeschiedenis schrijft dat: *"niemand zich aan zijn verantwoordelijkheid kan onttrekken in situaties waarin (nog) geen specifieke voorschriften van toepassing zijn of een handhavende instantie onvoldoende alert is"*. Het zorgplichtartikel is aanvullend bedoeld, enerzijds op leemtes in de wet, anderzijds op nu nog toekomstig onvoorziene omstandigheden. Uit de zorgplicht volgt dat een persoon als bedoeld in het eerste of tweede lid, indien nodig, direct alle maatregelen kan (en moet) nemen – met in het tweede lid de clausulering: 'voor zover die binnen zijn vermogen liggen' – om geen gevaar te laten ontstaan of voortduren. De eventueel te treffen maatregelen moeten -vanuit technisch, fysiek en organisatorisch oogpunt- objectief gezien geschikt zijn om het gevaar te voorkomen of te beëindigen. Een en ander moet proportioneel zijn; hier moet een afweging worden gemaakt tussen enerzijds het gevaar en anderzijds de kosten/inspanning om het gevaar te elimineren.

Voorbeelden die in de toelichting op de Woningwet werden genoemd zijn: het ontbreken van deugdelijk aangesloten sanitaire voorzieningen in een woning (een eis daartoe staat niet in het Bouwbesluit), en de aanwezigheid van een te hoge concentratie aan asbestdeeltjes in een binnen- of buitenluchtsituatie. Voorbeelden uit de jurisprudentie waarbij artikel 1a Woningwet is ingezet zijn: de ontmanteling van hennepkwekerijen, de aanwezigheid van asbest die bij een verbouwing was vrijgekomen en een gevaar vormde

voor winkelend publiek, een loshangende deur in een toegangspoort van een perceel tijdens een zware storm. Per saldo is de toepassing van het zorgplichtartikel vooral een kwestie van gebruikmaken van het "gezond verstand". Er zal sprake moeten zijn van een evident ongezonde of onveilige situatie.

7.2 Waar de zorgplicht niet voor bedoeld is

De zorgplicht is niet bedoeld is om een hoger voorzieningenniveau af te dwingen dan in het Bouwbesluit niveau bestaande bouw is vastgelegd; dit blijkt ook uit de wijze waarop hiermee in de jurisprudentie wordt omgegaan. De Afdeling oordeelde over het toepassen van de zorgplicht: *"In de Memorie van Toelichting bij artikel 1a van de Woningwet (...) is vermeld dat dit artikel als vangnet dient en dat deze vangnetfunctie inhoudt dat de zorgplicht voorziet in gevallen die niet expliciet zijn geregeld bij of krachtens de Woningwet (...). Gelet hierop en op de algemene termen waarin de zorgplicht is verwoord, moet artikel 1a, eerste lid, van de Woningwet aldus worden verstaan dat handhavend optreden op die grondslag eerst aan de orde komt indien in het desbetreffende geval geen bij of krachtens de Woningwet gegeven voorschrift van meer specifieke aard valt aan te wijzen op grond waarvan in afdoende mate kan worden opgetreden ter voorkoming of beëindiging van het geconstateerde gevaar."* [ABRS 7 april 2010, LJN BM0179] Het minimum te realiseren niveau is vastgelegd in het Bouwbesluit. Het Bouwbesluit niveau nieuwbouw geeft het maximum af te dwingen niveau weer, Bouwbesluit niveau bestaande bouw geeft het absolute minimum te realiseren niveau weer. Wanneer het rechtens verkregen niveau zich tussen deze twee niveaus bevindt, heeft een gemeente zoals we in de vorige paragraaf zagen in artikel 13 Woningwet een aanschrijvingsbevoegdheid. Uit de hiervoor geciteerde uitspraak van de Afdeling volgt dat ten aanzien van zaken die expliciet in het Bouwbesluit geregeld zijn, er nooit sprake kan zijn van de schending van de zorgplicht uit artikel 1a Woningwet. Nu het minimumniveau qua veiligheid en gezondheid in het op de Woningwet gebaseerde Bouwbesluit is vastgelegd, is het onmogelijk dat via een open, volstrekt ongeclauleerde norm als de zorgplicht door de gemeente in een individueel geval een hoger niveau wordt afgedwon-

gen. Pas wanneer het Bouwbesluit (niveau nieuwbouw!) aan een bepaald aspect geen eisen stelt, komt de zorgplicht aan de orde. Handhavend optreden bij het niet voldoen aan het Bouwbesluit is dan ook alleen mogelijk op de *specifieke grondslagen* die er ten aanzien van de bouwregelgeving zijn. Hierbij moet primair worden gedacht aan handhaving op grond van het niet voldoen aan niveau bestaande bouw (artikel 1b lid 2 onder a Woningwet) of, indien noodzakelijk, het niet voldoen aan een hoger niveau tot maximaal niveau nieuwbouw (artikel 13 Woningwet).

Waarom is deze constatering belangrijk? Allereerst is een overheidsorgaan onbevoegd om handhavend op te treden wanneer het van de verkeerde bevoegdheidsgrondslag gebruik maakt. Een motivering voor een overtreding van het zorgplichtartikel zal er heel anders uitzien dan een motivering dat aanvullende voorzieningen ex artikel 13 Woningwet noodzakelijk zijn. Dit zal onder de nieuwe regelgeving voor verbouwingen onder Bouwbesluit 2012 wellicht meer gaan spelen (zie in paragraaf 6.5 van dit artikel). Belangrijker wellicht is ten tweede dat overtreding van de zorgplicht in de Wet op de economische delicten is strafbaar gesteld. Wanneer een feitelijke toestand in strijd is met de zorgplicht ex artikel 1a Woningwet, is er sprake van een strafbaar feit, ook zonder dat de overheid daar expliciet de gebouweigenaar op aanspreekt. Bij een aanschrijving ex artikel 13 Woningwet ontstaat er pas een strafbaar feit, wanneer er geen gehoor wordt gegeven aan de aanschrijving. Een gebouweigenaar heeft dan nog de mogelijkheid om ofwel zich juridisch te verdedigen, ofwel aanpassingen in zijn gebouw te plegen. Een oneigenlijke toepassing van het zorgplichtsartikel zou dan ook ten onrechte suggereren dat er sprake is van een strafbaar feit.

8 Brandveilig gebruik

De publiekrechtelijke regelgeving kent niet alleen regelgeving op het gebied van de bouwkundige staat van een gebouw, maar ook ten aanzien van het brandveilig gebruik hiervan. Sinds 2008 staan deze regels in het Gebruiksbesluit (formeel: "Besluit brandveilig gebruik bouwwerken 2008").

Artikel 8 Woningwet geeft aan dat de gemeenteraad een bouwverordening moet vaststellen, waarin regels voor brandveilig gebruik van gebouwen moeten zijn geregeld. Ditzelfde artikel geeft aan dat er landelijke regels hieromtrent kunnen worden opgesteld, wat met het Gebruiksbesluit dus ook is gebeurd. Gemeenten zijn volgens dit artikel verplicht om deze landelijke regels binnen een jaar in hun bouwverordening op te nemen. In de tussentijd geldt volgens artikel 8 lid 9 Woningwet het Gebruiksbesluit 2008 rechtstreeks, in plaats van de bouwverordening. Er is geen enkele gemeente die zijn bouwverordening hierop heeft aangepast, zodat overal het Gebruiksbesluit van toepassing is. Met de introductie van Bouwbesluit 2012 zullen de regels omtrent brandveilig gebruik niet meer in het Gebruiksbesluit te vinden zijn, maar in het Bouwbesluit.

Volgens artikel 7b Woningwet dient elk gebouw te voldoen aan de eisen voor brandveilig gebruik uit het Gebruiksbesluit. Het Gebruiksbesluit 2008 maakt geen onderscheid tussen bestaande gebouwen en nieuwbouw. Dit betekent dat elk gebouw in beginsel aan de voorschriften van het Gebruiksbesluit 2008 dient te voldoen. Er hoeft niet aan de prestatie-eisen van het Gebruiksbesluit te worden voldaan, wanneer er een zelfde mate van veiligheid wordt gerealiseerd, als wordt beoogd met deze eisen.

9 Samenvatting publiekrechtelijke regelgeving

De publiekrechtelijke regelgeving ten aanzien van gebouwen is te vinden in het Bouwbesluit en het Gebruiksbesluit. Het Bouwbesluit kent voorschriften op twee niveaus: niveau bestaande bouw en niveau nieuwbouw. Ten aanzien van de gebondenheid aan de publiekrechtelijke bouwregelgeving geldt het volgende:

- Elk bestaand gebouw moet volgens artikel 1b lid 2 Woningwet minimaal voldoen aan de voorschriften van Bouwbesluit niveau bestaande bouw. Een gebouw is ook direct na oplevering als bestaand gebouw te beschouwen. Dat betekent echter niet dat er ineens veel overbodige voorzieningen in het gebouw zitten, omdat het eisenpakket lager wordt.

- Gemeenten hebben de bevoegdheid volgens artikel 13 Woningwet de bevoegdheid om aanvullende eisen te stellen op Bouwbesluit niveau bestaande bouw. Een gemeente moet hiervoor echter wel gemotiveerd de noodzaak aantonen. Eventueel kan hierbij gebruik gemaakt worden van een beleid. Het is volgens de wetgever echter uitdrukkelijk niet de bedoeling dat een gemeente generiek hogere eisen stelt aan alle bestaande gebouwen binnen de gemeente.
- Het is volgens artikel 2.1 lid 1 Wabo niet toegestaan om zonder of in afwijking van een vergunning te bouwen. Daarnaast is het volgens artikel 2.3a Wabo niet toegestaan om een gebouw zonder of in afwijking van een vergunning in stand te houden. Een complicatie hierbij is de voortschrijdende stand van de kennis en de stand van de techniek, als gevolg waarvan men achteraf moet concluderen dat er niet conform de vergunning is gebouwd. Het niet meer voldoen aan een vergunning door 'natuurlijk verval' van een gebouw, is overigens niet zonder meer een reden voor een gemeente om te blijven eisen dat aan de vergunning blijft worden voldaan.
- Bij een verbouwing moet er volgens artikel 1b lid 1 Woningwet worden voldaan aan Bouwbesluit 2003 niveau nieuwbouw. De nieuwbouwvoorschriften gelden volgens artikel 4 Woningwet slechts voor het gedeelte dat daadwerkelijk, fysiek wordt aangepast. Wanneer niet voldaan kan worden aan de nieuwbouwvoorschriften, heeft een gemeente de mogelijkheid om ontheffing te verlenen. Het is mogelijk dat bij een verbouwing de voorschriften van Bouwbesluit niveau nieuwbouw rechtstreeks van toepassing zijn, voor zover dit niet expliciet in een vergunning is vastgelegd.
- Er geldt een algemene zorgplicht, die er op neer komt dat men toch vooral het "gezond verstand" moet gebruiken. De zorgplicht geldt zowel voor eigenaars als voor gebruikers van gebouwen. De toepassing van de zorgplicht is vooral gelegen op terreinen waar het Bouwbesluit of het Gebruiksbesluit niets over zeggen; de rechter heeft bepaald dat altijd een meer specifieke handavingsgrondslag moet worden gebruikt wanneer deze aanwezig is.

Op 1 april 2012 zal het nieuwe Bouwbesluit 2012 worden ingevoerd. Dit zal een aantal inhoudelijke wijzigingen met zich meebrengen. Allereerst worden de regels ten aanzien het verbouwen van een bestaand gebouw gewijzigd. Niet langer gelden de nieuwbouwvoorschriften als uitgangspunt, met een eventuele mogelijkheid van ontheffing. Een verbouwing moet voortaan worden uitgevoerd conform het rechtens verkregen niveau. Dit houdt in dat het aanwezige kwaliteitsniveau van een gebouw niet mag verslechteren. Een andere wijziging die Bouwbesluit 2012 impliceert, is dat de regels voor brandveilig gebruik voortaan niet meer in het Gebruiksbesluit, maar in het Bouwbesluit zijn te vinden. Inhoudelijk vindt er wat dat betreft geen noemenswaardige wijziging plaats.

10 Consequenties bij niet voldoen aan de publiekrechtelijke regelgeving

10.1 Handhaving door overheid

Wanneer een gebouw niet voldoet aan de van toepassing zijnde bouwregelgeving, kan een gemeente handhavend optreden. Publiekrechtelijke handhaving zal er in de meeste gevallen op neerkomen dat de gemeente een last onder dwangsom oplegt wanneer na het verstrijken van een bepaalde periode de onrechtmatige situatie nog steeds niet is opgeheven door het plegen van aanpassingen. Het is ook mogelijk dat een gemeente de situatie zelf aan laat passen, en de kosten voor deze werkzaamheden aan de gebouweigenaar doorberekent. Tot slot kan een gemeente het gebruik van een gebouw beëindigen. Deze laatste twee voorbeelden worden 'last onder bestuursdwang' genoemd.

Een gemeente zal zich moeten houden aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Dat betekent dat zij niet iemand rauwelijks een handhavingsbesluit mogen overhandigen, zonder hier overleg aan vooraf is gegaan. In de praktijk wordt vaak eerst een vooraankondiging gestuurd. De mate van zorgvuldigheid die hierbij betracht moet worden, is uiteraard ook afhankelijk van de ernst van de situatie. Bij een levensbedreigende situatie is uiteraard geen tijd voor uitgebreid overleg, en zal onmiddellijk opgetreden worden.

Vergelijk de situatie van het winkelcentrum 't Loon in Heerlen, dat acuut op instorten stond. Daarnaast zal een gemeente bij het kiezen van een handhavingsinstrument moeten kiezen voor het instrument dat het minst bezwarend is voor de betrokkene.

Figuur 4 – Acuut instortingsgevaar bij winkelcentrum 't Loon in Heerlen



10.2 Mogelijkheid van strafvervolgning

Het niet voldoen aan de bouwregelgeving is strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten. Bij overtreding hiervan is een gevangenisstraf van maximaal zes maanden mogelijk, of een geldboete van maximaal € 16.750,-. Wanneer er echter sprake is van opzet, is een gevangenisstraf van 2 jaar mogelijk. Strafvervolgning wegens het niet naleven van de bouwregelgeving komt alleen in zeer ernstige gevallen voor. In juli 2010 is nog een eigenaar van een studentenhuis veroordeeld, omdat dit studentenhuis niet voldeed aan de eisen op het gebied van brandveiligheid, en bij een brand een persoon om het leven is gekomen.

10.3 Civielrechtelijke aansprakelijkheid

We begonnen de twee artikelen met de vraag naar aansprakelijkheid voor gebreken of instorten van gebouwen. In het vorige artikel A 3251 is de systematiek van civielrechtelijke aansprakelijkheid uiteengezet. Hierbij was aangegeven dat volgens artikel 6:174 BW een bezitter/eigenaar van een gebouw aansprakelijk is, wanneer een gebouw een gebrek heeft. Wanneer een gebouw niet voldoet aan de publiekrechtelijke regelgeving, zal al snel door de rechter geconcludeerd worden dat er sprake is van een gebrek. Er zal dan ook onderzocht moeten worden of er voldaan is aan de geldende regelgeving. Hierbij zullen achtereenvolgens de volgende vragen moeten worden gesteld:

- Is destijds gebouwd conform de destijds afgegeven bouwvergunning?
- Is bij tussentijdse vergunningsplichtige verbouwingen gebouwd conform de afgegeven bouwvergunning?
- Voldoen tussentijds gepleegde vergunningsvrije verbouwingen aan de regels zoals deze golden ten tijde van de verbouwing?
- Voldoet het gebouw aan Bouwbesluit niveau bestaande bouw?

Daarnaast moeten de vragen beantwoord worden of het gebruik van het gebouw voldeed aan het Gebruiksbesluit 2008 en of er geen sprake was van schending van de zorgplicht.

In de praktijk zal blijken dat deze vragen lang niet gemakkelijk te beantwoorden zijn, met name omdat veel gebouwen regelmatig verbouwd zijn. Om de bovenstaande vragen te kunnen beantwoorden zou moeten worden vastgesteld wanneer een verbouwing exact heeft plaatsgevonden en wat de exacte omvang van deze verbouwing was. Ter vergemakkelijking van het onderzoek is het daarom beter om de onderzoekssystematiek om te keren: er kan eerst onderzocht worden of het gebouw voldoet aan de nieuwbouwvoorschriften. Wanneer het gebouw hieraan voldoet, is er geen reden om verder te kijken – het zal ook aan alle andere voorschriften voldoen. De vraag wanneer welke verbouwing heeft plaatsgevonden en welke regelgeving daar exact op van toepassing is, kan daarmee in het midden blijven. Die vragen resteren dan nog slechts voor de onderdelen van een gebouw die niet voldoen aan de nieuwbouwvoorschriften.

Wanneer een gebouw voldoet aan de van toepassing zijnde publiekrechtelijke regelgeving, is men overigens niet automatisch gevrijwaard van aansprakelijkheid, zoals ook uit het vorige artikel A 3251 bleek. Wel geldt het omgekeerde: wanneer men niet aan de publiekrechtelijke regelgeving voldoet, is aansprakelijkheid een gegeven. Een voorzichtig gebouweigenaar zal daarom een aansprakelijkheidsclaim vóór willen zijn en nú willen weten hoe het er met zijn gebouw voor staat. Dit kan eenvoudig door het gebouw te laten

onderzoeken op de kwaliteit die het ten opzichte van de bouwregelgeving bezit. Wanneer uit dit onderzoek blijkt dat niet wordt voldaan, heeft men nog tijd om noodzakelijke aanpassingen te plegen. Ook wat dit betreft is voorkomen immers beter dan genezen...