

Reactie op voorgenomen ingebruiknamebesluit

mr. dr. ing. P.M.J. de Haan en mr. H.C.W.M. Moesker¹

1. Inleiding

Deze reactie heeft betrekking op de voorgenomen wijzigingen in het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl), waarmee een ingebruiknamebesluit (ontheffing) van het bevoegd gezag mogelijk wordt gemaakt wanneer een verklaring van de kwaliteitsborger ontbreekt.² In het geldende stelsel van kwaliteitsborging is ingebruikname van een bouwwerk zonder die verklaring verboden. De invoering van een dergelijk ingebruiknamebesluit zou een aanzienlijke wijziging van het stelsel van kwaliteitsborging behelzen.

In artikel 2.21 lid 1 Bbl staat dat het verboden is het bouwwerk of de bouwwerken die onderdeel uitmaken van een bouwactiviteit als bedoeld in artikel 2.17 (lees: gevolgklasse 1) in gebruik te nemen zonder dit ten minste twee weken voor het feitelijk in gebruik nemen te melden bij het bevoegd gezag (het college van burgemeester en wethouders). Met andere woorden, zonder rechtsgeldige gereedmelding is ingebruikname van rechtswege verboden. Voor een rechtsgeldige gereedmelding is overigens niet alleen een verklaring van de kwaliteitsborger vereist (lid 2 onder d), maar moeten ook “van de gerealiseerde activiteit” (blijkens de aanhef van lid 2) de technische tekeningen en berekeningen worden verstrekt. De wijziging voorziet niet in een ontheffing als de tekeningen en berekeningen niet compleet zijn.³

De gedachte is dat het onder omstandigheden disproportioneel is dat het voltooide bouwwerk moet worden aangepast, opdat alsnog een verklaring van de kwaliteitsborger kan worden verstrekt. De gemeente kan een ingebruiknamebesluit nemen en met het ingebruiknamebesluit de feitelijke ingebruikname toestaan.

Hieronder volgt een reactie op de onderbouwing en uitwerking van het ingebruiknamebesluit. Voorts komt een alternatief aan de orde dat in een eerdere versie van het Besluit kwaliteitsborging voor het bouwen (Bkb) stond.

2. Toetsingskader kwaliteitsborger

De gedachte achter het ingebruiknamebesluit is dat de kwaliteitsborger de verklaring moet weigeren te verstrekken als het voltooide bouwwerk een kleine afwijking van hoofdstuk 4 Bbl bevat. Een dergelijke lezing van artikel 3.86 lid 2, onder c, Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl), waarin staat wanneer de kwaliteitsborger een verklaring afgeeft, is verdedigbaar. Letterlijk staat daarin dat de kwaliteitsborger verklaart dat “*er naar zijn oordeel een*

¹ Peter de Haan is advocaat-partner bij PDH advocatuur in 's-Hertogenbosch. Eric Moesker was concernjurist gemeente Delft en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Oost-Brabant. Deze reactie is op 16 april 2024 ingediend.

² De overige voorgenomen wijzigingen blijven in deze reactie buiten beschouwing.

³ Een toelichting ontbreekt.

gerechtvaardigd vertrouwen is dat het resultaat van de bouwactiviteit voldoet aan de regels, bedoeld in de hoofdstukken 4 en 5⁴ van het Besluit bouwwerken leefomgeving.” Als de kwaliteitsborger een tekortkoming ontdekt, mag hij derhalve in beginsel weigeren een verklaring af te geven.

Niettemin zou dan wel wenselijk zijn dat in de Nota van Toelichting bij de voorgestelde wijziging van het Bbl wordt uitgelegd waarom het wenselijk is dat de kwaliteitsborger bij kleine afwijkingen van hoofdstuk 4 Bbl geen verklaring afgeeft. Als de kwaliteitsborger bij kleine afwijkingen wel een verklaring afgeeft, dan hoeft het bevoegd gezag niet onnodig een ingebruiknamebesluit te verlenen.

3. Wijziging niet mogelijk of disproportioneel

In de consultatieversie staat dat het bevoegd gezag enkel en alleen een ontheffing als ingebruiknamebesluit kan verlenen als het herstel van de gebreken die een verklaring in de weg staan “niet proportioneel is in relatie tot de doelen van de regels waaraan niet wordt voldaan.” De Nota van Toelichting haalt aan dat voor de vraag of sprake is van een dergelijke disproportionaliteit kan worden aangesloten bij de aangehaalde rechtspraak in de VNG-handreiking.⁵ Die rechtspraak gaat enkel over kleine afwijkingen van afmetingen. Onder het stelsel van kwaliteitsborging doen zich echter ook andere aandachtspunten voor, waar de Nota van Toelichting ten onrechte niet op ingaat. Zie ook paragraaf 4 hieronder.

Op p. 4 van de Nota van Toelichting wordt gesproken over dat herstel “niet mogelijk” is of disproportioneel is. Dit roept de vraag op of het bevoegd gezag ook een ingebruiknamebesluit kan nemen indien de afwijking van het Bbl niet zozeer klein is, maar dat het niet mogelijk is om het nog aan te passen. Het ligt overigens voor de hand dat het bevoegd gezag niet daaraan meewerkt als het gaat om constructieve veiligheid of brandveiligheid. Maar wat als het niet om veiligheid gaat?

4. (Deel)verklaringen en cascobouw

Niet is in de Nota van Toelichting ingegaan op het aandachtspunt van deelverklaringen. Op grond van artikel 2.18 lid 3 Bbl⁶ is het mogelijk voor veel bouwwerken gelijktijdig een bouwmelding onder kwaliteitsborging in te dienen. Er zijn kwaliteitsborgers die vinden pas een verklaring te kunnen afgeven als alle bouwwerken zijn gerealiseerd. Zij werken niet met deelverklaringen. Als bijvoorbeeld voor een woonwijk van 100 woningen één bouwmelding wordt ingediend en de kwaliteitsborger geeft eerst de verklaring af nadat de laatste woning is gerealiseerd, dan mogen formeel op grond van artikel 2.21 lid 1 Bbl de eerste woningen al die tijd niet in gebruik worden genomen. De consultatieversie voorziet niet in de mogelijkheid dat het bevoegd gezag dan een ingebruiknamebesluit neemt voor de eerste voltooide

⁴ In ieder geval geldt het stelsel van kwaliteitsborging tot 1 januari 2025 niet voor verbouwingen van gevolgklasse 1-bouwwerken. Het eerste jaar beoordeelt de kwaliteitsborger derhalve niet of een bouwwerk voldoet aan hoofdstuk 5 Bbl: verbouw.

⁵ Handreiking Toezicht en handhaving Wet kwaliteitsborging bouw, Handelingsperspectieven voor gemeente. Versie 2. VNG, januari 2024

⁶ Wordt lid 4 in het Verzamelbesluit bouwwerken leefomgeving 2024.

bouwwerken, omdat er op dat moment geen aanwijzingen zijn dat de eerste woningen niet voldoen.⁷

Ook zijn er kwaliteitsborgers die weigeren een verklaring af te geven bij cascobouw. De badkamer en de wc zijn bijvoorbeeld nog niet in de woning aangebracht. Het is onduidelijk of de regelgever vindt dat in een dergelijke situatie een ingebruiknamebesluit kan worden genomen. Een toelichting is wenselijk. De VNG geeft in haar handreiking aan dat in een dergelijke situatie de kwaliteitsborger van de projectontwikkelaar of van het gezin dat de woning heeft gekocht, kan terugkomen zodra de badkamer en de wc zijn gemonteerd zodat alsnog een verklaring kan worden afgegeven. De vraag is of het niet disproportioneel is als een kwaliteitsborger speciaal daarvoor moet terugkomen, zeker gelet op de kosten.

5. Overige aandachtspunten

Nog enkele overige aandachtspunten kunnen kort genoemd worden waaraan in de Nota van Toelichting aandacht besteed zou kunnen, respectievelijk moeten worden. Allereerst het klassieke en principiële punt van het toestaan of gedogen (via in dit geval een ontheffing) van het afwijken van de primaire norm. Moeilijk te weerspreken lijkt het dat in wezen elke afwijking van de primaire norm de legitimiteit en de overtuigingskracht van de primaire norm ondergraaft. Een onschuldig voorbeeld (maatvoering): als 2 m de norm is, waarom is dan 1.,95 m ook aanvaardbaar. En waarom is dan 2 m de primaire norm?

Wat is onder het regiem van het nieuwe omgevingsrecht de relatie met maatwerkvoorschriften? En in het verlengde daarvan met artikel 23.7 Omgevingswet (verhouding publiek- en privaatrecht), de opvolger van het bekende artikel 122 Woningwet?

Hoe interfereert de voorgestane nieuwe opzet met de risicobeoordeling als genoemd in artikel 2.19 lid 1, onder h, Bbl en het borgingsplan genoemd in hetzelfde lid onder i?

Tot slot, hoe kenbaar is een en ander voor een derde-belanghebbende? Zoals bekend, niet zelden een van de bepalende, dramatis-personae in het ruimtelijk bestuursrecht.

6. De termijn om een ingebruiknamebesluit te nemen

In artikel 2.21 lid 1 Bbl komt tot uitdrukking dat twee weken na een rechtsgeldige gereedmelding de feitelijke ingebruikname van het bouwwerk mag aanvangen. In de Nota van Toelichting bij het Bkb staat dat het bevoegd gezag in beginsel niet buiten de twee weken na de gereedmelding behoort te handhaven:

“Als de gemeente constateert dat er zaken ontbreken of onjuist zijn, bijvoorbeeld het ontbreken of onvolledig zijn van informatie over de constructie, ligt het in de rede dat de gemeente op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de initiatiefnemer hiervan in kennis stelt binnen de termijn van twee weken. Eventueel kan dit direct gepaard gaan met de waarschuwing van de gemeente dat zonder het alsnog doen van een volledige

⁷ Zie over dit onderwerp ook het memo van Hajé van Egmond van IBK, Gereedmelding Wkb bij gefaseerde ingebruikname van woningen, 31 augustus 2022, waarin drie mogelijke werkwijzen beschreven worden hoe het bevoegd gezag kan omgaan met de situatie bij gefaseerde ingebruikname.

melding het bouwwerk niet in gebruik mag worden genomen en gehandhaafd kan worden op overtreding van het verbod.”⁸

Voorts staat over het niet handhaven buiten de twee weken termijn in de Nota van Toelichting:

“Ten aanzien van de gereedmelding van de bouwmelding geldt dat als deze niet volledig is, de gemeente dat binnen twee weken moet melden. Als de twee wekentermijn verstrijkt zonder dat de gemeente een besluit neemt⁹, is het rechtsgevolg dat de initiatiefnemer ervan mag uitgaan dat het dossier volledig is en dat het bouwwerk in gebruik kan worden genomen.”¹⁰

Het is niet onbegrijpelijk dat een wijziging in het Bbl in zeker opzicht wenselijk is, nu enkel in de toelichting staat dat het bevoegd gezag buiten de twee weken na de gereedmelding niet behoort te handhaven. Vraag is dan wel of er niet een beter alternatief is voor het ingebruiknamebesluit. Een juridisch-dogmatisch en financieel aantrekkelijker alternatief.

7. Alternatief: wegvallen bevoegdheid door tijdsverloop

In het gedurende vijf jaar bij de Eerste Kamer voorgehangen Bkb was een andere oplossing gekozen voor de situatie dat het bevoegd gezag niet wil handhaven ondanks dat de verklaring van de kwaliteitsborger ontbreekt, zie lid 4 van artikel 1.52 Bouwbesluit 2012 (nieuw):

“1. Onverminderd de artikelen 1.18 en 1.25, tweede lid, wordt een voornemen tot het in gebruik nemen van een bouwwerk als bedoeld in artikel 1.34 ten minste 10 werkdagen voor het feitelijk in gebruik nemen van het bouwwerk gemeld bij het bevoegd gezag.

(...)

4. Het bevoegd gezag kan binnen de in het eerste lid genoemde termijn besluiten dat het bouwwerk niet in gebruik mag worden genomen, indien bij de melding, bedoeld in dat lid, gegevens als bedoeld in het tweede lid ontbreken.”¹¹

Als het bevoegd gezag slechts gedurende een bepaalde periode (van bijvoorbeeld vier weken¹²) na gereedmelding kan handhaven als de verklaring van de kwaliteitsborging ontbreekt¹³, dan is geen ingebruiknamebesluit nodig. In het geval het bevoegd gezag de eigenaar al eerder zekerheid wil geven, kan een brief aan de eigenaar verzonden worden dat niet van de handhavingsbevoegdheid gebruik gemaakt zal worden. Na afloop van de

⁸ Stb. 2022, 145, p. 51. Een vergelijkbare tekst staat in de NvT ten aanzien van de bouwmelding (zie p. 45): *“De gemeente kan na het ontvangen van de melding constateren dat de risicobeoordeling of andere vereiste gegevens en bescheiden ontbreken of onvolledig zijn en dat de bouw niet vier weken na de melding kan beginnen. Het is in zo’n geval met het oog op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wel zaak dat de gemeente de initiatiefnemer hier binnen de termijn van vier weken op wijst omdat anders in beginsel een gerechtvaardigd vertrouwen ontstaat dat de melding juist is gedaan en dat met de bouw kan worden begonnen.”*

⁹ Wel is het mogelijk dat de gemeente reeds voor het einde van de twee weken aangeeft dat het dossier bevoegd gezag in orde is en er geen bezwaar bestaat tegen eerdere ingebruikname van het bouwwerk. Vroegtijdig overleg tussen gemeente en opdrachtgever is hiervoor van belang.

¹⁰ Stb. 2022, 145, p. 29.

¹¹ Stcrt. 2017, nr. 24681, p. 6. Zie ook H.C.W.M. Moesker & P.M.J. de Haan, ‘Ontvlechting Wkb en Omgevingswet. Er waart een spook door de Eerste Kamer’, TBR 2023/123, p. 600, en P.M.J. de Haan, *De preventieve en de repressieve toetsing aan bouwtechnische voorschriften in het publieke bouwrecht. Constructieve veiligheid nader beschouwd* (diss. Nijmegen), 's-Gravenhage: Instituut voor bouwrecht 2017, p. 167 en 168.

¹² Twee weken lijkt daarvoor te kort.

¹³ Als bedoeld in artikel 1.52 lid 4 Bouwbesluit 2012.

wettelijke termijn vervalt de handhavingsbevoegdheid en heeft de eigenaar zijn definitieve zekerheid.

Het voordeel is dat het bevoegd gezag niet apart een appellabel besluit hoeft te nemen dat gepubliceerd moet worden en waarover kan worden geprocedeerd. Nog belangrijker is dat een ingebruiknamebesluit op gespannen voet staat met de gedachte van de Wkb: meer verantwoordelijkheid voor de bouwkwaliteit bij de private bouwsector zelf. Dat is de reden dat niet het bevoegd gezag maar een private kwaliteitsborger beoordeelt of het voltooide bouwwerk aan de bouwtechnische voorschriften voldoet. Met het verlenen van een ingebruiknamebesluit komt een deel van die verantwoordelijkheid weer bij het bevoegd gezag te liggen.¹⁴ Het bevoegd gezag verleent expliciet ontheffing voor de ingebruikname. Dat is bij dit alternatief duidelijk in mindere mate het geval. Het bevoegd gezag laat enkel de termijn om te handhaven verlopen.

8. De samenloop met het gewijzigde artikel 2.22 lid 1 Bbl

In artikel 2.22 lid 1 Bbl¹⁵ komt tot uitdrukking dat niet vergunningvrij mag worden gebouwd bij een illegaal bouwwerk:

“De artikelen 2.27 en 2.29 zijn niet van toepassing op een activiteit die wordt verricht in, aan, op of bij een bouwwerk dat is gebouwd of in stand wordt gehouden of wordt gebruikt zonder de daarvoor vereiste omgevingsvergunning.”

In consultatieversie van het Verzamelbesluit bouwwerken leefomgeving 2024 wordt aan artikel 2.22 lid 1 aan het slot toegevoegd: “of gereedmelding, bedoeld in artikel 2.21”. In de Nota van Toelichting staat daarover, zie p. 26:

“In artikel 2.22 wordt verduidelijkt dat de uitzonderingen op de vergunningplicht van artikel 2.27 en 2.29 niet gelden voor activiteiten aan bouwwerken die gebouwd of gebruikt worden zonder de vereiste gereedmelding in het kader van de Wet kwaliteitsborging bouw (Wkb).”

Deze wijziging van artikel 2.22 lid 1 Bbl is an sich al bijzonder nu de gedachte bij bijlage II Bor reeds was dat de vergunningvrije delen gelijktijdig met het hoofdgebouw konden worden meegebouwd. De nieuwe bepaling suggereert dat bij een gevolgklasse 1-hoofdgebouw de vergunningvrije delen eerst mogen worden gerealiseerd nadat het hoofdgebouw is voltooid en gereed gemeld.

Vooralsnog is in de voorgestelde wijziging van artikel 2.22 lid 1 Bbl geen rekening gehouden met het ingebruiknamebesluit. Niet komt daarin tot uitdrukking dat als geen rechtsgeldige gereedmelding is gedaan, maar het bevoegd gezag wel een ingebruiknamebesluit heeft genomen, dat dan desalniettemin vergunningvrij bij het hoofdgebouw kan worden gebouwd.

¹⁴ Niet de aansprakelijkheid. Zodra het ingebruiknamebesluit onherroepelijk is (omdat er niet (verder) tegen wordt geprocedeerd), dan staat de rechtmatigheid van dat besluit vast.

¹⁵ Voorheen artikel 5 lid 2 bijlage II Bor.

9. Tot slot

In ieder geval is wenselijk dat in de Nota van Toelichting alsnog tot uitdrukking komt waarom niet is gekozen voor een alternatief waarbij de bevoegdheid om te handhaven na een onvolledige gereedmelding na enkel tijdsverloop vervalt. Een oplossing die juridisch-dogmatisch goed verdedigbaar is en het hele scala van aan wel of niet handhaven gerelateerde onderwerpen en deelonderwerpen en de daarbij behorende jurisprudentie open legt. In het geval dat volgens de regelgever juridisch niet mogelijk is, dan is op zijn minst een onderbouwing wenselijk. Praktisch gezien is het in elk geval een betere oplossing. Het bevoegd gezag hoeft niet onnodig een appellabel besluit te nemen. Ook financieel is het aantrekkelijker.

Daarnaast is ten onrechte onvoldoende uitgewerkt wanneer het bevoegd gezag een ingebruiknamebesluit kan nemen. Wanneer is, specifiek in relatie tot het stelsel van kwaliteitsborging, iets disproportioneel als het bouwwerk om die reden niet in gebruik kan worden genomen?¹⁶ Ook kan dan de vraag aan de orde komen of dan niet beter de kwaliteitsborger een verklaring kan afgeven voor kleine afwijkingen van het Bbl. Het bevoegd gezag hoeft dan niet onnodig een ingebruiknamebesluit te nemen.

¹⁶ Zie ook paragraaf 4.