

Overgangsrecht in bestemmingsplannen, handhavend optreden of niet?

Een onderzoek naar de gevolgen van het overgangsrecht voor handhavend optreden bij illegale situaties.



Auteur:	Kim (A.A.) van Abeelen
Functie auteur:	Onderzoeker
Studentnummer:	2035075
Opdrachtgever:	Gemeente Boxtel
	Afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling
Classificatie:	Intern
Periode:	Februari 2013 – mei 2013
Opleiding:	HBO-Rechten
Onderwijsorganisatie:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie:	Tilburg
Afstudeermentor:	Dhr. B.A.P. van de Staak
Eerste afstudeerdocent:	Dhr. mr. M.A.A.E.J. Lemmens
Tweede afstudeerdocent:	Mevr. mr. R. Kerstens-Van Tol
Plaats en datum:	Boxtel, 27 mei 2013

Overgangsrecht in bestemmingsplannen, handhavend optreden of niet?

Een onderzoek naar de gevolgen van het overgangsrecht voor handhavend optreden bij illegale situaties.

Auteur:	Kim (A.A.) van Abeelen
Functie auteur:	Onderzoeker
Studentnummer:	2035075
Opdrachtgever:	Gemeente Boxtel
	Afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling
Classificatie:	Intern
Periode:	Februari 2013 – mei 2013
Opleiding:	HBO-Rechten
Onderwijsorganisatie:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie:	Tilburg
Afstudeermentor:	Dhr. B.A.P. van de Staak
Eerste afstudeerdocent:	Dhr. mr. M.A.A.E.J. Lemmens
Tweede afstudeerdocent:	Mevr. mr. R. Kerstens-Van Tol
Plaats en datum:	Boxtel, 27 mei 2013

Voorwoord

Voor u ligt mijn onderzoeksrapport met als titel **‘Overgangsrecht in bestemmingsplannen, handhavend optreden of niet?’**. De afgelopen drie maanden heb ik voor de afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling van de gemeente Boxtel een onderzoek verricht naar de legaliserende werking van het overgangsrecht in de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995. De medewerkers van de gemeente Boxtel hebben dit overgangsrecht jarenlang onjuist geïnterpreteerd en zij vragen zich af wat de gevolgen hiervan zijn voor het handhavend optreden. Uiteindelijk adviseer ik het College van de gemeente Boxtel hoe zij om dienen te gaan met de illegale situaties. De vraag met welke juridische of praktische oplossing bovenstaand probleem opgelost kan worden, is in deze scriptie te lezen.

Het onderzoek naar de juridische kaders omtrent legaliserende werking van overgangsrecht en handhaving is tot stand gekomen na grondig literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Aangezien het een probleem betreft dat zich vooral in de jaren ‘90 en beginjaren 2000 afspeelde, heb ik mijn onderzoek vooral op literatuur en jurisprudentie uit die periode moeten baseren. Het viel ook niet altijd mee om de juiste literatuur te vinden, aangezien het onderwerp van mijn scriptie verschillende auteurs bezighoudt en deze auteurs verschillende meningen hebben.

Via deze weg wil ik graag van de gelegenheid gebruik maken om een aantal mensen te bedanken. Ten eerste mijn afstudeermentor bij de gemeente Boxtel, Bart van de Staak. Met zijn enthousiaste en positieve instelling heeft hij mij telkens weten te overtuigen dat alles goed komt. Daarnaast heeft hij mij zoveel mogelijk op de hoogte gehouden van belangrijke zaken die spelen binnen de afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling. Verder wil ik graag de overige medewerkers van de afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling bedanken. Zij hebben een omgeving gecreëerd waarin ik mij al heel snel thuis voelde. Dit heeft ervoor gezorgd dat ik iedere dag met veel plezier naar het gemeentehuis van Boxtel afreisde. Uiteraard wil ik ook meneer Lemmens bedanken voor zijn eerlijke en zeer bruikbare feedback op mijn onderzoeksrapport. Hij is gedurende mijn afstudeerperiode oprecht geïnteresseerd en betrokken geweest en dit heb ik als zeer prettig ervaren.

Tot slot wil ik graag mijn ouders, zusje en vriend bedanken voor hun steun de afgelopen drie maanden. Zij hebben ieder moment het volste vertrouwen gehad in mijn kunnen en doorzettingsvermogen en hebben mij hier van weten te overtuigen wanneer ik het nodig had.

Mocht u na het lezen van mijn onderzoeksrapport nog vragen hebben, aarzel dan niet om contact met mij op te nemen.

Kim van Abeelen

Boxtel, mei 2013

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

1.	Inleiding	8
1.1	Onderwerp van het rapport	8
1.2	Probleemstelling, doelstelling en centrale vraag	8
1.2.1	Probleemstelling	8
1.2.2	Doelstelling	9
1.2.3	Centrale vraag	10
1.3	Werkwijze	10
1.4	Opbouw rapport	10
2.	Handhaven en gedogen	11
2.1	Handhaven	11
2.1.1	Last onder bestuursdwang en last onder dwangsom	12
2.2	Beginselflicht tot handhaving	14
2.3	Verzoek tot handhaving door een derde-belanghebbende	16
2.4	Gedogen	17
2.5	Conclusie	19
3.	Overgangsrecht in bestemmingsplannen	21
3.1	Overgangsrecht in ruimtelijk ordeningsrecht	21
3.2	Bestemmingsplan	22
3.3	Vormen van overgangsrecht	23
3.4	Voor een tweede maal onder overgangsrecht?	27
3.5	Overgangsrecht in bestemmingsplannen gemeente Boxtel	27
3.6	Conclusie	30
4.	Gevolgen van het overgangsrecht voor de gemeente Boxtel	32
4.1	Scenario's	32
4.2	Gevolgen voor handhavend optreden	33
4.2.1	Vertrouwensbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel	33
4.2.2	Zelfstandig handhavend optreden	37
4.2.3	Handhavend optreden op verzoek van een derde	38
4.3	Gevolgen voor bestaande bouwwerken	39
4.3.1	Uitbreiden bestaande illegale bouwwerken	39
4.3.2	Vergunningsvrij bouwen aan bestaande illegale bouwwerken	40
4.4	Gevolgen voor verleende vergunningen	41
4.5	Conclusie	42
5.	Conclusies en aanbevelingen	44
5.1	Conclusies ten aanzien van hoofdstuk 2	44
5.2	Conclusies ten aanzien van hoofdstuk 3	45
5.3	Conclusies ten aanzien van hoofdstuk 4	45
5.4	Aanbeveling/advies aan het College van de gemeente Boxtel	46
5.5	Antwoord op de centrale vraag	48
6.	Evaluatie	50

Bijlagen

- A Bovenaanzicht
- B Schema onevenredigheid
- C Relevante passage uit handhavingsbeleid gemeente Boxtel

Samenvatting

In dit onderzoeksrapport wordt antwoord gegeven op de vraag welke bestuursrechtelijke en/of praktische mogelijkheid het College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Boxtel heeft om bestaande illegale situaties op te lossen met betrekking tot het overgangsrecht in de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995.

Het probleem dat in de gemeente Boxtel speelt, betreft het feit dat de medewerkers van de afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling jarenlang de werking van het overgangsrecht onjuist hebben geïnterpreteerd. Deze onjuiste interpretatie heeft gevolgen voor handhavend optreden door het College van Burgemeester en Wethouders. Om de precieze gevolgen van deze onjuiste interpretatie in kaart te brengen, is de volgende doelstelling opgesteld:

“Op 27 mei 2013 aan de gemeente Boxtel, afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling, een adviesrapport afleveren waarin uiteen wordt gezet hoe omgegaan dient te worden met overgangsrecht voor illegale situaties in oude bestemmingsplannen.”

Om deze doelstelling te bereiken, is een centrale vraag opgesteld die het onderzoek afbakt:

“Wat is de bestuursrechtelijke en/of praktische mogelijkheid die het College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Boxtel heeft om bestaande illegale situaties op te lossen met betrekking tot overgangsrecht in bestemmingsplannen?”

Belangrijkste conclusies en aanbevelingen

- Wettelijk gezien bestaat er voor het bevoegd gezag geen plicht om handhavend op te treden. In de jurisprudentie van de Afdeling heeft zich in de loop der jaren een beginselplicht tot handhaving gecreëerd. Onder bijzondere omstandigheden mag van handhavend optreden door het bevoegd gezag worden afgezien.
- Het bouwovergangsrecht heeft geen legaliserende werking voor illegale bouwwerken. Het bouwovergangsrecht kan een vergunningsplicht uit voorheen de Woningwet niet aan de kant zetten. Het feit dat het bouwovergangsrecht tevens van toepassing is op illegale bouwwerken, betekent dus niet dat er sprake is van legaliserende werking.
- Het overgangsrecht heeft legaliserende werking wat betreft illegaal gebruik van percelen. Aangezien het gebruiksovergangsrecht van toepassing is op illegaal grondgebruik, wordt hiermee het gebruik gelegaliseerd. Er is namelijk geen hogere wet- of regelgeving die het gebruik van percelen regelt middels een vergunning.
- Door tijdige wraking van het bevoegd gezag of het opnemen van een uitsluitingsclausule in het overgangsrecht kan voorkomen worden dat het illegale gebruik van percelen wordt gelegaliseerd en daarmee rechtmatig wordt.
- Geconcludeerd kan worden dat indien het bevoegd gezag toezeggingen doet of inlichtingen verstrekt die uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd van aard zijn er sprake is van een gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen. Een beroep op het vertrouwensbeginsel zal in die gevallen slagen. Indien blijkt dat de toezeggingen of inlichtingen gedaan zijn door een ander dan het bevoegd gezag zal het vertrouwensbeginsel niet snel in de weg staan aan handhavend optreden.
- Indien een derde om handhaving verzoekt, dient het opgewekte vertrouwen te wijken voor de in beginsel bestaande aanspraak van een derde-belanghebbende op handhaving. Het vertrouwensbeginsel kan derhalve geen afbreuk doen aan de aanspraak van een derde op handhaving van de overtreding.
- Op grond van artikel 5 Bor kan niet vergunningsvrij gebouwd worden in, aan, op of bij een illegaal bouwwerk. Indien hiervan toch sprake is dient het College hiertegen in beginsel handhavend op te treden.
- Indien onrechtmatig vergunningen zijn verleend voor het gehele illegale bouwwerk op grond van het overgangsrecht kan het College hiertegen niet handhavend optreden op grond van het rechtszekerheidsbeginsel.

Lijst van afkortingen

de Afdeling	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bro	Besluit ruimtelijke ordening
het College	College van Burgemeester & Wethouders
c.q.	casu quo
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
VROM	Het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening
Wro	Wet ruimtelijke ordening
Ww	Woningwet

1. Inleiding

1.1 Onderwerp van het rapport

In dit onderzoeksrapport wordt advies gegeven over hoe omgegaan dient te worden met overgangsrecht voor illegale situaties in oude bestemmingsplannen in de gemeente Boxtel. Na grondig literatuur- en jurisprudentieonderzoek zal aan de afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling van de gemeente Boxtel een adviesrapport worden overhandigd, waarin deze problematiek wordt behandeld.

1.2 Probleemstelling, doelstelling en centrale vraag

In deze paragraaf zullen de probleemstelling, doelstelling en centrale vraag besproken worden. Teneinde het probleem helder voor ogen te hebben, zal eerst een uitgebreide probleembeschrijving worden weergegeven. Vervolgens zullen de doelstelling en de centrale vraag, inclusief deelvragen, besproken worden.

1.2.1 Probleemstelling

Een bestemmingsplan is één van de voornaamste instrumenten voor het gemeentebestuur om de ruimtelijke ordening in haar gemeente vast te leggen. In bestemmingsplannen wordt doorgaans overgangsrecht opgenomen. Dit overgangsrecht wordt opgenomen om situaties, die in het nieuwe bestemmingsplan illegaal zijn maar onder het oude plan legaal waren, toe te staan op grond van het overgangsrecht.¹

In de situaties die in de gemeente Boxtel spelen, gaat het echter niet om onder het oude plan legale situaties, maar om situaties die zowel onder het oude als onder het nieuwe plan illegaal zijn. Op de afdeling ruimtelijke ontwikkeling van de gemeente Boxtel, speelt een probleem omtrent het overgangsrecht in bestemmingsplannen. In oude bestemmingsplannen heeft de gemeenteraad van de gemeente Boxtel overgangsrecht opgenomen. Dit overgangsrecht werd door de medewerkers van de afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling van de gemeente Boxtel (hierna: de medewerkers) geïnterpreteerd alsof het legaliserende werking heeft. De opvatting van de medewerkers is dat deze juridische constructie ervoor zorgt dat illegale bouwwerken (gebouwd zonder de vereiste bouwvergunning van voorheen artikel 40 Woningwet) en het gebruik van de percelen waarop zij staan, worden gelegaliseerd. Tot voor kort zijn de medewerkers er altijd van uitgegaan dat dit ook feitelijk zo werkt en zij hebben zich tot op heden altijd op het standpunt gesteld dat het overgangsrecht daadwerkelijk legaliserende werking heeft. Naar een aantal burgers toe is, mede door middel van correspondentie, duidelijk gemaakt dat de illegale situatie waarin zij verkeren door het overgangsrecht is gelegaliseerd. Deze toezegging is echter niet bij iedere illegale situatie gedaan. Nu is gebleken dat deze interpretatie van het overgangsrecht niet helemaal juist is. Een bestemmingsplan kan namelijk een vergunningsplicht, uit voorheen de Woningwet, niet aan de kant zetten. Het overgangsrecht heeft derhalve een andere werking dan eerder werd gedacht.

Door de medewerkers werd verondersteld dat het overgangsrecht legaliserende werking heeft en daarmee een vergunningsplicht uit voorheen de Woningwet aan de kant kan zetten. Dat bovenstaande interpretatie van het overgangsrecht niet juist is, is naar voren gekomen in een concrete situatie die zich afspeelt in Liempde (gemeente Boxtel). Tussen twee burens bestaat een jarenlang conflict over vermeende illegale bouwwerken en illegaal grondgebruik. De rechtsbijstandverlener van een van de burens gaf, bij de bezwarencommissie van de gemeente Boxtel aan, dat de interpretatie die de medewerkers hanteren omtrent overgangsrecht niet juist is. Na literatuur geraadpleegd te hebben, bleek de opvatting van de rechtsbijstandverlener inderdaad juist te zijn. Overgangsrecht kan geen legaliserende werking hebben wat betreft illegale bouwwerken, aangezien er sprake is van strijdigheid met hogere wet- en regelgeving (voorheen de Woningwet). Dit is tevens gebleken uit een aantal uitspraken van de Afdeling.²

¹ Meer informatie omtrent bestemmingsplannen komt aan de orde in paragraaf 3.1.

² Zie KB 21 mei 1986, nr. 63, *BR* 1986, p. 761; KB 22 mei 1991, nr. 4525, *BR* 1991, p. 698, m.nt. H.H. Bod.

De medewerkers vragen zich af wat de mogelijke consequenties van deze onjuiste interpretatie van het overgangsrecht zijn. Voor de medewerkers is het momenteel onduidelijk wat zij met deze 'nieuwe' situatie aan moeten, aangezien zij in de veronderstelling waren dat zij het recht op de juiste manier toepasten. De medewerkers zijn er altijd vanuit gegaan dat het overgangsrecht legaliserende werking had, zowel voor illegale bouwwerken als voor illegaal grondgebruik. Nu blijkt dat de situaties destijds niet gelegaliseerd zijn, en derhalve nog steeds illegaal zijn, kleven er mogelijk (nadelige) gevolgen aan deze interpretatie. Er is in het verleden besloten om niet handhavend op te treden, aangezien het College in de veronderstelling was dat er door het overgangsrecht sprake was van een legale situatie. Nu blijkt dat er sprake is van een illegale situatie, kan het handelen van het College gezien worden als gedogen. Het College treedt namelijk niet op tegen de illegale situaties.

Zover de medewerkers nu weten, gaat het om een tweetal bestemmingsplannen te weten: bestemmingsplan buitengebied Boxtel 1994 en bestemmingsplan buitengebied Liempde 1995. Het overgangsrecht dat in deze bestemmingsplannen is opgenomen suggereert dat illegale bouwwerken en gebruik van percelen is toegestaan, alsmede het uitbreiden van bouwwerken.

Het overgangsrecht in deze bestemmingsplannen en de onjuiste interpretatie van illegaal gebruik en illegale bouwwerken onder het bestemmingsplan, brengt een aantal problemen en vragen met zich mee, te weten:

- Wat houdt het overgangsrecht in bestemmingsplannen precies in?
- Kan dit overgangsrecht überhaupt legaliserende werking hebben?
- Wat houdt gedogen en handhaven precies in en wat zijn de verschillen?
- Kan er zelfstandig handhavend opgetreden worden tegen illegale situaties en hoe dienen de medewerkers om te gaan met een verzoek tot handhaven ingediend door een derde?
- Mogen bouwwerken, waar het overgangsrecht op van toepassing is, worden veranderd en uitgebreid? Welke voorwaarden gelden er dan precies en welke voorwaarden gelden er voor gebruik?
- Wat zijn de gevolgen voor de al verleende uitbreidingsvergunningen?
- Kan er vergunningsvrij gebouwd worden wanneer het hoofdgebouw illegaal blijkt te zijn gebouwd?
- Welke rol spelen het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel in deze kwestie?
- Om welke bestemmingsplannen gaat het nu concreet en hoe is het overgangsrecht in deze bestemmingsplannen vastgelegd?
- Wat is de huidige manier van handhaven met betrekking tot het overgangsrecht in deze bestemmingsplannen?

Om het bovenstaande probleem op te lossen zijn de bestemmingsplannen waar het hier specifiek om gaat geraadpleegd, vooral het daarin opgenomen overgangsrecht. Tevens is relevante literatuur bestudeerd alsmede jurisprudentie van de Afdeling. Met deze bronnen wordt uiteindelijk een advies gegeven aan het College van de gemeente Boxtel waarin de voor de gemeente Boxtel juiste mogelijkheid wordt gepresenteerd om de bestaande illegale situaties op te lossen met betrekking tot het overgangsrecht in bestemmingsplannen.

1.2.2 Doelstelling

Op 27 mei 2013 aan de gemeente Boxtel, afdeling Ruimtelijke Ontwikkeling, een adviesrapport afleveren waarin uiteen wordt gezet hoe omgegaan dient te worden met overgangsrecht voor illegale situaties in oude bestemmingsplannen.

1.2.3 Centrale vraag

Wat is de bestuursrechtelijke en/of praktische mogelijkheid die het College van Burgermeester en Wethouders van de gemeente Boxtel heeft om bestaande illegale situaties op te lossen met betrekking tot overgangsrecht in bestemmingsplannen?

Om tot beantwoording van de centrale vraag over te kunnen gaan, dienen een tweetal deelvragen te worden beantwoord:

- Wat zijn de juridische en/of praktische mogelijkheden om de bestaande illegale situatie op te lossen?
- Welk van de mogelijkheden heeft de voorkeur?

1.3 Werkwijze

Dit onderzoeksrapport is tot stand gekomen na een grondige bestudering van de relevante literatuur, wet- en regelgeving en jurisprudentie. De hoofdstukken zijn op zo een manier ingedeeld dat in de eerste hoofdstukken inleidende en informatieve informatie wordt gegeven omtrent bestemmingsplannen, handhaven en gedogen zodat in de daarop volgende hoofdstukken dieper in de materie kan worden gedoken. Gedurende het opstellen van dit adviesrapport is vastgehouden aan een strakke planning. Ieder hoofdstuk heeft derhalve voldoende aandacht gehad.

1.4 Opbouw rapport

Om tot beantwoording van de centrale vraag over te kunnen gaan, wordt in hoofdstuk 2 allereerst ingegaan op de juridische constructie omtrent handhavend optreden en gedogen. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 ingegaan op het overgangsrecht in bestemmingsplannen. In dit hoofdstuk wordt onder andere behandeld welke twee soorten overgangsrecht er in bestemmingsplannen bestaan en of overgangsrecht legaliserende werking heeft. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de gevolgen van de onjuiste interpretatie van het College van de gemeente Boxtel voor handhavend optreden, de gevolgen voor bestaande illegale bouwwerken en de gevolgen voor verleende vergunningen. In het daaropvolgende hoofdstuk zullen de conclusies en aanbevelingen alsmede het antwoord op de centrale vraag behandeld worden. Tot slot vindt u aan het einde van het rapport de bronvermelding alsmede de bijlagen.

2. Handhaven en gedogen

Door de wetgever wordt aan het begrip 'handhaving' een ruime invulling gegeven. Het ministerie van VROM verwoordt dit begrip in 1981 als volgt:³ *"Handhaving is het door controle en toepassen (of dreigen daarmee) van administratieve, strafrechtelijke of privaatrechtelijke middelen bereiken dat de algemeen en individueel geldende rechtsregels en voorschriften worden nageleefd."*⁴

De Algemene Rekenkamer definieerde het begrip 'handhaving' een twintigtal jaren later als volgt: *"Het zorgdragen voor de naleving van rechtsregels voor zover die zorg bestaat uit het uitoefenen van toezicht en/of het toepassen van een sanctie."*⁵

Het College draagt zorg voor deze bestuursrechtelijke handhaving van illegale activiteiten binnen haar grondgebied.⁶ Is deze taak een verplichting of is er ruimte voor een eigen invulling door het gemeentebestuur? In deze paragraaf zal antwoord worden gegeven op deze vraag. Naast het leerstuk over handhaven zal het leerstuk omtrent gedogen besproken worden.

2.1 Handhaven

Handhaven kan worden omschreven als *'het optreden van de overheid dat is gericht op het tot gelding brengen van de regelgeving'*.⁷ Het uitgangspunt van de bestuursrechtelijke handhaving is het herstellen van de situatie. De vier bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten die het College voorhanden heeft betreffen:

- het opleggen van een last onder bestuursdwang;
- het opleggen van een last onder dwangsom;
- het intrekken van de vergunning; en
- het opleggen van een bestuurlijke boete.⁸

Tussen deze vier bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten kan een onderscheid gemaakt worden in herstelsancties en punitieve sancties. De last onder bestuursdwang, last onder dwangsom en het intrekken van een vergunning zijn vormen van herstelsancties. Het opleggen van een bestuurlijke boete kan dan beschouwd worden als een punitieve sanctie. De herstelsanctie ziet erop toe dat de situatie wordt hersteld, terwijl de punitieve sanctie het straffen van de dader als doel heeft. De twee belangrijkste verschillen tussen een herstelsanctie en een punitieve sanctie zijn:

- Ten eerste is op punitieve sancties de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM van toepassing. Bij punitieve sancties geldt tevens het zwijgrecht en dient er voldaan te zijn aan het 'schuld criterium'. Dit in tegenstelling tot de herstelsancties, waar geen sprake is van zwijgrecht en waar 'schuld' geen vereiste is.
- Het tweede verschil betreft de rechtelijke toets. De herstelsanctie kent een marginale toetsing, terwijl de punitieve sanctie een integrale toetsing kent. Een marginale toetsing houdt in dat wanneer het bestuursorgaan van de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid heeft gekregen, de rechter het gebruik van deze bevoegdheid terughoudend dient te toetsen.⁹ De bestuursrechter toetst enkel of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het gegeven besluit heeft kunnen komen. De bestuursrechter gaat derhalve niet op de stoel van de Gemeenteraad of het College zitten. Bij een integrale toetsing dient de bestuursrechter te beoordelen of het bestuursorgaan de bevoegdheid juist heeft gebruikt.

Het intrekken van de vergunning wordt in deze scriptie buiten beschouwing gelaten, aangezien het gaat om illegale situaties waar überhaupt geen vergunningen voor zijn

³ Uiteraard zijn er meerdere definities van het begrip 'handhaving' opgesteld. Het gaat deze scriptie te buiten om hier meerdere definities weer te geven.

⁴ Ten Berge & Michiels, p. 385

⁵ *Kamerstukken II 2001-2002*, 28 271, nrs. 1-2, p. 11.

⁶ Artikel 92 Ww en 5.2 Wabo.

⁷ Michiels & Muller p. 178

⁸ www.wetenschap.infonu.nl

⁹ Michiels, p. 104

verleend. Tevens wordt de bestuurlijke boete niet behandeld, aangezien deze niet op grote schaal wordt toegepast in de ruimtelijkeordeningswetgeving.

2.1.1 Last onder bestuursdwang en last onder dwangsom

Het opleggen van bestuursdwang houdt volgens artikel 5:21 Awb in:

“De herstelsanctie inhoudende een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding en de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.”

Op grond van artikel 125 Gemeentewet is het gemeentebestuur bevoegd een last onder bestuursdwang op te leggen. De overtreder krijgt, wanneer tot oplegging van een last onder bestuursdwang wordt overgegaan, derhalve de mogelijkheid om zelf de overtreding te herstellen. Mocht dit herstel uitblijven dan is het bestuursorgaan bevoegd om (op kosten van de overtreder) de overtreding alsnog ongedaan te maken.

Wanneer een bestuursorgaan bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen is zij, op grond van artikel 5:32 Awb, tevens bevoegd tot het opleggen van een last onder dwangsom. Een last onder dwangsom wordt op grond van artikel 5:31d Awb gedefinieerd als:

“De herstelsanctie inhoudende een last of gedeeltelijk herstel van de overtreding en de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.”

Wanneer een overtreding wordt geconstateerd door een bestuursorgaan en besloten wordt tot handhaving over te gaan, dient beslist te worden of een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom opgelegd gaat worden. Op grond van artikel 5:6 Awb kunnen beide handavingsinstrumenten niet tegelijkertijd opgelegd worden aan de overtreder.¹⁰ Deze anti-samenloopbepaling is enkel van toepassing op dezelfde overtreding.¹¹

Indien het maximum aan te verbeuren dwangsommen is bereikt, kan wel overgaan worden tot het opleggen van een last onder bestuursdwang.¹²

Het gemeentebestuur is vrij in haar keuze voor een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Indien er sprake is van een ernstige, spoedeisende zaak waarbij het noodzakelijk is dat er direct wordt ingegrepen, ligt een last onder bestuursdwang meer voor de hand.¹³

Overtreder & het machtsprincipe

Een **last onder dwangsom** kan enkel worden opgelegd aan de overtreder van het overtreden wettelijk voorschrift.¹⁴ Daarnaast moet de overtreder het in zijn macht hebben om de last uit te voeren. De aanschrijving voor een **last onder bestuursdwang** kan echter ook aan een ander dan de overtreder geschieden. De kosten, die gemaakt zijn door het gemeentebestuur voor de uitvoering van de last onder bestuursdwang, kunnen wel alleen op de overtreder verhaald worden ingevolge artikel 5:25 Awb.

Bij het opleggen van een **last onder dwangsom** geldt naast het vereiste van oplegging aan een overtreder het machtsvereiste. Een dwangsom kan enkel worden opgelegd aan de overtreder die het in zijn macht heeft om de overtreding ongedaan te maken.¹⁵ ‘In zijn macht hebben’ betekent daartoe zowel feitelijk als juridisch in staat zijn dan wel moeten worden

¹⁰ Michiels & Muller p. 592

¹¹ Zie Vz. ABRvS 30 maart 2005, AB 2005, 176 en ABRvS 6 september 1999, AB 2000, 149.

¹² Zie ABRvS 19 februari 2003, AB 2003, 140.

¹³ www.vng.nl

¹⁴ Artikel 5:32 lid 1 Awb.

¹⁵ www.vng.nl

geacht te zijn.¹⁶ Het machtsvereiste brengt met zich mee dat het opleggen van een last onder dwangsom in sommige gevallen geen geschikt handhavingsinstrument betreft om de overtreding ongedaan te maken.¹⁷ Een voorbeeld ter verduidelijking:

Liempdse boer X heeft in 1995 zonder bouwvergunning (artikel 40 Ww) een koeienstal gebouwd op zijn perceel. Het bestemmingsplan dat destijds bestond, staat de bouw van deze koeienstal niet toe. Ook het nieuwe bestemmingsplan kan de illegale koeienstal niet legaliseren. Boer X besluit in 2009 zijn boerderij, inclusief koeienstal, te verkopen aan Liempdse boer Y. Het College van Burgemeester en Wethouders zijn achter deze illegale situatie gekomen en willen handhavend optreden. Om een last onder dwangsom op te leggen, dient ten eerste gekeken te worden wie in deze casus de overtreder is. Boer X heeft destijds zonder bouwvergunning gebouwd en dient dus aangemerkt te worden als overtreder. Wanneer ook het machtsvereiste erbij wordt gehaald, wordt duidelijk waarom een last onder dwangsom in sommige situaties niet geschikt is om in te zetten als handhavingsinstrument. Boer X heeft het namelijk niet meer in zijn macht om de overtreding ongedaan te maken, aangezien hij geen eigenaar van de koeienstal meer is. Boer Y heeft het echter wel in zijn macht om de overtreding ongedaan te maken (als eigenaar van de koeienstal), hij kan echter niet aangemerkt worden als overtreder (aangezien hij artikel 40 Ww niet overtreden heeft). Zowel aan boer X als aan boer Y kan derhalve geen last onder dwangsom worden opgelegd. Het opleggen van een last onder bestuursdwang aan boer X is derhalve wel mogelijk. De kosten van de bestuursdwang kunnen dan op boer X verhaald worden ingevolge artikel 5:25 Awb.¹⁸

Wat blijkt uit bovenstaand voorbeeld is dat wanneer de overtreder het illegale bouwwerk verkoopt aan een derde, er aan deze derde geen dwangsom opgelegd kan worden, aangezien hij niet aangemerkt kan worden als degene die het wettelijk voorschrift (destijds artikel 40 Ww) overtreden heeft. Gebleken is dat de handhavingsinstrumenten die de gemeente bij de handhaving van de bouwregelgeving voorhanden heeft (toepassing bestuursdwang en oplegging van een last onder dwangsom) niet goed toepasbaar zijn indien er (soms juist met het oog daarop) sprake is van een eigendomsoverdracht van de onroerende zaak waaraan of waarop op onrechtmatige wijze is gebouwd. Als een onroerende zaak in eigendom wordt overgedragen blijkt dat de gemeente vaak in een zwakke positie komt te verkeren wat betreft het verhaal van de kosten van de toepassing van bestuursdwang. Het instrument van de oplegging van een last onder dwangsom is in geval van eigendomsoverdracht in het geheel niet inzetbaar. Het gevolg hiervan is dat de handhaving of de effectuering van handhavingsbesluiten ten aanzien van geconstateerde overtredingen van de bouwvoorschriften vaak achterwege blijft in dit soort gevallen.¹⁹ Het nieuwe wetsartikel is een aanvulling op het eerste lid van artikel 40 van de Woningwet, waarmee wordt bereikt dat het niet alleen verboden is om te bouwen zonder of in strijd met een bouwvergunning maar ook om een zonder of in strijd met een bouwvergunning gebouwd bouwwerk of standplaats dan wel deel daarvan in stand te laten.²⁰

Met de inwerkingtreding van deze regel is het mogelijk om aan de rechtsopvolger van een illegaal bouwwerk een last onder dwangsom op te leggen. De rechtsopvolger is overtreder van het wettelijk voorschrift, namelijk artikel 40 lid 1 sub b Ww en hij heeft het in zijn macht om de situatie ongedaan te maken, aangezien hij de eigenaar is van het illegale bouwwerk. Op grond van deze nieuwe rechtsregel kan ook worden opgetreden tegen de rechtsopvolger van de bouwer.

Wat betreft de wijziging van artikel 40 van de Woningwet per 1 april 2007 overweegt de voorzieningenrechter dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet blijkt dat, indien iemand de eigendom van een perceel heeft verkregen vóór 1 april 2007, van degene ten tijde van de verkrijging niet behoefde te worden verlangd dat hij onderzoek verrichtte naar de vraag of de bouwwerken op het perceel zonder of in afwijking van een bouwvergunning waren gebouwd. Dat ligt

¹⁶ Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 74.

¹⁷ Michiels & Muller, p. 598.

¹⁸ Voorbeeld afgeleid van Michiels & Muller, p. 598.

¹⁹ Kamerstukken II 2003/04 29 392 nr. 3.

²⁰ Kamerstukken II 2003/04 29 392 nr. 3.

anders indien diegene ten tijde van de verkrijging concrete aanwijzingen had dat zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd.²¹ Na de inwerkingtreding van de Wabo is artikel 40 lid 1 sub b Ww vervangen door artikel 2.3a Wabo. Uit de overweging van de Afdeling blijkt dat artikel 2.3a lid 1 Wabo geen ander toepassingsbereik beoogt dan artikel 40 lid 1 sub b Ww.²² Ook ten aanzien van artikel 2.3a lid 1 Wabo geldt dus dat niet handhavend kan worden opgetreden jegens een eigenaar die op 1 april 2007 al eigenaar was van een illegaal bouwwerk, tenzij hij ten tijde van de eigendomsverkrijging concrete aanwijzingen had dat het bouwwerk zonder omgevingsvergunning is gebouwd.²³

2.2 Beginselplicht tot handhaving

In de Nederlandse wetgeving is niet geregeld wanneer het bevoegd gezag handhavend moet optreden of wanneer daarvan kan worden afgezien.²⁴ Wettelijk gezien bestaat er dus voor het gemeentebestuur geen plicht tot handhaving. Wanneer een bestuursorgaan derhalve afziet van handhaven, handelt dit bestuursorgaan in beginsel niet in strijd met de wet. Dat er wettelijk gezien geen plicht bestaat tot handhaving, komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in artikel 125 Gemeentewet. Dit artikel stelt dat het bestuursorgaan *bevoegd* is tot het opleggen van een last onder bestuursdwang. Er is derhalve sprake van een discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan.²⁵ Zij *kan* een last onder bestuursdwang opleggen maar is hiertoe niet verplicht op grond van de wet. De beleidsvrijheid van het bestuursorgaan wordt echter begrensd door het evenredigheidsbeginsel en andere beginselen van behoorlijk bestuur.²⁶ In de rechtspraak is in de loop der jaren echter wel een plicht tot handhaven ontstaan. De beleidsvrijheid, die het bestuursorgaan op grond van de wet heeft, is door de Afdeling bestuursrechtspraak ingeperkt. De lijn in de jurisprudentie laat zien dat er volgens de Afdeling tegen overtreding van een wettelijk voorschrift in beginsel opgetreden dient te worden, behoudens bijzondere omstandigheden. Het betreft hier de beginselplicht tot handhaving. De beginselplicht tot handhaving is voor het eerst tot uitdrukking gekomen in het arrest gemeente Lisse.²⁷ De beginselplicht tot handhaving werd in 1998 als volgt omschreven:

*"Als een onrechtmatige situatie wordt geconstateerd en legalisatie is niet mogelijk, dan is het college niet slechts bevoegd om daartegen handhavend op te treden, maar ook in beginsel, - behoudens eventuele bijzondere omstandigheden — daartoe gehouden, aangezien de (algemene) belangen die worden gediend met de handhaving van wettelijke voorschriften en met het voorkomen van ongewenste precedentwerking dit vorderen."*²⁸

De standaardopvatting omtrent handhavend optreden is in de jaren na 1998 vele malen bijgeschaafd en in 2004 door de Afdeling als volgt vastgesteld:

*"Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder **bijzondere omstandigheden** mag het bestuursorgaan weigeren dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien".*²⁹

²¹ Rb. Utrecht 26 augustus 2011, LJN BR6029. Deze overweging werd door de Afdeling voor het eerst gemaakt in ABRvS 17 maart 2010, LJN BL7766. Deze overweging werd echter door de voorzieningenrechter op 26 augustus kort en helder samengevat.

²² ABRvS 27 december 2012, LJN BY7345.

²³ www.bestuurlijkehandhaving.blogspot.nl

²⁴ www.stab.nl

²⁵ Of meer specifiek: een bevoegdheid met beleidsvrijheid.

²⁶ Vermeer p. 11

²⁷ ABRvS 2 februari 1998, AB 1998, 181.

²⁸ ABRvS 2 februari 1998, AB 1998, 181.

²⁹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 juli 2004, LJN AP8242.

Zoals uit de overweging van de Afdeling blijkt, kan het bestuursorgaan weigeren aan de beginselplicht tot handhaving te voldoen, wanneer blijkt dat er sprake is van bijzondere omstandigheden. Deze bijzondere omstandigheden doen zich voor wanneer:

- er concreet zicht op legalisatie is; of
- indien handhavend optreden gezien de feitelijke omstandigheden onevenredig zou zijn.³⁰

De Afdeling heeft zich meerdere malen uitgesproken over de bijzondere omstandigheid 'concreet zicht op legalisatie'. De Afdeling heeft zich als volgt uitgesproken:

“Anders dan [appellant] meent, is voor concreet zicht op legalisatie niet vereist dat reeds volledig inzicht bestaat in de van de aangevraagde inrichting te duchten milieugevolgen en de ter beperking van deze gevolgen aan een eventueel te verlenen vergunning te verbinden voorschriften. Voor het bestaan van concreet zicht op legalisatie is ook niet noodzakelijk dat reeds een ontwerpbesluit strekkende tot verlening van de gevraagde vergunning is vastgesteld. Voldoende is in beginsel dat, zoals hier, een vergunningaanvraag strekkende tot legalisatie van de illegale situatie is ingediend die volgens het bevoegd gezag voldoende gegevens bevat voor een goede beoordeling van de gevolgen van de inrichting voor het milieu en het bevoegd gezag geen beletselen ziet voor verlening van de gevraagde vergunning.”³¹

Zoals uit de overweging van de Afdeling blijkt, is het in beginsel voor een concreet zicht op legalisatie voldoende dat er een vergunningsaanvraag is ingediend die strekt tot legalisatie van de illegale situatie en volgens het bevoegd gezag voldoende gegevens bevat voor een goede beoordeling van de gevolgen van de vergunningverstrekking.³² De omstandigheid dat bij het bevoegd gezag een concept-aanvraag is ingediend, is onvoldoende om te spreken van concreet zicht op legalisatie. De Afdeling oordeelde hierover als volgt:

“Ten tijde van het bestreden besluit was wel reeds een concept-aanvraag ingediend, doch die omstandigheid is in dit geval onvoldoende om van concreet zicht op legalisatie te kunnen spreken.”³³

Naast het indienen van een vergunningaanvraag is het tevens van belang dat de vergunning strekt tot legalisatie van de desbetreffende illegale situatie.³⁴ Tot slot is voor het bestaan van concreet uitzicht op legalisatie, en het om die reden weigeren van handhavend optreden, niet vereist dat de exacte datum waarop legalisatie zal plaatsvinden bekend is.³⁵

Van handhavend optreden kan, naast een concreet zicht op legalisatie, tevens worden afgezien wanneer handhaving zo onevenredig is in verhouding met de daarmee te dienen belangen.³⁶ Waar er bij het concreet zicht op legalisatie een duidelijke lijn in de jurisprudentie is te ontrafelen, blijkt deze lijn bij de onevenredigheid minder eenvoudig te ontdekken. Per concreet geval dient er door de Afdeling beoordeeld te worden of er sprake is van onevenredigheid. Zoals uit de scriptie van B. van de Staak blijkt, dienen de volgende vragen nagelopen te worden om te achterhalen of er sprake is van onevenredigheid:

Gaat het om een overtreding van geringe aard en ernst?

- Een hulpmiddel is de jurisprudentie waarbij gevallen bekend zijn waarbij is geoordeeld wanneer een overtreding wel of niet als van geringe aard en ernst is.

³⁰ www.vng.nl

³¹ ABRvS 1 juli 2009, LJN BJ1123.

³² www.stab.nl

³³ ABRvS 5 april 2006, LJN AV8621.

³⁴ ABRvS 19 juli 2009, LJN BJ5535.

³⁵ ABRvS 9 april 2008, LJN BC9056.

³⁶ www.stab.nl

- Indien zicht is op legalisatie zal een overtreding eerder van geringe aard en ernst zijn.

Indien wordt ingeschat dat de overtreding van geringe aard en ernst is dan dient het volgende nog te worden nagegaan:

Welke belangen spelen mee?

- Wordt duidelijk meer nadeel ondervonden indien de norm zou worden gehandhaafd?
 - Wordt het doel van het geschonden belang ondanks de overtreding toch bereikt?
 - Wordt het belang dat een verzoeker nastreeft bereikt door het ongedaan maken van de overtreding?
- Hierbij kan dan worden nagegaan wat het belang van de verzoeker is. Wat beoogt hij? En zijn er in de persoonlijke levenssfeer van de derde en de overtreder omstandigheden die toepassing van bestuursdwang onredelijk maken? Simpel gezegd: gaat het om ruziënde burens of wordt verwacht dat daadwerkelijk hinder wordt ondervonden? Een signaal hiervoor kan zijn dat de derde jarenlang wist van de overtreding en nu ineens om handhaving vraagt. Een ander signaal zijn situaties waarbij keer op keer om handhaving wordt verzocht waarbij de belangen slechts beperkt zijn.

Wanneer het antwoord op vraag 1 en één van de subvragen bij vraag 2 met 'ja' wordt beantwoord dan kan sprake zijn van een overtreding waarbij handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.³⁷

Vrij recent, te weten op 5 oktober 2011, heeft de Afdeling haar opvatting over de beginselplicht tot handhaving nader gepreciseerd. De volgende passage werd aan de opvatting toegevoegd:

*"In gevallen waarin het bestuursorgaan een redelijk te achten beleid voert bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of last onder dwangsom mag afzien."*³⁸

Voorheen kon enkel van de beginselplicht tot handhaving worden afgeweken wanneer er sprake was van een bijzondere omstandigheid. Na de uitspraak van 5 oktober 2011 van de Afdeling komt daar een afwijkingsbevoegdheid bij. Wanneer een gemeente een redelijk te achten beleid voert, dient de gemeente zich in beginsel aan dit beleid te houden. Wanneer er in beleid staat omschreven dat het bestuursorgaan, alvorens tot handhaving over te gaan, een waarschuwing geeft, dient het bestuursorgaan dit beleid in acht te nemen. Er wordt dus (tijdelijk) afgezien van handhaving.

2.3 Verzoek tot handhaving door een derde-belanghebbende

Naast de mogelijkheid van het College om zelfstandig handhavend op te treden, kan een derde een verzoek indienen bij het College om handhavend op te treden tegen een overtreding. Dit betreft een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb.³⁹ Op deze aanvraag

³⁷ Van de Staak, p. 21.

³⁸ ABRvS 5 oktober 2011, LJN BT6683.

³⁹ Een verzoek tot handhaving van een niet-belanghebbende kan niet worden aangemerkt als een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb. Een afwijzing van zo een dergelijk verzoek is derhalve geen besluit ex artikel 1:3 lid 1 Awb. Hiertegen kan dus geen bezwaar worden gemaakt.

dient het College te reageren middels een beschikking.⁴⁰ Een verzoek tot handhaving kan enkel worden ingediend door een belanghebbende. Om als belanghebbende te worden aangemerkt, dient een verzoeker aan de volgende criteria uit artikel 2:1 Awb te voldoen:

- er dient sprake te zijn van een eigen belang;
- het belang dient objectief bepaalbaar te zijn;
- het belang dient actueel te zijn;
- het belang dient persoonlijk te zijn; en
- de verzoeker dient rechtstreeks betrokken te zijn bij het besluit.

Ten eerste moet er sprake zijn van een eigen belang van de belanghebbende. De belanghebbende dient op te komen voor zijn eigen belang en niet het belang van bijvoorbeeld de buurman. Tevens dient het belang objectief bepaalbaar te zijn. Het belang is niet objectief bepaalbaar indien hij is gebaseerd op waarnemingen, belevingen of persoonlijke opvattingen. Er is tevens geen sprake van een objectief bepaalbaar belang indien het belang afhankelijk is van toekomstige en onzekere gebeurtenissen.⁴¹ Het dient te gaan om een actueel belang. Er wordt niet van een belanghebbende gesproken wanneer hij een toekomstig belang heeft.⁴²

Daarnaast dient er sprake te zijn van een persoonlijk of individueel belang. Dit betekent dat er sprake moet zijn van een belang dat kenmerkend is voor die persoon. Er is geen sprake van een persoonlijk belang indien die persoon dit belang met vele andere personen deelt. Er is dan sprake van een algemeen belang.⁴³ Tot slot dient er sprake te zijn van een rechtstreeks belang. Er dient een causaal verband te zijn tussen het belang en het besluit. Indien aan bovenstaande criteria is voldaan, kan een derde aangemerkt worden als belanghebbende en kan hij onder meer een verzoek tot handhaving indienen bij het College.

2.4 Gedogen

Gedogen is in wezen het tegenovergestelde van handhaven. Wanneer een illegale situatie wordt geconstateerd heeft het bevoegd gezag in grote lijnen twee juridische manieren om hiermee om te gaan. Het bevoegd gezag kan handhavend optreden of zij kan de illegale situatie gedogen en derhalve afzien van handhavend optreden. In paragraaf 2.1 is aan de orde gekomen op welke wijzen het bevoegd gezag handhavend kan optreden.

Een definitie van het begrip gedogen luidt als volgt:

“Het afzien van handhaving van wettelijke voorschriften, terwijl dit feitelijk en juridisch wel mogelijk is.”⁴⁴

Door de Rijksoverheid zijn twee belangrijke beleidstukken opgesteld waarin een algemeen beleidsmatig kader geboden wordt dat door alle overheden toegepast kan worden.⁴⁵ De nota ‘Grenzen aan gedogen’ is voor het gehele bestuursrecht opgesteld en daarmee algemener van aard. De notitie ‘Gezamenlijk beleidskader’ spitst zich met name toe op milieuovertredingen en is daarmee specifiek.

De nota ‘Grenzen aan gedogen’ plaatst de mogelijkheden om te gedogen in het perspectief van het rechtsstatelijk dilemma dat de overheid enerzijds de ‘beginselplicht tot handhaving’ heeft, maar anderzijds de algemene rechtsbeginselen in acht moet nemen.⁴⁶ Deze algemene rechtsbeginselen kunnen in de weg staan aan het opleggen van sancties.⁴⁷ De nota onderscheidt drie situaties waarin gedogen juridisch toegestaan is of zelfs verplicht is:

⁴⁰ Een beschikking is een besluit ex artikel 1:3 lid 1 Awb waartegen bezwaar en beroep open staat.

⁴¹ Michiels, p. 46-48.

⁴² Schlossels, p. 58.

⁴³ Michiels, p. 47.

⁴⁴ Vermeer, p. 19.

⁴⁵ Vermeer, p. 52.

⁴⁶ Vermeer, p. 53.

⁴⁷ Dit zal onder meer blijken uit hoofdstuk 4.

- wanneer handhaving zou leiden tot 'aperte onbillijkheden'. Dit is het geval in overmacht- en overgangssituaties⁴⁸;
- gevallen waarin het achterliggende belang evident beter is gediend met gedogen; en
- gevallen waarin meer in het algemeen een ander belang zwaarder weegt dan de handhaving.

Indien één van bovenstaande situaties van toepassing is, is de gedoogsituatie slecht aanvaardbaar:

- in uitzonderingsgevallen;
- beperkt in omvang en tijd;
- het gedoogbesluit expliciet is geschied en er een zorgvuldige en kenbare belangenafweging heeft plaatsgevonden; en
- het gedoogbesluit aan controle is onderworpen. Daarbij moet in acht worden genomen of de overwegingen die aan de beslissing ten grondslag lagen, nog actueel zijn. Tevens dienen de voorwaarden die aan de gedoogbeschikking zijn verbonden gecontroleerd te worden.⁴⁹

Vermeer voegt hier nog één enkele voorwaarde aan toe:

- de noodzaak tot het bieden van voldoende rechtsbescherming aan derdebelanghebbenden.⁵⁰

Indien het College van de gemeente Boxtel de bestaande illegale situaties wil gedogen, zal er dus sprake moeten zijn van één van drie bovenstaande uitzonderingen. Daarbij dient het College dit gedoogbesluit expliciet bekend te maken aan de overtreder en dient hij beperkt te zijn in omvang en tijd. Tot slot dient de gedoogsituatie aan controle te zijn onderworpen.

In de praktijk zijn er een viertal verschijningsvormen van gedogen te onderscheiden:

- impliciet of expliciet;
- vooraf of achteraf;
- incidenteel of categorisch; en
- met of zonder voorwaarden.⁵¹

Impliciet oftewel stilzwijgend gedogen houdt in dat het bestuursorgaan op de hoogte is van de normovertreding, maar daartoe geen besluit neemt. Bij **expliciet** gedogen verklaart het bestuursorgaan uitdrukkelijk van handhaving te zullen afzien (meestal door middel van een schriftelijk besluit).

Bij gedogen **vooraf** is het bestuursorgaan op de hoogte van het feit dat er een illegale handeling zal worden verricht. Bij gedogen **achteraf** is hiervan geen sprake en is het bestuursorgaan pas na de overtrekking op de hoogte van de illegale situatie.

Bij **incidenteel** gedogen wordt, gelet op de bijzonderheden van het concrete geval, besloten af te zien van handhaven. Bij **categorisch** gedogen wordt met betrekking tot een bepaalde categorie van overtredingen van handhaven afgezien.

Gedogen met of zonder voorwaarden behoeft weinig uitleg. Bij gedogen **met voorwaarden** worden voorwaarden gebonden aan het niet handhavend optreden van het bestuursorgaan. Wanneer deze voorwaarden worden overtreden, wordt er alsnog overgegaan tot handhaving. De normovertreding wordt dus als het ware gereguleerd.⁵² Bij gedogen **zonder voorwaarden**, worden aan het gedoogbesluit geen verdere voorwaarden verbonden.

Situaties in de gemeente Boxtel

De situaties zoals zij in de gemeente Boxtel spelen kunnen worden gezien als een gedoogsituatie. Er wordt namelijk niet handhavend opgetreden tegen een illegale situatie. Het College is zelf ook van mening dat er sprake is van een gedoogsituatie. De

⁴⁸ Van een overmachtsituatie is bijvoorbeeld sprake wanneer er sprake is van zwaarwegende belangen die zich tegen handhavend verzetten. Van een overgangssituatie is sprake als er concreet zicht op legalisatie is of als er sprake is van een tijdelijke overtrekking.

⁴⁹ Kamerstukken II 1996/97, 25 085 nr. 2

⁵⁰ Vermeer, p. 24.

⁵¹ Kamerstukken II 1996/97, 25 085 nr. 2, p. 16

⁵² Kamerstukken II 1996/97, 25 085 nr. 2, p. 17

gedoogverklaringen voldoen echter niet aan bovengenoemde criteria. Zij zijn bijvoorbeeld niet in omvang en tijd beperkt. Indien puur naar de omschrijving van gedogen wordt gekeken, met haar voorwaarden, is er geen sprake van een gedoogsituatie. Het College van de gemeente Boxtel treedt weliswaar niet handhavend op tegen illegale situaties, maar zij voldoet niet aan de voorwaarden om te kunnen spreken van een gedoogbesluit. Indien middels een brief van het College is medegedeeld dat niet handhavend zal worden opgetreden, dient dit mijns inziens als een toezegging van het College gelezen te worden in plaats van een gedoogverklaring, aangezien het niet voldoet aan de criteria.

2.5 Conclusie

Indien een illegale situatie wordt ontdekt door het College, moet het College hier in beginsel tegen optreden. Wettelijk gezien bestaat er voor het bevoegd gezag echter geen plicht om handhavend op te treden. In de jurisprudentie van de Afdeling heeft zich in de loop der jaren een beginselplicht tot handhaving gecreëerd. Onder bijzondere omstandigheden mag van handhavend optreden door het bevoegd gezag worden afgezien. Bijzondere omstandigheden doen zich voor indien er concreet zicht op legalisatie bestaat of indien handhavend optreden gezien de feitelijke omstandigheden onevenredig zou zijn. In 2011 heeft de Afdeling aanvaard dat indien een gemeente een redelijk te achten beleid voert, gemeenten zich in beginsel aan dit beleid dient te houden. Indien in het beleid staat opgenomen dat aan de overtreder van een wettelijk voorschrift eerst een waarschuwing wordt gegeven alvorens tot handhavend optreden wordt overgegaan, dient dit beleid dus gevolgd te worden.

Naast het feit dat het College zelfstandig kan beslissen om tot handhaving over te gaan, kan er een verzoek tot handhaving worden ingediend door een derde. De derde dient echter wel belanghebbende te zijn ex artikel 2:1 Awb. Op grond van dit artikel dient aan de volgende criteria te worden voldaan:

- er dient sprake te zijn van een eigen belang;
- het belang dient objectief bepaalbaar te zijn;
- het belang dient actueel te zijn;
- het belang dient persoonlijk te zijn; en
- de verzoeker dient rechtstreeks betrokken te zijn bij het besluit.

Indien een derde aan bovenstaande criteria voldoet, kan hij onder andere een verzoek tot handhaving indienen.

Indien het College niet tegen de illegale situatie optreedt, terwijl zij hier wel van op de hoogte is, is er sprake van een gedoogsituatie. Gedogen is in feite het tegenovergestelde van handhavend optreden. Het bevoegd gezag is namelijk op de hoogte van de illegale situatie, maar besluit hier niet handhavend tegen op te treden.

Gedogen is enkel toegestaan onder de volgende voorwaarden:

- in uitzonderingsgevallen;
- beperkt in omvang en tijd;
- het gedoogbesluit expliciet is geschied en er een zorgvuldige en kenbare belangenafweging heeft plaatsgevonden; en
- het gedoogbesluit aan controle is onderworpen. Daarbij moet in acht worden genomen of de overwegingen die aan de beslissing ten grondslag lagen, nog actueel zijn. Tevens dienen de voorwaarden die aan de gedoogbeschikking zijn verbonden gecontroleerd te worden.

Mijns inziens is er in de situaties die in de gemeente Boxtel spelen geen sprake van een juridisch correcte gedoogverklaring. De gedoogverklaringen voldoen namelijk niet aan bovenstaande voorwaarden. Zij zijn bijvoorbeeld niet in omvang en tijd beperkt. Indien enkel naar de omschrijving van gedogen wordt gekeken, met haar voorwaarden, is er geen sprake van een gedoogsituatie. Het College van de gemeente Boxtel treedt weliswaar niet handhavend op tegen de illegale situaties, maar aan de voorwaarden om van gedogen te

kunnen spreken, wordt niet voldaan. In die gevallen waar het College in een brief heeft medegedeeld dat geen vergunning nodig is en dus van handhavend optreden zal worden afgezien, is mijns inziens sprake van een toezegging van het College in plaats van een gedoogverklaring.

3. Overgangsrecht in bestemmingsplannen

Alvorens het overgangsrecht juridisch inhoudelijk nader te analyseren, wordt in dit hoofdstuk allereerst gekeken op welke wijze overgangsrecht en het bestemmingsplan met elkaar in verband zijn te brengen. Vervolgens zal onderscheid worden gemaakt tussen het bouwovergangsrecht en het gebruiksovergangsrecht. Tevens zal de legaliserende werking van overgangsrecht besproken worden alsmede het vraagstuk of een situatie voor de tweede maal onder het overgangsrecht mag vallen.

3.1 Overgangsrecht in ruimtelijk ordeningsrecht

Een nieuw bestemmingsplan kan uiteraard afwijken van het bestaande bestemmingsplan. De planwetgever dient echter rekening te houden met bestaande bouwwerken alsmede bestaand gebruik van percelen. De planwetgever kan ervoor kiezen om de bestaande situatie in het nieuwe plan positief te bestemmen; de bestaande situatie wordt in het nieuwe plan gerespecteerd en verwerkt.⁵³ Uit een oogpunt van rechtszekerheid dienen bestaande bouwwerken en bestaand gebruik in principe onder het nieuwe bestemmingsplan positief bestemd te worden. De Afdeling oordeelt dat hiervan in sommige gevallen kan worden afgeweken:

“De rechtszekerheid vereist in het algemeen dat bestaand legaal gebruik overeenkomstig de bestaande situatie wordt opgenomen in een bestemmingsregeling. Dit uitgangspunt kan onder meer uitzondering vinden, indien het als zodanig bestemmen van bestaand legaal gebruik op basis van nieuwe inzichten niet in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening en het belang bij de beoogde nieuwe bestemming zwaarder weegt dan de gevestigde rechten en belangen.”⁵⁴

Wanneer blijkt dat geen positieve bestemming kan worden gegeven aan de bestaande situatie brengt het rechtzekerheidsbeginsel met zich mee dat voorzien dient te worden in overgangsrecht. Het onder het overgangsrecht brengen van een bestaande situatie betekent dat het bestemmingsplan erop gericht is de bestaande situaties op den duur te doen verdwijnen.⁵⁵ Overgangsrechtelijke bepalingen in bestemmingsplannen dienen onderscheiden te worden in bouwovergangsrecht en gebruiksovergangsrecht.

Onder vigeur van de oude regelgeving werden overgangsbepalingen in allerlei varianten toegestaan in bestemmingsplannen, aangezien er geen standaardregeling bestond voor overgangsbepalingen. Het overgangsrecht werd onder de WRO niet voorgeschreven. Het formuleren van de overgangsbepalingen werd toentertijd aan de gemeenteraden overgelaten. Uit een oogpunt van rechtszekerheid en eerbiediging van het eigendomsrecht, is in veel oude bestemmingsplannen (die tot stand zijn gekomen onder de WRO) overgangsrecht opgenomen. Een bestemmingsplan zonder overgangsrecht zou de grondeigenaren namelijk dwingen om de nieuwe bestemming te realiseren.⁵⁶ Over de geldigheid van deze overgangsbepalingen is veel jurisprudentie alsmede literatuur ontwikkeld. Desondanks bleven er onduidelijkheden over dit overgangsrecht ontstaan, met name of illegale situaties wel of niet onder het overgangsrecht gebracht konden worden.⁵⁷ In 2008 is daarom besloten om standaardregels in het Bro op te nemen met betrekking tot overgangsrecht. De Kroon schrijft deze standaardregels voor en gemeenteraden dienen deze standaardbepalingen in de bestemmingsplannen op te nemen. Hieronder volgt een voorbeeld van een overgangsrechtelijke situatie ter verduidelijking:

⁵³ Van Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p. 72.

⁵⁴ Dit standpunt is uiteraard in meerdere uitspraken terug te vinden. De meest recente dateert echter van ABRvS 9 januari 2013, L/JN BY7993.

⁵⁵ Van Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p. 72.

⁵⁶ Munneke, p. 1.

⁵⁷ Munneke, p. 2.

Op grond van het huidige bestemmingsplan is het toegestaan dat personen permanent wonen in de recreatiewoningen die zij bezitten. Binnen afzienbare tijd zal echter een nieuw bestemmingsplan van kracht worden, waarin deze permanente bewoning niet langer is toegestaan. Op grond van het rechtzekerheidsbeginsel is er in het nieuwe bestemmingsplan overgangsrecht opgenomen. Dit overgangsrecht ziet erop toe dat de permanente bewoning (dat onder het nieuwe plan illegaal is) op grond van het overgangsrecht tijdelijk mag worden voorgezet. Zoals de definitie van het overgangsrecht zegt, wordt met het overgangsrecht beoogd een tijdelijke situatie te overbruggen. De illegale situatie mag gedurende de planperiode, dus de periode dat het bestemmingsplan van kracht is, worden voorgezet.⁵⁸

Onder het overgangsrecht vallen dus in ieder geval de situaties die onder het oude bestemmingsplan legaal waren en onder het nieuwe bestemmingsplan illegaal zijn. Wanneer er geen positieve bestemming aan de situatie gegeven kan worden, kan de gemeenteraad de situatie onder het overgangsrecht brengen. De nu 'illegale' situatie wordt gedurende de planperiode toegestaan. De vraag die met name beantwoord dient te worden, heeft betrekking op die situaties die onder het oude bestemmingsplan illegaal waren. Vallen deze tevens onder het overgangsrecht van het nieuwe bestemmingsplan?

3.2 Bestemmingsplan

Een bestemmingsplan is één van de voornaamste instrumenten voor het gemeentebestuur om de ruimtelijke ordening in haar gemeente vast te leggen. In een bestemmingsplan worden de gebruiksmogelijkheden voor gronden en bouwwerken vastgelegd. Deze gebruiksmogelijkheden in het bestemmingsplan zijn bindend voor zowel de overheid als de burger.⁵⁹ De belangrijke juridische status die het bestemmingsplan inneemt binnen het ruimtelijk ordeningsrecht, blijkt onder meer uit artikel 2.1 lid 1 sub c Wabo⁶⁰.⁶¹ Afwijken van een bestemmingsplan is namelijk bij uitzondering mogelijk via een door het College specifiek daartoe verleende omgevingsvergunning (artikel 2.1 lid 1 sub c Wabo).⁶²

Het bestemmingsplan geeft de ruimtelijke ontwikkeling van een gemeente weer. In het bestemmingsplan wordt richting gegeven aan de ruimtelijke ontwikkeling van het gebruik van de eigen gemeentegronden en de bebouwing daarvan. Het is dus (meestal) een visionair document met een politiek karakter.⁶³

Daarnaast speelt het bestemmingsplan een rol in het beoordelen van de rechtmatigheid van bouwplannen. Een aangevraagde omgevingsvergunning kan immers pas verleend worden indien het project waarvoor deze bedoeld is, past binnen de invulling van het bestemmingsplan en de voorschriften die daaraan zijn verbonden.

In artikel 3.1 Wro is verplicht gesteld dat de gemeenteraad voor het hele grondgebied van de gemeente één of meerdere bestemmingsplannen vaststelt. Tevens geven de Wro en daaruit voortkomende regelingen⁶⁴ aan welke inhoud een bestemmingsplan moet bevatten, namelijk:

- de bestemmingen van de in het plan begrepen gronden. De verschillende bestemmingen worden weergegeven op de verbeelding. Er wordt onder de Wro en de Bro niet langer gesproken van een kaart, maar van een 'verbeelding'.⁶⁵ Op de verbeelding staan de verschillende bestemmingen aangewezen alsmede de

⁵⁸ Gebaseerd op casus die speelt binnen de gemeente Bostel.

⁵⁹ Van Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p.25.

⁶⁰ Voorheen artikel 44 Ww.

⁶¹ Dijkstra & De Weijer, p. 35.

⁶² De overige juridische manieren om van een bestemmingsplan af te wijken worden in deze scriptie achterwege gelaten.

⁶³ Naast een visionair bestemmingsplan, waar de ontwikkeling van een gebied beschreven wordt, bestaat er een conserverend bestemmingsplan. In een conserverend bestemmingsplan worden geen ontwikkelingen in een gebied weergegeven, maar wordt de situatie omschreven zoals hij op dat moment is.

⁶⁴ Artikel 3.1 lid 1 Wro alsmede artikel 3.6 lid 1 Wro, artikel 3.1.2 en artikel 3.1.3 Bro.

⁶⁵ Van Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p. 27.

markering van de grenzen van die bestemmingen. Tevens wordt met de verbeelding beoogd de bedoelingen van het bestemmingsplan visueel te maken.⁶⁶

- regels waarin de bestemmingen omschreven worden. Per bestemming wordt het doel of de doeleinden aangegeven, die aan de in het plan genoemde gronden worden toegekend. Het betreft hier de doeleindenomschrijving.⁶⁷
- regels omtrent de bestemmingen. Er worden regels vastgesteld omtrent het gebruik van de grond en de bouwwerken die zich daar bevinden.
- de toelichting op de bestemde gebieden. In de toelichting wordt verantwoord waarom er voor de verschillende bestemmingen in het bestemmingsplan is gekozen.⁶⁸

3.3 Vormen van overgangsrecht

Het is mogelijk dat een nieuw bestemmingsplan op bepaalde punten afwijkt van het huidige bestemmingsplan. Zo is het denkbaar dat een bestaande situatie in het nieuwe plan een andere bestemming krijgt dan het voorheen had. Het rechtszekerheidsbeginsel brengt met zich mee dat er op dat moment voorzien moet worden in overgangsrecht. Het onder het overgangsrecht brengen van bouwwerken en gebruik van percelen, brengt met zich mee dat deze bouwwerken en het gebruik op den duur verdwijnen.⁶⁹

Het overgangsrecht strekt zich in dit soort gevallen uit tot enerzijds het beschermen van bestaande rechten en anderzijds om bestaande van het nieuwe plan afwijkende situaties binnen de planperiode van het nieuwe plan te doen verdwijnen.⁷⁰ De Afdeling heeft zich bij deze redenering aangesloten.⁷¹ De Afdeling oordeelde als volgt:

“Met het overgangsrecht wordt derhalve beoogd een tijdelijke situatie te overbruggen totdat de gewenste bestemming met inachtneming van genoemde voorschriften wordt verwezenlijkt. Het is niet bedoeld voor gebruik dat niet binnen de planperiode zal worden beëindigd. Dit brengt met zich dat gebruik dat reeds onder het overgangsrecht van het vorige plan viel, in beginsel niet opnieuw onder het overgangsrecht mag worden gebracht.”⁷²

Zoals blijkt uit de overweging van de rechter is het overgangsrecht niet bedoeld voor het gebruik dat niet binnen de planperiode zal worden beëindigd. Het is derhalve een juridische constructie om de grondeigenaar de tijd te geven de bestemming in overeenstemming te brengen met het nieuwe bestemmingsplan.

Reikwijdte overgangsrecht

Naar de mening van de Kroon dienden voorheen zowel legale als illegale situaties onder het overgangsrecht te vallen. De Afdeling volgde deze lijn van de Kroon in eerste instantie.⁷³ In het overgangsrecht in bestemmingsplannen mocht derhalve geen onderscheid gemaakt worden tussen (bestaande) legale en (bestaande) illegale situaties, met als gevolg dat het overgangsrecht op zowel legale als illegale situaties van toepassing is. Wanneer dergelijke uitsluitingsclausules wel in het overgangsrecht waren opgenomen, leidde dit volgens de Kroon tot ‘een ongerechtvaardigde inbreuk op gevestigde belangen’.⁷⁴ Inmiddels zijn

⁶⁶ www.ro-web.nl

⁶⁷ Van Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p. 27.

⁶⁸ www.rijksoverheid.nl

⁶⁹ Van Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p. 72.

⁷⁰ Munneke, p. 1.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 oktober 2002, AB 2003, 266 en ABRvS 10 november 2004, LJN AR5459.

⁷² ABRvS 10 november 2004, LJN AR5459.

⁷³ Waar de Kroon echter het rechtzekerheidsbeginsel als knelpunt zag voor het opnemen van een uitsluitingsclausules in overgangsrecht, sprak de Afdeling van ‘een knelpunt met artikel 10 WRO’, dit blijkt uit ABRvS 21 december 1993, BR 1994, p. 391.

⁷⁴ KB 21 maart 1980, nr. 17, BR 1980, p. 610 (Wateringen), KB 7 juni 1983, nr. 30, BR 1983, p. 709 (Oosterhout), KB 6 februari 1992, BR 1992, p. 459 (Roermond).

dergelijke uitsluitingsclausules door de Afdeling aanvaard.⁷⁵ Zowel voor illegaal gebruik als illegale bouwwerken.⁷⁶

Zoals blijkt uit paragraaf 3.1, werden in de WRO overgangsbepalingen in allerlei varianten gehanteerd. Een groot aantal bestemmingsplannen dat tot stand is gekomen onder de WRO bevatte derhalve geen uitsluitingsclausules voor illegale situaties.

De gevolgen, voor het gemeentebestuur, van het ontbreken van uitsluitingsclausules dienen niet onderschat te worden. Bestaande illegale bouwwerken en illegaal gebruik van percelen vallen onder de werking van het overgangsrecht, wanneer zij niet expliciet daarvan zijn uitgesloten (door middel van een uitsluitingsclausule). Dit betekent dat het overgangsrecht van toepassing is op deze illegale situaties. Wanneer een illegaal bouwwerk of illegaal gebruik eenmaal onder het overgangsrecht valt, mag zij worden voorgezet en/ of veranderd, mits de afwijking op het bestemmingsplan niet nog groter wordt dan voorheen.⁷⁷

Onder vigeur van de nieuwe wetgeving worden illegale bouwwerken en illegaal gebruik van percelen uitdrukkelijk van het overgangsrecht uitgesloten.⁷⁸ Illegale bouwwerken en illegaal gebruik vallen onder de nieuwe wetgeving derhalve niet meer onder het overgangsrecht.

Legaliserende werking overgangsrecht

Voor de behandeling van de legaliserende werking van het overgangsrecht is onderscheid gemaakt tussen het bouwovergangsrecht en gebruiksovergangsrecht. Dat het overgangsrecht, indien geen uitsluitingsclausule is opgenomen, van toepassing is op illegale bouwwerken en illegaal gebruik van percelen vloeit voort uit het gegeven dat in een bouw- of gebruiksovergangsbepaling geen onderscheid wordt aangebracht tussen legale en illegale bouwwerken of gebruik van percelen.

Legaliserende werking bouwovergangsrecht

Het van toepassing zijn van het bouwovergangsrecht leidt er, anders dan bij gebruiksovergangsrecht, niet toe dat een illegaal bouwwerk onder het nieuwe plan op grond van het overgangsrecht wordt gelegaliseerd. De Afdeling heeft meerdere malen uitgemaakt dat overgangsbepalingen geen legalisering van in strijd met het bestemmingsplan opgerichte bouwwerken tot gevolg hebben.⁷⁹ De Afdeling oordeelt daarover als volgt:

“Ook al zou moeten worden aangenomen dat de in geding zijnde bouwwerken al vóór het tijdstip van terinzagelegging van het nu geldende bestemmingsplan ter plaatse aanwezig waren, dan nog kan met toepassing van het overgangsrecht geen bouwvergunning voor die bouwwerken worden verleend. Deze zijn immers zonder bouwvergunning opgericht. Het overgangsrecht strekt niet zover dat illegale bouwwerken daarmee (alsnog) kunnen worden gelegaliseerd.”⁸⁰

Tegen het bouwwerk zoals dat op de peildatum bestond, kan dus ook onder vigeur van het nieuwe plan in beginsel worden opgetreden, aangezien er nog steeds sprake is van een illegale situatie. Er is, ondanks dat het illegale bouwwerk onder het overgangsrecht valt, sprake van strijd met hogere wet- en regelgeving (artikel 40 Ww), waardoor er geen sprake is van legalisatie. Het overgangsrecht in het bestemmingsplan kan de strijdigheid met artikel 40 Ww niet opheffen. Optreden met bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen blijft dus mogelijk.⁸¹

Indien echter onder het nieuwe plan een vergunning voor een gedeeltelijke vernieuwing of verandering van een bouwwerk dat onder het overgangsrecht valt wordt aangevraagd, moet

⁷⁵ Munneke, p. 6.

⁷⁶ Voor illegaal gebruik sinds ABRvS 15 april 1996, BR 1996, p. 571 (Etten-Leur) en voor illegale bouwwerken sinds ABRvS 23 juni 2004, AB 2004, 274 m.nt. J.J. Fokke (Valkenswaard).

⁷⁷ Munneke, p. 8.

⁷⁸ In de artikelen 3.2.1 en 3.2.2 Bro zijn de standaardbepalingen inclusief uitsluitingsclausules voor overgangsrecht vastgelegd.

⁷⁹ Noot van J.J. Fokke bij ABRvS 23 juni 2004, AB 2004, 274.

⁸⁰ ABRvS 10 juli 2001, AB 2001, 411.

⁸¹ ABRvS 23 juni 2000, AB 2001, 8 met noot van A.A.J. De Gier.

deze op grond van het overgangsrecht in combinatie met artikel 44 lid 1 sub c Ww worden verleend. Hierdoor kan de merkwaardige situatie ontstaan dat tegen een gedeelte van het bouwwerk wel en tegen een ander gedeelte niet handhavend kan worden opgetreden. Dit kan er volgens Fokke toe leiden dat het optreden tegen een illegaal bouwwerk feitelijk onmogelijk wordt.⁸² Dit wordt beaamd door Nijmeijer in zijn annotatie bij ABRvS 10 juli 2001. Volgens Nijmeijer is het erg lastig zo niet onmogelijk om handhavend op te treden indien een bouwvergunning is verleend voor een gedeeltelijke vernieuwing of uitbreiding.⁸³ Hij oordeelt als volgt:

“Zoals Fokke ook al aangaf impliceert het van toepassing zijn van het bouwovergangsrecht wel dat voor een uitbreiding of een gedeeltelijke verandering of vernieuwing van het illegale bouwwerk zoals dat op de peildatum bestaat, een bouwvergunning moet worden verleend. Deze combinatie van de bevoegdheid om handhavend op te treden tegen het oorspronkelijke bouwwerk en de verplichting om bouwvergunning te verlenen heeft naar zijn aard iets oneigenlijks. Indien eenmaal een bouwvergunning op grond van het bouwovergangsrecht is verleend, dan lijkt handhavend optreden jegens het oorspronkelijke bouwwerk toch wel erg lastig zo niet onmogelijk te worden.”⁸⁴

Van Geest en Hödl zijn een andere mening toegedaan met betrekking tot de legaliserende werking van het bouwovergangsrecht. Zij menen dat niet het overgangsrecht de bevoegdheid verstrekt om een vergunning te verlenen voor een uitbreiding, verandering of vernieuwing van een illegaal bouwwerk, maar dat het langdurig niet handhavend optreden van het gemeentebestuur deze bevoegdheid tot vergunningverlening veroorzaakt. Er is in wezen sprake van een gedogen, waardoor er geen reden bestaat het illegale bouwwerk van het overgangsrecht uit te sluiten.⁸⁵

Van Buuren, De Gier, Nijmeijer en Robbe zijn dezelfde mening als Van Geest en Hödl toegedaan. Wanneer de gemeente jarenlang niet heeft opgetreden tegen het illegale bouwwerk, kan het bouwwerk op grond van deze jarenlange gedoogsituatie worden uitgebreid, veranderd of vernieuwd. Zij zijn echter wel van mening dat het gemeentebestuur bevoegd blijft om handhavend op te treden tegen het illegale bouwwerk. De beginselen van behoorlijk bestuur staan daaraan niet snel in de weg.⁸⁶ Uit verschillende uitspraken blijkt dat de Afdeling een beroep op het vertrouwensbeginsel niet snel honoreert. Zelfs het stilzitten van het gemeentebestuur rechtvaardigt niet snel het vertrouwen dat niet meer kan worden opgetreden. Dit komt nader aan de orde in paragraaf 4.2.1.

Tot slot een voorbeeld van het bouwovergangsrecht om de juridische constructie van het bouwovergangsrecht, zoals uitgelegd in deze paragraaf, nader toe te lichten:

Een bouwwerk is in 1992 gebouwd zonder bouwvergunning op grond van artikel 40 Woningwet. In het bestemmingsplan van 1994 is overgangsrecht opgenomen, waaronder het bouwwerk valt dat in 1992 is gebouwd. Door dit overgangsrecht wordt het illegale niet gelegaliseerd, maar dit blijft illegaal en in strijd met artikel 40 Woningwet (nu artikel 2.1 lid 1 sub a Wabo). Het overgangsrecht is in deze geen titel om de bouwvergunning alsnog te verlenen en de bouwvergunning wordt ook niet vervangen door het overgangsrecht. Het overgangsrecht heeft dus op geen enkele manier een legaliserende werking. Op grond van artikel 44 lid 1 sub c Woningwet dient een reguliere bouwvergunning geweigerd te worden wanneer er sprake is van strijd met het bestemmingsplan.

⁸² Noot van J.J. Fokke bij ABRvS 23 juni 2004, AB 2004, 274.

⁸³ Dat hier sprake is van een merkwaardige situatie, namelijk dat het gemeentebestuur aan de ene kant tegen het illegale bouwwerk moet optreden, maar aan de andere kant een vergunning moet verlenen voor gedeeltelijke uitbreiding, vernieuwing of verandering, blijkt naast de annotatie van Nijmeijer bij ABRvS 10 juli 2001, Gst. 7155, 3 tevens uit bijvoorbeeld Van Geest & Hödl 2002, p. 77.

⁸⁴ ABRvS 10 juli 2001, Gst. 7155, 3

⁸⁵ Van Geest en Hödl, p. 77.

⁸⁶ Munneke, p. 10. Op de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel, zal in paragraaf 4.2.1 nader worden ingegaan.

Het feit dat een illegaal bouwwerk of gebruik onder het overgangsrecht valt, is geen belemmering voor de Gemeente om handhavend op te treden tegen deze illegale situatie. De gemeente heeft zelfs de verplichting om handhavend op te treden (beginselplicht tot handhaving).⁸⁷ Dit is geregeld in vaste rechtspraak. Dit betekent echter niet dat vast staat dat van deze bevoegdheid ook te allen tijde rechtmatig gebruik kan worden gemaakt. Per individueel geval zal deze rechtmatigheid moeten worden beoordeeld. Aan het feit dat een illegaal bouwwerk gedurende een lange tijd gedoogd is, kan bijvoorbeeld gewicht worden toegekend.⁸⁸

Legaliserende werking gebruiksovergangsrecht

De vraag of overgangsrecht legaliserend werkt, dient voor het gebruiksovergangsrecht anders te worden beantwoord dan voor het bouwovergangsrecht. Waar het bouwen van bouwwerken naast het bestemmingsplan tevens is geregeld in de Woningwet (nu Wabo) is het gebruik van percelen enkel geregeld in het bestemmingsplan. Bij gebruik is er slechts in enkele gevallen een hogere regel die, naast het bestemmingsplan, een vergunningsvereiste of iets dergelijks regelt.⁸⁹ Strijd met een hogere regeling staat legalisering van het illegaal gebruik derhalve niet in de weg.⁹⁰

Zonder een uitsluitingsclausule valt ook het onder het vorige plan illegale gebruik van percelen onder de beschermende werking van het overgangsrecht van het daarop volgende plan. Het illegale gebruik wordt derhalve een rechtmatig gebruik, waartegen het gemeentebestuur niet meer handhavend kan optreden.⁹¹ Het overgangsrecht heeft derhalve een legaliserende werking.

Er zijn een tweetal manieren ontwikkeld, waardoor het gemeentebestuur alsnog op kan treden tegen het illegale gebruik van percelen. Ten eerste heeft de rechtspraak⁹² met een beroep op de strekking van het overgangsrecht aangenomen, dat een onder het oude plan verboden gebruik toch niet onder de beschermende werking van het overgangsrecht in het nieuwe plan valt, indien het gemeentebestuur het illegale gebruik tijdig, voor de datum van inwerkingtreding van het nieuwe plan, heeft gewraakt. Door tijdig te wraken kan er voorkomen worden dat het illegale gebruik onder het nieuwe plan legaal wordt.⁹³

De tweede mogelijkheid houdt in dat het gebruiksovergangsrecht enkel van toepassing is op het gebruik dat niet in strijd was met de gebruiksvoorschriften van het vorige plan.⁹⁴ Het betreft hier een uitsluitingsclausule in het overgangsrecht. De Afdeling heeft dit als volgt geformuleerd:

"In dit licht bezien is de Afdeling van oordeel dat door de gemeenteraad terecht is uitgezonderd bestaand gebruik dat ontstaan is in strijd met het toen geldende plan."⁹⁵

Er zijn echter auteurs, zoals Van Geest en Hödl, die van mening zijn dat het overgangsrecht niet legaliserend werkt. Zij menen, evenals bij het bouwovergangsrecht, dat het jarenlange niet optreden van het gemeentebestuur, het gedogen, consequenties met zich meebrengt. Wanneer het gemeentebestuur op de hoogte is van illegaal gebruik van een perceel, maar zij hier bewust niet tegen optreedt, is er sprake van een bewust gedogen. Door het bewust gedogen kan de situatie ontstaan waardoor niet meer goed handhavend kan worden

⁸⁷ Deze beginselplicht tot handhaving is nader toegelicht in paragraaf 2.1.

⁸⁸ ABRvS 10 juli 2001, Gst. 7155, 3 m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

⁸⁹ Voorbeelden waarbij er een hogere regel bestaat inzake gebruik van gronden: ontheffing of vergunning op grond van de Milieuwet of Flora en Faunawet.

⁹⁰ Munneke, p. 12

⁹¹ Van, Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p. 79.

⁹² Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 september 1998, AB 1999, 29.

⁹³ Van Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p. 79.

⁹⁴ Dit werd voor het eerst toelaatbaar geacht in ABRvS 15 april 1996, BR 1996, p. 571 (Etten-Leur).

⁹⁵ ABRvS 13 mei 1997, BR 1997, p. 830.

opgetreden.⁹⁶ Deze conclusie van Van Geest en Hödl staat tegenover de verplichting voor de gemeente om handhavend op te treden, ook wanneer er voor lange tijd gedoogd is.⁹⁷

3.4 Voor een tweede maal onder overgangsrecht?

Het opnieuw onder het overgangsrecht brengen van illegaal gebruik is, gelet op het karakter van het overgangsrecht dat is gericht op beëindiging van het gebruik, in beginsel slechts toegestaan indien aannemelijk is dat het gebruik binnen de planperiode zal worden beëindigd.⁹⁸ Wanneer niet aannemelijk gemaakt kan worden, dat het gebruik binnen de planperiode beëindigd zal worden, kan ervoor gekozen worden om het gebruik positief te bestemmen in het volgende bestemmingsplan. Het gebruik zal dan toegestaan zijn op grond van het nieuwe bestemmingsplan.

Wanneer er niet positief bestemd kan of mag worden, kan het gemeentebestuur kiezen voor een uitsterfregeling in het bestemmingsplan. Wanneer het gebruik beëindigd wordt, mag dit niet opnieuw plaatsvinden op de desbetreffende plek en is het derhalve uitgestorven. De illegale situatie zal op deze manier verdwijnen.⁹⁹ Een uitsterfregeling wordt door de Afdeling als volgt gedefinieerd:

“Een uitsterfregeling houdt in dat het bestaande gebruik als zodanig wordt toegestaan, met dien verstande dat als dit gebruikt eindigt, dit niet opnieuw een aanvang mag nemen en niet langer is toegestaan.”¹⁰⁰

Het betreft hier derhalve geen algemeen overgangsrecht, maar een persoonsgebonden overgangsrecht dat op een bepaalde persoon van toepassing is.

Een voorbeeld van een uitsterfregeling ter verduidelijking:

We gaan terug naar de casus van de permanente bewoning van recreatiewoningen. Zoals eerder toegelicht kan de permanente bewoning van recreatiewoningen onder het overgangsrecht worden gebracht. Er ontstaat dan een tijdelijke situatie waarin hetgeen eigenlijk illegaal is, is toegestaan op grond van het bestemmingsplan. Wanneer het gemeentebestuur echter de bestaande gebruiker wil beschermen, maar niet de rechtsopvolger, kan het gemeentebestuur kiezen voor persoonsgebonden overgangsrecht, oftewel een uitsterfregeling. Het overgangsrecht wordt beperkt tot diegenen die ten tijde van het van kracht worden van het bestemmingsplan permanent in de recreatiewoningen verblijven. Beëindigen zij de permanente bewoning, dan is daarmee ook het recht op permanente bewoning beëindigd en geldt het huidige bestemmingsplan, waar deze permanente bewoning niet langer meer is toegestaan.

3.5 Overgangsrecht in bestemmingsplannen gemeente Boxtel

Op het grondgebied van de gemeente Boxtel (Boxtel, Lennisheuvel en Liempde) zijn tal van bestemmingsplannen van toepassing. De plannen die voor dit onderzoek van belang zijn, betreffen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995. In deze bestemmingsplannen is uiteraard overgangsrecht opgenomen. Zoals uit paragraaf 3.3 blijkt, wordt met overgangsrecht beoogd: “Een tijdelijke situatie te overbruggen totdat de gewenste bestemming met inachtneming van genoemde voorschriften wordt verwezenlijkt.”

De volgende overgangsbepalingen betreffen die uit het bestemmingsplan Buitengebied Boxtel 1994:

Ten aanzien van bouwwerken:

1. Bouwwerken, welke op het tijdstip van het in ontwerp ter visie leggen van dit plan reeds bestaan of in uitvoering zijn, dan wel na dat tijdstip nog gebouwd kunnen worden krachtens een reeds verleende of nog te verlenen bouwvergunning als bedoeld in artikel 40 van de Woningwet dan wel krachtens een afgegeven of nog af te geven mededeling als bedoeld in artikel 42 van de Woningwet en welke afwijken van het plan,

⁹⁶ Van Geest en Hödl 2002, p. 78.

⁹⁷ Het betreft hier de beginselplicht tot handhaving die nader is toegelicht in paragraaf 2.2.

⁹⁸ ABRvS 10 november 2004, LJN AR5459

⁹⁹ ABRvS 26 november 2008, LJN BG5339

¹⁰⁰ ABRvS 9 januari 2013, LJN BY7993

mogen onverminderd de bevoegdheid tot onteigening:

- a. gedeeltelijk worden vernieuwd of veranderd, mits de bestaande afwijking naar de aard en afmetingen niet worden vergroot;
- b. geheel of gedeeltelijk worden vernieuwd, waarbij de bestemmings- c.q. bebouwingsgrenzen zonodig mogen worden overschreden, indien zij zijn verwoest door een calamiteit, mits:
 1. de afwijkingen ten opzichte van het plan naar situatie, aard en afmetingen niet worden vergroot, behoudens een eventuele uitbreiding als bedoeld onder 2;
 2. binnen drie jaar na het tenietgaan de bouwvergunning zal zijn aangevraagd dan wel de melding is gedaan.

2. Burgemeester en wethouders zijn bevoegd vrijstelling te verlenen voor het uitbreiden van de onder 1 bedoelde bouwwerken met ten hoogste 10%, mits de goot- en totale hoogte niet worden vergroot en mits de afstand gemeten tot het hart van de weg niet wordt verkleind.¹⁰¹

Ten aanzien van gebruik:

1. Het op het tijdstip van het rechtskracht verkrijgen van het plan bestaande gebruik van onbebouwde gronden en bouwwerken, dat met de in het plan aangewezen bestemming in strijd is, mag worden voortgezet.

2. Het bestaande gebruik als bedoeld onder 1 mag worden gewijzigd in een ander met het plan strijdig gebruik, mits de afwijking van het plan naar de aard niet wordt vergroot.¹⁰²

Zoals uit bovenstaande formuleringen blijkt, zijn de overgangsbepalingen zodanig geformuleerd dat er geen onderscheid gemaakt wordt tussen legale en illegale situaties. Er zijn geen uitsluitingsclausules in het overgangsrecht opgenomen, waardoor illegale situaties niet expliciet van het overgangsrecht zijn uitgesloten. De overgangsbepalingen impliceren derhalve, dat het overgangsrecht naast legale situaties ook van toepassing is op illegale situaties.¹⁰³ Situaties die onder het oude bestemmingsplan illegaal waren, vallen onder het overgangsrecht van het nieuwe bestemmingsplan. Wat de gevolgen hiervan zijn, wordt nader toegelicht in hoofdstuk 4.

Zoals in paragraaf 3.3 is behandeld, heeft het overgangsrecht zonder uitsluitingsclausules legaliserende werking voor wat betreft illegaal grondgebruik. Illegaal grondgebruik dat onder bovenstaand overgangsrecht valt, is door het overgangsrecht dus gelegaliseerd en hiertegen kan het College van de gemeente Boxtel niet meer handhavend optreden. Voor illegale bouwwerken geldt deze legaliserende werking echter niet, daartegen is het College dus in beginsel bevoegd om handhavend op te treden.

De overgangsbepalingen die in het bestemmingsplan van Buitengebied Liempde 1995 zijn opgenomen luiden als volgt:

Ten aanzien van bouwwerken:

1. Voor zover de afwijking van het plan in kwalitatieve zin niet wordt vergroot, mag bebouwing die qua bestemming afwijkt van het plan en die bestond op het tijdstip van de terinzagelegging van het ontwerpplan, behoudens onteigening:
 - a. gedeeltelijk worden vernieuwd of veranderd;
 - b. worden vergroot met ten hoogste 10% van de oppervlakte en ten hoogste 15% van de inhoud van de bebouwing, zoals die bestond op het tijdstip van de terinzagelegging van het ontwerpplan;
 - c. na calamiteit worden herbouwd, mits de bouwvergunning binnen twee jaar na calamiteit is aangevraagd.
2. Bebouwing, opgericht danwel op te richten na de terinzagelegging van het ontwerpplan, krachtens een bouwvergunning, verleend of aangevraagd vóór dat tijdstip, wordt voor de toepassing van dit artikel geacht op dit tijdstip te bestaan.
3. Bestaande bebouwing, overeenkomstig de bestemming volgens dit plan, maar afwijkend van één of meer bebouwingsvoorschriften, wordt geacht aan het plan te voldoen.¹⁰⁴

¹⁰¹ Bestemmingsplan Buitengebied Boxtel 1994.

¹⁰² Bestemmingsplan Buitengebied Boxtel 1994.

¹⁰³ Dit wordt nader toegelicht in paragraaf 3.3.

¹⁰⁴ Bestemmingsplan Buitengebied Liempde 1995.

Ten aanzien van gebruik:

1. Het gebruik van de grond, anders dan voor bebouwing, en het gebruik van opstallen, strijdig met het plan en dat bestaat op het tijdstip dat het plan rechtskracht heeft gekregen, mag worden gehandhaafd.
2. Het onder 1. bedoelde gebruik mag na feitelijke beëindiging daarvan niet worden hervat. Onder feitelijke beëindiging wordt in ieder geval verstaan een onderbreking van het gebruik langer dan 1 jaar.
3. Het is verboden het met het plan strijdig gebruik van grond en opstallen te wijzigen, indien hierdoor de afwijking van het plan wordt vergroot.¹⁰⁵

Uit bovenstaande bouwovergangsbepaling kan geconcludeerd worden dat de bepaling naast legale situaties tevens van toepassing is op illegale situaties. In het bouwovergangsrecht van het bestemmingsplan Buitengebied Liempde 1995 is geen uitsluitingsclausule voor illegale bouwwerken opgenomen. Zoals blijkt uit lid 1 mogen bouwwerken worden vernieuwd, veranderd of uitgebreid. Uit lid 3 kan worden afgeleid dat bestaande bebouwing, dus ook illegale bebouwing, mag blijven bestaan mits ze aan de bestemming volgens het plan voldoen. Het gaat om bebouwing die op één of meer punten afwijkt van de bebouwingsvoorschriften, dus illegaal is. Uit deze bepaling kan worden geconcludeerd dat de gemeenteraad van de gemeente Liempde illegale bouwwerken onder de werking van het overgangsrecht wilde laten vallen.¹⁰⁶ Ten aanzien van het gebruiksovergangsrecht kan geconcludeerd worden dat strijdig grondgebruik, anders dan voor bebouwing en het gebruik van opstallen, mag worden gehandhaafd. Uit de overgangsbepalingen uit het bestemmingsplan Buitengebied Liempde 1995 kan dus geconcludeerd worden dat zij naast legale bouwwerken tevens van toepassing is op illegale bouwwerken. Zoals in paragraaf 3.3 aan de orde is gekomen, heeft het overgangsrecht zonder uitsluitingsclausules legaliserende werking wat betreft het illegale grondgebruik. Het illegale grondgebruik wat onder het bovengenoemde overgangsrecht valt, is derhalve gelegaliseerd. Ten opzichte van bouwwerken kan het overgangsrecht nooit legaliserende werking hebben, zoals de Afdeling ook heeft uitgesproken.¹⁰⁷ De illegale bouwwerken die onder bovenstaand overgangsrecht vallen, zijn derhalve niet gelegaliseerd en hier kan dus handhavend tegen worden opgetreden. Of dit feitelijk nog mogelijk is, zal in hoofdstuk 4 worden toegelicht.

Huidige manier van optreden tegen illegale situaties

De medewerkers van de gemeente Boxtel hebben de overgangsbepalingen in de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 tot voorkort onjuist geïnterpreteerd. Al die jaren is het overgangsrecht door de medewerkers geïnterpreteerd alsof het legaliserende werking heeft. Zoals uit paragraaf 3.3 zal blijken is deze interpretatie gedeeltelijk onjuist. De medewerkers waren van mening dat zowel illegale bouwwerken als illegaal grondgebruik door het overgangsrecht wordt gelegaliseerd. Zoals in bovenstaande paragrafen duidelijk is geworden, is dat voor illegale bouwwerken niet juist. Aangezien de medewerkers al die jaren hebben verondersteld dat het overgangsrecht legaliserende werking heeft wat betreft illegale bouwwerken en illegaal gebruik van percelen, is er tegen deze illegale situaties derhalve niet opgetreden. Aan enkele bewoners is, schriftelijk door het College, medegedeeld dat de illegale situatie die zij in stand houden, gelegaliseerd is door het overgangsrecht. Tegen illegale situaties van overtreders waar deze schriftelijke bevestiging niet aan gedaan is, is tevens niet handhavend opgetreden.

Ten aanzien van het gebruiksovergangsrecht is niet tijdig gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot wraken, namelijk voor de datum van inwerkingtreding van het nieuwe plan. Aangezien het gemeentebestuur ervan uit ging dat er sprake was van legaliserende werking van het gebruiksovergangsrecht, is zij niet overgaan tot wraking. Tevens zijn er geen uitsluitingsclausules in het gebruiksovergangsrecht opgenomen, waardoor het overgangsrecht legaliserende werking heeft gekregen. De interpretatie van de medewerkers ten aanzien van het gebruiksovergangsrecht is dus juist. Ten aanzien van het

¹⁰⁵ Bestemmingsplan Buitengebied Liempde 1995.

¹⁰⁶ Tot 1996 was Liempde een onafhankelijke gemeente. In 1996 is zij opgegaan in de gemeente Boxtel.

¹⁰⁷ Zie paragraaf 3.3.

bouwovergangsrecht is de interpretatie onjuist, aangezien het bouwovergangsrecht geen legaliserende werking heeft.

Momenteel speelt er in de gemeente Boxtel een zaak tussen twee burens, waar deze onjuiste interpretatie van het overgangsrecht centraal staat. Het College treedt in deze zaak bij beide situaties niet zelfstandig handhavend op. Er is echter door beide partijen een verzoek tot handhaving van de illegale situaties van de burens ingediend. Bij buurman A is er sprake van illegaal gebruik van het perceel inclusief illegale bouwwerken. Bij buurman B is enkel sprake van illegale bouwwerken. Tevens heeft buurman A een verzoek ingediend bij de gemeente Boxtel om het bestemmingsplan te wijzigen, waarin het illegaal gebruik van het perceel positief bestemd wordt en derhalve legaal wordt. Hiertegen heeft buurman B bezwaar gemaakt. Kortom: er zijn handhavingsverzoeken en bezwaren van beide partijen ingediend bij het College van de gemeente Boxtel. Dit is een voorbeeld dat laat zien dat het jarenlang stilzitten van het College uiteindelijk leidt tot nijpende situaties. Om een juist beeld te krijgen van bovenstaande situatie, is in bijlage A een bovenaanzicht van de twee locaties weergegeven.

3.6 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat door het ontbreken van een uitsluitingsclausule in het overgangsrecht van bestemmingsplannen, dit overgangsrecht naast legale situaties tevens van toepassing is op illegale situaties. Dit brengt met zich mee dat het illegale bouwwerk of het illegale gebruik van percelen mag worden vernieuwd, uitgebreid en/of veranderd, mits de afwijking op het bestemmingsplan niet groter wordt dan hij al is. Het overgangsrecht in de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 bevatten dergelijke uitsluitingsclausules niet. Illegale situaties, waarop het overgangsrecht van één van bovengenoemde bestemmingsplannen van toepassing is, vallen derhalve onder de beschermende werking van het overgangsrecht. Illegale situaties kunnen dus worden vernieuwd, uitgebreid en/of veranderd.

Dat het overgangsrecht tevens van toepassing is op illegale situaties, wil niet zeggen dat het overgangsrecht derhalve legaliserend werkt. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen het bouwovergangsrecht en het gebruiksovergangsrecht. Ten aanzien van het bouwovergangsrecht kan geconcludeerd worden dat er geen sprake is van legaliserende werking van het overgangsrecht, aangezien er sprake is van strijdigheid met hogere wet- en regelgeving. Ook al valt een illegaal bouwwerk onder de werking van het overgangsrecht, dit betekent dus niet dat het illegale bouwwerk wordt gelegaliseerd. Een illegaal bouwwerk, blijft een illegaal bouwwerk.

Ten aanzien van het handhavend optreden tegen illegale bouwwerken kan geconcludeerd worden dat zelfstandig handhavend optreden in beginsel mogelijk is, aangezien er wel strijd is met hogere wet- en regelgeving. Het gemeentebestuur heeft een beginselplicht tot handhaving waar niet zomaar aan voorbij kan worden gegaan.¹⁰⁸ Per individueel geval zal bekeken dienen te worden of er inderdaad zelfstandig handhavend opgetreden kan en dient te worden. De beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, dienen hierbij in acht te worden genomen.

Wanneer de tekst wordt gelezen zoals hij is opgenomen in de bestemmingsplannen van de gemeente Boxtel, kan er mijns inziens geen andere conclusie getrokken worden dan dat dit overgangsrecht tevens van toepassing is op illegale bouwwerken. Per individueel geval zal bekeken dienen te worden of er inderdaad zelfstandig handhavend opgetreden kan en dient te worden.

¹⁰⁸ In hoofdstuk 4 zal dieper worden ingegaan op de mogelijkheid tot zelfstandig handhavend optreden en handhavend optreden op verzoek van derden.

Waar bij het bouwovergangsrecht geen sprake is van legaliserende werking van het overgangsrecht, kan voor het gebruiksovergangsrecht geconcludeerd worden dat van een legaliserende werking wel sprake is. Zonder een uitsluitingsclausule in het overgangsrecht valt ook het onder het vorige plan illegale gebruik van percelen onder de beschermende werking van het overgangsrecht van het daarop volgende plan. Het illegale gebruik wordt derhalve een rechtmatig gebruik, waartegen het gemeentebestuur niet meer handhavend kan optreden.¹⁰⁹ Er zijn een tweetal manieren ontwikkeld waardoor het gemeentebestuur alsnog kan optreden tegen illegaal grondgebruik. De eerste manier doet zich voor wanneer het gemeentebestuur het illegale grondgebruik tijdig heeft gewraakt. De tweede mogelijkheid betreft het opnemen van een uitsluitingsclausule in het overgangsrecht. Wanneer gekeken wordt naar de situatie in de gemeente Boxtel, kan geconcludeerd worden dat van beide manieren geen sprake is. Het gemeentebestuur heeft ten eerste het illegale gebruik van de grondpercelen niet tijdig gewraakt. Het gemeentebestuur ging namelijk uit van de situatie dat het illegale gebruik van percelen gelegaliseerd werd door het overgangsrecht. Van de mogelijkheid tot wraking is dus nimmer gebruik gemaakt. Zoals is gebleken uit het overgangsrecht van de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995, is ook van de tweede mogelijkheid om alsnog op te kunnen treden tegen illegaal grondgebruik, geen gebruik gemaakt. De genoemde bestemmingsplannen bevatten namelijk geen uitsluitingsclausules wat betreft illegaal grondgebruik. Illegaal gebruik van percelen dat onder het overgangsrecht van bovengenoemde bestemmingsplannen valt is derhalve door het overgangsrecht gelegaliseerd. De legaliserende werking voor illegaal gebruik van percelen heeft tot gevolg dat handhavend optreden tegen dit illegaal grondgebruik derhalve niet meer mogelijk is. Er is namelijk geen sprake meer van illegaal grondgebruik, maar van een rechtmatig gebruik. Het College van de gemeente Boxtel kan derhalve tegen het illegale grondgebruik niet meer handhavend optreden.

In de literatuur zijn verschillende auteurs verschillende meningen toegedaan wat betreft het overgangsrecht en illegale bouwwerken en illegaal gebruik van percelen. Van Geest en Hödl menen dat het jarenlange gedogen van illegale bouwwerken recht geven op het veranderen, vernieuwen of uitbreiden van het illegale bouwwerk. Naar mijn mening is deze redenering niet juist. Fokke en Nijmeijer geven in hun noot bij respectievelijke ABRvS 23 juni 2004 en ABRvS 10 juli 2001 aan dat het van toepassing zijn van bouwovergangsrecht zelf impliceert dat een vergunning moet worden verleend voor een uitbreiding, verandering of vernieuwing van het illegale bouwwerk. Mijns inziens is deze redenering juist. Zoals hierboven is geconcludeerd, is het bouwovergangsrecht van toepassing op illegale situaties. In dit bouwovergangsrecht staat beschreven dat het bouwwerk mag worden uitgebreid, veranderd of vernieuwd. Het bouwovergangsrecht zelf geeft dus de bevoegdheid tot het uitbreiden, veranderen en vernieuwen van een illegaal bouwwerk en niet de gedoogsituatie, zoals Van Geest en Hödl beweren.

Ten aanzien van het gebruiksovergangsrecht menen Van Geest en Hödl dat het overgangsrecht niet legaliserend werkt. Zij menen, evenals bij het bouwovergangsrecht, dat het jarenlange niet optreden van het gemeentebestuur, het gedogen, consequenties met zich meebrengt. Mijns inziens is het het overgangsrecht dat legaliserende werking heeft en niet de gedoogsituatie, aangezien er geen hogere wet- en regelgeving bestaat die het gebruik van percelen nader reguleert.

¹⁰⁹ Van, Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe, p. 79.

4. Gevolgen van het overgangsrecht voor de gemeente Boxtel

Zoals uit het voorgaande hoofdstuk is gebleken, hebben de medewerkers van de gemeente Boxtel het overgangsrecht uit de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 jarenlang onjuist geïnterpreteerd. Zij gingen ervan uit dat het overgangsrecht voor zowel bouwen als gebruik legaliserende werking heeft. Uit hoofdstuk 3 is gebleken dat het overgangsrecht ten aanzien van illegale bouwwerken geen legaliserende werking heeft en er derhalve tegen deze illegale bouwwerken in beginsel handhavend kan worden opgetreden door het College. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk zijn een aantal scenario's geschetst. Aan de hand van deze scenario's zullen de gevolgen van het overgangsrecht besproken worden. In de daaropvolgende paragraaf worden de gevolgen van de jarenlange onjuiste interpretatie van het overgangsrecht voor het handhavend optreden besproken. Vervolgens zullen de gevolgen voor de bestaande bouwwerken en de verleende vergunningen aan bod komen. Tot slot zal toegelicht worden hoe het College dient op te treden bij illegale situaties die onder het overgangsrecht van de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 vallen.

Dit hoofdstuk zal zich enkel toespitsen op illegale bouwwerken, aangezien uit hoofdstuk 3 is gebleken dat het overgangsrecht legaliserende werking heeft wat betreft illegaal gebruik van percelen. Het illegale gebruik is door het overgangsrecht legaal geworden, waartegen niet meer handhavend kan worden opgetreden door het College.

4.1 Scenario's

Ten einde de gevolgen van het overgangsrecht op een juiste manier te kunnen weergeven zijn een drietal scenario's geschetst. In deze scenario's keren alle gevolgen die in dit hoofdstuk besproken worden terug. De scenario's zijn representatief voor de situaties die in de gemeente Boxtel spelen of kunnen spelen.

Scenario 1

Liempdse boer A heeft in 1991 op zijn perceel twee bouwwerken gebouwd zonder dat daar destijds een vergunning voor is verleend. Tevens gebruikt hij een stuk perceel in strijd met het bestemmingsplan. Aan deze persoon is door het College een brief verstuurd met de mededeling dat voor de illegale situatie geen vergunning aangevraagd hoeft te worden op grond van het overgangsrecht.

Liempdse boer B woont naast boer A en heeft tevens illegale bouwwerken op zijn perceel. In tegenstelling tot boer A is aan boer B nimmer een brief verstuurd door het College met de mededeling dat niet handhavend zal worden opgetreden. Een ambtenaar heeft laten weten dat hij geen vergunning hoeft aan te vragen op grond van het overgangsrecht.

Vervolg scenario 1

Na enige tijd wil het College zelfstandig handhavend optreden tegen boer A. Boer A zegt dat hij zich kan beroepen op het vertrouwensbeginsel, aangezien lange tijd niet handhavend is opgetreden en er toezeggingen zijn gedaan door het College. Tevens meent hij dat de brief die het College heeft gestuurd, gezien kan worden als een gedoogbesluit. Boer A zegt dat bij hem het vertrouwen is gewekt dat niet meer handhavend zal worden opgetreden door het College.

Daarnaast heeft ook boer B lucht gekregen van de illegale situaties bij zijn buurman en hij dient een verzoek tot handhaving in bij het College om handhavend op te treden bij boer A.

Scenario 2

Liempdse boer C heeft in 1992 een schuur gebouwd zonder de daarvoor vereiste bouwvergunning. Na een aantal jaren vraagt de boer een vergunning aan voor een uitbreiding op grond van het overgangsrecht van het bestemmingsplan. Deze vergunning wordt verleend en de uitbreiding aan de illegale schuur is dus legaal tot stand gekomen. Tevens heeft hij een aantal jaren later de illegale schuur 20m² uitgebreid zonder vergunning. Hij meent dat een vergunning niet nodig is, aangezien er sprake is van vergunningsvrij bouwen.

Scenario 3

Liempdse boer D heeft van het College een vergunning verkregen voor zijn gehele illegale bouwwerk, aangezien het College in de veronderstelling was dat het bouwovergangsrecht legaliserende werking heeft.

Scenario 4

Liempdse boer E heeft van het College een toezegging gehad dat geen vergunning nodig is voor het illegale bouwwerk en dat handhavend optreden dus zal uitblijven. Liempdse boer F heeft deze toezegging niet gehad en beroept zich op het gelijkheidsbeginsel, aangezien boer E zich op het vertrouwensbeginsel kan beroepen en hij niet. Liempdse boer F is van mening dat bij hem ook niet handhavend opgetreden dient te worden, aangezien dit bij Liempdse boer E ook niet mogelijk is, omdat boer E een toezegging heeft gehad.

4.2 Gevolgen voor handhavend optreden

In deze paragraaf worden de gevolgen van het jarenlange niet-handhavend optreden van het College van de gemeente Boxtel tegen illegale situaties, besproken. Allereerst zullen een drietal beginselen van behoorlijk bestuur nader besproken worden. Onderzocht is of deze beginselen van behoorlijk bestuur handhavend aan optreden tegen de illegale situaties in de gemeente Boxtel in de weg staan. Vervolgens wordt besproken wat de gevolgen van de jarenlange onjuiste interpretatie zijn voor zelfstandig handhavend optreden en handhavend optreden op verzoek van een derde.

4.2.1 Vertrouwensbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel

Het College van de gemeente Boxtel dient bij de beslissing om wel of niet handhavend op te treden rekening te houden met het vertrouwens-, rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel. In deze paragraaf zullen bovenstaande drie beginselen van behoorlijk bestuur in combinatie met handhavend optreden besproken worden.

Vertrouwensbeginsel

Bij het vertrouwensbeginsel gaat het om de bescherming van gerechtvaardigde verwachtingen omtrent toekomstig handelen van het bevoegd gezag.¹¹⁰ Het recht om handhavend op te treden tegen illegale situaties kan verloren gaan indien het vertrouwensbeginsel wordt geschonden. Indien een beroep op het vertrouwensbeginsel wordt gedaan, dient beoordeeld te worden in hoeverre het vertrouwensbeginsel zich verzet tegen het alsnog optreden met een last onder bestuursdwang of dwangsom.¹¹¹

Aangezien het vertrouwensbeginsel verschillende aspecten heeft, zal hieronder per aspect besproken worden wat zij voor invloed heeft op de situaties die spelen in de gemeente Boxtel. Het eerste aspect heeft betrekking op het handhavend optreden na lange tijd, in verhouding tot het vertrouwensbeginsel. Vervolgens wordt ingegaan op toezeggingen en inlichtingen gedaan door het College in verhouding tot het vertrouwensbeginsel. Tot slot wordt ingegaan op het vertrouwensbeginsel in verhouding tot een gedane gedoogverklaring.

Handhavend na lange tijd in verhouding tot het vertrouwensbeginsel

In de situaties die bij de gemeente Boxtel spelen is door het College jarenlang niet handhavend opgetreden. De situaties dateren uit de jaren '80 en '90, dus er is respectievelijk 30 en 20 jaar niet handhavend tegen de illegale situaties opgetreden.

Zoals uit het vervolg op scenario 1 blijkt, is bij de Boxtelse overtreders de verwachting gewekt dat tegen het illegale handelen helemaal niet meer handhavend zal worden opgetreden, aangezien het College dit jarenlang niet heeft gedaan.

Het opwekken van vertrouwen bij de overtreder zal vooral een rol spelen indien het College op de hoogte is van de overtreding. Wanneer bij de overtreder echter twijfels bestaan over de vraag of het College op de hoogte is van de overtreding, zal een beroep op het

¹¹⁰ Addink, p. 137.

¹¹¹ Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 100.

vertrouwensbeginsel niet slagen, aangezien hij niet mag verwachten dat het College in de illegale situatie wenst te berusten.¹¹²

Het algemene uitgangspunt dat door de Afdeling is ontwikkeld omtrent handhavend optreden en het vertrouwensbeginsel is dat het louter stilzitten van het bevoegde bestuursorgaan geen verwachting rechtvaardigt dat niet zal worden opgetreden.¹¹³ Aan het eind van de vorige eeuw werd een beroep op het vertrouwensbeginsel nog een enkele maal gehonoreerd wanneer bleek dat het College het langdurig na had gelaten om handhavend op te treden tegen de overtreder.¹¹⁴

Uit jurisprudentie van de Afdeling van de afgelopen jaren blijkt dat een beroep op het vertrouwensbeginsel indien lange tijd niet handhavend is opgetreden door het College niet vaak meer wordt gehonoreerd. Het reeds lang bestaan van een illegale situatie staat alsnog handhavend optreden door middel van een last onder bestuursdwang of dwangsom niet snel in de weg. Dit geldt indien het College ambtshalve besluit tot handhavend optreden, maar zeker indien een derde verzoekt om handhavend optreden.

De Afdeling overwoog in de volgende uitspraak omtrent het feit wanneer sprake is van het wekken van gerechtvaardigd vertrouwen bij de overtreder, als volgt:

“De enkele omstandigheid echter dat het college bekend was met deze overtreding, maar gedurende 27 jaar daartegen niet handhavend is opgetreden, is onvoldoende om tot het oordeel te komen dat het college daardoor bij [belanghebbenden] het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat daartegen niet meer handhavend zou worden opgetreden. Voorts kan de omstandigheid dat een gedwongen verhuizing voor [belanghebbenden] ingrijpende gevolgen heeft, omdat [een van de belanghebbenden] een zwakke gezondheid heeft, niet als een bijzondere omstandigheid worden aangemerkt op grond waarvan het college in redelijkheid van handhavend optreden had behoren af te zien. Niet gebleken is dat deze gezondheidstoestand op zichzelf aan het vinden van een passende alternatieve woonruimte in de weg zou staan.”¹¹⁵

Zoals uit bovenstaande uitspraak blijkt, is zelfs na 27 jaar niet handhavend optreden geen sprake van een gerechtvaardigd vertrouwen bij de overtreder dat van handhavend optreden kan worden afgezien. In ABRvS 12 augustus 2009 bevestigde de Afdeling dit als volgt:

“Het enkele tijdsverloop, ongeacht de duur daarvan, is geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan het college van handhavend optreden had behoren af te zien. De enkele omstandigheid dat het college niet eerder handhavend heeft opgetreden brengt dan ook niet mee dat het college thans niet tegen de permanente bewoning van het pand op het perceel zou mogen optreden.”¹¹⁶

Dat het enkele tijdsverloop geen bijzondere omstandigheid is op grond waarvan het College van handhavend optreden af dient te zien, blijkt uit ABRvS 21 juli 2010.¹¹⁷ In deze uitspraak had het bevoegd gezag maar liefst 47 jaar stilgezeten en derhalve niet handhavend opgetreden tegen de illegale situatie.

Terugkerend naar de situatie in de gemeente Boxtel betekent dit dat het feit dat het College voor tientallen jaren niet handhavend heeft opgetreden niet in de weg staat aan alsnog handhavend optreden door ditzelfde College. De Afdeling heeft meerdere malen uitgesproken dat het enkele tijdsverloop, ongeacht de duur daarvan, geen bijzondere omstandigheid oplevert om van handhavend optreden af te zien. Het College van de gemeente Boxtel kan, enkel kijkend naar het vertrouwensbeginsel in combinatie met lange tijd niet handhavend optreden, gewoon tegen de illegale situaties optreden.

¹¹² Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 100-101.

¹¹³ Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 101.

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 augustus 1999, Gst. 7113, 5.

¹¹⁵ ABRvS 4 maart 2009, Gst. 2009, 50.

¹¹⁶ ABRvS 12 augustus 2009, LJN BJ5081.

¹¹⁷ ABRvS 21 juli 2010, LJN BN1883.

Toezeggingen en inlichtingen in verhouding tot het vertrouwensbeginsel

Naast het jarenlang niet optreden van het College van de gemeente Boxtel, heeft ditzelfde College in een aantal gevallen aan de overtreder medegedeeld dat zij geen vergunning hoeft aan te vragen op grond van het overgangsrecht. Deze toezegging is gedaan middels een brief door het College. Door het feit dat door het College toezeggingen zijn gedaan omtrent het afzien van handhavend optreden, is bij de overtreders de verwachtingen gewekt dat handhavend optreden zal uitblijven.

Hieromtrent heeft de Afdeling zich meerdere malen uitgesproken. Ten eerste is van belang door wie deze toezeggingen of inlichtingen zijn gedaan. Contacten tussen de overheid en de burger vindt normaliter mondeling en schriftelijk plaats door een ambtenaar van de gemeente. Kunnen aan deze toezeggingen of inlichtingen van ambtenaren gerechtvaardigde verwachtingen worden ontleend waardoor handhavend optreden niet meer mogelijk is? De lijn die de Afdeling heeft ontwikkeld luidt als volgt:

“Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is nodig dat het bevoegde bestuursorgaan, terzake mededelingen doet waaraan rechte(n)s te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend.”¹¹⁸

In ABRvS 26 november 2008 heeft de Afdeling het volgende overwogen:

“Zoals ook de rechtbank heeft overwogen, kan een beroep op het vertrouwensbeginsel slechts slagen, indien een tot beslissen bevoegd orgaan ten aanzien van een aanvrager uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd toezeggingen heeft gedaan die bij de aanvrager gerechtvaardigde verwachtingen hebben gewekt.”¹¹⁹

Toezeggingen of inlichtingen gedaan door een ander dan het bevoegd gezag wekken (meestal) niet het gerechtvaardigd vertrouwen dat van handhavend optreden dient te worden afgezien. Elementen die van belang zijn om te beoordelen of aan de toezeggingen of inlichtingen, gedaan door een ander dan het bevoegd gezag, toch wel betekenis kan worden toegebracht zijn onder andere:

- de door de betreffende persoon opgewekte schijn dat hij bevoegd is namens het bevoegd gezag op te treden;
- de hiërarchische positie van degene die de toezegging doet of de inlichting geeft;
- de deskundigheid van degene die toezegt of inlicht ten aanzien van de materie;
- de nauwgezetheid van de verstrekte informatie; en
- de deskundigheid van degene die de toezegging of inlichting ontvangt.¹²⁰

Zoals blijkt uit de uitspraken van de Afdeling kunnen enkel aan toezeggingen en inlichtingen die gedaan zijn door het bevoegd gezag gewicht worden toegekend. Het dient daarbij te gaan om uitdrukkelijk, ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezeggingen. In de gevallen die spelen in de gemeente Boxtel zijn uitdrukkelijk, ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezeggingen gedaan door het College. De toezeggingen zijn ten eerste expliciet gedaan middels een brief namens het College. Tevens betreft het een ondubbelzinnige toezegging. In de brief is aangegeven dat niet handhavend zal worden opgetreden tegen de illegale situaties. Deze toezegging kan op geen enkele andere manier geïnterpreteerd worden. Tot slot is er sprake van een ongeclausuleerde toezegging. Het is een toezegging zonder overeenkomst waar de overtreder zich aan dient te houden. In die gevallen waarin er toezeggingen zijn gedaan door het College zal een beroep namens een overtreder op het vertrouwensbeginsel slagen. Zelfstandig handhavend optreden is dan niet meer mogelijk.

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 juni 2008, *LJN* BD 5380.

¹¹⁹ ABRvS 26 november 2008, *LJN* BG 5360.

¹²⁰ Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 106.

Zoals uit scenario 1 blijkt, zijn er in de gemeente Boxtel ook toezeggingen gedaan door ambtenaren. De Afdeling heeft hieromtrent niet overwogen dat een beroep op het vertrouwensbeginsel zal slagen. Bovengenoemde vijf punten zullen een rol spelen of er sprake kan zijn van een toezegging waaraan betekenis kan worden toegebracht. Hier zal de Afdeling zich dan over moeten uitspreken.

Gedogen in verhouding tot het vertrouwensbeginsel

Zoals in scenario 1 is weergegeven, is in een aantal gevallen in de gemeente Boxtel een verklaring afgegeven dat voor de illegale situatie geen vergunning vereist is op grond van het overgangsrecht en er derhalve niet handhavend zal worden opgetreden. Deze verklaring kan door de ontvangers gelezen worden als een gedoogverklaring. In hoofdstuk 2 is het leerstuk omtrent gedogen besproken. Gedogen vindt plaats door het afgeven van een gedoogverklaring. Van Buuren, Jurgens & Michiels verstaan onder een gedoogverklaring 'de expliciete kennisgeving van het bestuur dat tegen een bepaalde overtreding niet zal worden opgetreden'.¹²¹ Een overtreder van wie het illegale handelen wordt gedoogd, middels een gedoogverklaring, krijgt niet het *recht* om de desbetreffende activiteiten te verrichten. Het College zegt middels een gedoogverklaring enkel dat het niet van haar handhavingsbevoegdheden gebruik zal maken. De vraag is of het bevoegd gezag handhavend kan optreden indien aan de overtreder een gedoogverklaring is afgegeven.

Zelfstandig handhavend optreden is mijns inziens niet redelijk. Het College gedooft een situatie omdat zij niet handhavend gaat optreden. Het ligt dan niet voor de hand dat datzelfde College toch handhavend gaat optreden. Het is uiteraard wel mogelijk dat een derde een verzoek doet om handhaving, zoals in scenario 1. De Afdeling heeft zich meerdere malen uitgesproken omtrent het vertrouwensbeginsel en het afgeven van een gedoogverklaring. De Afdeling sprak als volgt:

"Indien door belanghebbende derden uitdrukkelijk is verzocht om op te treden tegen een illegale situatie, kan alleen in bijzondere gevallen van handhavend optreden worden afgezien. Een gedoogbesluit staat niet in de weg aan de bevoegdheid van burgemeester en wethouders om op te treden tegen een illegale situatie."¹²²

Terug naar het voorbeeld uit scenario 1 dat de situatie in Boxtel illustreert. Indien een derde belanghebbende dus een verzoek tot handhaving indient bij het College, staat het feit dat aan de overtreder een gedoogverklaring is afgegeven aan handhavend optreden niet in de weg. In beginsel zal het College in deze situaties dus handhavend op moeten treden.

Rechtszekerheidsbeginsel

Het rechtszekerheidsbeginsel brengt met zich mee dat men erop kan vertrouwen dat zijn of haar rechten geëerbiedigd worden. Het College dient de rechtsregels op een juiste en consequente manier toe te passen. Tevens dienen regels kenbaar en voldoende duidelijk te zijn. Het college dient haar besluiten zo precies mogelijk te formuleren zodat de burger weet waar hij aan toe is. Zoals ook uit de literatuur blijkt, is het rechtszekerheidsbeginsel lastig te onderscheiden van het vertrouwensbeginsel. Donner meent bijvoorbeeld dat het vertrouwensbeginsel een verfijning is van het rechtszekerheidsbeginsel.¹²³ Nicolai meent zelfs dat er geen duidelijk inhoudelijk verschil is tussen het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.¹²⁴ Verdere behandeling van dit beginsel van behoorlijk bestuur blijft dan ook buiten beschouwing, aangezien de gevolgen veelal overeen zullen komen met bovenstaande gevolgen genoemd bij het vertrouwensbeginsel.

¹²¹ Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 117.

¹²² ABRvS 17 juli 2002, LJN AE 5404.

¹²³ Timmers, p. 220.

¹²⁴ Timmers, p. 220.

Gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. De vraag hierbij is welke gevallen gelijk zijn. Het gaat daarbij om gelijkheid op juridische relevante punten. Het is bij het gelijkheidsbeginsel van belang dat het in beginsel gaat om beslissingen van hetzelfde bevoegde gezag.¹²⁵ Het vergelijken van besluiten van twee verschillende gemeenten zal dus geen gelijkheid op grond van het gelijkheidsbeginsel opleveren. Uit de jurisprudentie blijkt dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel aanzienlijk vaker niet slaagt dan wel. Bijvoorbeeld omdat de situaties feitelijk niet gelijk zijn, dat de uitspraak van een aanzienlijk oudere datum is of dat een ander planologisch-juridisch regime¹²⁶ van toepassing is.¹²⁷ Ook het feit dat in de ene zaak een derde om handhavend optreden verzoekt en in de andere zaak het College zelfstandig handhavend optreedt, brengt met zich mee dat er geen sprake is van gelijke gevallen en daarom zal een beroep op het gelijkheidsbeginsel derhalve niet slagen.¹²⁸

Een kenmerk van het gelijkheidsbeginsel dat van belang is voor de situaties in de gemeente Boxtel, is dat het gelijkheidsbeginsel er niet toe noopt een eenmaal gemaakte fout te herhalen.¹²⁹ Indien een overtreder uit de gemeente Boxtel zich beroept op het gelijkheidsbeginsel omdat bij een andere illegale situatie niet handhavend wordt opgetreden en bij die van hem wel, zal dus niet slagen. Mijs inziens zal dat er eerder toe leiden dat bij beide situaties onderzocht wordt of handhavend moet worden opgetreden, in plaats van dat in beide situaties van handhavend optreden wordt afgezien. In scenario 4 beroept de ene Liempdse boer zich op het gelijkheidsbeginsel aangezien hij geen toezegging van het College heeft ontvangen en zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen, terwijl zijn buurman deze toezegging wel heeft ontvangen en het College derhalve niet zelfstandig handhavend meer op kan treden. Uit jurisprudentie is niet gebleken of in dit specifieke geval sprake is van een gelijke situatie, maar mijs inziens kan hiervan zeker sprake zijn. Naar mijn mening betekent dit echter niet dat er in beide gevallen niet handhavend zal worden opgetreden. Het feit dat er in het ene geval wel een toezegging is gedaan (die onjuist is) en in het andere geval niet doet daar niets aan af. Het College heeft een beginselplicht tot handhaving, waar zij aan moet voldoen. Daarnaast strekt het gelijkheidsbeginsel niet zo ver dat gemaakte fouten door het College herhaald dienen te worden.

4.2.2 Zelfstandig handhavend optreden

Na het bespreken van de beginselplicht tot handhaving en de uitzonderingen daarop in hoofdstuk 3 en de beginselen van behoorlijk bestuur in bovenstaande paragraaf, is de vraag of het College nog handhavend kan optreden. Zoals in hoofdstuk 3 reeds aan de orde is geweest, kent het bestuursrecht een beginselplicht tot handhaving. In principe dient het College van de gemeente Boxtel handhavend op te treden tegen illegale situaties indien zij deze constateren. Op deze beginselplicht zijn door de Afdeling een drietal uitzonderingen geformuleerd, te weten het concreet zicht op legalisatie, indien handhavend optreden gezien de feitelijke omstandigheden onevenredig zou zijn en indien het bestuursorgaan een redelijk te achten beleid voert, dient aan dit beleid vastgehouden te worden alvorens handhavend wordt opgetreden.

Indien het College van de gemeente Boxtel een illegale situatie constateert dient zij dus in beginsel handhavend op te treden. Daarbij dient een keuze gemaakt te worden tussen een last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom. Wanneer echter blijkt dat er sprake is van bijzondere omstandigheden, dient van handhaving te worden afgezien. Het college dient bij een illegale situatie dus te onderzoeken of er bijzondere omstandigheden zijn waardoor van handhaving dient te worden afgezien. Zoals in paragraaf 4.2.1 aan de orde is gekomen, kan schending van het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel er tevens toe leiden dat handhavend optreden niet mogelijk is.

¹²⁵ Michiels, p. 120.

¹²⁶ Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat op twee situaties verschillende bestemmingsplannen van toepassing zijn. Deze zijn dan planologisch-juridisch niet met elkaar te vergelijken.

¹²⁷ Van Buuren, Jurgens & Michiels, p. 95.

¹²⁸ Dit bleek uit de uitspraak gemeente Lisse, ABRvS 2 februari 1998, AB 1998, 181.

¹²⁹ Michiels, p. 122.

→ Aanbeveling

Indien een situatie zich voordoet die onder het overgangsrecht van de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 of Buitengebied Liempde 1995 valt, dient bekeken te worden of de situatie alsnog gelegaliseerd kunnen worden. Voorts dient bekeken te worden of het kennelijk onredelijk is wanneer tot handhaving wordt overgaan. Zoals blijkt uit de scriptie van B. van de Staak is er sprake van onevenredigheid indien het een overtreding betreft van geringe aard en ernst. Om te beoordelen of er sprake is van onevenredigheid kan het schema, opgesteld door B. van de Staak, gehanteerd worden. Dit schema is als bijlage B bijgevoegd bij dit onderzoeksrapport.

Indien van bovenstaande twee bijzondere omstandigheden geen sprake is, dient gekeken te worden naar het beleid dat de gemeente Boxtel voert omtrent handhavend optreden. Zoals blijkt uit het handhavingsbeleid dient de overtreder eerst gewaarschuwd te worden alvorens tot handhavend optreden over te gaan, tenzij er sprake is van een spoedeisende zaak.¹³⁰ In de situaties die centraal staan in deze scriptie is geen sprake van spoedeisend, dus dient de overtreder eerst gewaarschuwd te worden door het College. Indien de overtreder na deze waarschuwing zijn illegale situatie niet ongedaan maakt, dient het College alsnog handhavend op te treden.

Tot slot dient rekening gehouden te worden met het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. In die zaken waar door het College een toezegging is gedaan aan de overtreder dat handhavend optreden zal uitblijven, zal het besluit om zelfstandig handhavend op te treden niet snel stand houden bij de Afdeling. In die gevallen kan het College dan ook niet meer zelfstandig optreden. In die gevallen waar een dergelijke toezegging niet is gedaan, dient het College in beginsel zelfstandig handhavend op te treden.

4.2.3 Handhavend optreden op verzoek van een derde

Indien een illegale situatie zich voordoet zijn er, zoals blijkt uit scenario 1, twee manieren die aanleiding geven voor het College om tot handhavend optreden over te gaan. Het College kan zelfstandig overgaan tot handhavend optreden, zoals hierboven aan de orde is geweest, of er wordt een verzoek tot handhaving door een derde ingediend. Zoals blijkt uit paragraaf 2.3 dient een derde die om handhaving verzoekt in ieder geval belanghebbende te zijn. Aan de criteria genoemd in artikel 2:1 Awb dient tenminste te worden voldaan.

De vraag die in deze subparagraaf centraal staat is of het vertrouwensbeginsel in de weg kan staan aan handhavend optreden, aangezien bij een aantal overtreders in de gemeente Boxtel het vertrouwen is gewekt dat niet meer handhavend zal worden opgetreden, zoals blijkt uit paragraaf 4.2.1.

In de rechtspraak is bij herhaling geoordeeld dat de beschermende werking van het vertrouwensbeginsel niet zonder meer zo ver reikt dat de aanspraak van een derde-belanghebbende op handhaving daarvoor moet wijken. De Afdeling oordeelt hieromtrent als volgt:

“Indien door belanghebbende derden uitdrukkelijk is verzocht om tegen de illegale situatie op te treden, kan alleen in bijzondere gevallen van handhavend optreden worden afgezien. Een bijzonder geval kan worden aangenomen indien concreet zicht bestaat op legalisering van de illegale situatie. Gesteld noch gebleken is dat zich hier een mogelijkheid voordoet om de illegale situatie te legaliseren. De rechtbank heeft voorts met juistheid overwogen dat een bij de overtreder van een wettelijk voorschrift opgewekt vertrouwen geen afbreuk kan doen aan de in beginsel bestaande aanspraak van een omwonende op handhaving van het bestemmingsplan.”¹³¹

¹³⁰ Zie bijlage C voor de relevante passage uit het handhavingsbeleid van de gemeente Boxtel.

¹³¹ ABRvS 22 februari 2001, Gst. 7141, 5.

In ABRvS 31 juli 2002 wordt deze redenering als volgt door de Afdeling herhaald:

*“Indien door een belanghebbende derde uitdrukkelijk is verzocht om tegen een illegale situatie op te treden, kan alleen in bijzondere gevallen van handhavend optreden worden afgezien. Een bijzonder geval als boven bedoeld kan zich voorts voordoen indien door burgemeester en wethouders het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat van handhavend optreden zal worden afgezien. Daarbij geldt echter dat een bij de overtreder van een wettelijk voorschrift opgewekt vertrouwen geen afbreuk kan doen aan de in beginsel bestaande aanspraak van een omwonende op handhaving van het bestemmingsplan. Anders dan de voorzieningenrechter is de Afdeling van oordeel dat niet valt in te zien dat de in beginsel bestaande aanspraak van een omwonende op handhaving van het bestemmingsplan in dit geval moet wijken voor het bij Van der Linden opgewekt vertrouwen.”*¹³²

Zoals uit bovenstaande subparagraaf blijkt, kan het opgewekte vertrouwen een bijzonder geval zijn waardoor van zelfstandig handhavend optreden dient te worden afgezien. Indien echter een derde om handhaving verzoekt, dient dit opgewekte vertrouwen te wijken voor de in beginsel bestaande aanspraak van een derde-belanghebbende op handhaving. Zoals uit scenario 1 blijkt, doet zich in de gemeente Boxtel de situatie voor dat bij de overtreder het vertrouwen is gewekt dat van handhavend optreden zal worden afgezien, terwijl een derde-belanghebbende om handhaving heeft verzocht. Zoals blijkt uit bovengenoemde uitspraken van de Afdeling hoeft de aanspraak van een derde op handhaving niet te wijken voor het vertrouwen dat gewekt is bij een overtreder. Uit paragraaf 4.2.1 blijkt tevens dat een gedoogbesluit tevens niet in de weg kan staan aan een verzoek van een derde tot handhaving. Het College van de gemeente Boxtel moet dus handhavend optreden. Indien een derde een verzoek doet om handhaving, kan het College niet anders besluiten dan handhavend op te treden, aangezien het vertrouwensbeginsel niet hieraan niet (snel) in de weg kan staan.

4.3 Gevolgen voor bestaande bouwwerken

Waar de vorige paragraaf in het teken stond van handhavend optreden, zullen in deze paragraaf de gevolgen van het jarenlange niet-handhavend optreden door het College van de gemeente Boxtel, voor bestaande bouwwerken besproken worden. Allereerst zullen de gevolgen van het overgangsrecht voor het uitbreiden van bestaande illegale bouwwerken worden onderzocht. Vervolgens wordt het vergunningsvrij bouwen aan bestaande illegale bouwwerken nader besproken.

4.3.1 Uitbreiden bestaande illegale bouwwerken

Zoals in scenario 2 is beschreven, heeft het College van de gemeente Boxtel uitbreidingsvergunningen voor een uitbreiding aan een illegaal bouwwerk, verstrekt. De vraag is echter of dit juridisch wel mogelijk is.

In paragraaf 3.3 is uitvoerig besproken dat illegale bouwwerken tevens onder de werking van het bouwovergangsrecht vallen. Kijkend naar het bouwovergangsrecht van de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 betekent dit dat het illegale bouwwerk mag worden uitgebreid. Voor deze uitbreiding dient op grond van het overgangsrecht een uitbreidingsvergunning te worden verleend. In eerste instantie lijkt dit een vreemde situatie. Enerzijds is er sprake van een illegaal bouwwerk, waartegen het bevoegd gezag handhavend op dient te treden, anderzijds dient het bevoegd gezag een uitbreidingsvergunning op grond van het bouwovergangsrecht te verlenen voor datzelfde illegale bouwwerk. Er ontstaat dan een illegaal bouwwerk met een legale uitbreiding. Toch is deze situatie mogelijk. Het College van de gemeente Boxtel dient namelijk op grond van het bouwovergangsrecht een uitbreidingsvergunning te verlenen. Illegale bouwwerken kunnen dus met toepassing van het bouwovergangsrecht van de gemeente Boxtel worden uitgebreid.

¹³² ABRvS 31 juli 2002, AB 2003, 188.

4.3.2 Vergunningsvrij bouwen aan bestaande illegale bouwwerken

In scenario 2 is zonder vergunning 20m² bijgebouwd aan een illegale schuur. De Liempdse boer uit het scenario is van mening dat er geen vergunning aangevraagd hoeft te worden, aangezien er sprake is van vergunningsvrij bouwen. In deze paragraaf zal de vraag behandeld worden of dit mogelijk is. Alvorens daar antwoord op te kunnen geven, dient kort op de theorie rondom het vergunningsvrij bouwen te worden ingegaan.

Voor het bouwen van een bouwwerk is op grond van artikel 2.1 lid 1 sub a Wabo een omgevingsvergunning nodig. Voor verschillende soorten bouwwerken is op grond van bijlage II bor geen vergunning vereist. Deze bouwwerken mogen, mits ze voldoen aan de vereisten uit de Bor, vergunningsvrij gebouwd worden.

Zoals gezegd regelt bijlage II Bor wanneer een activiteit vergunningsvrij gebouwd kan en mag worden. In artikel 2 van deze bijlage staat vermeld wanneer vergunningsvrij gebouwd mag worden indien het nieuwe bouwwerk in strijd is met het bestemmingsplan. Indien de activiteit onder één van de gevallen van artikel 2 bijlage II Bor valt, hoeft er geen omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen aangevraagd te worden alsmede een omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan. Indien blijkt dat de activiteit onder geen van de gevallen van artikel 2 bijlage II Bor valt, dient er gekeken te worden in artikel 3. Indien blijkt dat er sprake is van een activiteit die valt onder één van de gevallen van artikel 3 bijlage II Bor, hoeft er voor deze activiteit geen omgevingsvergunning voor bouwen aangevraagd te worden. Verschil met artikel 2 zit hem in het feit dat op grond van artikel 2 voor een vergunningsvrije activiteit naast een omgevingsvergunning voor bouwen tevens geen omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan aangevraagd hoeft te worden. Wanneer er sprake is van een vergunningsvrije activiteit op grond van artikel 3 bijlage II Bor hoeft voor deze activiteit enkel geen omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen aangevraagd te worden. Mocht er sprake zijn van een activiteit die afwijkt van het bestemmingsplan, dient er bij artikel 3 bijlage II Bor dus wel een omgevingsvergunning voor het afwijken van een bestemmingsplan aangevraagd te worden.¹³³ Tot slot wordt artikel 4 bijlage II Bor, met toepassing van artikel 2.12 lid 1 onder a, onder 2° Wabo, aangegeven in welke gevallen een omgevingsvergunning kan worden verleend voor gebruiksactiviteiten die in strijd zijn met het geldende bestemmingsplan.¹³⁴ Artikel 4 wordt ook wel aangeduid als de kruimellijst, omdat het gaat om gevallen van (relatief) beperkte planologische betekenis.¹³⁵

Artikel 2 bijlage II Bor → het betreft hier activiteiten waarvoor zowel geen omgevingsvergunning voor bouwen vereist is als een omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan.

Artikel 3 bijlage II Bor → de bouwactiviteiten die in dit artikel genoemd staan, zijn enkel uitgezonderd van de omgevingsvergunning voor bouwen. De vergunningsplicht van artikel 2.1 lid 1 sub c Wabo (afwijken van het bestemmingsplan) is echter onverminderd van toepassing.¹³⁶

Artikel 4 bijlage II Bor → in dit artikel wordt aangegeven wanneer met toepassing van artikel 2.12 lid 1 onder a, onder 2° Wabo een omgevingsvergunning kan worden verleend wanneer sprake is van strijd met het bestemmingsplan.

Indien een activiteit onder één van bovengenoemde artikelen valt en aan alle voorwaarden genoemd in dat artikel wordt voldaan, kan de activiteit vergunningsvrij gebouwd worden.¹³⁷ Het toepassingsbereik van die artikelen wordt ingeperkt door artikel 5 bijlage II Bor. Op grond van lid 2 van dat artikel zijn de artikelen 2 en 3 niet van toepassing op een activiteit die

¹³³ Op grond van artikel 2.1 lid 1 sub c Wabo.

¹³⁴ Wet algemene bepalingen omgevingsrecht Tekst & Commentaar, p. 316.

¹³⁵ Wet algemene bepalingen omgevingsrecht Tekst & Commentaar, p. 317.

¹³⁶ Wet algemene bepalingen omgevingsrecht Tekst & Commentaar, p. 312.

¹³⁷ Uiteraard moet ook aan de voorwaarden genoemd in het bestemmingsplan worden voldaan. Op grond van artikel 3 bijlage II lid 1 sub b Bor mag een bijbehorend bouwwerk bijvoorbeeld niet hoger dan 5 meter zijn. Stel dat in het bestemmingsplan staat dat op die bestemming niet hoger gebouwd mag worden dan 4,5 meter dan dient het bestemmingsplan gevolgd te worden.

plaatsvindt in, aan, op, of bij een bouwwerk dat in strijd met artikel 2.1 Wabo (voorheen artikel 40 Ww) is gebouwd of wordt gebruikt. Ten aanzien van bouwwerken die zonder of in afwijking van een omgevingsvergunning zijn gebouwd of die in strijd met het geldende bestemmingsplan worden gebruikt zijn de uitzonderingen op de omgevingsvergunningsplicht van artikel 2 en 3, niet van toepassing

Voor de situaties binnen de gemeente Boxtel betekent dit dat er niet vergunningsvrij gebouwd mag worden bij of aan de illegale bouwwerken. Indien dit wel is gebeurd, zoals in scenario 2 is beschreven, dient het College van de gemeente Boxtel hiertegen handhavend op te treden. Het is namelijk juridisch niet mogelijk om vergunningsvrij te bouwen bij of aan een illegaal bouwwerk.

4.4 Gevolgen voor verleende vergunningen

Uit paragraaf 4.2.1 is gebleken dat voor een uitbreiding een vergunning verleend kan worden op grond van het bouwovergangsrecht in de bestemmingsplannen van de gemeente Boxtel. Het bouwwerk dat met deze uitbreidingsvergunning wordt gerealiseerd is dus rechtmatig tot stand gekomen. Tegen een dergelijk bouwwerk kan derhalve niet meer handhavend worden opgetreden. Het betreft weliswaar een uitbreiding van een illegaal bouwwerk, maar de uitbreiding zelf is legaal. Zoals eerder al is vermeld, ontstaan er op deze manier merkwaardige situaties. Enerzijds bestaat er een illegaal bouwwerk, waarvoor nimmer een bouwvergunning (nu: omgevingsvergunning) is verleend. Anderzijds is er voor de uitbreiding op dat illegale bouwwerk wel een vergunning verleend, waardoor dat gedeelte legaal is gebouwd. Nijmeijer oordeelde dat indien eenmaal een bouwvergunning op grond van het bouwovergangsrecht is verleend, handhavend optreden jegens het oorspronkelijke bouwwerk toch wel erg lastig zo niet onmogelijk is geworden.¹³⁸

Zoals uit scenario 3 blijkt, is het mogelijk dat het College van de gemeente Boxtel vergunningen heeft verleend voor het gehele illegale bouwwerk, aangezien zij in de veronderstelling was dat het bouwovergangsrecht legaliserende werking heeft. Voor de gebouwen kon echter geen vergunning verleend worden, aangezien zij strijdig waren met het bestemmingsplan.¹³⁹ Indien het College van de gemeente Boxtel inderdaad dergelijke vergunningen heeft verleend, zijn deze vergunningen niet rechtmatig, aangezien zij in strijd zijn met de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 of Buitengebied Liempde 1995. De rechtbank heeft omtrent de omgang met deze onrechtmatige vergunningen als volgt geoordeeld:

“Zodra de bouwvergunning onherroepelijk is, brengt het rechtszekerheidsbeginsel mee, dat de vergunninghouder in principe van de bouwvergunning gebruik moet kunnen maken. Indien blijkt, dat de bouwvergunning ten onrechte is verleend, verzetten de rechtszekerheid en het belang van de vergunninghouder zich in beginsel tegen ongedaanmaking van de vergunning en het op grond daarvan gebouwde. De onrechtmatigheid lost zich dan op in schadevergoeding.”¹⁴⁰

Indien blijkt dat in de gemeente Boxtel onterecht bouwvergunningen op grond van het bouwovergangsrecht zijn verleend, dient het College hiertegen niet handhavend op te treden op grond van het rechtszekerheidsbeginsel. De vergunninghouder mag, zoals uit bovenstaande uitspraak blijkt, in principe van de bouwvergunning gebruik blijven maken. Indien een derde hinder ondervindt van de onterecht verleende bouwvergunning kan de onrechtmatigheid opgelost middels schadevergoeding.¹⁴¹ Indien een derde verzoekt om handhaving hoeft het College niet handhavend op te treden, een schadevergoeding aan de derde zou de onrechtmatigheid wegnemen. Een argument waarom niet meer handhavend opgetreden hoeft te worden, kan mijns inziens gevonden worden in het feit dat de derde tegen de onterecht verleende vergunning bezwaar had kunnen maken. De derde heeft al

¹³⁸ ABRvS 10 juli 2001, AB 2001, 411.

¹³⁹ Indien de gebouwen niet strijdig waren met het bestemmingsplan zouden ze ook niet onder het overgangsrecht vallen.

¹⁴⁰ Rb. Roermond 22 mei 2001, LJN AE 3902.

¹⁴¹ Het gaat deze scriptie te buiten om de juridische constructie omtrent schadevergoeding nader te bespreken.

een kans gehad om op te komen tegen de onterecht verleende vergunning en die kans heeft hij nagelaten te benutten.

4.5 Conclusie

Aangezien de conclusie van dit hoofdstuk vrij uitgebreid is, wordt per paragraaf de conclusie weergegeven.

Rechtsbeginselen in combinatie met handhavend optreden

Het College van de gemeente Boxtel dient bij de beslissing om wel of niet handhavend op te treden rekening te houden met het vertrouwens-, rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel. De laatste jaren wordt een beroep op het vertrouwensbeginsel echter nauwelijks gehonoreerd bij de rechter. Het reeds lang bestaan van een illegale situatie staat alsnog handhavend optreden niet snel in de weg. De Afdeling oordeelde hieromtrent: *"Het enkele tijdsverloop, ongeacht de duur daarvan, is geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan het college van handhavend optreden had behoren af te zien. De enkele omstandigheid dat het college niet eerder handhavend heeft opgetreden brengt dan ook niet mee dat het college thans niet tegen de permanente bewoning van het pand op het perceel zou mogen optreden."*¹⁴² Een beroep op het vertrouwensbeginsel in combinatie met toezeggingen gedaan door het bevoegd gezag heeft meer kans van slagen bij de Afdeling. Indien de toezeggingen of inlichtingen uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd van aard zijn en zijn verstrekt door het bevoegd gezag is er sprake van een gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen bij de overtreder waardoor zelfstandig handhavend optreden niet redelijk is. Indien de toezeggingen of inlichtingen zijn gedaan door een ander dan het bevoegd gezag zal er niet snel sprake zijn van een gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen dat aan handhavend optreden in de weg kan staan. Tot slot zal een gedoogbesluit niet snel in de weg staan aan handhavend optreden op verzoek van een derde. De Afdeling heeft zich hierover als volgt uitgesproken: *"Indien door belanghebbende derden uitdrukkelijk is verzocht om op te treden tegen een illegale situatie, kan alleen in bijzondere gevallen van handhavend optreden worden afgezien. Een gedoogbesluit staat niet in de weg aan de bevoegdheid van burgemeester en wethouders om op te treden tegen een illegale situatie."*¹⁴³

Uit de jurisprudentie blijkt dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel aanzienlijk vaker niet slaagt dan wel. Een kenmerk van het gelijkheidsbeginsel dat van belang is voor de situaties in de gemeente Boxtel, is dat het gelijkheidsbeginsel er niet toe noopt een eenmaal gemaakte fout te herhalen. Indien bij de ene partij onterecht een toezegging is gedaan dat niet handhavend zal worden opgetreden, betekent dit niet dat deze fout herhaald dient te worden bij een ander.

Zelfstandig handhavend optreden

Indien het College van de gemeente Boxtel een illegale situatie constateert, moet in beginsel handhavend worden opgetreden. Het College heeft een beginselplicht tot handhaving waarvan enkel in bijzondere omstandigheden mag worden afgezien. Daarnaast kan schending van het vertrouwensbeginsel ertoe strekken dat handhavend optreden niet redelijk is. Indien door het College uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd is medegedeeld dat niet handhavend zal worden opgetreden, mag de overtreder hieraan het gerechtvaardigde vertrouwen ontnemen dat van handhavend optreden zal worden afgezien. Alsnog zelfstandig handhavend optreden is dan onredelijk. Een beroep op de overige beginselen van behoorlijk bestuur of het vertrouwensbeginsel in combinatie met lange tijd niet handhavend optreden, slaagt vaker niet dan wel.

Handhavend optreden op verzoek van een derde

Indien een derde een verzoek doet aan het College om handhavend op te treden tegen een illegale situatie, dient deze derde belanghebbende te zijn ex artikel 2:1 Awb. Wanneer de verzoeker derde-belanghebbende is, kan hij een verzoek tot handhaving indienen bij het

¹⁴² ABRvS 12 augustus 2009, LJN BJ5081.

¹⁴³ ABRvS 17 juli 2002, LJN AE 5404.

College. Het opgewekte vertrouwen bij de overtreder dient te wijken voor de in beginsel bestaande aanspraak van een derde-belanghebbende op handhaving. Het vertrouwensbeginsel kan niet in de weg staan aan een verzoek tot handhaving ingediend door een derde-belanghebbende.

Gevolgen voor bestaande bouwwerken

Illegale bouwwerken vallen tevens onder de werking van het bouwovergangsrecht. Dit betekent dat illegale bouwwerken op grond van het overgangsrecht in de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 mogen worden uitgebreid. Voor deze uitbreiding dient het College dan ook een uitbreidingsvergunning te worden verleend.

Ten opzichte van vergunningsvrij bouwen kan geconcludeerd worden dat in, aan, op of bij illegale bouwwerken niet vergunningsvrij gebouwd mag worden op grond van artikel 5 Bor. Indien hiervan wel sprake is, moet het College hiertegen handhavend optreden.

Gevolgen voor verleende vergunningen

Indien onrechtmatig vergunningen zijn verleend voor het gehele illegale bouwwerk op grond van het overgangsrecht kan het College hiertegen niet handhavend optreden op grond van het rechtszekerheidsbeginsel. De rechtbank heeft hieromtrent als volgt geoordeeld: “Zodra de bouwvergunning onherroepelijk is, brengt het rechtszekerheidsbeginsel mee, dat de vergunninghouder in principe van de bouwvergunning gebruik moet kunnen maken. Indien blijkt, dat de bouwvergunning ten onrechte is verleend, verzetten de rechtszekerheid en het belang van de vergunninghouder zich in beginsel tegen ongedaanmaking van de vergunning en het op grond daarvan gebouwde. De onrechtmatigheid lost zich dan op in schadevergoeding.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ Rb. Roermond 22 mei 2001, LJV AE 3902.

5. Conclusies en aanbevelingen

In het laatste hoofdstuk van dit onderzoeksrapport worden op basis van de onderzoeksresultaten de belangrijkste conclusies van ieder hoofdstuk weergegeven. Vervolgens zal het advies besproken worden dat aan het College van de gemeente Boxtel wordt gegeven omtrent het handhavend optreden bij legaliserend overgangsrecht. Tot slot wordt antwoord gegeven op de centrale vraag, die als volgt luidt:

“Wat is de bestuursrechtelijke en/of praktische mogelijkheid die het College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Boxtel heeft om bestaande illegale situaties op te lossen met betrekking tot overgangsrecht in bestemmingsplannen?”

5.1 Conclusies ten aanzien van hoofdstuk 2

- De vier belangrijkste handhavinginstrumenten die het College voorhanden heeft om handhavend op te treden betreffen de last onder bestuursdwang, last onder dwangsom, het intrekken van de vergunning en de bestuurlijke boete. Aangezien dit onderzoeksrapport zich toespitst op illegale situaties, is het intrekken van de vergunning geen manier om handhavend op te treden. Ook het opleggen van een bestuurlijke boete is niet het juiste handhavinginstrument voor het College, aangezien dit niet op grote schaal wordt toegepast in de ruimtelijke ordeningswetgeving.
- Indien een bestuursorgaan bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen is zij, op grond van artikel 5:32 Awb, tevens bevoegd tot het opleggen van een last onder dwangsom.
- Wettelijk gezien bestaat er voor het bevoegd gezag geen plicht om handhavend op te treden. In de jurisprudentie van de Afdeling heeft zich in de loop der jaren een beginselplicht tot handhaving gecreëerd. Onder bijzondere omstandigheden mag van handhavend optreden door het bevoegd gezag worden afgezien. Bijzondere omstandigheden doen zich voor indien er concreet zicht op legalisatie bestaat of indien handhavend optreden gezien de feitelijke omstandigheden onevenredig zou zijn. In 2011 heeft de Afdeling aanvaard dat indien een gemeente een redelijk te achten beleid voert, gemeente zich in beginsel aan dit beleid dient te houden. Indien in het beleid staat opgenomen dat aan de overtreder van een wettelijk voorschrift eerst een waarschuwing wordt gegeven alvorens tot handhavend optreden over te gaan, dient dit beleid dus gevolgd te worden.
- Naast het feit dat het College zelfstandig kan beslissen om tot handhaving over te gaan, kan er een verzoek tot handhaving worden ingediend door een derde. De derde dient echter wel belanghebbende te zijn ex artikel 2:1 Awb. Op grond van dit artikel dient aan de volgende criteria te worden voldaan:
 - ❖ er dient sprake te zijn van een eigen belang;
 - ❖ het belang dient objectief bepaalbaar te zijn;
 - ❖ het belang dient actueel te zijn;
 - ❖ het belang dient persoonlijk te zijn; en
 - ❖ de verzoeker dient rechtstreeks betrokken te zijn bij het besluit.
- Gedogen is in feite het tegenovergestelde van handhavend optreden. Het bevoegd gezag is namelijk op de hoogte van de illegale situatie, maar besluit hier niet handhavend tegen op te treden.
- Gedogen is enkel toegestaan onder de volgende voorwaarden:
 - ❖ in uitzonderingsgevallen;
 - ❖ beperkt in omvang en tijd;
 - ❖ het gedoogbesluit expliciet is geschied en er een zorgvuldige en kenbare belangenafweging heeft plaatsgevonden; en
 - ❖ het gedoogbesluit aan controle is onderworpen. Daarbij moet in acht worden genomen of de overwegingen die aan de beslissing ten grondslag lagen, nog

actueel zijn. Tevens dienen de voorwaarden die aan de gedoogbeschikking zijn verbonden gecontroleerd te worden.

5.2 Conclusies ten aanzien van hoofdstuk 3

- Overgangsrecht in bestemmingsplannen zonder uitsluitingsclausules voor illegale situaties, is naast legale situaties tevens van toepassing op illegale situaties.
- Illegale bouwwerken kunnen middels het bouwovergangsrecht worden uitgebreid, veranderd of vernieuwd, aangezien het overgangsrecht tevens van toepassing is op illegale bouwwerken. Geconcludeerd kan worden dat dit merkwaardige situaties met zich meebrengt. Enerzijds is sprake van een illegaal hoofdgebouw en anderzijds is de uitbreiding, verandering of vernieuwing middels een vergunning op grond van het overgangsrecht tot stand gekomen en daarmee rechtmatig.
- Het bouwovergangsrecht heeft geen legaliserende werking voor illegale bouwwerken. Het bouwovergangsrecht kan een vergunningsplicht uit voorheen de Woningwet niet aan de kant zetten. Het feit dat het bouwovergangsrecht tevens van toepassing is op illegale bouwwerken, betekent dus niet dat er sprake is van legaliserende werking.
- Aangezien het bouwovergangsrecht geen legaliserende werking heeft, kan het bevoegd gezag in beginsel handhavend optreden tegen illegale bouwwerken.
- Het overgangsrecht heeft legaliserende werking wat betreft illegaal gebruik van percelen. Aangezien het gebruiksovergangsrecht van toepassing is op illegaal grondgebruik, wordt hiermee het gebruik gelegaliseerd. Er is namelijk geen hogere wet- of regelgeving die het gebruik van percelen regelt middels een vergunning.
- Door tijdige wraking van het bevoegd gezag of het opnemen van een uitsluitingsclausule in het overgangsrecht kan voorkomen worden dat het illegale gebruik van percelen wordt gelegaliseerd en daarmee rechtmatig wordt.
- Het voor de tweede maal onder het overgangsrecht brengen van (illegaal) gebruik is met het oog op de strekking van het overgangsrecht slechts toegestaan indien aannemelijk is dat het gebruik binnen de planperiode zal worden beëindigd.
- In de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 is geen onderscheid gemaakt tussen legale en illegale situaties. Het overgangsrecht dat in deze twee bestemmingsplannen is opgenomen is dus tevens van toepassing op illegale situaties.
- Op grond van het overgangsrecht opgenomen in de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995, mogen illegale bouwwerken worden uitgebreid, veranderd en vernieuwd.
- Tegen het illegale gebruik van percelen kan door het College van de gemeente Boxtel niet meer handhavend worden opgetreden, aangezien dit gebruik door het overgangsrecht is gelegaliseerd.

5.3 Conclusies ten aanzien van hoofdstuk 4

- Uit de jurisprudentie blijkt dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel aanzienlijk vaker niet slaagt dan wel. Veelvoorkomende redenen daarvoor zijn dat de situaties feitelijk niet gelijk zijn, de uitspraak van een aanzienlijk oudere datum is of een ander planologisch-juridisch regime van toepassing is. Mijns inziens is er bij de situaties die in de gemeente Boxtel spelen geen sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel. Een kenmerk van het gelijkheidsbeginsel dat van belang is voor de situaties in de gemeente Boxtel, is dat het gelijkheidsbeginsel er niet toe noopt een eenmaal gemaakte fout te herhalen. Indien bij de ene partij onterecht een toezegging is gedaan dat niet handhavend zal worden opgetreden, betekent dit niet dat deze fout herhaald dient te worden bij een ander.
- De laatste jaren wordt een beroep op het vertrouwensbeginsel nauwelijks gehonoreerd, ook al heeft het gemeentebestuur enkel stilgezeten. Het reeds lang bestaan van een illegale situatie staat alsnog handhavend optreden door middel van een last onder bestuursdwang of dwangsom niet snel in de weg. De Afdeling concludeerde hieromtrent als volgt: *“Het enkele tijdsverloop, ongeacht de duur daarvan, is*

geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan het college van handhavend optreden had behoren af te zien. De enkele omstandigheid dat het college niet eerder handhavend heeft opgetreden brengt dan ook niet mee dat het college thans niet tegen de permanente bewoning van het pand op het perceel zou mogen optreden.”

- Geconcludeerd kan worden dat indien het bevoegd gezag toezeggingen doet of inlichtingen verstrekt die uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd van aard zijn er sprake is van een gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen. Een beroep op het vertrouwensbeginsel zal in die gevallen slagen. Indien blijkt dat de toezeggingen of inlichtingen gedaan zijn door een ander dan het bevoegd gezag zal het vertrouwensbeginsel niet snel in de weg staan aan handhavend optreden.
- Een gedoogbesluit zal niet snel in de weg staan aan handhavend optreden door het bevoegd gezag. De Afdeling heeft zich hieromtrent als volgt uitgesproken: *“Indien door belanghebbende derden uitdrukkelijk is verzocht om op te treden tegen een illegale situatie, kan alleen in bijzondere gevallen van handhavend optreden worden afgezien. Een gedoogbesluit staat niet in de weg aan de bevoegdheid van burgemeester en wethouders om op te treden tegen een illegale situatie.”*
- Indien het bevoegd gezag van de gemeente Boxtel een illegale situatie constateert dient zij in beginsel handhavend op te treden, met het oog op de beginselplicht tot handhaving. Daarbij dient een keuze gemaakt te worden tussen een last onder bestuursdwang en last onder dwangsom. Wanneer echter blijkt dat er sprake is van bijzondere omstandigheden, dient van handhaving te worden afgezien. Dit kan zich voordoen wanneer er concreet zicht op legalisatie is of wanneer handhavend optreden onevenredig zou zijn gezien de feitelijke omstandigheden. Schending van het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel kan ertoe leiden dat van handhavend optreden dient te worden afgezien. Een beroep op deze beginselen van behoorlijk bestuur slaagt echter vaker niet dan wel.
- Indien een derde om handhaving verzoekt, dient het opgewekte vertrouwen te wijken voor de in beginsel bestaande aanspraak van een derde-belanghebbende op handhaving. Het vertrouwensbeginsel kan derhalve geen afbreuk doen aan de aanspraak van een derde op handhaving van de overtreding.
- Geconcludeerd kan worden dat illegale bouwwerken tevens onder de werking van het bouwovergangsrecht vallen. Kijkend naar het bouwovergangsrecht van de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 betekent dit dat het illegale bouwwerk mag worden uitgebreid. Voor deze uitbreiding dient op grond van het overgangsrecht een uitbreidingsvergunning te worden verleend.
- Op grond van artikel 5 Bor kan niet vergunningsvrij gebouwd worden in, aan, op of bij een illegaal bouwwerk. Indien hiervan toch sprake is dient het College hiertegen in beginsel handhavend op te treden.
- Indien onrechtmatig vergunningen zijn verleend voor het gehele illegale bouwwerk op grond van het overgangsrecht kan het College hiertegen niet handhavend op te treden op grond van het rechtszekerheidsbeginsel. De rechtbank heeft hieromtrent als volgt geoordeeld: *“Zodra de bouwvergunning onherroepelijk is, brengt het rechtszekerheidsbeginsel mee, dat de vergunninghouder in principe van de bouwvergunning gebruik moet kunnen maken. Indien blijkt, dat de bouwvergunning ten onrechte is verleend, verzetten de rechtszekerheid en het belang van de vergunninghouder zich in beginsel tegen ongedaanmaking van de vergunning en het op grond daarvan gebouwde. De onrechtmatigheid lost zich dan op in schadevergoeding.”*

5.4 Aanbeveling/advies aan het College van de gemeente Boxtel

Aan het bevoegd gezag van de gemeente Boxtel wordt, na aanleiding van het bovenstaande, het volgende geadviseerd:

- Indien een illegale situatie zich voordoet waarop het overgangsrecht uit de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 van toepassing zijn, dient onderzocht te worden of deze situatie op grond van het huidige

bestemmingsplan gelegaliseerd kan worden. Tegen deze illegale situaties hoeft het College dan niet handhavend op te treden.

Het betreft hier situaties die gebouwd zijn zonder bouwvergunning (nu omgevingsvergunning). Er dient onderzocht te worden of deze situaties überhaupt gelegaliseerd kunnen worden op grond van het bestemmingsplan. Indien dit mogelijk is, is het uiteraard van belang dat de overtreder een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen aanvraagt. Dit dient schriftelijk door het College aan de overtreder gecommuniceerd te worden.

- Onderzoek de mogelijkheid voor de situaties die op grond van het huidige bestemmingsplan niet gelegaliseerd kunnen worden, om het bestemmingsplan te laten wijzigen of om die situaties in het volgende bestemmingsplan positief te laten bestemmen. Indien dit mogelijk is, is het ook hier van belang dat de overtreder een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen aanvraagt. Dit dient tevens aan de overtreder gecommuniceerd te worden middels een brief namens het College. Hier wordt ook geadviseerd om de illegale situatie te gedogen middels een gedoogbesluit totdat het bestemmingsplan is aangepast of de illegale situatie in het nieuwe plan positief is bestemd.

Indien er situaties overblijven die niet gelegaliseerd kunnen worden op grond van het huidige bestemmingsplan en waarvoor tevens geen mogelijkheid open staat om deze op een andere wijze te legaliseren, omdat de gemeenteraad dit niet wenselijk acht, dient besloten te worden of tegen deze situaties handhavend zal worden opgetreden. Mijns inziens dient door de gemeenteraad wel in ogenschouw te worden genomen dat zij met het overgangsrecht uit de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 heeft beoogd de illegale situaties te legaliseren. Indien de gemeenteraad besluit dat het niet wenselijk is dat het bestemmingsplan wordt aangepast of dat de illegale situaties in een nieuw bestemmingsplan positief worden bestemd, dient de gemeenteraad geconfronteerd te worden met het feit dat zij dit met de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 wel beoogde. Uiteraard dient de gemeenteraad rekening te houden met beleid van hogere instanties, zoals het provinciaal beleid.

- Indien de gemeenteraad de illegale situaties niet wil of kan legaliseren, dient besloten te worden of tegen de illegale situaties handhavend wordt opgetreden. In beginsel dient handhavend te worden opgetreden. Zoals uitgebreid aan bod is gekomen in voorgaande hoofdstukken moet onder bijzondere omstandigheden van handhavend optreden worden afgezien. Daarnaast kan in enkele gevallen het vertrouwensbeginsel aan zelfstandig handhavend optreden in de weg staan. Enkel wanneer het College toezeggingen heeft gedaan, kan daaraan door de overtreder het gerechtvaardigde vertrouwen zijn opgewekt dat van handhavend optreden zal worden afgezien. Er dient dus geïnventariseerd te worden aan welke overtreders middels een toezegging door het College kenbaar is gemaakt dat van handhavend optreden zal worden afgezien. Tegen de illegale situaties van overtreders met een dergelijke toezegging kan het College niet zelfstandig handhavend op te treden, aangezien dit bij de rechter (hoogstwaarschijnlijk) niet wordt gehonoreerd.

In die gevallen waarin geen sprake is van het vertrouwensbeginsel dat geschonden is, dient er in beginsel handhavend te worden opgetreden. De situatie is denkbaar dat het College van de gemeente Boxtel het liefst niet zelfstandig handhavend optreedt. Mijns inziens zal hierbij een politiek aspect meespelen. Indien naar buiten komt dat het College het overgangsrecht jarenlang onjuist heeft geïnterpreteerd, zal dit hoogstwaarschijnlijk negatieve aandacht opleveren. Wanneer niemand een verzoek om handhaving doet, heeft naar mijn mening niemand moeite met de situatie zoals hij nu is. Geadviseerd wordt dan ook om niet zelfstandig handhavend op te treden. In overleg gaan met de overtreder en de eventuele derden die hinder ondervinden van de illegale situaties is mijns inziens geen optie. Waarom zou je slapende honden wakker maken?

Indien echter een derde om handhaving verzoekt, heeft het College in beginsel geen andere keuze dan handhavend op te treden. De derde heeft met eventuele gewekte verwachtingen gedaan door het College aan de overtreder in feite niets te maken. Ook indien de gemeente Boxtel politiek gezien negatief in het nieuws zal komen, dient in beginsel handhavend te worden opgetreden indien daarom verzocht wordt. Geadviseerd wordt om in die gevallen waarin een derde verzoekt om handhaving een gesprek aan te gaan met de overtreder en de derde. Daarmee wordt het handhavingsbeleid van de gemeente Boxtel gevolgd. In dit gesprek kan de situatie aan beide partijen worden toegelicht, waarmee een oplossing gezocht kan worden. Blijkt dat de partijen niet tot een oplossing geraken, dient het college alsnog het verzoek tot handhaving toe te wijzen en op te treden tegen de illegale situatie. Er dient dan een keuze gemaakt te worden tussen het opleggen van een last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom.

5.5 Antwoord op de centrale vraag

“Wat is de bestuursrechtelijke en/of praktische mogelijkheid die het College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Boxtel heeft om bestaande illegale situaties op te lossen met betrekking tot overgangsrecht in bestemmingsplannen?”

Illegale situaties vallen tevens als legale situaties onder de werking van het overgangsrecht indien zij daar niet van is uitgesloten middels een uitsluitingsclausule. Voor de situaties in de gemeente Boxtel betekent dit, dat op de illegale situaties die onder het bestemmingsplan Buitengebied Boxtel 1994 of Buitengebied Liempde 1995 vallen, het overgangsrecht van dat bestemmingsplan van toepassing is. Voor het gebruiksovergangsrecht heeft dit tot gevolg dat illegaal grondgebruik is gelegaliseerd. Het illegale grondgebruik is door het overgangsrecht gelegaliseerd, waardoor hiertegen niet meer handhavend kan worden opgetreden. Ten aanzien van het bouwovergangsrecht kan geconcludeerd worden dat er geen sprake is van legaliserende werking, aangezien het overgangsrecht een vergunningsplicht uit (voorheen) de Woningwet niet aan de kant kan zetten. De illegale bouwwerken die onder het bouwovergangsrecht vallen, blijven dus illegaal. Tegen deze illegale bouwwerken blijft de mogelijkheid bestaan om handhavend op te treden. Het College van de gemeente Boxtel heeft in principe een beginselplicht tot handhaving. Onder bijzondere omstandigheden kan van handhaving worden afgezien. Bijzondere omstandigheden doen zich voor indien er concreet zicht op legalisatie bestaat of indien handhavend optreden gezien de feitelijke omstandigheden onevenredig zou zijn. In 2011 heeft de Afdeling aanvaard dat indien een gemeente een redelijk te achten beleid voert, gemeente zich in beginsel aan dit beleid dient te houden. In het handhavingsbeleid van de gemeente Boxtel is opgenomen dat voorafgaand aan handhavend optreden een waarschuwing gegeven dient te worden, tenzij er sprake is van een spoedeisendheid. Zoals blijkt uit de jurisprudentie van de Afdeling kan het vertrouwensbeginsel in de weg staan aan handhavend optreden indien er door het College toezeggingen zijn gedaan of inlichtingen zijn verstrekt die uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd zijn. In een aantal gevallen in de gemeente Boxtel is sprake van zo een dergelijke toezegging. In die gevallen zal zelfstandig handhavend optreden niet redelijk zijn en een besluit daartoe zal mijns inziens geen stand houden bij de Afdeling, kijkend naar eerdere uitspraken van de Afdeling.

Indien een derde een verzoek tot handhaving doet, dient het opgewekte vertrouwen echter te wijken voor de in beginsel bestaande aanspraak van een derde-belanghebbende op handhaving. Het College van de gemeente Boxtel zal in beginsel dus handhavend op moeten treden, indien een derde daar uitdrukkelijk om verzoekt.

Het feit dat illegale bouwwerken tevens onder de werking van het overgangsrecht vallen, brengt juridisch gezien met zich mee dat een illegaal bouwwerk op grond van dat overgangsrecht mag worden uitgebreid. Voor deze uitbreiding dient op grond van het overgangsrecht een uitbreidingsvergunning te worden verleend. Tegen deze uitbreiding zelf kan uiteraard niet handhavend worden opgetreden, aangezien zij vergund is.

Ten aanzien van vergunningsvrij bouwen in, aan, op of bij een illegaal bouwwerk kan geconcludeerd worden dat ex artikel 5 Bor wettelijk niet is toegestaan. Indien hiervan sprake is dient het College van de gemeente Boxtel hiertegen in beginsel handhavend op te treden. Tot slot kan het College, indien onrechtmatig vergunningen zijn verleend voor het gehele illegale bouwwerk op grond van het overgangsrecht hiertegen niet handhavend optreden, aangezien het rechtszekerheidsbeginsel zich tegen handhavend optreden verzet. De rechtbank heeft hieromtrent als volgt geoordeeld: “Zodra de bouwvergunning onherroepelijk is, brengt het rechtszekerheidsbeginsel mee, dat de vergunninghouder in principe van de bouwvergunning gebruik moet kunnen maken. Indien blijkt, dat de bouwvergunning ten onrechte is verleend, verzetten de rechtszekerheid en het belang van de vergunninghouder zich in beginsel tegen ongedaanmaking van de vergunning en het op grond daarvan gebouwde. De onrechtmatigheid lost zich dan op in schadevergoeding.”

Geadviseerd wordt om met illegale situaties volgens onderstaand stappenplan om te gaan:

1. Indien een illegale situatie zich voordoet waarop het overgangsrecht uit de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995 van toepassing zijn, dient onderzocht te worden of deze situatie op grond van het huidige bestemmingsplan gelegaliseerd kan worden.
2. Inventariseer welke illegale situaties op grond van het huidige bestemmingsplan gelegaliseerd kunnen worden. Aan de overtreder van deze situaties dient middels een brief namens het College kenbaar te worden gemaakt dat zij een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen in moeten dienen.
3. Indien de situaties op grond van het huidige bestemmingsplan niet gelegaliseerd, dient het College aan de gemeenteraad het voorstel te doen tot wijziging van het huidige bestemmingsplan of het positief bestemmen van de illegale situatie in het nieuwe bestemmingsplan. Blijkt dat de gemeenteraad dit niet wil, dient zij geconfronteerd te worden met de bestemmingsplannen Buitengebied Boxtel 1994 en Buitengebied Liempde 1995. In die bestemmingsplannen heeft zij blijkbaar gewild dat zowel legale als illegale situaties onder het overgangsrecht van die bestemmingsplannen vielen, dus dit kan als een extra argument gebruikt worden om de illegale situaties (op den duur) te legaliseren.
4. Indien de gemeenteraad de illegale situaties niet wil legaliseren en er geen sprake is van legalisatie op grond van het huidige bestemmingsplan, dient in beginsel handhavend te worden opgetreden. In die gevallen waarin het College geen toezeggingen heeft gedaan aan de overtreder dat niet zal worden opgetreden, kan het College in beginsel zelfstandig handhavend optreden. Geadviseerd wordt om in eerste instantie niet zelfstandig handhavend op te treden. Indien niemand om handhaving verzoekt, heeft niemand er blijkbaar hinder van.
5. Indien door een derde wordt verzocht om handhavend op te treden dient hier in beginsel gehoor aan te worden gegeven. Geadviseerd wordt om eerst, zoals ook in het handhavingsbeleid van de gemeente Boxtel staat genoemd, in overleg te treden met de overtreder en de verzoeker om tot een informele oplossing te geraken.
6. Wanneer blijkt dat er niet tot een oplossing gekomen kan worden, dient het College aan het verzoek tot handhaving gehoor te geven en dient zij derhalve handhavend op te treden.

6. Evaluatie

In het laatste hoofdstuk van dit onderzoek wordt een terugblik gegeven op de afgelopen drie maanden. Het totale verloop van het onderzoek wordt besproken aan de hand van een tweetal evaluaties. De eerste evaluatie heeft betrekking op het eindproduct en de tweede evaluatie staat in het teken van het proces.

Evaluatie betreffende het eindproduct

Dit onderzoek is hoofdzakelijk gericht op de mogelijkheid tot handhavend optreden door het College bij illegale situaties. Alvorens deze mogelijkheid uit te werken, is allereerst middels het wettelijk kader het onderzoek juridisch afgebakend. Vervolgens is in hoofdstuk 4 ingegaan op de mogelijkheid tot handhavend optreden, bekeken vanuit verschillende situaties. Met het juridisch kader inclusief het hoofdstuk met de gevolgen voor handhavend optreden is antwoord gegeven op de centrale vraag. De vragen die het College van de gemeente Boxtel had aan het begin van het onderzoek, zij middels dit onderzoek beantwoord. Het doel van het onderzoek, om antwoord te krijgen op de vragen genoemd in de probleembeschrijving van dit onderzoek, is dus behaald.

Evaluatie betreffende het proces

De eerste weken van het onderzoek stonden in het teken van het opstellen van een onderzoeksplan. Dit onderzoeksplan is van grote betekenis geweest voor de rest van het onderzoek en is gedurende het onderzoek dan ook gevolgd. De centrale vraag is van het begin tot het eind van het onderzoek ongewijzigd gebleven. Gedurende het onderzoek is de structurering van de hoofdstukken een enkele maal gewijzigd. Uiteindelijk is in overleg met de heer B. van de Staak tot een heldere hoofdstukindeling gekomen.

Om de centrale vraag juridisch correct te kunnen beantwoorden, zijn wel wat hindernissen overwonnen. Het onderwerp van de scriptie was vrij pittig, aangezien de literatuur en jurisprudentie lastig te doorgronden waren. Uiteindelijk is het met doorzettingsvermogen toch gelukt om tot beantwoording van de centrale vraag te komen.

Bronnenlijst

Bestemmingsplannen

Bestemmingsplan Buitengebied Boxtel 1994

Bestemmingsplan Buitengebied Liempde 1995

Elektronische bronnen

<www.bestuurlijkehandhaving.blogspot.nl>

Jaap IJdema, 'Handhaving artikel 2.3a lid 1 Wabo; oude jurisprudentie voortgezet' <<http://bestuurlijkehandhaving.blogspot.nl/2013/01/handhaving-artikel-23a-lid-1-wabo-oude.html>>, voor het laatst geraadpleegd op: 18 mei 2013.

<www.rekenkamer.nl>

'Handhaven en gedogen' <http://www.rekenkamer.nl/Publicaties/Onderzoeksrapporten/Introducties/2005/03/Handhaven_en_gedogen>, voor het laatst geraadpleegd op: 24 april 2013.

<www.ro-web.nl>

'Onderdelen bestemmingsplan', <<http://www.ro-web.nl/2010/01/onderdelen-bestemmingsplan/>>, voor het laatst geraadpleegd op: 28 april 2013.

<www.stab.nl>

Valérie van 't Lam, 'Handhaving in het milieurecht: wanneer mag het bevoegd gezag afzien van handhavend optreden en wie is de overtreder?' <http://www.stab.nl/stab/public/stab/generic/home/content.aspx?action=View&folder_id=27&id=2296&LangType=1043&callerpage=content.aspx&origurl=action%3DViewContentByCategory%26id%3D27>, voor het laatst geraadpleegd op: 28 april 2013.

<www.vng.nl>

'Factsheet handhavingsskwesties' http://www.vng.nl/files/vng/vng/Documenten/Extranet/Gemeenterecht/2010/20101025%20_%20Factsheet%20HandhavingsskwestiesJB.pdf, voor het laatste geraadpleegd op: 1 mei 2013.

<www.wetenschap.infonu.nl>

'Bestuursrecht: het leerstuk van handhaving' <<http://wetenschap.infonu.nl/recht-en-wet/29299-bestuursrecht-het-leerstuk-van-handhaving.html>>, voor het laatst geraadpleegd op: 2 mei 2013.

Jurisprudentie

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

ABRvS 21 december 1993, *BR* 1994, p. 391

ABRvS 15 april 1996, *BR* 1996, p. 571

ABRvS 13 mei 1997, *BR* 1997, p. 830

ABRvS 2 februari 1998, *AB* 1998, 181 (gemeente Lisse)

ABRvS 1 september 1998, *AB* 1999, 29

ABRvS 17 augustus 1999, *Gst.* 7113, 5

ABRvS 6 september 1999, *AB* 2000, 149

ABRvS 23 juni 2000, *AB* 2001, 8 met noot van A.A.J. De Gier

ABRvS 22 februari 2001, *Gst.* 7141, 5

ABRvS 10 juli 2001, *AB* 2001, 411

ABRvS 10 juli 2001, *Gst.* 7155, 3 m.nt. A.G.A. Nijmeijer

ABRvS 17 juli 2002, *LJN* AE 5404
ABRvS 31 juli 2002, *AB* 2003, 188 (vertrouwensbeginsel)
ABRvS 2 oktober 2002, *AB* 2003, 266 (Roerdalen)
ABRvS 19 februari 2003, *AB* 2003, 140 (Terschelling)
ABRvS 23 juni 2004, *AB* 2004, 274 m.nt. J.J. Fokke
ABRvS 7 juli 2004, *LJN* AP8242 (beginselplicht tot handhaving)
ABRvS 10 november 2004, *LJN* AR5459 (Utrecht voordorp)
ABRvS 30 maart 2005, *AB* 2005, 176
ABRvS 14 september 2005, *AB* 2005, 409 (gelijkheidsbeginsel)
ABRvS 5 april 2006, *LJN* AV8621
ABRvS 9 april 2008, *LJN* BC9056
ABRvS 25 juni 2008, *LJN* BD5380
ABRvS 26 november 2008, *LJN* BG5339
ABRvS 26 november 2008, *LJN* BG 5360
ABRvS 4 maart 2009, *Gst.* 2009, 50
ABRvS 1 juli 2009, *LJN* BJ1123
ABRvS 19 juli 2009, *LJN* BJ5535
ABRvS 12 augustus 2009, *LJN* BJ5081
ABRvS 21 juli 2010, *LJN* BN1883
ABRvS 17 maart 2010, *LJN* BL7766
ABRvS 5 oktober 2011, *LJN* BT6683 (beginselplicht tot handhaving)
ABRvS 8 februari 2012 (tweede maal onder overgangsrecht)
ABRvS 27 december 2012, *LJN* BY7345
ABRvS 9 januari 2013, *LJN* BY7993

Kroon

KB 21 maart 1980, nr. 17, *BR* 1980, p. 610 (Wateringen)
KB 7 juni 1983, nr. 30, *BR* 1983, p. 709 (Oosterhout)
KB 21 mei 1986, nr. 63, *BR* 1986, p.761 (legaliserende werking overgangsrecht)
KB 22 mei 1991, nr. 4525, *BR* 1991, p. 698, m.nt. H.H. Bod (legaliserende werking overgangsrecht)
KB 6 februari 1992, *BR* 1992, p. 459 (Roermond)

Rechtbank

Rb. Roermond 22 mei 2001, *LJN* AE 3902
Rb. Utrecht 26 augustus 2011, *LJN* BR6029

Kamerstukken

Kamerstukken II 1996/97, 25 085 nr. 2 (Nota gedogen in Nederland: 'Grenzen aan gedogen')
Kamerstukken II 2001/02, 28 271 nrs. 1-2.
Kamerstukken II 2003/04, 29 392 nr. 3 (Wijziging van de Woningwet)
Kamerstukken II 2004/05, 30 050 nr. 2

Literatuur

Addink 1999

G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999

Ten Berge & Michiels 2001

J.B.J.M. ten Berge & F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid*, Universiteit van Utrecht

Van Buuren, De Gier, Nijmeijer & Robbe 2010

P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010

Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011.

Dijkstra & De Weijer 2001

O.A. Dijkstra & W.A. de Weijer, *Ruimtelijke ordening en volkshuisvesting*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2001

Van Geest & Hödl 2002

H. J. A. M. van Geest, P. J. Hödl, *Wet op de ruimtelijke ordening*, Deventer: Kluwer 2002.

Koeman, Nijmeijer & Uylenburg 2010

N.S.J. Koeman, A.G.A. Nijmeijer & R. Uylenburg, *Wet algemene bepalingen omgevingsrecht Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.

Michiels 2004

F.C.M.A. Michiels, *Staats- en bestuursrecht*, Universiteit Utrecht: Kluwer 2004.

Michiels 2009

F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009

Michiels & Muller 2006

F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving; Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006

Schlossels 2004

R.J.N. Schlossels, *Monografieën Awb, de belanghebbende*, Deventer: Kluwer 2004.

Timmer 2009

W.W. Timmers, *Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2009

Vermeer 2010

F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen*, Deventer: Kluwer 2010

Scripties**Munneke 2011**

C. Munneke, *Overgangsrecht in bestemmingsplannen; staat er wat er staat?*, Utrecht: Universiteit van Utrecht 2011.

Van de Staak 2011

B.A.P. van de Staak, *Illegaal gebouwd, maar heeft u er écht last van? Een onderzoek naar handhaving van bouwvoorschriften bij burenruzies*, Tilburg: Juridische Hogeschool 2011.