PELS RIJCKEN

Per e-mail: [redacted]@amsterdam.nl
Gemeente Amsterdam
Afdeling Vergunningen, Toezicht & Handhaving
Mevrouw [redacted]
Postbus 202
1000 AE AMSTERDAM

onze ref. KW/LM/11014214
uw ref.
inzake Advies handhaving en omgevingsvergunning funderingsherstel

mr. [redacted]
senioradvocaat
t +31 70 515 3221
f +31 70 515 3174
katrien.winterink@pelsrijcken.nl

14 augustus 2020

Geachte [redacted]

Binnen de gemeente Amsterdam is discussie ontstaan over de vraag of er een omgevingsvergunning is vereist als herstel van fundering wordt uitgevoerd naar aanleiding van een handhavingsbesluit. In dat kader heeft u ons gevraagd advies uit te brengen over een viertal vragen. Hierbij voldoen wij graag aan uw verzoek.

Hierna volgt eerst een samenvatting van onze bevindingen, waarna deze worden toegelicht.

SAMENVATTING

Antwoord vraag 1

- Op grond van vaste jurisprudentie heeft te gelden dat een opgelegde last onder dwangsom de toestemming die nodig is om aan die last te kunnen voldoen impliceert als het bevoegd gezag bij de last tevens het bevoegd gezag bij de benodigde vergunning is. Dat geldt ook in geval voor werkzaamheden een omgevingsvergunning bouwen is vereist.

- Deze lijn in de jurisprudentie komt mogelijk voort uit de oude Woningwet, waarin in artikel 43, eerste lid, onder a was geregeld dat bouwen na een handhavingsbesluit

concept

vergunningvrij was. Dit is echter vervallen met de inwerkingtreding van de Wabo en het Bor in 2010. De wetgever heeft niet langer expliciet willen voorzien in de uitzondering op de vergunningplicht voor bouwen na een handhavingsbesluit. Daarmee heeft de wetgever ruimte gecreëerd voor het wel voorschrijven van een vergunning in geval van handhaving die leidt tot bouwwerkzaamheden.

- Desalniettemin is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet van koers gewijzigd. In de rechtspraak is over het algemeen nog steeds de vaste lijn dat een last onder dwangsom de toestemming voor de daaropvolgende bouwwerkzaamheden impliceert.

- Er is echter een beperkt aantal uitspraken waarin een last was opgelegd om de fundering te herstellen waarbij wèl een omgevingsvergunning werd vereist (één van deze uitspraken gaat over Amsterdam). In deze uitspraken is niet expliciet ingegaan op de vraag of in de last een omgevingsvergunning kon worden vereist, mogelijk omdat dit punt in deze procedures niet aan de orde is gesteld. Daarentegen heeft de bestuursrechter in deze zaken kennelijk geen aanleiding gezien om te overwegen dat geen omgevingsvergunning voorgeschreven had mogen worden.

- Het verschil voor het onderscheid zou kunnen worden gevonden in het onderscheid tussen een last gericht op herstel van een oude toestand of een last gericht op een nieuwe toestand. In geval van dat laatste ligt een vergunningplicht meer voor de hand: er wordt immers een nieuwe situatie gecreëerd, waarvoor nog niet eerder een vergunning is verleend. Dit is echter een interpretatie waarvoor wij geen onderbouwing in rechtspraak of literatuur hebben kunnen vinden.

- Er kan gezien het voorgaande worden betoogd dat een omgevingsvergunning voor het herstel c.q. de vernieuwing van funderingen in een last onder dwangsom kan worden vereist, maar het is niet zeker dat een dergelijke onderbouwing in rechte standhoudt.

<u>Antwoord vraag 2</u>

- Ook zonder een omgevingsvergunning te eisen in een last onder dwangsom is er enige ruimte om te sturen. Bij het opleggen van een last mogen nadere aanwijzingen worden opgenomen die in acht moeten worden genomen bij het voldoen aan de last. Een belangrijke grens bij de vrijheid tot het bepalen van de last onder dwangsom is dat deze moet strekken tot het herstel c.q. beëindigen van een overtreding. Een mogelijkheid voor het vragen van informatie rondom de constructie kan gevonden worden in artikel 2.2 van de Regeling omgevingsrecht. Met het voorschrijven van het aanleveren van informatie is geen sprake van een last die niet is gericht op herstel van de overtreding. De overtreding is immers de met het Bouwbesluit 2012 strijdige situatie en die wordt beëindigd door het

concept

herstellen van de fundering conform het Bouwbesluit 2012. De gevraagde informatie draagt bij aan de zekerheid dat dit herstel juist plaatsvindt. Bij gebrek aan jurisprudentie op dit punt, is echter niet zeker of dergelijke aanwijzingen een rechtelijke toets doorstaan.

Antwoord vraag 3 en 4

- Als het herstel van fundering zonder omgevingsvergunning en ook zonder het geven van concrete aanwijzingen wordt uitgevoerd, is er niet langer een duidelijke borging van hoe de fundering hersteld moet worden. Derden kunnen niet langer in bezwaar en beroep. Wel kunnen zij tijdens en na het herstel een verzoek om handhaving indienen, als zij menen dat de fundering in strijd met het Bouwbesluit 2012 wordt hersteld dan wel na herstel (nog steeds) in strijd is met het Bouwbesluit 2012. Dat geldt ook voor het bevoegd gezag: er kan tijdens of na uitvoering van het herstel van de fundering een controle worden uitgevoerd of het funderingsherstel conform het Bouwbesluit 2012 is uitgevoerd. Los van de vraag of dergelijk toezicht in de praktijk uitvoerbaar is, is dat vanzelfsprekend lastiger als er niet vooraf een aanvraag is ingediend, vergezeld van allerlei berekeningen en tekeningen e.d.

Hoe nu verder?

- Wij begrijpen dat het voor de gemeente van groot belang is dat wordt geborgd dat een fundering op een juiste wijze wordt hersteld. Aangezien aangeschrevenen over het algemeen geen bezwaren hebben tegen het vereiste van een omgevingsvergunning in de last, kan - op basis van de argumenten zoals vermeld onder 'antwoord vraag 1' - worden besloten de bestendige praktijk te handhaven.

- Op het moment dat er wel een bezwaar wordt ingediend, kan het primaire besluit – ook weer op basis van de argumenten zoals vermeld onder 'antwoord vraag 1' – worden gehandhaafd. Er bestaat dan uiteraard een kans dat er een beroepsprocedure volgt. Die beroepsprocedure kan echter worden aangegrepen om een oordeel van de bestuursrechter te verkrijgen over de vraag of er in het geval van herstel van funderingen na een handhavingsbesluit wél ruimte is voor het voorschrijven van een vergunning. Nadeel van deze route is dat wanneer de bestuursrechter oordeelt dat het niet toelaatbaar is een vergunning voor te schrijven, dat dit dan in het vervolg ook niet meer kan worden gedaan.

TOELICHTING

1 Inleiding

1.1 De gemeente Amsterdam doet in het kader van het programma tot behoud en herstel van monumenten in de stad actief onderzoek naar de staat van panden. Dat onderzoek kan ertoe leiden dat de eigenaar van het pand voorzieningen aan het pand

moet treffen, waaronder het herstellen dan wel vernieuwen van de fundering. In geval van vergunningplichtige voorzieningen wordt aangegeven dat eerst een omgevingsvergunning moet worden aangevraagd. Als de eigenaar niet tot actie overgaat, dan wordt overgegaan tot het opleggen van een last onder dwangsom. In de last wordt onder meer voorgeschreven dat een omgevingsvergunning moet worden aangevraagd (en daar wordt met het bepalen van de begunstigingstermijn ook rekening mee gehouden).

1.2 Binnen de gemeente Amsterdam is recent discussie ontstaan over de vraag of er een omgevingsvergunning is vereist als herstel van fundering wordt uitgevoerd naar aanleiding van een last onder dwangsom. Aanleiding voor deze discussie is een advies van het Juridisch Bureau in een bezwaarprocedure tegen een verleende vergunning voor funderingsherstel waar ook een last onder dwangsom is opgelegd. Het Juridisch Bureau adviseert om het bezwaar gegrond te verklaren, de aanvraag buiten behandeling te stellen en de vergunning in te trekken. Het Juridisch Bureau is, zo begrijpen wij, van oordeel dat een overtreder zelf mag bepalen hoe aan de last wordt voldaan indien de opgelegde last toestemming geeft voor het herstellen van de fundering en zolang wordt voldaan aan de vereisten uit het Bouwbesluit 2012.

1.3 Vanuit de afdeling Handhaving van de gemeente bestaat juist de wens om vast te houden aan het voorschrijven van een omgevingsvergunningaanvraag. Op grond van een aanvraag (en de bijbehorende berekeningen en constructietekeningen e.d.) kan de gemeente voorafgaand aan de werkzaamheden controleren of de fundering zal worden hersteld overeenkomstig de vereisten uit het Bouwbesluit 2012.

1.4 Tegen deze achtergrond heeft u de volgende vragen aan ons voorgelegd:

1. Hoe kijkt de gemeenteadvocaat hiertegen aan? Als de mening is dat bij een last tot het vernieuwen van de fundering geen vergunning is vereist, kan er dan advies worden gegeven hoe we de last moeten vormgeven? (We willen uiteraard wel iets van berekeningen ontvangen zodat niet over en half jaar na realisatie van de fundering de boel ineenstort.)
2. Is het bij een dergelijke last dan toch mogelijk om voorschriften/uitvoerige beschrijvingen van hoe het funderingsherstel moet worden uitgevoerd/overleggen van constructieberekeningen op te nemen en hoe moeten wij dit dan doen?
3. Hoe is de bescherming van derden geregeld?
4. Hoe kunnen wij borgen wat de vergunde situatie is? Hoe voorkom je discussies later?

1.5 Hierna lichten wij onze samenvatting en de daarin gegeven antwoorden op deze vragen nader toe.

concept

2 Omgevingsvergunning in geval van handhaving?

2.1 In het geval dat met een last onder dwangsom een opdracht wordt gegeven om handelingen of werkzaamheden uit te voeren die normaal gesproken omgevingsvergunningplichtig zijn, lijkt die verplichting te vervallen als het bevoegd gezag bij handhaving ook bevoegd gezag bij het betreffende type omgevingsvergunning is. Een last onder dwangsom impliceert namelijk de vereiste toestemming om aan die last te voldoen. Dat volgt uit de toelichting op artikel 5:32a Awb, literatuur en jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling).

Zie:
- Tekst en commentaar bij artikel 5:32a Awb:

*"**Last impliceert toestemming daaraan te voldoen***
De opgelegde last dient uitvoerbaar te zijn. Voor het voldoen van de last is in beginsel geen vergunning vereist. Houdt de last de sloop van een bouwwerk in, dan is geen sloopvergunning vereist. De last impliceert de vereiste toestemming om aan de last te voldoen, althans voor zover het betreft vergunningen of ontheffingen ten aanzien waarvan het bestuursorgaan dat de last oplegt het bevoegd gezag is. Is voor de uitvoering van de last een toestemming vereist van een ander bestuursorgaan dan het orgaan dat de last oplegt, dan mag de uitvoering van de last niet afhankelijk worden gesteld van een alsnog te verlenen toestemming. Het bestuursorgaan dat de last oplegt dient te beoordelen of op voorhand niet is uitgesloten dat de vereiste toestemming zal worden verleend. Als de overtreder de benodigde toestemming heeft gevraagd en deze is geweigerd dan kan hij verzoeken om de last op te heffen wegens onmogelijkheid om aan de last te voldoen als bedoeld in art. 5:34 lid 1 Awb. Besluit het bestuursorgaan daartoe over te gaan, dan kan het de last onder dwangsom met terugwerkende kracht opheffen. Dit volgt uit ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1247, BR *2014/9. De door burgemeester en wethouders opgelegde last strekte tot het slopen van een paardenstal, waarvoor geen sloopvergunning nodig was omdat de last deze toestemming impliceert (B&W zijn ook bevoegd gezag daarvoor); de benodigde ontheffing op grond van de Flora- en faunawet, waarvoor de Minister van EZ bevoegd gezag is, is wel vereist voor de uitvoering van de last (zie ook ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2140,* AB *2014/100, een woonruimteonttrekkingsvergunning is niet nodig om te voldoen aan de last; de last impliceert deze toestemming)." (onze onderstreping)*

2.2 Hoewel in de toelichting staat dat 'in beginsel' geen vergunning is vereist, wordt niet nader toegelicht wanneer dat dan wel het geval zou zijn. Mogelijk wordt hier gedoeld op de volgende zin waarin wordt toegelicht dat een last de toestemming uitsluitend impliceert als het bevoegd gezag bij handhaving en bij de betreffende vergunning één en dezelfde is. In de literatuur wordt geen voorbehoud gemaakt:

concept

- F.C.M.A. Michiels e.a., Handhavingsrecht, Wolters Kluwer, Deventer 2016, blz. 74-75:

"Niet zonder belang is voorts dat als voor de uitvoering van de last een handeling moet worden verricht die een vergunning of andere toestemming vereist tot het geven waarvan het orgaan dat de last oplegt bevoegd is, die toestemming mét het opleggen van de last wordt geacht te zijn verleend. Wanneer uitvoering tijdelijk niet kan plaatsvinden zonder in strijd met wettelijke voorschriften te komen, of wanneer eerst een toestemming dient te worden verkregen van een ander orgaan dan het orgaan dat de last oplegt, dan dient daarmee wel bij de bepaling van de lengte van de termijn rekening te worden gehouden." (onze onderstreping)

- Deze lijn gaat ook op voor bouwwerkzaamheden, zo volgt uit AbRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:169, r.o. 25:

"Wat betreft het betoog van The New Bulldog ter zitting dat de last niet uitvoerbaar is, althans niet binnen de aan de last verbonden begunstigingstermijn, omdat, zoals het algemeen bestuur in zijn schriftelijke uiteenzetting heeft opgemerkt, voor de uitvoering een omgevingsvergunning nodig is, overweegt de Afdeling als volgt. Vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraken van 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1247 en 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1686) is dat een gegeven last de vereiste toestemming om aan die last te voldoen impliceert. Hierbij wordt betrokken dat het algemeen bestuur zowel het bevoegde gezag is voor het verlenen van een omgevingsvergunning voor het bouwen en in enig opzicht wijzigen van het pand op het perceel als voor het treffen van handhavingsmaatregelen zoals het opleggen van een last onder bestuursdwang. Gelet hierop is voor het voldoen aan de onderhavige last onder bestuursdwang geen omgevingsvergunning vereist." (onze onderstreping)

- Dat voor de werkzaamheden om de last te kunnen opvolgen een monumentenvergunning is vereist, maakt niet dat deze lijn niet opgaat. Dit volgt uit AbRvS 11 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ6637, r.o. 2.5.1:

"Appellanten sub 1 betogen verder tevergeefs dat zij feitelijk niet in staat zijn aan de last te voldoen aangezien de tuin is aangewezen als rijksmonument, waarover overigens nog een procedure loopt, zodat een monumentenvergunning als bedoeld in artikel 11 van de Monumentenwet 1988 is vereist. Onder verwijzing naar de uitspraak van 3 maart 2004, in zaaknr. 200304367/1, overweegt de Afdeling dat voor het voldoen aan de last in dit geval geen vergunning is vereist, omdat de gegeven last de vereiste toestemming impliceert om aan die last te voldoen." (onze onderstreping)

2.3 In geval van het herstellen van een fundering is het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam (hierna: 'college') zowel bevoegd gezag bij de handhaving

als bij de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen. Daarmee impliceert een last tot herstel van een fundering de daarvoor vereiste toestemming. Dat geldt ook in het geval sprake is van een uit te voeren handeling waarvoor een omgevingsvergunning voor het wijzigen van een monument vereist is, zo blijkt uit de aangehaalde uitspraak uit 2004. In lijn met voornoemde literatuur en jurisprudentie betekent dit dat met het opleggen van een last strekkende tot funderingsherstel de toestemming/vergunning moet worden geacht te zijn verleend.

2.4 Deze lijn is in overeenstemming met het oude artikel 43 van de Woningwet. In het eerste lid van dat artikel was expliciet geregeld dat bouwen na een handhavingsbesluit vergunningvrij is. In eerste instantie was daarop een uitzondering gemaakt voor bouwen na handhaving bij monumenten en beschermde stad- en dorpsgezichten, maar die uitzondering is in 2007 vervallen. De regel dat bouwen na een handhavingsbesluit vergunningvrij is, is in 2010 niet overgenomen in de Wabo en het Bor. De wetgever heeft in het kader van die wetswijziging het volgende opgemerkt:

- Stb. 2010, 143, blz. 141:

"Het tweede onderdeel betreft een gedeeltelijke voortzetting van artikel 43, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de Ww. Bouwen ingevolge een daartoe opgelegde verplichting ingevolge artikel 13, 13a of 14 van de Ww kan zonder omgevingsvergunning plaatsvinden. Om aansluiting te zoeken met de andere wetgeving is ervoor gekozen niet langer expliciet het bouwen omgevingsvergunningvrij te maken indien dit plaatsvindt ter uitvoering van een handhavingsbesluit. Dit kan dus tot gevolg hebben dat er, indien er ter uitvoering van een handhavingsbesluit bouwwerkzaamheden verricht zouden moeten worden, voor dat bouwen een omgevingsvergunning nodig is." (onze onderstreping)

2.5 Ondanks dat de wettelijke basis voor het vergunningvrij zijn van bouwen na een handhavingsbesluit is komen te vervallen, is de lijn in de jurisprudentie van de Raad van State niet gewijzigd. Ook na 2010 wordt nog steeds regelmatig overwogen dat een gegeven last de toestemming om daaraan te voldoen impliceert. Dat de lijn in de jurisprudentie is voortgezet, blijkt expliciet uit de volgende uitspraak:

- AbRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2140:

"Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraken van 3 augustus 2005 in zaak nr. 200405143/1 en van 25 september 2013 in zaak nr. 201207946/1/A1), is voor het voldoen aan de last in beginsel geen vergunning vereist. De last impliceert de vereiste toestemming om aan die last te voldoen. Bovendien heeft Lometi B.V. pas op 10 mei 2011 de omgevingsvergunning voor het slopen aangevraagd, terwijl het besluit waarbij de last is opgelegd reeds dateert van 25 januari 2011. De vergunning voor woonruimteonttrekking heeft Lometi B.V. pas op 16 juni 2011 aangevraagd. Hetgeen Lometi B.V. ten aanzien van de panden aan de

concept

Nieuwe Binnenweg heeft aangevoerd, maakt niet dat de gestelde termijn te kort is, reeds omdat deze panden niet in de deelgemeente zijn gelegen. Dat het dagelijks bestuur verantwoordelijk zou zijn voor de verzakking van de panden, wat daar verder van zij, en reeds geruime tijd op de hoogte was van de gebreken, maakt niet dat Lometi B.V. niet binnen de gestelde begunstigingstermijn aan de last had kunnen voldoen zonder dat zij een dwangsom zou verbeuren." (onze onderstreping)

2.6 De handhavingsbesluiten blijven – inclusief de voorgeschreven vergunningplicht – ondanks de lijn dat slopen na handhaving vergunningvrij is, in stand. Interessant is wat wordt opgemerkt in een annotatie bij deze uitspraak, van C.M.M. van Mil in AB 2014, 100:

"Ondanks het oordeel van de ABRvS dat geen omgevingsvergunning was vereist en deze dus ook niet had hoeven te worden aangevraagd, wordt aandacht besteedt aan het gegeven dat appellant pas vier maanden nadat de last was opgelegd een vergunning voor de sloop heeft aangevraagd. Geconcludeerd wordt dat de aangevoerde omstandigheden niet maken dat niet binnen de begunstigingstermijn aan de last had kunnen worden voldaan. Gelet op de begunstigingstermijn van 26 weken, lijkt het bevoegd gezag de benodigde tijd voor het behandelen van een vergunningaanvraag en de feitelijke uitvoering van de last te hebben meegenomen in de bepaling van de lengte van de begunstigingstermijn. Zoals in deze uitspraak ook terecht wordt overwogen, is het vervolgens aan de overtreder zelf om een verzoek om verlenging van de begunstigingstermijn in te dienen indien hij in de knoop komt en niet tijdig aan de last kan voldoen.
Een beschrijving van de feitelijke situatie (anders dan 'herstel van gebreken' en een 'bouwkundige staat van de panden die tot het treffen van maatregelen nopen') en een verwijzing naar de (wettelijke) grondslag ontbreekt in deze uitspraak. Het lijkt echter niet te gaan om werkzaamheden als bedoeld in art. 13, 13a of 14 Ww zoals deze nu gelden. Het herstel van gebreken dan wel sloop van de panden lijkt immers niet gelijk te stellen met een verplichting tot het treffen van voorzieningen dan wel maatregelen na sluiting van woningen ten gevolge van verstoring van de openbare orde als bedoeld in de Ww. Ten tijde van zowel het primaire besluit, als ten tijde van de beslissing op bezwaar, gold voor het slopen dus in beginsel een vergunningplicht op grond van art. 2.2 lid 1 onder a Wabo. Inmiddels is deze vergunningplicht overigens vervallen (met ingang van 1 april 2012, Stb. *2012, 125).*

Bij gebreke van een uitzondering op de vergunningplicht voor de sloopactiviteiten, geldt de vergunningplicht voor de sloopactiviteiten dan ook onverkort. Het lijkt niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest om een uit een uitdrukkelijke wetsbepaling voortvloeiende vergunningplicht in de praktijk te omzeilen door middel van het opleggen van een last onder dwangsom. Temeer nu het bevoegd gezag in casu aan de overtreder een keuzemogelijkheid voor herstel heeft geboden: ofwel herstel van gebreken, ofwel sloop. Immers, juist bij sloopactiviteiten wordt de toestand niet hersteld, maar is sprake van een onomkeerbare en geheel nieuwe situatie

concept

(vgl. ook ABRvS 18 januari 2006, AB *2006/202, m.nt. F.A.G. Groothuijse). Ook de rechtsbescherming voor derden lijkt hiermee in het geding te komen."*

2.7 De annotator meent dat het voorschrijven van een vergunningplicht kan omdat de wetgever niet langer een uitzondering heeft opgenomen voor werkzaamheden na een handhavingsbesluit. Interessant is ook wat wordt opgemerkt over de keuzemogelijkheid die in de last is geboden aan de overtreder: of herstel van de gebreken of slopen. Met slopen is geen sprake van het herstellen van een toestand, maar ontstaat een onomkeerbare en nieuwe toestand. De Raad van State gaat echter niet zover, en lijkt in principe vast te houden aan de vaste lijn. Bovendien wordt juist in de toelichting op artikel 5:32a Awb als voorbeeld van vergunningvrije werkzaamheden na een last slopen genoemd. Dat de Raad van State geen aanleiding ziet om het handhavingsbesluit (gedeeltelijk) te vernietigen ondanks het voorschrijven van een vergunningplicht biedt echter wel een argument voor de kwestie van het herstel van funderingen in Amsterdam.

2.8 Wij hebben daarnaast enkele uitspraken gevonden waarin een last was opgelegd om de fundering te herstellen en waarbij wèl een omgevingsvergunning werd vereist (één van deze uitspraken gaat over Amsterdam). In deze uitspraken is niet expliciet ingegaan op de vraag of in de last een omgevingsvergunning kon worden vereist, mogelijk omdat dit punt in deze procedures niet aan de orde is gesteld. Daarentegen heeft de bestuursrechter in deze zaken kennelijk geen aanleiding gezien om te overwegen dat geen omgevingsvergunning voorgeschreven had mogen worden. Ook dit biedt een argument voor de onderhavige casus om wèl een omgevingsvergunning te kunnen eisen in de last.

Zie:
- Rb Amsterdam 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6815;
- AbRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3240.

2.9 Al met al lijkt er enige ruimte te zijn om een vergunningplicht voor te schrijven in een last. De wetgever heeft bouwen na een handhavingsbesluit niet langer als vergunningvrij aangemerkt en er zijn enkele voorbeelden waarin een handhavingsbesluit op grond waarvan een vergunning werd vereist, in rechte in stand gebleven. De Afdeling geeft echter geen uitleg voor het verschil in aanpak. Het is derhalve de vraag hoe het voorgaande zich verhoudt tot de zeer algemene lijn in de jurisprudentie van de Afdeling en de literatuur, op grond waarvan een gegeven last de vereiste vergunning c.q. toestemming impliceert en dus geen vergunningplicht geldt.

2.10 Een verklaring voor het onderscheid zou kunnen worden gevonden in het onderscheid dat wordt aangehaald in de annotaties: een last gericht op herstel van een oude toestand of een last gericht op een nieuwe toestand. In geval van dat laatste ligt een vergunningplicht meer voor de hand: er wordt een nieuwe situatie gecreëerd,

concept

waarvoor nog niet eerder een vergunning is verleend. Dit is echter een interpretatie waarvoor wij in de rechtspraak geen onderbouwing hebben kunnen vinden.

2.11 Gezien het voorgaande zien wij wel argumenten om contrair te gaan aan het advies van het Juridisch Bureau: de Woningwet c.q. Wabo voorziet niet langer in de vrijstelling van de vergunningplicht en de wetgever heeft bij die wijziging erop gewezen dat het bouwen ter uitvoering van een handhavingsbesluit niet langer expliciet omgevingsvergunningvrij is. Nu in het geval van het herstel c.q. vernieuwing van funderingen de last in feite gericht is op een nieuwe toestand (ervan uitgaande dat de fundering van de panden nog niet eerder aan de eisen uit het Bouwbesluit 2012 hebben voldaan), lijkt er ruimte voor een onderbouwing om toch een vergunning voor te schrijven. Wij willen echter benadrukken dat dit niet zonder risico zal zijn, gelet op de bestendige lijn in de jurisprudentie en ook de literatuur. Er is een dan ook een kans dat een dergelijk besluit in rechte onderuit gaat. Enerzijds is er dan duidelijkheid, anderzijds schept een dergelijke uitspraak uiteraard een precedent.

3 Ruimte om controle vooraf te borgen in een last onder dwangsom

3.1 Vanwege de onzekerheid of om aan de last onder dwangsom rondom het herstel van de funderingen te kunnen voldoen ook een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen kan worden vereist, is relevant na te gaan welke ruimte er is om in een last te sturen zonder een vergunning voor te schrijven. Uit jurisprudentie van de Afdeling volgt dat bij het opleggen van een last nadere aanwijzingen mogen worden opgenomen die in acht moeten worden genomen bij het voldoen aan de last.

> Zie:
> - AbRvS 3 maart 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO4773, r.o. 2.4:
>
> *"Appellant betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de beslissing op bezwaar geen reële begunstigingstermijn bevat, nu hem uit de op 14 april 2003 door het college aan de rechtbank overgelegde stukken is gebleken dat ten behoeve van de uitvoering van de hem gelaste herstelwerkzaamheden een bouw- en monumentenwetvergunning is vereist.*
>
> *Anders dan partijen veronderstellen zijn voor het voldoen aan de last geen vergunningen vereist. De gegeven last impliceert de vereiste toestemming om aan die last te voldoen. Daarbij is van gewicht dat het college zowel het tot vergunningverlening als het tot het treffen van handhavingsmaatregelen bevoegde gezag is. Nadere aanwijzingen in verband met het voldoen aan de last kunnen door het college in de last zelf worden opgenomen." (onze onderstreping)*

3.2 Uit deze uitspraak volgt dat in een last aanwijzingen opgenomen mogen worden hoe aan de last kan worden voldaan.

Concept

3.3 Het is vervolgens de vraag hoever die aanwijzingen kunnen strekken. Mag er bijvoorbeeld gevraagd worden informatie over te leggen voorafgaand aan het herstel van de overtreding, zoals constructietekeningen en -berekeningen?

3.4 Een belangrijke grens bij de vrijheid tot het bepalen van de last onder dwangsom is dat deze moet strekken tot het herstel c.q. beëindigen van een overtreding. Uit een uitspraak van de Afdeling van 28 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1057, volgt:

> *"Ook aan de in bezwaar gehandhaafde last III om een plan van aanpak aan te leveren, heeft het college onder meer ten grondslag gelegd dat artikel 1.29, derde lid, van het Bouwbesluit is overtreden. Zoals hiervoor reeds is overwogen, is deze bepaling overtreden omdat is gesloopt zonder dat aan de aan het slopen verbonden nadere voorwaarden is voldaan. Deze nadere voorwaarden gebieden evenwel niet het bezit van een plan van aanpak. De artikelen 1.26, 7.22 en 8.7 van het Bouwbesluit en artikel 8.9 van het Bouwbesluit, in samenhang gelezen met artikel 4.1 van de Regeling Bouwbesluit 2012, die volgens het college voorts zijn overtreden, wat daarvan overigens ook zij, hebben betrekking op een veiligheidsplan en op verboden en voorschriften met betrekking tot handelingen waarbij asbest en andere gevaarlijke stoffen zijn betrokken en gebieden evenmin het bezit van een plan van aanpak. Een dwangsombesluit dient ingevolge artikel 5:31d van de Algemene wet bestuursrecht te strekken tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding. De last om een plan van aanpak aan te leveren is gericht op een hervatting van de sloopwerkzaamheden in de toekomst en strekt daarmee dus niet tot herstel van de door het college gestelde overtredingen, voor zover daarvan sprake zou zijn. Voor hervatting van de sloopwerkzaamheden is, gelet op de feitelijke onmogelijkheid om aan de op 3 februari 2015 en 1 juni 2015 geaccepteerde meldingen te voldoen, een nieuwe melding noodzakelijk. Hieruit volgt dat het college niet bevoegd was te gelasten een plan van aanpak aan te leveren." (onze onderstreping)*

3.5 Uit deze uitspraak volgt dat als er geen wettelijke grondslag is voor het voorschrijven van een plan van aanpak dit niet zomaar kan worden voorgeschreven in een last onder dwangsom. In dat geval is de last niet langer gericht op het herstel van de overtreding, maar op werkzaamheden in de toekomst.

3.6 In afdeling 2.1 van het Bouwbesluit 2012 is geregeld waaraan een fundering moet voldoen. Hier wordt niet voorgeschreven dat voor herstel van een fundering constructietekeningen of –berekeningen overgelegd moeten worden. Daarentegen is in artikel 2.2 van de Regeling omgevingsrecht geregeld welke gegevens en bescheiden moeten worden overgelegd bij de aanvraag voor een omgevingsvergunning bouwen ten behoeve van de toets aan het Bouwbesluit 2012. In dit artikel worden ook gegevens en bescheiden voorgeschreven waaruit blijkt dat wordt voldaan aan eisen rondom de constructie en de belastingen e.d. Hier kan een argument in gevonden worden dat het vragen van deze gegevens niet verder gaat dan strikt noodzakelijk om de overtreding te beëindigen: deze gegevens zijn nodig om vast te kunnen stellen of

een fundering voldoet aan het Bouwbesluit 2012. Daarmee is met het voorschrijven van het aanleveren van informatie geen sprake van een last die niet gericht is op herstel van de overtreding. De overtreding is immers de met het Bouwbesluit 2012 strijdige situatie en die wordt beëindigd door het herstellen van de fundering conform het Bouwbesluit 2012. De gevraagde informatie draagt bij aan de zekerheid dat dit herstel juist plaatsvindt.

3.7 In een last onder dwangsom strekkende tot herstel van de fundering kan worden gewerkt met deellasten. De eerste last kan luiden dat binnen een bepaald aantal weken nader gespecificeerde gegevens en bescheiden (constructietekeningen- en berekeningen e.d.) moeten worden ingediend bij het college waaruit volgt op welke wijze de fundering conform de vereisten uit het Bouwbesluit 2012 wordt hersteld. De twee last strekt vervolgens tot het binnen een bepaald aantal weken aanvangen met het herstel van de fundering conform de vereisten uit het Bouwbesluit 2012. Een derde last kan inhouden dat binnen een bepaald aantal weken de fundering moet zijn hersteld conform het Bouwbesluit 2012.

3.8 Ook kan ervoor gekozen worden om in de last specifiek aanwijzingen te geven op welke wijze de fundering kan worden hersteld c.q. aan welke specifieke eisen de fundering dient te voldoen. Voorstelbaar is echter dat dit voor het college niet wenselijk en zelfs niet mogelijk is. Ook bestaat in dit kader het risico dat de aangeschrevene hierdoor de vrijheid in de middelen wordt ontnomen indien er meerdere herstelopties zouden zijn. Dat is in strijd met vaste jurisprudentie waaruit volgt dat aan een overtreder een keuze moet worden gelaten ten aanzien van de middelen die hij wenst toe te passen om aan de overtreding een einde te maken.

Zie AbRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1274.

3.9 Ook het eisen van bijvoorbeeld constructieberekeningen en –tekeningen voorafgaand aan het herstellen van de fundering is gezien het voorgaande niet geheel zonder risico. Omdat het echter van groot belang is dat de fundering op juiste wijze wordt hersteld, is het raadzaam hierop in te zetten op het moment dat in de last strekkende tot herstel van de fundering geen omgevingsvergunning meer kan worden vereist.

4 Funderingsherstel op basis van de last zonder omgevingsvergunning: borging en bescherming belangen derden

4.1 In het geval dat het herstel van funderingen naar aanleiding van een last voortaan zonder omgevingsvergunning wordt uitgevoerd en er ook geen concrete aanwijzingen worden opgenomen in een last, zijn er consequenties voor de borging en de bescherming van belangen van derden. Het ontbreken van een omgevingsvergunning heeft allereerst tot gevolg dat er voor derden geen bezwaar en beroep openstaat tegen

concept

de wijze waarop de eigenaar van een pand de fundering herstelt c.q. vernieuwt, zie in dit kader ook AbRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1686, r.o. 3:

> *"[appellant] betoogt dat een procedure van tervisielegging en de mogelijkheid van bezwaar en beroep in het kader van een omgevingsvergunning open moeten staan alvorens de steen boven het maaiveld kan worden gebracht.*
>
> *De rechtbank heeft onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1247, terecht overwogen dat het college zowel het bevoegde gezag is voor het verlenen van een omgevingsvergunning voor het verplaatsen of in enig opzicht wijzigen van de Heegesteen als voor het treffen van handhavingsmaatregelen zoals het opleggen van een last onder bestuursdwang. Gelet hierop is voor het voldoen aan de onderhavige last onder bestuursdwang geen omgevingsvergunning met de daarbij behorende procedure van terinzagelegging en de mogelijkheden van bezwaar en beroep vereist. De gegeven last impliceert de vereiste toestemming om aan die last te voldoen."*

4.2 Derden kunnen wel tijdens of na herstel van de fundering een verzoek om handhaving indienen, als de fundering wordt hersteld in strijd met het Bouwbesluit 2012 dan wel na herstel (nog steeds) in strijd met het Bouwbesluit 2012 is.

4.3 Dat geldt overigens ook voor het bevoegd gezag zelf: er kan tijdens en na uitvoering van het herstel van de fundering een controle worden uitgevoerd of het funderingsherstel conform het Bouwbesluit 2012 is uitgevoerd. Los van de vraag of een dergelijk toezicht in de praktijk uitvoerbaar is, is dit vanzelfsprekend lastiger als er niet vooraf een aanvraag is ingediend, vergezeld van allerlei berekeningen en tekeningen e.d. Er is met andere woorden geen duidelijke borging van hoe de fundering hersteld moet worden.

5 Hoe nu verder?

5.1 Naar wij begrijpen is het sinds jaar en dag het gebruik binnen de gemeente om wel een omgevingsvergunning voor te schrijven en dat eigenaren daar doorgaans geen bezwaar tegen hebben. In principe kan deze praktijk om die reden worden voortgezet. Het risico bestaat in dergelijke situaties wel dat de last onder dwangsom onherroepelijk wordt en dat er vervolgens wordt opgekomen tegen de verleende omgevingsvergunning bouwen. Op het moment dat die vergunning vervolgens moet worden ingetrokken, omdat de last al de vergunning impliceert, dan bevat die last geen borging van controle voorafgaand aan het funderingsherstel. In dat geval kan de last worden gewijzigd en kunnen alsnog aanwijzingen in de last worden opgenomen.

Zodra een eigenaar specifiek tegen de eis van een omgevingsvergunning in de last opkomt dan wel het Juridisch Bureau adviseert om het vereiste van een

concept

omgevingsvergunning te schrappen, is het – zoals eerder opgemerkt – discutabel of het primaire besluit in stand kan blijven. Gezien hetgeen is opgemerkt in hoofdstuk 2 van dit advies, kan worden besloten het primaire besluit – op basis van de argumenten zoals vermeld in hoofdstuk 2 – te handhaven. Er bestaat dan uiteraard wel een kans dat er een beroepsprocedure volgt. Die beroepsprocedure kan echter worden aangegrepen om een oordeel van de bestuursrechter te verkrijgen over de vraag of in geval van herstel van funderingen na een handhavingsbesluit wél ruimte is voor het voorschrijven van een vergunning. Nadeel van deze route is dat als de bestuursrechter oordeelt dat het niet toelaatbaar is een vergunning voor te schrijven, dit dan in het vervolg ook niet meer kan worden gedaan. Er is dan echter wel duidelijkheid.

6 Tot slot

Tot zover ons advies. Tot een nadere toelichting zijn wij vanzelfsprekend graag bereid.

Met vriendelijke groet,
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

[redacted] [redacted]

concept