

Gelijkwaardigheid door een juridische bril (2)

GEELIJKWAARDIGHEID

TEKST: JACCO HUIJZER

Bij het toepassen van een gelijkwaardige oplossing volgens Bouwbesluit 2012 moet de aanvrager of gebouweigenaar richting het bevoegd gezag aannemelijk maken dat er sprake is van gelijkwaardigheid. Maar moet het initiatief voor gelijkwaardigheid altijd bij de aanvrager of gebouweigenaar vandaan komen? Dat ligt iets genuanceerder. Het bevoegd gezag kan zelf ook het initiatief nemen, en in sommige gevallen moet het bevoegd gezag zelfs het initiatief nemen. Soms hoeft een gebouweigenaar niet per se het initiatief te nemen, maar is het wel verstandig om te doen. Er moet daarbij onderscheid gemaakt worden tussen nieuwbouw en bestaande bouw. Ook is relevant of er sprake is van vergunningplichtige of vergunningvrije bouwwerkzaamheden en of er sprake is van een gebruiksmeldingplicht. Het eerste artikel over dit onderwerp verscheen in *Bouwregels in de praktijk* nr. 5, mei 2013.



Nieuwbouwsituaties

In nieuwbouwsituaties is het de aanvrager van een omgevingsvergunning voor bouwen die aannemelijk moet maken dat aan Bouwbesluit 2012 wordt voldaan.¹ Het initiatief ten aanzien van het aantonen dat er sprake is van gelijkwaardigheid ligt in beginsel dan ook bij de aanvrager.² De beslissing op een vergunningaanvraag door het bevoegd gezag moet altijd zorgvuldig plaatsvinden. Volgens de bestuursrechter gaat die vereiste zorgvuldigheid echter niet zó ver dat het bevoegd gezag ver-

plicht is om op eigen initiatief te onderzoeken of er een gelijkwaardige oplossing aanwezig is.³ Dat wil niet zeggen dat het verboden is voor het bevoegd gezag om zich servicegericht richting de aanvrager op te stellen. Niets staat er aan in de weg dat het bevoegd gezag bij constatering van een afwijking van de prestatie-eisen op eigen initiatief constateert dat er sprake is van een gelijkwaardige oplossing, zonder dat de aanvrager dit expliciet heeft benoemd.⁴

In de vergunning zal een 'ambtshalve' goedgekeurde gelijkwaardige oplossing wel gemotiveerd moeten worden. Daarom zal dit zich doorgaans beperken tot geringe afwijkingen, in situaties waarbij evident is dat ondanks dat er niet exact aan de prestatie-eis wordt voldaan er toch wordt voldaan aan de overheidsdoelstellingen en dit met een enkele zinsnede gemotiveerd kan worden. Servicegerichtheid mag er overigens niet in resulteren dat een aanvraag eigenhandig door het bevoegd gezag wordt gewijzigd; het uitgangspunt is dat er beslist wordt op de aanvraag.⁵ In nieuwbouwsituaties is er dus wel ruimte voor een 'ambtshalve' constatering van gelijkwaardigheid, al is het uitgangspunt dat de aanvrager het bestaan van gelijkwaardigheid aannemelijk moet maken.

Het is mogelijk dat het bevoegd gezag strijdigheid met een prestatie-eis bij de beoordeling van een bouwaanvraag over het hoofd ziet en vergunning verleent. Uit jurisprudentie volgt dat het niet mogelijk is dat een gelijkwaardige oplossing impliciet bij de vergunningverlening wordt goedgekeurd.⁶ Impliciet wil in dit verband zeggen: wanneer de aanvrager dit bij de aanvraag niet kenbaar heeft gemaakt, en het bevoegd gezag in de vergunning hierover ook met geen woord reept. Ziet het bevoegd gezag een strijdigheid met

1 Artikel 2.10 lid 1 aanhef en onder a Wabo.
2 Stb.2011, 416, p. 191.

3 ABRS 4 maart 2009, L/JN B4665, r.o. 2.1.1.
4 ABRS 4 juli 2011, L/JN BR1389, r.o. 2.5.1.

5 Vergelijk ABRS 19 november 2008, L/JN BG4683, r.o. 2.2.2.
6 Rb. Zutphen 18 november 2009, L/JN BK3737, r.o. 2.8, bevestigd in ABRS 4 augustus 2010, L/JN BN3192, r.o. 2.10.



een prestatie-eis over het hoofd en wordt vergunning verleend, dan prevaleert de vergunning echter boven de nieuwbouwvoorschriften van het Bouwbesluit.⁷ Voor de aanvrager hoeft dat dus niet direct een knelpunt te zijn. Wel dient er ongeacht wat er in de vergunning staat te allen tijde aan Bouwbesluit 2012 niveau bestaande bouw te worden voldaan (prestatie-eis of gelijkwaardige oplossing).⁸

Bestaande bouw

Voor bestaande gebouwen ligt het uitgangspunt anders dan bij nieuwbouw. Volgens artikel 1b, lid 2, van de Woningwet moeten gebouwen minimaal aan Bouwbesluit 2012 niveau bestaande bouw voldoen. Wanneer daar niet aan voldaan wordt kan het bevoegd gezag handhavend optreden. Het bevoegd gezag dient te motiveren dat er sprake is van een overtreding. De bewijslast voor de aanwezigheid van een overtreding van Bouwbesluit 2012 ligt daarom bij het bevoegd gezag en niet bij de gebouweigenaar; er mag geen omkering van de bewijslast plaatsvinden.⁹ Voor een overtreding van artikel 1b, lid 2, van de Woningwet is een constatering dat

niet wordt voldaan aan de prestatie-eisen van Bouwbesluit 2012 niet voldoende. De systematiek van het Bouwbesluit bestaat uit ofwel toepassing van de functionele eis met bijbehorende prestatie-eis, ofwel toepassing van gelijkwaardigheid. Uit deze systematiek volgt dat het bevoegd gezag in handhavingzaken dient vast te stellen of er in een bestaande situatie wel of geen gelijkwaardige oplossing aanwezig is. Dit geldt ook voor een aanschrijving tot een hoger niveau dan Bouwbesluit niveau bestaande bouw ex artikel 13 Woningwet. Dat het bevoegd gezag in handhavingzaken vast moet stellen of er sprake is van gelijkwaardigheid blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis van de Woningwet:

‘In het kader van de regeling voor gelijkwaardigheid moet altijd bezien worden of in een bepaalde situatie niet op een andere manier toch een met de prestatie-eis beoogd kwaliteitsniveau wordt bereikt (bijvoorbeeld indien de situatie zodanig is dat toch een zelfde mate van veiligheid wordt bereikt). Binnen de normering van het Bouwbesluit 2003 zijn er dus alternatieve oplossingen toegestaan die een gelijkwaardig kwaliteitsniveau bereiken. Alvorens het college van burgemeester en wethouders tot handhaving over kan gaan

dient dus eerst te zijn vastgesteld dat ook niet op andersoortige wijze sprake is van een gelijkwaardig kwaliteitsniveau.’¹⁰

Mijns inziens ontbreekt dit uitgangspunt ten onrechte in de toelichting op artikel 1.3 Bouwbesluit 2012; hieruit zou men gemakkelijk de verkeerde conclusie kunnen trekken dat het initiatief ten aanzien van gelijkwaardigheid te allen tijde bij de gebouweigenaar ligt.¹¹ De toelichting lijkt alleen vergunningplichtige nieuwbouwsituaties op het oog te hebben. Hoever bij bestaande bouw de verplichting tot ambtshalve onderzoek naar gelijkwaardigheid door het bevoegd gezag gaat is moeilijk in abstracto aan te geven; het zal afhangen van de omstandigheden. Wel kunnen wat algemene gezichtspunten aangegeven worden, die inzichtelijk maken in welke situaties de verplichting evident aanwezig is, en in welke situaties die verplichting een minder grote rol speelt. Situaties waarin op het bevoegd gezag mijns inziens een verzwaarde plicht rust om een onderzoek naar gelijkwaardigheid uit te voeren zijn:

¹⁰ Kamerstukken II 2004/05, 29 392, nr. 9, p. 7.

¹¹ Vergelijk ABRS 23 juni 2004, LJN AP33993, r.o. 2.2: “...uit de toelichting op het Bouwbesluit volgt dat het niet aan hem [dat is: aan het bevoegd gezag, JH] maar aan de bouwver is om zodanige gelijkwaardige oplossing te bieden.”

⁷ Artikel 1b, lid 1, Woningwet.

⁸ Artikel 1b, lid 2, Woningwet.

⁹ Rb. Arnhem, 1 oktober 2010, LJN BN 8863, r.o. 3.22.1.



- Als de bestaande situatie nog voldoet aan de destijds afgegeven bouwvergunning, maar er desondanks sprake is van strijdigheid met een prestatie-eis uit Bouwbesluit 2012 niveau bestaande bouw. Dit speelt bij veel industriegebouwen die gebouwd zijn in de tijd vóór het Bouwbesluit. Er is dan vaak sprake van grote brandcompartimenten, met niet-brandwerende staalconstructies. Voordat er veel bouwkundige aanpassingen geëist worden zal een onderzoek verricht moeten worden of een gelijkwaardige oplossing aanwezig is.¹²
- Als het bevoegd gezag voornemens is om aan te schrijven tot een hoger niveau dan niveau bestaande bouw ex artikel 13 Woningwet dient door dit bevoegd gezag ambtshalve te worden beoordeeld of er geen gelijkwaardige oplossing aanwezig is die een minder hoog niveau rechtvaardigt.¹³

Situaties waarin bij bestaande bouw een onderzoek naar gelijkwaardigheid feitelijk achterwege kan blijven, of afgedaan

kan worden met een minimale overweging zijn:

- Situaties waarin zo evident sprake is van een gevaarlijke situatie, dat bijvoorbeeld een spoedaansrijving gerechtvaardigd is. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de acute veiligheid van kwetsbare personen.¹⁴
- Situaties waarbij er in de oorspronkelijk vergunde situatie reeds een gelijkwaardige oplossing werd gerealiseerd (althans naar huidig inzicht) en daar nu van af wordt geweken. De verplichting gaat dan niet zo ver dat door het bevoegd gezag moet worden onderzocht of de oorspronkelijke gelijkwaardige oplossing ook de afwijkende situatie 'dekt'.¹⁵ Er is dan naar huidig recht ingevolge artikel 1.3 lid 2 Bouwbesluit 2012 sprake van een overtreding van de instandhoudingsplicht van gelijkwaardige oplossingen.

De systematiek van Bouwbesluit 2012 brengt naar mijn idee echter met zich mee dat er ook in die gevallen een minimale

overweging plaats moet vinden of er sprake is van een gelijkwaardige oplossing, voordat geconstateerd kan worden of er sprake is van strijdigheid met het Bouwbesluit. Dit laat uiteraard onverlet dat een gebouweigenaar verantwoordelijk is en blijft voor het voldoen aan de eisen uit het Bouwbesluit. Dat het bevoegd gezag bij toezicht en handhaving zorgvuldig te werk dient te gaan en gelijkwaardigheid moet onderzoeken, maakt niet dat er automatisch bij strijdigheid met een prestatie-eis altijd een gelijkwaardige oplossing aanwezig is. Het is daarom niet verstandig om de discussie daarover pas in een handhavingprocedure te voeren. Een gebouweigenaar doet er beter aan om op eigen initiatief de technische staat van het gebouw in verhouding tot Bouwbesluit 2012 in kaart te (laten) brengen, door deskundigen te laten beoordelen of er bij strijdigheid met een prestatie-eis sprake is van een gelijkwaardige oplossing en dit buiten de sfeer van een handhavingzaak met het bevoegd gezag te bespreken.

Vergunningvrije nieuwbouw

Het is ook mogelijk dat er een gelijkwaardige oplossing wordt gerealiseerd in vergunningvrije vormen van bouwen. Bij vergunningvrij bouwen geldt dat er geen preventieve toets plaatsvindt door de gemeente. Volgens artikel 1b, lid 1, van de Woningwet dient er wel volgens de nieuwbouweisen van Bouwbesluit 2012 gebouwd te worden. In vergunningvrije situaties kan het toezicht door het bevoegd gezag alleen achteraf plaatsvinden. De systematiek van de beoordeling is dezelfde als in bestaande situaties. Dat wil zeggen dat het bevoegd gezag bij afwijking van een prestatie-eis dient vast te stellen of er sprake is van een gelijkwaardige oplossing, alvorens de conclusie getrokken kan worden dat niet het aan Bouwbesluit 2012 wordt voldaan. Een bouwer doet er echter goed aan om bij het toepassen van een gelijkwaardige oplossing in vergunningvrije situaties vooraf overleg te plegen met het bevoegd gezag. Dit geldt overigens ook voor niet-geconcretiseerde prestatie-eisen en voor functionele eisen zonder prestatie-eisen. Overleg vooraf kan veel discussie achteraf voorkomen. Strikt juridisch gezien is een bouwer dit echter niet verplicht. Het is niet mogelijk om de goedkeuring van een gelijkwaardige oplossing in een vergunningvrije situatie vast te laten leggen in een omgevingsvergunning voor bouwen; een aanvraag zal niet in behandeling worden genomen.¹⁶ Mijns inziens staat ech-

¹² Vergelijk Rb. Leeuwarden 1 december 2008, L/N BG6186, r.o. 3.7.3 tot en met 3.8.2.

¹³ Zie ABRS 12 augustus 2009, L/N BJ5054, r.o. 2.3.1 en 2.3.2.

¹⁴ Vergelijk ABRS 23 juni 2004, L/N AP3399, r.o. 2.2.

¹⁵ Vergelijk ABRS 9 november 2011, L/N BU3728, r.o. 2.13 t/m 2.13.3.

¹⁶ Vergelijk ABRS 18 augustus 2004, L/N AQ7004, r.o. 2.5 t/m 2.8.

ter niets er aan in de weg dat het bevoegd gezag buiten een vergunningprocedure een besluit neemt over de gelijkwaardigheid indien een gebouw eigenaar daar om verzoekt.¹⁷ Op een dergelijke aanvraag is niet de Wabo van toepassing; het betreft immers geen aanvraag om een omgevingsvergunning. Er is ook geen andere regeling in een bijzondere wet te vinden, zodat alleen de algemene regeling inzake beschikkingen van titel 4.1 Awb van toepassing is. Dat wil voornamelijk zeggen: schriftelijk indienen, beslissing binnen redelijke termijn (in elk geval binnen acht weken).¹⁸

Gebruiksmelding bij gelijkwaardigheid

Het hebben van een gelijkwaardige oplossing op het gebied van installaties en brandveilig gebruik is gebruiksmeldingplichtig.¹⁹ Een ontvangstbevestiging op een melding is geen 'besluit' in de zin van artikel 1:3 Awb, omdat hiermee geen rechtsgevolg beoogd wordt.²⁰ Dat betekent dat er geen rechten aan een melding en een ontvangstbevestiging ontleend kunnen worden. Uit een ontvangstbevestiging kan immers niet afgeleid worden dat het bevoegd gezag de gelijkwaardigheid onderschrijft. Een gebruiksmelding dient er dan ook slechts voor om het bevoegd gezag ervan in kennis te stellen dat er naar het oordeel van de gebouw-eigenaar een gelijkwaardige oplossing aanwezig is, en niet ten behoeve van de rechtszekerheid van de gebouw-eigenaar. Doorgaans zal het bevoegd gezag wel op eigen initiatief een inhoudelijke reactie geven op de gelijkwaardigheid; zij is dat echter niet verplicht indien de gebouw-eigenaar zich beperkt tot het doen van een gebruiksmelding. Wanneer die reactie uitblijft en er slechts een ontvangstbevestiging volgt, verkeert de gebouw-eigenaar in het ongewisse over het standpunt van het bevoegd gezag. Omdat gelijkwaardigheid een groot subjectief karakter draagt en de gevolgen van het wel of niet goedkeuren groot kunnen zijn is dat geen wenselijke situatie. Een gebouw-eigenaar doet er daarom goed aan om met of separaat aan de gebruiksmelding aan het bevoegd gezag expliciet een besluit te vragen over het bestaan van de gelijkwaardigheid. Indien het bevoegd gezag zich reeds in een vergunning voor bouwen heeft uitgesproken over de gelijkwaardigheid is dat

uiteraard niet noodzakelijk. Evenals bij vergunningvrij bouwen staat naar mijn idee ook hier niets er aan in de weg dat het bevoegd gezag, buiten een vergunning- of meldingsprocedure, een besluit neemt over de gelijkwaardigheid. Bij gebrek aan een regeling zoals de Wet milieubeheer kent voor de milieumelding²¹ is ook hier alleen titel 4.1 van de Awb van toepassing. De vraag kan gesteld worden of er sprake kan zijn van gelijkwaardigheid indien er geen gebruiksmelding is verricht. Uit jurisprudentie lijkt te volgen dat pas sprake kan zijn van een gelijkwaardige oplossing in het kader van gebruik indien er een gebruiksmelding heeft plaatsgevonden. Uit een uitspraak City Lido lijkt te volgen dat bij afwezigheid van een gebruiksmelding het bevoegd gezag onmiddellijk tot het oordeel mag komen dat er niet aan het Bouwbesluit wordt voldaan.²² Dat is in zoverre opmerkelijk, dat het voldoen aan de formaliteit van de gebruiksmelding niets verandert aan de feitelijk aanwezige situatie. Een gelijkwaardige oplossing kan zoals we hiervoor zagen immers ook aanwezig zijn zonder dat het bevoegd gezag zich hierover heeft uitgesproken.

Handhaving van gelijkwaardige oplossingen

Sinds 1 april 2012 is de verplichting om de gelijkwaardige oplossing in stand te houden expliciet in artikel 1.3 lid 2 van Bouwbesluit 2012 opgenomen. Dit is mogelijk geworden nu bouwkundige aspecten, installatietechnische aspecten en gebruiksaspecten in één besluit zijn opgenomen. Dit heeft niet alleen tot gevolg dat dergelijke aspecten eenvoudiger in een gelijkwaardige oplossing tegen elkaar 'uitgewisseld' kunnen worden, maar ook dat handhaving eenvoudiger is geworden. Door de scheiding van bouwkundige aspecten en gebruiksaspecten in twee besluiten (Bouwbesluit 2003 en Gebruiksbesluit 2008) was handhaving van gelijkwaardige oplossingen niet altijd eenvoudig. De verplichting om de gelijkwaardige oplossing in stand te houden onderstreept dat gebouw-eigenaars zélf verantwoordelijk zijn – en niet het bevoegd gezag. Deze verantwoordelijkheid geldt nog niet eens zozeer vanuit publiekrechtelijk oogpunt, maar veel meer vanuit het oogpunt van dreigende civielrechtelijke aansprakelijkheid en strafrechtelijke consequenties die het niet voldoen aan de bouwregelgeving tot gevolg kunnen hebben.²³ Het is

daarom ook de (morele) verantwoordelijkheid van adviseurs en architecten om toekomstige gebruikers van een gebouw niet op te zadelen met een instandhoudingsprobleem. Niemand is gebaat met een situatie die op papier voldoet, maar in de praktijk onwerkbaar is.

Slot

Hoewel het in beginsel aan de aanvrager of gebouw-eigenaar is om richting het bevoegd gezag aannemelijk te maken dat er sprake is van gelijkwaardigheid moet juridisch gezien het initiatief in geval van toezicht en handhaving bij het bevoegd gezag vandaan komen. Dit geldt voor zowel bestaande bouw als voor vergunningvrije nieuwbouw. Dat betekent echter niet dat het voor een gebouw-eigenaar verstandig is om achterover te leunen tot het bevoegd gezag langs is geweest en er een oordeel over gegeven heeft. Het blijft immers zijn verantwoordelijkheid. Alleen in vergunningplichtige nieuwbouwsituaties is het juridisch gezien de gebouw-eigenaar die het initiatief moet nemen, maar een servicegerichte opstelling van het bevoegd gezag is niet verboden. Uit jurisprudentie lijkt te volgen dat dit ook geldt voor gebruiksmeldingplichtige gelijkwaardige oplossingen.



Mr ing. J.C. (Jacco) Huijzer is juridisch adviseur bij Niemand Raadgevende Ingenieurs B.V.
j.huijzer@nieman.nl
 Tel. 030-241 34 27.
www.nieman.nl

Dank aan Rien van Overveld en Hajé van Egmond voor hun opmerkingen en correcties.

17 Vergelijk (a contrario) ABRs 21 juli 2004, L/JN AQ3678, r.o. 2.3.

18 Artikel 4:1 en 4:13 lid 1 en 2 Awb.

19 Artikel 1:18 lid 1 onder a onder 2 Bouwbesluit 2012. Dit voorschrift heeft overigens (onbedoeld) tot gevolg dat ineens elke gelijkwaardige oplossing op het gebied van installaties en gebruik uit hoofdstuk 6 en 7 van Bouwbesluit 2012 gebruiksmeldingplichtig is, in plaats van alleen brandveiligheidsaspecten.

20 Vergelijk ABRs 11 februari 2004, L/JN AQ3401, r.o. 2.1.

21 Artikel 8.40a Wet milieubeheer.

22 ABRs 4 augustus 2010, L/JN BN3192, r.o. 2.8.1.

23 Het niet voldoen aan de eisen van Bouwbesluit 2012 kan in gevolge artikel 6:174 BW leiden tot aansprakelijkheid voor de schade die dit na een calamiteit tot gevolg heeft. Het niet voldoen aan het Bouwbesluit 2012 is volgens artikel 1a onder 2 Wet op de economische delicten strafbaar.