



Belangwekkende uitspraak van de ABRvS omtrent bewijslast van gemeente – Doorkijk naar de Wkb

Samenvatting

Een lezenswaardige uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2019:1775). Deze uitspraak sluit aan bij de noodkreet van de G4 van februari 2017 rond de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb). De overwegingen van de Afdeling maken duidelijk dat de amendementen op en de motie van de Tweede Kamer over de door de minister voorgelegde Wkb wenselijk zijn. Een kwaliteitsborger die in opdracht van de opdrachtgever werkt, kan en heeft geen publieke functie. Dat maakt de Afdeling in deze uitspraak duidelijk. Een gemeente kan en mag als publiekrechtelijk orgaan geen waarde aan het oordeel van een kwaliteitsborger hechten. Een gemeente moet in het kader van haar publiekrechtelijke taak zelf vaststellen of is gebouwd overeenkomstig de daarvoor geldende eisen. De Afdeling plaatst ook kanttekeningen bij organisaties waarvan wordt beoogd dat ze een belangrijke rol gaan vervullen onder de Wkb.

In het licht van deze uitspraak kan dan ook de vraag worden gesteld of de kwaliteitsborger en de ZBO wel onderdeel van regeling in de Wkb moeten zijn. Dat laat onverlet dat de afspraken uit het Bestuursakkoord, dat in januari 2019 is gesloten tussen de minister van BZK en de VNG, in die wet en de daarbij behorende AMvB worden geregeld waardoor ook aan de amendementen en de unaniem aangenomen motie van de Tweede Kamer wordt tegemoetgekomen.

Een en ander laat onverlet dat bouwers, zeker gezien hun aangescherpte aansprakelijkheid, over voldoende kennis en kunde moeten beschikken of zich deskundig moeten laten ondersteunen. Daarvoor is het verplicht stellen van een in opdracht van de opdrachtgever werkende kwaliteitsborger niet voor nodig. Dit nog afgezien van het feit dat daar geen incentive van uit gaat richting de bouwer om bouwfouten te voorkomen en een bouwwerk te realiseren zonder non-conformiteiten.

Gemeenten, die hun kennisniveau niet op orde hebben kunnen houden, weten al langer de weg naar de in hun opdracht werkende deskundige adviesbureaus te vinden om ze te ondersteunen. Dat is blijkens de uitspraak van de Afdeling

ook de enig begaanbare weg. De Omgevingsdiensten zijn daar ook een prima invulling van.

Dit alles staat los van het feit dat fundamenteel bouwbreed aan verbreding van het kennisniveau van de bouwregelgeving met voorrang zou moeten worden gewerkt. Al jarenlang is dat een verwaarloosd thema, terwijl daar de kern van het probleem ligt.

1. De context

Op 29 mei 2019 deed de ABRvS uitspraak in hoger beroep over een geschil tussen de gemeente Utrecht en Woningexploitatie maatschappij Nederland B.V. (hierna Wem). (ECLI:NL:RVS:2019:1775, <https://www.raadvanstate.nl/@115617/201807651-1-a1/>, Uitspraak 201807651/1/A1).

Bij last 1 heeft het college Wem gelast de illegale bouw op het adres Zamenhofdreef 77 te Utrecht zoals aangegeven in het bijgaande bevindingenrapport 1 ongedaan te (laten) maken en het pand in de vorige toestand te (laten) herstellen onder oplegging van een dwangsom van € 30.000,00 ineens. Binnen één maand na de verzending van deze brief dient voortvarend en onafgebroken te zijn gestart met de uitvoering. De uiterste termijn waarbinnen volledig aan de last moet zijn voldaan is drie maanden na de verzending van deze brief. In de toelichting op de last is vermeld dat onder "herstel in de vorige toestand" wordt verstaan: de bij besluit van 20 juni 2013 vergunde situatie.

Bij last 2 heeft het college Wem gelast a) het huisvesten van meer dan één persoon per kamer in het pand Zamenhofdreef 77 en b) het huisvesten van meer dan 95 bewoners in het pand te beëindigen en beëindigd te houden, onder oplegging van een dwangsom.

Bij last 3 heeft het college Wem gelast het gebruik van het pand Zamenhofdreef 77 ten behoeve van hotel/pension te beëindigen en beëindigd te houden onder oplegging van een dwangsom.

Wem heeft het pand in eigendom. Naar aanleiding van een aantal inspecties heeft het college aan Wem bij het besluit van 3 januari 2017 vier lasten onder dwangsom opgelegd. Het gaat daarbij om het ongedaan maken van bouwkundige wijzigingen (last 1), het beëindigen van de bewoning van meer dan 1 persoon per kamer en meer dan 95 bewoners in het pand (last 2), het beëindigen van het gebruik van het

pand als hotel/pensioen (last 3) en het herstel van bouwkundige en brandtechnische gebreken conform het Bouwbesluit 2012 (last 4).

2. Publiekrechtelijke houdbaarheid van een gemeentelijk besluit

De ABRvS komt in haar overwegingen tot het volgende:

18.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179), dient aan een invorderingsbesluit een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag te liggen. Dit brengt met zich dat de vaststelling of waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurte van een dwangsom dient te worden gedaan door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag, door een ter zake deskundige persoon in opdracht van het bevoegd gezag of door een ter zake deskundige persoon wiens bevindingen het bevoegd gezag voor zijn rekening heeft genomen. De vastgestelde of waargenomen feiten en omstandigheden dienen op een duidelijke wijze te worden vastgelegd. Dat kan geschieden in een schriftelijke rapportage, maar in bepaalde gevallen ook met foto's of ander bewijsmateriaal. Duidelijk moet zijn waar, wanneer en door wie de feiten en omstandigheden zijn vastgesteld of waargenomen en welke werkwijze daarbij is gehanteerd. Voor zover de vastgestelde feiten en omstandigheden in een geschrift zijn vastgelegd, dient een inzichtelijke beschrijving te worden gegeven van hetgeen is vastgesteld of waargenomen. Een schriftelijke rapportage dient voorts in beginsel te zijn voorzien van een ondertekening door de opsteller en een dagtekening.

De Afdeling is dus heel duidelijk over wie de strijdigheid met bijvoorbeeld het Bouwbesluit 2012 moet hebben vastgesteld, wil een besluit in rechte in stand blijven. Een gemeente mag dus niet klakkeloos afgaan op een - al dan niet terechte - constatering van een door de opdrachtgever aangestelde kwaliteitsborger. Dat is ook hetgeen in de door de G4 geschreven brieven van 13 januari 2017 en 28 juni 2017 aan de Tweede en Eerste Kamer is kenbaar gemaakt (<https://www.bwtinfo.nl/nieuws/2017/1/plenaire-behandeling-wkb-op-18-01-17a> en <https://www.omgevingsweb.nl/nieuws/g4-adviseert-eerste-kamer-wetsvoorstel-private-kwaliteitsborging-te-verwerpen-indien-ontwerpbesluit-niet-wordt-aangepast>). Dat is ook de reden voor de amendementen 34435-16 en 34453-17, betrekking hebbend op de risicoanalyse en het overdrachtsdossier, die door de Tweede Kamer zijn aangenomen. De risicobeoordeling en dat dossier zijn ter beoordeling van de gemeente en niet van een kwaliteitsborger. Het toezicht op de risicovolle

handelingen tijdens het bouwen is evenzo een publiekrechtelijke taak van de gemeente en niet van een private kwaliteitsborger. Wanneer een opdrachtgever een kwaliteitsborger inschakelt, kan hij diens bevindingen wel aan de gemeente voorleggen en de gemeente verzoeken om handhavend op te treden. De gemeente zal dan – voor ze tot een handhavingsmaatregel overgaat - zelf moeten vaststellen of de door de kwaliteitsborger geconstateerde fouten juist zijn.

Bij het overzicht van de stemmingen van de Tweede Kamer (https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34453_wet_kwaliteitsborging_voor stuk van datum 21 februari 2017) is de volgende tekst opgenomen:

“De risicobeoordeling vooraf kan ook het gebruik van erkende technische oplossingen stimuleren en daarmee een bijdrage leveren aan de standaardisering in de bouw.”

Om die reden is ook unaniem motie 34453-19 inzake de stimulering van de totstandkoming van erkende technische oplossingen (ETG) naar model van ERB-RIGO-TNO door de Tweede Kamer aangenomen. In de toelichting op die motie is te lezen wat de Tweede Kamer daarbij voor ogen staat.

Voor de controle van het bouwen volgens een ETG is geen kwaliteitsborger nodig. In voorkomende gevallen kan bij grote risico's in de ETG zijn bepaald dat bepaalde handelingen ter beoordeling moeten worden voorgelegd aan de gemeente, Via het overdrachtdossier wordt over de toepassing van de ETG verantwoording afgelegd aan de opdrachtgever en de gemeente. De bouwer moet volgens de ETG evenzo verantwoording afleggen aan de producent van het toegepaste product om te zorgen dat de garantieregeling van de producent blijft gelden. Deze waarborgen maken voor de handelingen volgens een ETG de functie van een kwaliteitsborger overbodig.

In het in januari 2019 gesloten Bestuursakkoord tussen de minister van BZK en de VNG is het bovenstaande in andere bewoordingen nogmaals beschreven.

Echter, de recente uitlatingen van de minister (beantwoording van de minister van de vragen van de Eerste Kamer (dossier EK, 34453, nummers M en N), infographics van 16 mei 2019) zijn met het bovenstaande nog altijd niet in lijn.

De uitspraak van de ABRvS van 29 mei jl. maakt daarom duidelijk waarom de Tweede Kamer niet kon instemmen met het ongewijzigde wetsvoorstel dat door voormalig minister Blok is ingediend.

Naast staatsrechtelijke bezwaren komt er dus een praktische bezwaar bij. Namelijk: waarom een verplichte kwaliteitsborger die geen rol heeft bij ETG's en risicovolle

activiteiten? En voorts; waarom een ZBO terwijl het bevoegd gezag de wetshandhaver is en blijft? En vervolgens de vraag waarom nu 2,5 jaar na het unaniem aannemen van de motie en amendementen nog altijd geen stimulering van de totstandkoming van de ETG's in lijn met nadrukkelijke wens van de Tweede Kamer is ingezet?

Bij de nadere uitwerking van de wet, de herziening van de ontwerp AMvB en de komende pilots, zal naar de mening van ERB met deze uitspraak van de Afdeling rekening moeten worden gehouden willen de Tweede en Eerste Kamer een zuiver beeld krijgen van de effecten van de wet alvorens zij een "GO" zullen kunnen geven voor de inwerkingtreding van de Wkb.

3. Verdere opvallende zaken bij de uitspraak van de ABRvS

a. Adviseurs en ATGB

Wem verwijst in haar verweer onder meer naar de adviezen van Nieman Raadgevende Ingenieurs van 14 april 2017 en 2 januari 2019 en het advies van ATGB (de door de minister van BZK ingestelde Adviescommissie Toepassing en Gelijkwaardigheid Bouwvoorschriften) van 2 augustus 2017. Dit betreft advies 1708 van 12 juni 2019 dat is vervangen door advies 1708-1 van 14 augustus 2017.

In overweging 7.2 stelt de Afdeling:

"Het college was daarom bevoegd om over te gaan tot oplegging van een last onder dwangsom wegens overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wabo. Aan de adviezen van Nieman en ATGB dat in dit geval het niveau van bestaande bouw van toepassing is, wordt voorbijgegaan omdat de brandcompartimentering in ieder geval is gewijzigd. Er is geen grond voor het oordeel dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de last om het pand in overeenstemming te brengen met de omgevingsvergunning van 20 juni 2013 te verstrekken is."

Het adviesbureau en de ATGB waren voorbij gegaan aan het feit dat was gebouwd in afwijking van de vergunning. Ten onrechte was de stelling betrokken dat sprake was van een verbouwsituatie zonder vergunningvereiste waarbij de stookruimte in open verbinding mocht staan met de opslagruimte voor pellets.

De stelling van de ATGB was: Vóór de verbouwing waren nog geen technische ruimte voor de opstelling van een pellettoestel, geen opslagruimte voor houtpellets en geen pellettoestel en transportband aanwezig. Er is dus, voorafgaande aan deze

verbouwing, nog geen sprake van een feitelijk kwaliteitsniveau, zijnde het resultaat van de toepassing van de voorschriften die op de oorspronkelijke bouw en de latere verbouwingen van toepassing waren. Als 'minimale veiligheidsniveau' geldt daarom bij verbouw het niveau bestaande bouw als ondergrens van het rechtens verkregen niveau.

De ATGB achtte ook geen strijdigheid aanwezig met artikel 7.8 van het Bouwbesluit 2012 dat opslag in een stookruimte verbiedt. Dit ondanks de aanwezigheid van een open verbinding tussen de stookruimte en de opslagruimte voor pellets door welke verbinding een transportband loopt. Daar kun je naar het oordeel van ERB vraagtekens bij plaatsen.

Kennelijk was evenmin acht geslagen op de gevaren van auto-oxidatie van pelletopslag door de ATGB. Artikel 7.10 van het Bouwbesluit 2012 geeft de gemeente de mogelijkheid voorwaarden aan een dergelijke opslag te verbinden. Omdat dit een afwijking van de verleende vergunning betrof, die niet voorzag in een dergelijke stookruimte, is de Afdeling tot de conclusie gekomen dat het niet om vergunningsvrij bouwen gaat, maar om het afwijken van de vergunning, leidend tot een potentieel gevaar.

Ons als ERB is al vaker de vraag voorgelegd vanuit verschillende vakdisciplines hoe we nu weten wie wel en niet deskundig zijn. Die vraag is niet te beantwoorden. Niet voor niets heeft de Tweede Kamer indringende vragen gesteld aan de minister of de adviseur van vandaag niet onvoldoende bekwaam is als kwaliteitsborger onder het nieuwe stelsel. Immers die huidige adviseurs blijken, gegeven de veelheid aan bouwwerken die niet voldoen aan de regelgeving, de bouwregelgeving niet altijd te beheersen. Is dat met kwaliteitsborgers, die de adviseurs van vandaag zijn, straks dan anders? Laten we hopen van wel, maar dan zal er moeten worden voorzien in goede scholingsmogelijkheden. Een opdrachtgever moet ook privaatrechtelijk kunnen vertrouwen op de deskundigheid van een kwaliteitsborger als hij die inschakelt.

Merkwaardig is dat verbreding van de kennis omtrent de bouwregelgeving na 10 jaar polderen nog altijd weinig aandacht krijgt.

b. Deskundigheid van een gerechtsdeurwaarder

Rechtsoverwegingen 18.4 en 18.5 luiden:

18.4

De rechtbank heeft geen oordeel gegeven over het betoog van Wem dat het college niet deugdelijk heeft vastgesteld of de doorvoering tussen de eerste en tweede verdieping tijdig is gedicht. Wem stelt dat de doorvoering ten tijde van de controle op 6 april 2017 op correcte wijze was gedicht. Wem heeft in dat verband bij de rechtbank een proces-verbaal van 8 september 2017 overgelegd van gerechtsdeurwaarder P.F. van den Berg, werkzaam bij Rosmalen gerechtsdeurwaarders. De deurwaarder heeft geconstateerd dat zich in de stookruimte een schoorsteenpijp bevindt. Na het loskoppelen van het bovenste gedeelte van de schoorsteenpijp heeft de deurwaarder geconstateerd dat het gat waar de pijp in stak aan de bovenkant is afgesloten. In de ruimte boven de stookruimte heeft de deurwaarder een koof van gipsplaten aangetroffen. Nadat de koof was opengemaakt, heeft de deurwaarder geconstateerd dat op de bodem een plaat van ongeveer 1 cm dik was aangebracht. Deze plaat zat vastgenageld aan de bodem en kon niet worden verwijderd. Deze constatering worden ondersteund door foto's. Volgens Wem was dit dezelfde situatie als ten tijde van de controle op 6 april 2017. Uit de foto's bij het verslag van 6 april 2017 blijkt dat toen ook een schoorsteenpijp in de ruimte aanwezig was. Ter zitting van de Afdeling heeft Wem toegelicht dat de schoorsteenpijp ten tijde van de controle op 6 april 2017 niet is weggehaald. In het verslag van de controle op 6 april 2017 is over de doorvoering alleen vermeld dat de doorvoering niet brandwerend is afgesloten. In het verslag is niet onderbouwd op welke manier de toezichthouder heeft geconstateerd dat de doorvoering niet is afgesloten en hoe de toezichthouder tot zijn conclusie is gekomen.

18.5. In het rapport van 6 april 2017 is vermeld dat Wem aan onderdelen van de last heeft voldaan door het aantal kamers terug te brengen, de afvoerpijp bovendaks te verwijderen, en door het pand niet te gebruiken als hotel/pension of voor kort verblijf. De stelling van Wem dat de gebreken in het pand zijn verholpen, acht de Afdeling daarom op zichzelf niet onaannemelijk. Wem heeft de verslaglegging van het college bestreden, mede onder verwijzing naar het proces-verbaal met bijbehorende foto's van de gerechtsdeurwaarder. Zoals hiervoor onder 18.1 is overwogen, dient het bestuursorgaan de vastgestelde of waargenomen feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurte van een dwangsom op een duidelijke wijze vast te leggen. De Afdeling is in dit geval van oordeel dat het verslag van 6 april 2017 onvoldoende aanknopingspunten geeft om de conclusie te kunnen dragen dat op deze onderdelen niet aan de last is voldaan.

De Afdeling komt dus tot het oordeel dat de gemeente het gebrek van de brandonveilige doorvoering onvoldoende heeft gemotiveerd om de lastgeving in stand te laten. Het lijkt ons overigens dat vraagtekens op zijn plaats zijn bij de stelling van Wem dat een gerechtsdeurwaarder correcte uitspraken kan doen over een materie als brandveiligheidsaspecten en dat maanden na de constatering door de

gemeente, zodat die vaststelling niet het bewijs is dat het op het moment van constatering in orde was. De bouwregelgeving met betrekking tot brandveiligheid (met name de inhoud van de internationale bepalingmethoden) is dermate complex, dat zonder diepgaande kennis van brandveiligheid uitspraken veelal de toets der kritiek niet kunnen doorstaan. Tijdens de recente NEN voorlichtingsdagen over de brandveiligheid van gevels is dat nog eens onomstotelijk door alle aanwezigen onderschreven.

Op grond van de inhoud van de uitspraak van de Raad van State moet worden vastgesteld dat aan het overdrachtdossier, dat volgens één van amendementen van de Tweede Kamer moet worden voorgeschreven, stringente eisen moeten worden gesteld om achteraf te kunnen vaststellen of aan de brandveiligheids- (en natuurlijk ook andere) eisen is voldaan.

Wanneer de handelingen zijn uitgevoerd onder ETG is dat een stuk eenvoudiger. In de ETG is omschreven hoe een brandveilige situatie wordt bereikt en welke bewijzen in het overdrachtdossier moeten zijn opgenomen om repressief te kunnen vaststellen dat ook in werkelijkheid die brandveilige situatie is gerealiseerd. Dat geldt niet alleen voor brandveiligheid, maar integraal beschouwd voor alle aspecten die in het Bouwbesluit 2012 en straks het BBL regeling hebben gekregen.

Wanneer de handeling in de risicoanalyse als risicovol is aangemerkt, zal een deskundige ambtenaar van de gemeente of zal een ingeschakelde deskundige namens de gemeente controle tijdens het bouwen uitvoeren en interveniëren als blijkt dat geen sprake is van een voldoende brandveilige oplossing.

In beide gevallen (ETG dan wel risicohandeling) is er geen publiekrechtelijke rol weggelegd voor een in opdracht van de opdrachtgever aangestelde kwaliteitsborger.

We zouden ons dus zelfs de vraag kunnen stellen of het model “wettelijke voorgeschreven kwaliteitsborger” en daarbij in het leven te roepen ZBO wel een doel dient dat met de wet is beoogd. Onwillekeurig komt toch de gedachte aan een “verdienmodel” op. Gaat van de aangescherpte aansprakelijkstelling niet een voldoende signaal uit dat bouwbedrijven met onvoldoende kennis zich deskundig laten bijstaan?

Gaat van het stringent repressief toetsen of het gebouwde wel voldoet aan de voorschriften niet een zodanige dreiging uit richting bouwer dat deze zich wel genoodzaakt voelt de regelgeving te kennen dan wel zich deskundig te laten bijstaan? De vraag stellen is hem beantwoorden.