

De handhaving van de Natuurbeschermingswet 1998

'Interim-uitbreiders': handhaven of gedogen?



Auteur Emerald de Leeuw
Studentnummer 2024294

Vak Afstudeerstage

Afstudeerdocent I Dhr. mr. R.G.M. Ritzen
Afstudeerdocent II Dhr. mr. J. D. Wesseling

Stagementor Dhr. mr. B.F. Algera

's-Hertogenbosch, mei 2012

In opdracht van:

Provincie Noord-Brabant



De handhaving van de Natuurbeschermingswet 1998

'Interim-uitbreiders': handhaven of gedogen?



Auteur	Emerald de Leeuw
Studentnummer	2024294
Vak	Afstudeerstage
Afstudeerdocent I	Dhr. mr. R.G.M. Ritzen
Afstudeerdocent II	Dhr. mr. J. D. Wesseling
Stagementor	Dhr. mr. B.F. Algera
Opdrachtgever	de provincie Noord-Brabant
Contactpersoon	Dhr. mr. B.F. Algera
	's-Hertogenbosch, mei 2012

In opdracht van:

Provincie Noord-Brabant



Voorwoord

Dit onderzoeksrapport, tevens mijn afstudeerscriptie, is geschreven in het kader van mijn afstudeerstage bij de provincie Noord-Brabant. De stage is de laatste fase van mijn opleiding hbo-rechten die ik volg aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys, te Tilburg.

Het doel van dit onderzoek was om meer duidelijkheid te verschaffen over de handhavingspraktijk, binnen de provincie Noord-Brabant, ten aanzien van een bepaalde categorie overtreders van de Natuurbeschermingswet 1998. Deze overtreders worden aangeduid als 'interim-uitbreiders'. Er worden binnen de provincie veel problemen ondervonden bij de toezicht en handhaving ten aanzien van deze categorie overtreders. Zo bestaan er onduidelijkheden door de formulering van de wet-en regelgeving. Daarnaast dragen feitelijke problemen bij aan de (on)uitvoerbaarheid van de voorschriften. Ik heb onderzocht wanneer er handhavend dient te worden opgetreden tegen interim-uitbreiders, en wanneer er eventueel gedoogd kan worden. De conclusies van dit onderzoek dienen meer houvast te geven in de handhavingspraktijk van de provincie Noord-Brabant.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om een aantal personen te bedanken voor hun hulp en begeleiding. Ten eerste mijn stagementor: Bauke Algera, voor zijn goede begeleiding, en voor het feit dat hij voldoende vertrouwen had in mijn vaardigheden om mij dit onderzoek te laten verrichten. Gelet op de moeilijkheidsgraad was de stageplaats eigenlijk bedoeld voor een masterstudent. Ten tweede Maarten van der Stappen, die altijd klaar stond om mijn vragen te beantwoorden. Ten derde mevr. Dr. A.C.M. Meuwese, universitair hoofddocent aan de Universiteit van Tilburg. Zij heeft mij in contact gebracht met de provincie Noord-Brabant, en dit leidde ertoe dat ik (na een lange zoektocht) een afstudeerstage vond.

Last but not least mijn afstudeerdocenten: Ron Ritzen en Joe Wesseling die mij uitstekend hebben begeleid bij het schrijven van dit rapport. De oprechte interesse, en het oog voor detail van Ron Ritzen, stimuleerde mij om nogmaals met een kritische blik naar mijn werk te kijken. Het resultaat is een scriptie die ik met een tevreden gevoel kan overhandigen aan zowel de Provincie Noord-Brabant, als aan de Juridische Hogeschool.

Emerald de Leeuw

's-Hertogenbosch, mei 2012

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

Verklarende woordenlijst

1. Inleiding	1
2. De achtergrond van de problematiek	3
2.1. De historie van de Habitatrichtlijn en de NBW	3
2.2. De categorie interim-uitbreiders	4
2.3. Natuurbeschermingswet: geen (concept-)beheerplannen	5
2.4. Natuurbeschermingswet: verschillende referentiedata	6
2.5. Stikstofverordening: meldingsplicht en geen depositiebank	6
2.6. Stikstofverordening: geen 'voorziening'	7
2.7. Habitatrichtlijn niet tijdig omgezet	7
2.8. Eventuele toezeggingen/ gewekte verwachtingen	8
2.9. Conclusie	9
3. Handhaving is het uitgangspunt	10
3.1. De beginselplicht tot handhaving	10
3.2. De 'beginsel-aanspraak' op handhaving van derde-belanghebbenden	13
3.3. De handhavingsplicht uit het recht van de Europese Unie	13
4. Het gedoogbegrip	14
4.1. Een definitie van gedogen	14
4.2. Omstandigheden die gedogen kunnen rechtvaardigen	15
5. Situaties waarin gedoogd kan worden	17
5.1. Overgangssituaties	17
5.1.1. Concreet uitzicht op legalisatie	17
5.1.2. Tijdelijke en incidentele overtredingen	19
5.2. Zwaarwegende andere belangen & aperte onevenredigheid	19
5.3. Een gering handhavingsbelang	21
5.4. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	21
5.4.1. Het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel	21
5.4.2. Het gelijkheidsbeginsel	22
5.5. Gedogen en de handhavingsplicht uit het EU-recht	23
5.5.1. Absolute onmogelijkheid	24
5.5.2. Buitengewoon disproportioneel	24
5.6. Conclusie	25
6. Interim-uitbreiders; handhaven of gedogen?	26
6.1. De EU-rechtelijke handhavingsplicht geldt voor interim-uitbreiders	26
6.2. De gevolgen van de nationaalrechtelijke 'handhavingsplicht'	27
6.2.1. Overgangssituaties	27
6.2.2. Legalisering, tijdelijke en incidentele overtredingen	28
6.3. Zwaarwegende belangen, aperte onevenredigheid	29
6.4. Gering handhavingsbelang	29

6.5.	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	30
6.6.	Conclusie	31
7.	De consequenties van gedogen	33
7.1.	Consequenties van het gedogen van schendingen van het EU-recht	33
7.1.1.	Verdragsinbreukprocedure	33
7.1.2.	Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten	34
7.1.3.	Schadevergoeding	34
7.2.	Gevolgen van gedogen naar Nederlands recht	34
7.2.1.	Nadeelcompensatie	34
7.2.1.1.	Nadeelcompensatie op grond van het vertrouwensbeginsel	35
7.2.1.2.	Nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel	36
7.2.2.	Onzuivere en zelfstandige schadebesluiten	37
7.2.3.	Schadevergoeding op grond van artikel 8:73 Awb	37
7.3.	Handhavingsverzoeken en gerechtelijke vernietiging	38
7.4.	Conclusie	39
8.	Gedogen vanuit een staatsrechtelijk perspectief	41
8.1.	Zit de rechter op de stoel van de wetgever?	41
8.2.	Is er nog wel een stoel voor de wetgever?	42
9.	Conclusies	44
9.1.	De oorzaken van de problematiek	44
9.2.	De rol van GS in het ontstaan van de overtredingen	44
9.3.	Handhavend optreden is het uitgangspunt	45
9.4.	Het EU-recht verplicht GS tot handhaving	46
9.5.	Het Nederlandse recht verplicht GS tevens tot handhaving	46
9.6.	De mogelijke consequenties van gedogen	48
9.6.1.	EU-recht: de verdragsinbreukprocedure en het wetsvoorstel NERpe	48
9.6.2.	Nederlands recht: nadeelcompensatie, schadevergoeding en efficiëntie	48
10.	Aanbevelingen	50
10.1.	Handhavend optreden, tenzij vergunningverlening mogelijk is	50
10.2.	Aanpassen: 'Beleidsregels grenzen aan gedogen Noord-Brabant 2001'	50
10.3.	Aanpassen: artikel 24 en artikel 36 van de Stikstofverordening	51
10.4.	Beheerplannen opstellen en de depositiebank toegankelijk maken	51
10.5.	Ontvankelijke handhavingsverzoeken toewijzen	52
10.6.	Onderzoek naar correspondentie in verband met nadeelcompensatie	52
	Literatuurlijst	54
	Jurisprudentielijst	57
	Bijlagen:	
1.	Onderzoeksplan	
2.	Relevante artikelen uit de Natuurbeschermingswet 1998	
3.	Relevante artikelen uit de Verordening stikstof en Natura 2000 Noord-Brabant	
4.	'Beleidsregels grenzen aan gedogen Noord-Brabant 2001'	
5.	Relevante artikelen uit de Habitatrichtlijn	
6.	Relevante artikelen uit de Vogelrichtlijn	

Samenvatting

Aanleiding

De aanleiding van het onderzoek is een verzoek van de provincie Noord-Brabant om meer duidelijkheid te verschaffen over de handhavingspraktijk ten aanzien van een bepaalde categorie overtreders van de Natuurbeschermingswet 1998. Deze categorie wordt binnen de provincie Noord-Brabant aangeduid als 'interim-uitbreiders'¹ of 'interim-bedrijven'. Binnen het huidige wettelijke kader is het niet mogelijk om de interim-bedrijven te legaliseren. De instrumenten uit de Natuurbeschermingswet 1998 (NBW) die kunnen leiden tot legalisatie, blijken in de praktijk, ten aanzien van de interim-bedrijven, niet bruikbaar. De problematiek van de interim-uitbreiders bestaat eruit dat zij illegaal in werking zijn, en dat vooralsnog onduidelijk is of, tot welk niveau, hoe en wanneer zij gelegaliseerd worden. Daarnaast wordt er momenteel niet handhavend opgetreden tegen de interim-bedrijven. De onrechtmatige situatie blijft daardoor in stand. Op basis van dit probleem is de volgende probleemstelling geformuleerd:

'Onder welke omstandigheden dienen Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Brabant handhavend op te treden tegen agrarische bedrijven, die vallen onder de categorie interim-uitbreiders, die niet voldoen aan de vergunningplicht van de Natuurbeschermingswet en de meldingsplicht die voortvloeit uit de Stikstofverordening?'

Doelstelling

De doelstelling is om op 23 mei 2012, door middel van een onderzoeksrapport, een advies uitbrengen aan de provincie Noord-Brabant over de handhaving van de Natuurbeschermingswet 1998 en de daarop gebaseerde Stikstofverordening, gelet op de situatie van interim-uitbreiders, zodat het handhavingsbeleid conform de huidige wet-en regelgeving en jurisprudentie kan worden aangepast.

Methoden van onderzoek

Om antwoord te kunnen geven op de vraag is juridisch bronnenonderzoek verricht. De resultaten die gebaseerd zijn op provinciale verordeningen zijn slechts intern valide. Zij gelden immers alleen voor de provincie Noord-Brabant. De resultaten van het onderzoek naar hogere wet- en regelgeving en jurisprudentie zijn zowel intern als extern valide. Het gaat hier namelijk om algemeen verbindende voorschriften en uitspraken van rechters, die hebben bindende kracht voor een ieder. Wanneer de huidige wet- en regelgeving en jurisprudentie opnieuw wordt onderzocht, zullen dezelfde antwoorden worden gevonden. De resultaten zijn dus consistent, hierdoor kan het onderzoek als betrouwbaar worden aangemerkt.

Conclusies

Voor de interim-uitbreiders geldt dat zij vergunningplichtig zijn op grond van wetgeving die gebaseerd is op twee Europese richtlijnen². Op grond van de verstreckende handhavingsplicht die voortvloeit uit het recht van de Europese Unie (EU-recht) dienen GS handhavend op te treden tegen interim-uitbreiders. Ook de nationaalrechtelijke 'beginselplicht tot handhaving' leidt tot de conclusie dat ten aanzien van de interim-uitbreiders handhavend dient te worden opgetreden. De enige uitzondering wordt gevormd door de groep interim-uitbreiders die met hun emissie gelijk of onder die van de toepasselijke referentiedatum zijn gebleven. Deze interim-bedrijven kunnen in beginsel worden

¹ Veehouderijbedrijven die in de periode vanaf 7 december 2004 ("referentiedatum" genoemd in artikel 19kd NBW) t/m 15 juli 2010 (datum inwerkingtreding Stikstofverordening) zijn uitgebreid met een toename van stikstofdepositie op een of meerdere Natura 2000 gebieden tot gevolg.

² De NBW is namelijk gebaseerd op de Habitat-en Vogelrichtlijn.

gelegaliseerd door middel van vergunningverlening. Als er een vergunning wordt verleend, is er geen sprake meer van een situatie die in strijd is met EU-rechtelijke of nationaalrechtelijke normen.

Aanbevelingen

De artikelen 24 en 36 van de Stikstofverordening zijn in de praktijk niet uitvoerbaar. Artikel 24 van de Stikstofverordening verwijst voor saldering van de (vergroete) depositie naar de depositiebank, die momenteel niet toegankelijk is. Om saldering mogelijk te maken dient de depositiebank toegankelijk worden. Het beschikbare saldo moet worden vastgesteld, zodat gecalculeerd kan worden of het mogelijk is om bepaalde toenames in de depositie van (uitgebreide) bedrijven te vereffenen met de afnamen van de depositie van bedrijven die geheel of gedeeltelijk met de bedrijfsvoering zijn gestopt. Op deze wijze kunnen meer bedrijven worden gelegaliseerd.

Artikel 36 van de Stikstofverordening spreekt van een 'voorziening' om tot legalisatie van de interim-bedrijven te komen. Het woord 'voorziening' verwijst naar de opname van de bedrijfsactiviteiten in beheerplannen, of naar legalisatie door middel van (collectieve) saldering. Het is tijdens dit onderzoek duidelijk geworden dat de beheerplannen voor de beschermde gebieden binnen de provincie Noord-Brabant niet binnen afzienbare termijn zullen worden opgesteld door GS. Bovendien is saldering momenteel niet mogelijk, doordat de depositiebank niet toegankelijk is. Beide artikelen verwijzen dus naar instrumenten en maatregelen die onder de huidige omstandigheden niet kunnen worden toegepast. Totdat deze instrumenten daadwerkelijk kunnen worden aangewend, zijn beide artikelen onuitvoerbaar en dienen zij te vervallen, of zodanig te worden gewijzigd dat zij niet langer verwijzen naar ontoegankelijke voorzieningen.

GS zijn verplicht om beheerplannen vast te stellen voor de beschermde gebieden. Dat volgt uit artikel 19a lid 1 NBW. Deze plicht is gebaseerd op twee Europese richtlijnen. Het is raadzaam om aan deze verplichting te voldoen, gezien de (financiële) gevolgen die een schending van de EU-rechtelijke verplichting met zich mee kan brengen.

Wanneer GS een schending van een EU-rechtelijke verplichting constateren moeten zij afzien van de toepassing van het provinciale gedoogbeleid. Dit geldt ook voor de constatering van een overtreding van een nationaalrechtelijke norm, die tevens een schending van een EU-rechtelijke verplichting vormt, zoals het geval is bij de overtredingen van de NBW door de interim-bedrijven. Het EU-recht biedt immers (nog) minder ruimte om te gedogen. Artikel 2, lid 3, van het gedoogbeleid dient daarom te worden aangevuld met een 'sub c' waarin wordt opgenomen dat GS toch tot handhaving overgaan als de overtreding in kwestie (mede) een schending van een EU-rechtelijke norm inhoudt. In die gevallen is het dus niet van belang of al dan niet aan de vereisten van artikel 2 lid 1 en lid 2 van het gedoogbeleid wordt voldaan. GS zijn namelijk verplicht om handhavend op te treden wanneer een EU-rechtelijke verplichting wordt geschonden, er mag dan geen gedoogbeleid worden toegepast.

In meer algemene zin is het raadzaam om terughoudend te zijn met de toepassing van het gedoogbeleid, ook wanneer er alleen sprake is van een overtreding van een nationaalrechtelijke norm. Uit de jurisprudentie, afkomstig van de ABRvS, blijkt namelijk dat het gedogen van onrechtmatige situaties niet vaak gerechtvaardigd kan worden. Daarnaast is het van belang dat het gedoogbeleid van de provincie Noord-Brabant gebaseerd is op twee beleidsstukken die in de jaren negentig door de centrale overheid zijn opgesteld, namelijk: Gezamenlijk beleidskader inzake het terugdringen van het gedogen van milieuovertredingen³ en de kabinetsnota Grenzen aan gedogen⁴. In het laatstgenoemde beleidsstuk benadrukt het kabinet dat het bestuurorgaan terughoudend, zorgvuldig en verantwoord gebruik moet maken van de mogelijkheid om te gedogen, zodat gedogen

³ Kamerstukken II 1991/92, 22 343, nr. 2.

⁴ Kamerstukken II 1996/97, 25 085, nrs. 1-2.

daadwerkelijk beperkt blijft tot uitzonderingsgevallen⁵. Het is aan te bevelen (en consequent) dat de wijze waarop het provinciale gedoogbeleid wordt toegepast, aansluit bij de kabinetsnota.

⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2, p. 8.

Lijst van afkortingen

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Barim	Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer.
BW	Burgerlijk Wetboek
Chw	Crisis-en herstelwet
De Commissie	de Europese Commissie
Evaluatiecommissie	Evaluatiecommissie Wet milieubeheer
EU-recht	het recht van de Europese Unie
Het college	het college van Burgemeester en Wethouders (van welke gemeente volgt uit de desbetreffende paragraaf)
HvJ	Het Hof van Justitie van de Europese Unie
IPO	Interprovinciaal Overleg
NBW	Natuurbeschermingswet 1998
NErpe	wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten
Provw	Provinciewet
R.o.	Rechtsoverweging
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wm	Wet milieubeheer
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening (de voorganger van de huidige Wet ruimtelijke ordening)
Wro	Wet ruimtelijke ordening

Verklarende woordenlijst

In dit onderzoeksrapport worden begrippen gehanteerd die een nadere toelichting vereisen. Deze woordenlijst heeft als doel dit rapport begrijpelijk(er) te maken voor de lezer die niet (geheel) bekend is met de problematiek die in deze scriptie wordt besproken en de wet-en regelgeving die in dit onderzoek centraal staat.

Beheerplan	Een plan waarin wordt vastgelegd wat er nodig is om de duurzame staat van instandhouding van natuurwaarden te behouden of te ontwikkelen. Daarnaast wordt beschreven wat aan beheerders, gebruikers en andere belanghebbenden wel en niet is toegestaan in het gebied ⁶ .
Depositiebank	Het registratie- en monitoringsysteem met betrekking tot de afname van de N-depositie van veehouderijbedrijven, voor zover deze afname beschikbaar is voor saldering, als bedoeld in artikel 1, sub d, Stikstofverordening. De depositiebank is niet verplicht op grond van de NBW, maar is door GS ingesteld zodat kan worden geregistreerd wanneer saldering mogelijk is. Op deze wijze kunnen bepaalde bedrijfsuitbreidingen toch plaatsvinden, ondanks het feit dat de uitbreiding leidt tot een vergrote depositie door het uitgebreide bedrijf (zie het begrip 'saldering').
Habitatrichtlijn	Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG L 206).
Interim-uitbreiders	Veehouderijbedrijven die in de periode vanaf 7 december 2004 ("referentiedatum" genoemd in artikel 19kd NBW) t/m 15 juli 2010 (datum inwerkingtreding Stikstofverordening) zijn uitgebreid met als gevolg een toename van stikstofdepositie op een of meerdere Natura 2000- gebieden.
Interim-bedrijven	Idem.
Natura 2000	Europees ecologische netwerk dat bestaat uit de speciale beschermingszones, bedoeld in de Vogelrichtlijn en/of Habitatrichtlijn.
Natura 2000-gebied	Een gebied dat ▪ is aangewezen op grond van artikel 10a, eerste lid, van de Natuurbeschermingswet 1998 (NBW); ▪ voorlopig is aangewezen als bedoeld in artikel 12, derde lid, NBW of; ▪ voorkomt op de lijst van gebieden van communautair belang, bedoeld in artikel 4, tweede lid, van de Habitatrichtlijn. Als bedoeld in artikel 1, sub n, NBW.
Salderen	Het vereffenen van een door een bedrijf veroorzaakte toename van de depositie op een Natura 2000-gebied met de afname van de

⁶ Veerman 2005, p.3.

depositie op hetzelfde Natura 2000-gebied als gevolg van het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de bedrijfsvoering door een of meer andere bedrijven. Zoals bedoeld in artikel 1, sub I, Stikstofverordening.

Significant negatief effect

Een wezenlijke verslechtering van de kwaliteit en/of vermindering van de omvang van een habitatype zoals bedoeld in het instandhoudingsdoel ten gevolge van menselijk handelen, afhankelijk van de staat van instandhouding en de trends en natuurlijke fluctuaties in omvang/kwaliteit van habitattypen dan wel in populatieomvang van soorten (als bedoeld in artikel 19d, lid 1, NBW en artikel 6, lid 2, van de Habitatrichtlijn).⁷

Stikstofverordening

De provinciale verordening Stikstof en Natura 2000 Noord-Brabant die op 9 juli 2010 is vastgesteld.

Vogelrichtlijn

Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (PbEG L 103).

⁷ Steunpunt natura 2000, 2007.

Hoofdstuk 1: Inleiding

Op 1 oktober 2005 is de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: NBW) in werking getreden. Door middel van deze wet zijn de Europese Habitatrichtlijn⁸ en Vogelrichtlijn (in het kader van Natura 2000⁹) omgezet in het Nederlandse rechtssysteem. Op basis van de NBW worden de volgende drie categorieën gebieden aangewezen en beschermd; Natura-2000 gebieden, Beschermde Natuurmonumenten en Wetlands¹⁰. De wet introduceert een vergunningplicht die gebaseerd is op de Europese Habitatrichtlijn (zie: bijlage 5). Artikel 19d NBW bepaalt dat een project of handeling vergunningplichtig is als verslechtering of een significant verstorend effect op beschermde habitat-en vogelsoorten in een Natura-2000 gebied niet kan worden uitgesloten. De *kans* dat een project of andere handeling een negatief effect heeft, leidt tot de verplichting om een vergunning aan te vragen. Een concreet toetsingskader voor de vergunningverlening bleek in de praktijk echter niet houdbaar of ontbrak (zie: paragraaf 2.1).¹¹ De provincie Noord-Brabant ondervindt problemen bij de handhavingspraktijk ten aanzien van een bepaalde categorie overtreders van de NBW. Deze overtreders worden aangeduid als 'interim-uitbreiders'¹² of 'interim-bedrijven'. Op grond van de NBW en een recente uitspraak¹³ van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (ABRvS) zijn nagenoeg alle agrarische bedrijven in Noord-Brabant vergunningplichtig op grond van de NBW wanneer er een wijziging in activiteiten plaats heeft gevonden ten aanzien van de situatie ten tijde van de toepasselijke referentiedatum. Er zou daarom bij al deze bedrijven moeten worden gehandhaafd op basis van de '*beginselplicht tot handhaving*'. Voor interim-bedrijven, die met hun emissie gelijk of onder die van de toepasselijke referentiedatum blijven, kan op dit moment in beginsel een NBW-vergunning worden verleend. Maar bedrijven die hun emissie (zonder de eventueel vereiste vergunning) vergroot hebben, zijn voor een eventuele vergunning afhankelijk van de vraag of in hun geval saldering¹⁴ van de vergrote depositie mogelijk is. De problematiek van de interim-uitbreiders bestaat eruit dat zij illegaal in werking zijn als de toename is depositie dusdanig groot is dat saldering niet mogelijk is, en dat voornamelijk onduidelijk is of, tot welk niveau, hoe en wanneer zij gelegaliseerd worden. Wat betreft het niveau dient te worden opgemerkt dat het in principe mogelijk is om een bedrijf partiel te legaliseren, de overtreding wordt daarmee echter niet ongedaan gemaakt. Het is denkbaar dat men door middel van saldering een deel van het bedrijf legaliseert en vervolgens met behulp van aanvullende technische maatregelen de depositie zodanig reduceert dat het bedrijf in het geheel gelegaliseerd kan worden. GS beoogden de interim-bedrijven te legaliseren door gebruik te maken van de instrumenten

⁸ Op 1 oktober 2005 trad de NBW in werking en werd de omzetting van de richtlijnen in het Nederlandse recht voltooid. In Nederland heeft die omzetting meer dan tien jaar te laat plaatsgevonden.

⁹ Natura 2000 is de benaming voor een Europees netwerk van natuurgebieden waarin belangrijke flora en fauna voorkomen, gezien vanuit een Europees perspectief. (<<http://www.natura2000.nl>>).

¹⁰ 'Watergebieden, moerassen, vennen, veen- of plasgebieden, natuurlijk of kunstmatig, blijvend of tijdelijk, met stilstaand of stromend water, zoet, brak of zout, met inbegrip van zeewater, waarvan de diepte bij eb niet meer is dan zes meter'. Definitie uit Artikel 1 lid 1 Verdrag inzake watergebieden van internationale betekenis, in het bijzonder als verblijfplaats voor watervogels, Ramsar, 2 februari 1971.

¹¹ Wieman 2011, Lucht in uitvoering 2011-3.

¹² Veehouderijbedrijven die in de periode vanaf 7 december 2004 ("referentiedatum" genoemd in artikel 19kd NBW) t/m 15 juli 2010 (datum inwerkingtreding Stikstofverordening) zijn uitgebreid met een toename van stikstofdepositie op een of meerdere Natura 2000 gebieden tot gevolg

¹³ ABRvS 7 september 2011, LJV BR6898.

¹⁴ Salderen: vereffenen van een door een bedrijf veroorzaakte toename van de depositie op een Natura-2000 gebied met de afname van de depositie op hetzelfde natura-2000 gebied als gevolg van het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de bedrijfsvoering door een of meer andere bedrijven

uit de NBW en de provinciale verordening Stikstof en Natura 2000 Noord-Brabant (hierna: Stikstofverordening). Deze instrumenten kunnen worden ingezet om te voorkomen dat bedrijven een significant effect hebben op Natura 2000-gebieden. Onder de huidige omstandigheden kunnen deze instrumenten echter niet, binnen afzienbare termijn, leiden tot legalisering van de interim-bedrijven. Als gevolg hiervan is een groot aantal interim-uitbreiders in werking zonder de benodigde vergunning op grond van de NBW en zonder de verplichte melding op grond van de Stikstofverordening. Als een bedrijf onder het regime van zowel de NBW als de Stikstofverordening valt, zijn zowel de NBW-vergunning als de melding op grond van de Stikstofverordening verplicht. Voor 7 september 2011 leidde een acceptatie van een melding (inclusief saldering) tot vergunningvrijstelling. Door de uitspraak van de ABRvS¹⁵ leidt de melding nu tot vergunningverlening. Voor zover bij een melding geen saldering nodig is, is een NBW-vergunning niet vereist. Het bedrijf blijft dan onder het niveau van 2004.

Probleemstelling

Gedeputeerde Staten vragen zich af onder welke omstandigheden zij handhavend op dienen te treden tegen agrarische bedrijven, die vallen onder de categorie interim-uitbreiders, die niet voldoen aan de vergunningplicht van de Natuurbeschermingswet en de meldingsplicht die voortvloeit uit de Stikstofverordening. De conclusies van dit onderzoek moeten meer houvast bieden aan de handhavers van de provincie Noord-Brabant.

Doelstelling

De doelstelling van de onderzoeker was om op 23 mei 2012, door middel van een onderzoeksrapport, een advies uit te brengen aan de provincie Noord-Brabant over de handhaving van de Natuurbeschermingswet 1998 en de daarop gebaseerde Stikstofverordening, gelet op de situatie van interim-uitbreiders, zodat het handhavingsbeleid conform de huidige wet- en regelgeving en jurisprudentie kan worden aangepast.

Methoden van onderzoek

Om tot een antwoord op de centrale vraag te komen heeft de onderzoeker een juridisch bronnenonderzoek verricht. Hierbij is gebruik gemaakt van de relevante wet – en regelgeving, jurisprudentie en literatuur. Bovendien is er contact gezocht met een tweetal deskundigen op het gebied van de NBW en de Stikstofverordening namelijk met de heer Uittenbosch en de heer Van der Stappen. Een beperking van het onderzoek is dat de aanbevelingen niet altijd bruikbaar zullen zijn. Binnen een bestuursorgaan is de vraag namelijk niet uitsluitend of iets juridisch mogelijk is, maar ook of iets bestuurlijke wenselijk is. Het al dan niet bestaan van die wenselijkheid kan ertoe leiden dat de aanbevelingen niet (kunnen) worden opgevolgd.

Opbouw

De opbouw van het rapport is als volgt: eerst wordt een globaal beeld geschetst van de problematiek en de oorzaken die eraan ten grondslag liggen. In hoofdstuk 3 en 4 wordt de betekenis van de begrippen 'rechtshandhaving' en 'gedogen' uitgelegd. Vervolgens volgt in hoofdstuk 5 een uiteenzetting van situaties waarin gedoogd kan worden. In hoofdstuk 6 wordt onderzocht of het gedogen van de situaties van de interim-bedrijven kan worden gerechtvaardigd in het licht van de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken. Hoofdstuk 7 geeft een overzicht van de eventuele gevolgen die kunnen intreden wanneer een bestuursorgaan ervoor kiest om niet handhavend op te treden. Hoofdstuk 8 is gewijd aan een tweetal interessante vragen over de positie van de rechter bij het toetsen van handhavingsbesluiten. Ten slotte worden in de laatste twee hoofdstukken de belangrijkste conclusies en aanbevelingen samengevat.

¹⁵ ABRvS 7 september 2011, LJV BR6898.

Hoofdstuk 2: achtergrond van de problematiek

Bij de provincie Noord-Brabant ondervindt men problemen bij de handhaving van de NBW en de Stikstofverordening. Dit heeft verschillende oorzaken. Zo zijn er veel onduidelijkheden ontstaan door de formulering van de wet-en regelgeving. Daarnaast dragen feitelijke problemen bij aan de (on)uitvoerbaarheid van de voorschriften; zo zijn bepaalde voorzieningen niet beschikbaar die nodig zijn voor de correcte afhandeling van vergunningaanvragen. In dit hoofdstuk zullen de belangrijkste problemen worden besproken.

§2.1. De historie van de Habitatrichtlijn en de NBW

De toepassing van de NBW verloopt, zoals gezegd, moeizaam. Dit heeft alles te maken met de totstandkoming van de NBW, en de verschillende toetsingskaders die in de loop der jaren zijn gehanteerd. Het probleem dat centraal staat in deze scriptie wordt duidelijker als de lezer een beeld heeft van de verschillende factoren die rol hebben gespeeld bij het ontstaan van de onrechtmatige situatie van de interim-bedrijven. Puntsgewijs zal nu de historie van de Habitatrichtlijn en de NBW uit een worden gezet. Dit overzicht is niet volledig, maar voor dit onderzoek zijn dit de belangrijkste wijzigingen en gebeurtenissen.

1. In 1992 werd de Habitatrichtlijn vastgesteld. Lidstaten kunnen gebieden aanwijzen die op grond van deze richtlijn bescherming dienen te krijgen, het gaat dan met name om het beschermen van de biodiversiteit in de aangewezen gebieden. Artikel 6 en 7 van de Habitatrichtlijn staan in dit onderzoek centraal, deze twee artikelen treft u aan in bijlage 5. Het is van belang dat er door de bescherming van de bepaalde natuurgebieden in Nederland een conflict kan ontstaan tussen het belang van de bescherming van de biodiversiteit in de aangewezen gebieden enerzijds, en het belang van het mogelijk maken van economische groei anderzijds. Het is gebleken dat het beschermen van de natura-2000-gebieden, en de uitbreidingen van veehouderijen die kunnen leiden tot economische groei, in Noord-Brabant niet altijd naast elkaar kunnen bestaan. Verschillende medewerkers bij de provincie Noord-Brabant vragen zich af of hier wel rekening mee is gehouden door de Nederlandse ambtenaren die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van de Habitatrichtlijn.
2. Op 7 december 2004 zijn de te beschermen Natura 2000-gebieden aangemeld bij de Europese Commissie en geplaatst op de lijst van gebieden van communautair belang, bedoeld in artikel 4, lid 2, van de Habitatrichtlijn¹⁶.
3. De norm voor de uitstoot van stikstof/ammoniak is regelmatig gewijzigd. Tot 1 januari 2002 was 15 mol toegestaan op grond van de Interimwet ammoniak en veehouderij. Deze wet is vervallen sinds 1 januari 2002, en sindsdien werd elke toename in de uitstoot van stikstof/ammoniak als 'significant' aangemerkt.
4. Er werd een nieuw toetsingskader vastgesteld (Toetsingskader ammoniak 2000) en het probleem leek daarmee opgelost. Met het toetsingskader ammoniak werd beoogd een voorziening te treffen voor de periode waarin nog niet voor elke beschermd natuurgebied een beheerplan was vastgesteld. Het doel was om in de tussenliggende periode duidelijkheid te verschaffen aan de agrarische sector en vergunningverleners over de mogelijkheden tot oprichting of uitbreiding van veehouderijbedrijven. De problemen die werden ondervonden bij de beoordeling van vergunningaanvragen leken daarmee opgelost. Het toetsingskader hield echter geen stand bij de ABRvS. In de uitspraak van 26 maart 2008 uitte de voorzitter zijn "ernstige twijfel" of het 'Toetsingskader Ammoniak en Natura 2000' voldoende waarborg

¹⁶ Beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 7 december 2004, nr. 2004/813/EG, PbEG L 387.

biedt dat de vergunde uitbreiding geen significante gevolgen heeft voor het Natura 2000-gebied¹⁷.

5. De Crisis-en herstelwet (Chw) die op 10 maart 2010 in werking is getreden, wijzigde een aantal artikelen van de NBW permanent om de NBW in de praktijk makkelijker toepasbaar te maken. De belangrijkste wijziging was dat de gevolgen voor de stikstofdepositie van bestaande bedrijfsactiviteiten buiten beschouwing zouden worden gelaten bij de beoordelingen van vergunningaanvragen op grond van de NBW. Hierbij werd de peildatum 7 december 2004 gehanteerd (datum waarop de Nederlandse Habitatrichtlijn-gebieden zijn aangemeld bij de Commissie). Ook emissieneutrale wijzigingen en wijzigingen die per saldo niet leidden tot een toename in de stikstofdepositie werden bij de vergunningbeoordelingen niet getoetst (zie: artikel 19kd NBW).

6. Op 7 september 2011 bepaalde de ABRvS¹⁸ dat de Chw zich niet verenigt met de eisen uit de Habitatrichtlijn. De essentie van die uitspraak was dat de datum van 7 december 2004 niet geldt voor wijzigingen in bedrijfsactiviteiten die (ook) invloed hebben op natuurgebieden die op grond van de Vogelrichtlijn werden beschermd als de datum van aanwijzing op grond van de Vogelrichtlijn voor 7 december 2004 heeft plaatsgevonden. Deze uitspraak komt nog uitgebreid aan de orde in dit onderzoek.

7. De Stikstofverordening heeft twee doelen: ten eerste het mogelijk maken van economische groei in de agrarische sector en ten tweede het bereiken van natuurbeschermingsdoelen (die onder andere hun grondslag vinden in de Habitatrichtlijn). Deze belangen zijn vrijwel onverenigbaar. Economische groei van agrarische bedrijven gaat bijna altijd gepaard met een grotere uitstoot van ammoniak en dit heeft een negatieve invloed op natuurgebieden.

8. De Stikstofverordening spreekt van een voorziening. Het is echter niet duidelijk hoe die voorziening zal worden vormgegeven en of er wel voldoende draagvlak is om de voorziening te realiseren. In afwachting van de voorziening wordt er momenteel passief gedoogd door GS.

§2.2. Categorie interim-uitbreiders

De categorie interim-uitbreiders is in het leven geroepen, omdat in de periode van 7 december 2004¹⁹ tot 15 juli 2010²⁰ veel agrarische bedrijven zijn uitgebreid zonder daarvoor een NBW-vergunning te hebben aangevraagd. Deze periode zal vanaf nu verkort worden aangeduid als '2004 tot 2010'. De reden voor het onderscheid tussen deze groep overtreders en andere overtreders van de NBW en Stikstofverordening is erin gelegen dat bij de vergunningverlening, in de periode van 2004 tot 2010, verschillende toetsingsregimes werden gehanteerd. Een van de oorzaken van die verschillende regimes is de te late omzetting van de Habitatrichtlijn²¹. De NBW is in de loop der jaren verschillende malen gewijzigd en dit leidde tot onduidelijkheid over het al dan niet bestaan van een vergunningplicht (zie: het overzicht van de historie hierboven in paragraaf 2.1). De ABRvS deed verschillende uitspraken om deze onduidelijkheid te verhelpen. In die uitspraken werd oordeelde de ABRvS dat elke wijziging in activiteiten na de toepasselijke referentiedatum ertoe leidt dat een bedrijf onder de vergunningplicht van de NBW valt. Hierdoor werden veel meer interim-bedrijven vergunningplichtig. Het kan bovendien niet worden uitgesloten dat GS bepaalde ondernemers onjuist hebben geïnformeerd ten tijde van hun bedrijfsuitbreidingen (GS hebben dan een actieve rol gespeeld in het ontstaan van de onrechtmatige situaties van

¹⁷ ABRvS (vzr) 26 maart 2008, L/JN BC8469, r.o. 2.6.

¹⁸ ABRvS 7 september 2011, L/JN BR6898.

¹⁹ De datum waarop veel gebieden bescherming kregen op grond van de Habitatrichtlijn.

²⁰ De datum van de inwerkingtreding van de Stikstofverordening.

²¹ Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG 1992, L 206/ 7-50).

de interim-bedrijven). Hierdoor zijn bepaalde ondernemers er onterecht vanuit gegaan dat zij niet vergunningplichtig zijn op grond van de NBW. Vanwege alle bovenstaande aspecten willen GS maatregelen treffen om de interim-uitbreiders te legaliseren.

§2.3. Natuurbeschermingswet: geen (concept-)beheerplannen

De NBW verplicht GS om beheerplannen op te stellen voor de aangewezen gebieden²². Deze verplichting vloeit voort uit artikel 6, lid 1 van de Habitatrichtlijn (zie: bijlage 5) en artikel 3, lid 2 van de Vogelrichtlijn²³ (zie: bijlage 6). Beheerplannen regelen de positieve bescherming van de kwaliteit van de natuurlijke leefgebieden en soorten²⁴. Een beheerplan beschrijft wat er nodig is om de duurzame staat van instandhouding van natuurwaarden te behouden of te ontwikkelen. Daarnaast wordt erin beschreven welke activiteiten er mogen plaatsvinden in het gebied²⁵. De beschrijving van deze activiteiten draagt eraan bij dat duidelijk is wat wel en niet is toegestaan met het oog op de in het betreffende gebied te beschermen natuurwaarden. Dit is van belang voor eigenaren en gebruikers die activiteiten uitvoeren die samenhangen met andere functies van het gebied. Hierbij kan worden gedacht aan activiteiten die bijvoorbeeld samenhangen met de aanwezigheid van woningen en horeca- en recreatievoorzieningen.²⁶

In de systematiek van de NBW is het uitgangspunt dat er voor een aangewezen gebied een beheerplan is of/wordt vastgesteld. Dit is een generieke maatregel die kan leiden tot legalisering van activiteiten die onder de vergunningplicht van de NBW vallen. Er geldt ingevolge artikel 19d, lid 2, NBW²⁷ namelijk geen vergunningplicht voor de bedrijfsactiviteiten die zijn opgenomen in een beheerplan. Een beheerplan vormt dus een legaliserend besluit. Hierdoor zou handhavend optreden niet meer vereist zijn, er is dan immers geen sprake meer van een onrechtmatige situatie. Wanneer men gebruik wil maken van een beheerplan om een onrechtmatige situatie te legaliseren, kan pas bij de ter inzagelegging van een ontwerp-beheerplan worden gesproken van een '*concreet uitzicht op legalisatie*'.²⁸ Zoals in de hoofdstukken 6 en 7 zal worden besproken, is de vraag of er sprake is van een '*concreet uitzicht op legalisatie*' van groot belang. Als hiervan sprake is, kan dit het tijdelijk gedogen van een onrechtmatige situatie rechtvaardigen. Als er geen beheerplan is vastgesteld, valt men terug op het tweede instrument om tot legalisering van (interim-)bedrijven te komen: vergunningverlening per concreet geval²⁹. Om de situatie van interim-uitbreiders te legaliseren beoogden GS deze bedrijven op te nemen in beheerplannen. De beheerplannen zijn in het geheel niet opgesteld en het is niet aannemelijk dat dit op korte termijn zal plaatsvinden. Ook vergunningverlening is ten aanzien van de meeste interim-bedrijven niet mogelijk, de oorzaken hiervan worden volgende paragrafen toegelicht.

§2.4. Natuurbeschermingswet: referentiedatum

Artikel 19kd NBW regelt de vergunningplicht wanneer er per saldo geen sprake is van een toename van de uitstoot van stikstof op een beschermd natuurgebied, hierbij wordt in artikel 19kd eerste en derde lid, een referentiedatum gehanteerd, namelijk 7 december 2004. De

²² Artikel 19a lid 1 NBW.

²³ Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (*PbEG* 1979, L 103/1-18).

²⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 35.

²⁵ Ministerie van ELI, 2005.

²⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 171, nr. 3, p. 14.

²⁷ Zie: bijlage 2.

²⁸ Een concreet uitzicht op legalisatie wordt aangenomen als er een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd, zie onder andere ABRvS 25 februari 2004, *LJN* AO4355, ABRvS 2 februari 2005, *LJN* AS4736, ABRvS 25 maart 2009, *LJN* BI0695, en meer recent ABRvS 7 maart 2012, *LJN* BV8064 r.o. 2.4.1. en 2.4.2. Volgens ABRvS 18 januari 2012, *LJN* BV1162 r.o. 2.7.2. geldt dit ook voor ontwerp-beheerplannen.

²⁹ 19d, lid 1, NBW.

wetgever heeft voor deze datum gekozen omdat dit de datum is waarop veel gebieden bescherming hebben gekregen op grond van de Habitatrichtlijn. De ABRvS heeft geoordeeld dat deze referentiedatum in sommige gevallen in strijd is met Europese regelgeving, vanwege het feit dat veel gebieden al vóór 7 december 2004 op grond van de Europese Vogelrichtlijn werden beschermd. De ABRvS acht artikel 19kd NBW op dit punt geen goede omzetting van de Vogel- en Habitatrichtlijn, en heeft geoordeeld dat dit artikel buiten beschouwing moet worden gelaten als een gebied voor 7 december 2004 al beschermd werd op grond van de Vogelrichtlijn.³⁰

Voor interim-uitbreiders die gevestigd zijn nabij Natura 2000-gebieden en waarbij er vanuit is gegaan dat er geen vergunningplicht geldt, omdat bij deze bedrijven na 7 december 2004 geen wijziging in activiteiten heeft plaatsgevonden, kan er op grond van een andere referentiedatum³¹ toch een vergunningplicht gelden op grond van de NBW. (Het gaat dan met name om de vraag of de vergunningsplicht indirect voortvloeit uit Vogelrichtlijn of de Habitatrichtlijn). De referentiedatum 7 december 2004 geldt namelijk alleen voor gebieden die uitsluitend aangewezen zijn op grond van de Habitatrichtlijn en niet voor gebieden die al eerder werden beschermd door de Vogelrichtlijn. Uit dezelfde uitspraak volgt dat voor de Vogelrichtlijn-gebieden de datum van aanwijzing op grond van deze richtlijn als referentiedatum dient te gelden, maar geen datum vóór 10 juni 1994 (de datum waarop de Habitatrichtlijn omgezet had moeten zijn)³².

Kortom: het komt erop neer dat veel meer bedrijven vergunningplichtig zijn op grond van de NBW dan GS hadden verwacht. De belangrijkste wijziging op grond van de Chw was dat de gevolgen voor de stikstofdepositie van bestaande bedrijfsactiviteiten hoefden niet te worden getoetst bij de beoordelingen van vergunningaanvragen op grond van de NBW. Hierbij werd de referentiedatum 7 december 2004 gehanteerd. Ook emissieneutrale wijzigingen en wijzigingen die per saldo niet leidden tot een toename in de stikstofdepositie mochten buiten beschouwing worden gelaten. Veel bedrijven waren door de invoering van de Chw niet vergunningplichtig op grond van de NBW. Dit is door de uitspraak van 7 september 2011 veranderd, omdat elke wijziging in bedrijfsactiviteiten moet worden beoordeeld bij de beoordeling van de vergunningaanvraag. Daarnaast is de beoordeling van vergunningaanvragen aanzienlijk complexer geworden. Welke referentiedatum van toepassing is, is nu afhankelijk geworden van de vraag welke soort bescherming het gebied heeft³³. Dit leidt ertoe dat voor elk bedrijf moet worden onderzocht welke referentiedata van toepassing zijn.

§2.5. Stikstofverordening: meldingsplicht en geen depositiebank

Naast de NBW, heeft ook provinciale regelgeving bijgedragen aan de problematiek die worden ondervonden bij de handhaving van de NBW in de provincie Noord-Brabant. Saldering houdt in: het vereffenen van een door een bedrijf veroorzaakte toename van de depositie op een Natura 2000-gebied met de afname van de depositie op hetzelfde Natura 2000-gebied als gevolg van het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de bedrijfsvoering door een of meer andere bedrijven. Saldering wordt geregeld door GS. Wanneer een bedrijf wil uitbreiden dient dit bij GS te worden gemeld, zo volgt uit artikel 6, eerste lid Stikstofverordening (zie: bijlage 3). Uit het tweede lid van dit artikel volgt dat als saldering noodzakelijk is, dit tegelijk met de melding moet worden verzocht. Het doel van de meldingsplicht is het mogelijk maken van toezicht op agrarische bedrijven die willen uitbreiden of hun stallen geheel of gedeeltelijk willen renoveren. Deze bedrijven moeten voldoen aan de eisen die worden gesteld in de bijlagen van de Stikstofverordening. GS ontlenen de bevoegdheid om die eisen te stellen aan artikel 19c NBW waarin is bepaald dat het bevoegd gezag passende maatregelen dient te nemen om te voorkomen dat bestaand

³⁰ ABRvS 7 september 2011, LJV BR6898.

³¹ Dan die gehanteerd werd bij de beoordeling of het bedrijf vergunningplichtig is op grond van de NBW.

³² ABRvS 7 september 2011, LJV BR6898, r.o. 2.8.2.

³³ Op grond van de Habitatrichtlijn, de Vogelrichtlijn of beiden.

gebruik een negatief effect heeft op de beschermde natuurgebieden.

Interim-bedrijven kunnen op dit moment hun situatie niet legaliseren, aangezien meldingen en salderingsverzoeken van deze bedrijven meestal niet in behandeling worden genomen door de afdeling Vergunningverlening. De reden hiervoor is dat de het momenteel niet duidelijk is hoeveel saldo er beschikbaar is in de depositiebank. De depositiebank is een registratie- en monitoringssysteem dat de ontwikkelingen van de stikstofuitstoot van veehouderijbedrijven registreert. Als de uitstoot van een bedrijf afneemt door het geheel of gedeeltelijk beëindigen van activiteiten, kan een ander bedrijf in hetzelfde gebied weer ontwikkelen als GS hiervoor toestemming verlenen. Op die manier wordt de totale uitstoot niet groter. Ingevolge artikel 24 Stikstofverordening kan saldering *uitsluitend* via de provinciale depositiebank. Dit vormt een probleem, omdat de provinciale depositiebank momenteel niet toegankelijk is. Het is momenteel namelijk onbekend hoeveel het saldo in de depositiebank zal bedragen, hoeveel saldo een bedrijf dat gestopt is oplevert, en of de depositie van een gestopt bedrijf al eerder is gebruikt ter compensatie van de toename in depositie van een ander bedrijf. Ten slotte vinden GS het de taak van het Rijk om met een oplossing te komen voor de problematiek die ontstaan is sinds de invoering van de NBW. Daarom wordt er momenteel niet gewerkt aan het toegankelijk maken van de depositiebank. Hierdoor is het onder de huidige omstandigheden niet mogelijk om interim-bedrijven te legaliseren door (collectieve) saldering.

§2.6. Stikstofverordening: geen 'voorziening'

Artikel 36, eerste lid, van de Stikstofverordening spreekt van een '*voorziening*' die door GS wordt getroffen voor interim-uitbreiders (het artikel is opgenomen in bijlage 3). Een dergelijk '*voorziening*' kan bestaan uit een saldering via de depositiebank of buiten de depositiebank om, waarbij via het Natura 2000-beheerplan een vrijstelling van de vergunningplicht wordt voorzien³⁴. Zoals in de vorige paragrafen is uitgelegd zijn de (ontwerp-)beheerplannen nog niet in beeld. Bovendien is de depositiebank, zoals gezegd, momenteel niet open. Daarnaast is het vanwege de onduidelijkheid met betrekking tot het saldo in de depositiebank zeer onwaarschijnlijk dat op korte termijn collectieve saldering mogelijk zal zijn. Om deze reden kan worden geconstateerd dat er, onder de huidige omstandigheden, geen sprake is van mogelijke legalisatie van de interim-uitbreiders door deze '*voorziening*'.

§2.7. Habitatrichtlijn niet tijdig omgezet

Decentrale overheden zijn verplicht om rechtstreekswerkende bepalingen uit richtlijnen toe te passen als de omzettingstermijn is verstreken. In het arrest *Fratelli Costanzo*³⁵ bepaalde het HvJ dat richtlijnbeoordelingen rechtstreekse werking kunnen hebben als zij inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig geformuleerd zijn³⁶. Hierbij is niet van belang of de nationale wetgever de richtlijn (tijdig en/of correct) heeft omgezet in het nationale recht. Dat betekent dat particulieren zich jegens de (decentrale) overheid direct op een richtlijn kunnen beroepen. Dit wordt verticale rechtstreekse werking genoemd. Dit betekent dat derde-belanghebbenden³⁷ GS kunnen verzoeken handhavend op te treden tegen interim-uitbreiders, met daarbij een beroep op de directe werking van de Habitatrichtlijn vanaf de datum dat deze omgezet had moeten zijn in het nationale recht (10 juni 1994). Artikel 6, lid 2

³⁴ Zo volgt uit de toelichting bij artikel 36 Stikstofverordening, zie: bijlage 3.

³⁵ HvJ EG 22 juni 1989, nr. 103/88 (*Fratelli Costanzo*).

³⁶ (<<http://www.europadecentraal.nl>>).

³⁷ Voor handhavingsverzoeken van niet-belanghebbenden geldt het volgende: een handhavingsverzoek van een niet-belanghebbende wordt niet aangemerkt als een aanvraag in de zin van artikel 1:3, lid 3 Awb, een afwijzing van een verzoek is geen besluit in de zin van artikel 1:3, lid 1 Awb. Een bezwaarschrift tegen de afwijzing dient niet-ontvankelijk te worden verklaard. Zo blijkt uit o.a. ABRvS 2 augustus 2006, LJN AY5450 en ABRvS 16 februari 2011, LJN BP4700 r.o. 2.3.

en lid 3, van de Habitatrichtlijn zijn namelijk rechtstreeks werkende bepalingen³⁸.

Er bestaat echter een verbod op *omgekeerde* verticale rechtstreekse werking. Dat wil zeggen dat de overheid een bepaling uit een richtlijn niet rechtstreeks op een burger mag toepassen als de omzetting in het nationale recht nog niet heeft plaatsgevonden. Uit artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) blijkt immers dat een richtlijn slechts verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat voor de *lidstaat*. Daarnaast heeft het HvJ dit uitdrukkelijk bepaald in het arrest *Kolpinghuis*³⁹.

Dit is anders als een derde-belanghebbende zich bij de overheid beroept op een bepaling uit een richtlijn ten aanzien van een situatie van een andere burger. In die gevallen moet de (decentrale) overheid de bepalingen uit de richtlijn wel rechtstreeks toepassen⁴⁰. Het verbod op omgekeerde verticale rechtstreekse werking geldt dan niet. De Habitatrichtlijn is niet tijdig omgezet in nationaal recht, namelijk pas op 1 oktober 2005 terwijl dit al op 10 juni 1994 had moeten gebeuren. Ontvankelijke handhavingsverzoeken van derde-belanghebbenden met een direct beroep op de Habitatrichtlijn hadden in de periode van 10 juni 1994 tot 1 oktober 2005 door GS inhoudelijk moeten worden beoordeeld. Het feit dat de omzetting in de NBW nog niet had plaatsgevonden doet daar niet aan af. Dit betekent dat het mogelijk is dat handhavingsverzoeken in die periode onterecht zijn afgewezen. In de praktijk is de periode 7 december 2004 tot 1 oktober 2005 meer relevant, omdat op 7 december 2004 veel gebieden bescherming kregen op grond van de Habitatrichtlijn. GS mogen echter pas sinds de omzetting van de Habitatrichtlijn in de NBW op 1 oktober 2005, zelfstandig (dat wil zeggen: zonder handhavingsverzoek van een derde-belanghebbende) handhavend optreden tegen interim-uitbreiders.

§2.8. Eventuele toezeggingen/ gewekte verwachtingen

Het kan niet worden uitgesloten dat bepaalde ondernemers, of hun adviseurs, onjuist zijn geïnformeerd over het al dan niet bestaan van een vergunningplicht voor hun activiteiten. Het kan hier gaan om situaties waarin GS aan bepaalde ondernemers hebben medegedeeld dat hun bedrijfsactiviteiten (eventueel na een bedrijfsuitbreiding) niet onder de vergunningplicht van de NBW vallen. Na dergelijke mededeling van het bevoegd gezag, zouden de ondernemers hun bedrijven kunnen hebben uitgebreid in de veronderstelling dat zij, ook na de uitbreiding, niet vergunningplichtig zijn. Deze uitbreidingen gaan vaak gepaard met grote financiële investeringen, leningen en contracten met derden. Wanneer er ten aanzien van deze bedrijven alsnog wordt overgegaan tot handhaving rijst de vraag of GS voor (een deel van) de schade, die door de handhaving ontstaat, aansprakelijk kunnen worden gesteld. Indien een '*bijzondere omstandigheid*' zich voordoet, kan dit een reden zijn om van handhaving af te zien (zie: hoofdstuk 5). Een omstandigheid als boven bedoeld kan zich voordoen als door het bestuursorgaan het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat van handhavend optreden kan worden afgezien. Dit wordt ook wel aangeduid als het vertrouwensbeginsel. De concrete gevallen waarin deze mededelingen zijn gedaan (als hier sprake van is), zijn momenteel niet in beeld. Daarnaast is niet bekend of deze mededelingen schriftelijk of mondeling gedaan zijn. Dit kan relevant zijn bij het bepalen of er door de overtreder een beroep kan worden gedaan op het vertrouwensbeginsel⁴¹. Bovendien kunnen deze mededelingen een rol spelen bij de vraag of de interim-uitbreiders recht hebben op een financiële tegemoetkoming als GS (alsnog) overgaan tot handhaving. In de jurisprudentie wordt aangenomen dat er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen als er door het bestuursorgaan een ongeclausuleerde niet voor meerdere uitleg vatbare *schriftelijke*

³⁸ HvJ EG 7 september 2004, nr. C-127/02, r.o. 70 (*Kokkelvisserij*). Zie over artikel 6, lid 2, Habitatrichtlijn: ABRvS

31 maart 2000, LJV AB1152, r.o. 2.6.2.8.2.

³⁹ HvJ EG 8 oktober 1987, nr. 80/86 (*Kolpinghuis*).

⁴⁰ HvJ EG 7 januari 2004, nr. C-201/02 (*Wells*).

⁴¹ ABRvS 4 april 2007, LJV BA2203, r.o. 2.6. en Rb. Arnhem 21 oktober 2004, LJV AR5146.

toezegging is gedaan dat er sprake is van een niet-vergunningplichtige activiteit⁴² (ook andere factoren spelen een rol, zie uitgebreid: paragraaf 7.2.1.1). Als er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, kan dit leiden tot een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel door de ondernemer. Ondanks de onduidelijkheden over het al dan niet bestaan van dergelijke schriftelijke toezeggingen, vindt de opdrachtgever het wenselijk dat de mogelijke consequenties van (eventuele) toezeggingen worden onderzocht.

§2.9. Conclusie

De wijze waarop legalisatie van de interim-uitbreiders zou plaatsvinden, blijkt in de praktijk, onder de huidige omstandigheden niet mogelijk. Er zijn namelijk nog geen beheerplannen vastgesteld, er liggen geen ontwerp-beheerplannen ter inzage, en meldingen op grond van de Stikstofverordening worden slechts in beperkte mate in behandeling genomen. (Collectieve) saldering is niet mogelijk omdat bedrijven verplicht zijn gebruikt te maken van de provinciale depositiebank. Deze is momenteel niet open. Daarnaast is het saldo dat beschikbaar is/wordt in de depositiebank niet bekend. De 'voorziening' die GS voor ogen hadden, kan voorlopig niet worden gerealiseerd. Deze voorziening bestaat namelijk uit een paragraaf in een beheerplan over stikstofdepositie of een (verzameling) salderingsbesluit(en). Ook de jurisprudentie heeft geleid tot meer onduidelijkheden. Meer bedrijven zijn vergunningplichtig geworden door de uitspraak van de ABRvS van 7 september 2011. Daarnaast heeft deze uitspraak de vergunningverlening aanzienlijk gecompliceerd omdat de toepasselijke referentiedatum afhankelijk is geworden van wat voor bescherming een gebied heeft gekregen. Per bedrijf moet nu worden uitgezocht welke datum gehanteerd moet worden. Ten slotte kan niet worden uitgesloten dat bij ondernemers, door onjuiste inlichtingen van GS, het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de bedrijfsactiviteiten niet onder de vergunningplicht van de NBW vallen. De ondernemers hebben in dergelijke gevallen geen reden om handhavingsmaatregelen te verwachten. Als er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, kan dit leiden tot een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel door de ondernemer. In de jurisprudentie wordt aangenomen dat er een gerechtvaardigd vertrouwen kan worden gewekt als er een ongeclausuleerde niet voor meerdere uitleg vatbare *schriftelijke* toezegging is gedaan dat er sprake is van een niet-vergunningplichtige activiteit⁴³. Het is dus van belang of de toezeggingen schriftelijk of mondeling hebben plaatsgevonden. Ook andere factoren spelen een rol, deze komen in paragraaf 7.2.1.1 uitgebreid aan bod. Wanneer er ten aanzien van deze bedrijven alsnog wordt overgegaan tot handhaving rijst de vraag of GS voor (een deel van) de schade aansprakelijk kunnen worden gesteld.

⁴² Idem. – Ook andere factoren spelen een rol bij een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel, zie: paragraaf 7.2.1.1. (het dispositievereiste, de bevoegdheid van de functionaris die de toezegging deed en eventuele werking van het vertrouwensbeginsel contra-legem).

⁴³ Idem.

Hoofdstuk 3: Handhaving is het uitgangspunt

Handhaven is 'in', gedogen is 'uit'⁴⁴. Dit adagium komt men vandaag de dag veelvuldig tegen in de literatuur⁴⁵. De overheid besteed veel aandacht aan het onderwerp rechtshandhaving. De commissie Michiels concludeerde in haar rapport 'Handhaven op niveau' uit 1998 dat de handhavingstekorten⁴⁶ in Nederland verontrustend zijn. Dit rapport was gericht op de professionalisering van de handhaving door decentrale overheden. De conclusies uit het rapport hebben geleid tot verschillende initiatieven om de handhaving van wet-en regelgeving te verbeteren, en hoger op de bestuurlijke agenda te krijgen. Het begrip 'handhavingstekort' komt men ook veelvuldig tegen in de media⁴⁷. Gebeurtenissen als de vuurwerkramp in Enschede in 2000 en de brand in café De Hemel in Volendam in 2001 hebben bijgedragen aan meer aandacht voor handhavingstekorten.⁴⁸

Na het actieprogramma Handhaven op niveau uit 1998 dat zich op decentrale overheden richtte, is er in 2004 ook voor de centrale overheid een programma gestart namelijk 'Recht aan handhaving'. Dit programma werd in 2007 afgesloten.

De Algemene Rekenkamer stelt zich op het standpunt dat er aandacht dient te blijven voor het verbeteren van het handhavingbeleid. In een brief uit 2008, waarin zij terugblik op het onderzoek 'Handhaven en gedogen 2005', zegt zij daarover het volgende:

*'Er is nog een weg te gaan voordat de handhaving in de volle breedte voldoet aan de eisen die wij en de Inspectieraad daaraan stellen. Vooral nu het programma 'Rijk aan handhaving' is afgesloten, is het van belang dat de ministeries onverminderd aandacht schenken aan de vervolmaking van programmatisch handhaven.'*⁴⁹

Het bovenstaande geeft weer dat er door zowel de overheid, de media en in de literatuur veel aandacht wordt besteed aan het belang van rechtshandhaving. In dit hoofdstuk wordt het begrip rechtshandhaving nader besproken.

§3.1. De 'beginselplicht tot handhaving'

Het is een fundamentele taak van de overheid om te zorgen dat wet-en regelgeving wordt nageleefd. De Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving definieerde het begrip rechtshandhaving als volgt; 'rechtshandhaving is het totaal van maatregelen en voorwaarden dat bijdraagt aan de naleving van het recht'⁵⁰. Voorheen werd het handhaven van rechtsnormen in de bestuursrechtelijke literatuur opgevat als een individueel onderdeel van de algemene bestuurstaak. Rechtshandhaving vormde destijds een apart leerstuk dat bestond uit het opleggen van sancties.⁵¹ Tegenwoordig wordt handhaving functioneel benaderd, en daarom wordt aan het begrip handhaving door de wetgever, en in de doctrine, een ruime invulling gegeven. Handhavingsbevoegdheden worden gezien als een middel dat kan worden ingezet om bepaalde doelen te bereiken. Wet-en regelgeving dienen immers een bepaald doel, en wanneer er sprake is van een situatie die hiermee in strijd is, kunnen

⁴⁴ Blomberg 2002, p. 286.

⁴⁵ Aalders e.a. 2007, p. 233. Bruinsma 2003, waarin zij verwijst naar een vergelijkbare uitspraak van voormalig staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (periode 2002-2007) Clémence Ross-Van Dorp.

⁴⁶ De commissie Michiels zegt hierover dat er sprake is van een 'handhavingstekort' op een bepaald terrein wanneer er 'bij niet naleving van een tot handhaving bevoegde instantie, doch hetzij wel wil, maar niet kan handhaven, hetzij wel kan, maar niet wil handhaven: het handhavingstekort is dan een optelsom van alle tekorten tezamen.' – Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechte handhaving, 2001, p. 20.

⁴⁷ Zie o.a. Van der bol 2011 en Salverda 2010.

⁴⁸ Bressers e.a. 2006.

⁴⁹ Kamerstukken II 2007/08, 30 050, nrs. 4–5, p. 7.

⁵⁰ Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving 1995, p. 60.

⁵¹ Hartmann e.a. 1998, p. 63.

handhavingsmiddelen worden aangewend om de situatie te herstellen. De wetgever geeft de volgende definitie:

“Handhaving is het door controle en het toepassen (of dreigen daarmee) van administratieve, strafrechtelijke of privaatrechtelijke middelen bereiken dat de algemeen en individueel geldende rechtsregels en voorschriften worden nageleefd”⁵²

Het recht reikt instrumenten aan met als doel het behartigen van het publieke belang. Handhaving wordt nu gezien als een onderdeel van de beleidscyclus die bestaat uit beleidsvoorbereiding, - vaststelling, -uitvoering en –evaluatie. De zorg voor de naleving van wet-en regelgeving vormt een onderdeel van de beleidsuitvoering. Het verschil in de benadering met voorheen is dat de handhavingsmiddelen nu een ruimer doel dienen dan uitsluitend het opleggen van sancties. Handhavingsbevoegdheden kunnen worden ingezet om beleidsdoelstellingen te behalen.⁵³

In beginsel is het bestuursorgaan verplicht tot aanwending van de toebedeelde handhavingsinstrumenten wanneer onrechtmatige activiteiten worden geconstateerd. De verplichting van de overheid om op te treden tegen onrechtmatige situaties wordt ook wel aangeduid als de ‘beginselplicht tot handhaving’. Alleen als er sprake is van een ‘bijzondere omstandigheid’ kan van deze ‘plicht’ worden afgeweken. De ‘beginselplicht’ werd voor het eerst uitdrukkelijk verwoord in het arrest Gemeente Lisse⁵⁴. In dit arrest kwam de formule als volgt tot uitdrukking:

‘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.’

Door de Afdeling is in de loop der jaren nadere invulling gegeven aan de formule, deze luidt nu als volgt:

‘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 van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht 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.’⁵⁵

Handhavingsbevoegdheden hebben meestal⁵⁶ een discretionair karakter: er is een bepaalde mate van beleidsvrijheid. Vaak blijkt dit al uit de formulering van de bevoegdheid in de wet. Een voorbeeld hiervan is artikel 122, lid 1, van de Provinciewet (hierna: Provw):

‘Het provinciebestuur is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang.’

⁵² Kamerstukken II 1980/81, 16 805, nr. 2, p. 5.

⁵³ Hartmann e.a. 1998, p. 63.

⁵⁴ ABRvS 2 februari 1998, LJN ZF3176 m.nt. Michiels (gemeente Lisse).

⁵⁵ ABRvS 11 augustus 2004, LJN AQ6637 m.nt. Vermeer (Le Coultré).

⁵⁶ ‘Meestal’ omdat bij het opleggen van sancties in het sociaalzekerheidsrecht geen beleidsvrijheid bestaat voor het bestuursorgaan. Een mooi voorbeeld is artikel 91 juncto artikel 27 lid 1 en lid 8 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) waarin het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) wordt verplicht om een bestuurlijke boete op te leggen wanneer een verzekerde zijn informatieverplichting niet nakomt.

Deze beleidsvrijheid maakt het mogelijk dat bestuursorganen onder bepaalde omstandigheden afzien van handhavend optreden. In het kader van de 'beginselplicht' ligt de nadruk nu op artikel 3:4 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarin is bepaald dat het bestuursorgaan, bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen moet afwegen. Artikel 3:4 lid 2 Awb bepaalt dat onder bepaalde omstandigheden de belangenafweging kan resulteren in het besluit om niet te handhaven⁵⁷.

Artikel 3:4 Awb

1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Als het bestuursorgaan bij de belangenafweging tot de conclusie komt dat handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, kan de onrechtmatige situatie in stand worden gelaten.

Een recente ontwikkeling op het gebied van de 'beginselplicht' is dat de Afdeling op 5 oktober 2011 aanleiding zag om haar rechtspraak betreffende de handhaving van wettelijke voorschriften te preciseren⁵⁸. Aan de formule voor de 'beginselplicht tot handhaving' werd het volgende toegevoegd:

'In gevallen waarin het bestuursorgaan een redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt⁵⁹ 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 een last onder dwangsom mag afzien.'

In het arrest stond het handhavingsbeleid van de gemeente Beesel centraal. Het college hanteerde bij de handhaving van overtredingen van het Barim⁶⁰, een sanctiebeleid in twee stappen⁶¹. Door de Afdeling werd dit beleid als redelijk aangemerkt en daarmee oordeelde zij dat het college zich aan dit beleid dient te houden. In essentie werd in casu niet van de 'beginselplicht' afgeweken; het beleid was immers gericht op (uiteindelijke) handhaving. Met betrekking tot deze recente 'precisering', zoals de Afdeling de aanpassing van de formule aanduidt, dient te worden opgemerkt dat dit ook gezien kan worden als een *nuancering* van de 'beginselplicht tot handhaving'. Eerst kon immers alleen van de 'beginselplicht' worden afgeweken als er sprake was van een 'bijzondere omstandigheid'. Nu is daar aan toegevoegd dat als een bestuursorgaan een redelijk te achten beleid voert, het zich in beginsel aan dit beleid dient te houden. In het geval dat er sprake is van een redelijk te achten beleid hoeft dus *in beginsel* niet te worden gehandhaafd. Hiermee wordt door de Afdeling een tweede omstandigheid geschapen waarbij (tijdelijk) van handhaving kan worden

⁵⁷ Vermeer 2010, p. 60.

⁵⁸ ABRvS 5 oktober 2011, LJN BT6683, in het bijzonder r.o. 2.3.

⁵⁹ Een waarschuwing is overigens geen besluit in de zin van de Awb zie hiervoor: ABRvS 18 januari 2006, LJN AU9822 m.nt. Vermeer.

⁶⁰ Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer.

⁶¹ De eerste stap van de sanctiestrategie, voor zover hier van belang, hield in dat, nadat een overtreding werd vastgesteld, een waarschuwingsbrief werd verzonden. Als bij een hercontrole geconstateerd werd dat de overtreding voortduurde werd kenbaar gemaakt dat het college voornemens was bestuursrechtelijke maatregelen te nemen. Als het voorschrift binnen een jaar nogmaals werd overtreden, zou worden overgegaan tot de tweede stap, ongeacht of de eerste stap was gezet. Indien bij de hercontrole werd vastgesteld dat zich geen overtreding meer voordeed, zou het handhavingstraject worden beëindigd.

afgezien. Deze constatering is ook door juristen in de praktijk meerdere malen gedaan⁶². Uiteraard staat het buiten kijf dat handhaving nog steeds het uitgangspunt is, zo blijkt uit de laatste zinsnede van de precisering. Volgens Teunissen en Heijnen⁶³ heeft het in het kader van de handhaving 'redelijk te achten beleid' in wezen slechts betrekking op de uitvoeringsmodaliteiten, en is er dus, in vergelijking met de eerdere 'beginselplicht' materieel niet zoveel veranderd. Bij deze zienswijze sluit de onderzoeker zich aan. In het bijzonder omdat het beleid dat redelijk geacht wordt door de Afdeling wel gericht is op handhaving. De handhavingsmethode die in casu gehanteerd werd is 'zachter' (door de waarschuwing vooraf), maar het doel is wel om de onrechtmatige situatie op te heffen door handhavend op te treden wanneer dit nodig blijkt.

§3.2. De 'beginsel-aanspraak' op handhaving van derde-belanghebbenden

Derde-belanghebbenden kunnen het bestuursorgaan verzoeken om handhavend op te treden tegen onrechtmatige situaties. In de jurisprudentie wordt gesproken van een 'beginsel-aanspraak' op handhaving van derde-belanghebbenden. Handhavingsverzoeken versterken het feit dat het bestuursorgaan gehouden is om de wet-en regelgeving te handhaven. Het is dus niet zo dat deze 'aanspraak' op handhaving een subjectief recht is van de derde-belanghebbenden, handhaving is immers het uitgangspunt. Het bestuursorgaan dient te handhaven met het oog op het algemeen belang dat daarmee is gediend, dit algemene belang is niet afhankelijk van eventuele handhavingsverzoeken. Teunissen betoogt dat de 'beginsel-aanspraak' moet worden beschouwd als:

*'een 'reflex' van een beginselplicht van het bestuursorgaan tot handhaving van de desbetreffende voorschriften, welke plicht 'slechts' wordt geactiveerd door een handhavingsverzoek van de derde-belanghebbende.'*⁶⁴

Met andere woorden; de derde-belanghebbende wijst het bestuursorgaan, door middel van het handhavingsverzoek, (opnieuw) op de overtreding in kwestie, en geeft daarmee een (extra) aanleiding om handhavend op te treden.

§3.3. De handhavingsplicht uit het recht van de Europese Unie

Gezien het feit dat dit onderzoek gericht is op wet-en regelgeving die haar grondslag vindt in het recht van de Europese Unie (hierna: EU-recht) verdient het aantekening dat de handhavingsplicht uit het EU-recht veel verder strekt dan de 'beginselplicht tot handhaving' uit het Nederlandse recht⁶⁵. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) heeft dit verwoord in het arrest 'Griekse maïs' van 21 september 1989⁶⁶. De handhavingsplicht vloeit voort uit artikel 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) waarin onder meer het beginsel van gemeenschapstrouw is gecodificeerd. Dit beginsel van loyale samenwerking houdt onder andere in dat de lidstaten alle maatregelen moeten treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Daarnaast dienen de lidstaten zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen. Decentrale overheden zijn gehouden de richtlijnen zelfstandig toe te passen, ook als de nationale wetgever in verzuim is door het niet (tijdig)/incorrect omzetten van de richtlijn in het nationale recht. Het HvJ geeft zeer weinig ruimte om een schending van het EU-recht te gedogen. Dit zal nader worden besproken in hoofdstuk 5.

⁶² Levelt 2011. Daarnaast in de nieuwsbrief september/oktober 2011 van Stibbe.

⁶³ In de noot onder ABRvS 5 oktober 2011, LJN BT6683.

⁶⁴ ABRvS 2 februari 1998, LJN ZF3176 m. nt. Michiels.

⁶⁵ Albers 2004.

⁶⁶ HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88 (*Griekse maïs*).

Hoofdstuk 4: Het gedoogbegrip

In dit hoofdstuk wordt een algemene uitleg gegeven over de betekenis die in het Nederlandse recht⁶⁷ toekomt aan het gedoogbegrip, en de omstandigheden die het gedogen van een onrechtmatige situatie kunnen rechtvaardigen.

§4.1. Een definitie van gedogen

Gedogen houdt kortgezegd in: het afzien van handhaving van wettelijke voorschriften, terwijl dit feitelijk en juridisch wel mogelijk is⁶⁸. Wettelijke voorschriften komen tot stand door een democratisch proces, en bevatten rechtsnormen die noodzakelijk worden geacht in de samenleving. Het gaat daarbij niet om vrijblijvende normen, want wetgeving dient te worden gehandhaafd en nageleefd. De wetgever heeft bestuursorganen van handhavingsbevoegdheden voorzien zodat wet-en regelgeving tot gelding kunnen worden gebracht. Zoals in het vorige hoofdstuk is uitgelegd schept de aanwezigheid van een bevoegdheid ook de plicht om zorgvuldig en verantwoord gebruik te maken van die bevoegdheid. De situatie kan zich echter voordoen dat het bestuursorgaan, met het oog op algemene rechtsbeginselen, dient af te zien van handhavend optreden. Deze rechtsbeginselen, die ontwikkeld zijn in de jurisprudentie en (deels) gecodificeerd in de Awb, zijn immers bindend voor het bestuursorgaan. De wetgever is van het oordeel dat bestuursorganen zorgvuldig en verantwoord moeten omgaan met de keuzevrijheid die hen toekomt bij handhavingsbesluiten en dat gedogen beperkt moet blijven tot uitzonderingsgevallen.⁶⁹

Er zijn verschillende wijzen⁷⁰ waarop een bestuursorgaan een situatie kan gedogen, namelijk:

- Passief/actief

In geval van passief, impliciet of stilzwijgend gedogen weet het bestuursorgaan wel dat een normovertreding plaatsvindt, maar wordt deze oogluikend toegelaten. In geval van actief, expliciet of uitdrukkelijk gedogen verklaart het bestuursorgaan uitdrukkelijk – meestal door middel van een schriftelijk besluit – van handhaving te zullen afzien.

- Vooraf/achteraf

Bij gedogen vooraf weet de overheid dat een illegale handeling zal worden verricht dan wel een illegale situatie in stand zal blijven. Bij gedogen achteraf raakt het bestuursorgaan op de hoogte van de overtreding als deze zich al heeft voorgedaan, en beslist zij na de constatering alsnog af te zien van handhaving.

Actief gedogen kan zowel vooraf als achteraf plaatsvinden. Op het terrein van het bestuursrecht komt expliciet gedogen vooraf veel voor in afwachting van vergunningverlening (ook wel vooruitakkoord genoemd). Het bestuursorgaan geeft in die gevallen een tijdelijke gedoogverklaring af, waaraan voorwaarden zijn verbonden die meestal vergelijkbaar zijn met de voorschriften die aan de vergunning zouden zijn verbonden.

- Onvoorwaardelijk gedogen/gedogen onder voorwaarden

Vaak wordt voorwaardelijk gedoogd. Dan worden aan het afzien van handhaven voor betrokkene voorwaarden verbonden. Indien hij zich niet aan de voorwaarden houdt, gaat het bestuursorgaan alsnog tot handhaving over. Het bestuursorgaan bemoeit zich hier dus wel met de overtreding, maar van adequate handhaving kan niet worden gesproken.

⁶⁷ Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om het EU-rechtelijke gedoogbegrip te behandelen.

⁶⁸ Vermeer 2010, p. 19.

⁶⁹ Kamerstukken II 1996/97, 25 085, nrs. 1-2.

⁷⁰ Van Buuren 1988, p. 22–26. Van Buuren 1991, p. 66–68. Jurgens 1996, p. 12–13.

Ondanks het feit dat dit op handhaven lijkt, blijft de illegale situatie immers in stand. Bij onvoorwaardelijk gedogen gaat het vanzelfsprekend om gedogen zonder nadere voorwaarden.

▪ Incidenteel/categorisch

Bij incidenteel gedogen wordt gelet op de bijzonderheden van het concrete geval besloten af te zien van handhaven. Bij categorisch gedogen wordt ten aanzien van een bepaalde categorie van normovertredingen van handhaven afgezien. Categorisch gedogen vindt vaak een grondslag in beleidsregels. Afzien van handhavend optreden, waar dit wel noodzakelijk is, is alleen acceptabel in situaties met een uitzonderlijk karakter; het is niet toegestaan voor bestuursorganen om een handhavingsbeleid te voeren waarin bepaalde overtredingen categorisch worden gedoogd. Zo oordeelde de ABRvS in het arrest Recreatiewoningen Dalfsen⁷¹ dat een algemeen geldend en verstrekkend gedoogbeleid niet aanvaardbaar is, omdat daarmee op het stelsel van de WRO (voorloper van de huidige Wro) ernstig inbreuk wordt gemaakt.

De situatie van interim-uitbreiders wordt door GS (voornamelijk) passief gedoogd. Het kan niet worden uitgesloten dat handhavingsverzoeken van derde-belanghebbenden zijn afgewezen. In een dergelijk geval zou er sprake zijn van actief gedogen. Het is echter wel bekend dat er geen gedoogbeschikkingen zijn gegeven aan de interim-uitbreiders. Ten slotte gaat het om categorisch gedogen; er wordt namelijk niet handhavend opgetreden tegen de interim-uitbreiders, dat is een categorie overtreders die illegaal zijn uitgebreid in de periode van 7 december 2004 tot 15 juli 2010.

§4.2. Omstandigheden die gedogen kunnen rechtvaardigen

De ABRvS heeft verschillende voorwaarden geformuleerd waaraan voldaan moet worden om het gedogen van een onrechtmatige situatie te kunnen rechtvaardigen. In beginsel mag alleen worden afgezien van handhavend optreden in overgangs- en overmachtsituaties. Daarbij moet in ieder geval worden voldaan aan de volgende eisen:

- het gedogen moet tijdelijk zijn (er moet concreet uitzicht op legalisatie dan wel anderszins beëindiging van de onrechtmatige situatie bestaan)⁷²;
- er moet expliciet en bij voorkeur schriftelijk worden gedoogd na een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen⁷³;
- gedogen dient te geschieden onder voorwaarden zodat het door de overtreden norm geschonden belang nog zoveel mogelijk wordt beschermd⁷⁴;
- er dient een normale besluitvormingsprocedure te worden gevolgd, zodat de (Awb)normen voor het nemen van besluiten van toepassing zijn en er rechtsbescherming mogelijk is voor derde-belanghebbenden⁷⁵.

Indien aan al deze voorwaarden wordt voldaan, wordt doorgaans gesproken van gekwalificeerd gedogen. Formeel is dan weliswaar sprake een overtreding, maar materieel wordt het (milieu)belang nog zoveel mogelijk gediend.⁷⁶ Bovenstaande eisen sluiten nauw

⁷¹ ABRvS 22 juli 1999, LJN AA3610 m.nt. Michiels.

⁷² Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 4. *Kamerstukken II* 1991-1992 22 343, nr. 2, p. 35 e.v.

⁷³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 343, nr. 2, p. 5 en 8.

⁷⁴ Idem, p 2.

⁷⁵ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 4. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 343, nr. 2, p. 39.

⁷⁶ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002.

aan bij de beleidsstukken Gezamenlijk beleidskader inzake het terugdringen van het gedogen van milieuovertredingen⁷⁷ en de kabinetsnota Grenzen aan gedogen⁷⁸. Deze stukken werden in de jaren negentig door de centrale overheid opgesteld.

Zoals hierboven reeds besproken is, mag gedogen slechts in uitzonderingsgevallen plaatsvinden. Op basis van huidige jurisprudentie (en de bovenstaande beleidsstukken) kunnen de volgende categorieën worden onderscheiden waarbij gedogen gerechtvaardigd, of zelfs geboden is, omdat handhaving in strijd met het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, lid 2, Awb, wordt geacht;

- A.** overgangssituaties; o.a. wanneer legalisatie mogelijk is, eenmalige overtreding;
- B.** situaties waarin een achterliggend belang of een ander beschermenswaardig belang beter wordt gediend met gedogen. Dan wel situaties waarin handhavend optreden leidt tot aperte onevenredigheid (Het bestuursorgaan dient bij de uitoefening van zijn handhavingsbevoegdheid de belangen die met de uitoefening van de bevoegdheid zijn gediend af te wegen tegenover die welke daardoor worden geschaad.⁷⁹);
- C.** situaties waarin het handhavingsbelang gering wordt geacht;
- D.** situaties waarin beroep kan worden gedaan op een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur: het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel.⁸⁰

Deze categorieën worden in het volgende hoofdstuk nader toegelicht.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 343, nr. 2.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2.

⁷⁹ ABRvS 15 juli 1999, *LJN* AN6279 m.nt. Jurgens.

⁸⁰ Damen e.a. 2009, p. 712.

Hoofdstuk 5: Situaties waarin gedoogd kan worden

Zoals in het vorige hoofdstuk werd aangegeven, kunnen er een viertal categorieën worden onderscheiden waarin gedogen, naar Nederlands recht, gerechtvaardigd of geboden is. Wanneer een situatie onder een van deze categorieën valt, is er sprake van een 'bijzondere omstandigheid' waardoor kan worden afgeweken van de 'beginselplicht tot handhaving'. In dit hoofdstuk zullen deze categorieën nader worden belicht. Vervolgens zal er vanuit een EU-rechtelijk gezichtspunt worden gekeken naar de toelaatbaarheid van gedogen wanneer er EU-rechtelijke normen in het geding zijn. In paragraaf 3.3 werd gezegd dat het HvJ zeer weinig ruimte geeft om schendingen van het EU-recht te gedogen. Het HvJ heeft in de jurisprudentie criteria ontwikkeld waaraan moet worden voldaan om het gedogen van schendingen van het EU-recht te rechtvaardigen. Deze criteria zullen in dit hoofdstuk worden besproken.

§5.1. Overgangssituaties

Deze categorie omvat drie situaties; ten eerste de situatie waarin er sprake is van 'een concreet uitzicht op legalisatie', ten tweede de situatie waarin gesproken kan worden van een incidentele overtreding en ten slotte de situatie waarin er sprake is van een overtreding van tijdelijke aard.

§5.1.1. Concreet uitzicht op legalisatie

Legalisatie is de belangrijkste en meest voorkomende 'bijzondere omstandigheid' die kan leiden tot gedogen.⁸¹ Legalisatie houdt in dit verband in dat een illegale situatie legaal wordt gemaakt door wijziging van het wettelijke regime, of door verlening of verandering van een vergunning of ontheffing.⁸² Het bestuursorgaan is in beginsel verplicht om te onderzoeken of legalisatie mogelijk is voordat wordt overgegaan tot handhaving. Dit volgt uit artikel 3:2 Awb; een besluit dient zorgvuldig te worden voorbereid. Deze onderzoeksplicht van het bestuursorgaan werpt de vraag op wanneer aan die onderzoeksplicht is voldaan. In een recente uitspraak⁸³ geeft de ABRvS een indicatie van hoever de onderzoeksplicht gaat. In deze zaak ging het om een overtreder die woonvoorzieningen aanbracht in een werktuigenloods. Door het aanbrengen van binnenwanden, een badkamer, een toilet en een keuken achtte het college van de gemeente Haaren de werktuigenloods geschikt voor zelfstandige bewoning. Het gebruik van de werktuigenloods als woonruimte was in strijd met het geldende bestemmingsplan en daarom oordeelde het college dat er geen sprake was van een 'concreet uitzicht op legalisatie'. Het college wilde ook niet meewerken aan het mogelijk maken van de legalisering door het verlenen van een binnenplanse ontheffing, omdat een dergelijke woning niet noodzakelijk was. De ABRvS oordeelde:

'In dit verband is van belang dat de onderzoeksplicht van het college ook niet zover strekt dat het had moeten nagaan of de voorzieningen, anders dan beoogd, zouden kunnen worden aangewend ten dienste van agrarische doeleinden. In hetgeen [wederpartij] heeft betoogd omtrent de mogelijkheid om met toepassing van de in het bestemmingsplan opgenomen binnenplanse ontheffingsbevoegdheid een tweede bedrijfswoning mogelijk te maken hoefde het college evenmin aanleiding te zien om een concreet zicht op legalisering aan te nemen. Het standpunt van het college dat het die ontheffing niet wil verlenen, omdat een dergelijke woning niet noodzakelijk is, is niet op voorhand rechtens onhoudbaar.'

⁸¹ Vermeer 2010, p. 74.

⁸² Damen e.a. 2009, p. 713.

⁸³ ABRvS 15 februari 2012, LJN BV5066.

Hieruit kan worden afgeleid dat de onderzoeksplicht niet zover strekt dat het bestuursorgaan moet onderzoeken of er door het verlenen van een binnenplanse ontheffing legalisering mogelijk is. De legalisering van de situatie vereiste in dit geval de medewerking van het college: er zou van een bevoegdheid gebruik moeten worden gemaakt. Door middel van een omgevingsvergunning *kan* een binnenplanse ontheffing van een bestemmingsplan worden verleend⁸⁴. Uit de formulering van artikel 3.6, lid 1, sub c Wro kan worden afgeleid dat er sprake is van een *bevoegdheid* om een ontheffing te verlenen, en niet van een verplichting. De Memorie van Toelichting bij de Wro bevestigt dit:

*'De ontheffingsbevoegdheid van artikel 3.6 lid 1 onder c voorziet in de mogelijkheid van de afgifte van een ontheffing van een regeling in het plan, waarbij (andere) in het plan vervatte regels in acht moeten worden genomen.'*⁸⁵

Het gemeentebestuur zal immers alleen bereid zijn om aan de verlening van een ontheffing mee te werken, indien het bouwplan van een grondgebruiker past in het ruimtelijke beleid dat het gemeentebestuur voor ogen had⁸⁶. Deze uitspraak van de ABRvS is naar de mening van de onderzoeker niet verrassend: als het college verplicht zou worden om de legalisering mogelijk te maken, zou de *bevoegdheid* om binnenplanse ontheffingen te verlenen, worden veranderd in een verplichting⁸⁷ (als een onrechtmatige situatie op die wijze kan worden voorkomen). Het staat het bestuursorgaan vrij om het verlenen van een ontheffing onwenselijk te achten. De uitspraak is in lijn met wat de formulering van artikel 3.6 Wro impliceert evenals met het doel van het artikel namelijk de *mogelijkheid* verschaffen aan het gemeentebestuur om een ontheffing te verlenen.

Een verband met de 'beginselplicht tot handhaving' kan hier worden gelegd. Een bestuursorgaan is in beginsel *verplicht* om over te gaan tot handhavend optreden wanneer een onrechtmatige situatie wordt vastgesteld. In het kader van de zorgvuldige voorbereiding van het besluit dient voordat overgegaan wordt tot handhavend optreden te worden onderzocht of legalisatie mogelijk is. Als er een mogelijkheid bestaat om een situatie te legaliseren door gebruik te maken van een discretionaire bevoegdheid⁸⁸ mag het bestuursorgaan alsnog kiezen voor handhaving, zo blijkt uit de uitspraak. Er is in dergelijke gevallen geen sprake van 'een bijzondere omstandigheid waarin van handhaving dient te worden afgezien'. Dat het *mogelijk* is om een 'concreet uitzicht op legalisatie' te creëren, door gebruik te maken van een ontheffingsbevoegdheid, leidt er niet toe dat er ten tijde van het nemen van het handhavingsbesluit al sprake is van 'concreet uitzicht op legalisatie'. Deze uitspraak bevestigt dat handhaving het uitgangspunt is, de mogelijkheid om een 'concreet uitzicht op legalisatie' aan te nemen is met deze uitspraak verder beperkt doordat het bestuursorgaan niet *alle* mogelijkheden om een situatie te legaliseren hoeft te onderzoeken, voordat tot handhaving wordt overgegaan. Er dient *ten tijde* van het nemen van het handhavingsbesluit een concreet uitzicht op legalisatie te zijn (de bestuursrechter toetst dus *ex tunc*⁸⁹). Gebeurtenissen ná dat besluit zijn niet relevant.⁹⁰ De procedures die doorlopen dienen te worden om legalisatie mogelijk te

⁸⁴ Zo blijkt uit artikel 3.6, lid 1, sub c Wro juncto artikel 2.12, lid 1, aanhef en sub a, ten eerste, Wabo.

⁸⁵ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 916, nr. 3, p. 97.

⁸⁶ Van Buuren 2009, p. 69.

⁸⁷ Het gaat dan lijken op een 'beginselplicht tot legalisering' in plaats van een 'beginselplicht tot handhaving'.

⁸⁸ In casu het verlenen van een binnenplanse ontheffing.

⁸⁹ *Vanaf toen*. De bestuursrechter toetst een bestreden besluit op basis van de situatie zoals die was ten tijde van het nemen van het besluit. Eventuele nieuwe feiten en omstandigheden worden dus buiten beschouwing gelaten. 'Dat de rechterlijke toetsing het karakter heeft van een *ex tunc* toetsing kan worden afgeleid uit artikel 8:69 lid 1 Awb'. – Van Buuren en Borman 2009, p. 645.

⁹⁰ ABRvS 14 maart 2007, *LJN BA0624*, r.o. 2.3.3.

maken dienen in een zodanig stadium te verkeren dat legalisatie op korte termijn in redelijkheid mag worden verwacht. Voor het aannemen van een concreet uitzicht op legalisatie is vereist dat er een voor behandeling vatbare aanvraag is ingediend die strekt tot legalisatie van de illegale situatie⁹¹. De aanvraag dient volgens het bevoegd gezag voldoende gegevens te bevatten voor een beoordeling. Daarnaast moet het aannemelijk zijn dat de aanvraag wordt ingewilligd.⁹² Het bevoegd gezag mag geen belemmeringen zien voor het verlenen van de vergunning.⁹³ Bovendien mag er alleen van handhaving worden afgezien als er sprake is van een daadwerkelijk mogelijke legalisering.⁹⁴ Dat is niet het geval bij vage voornemens⁹⁵ of bij vrijblijvende ambtelijke voorontwerpen⁹⁶. Voor het bestaan van 'concreet uitzicht op legalisatie', is niet vereist dat de exacte datum waarop legalisatie zal plaatsvinden bekend is.⁹⁷ Een verwijzing door het bestuursorgaan naar een ontwerpbeschikking waarin het bestuursorgaan de vergunning weigert is voldoende om geen 'concreet uitzicht op legalisatie' meer aan te nemen, ondanks het feit dat er een ontvankelijke vergunningaanvraag.

§5.1.2. Tijdelijke en incidentele overtredingen

Wanneer er sprake is van een eenmalige overtreding, waarbij het niet te verwachten is dat deze zich zal herhalen, kan van handhaving worden afgezien. Een dergelijke situatie kan zich voordoen wanneer er sprake is van overtreding van een geluidsnorm waartegen de overtreder vervolgens maatregelen treft om dit in de toekomst te voorkomen.⁹⁸ Daarnaast mag worden afgezien van handhavend optreden als er sprake is van een overtreding die op korte termijn zal worden beëindigd.⁹⁹

§5.2. Zwaarwegende andere belangen & aperte onevenredigheid

Er zijn gevallen denkbaar die niet voldoen aan de eisen voor overmacht¹⁰⁰, maar daar wel dichtbij komen. Het gaat hier om 'overmachtachtige' situaties¹⁰¹. Deze moeten worden onderscheiden van de overmachtsituaties als bedoeld in artikel 5:5 Awb¹⁰². In dergelijke situaties rust op het bestuursorgaan geen plicht om te gedogen, maar gelet op de betrokken belangen dient een beslissing tot handhaving als apert onevenredig te worden aangemerkt.

⁹¹ ABRvS 19 september 2001, LJV AN6872 m.nt. Vermeer.

⁹² Zie o.a. de noot van Michiels onder ABRvS 14 maart 2007, LJV BA1126; *Wat mij in elk geval onjuist voorkomt, is dat reeds het feit dat er een ontvankelijke aanvraag is ingediend, voldoende zou zijn om te spreken van een concreet uitzicht op legalisatie dat aan handhaving in de weg staat. Het moet gaan om een aanvraag, die uiteraard ontvankelijk moet zijn én waarvan het tevens in de rede ligt dat die ook zal worden ingewilligd*.

⁹³ ABRvS 1 juli 2009, LJV BJ1123, ABRvS 7 februari 2007, LJV AZ7945 en ABRvS 5 april 2006, LJV AV8621.

⁹⁴ ABRvS 15 mei 1997, LJV AN5445 m. nt. De Gier.

⁹⁵ Van Buuren 2009, p. 320.

⁹⁶ ABRvS 15 augustus 2001, LJV AN6798. In casu ging het om een bestemmingsplan: ten tijde van het nemen van het besluit was geen herziening van het bestemmingsplan in procedure. Er was slechts sprake van een in voorbereiding zijnde Structuurvisie op het desbetreffende gebied. Dit was onvoldoende om een concreet uitzicht op legalisatie aan te nemen.

⁹⁷ ABRvS 8 april 2009, LJV BC9086, r.o. 2.4.

⁹⁸ ABRvS 15 november 2002, LJV AN7204.

⁹⁹ ABRvS 28 december 1999, *M & R Kort* 2000, 38.

¹⁰⁰ Als bedoeld in artikel 5:5 Awb.

¹⁰¹ Zoals dergelijke situaties worden aangeduid in Damen e.a. 2009, p. 715.

¹⁰² Uit de MvT bij de Awb blijkt dat het in artikel 5:5 Awb gaat om de klassieke rechtvaardigingsgronden uit het Strafrecht: overmacht (artikel 40 Sr), noodweer (artikel 41 lid 1 Sr), handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr) en handelen ter uitvoering van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (artikel 43 lid 1 Sr). *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702 p. 86.

Daarnaast vallen, onder deze categorie, situaties waarin handhavend optreden tegen een overtreding zal leiden tot aantasting van een hoger te waarderen, ander belang.¹⁰³

Een voorbeeld waarin handhaving in strijd met het evenredigheidsbeginsel werd geacht, is de zaak *Illegaal hekwerk Breezand*¹⁰⁴. In casu werd een te hoog hekwerk geplaatst bij een boerderij in het buitengebied. Een hoogte van een meter was toegestaan, het geplaatste hekwerk was tachtig centimeter te hoog. Naar het oordeel van de ABRvS hoefde het college in dit geval in redelijkheid niet handhavend op te treden. Daarbij werd van belang geacht dat er sprake was van een overtreding van zeer geringe aard en ernst, en dat het niet aannemelijk was dat de belangen van de derde-belanghebbende, die om handhaving had verzocht, door de aanwezigheid van het hekwerk werden geschaad. Daarnaast was niet gebleken dat de belangen van andere derden werden geschaad door het achterwege blijven van handhavend optreden. Gelet op deze omstandigheden zou het treffen van handhavingsmaatregelen jegens de overtreder zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat de ABRvS oordeelde dat het college van handhavend optreden mocht afzien. Uit dit arrest blijkt dat onevenredigheid bij het wegen van de conflicterende belangen niet snel wordt aangenomen¹⁰⁵.

De rechter toetst of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit om af te zien van handhaving heeft kunnen komen. Deze toetsing wordt doorgaans aangeduid als 'marginale toetsing'. Hierbij dient het bestuursorgaan alle betrokken belangen af te wegen. Op het bestuursorgaan rust een zware motiveringsplicht om aan te tonen waarom aan de andere belangen een zodanig gewicht toekomt dat het gedogen gerechtvaardigd is. Deze motiveringsplicht is daarmee heel anders dan de motiveringsplicht bij een besluit tot handhaving. De motiveringsplicht is bij handhavingsbesluiten namelijk aanzienlijk lichter. In de literatuur is een discussie gaande over het al dan niet bestaan van een 'plicht tot handhaving' en over in hoeverre de rechter de beleidsvrijheid van bestuursorganen inperkt handhavingsbesluiten meer inhoudelijk te toetsen dan andere besluiten waarbij het bestuursorgaan een bepaalde mate van beleidsvrijheid toekomt. Albers¹⁰⁶ wijst erop dat de bestuursrechter de belangenafweging bij handhavingsbesluiten soms zelfs geheel overdoet¹⁰⁷ en lijkt van mening te zijn dat het bestuursorgaan daadwerkelijk verplicht is om te handhaven. De meeste auteurs zijn echter van mening dat handhavingsbesluiten niet fundamenteel anders zijn dan andere besluiten die genomen worden op basis van een discretionaire bevoegd, en dat handhavingsbesluiten daarom ook 'gewoon' marginaal getoetst worden (in paragraaf 8.2 komt deze discussie uitgebreider aan de orde).

Voor het bestuursorgaan is het van belang om zich bewust te zijn van de voorwaarden die gelden bij het gedogen van onrechtmatige situaties. Uit de huidige jurisprudentie en doctrine¹⁰⁸ kan worden geconcludeerd dat handhaving niet snel in strijd met de evenredigheid wordt geacht. Vermeer zegt in zijn boek *'Gedogen door bestuursorganen'*: "de rechter zal niet snel tot het oordeel komen dat handhaving in strijd is met artikel 3:4, tweede lid, Awb". Vervolgens geeft hij een opsomming van jurisprudentie waaruit dit blijkt.¹⁰⁹ Zo wordt het feit dat handhaving kan leiden tot (zeer ernstige) financiële gevolgen voor de overtreder door de ABRvS niet dermate bijzonder geacht dat het bestuursorgaan moet zien

¹⁰³ ABRvS 9 april 2008, r.o. 2.4.3 *LJN BC9036*. Damen e.a. 2009, p. 715.

¹⁰⁴ ABRvS 19 januari 2005, *LJN AS3204* m.nt. Blomberg.

¹⁰⁵ Zie ook de volgende uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Assen waarin de rechter in dit kader verwijst naar de uitspraak *illegaal hekwerk Breezand*: Rb. (vzr.) Assen 1 augustus 2008, *LJN BE9041*.

¹⁰⁶ Albers 2004.

¹⁰⁷ Zie o.a. ABRvS 22 februari 2001, *LJN AB0712* m. nt. Teunissen.

¹⁰⁸ Vermeer 2010, p. 91, zie ook Damen e.a. 2009, p. 710, daarnaast valt op dat er beduidend weinig voorbeelden worden gegeven in dit handboek bij de bespreking van dit onderwerp op p. 715.

¹⁰⁹ ABRvS 17 augustus 2005, *LJN AU1123*, ABRvS 14 september 2005, *LJN AU2596*.

van handhavend optreden.¹¹⁰ Dit kan van belang zijn wanneer interim-uitbreiders (die niet gelegaliseerd kunnen worden) in de toekomst geconfronteerd worden met handhavingsmaatregelen. Het is mogelijk dat zij de financiële gevolgen, die ontstaan door de handhavingsmaatregelen, als argument aanvoeren tegen de handhaving. Vooral als zij hun bedrijfsactiviteiten geheel moeten stopzetten, of wanneer zij bedrijfsuitbreidingen ongedaan moeten maken.

§5.3. Gering handhavingsbelang

Uit de formulering van de '*beginselflicht tot handhaving*' (zie: paragraaf 3.1) blijkt dat er ondanks het feit dat er gesproken wordt van een 'plicht', er toch een belangenafweging dient plaats te vinden (conform artikel 3:4, lid 1, Awb). De beleidsvrijheid is bij het aanwenden van handhavingsinstrumenten weliswaar enigszins beperkt, maar handhavingsbevoegdheden zijn wel discretionair van aard¹¹¹. Het bestuursorgaan kan onder bepaalde bijzondere omstandigheden kiezen voor het gedogen van de onrechtmatige situatie, wanneer handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, er bestaat dus enige beoordelingsruimte voor het bestuursorgaan. Uit de jurisprudentie van de ABRvS blijkt dat in het geval van zeer geringe overtredingen van handhaving kan worden afgezien¹¹², als belangen van derden niet door de overtreding worden geschaad¹¹³, of als weliswaar sprake is van een overtreding, maar aan de *bedoeling* van het overtreden voorschrift wordt voldaan¹¹⁴. Ook kan de (vermoedelijke) tijdsspanne van de overtreding in combinatie met de geringe inbreuk die de overtreding maakt op de met het overtreden voorschrift te dienen belangen, met zich brengen dat niet gehandhaafd hoeft te worden.¹¹⁵ De onderzoeker is van mening dat een klein intermezzo hier op zijn plaats is. Wanneer er wordt afgezien van handhavend optreden bij zeer geringe overtredingen, overtredingen waarbij de belangen van derden niet door de overtreding worden geschaad¹¹⁶, of bij overtredingen waarbij wel aan de *bedoeling* van het overtreden voorschrift wordt voldaan¹¹⁷, gaat men aan de wetgever voorbij. De vraag of dit aanvaardbaar is komt aan de orde in paragraaf 8.1.

§5.4. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In de vorige paragrafen is het evenredigheidsbeginsel al uitgebreid aan de orde gekomen. Er zijn echter ook andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur die een rol kunnen spelen bij het afzien van handhavend optreden. In deze paragraaf zullen het vertrouwens-, rechtszekerheids- en gelijkheidsbeginsel worden besproken. De onderzoeker beperkt zich tot het behandelen van deze beginselen, omdat in de literatuur¹¹⁸ en jurisprudentie¹¹⁹ juist deze beginselen aan de orde komen bij de bespreking van situaties waarin gedogen gerechtvaardigd kan worden, of geboden is. Een geslaagd beroep op een van deze beginselen kan tot de conclusie leiden dat het gerechtvaardigd is om een onrechtmatige situatie te gedogen¹²⁰.

¹¹⁰ ABRvS 22 december 1998, LJV AH6780 en meer recent ABRvS 14 maart 2007, LJV BA0624, r.o. 2.3.4.

¹¹¹ Vermeer 2010, p. 60 en Verhey e.a. 2005, p. 287-288.

¹¹² ABRvS 5 april 2006, LJV AV8642 m. nt. Vermeer.

¹¹³ ABRvS 19 januari 2005, LJV AS3204 m.nt. Blomberg.

¹¹⁴ ABRvS 9 december 2004, LJV AR7545 m.nt. Blomberg.

¹¹⁵ Damen e.a. 2009, Bestuursrecht 1 p. 719.

¹¹⁶ ABRvS 19 januari 2005, LJV AS3204 m.nt. Blomberg.

¹¹⁷ ABRvS 9 december 2004, LJV AR7545 m.nt. Blomberg.

¹¹⁸ Damen e.a. 2009, Bestuursrecht 1, p. 712, en Vermeer 2010, p. 87-109.

¹¹⁹ Zie o.a. ABRvS 1 september 1998, Gemeentestem (1999) 7095, 7 m. nt. Goorden en ABRvS 17 juli 2002, LJV AE5404 m. nt. Neerhof.

¹²⁰ Damen e.a. 2009, Bestuursrecht 1, p. 716.

§5.4.1. Het vertrouwens-en rechtszekerheidsbeginsel

Schending van het vertrouwens-en rechtszekerheidsbeginsel door handhavend optreden, wordt door de rechter niet snel aangenomen.

Het vertrouwensbeginsel reikt niet zover dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden nagekomen. De mate van bescherming die het vertrouwensbeginsel biedt hangt mede af van het algemeen belang en het belang van derden. Schade die ontstaat bij een handhavingsbesluit staat niet in de weg aan de handhaving.¹²¹ Hieruit blijkt opnieuw, net als bij de categorie waarin handhaving leidt tot aperte onevenredigheid (zie paragraaf 5.2), dat financiële gevolgen voor de overtreder door de ABRvS niet dermate bijzonder geacht worden dat het bestuursorgaan moet afzien van handhavend optreden.¹²²

Het enkele feit dat er sprake is van een handhavingspraktijk of handhavingsbeleid is onvoldoende reden om af te zien van handhavend optreden. Een mooi voorbeeld is het arrest Burgerbewoning Naaldwijk¹²³ waarin het college aan de weigering bestuursdwang toe te passen ten grondslag legde dat het beleid er tot 1 maart 1996 op was gericht om niet op te treden tegen situaties waarbij agrarische bedrijfswoningen aan hun bestemming werden onttrokken. Zij achtte het in strijd met de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid om met bestuursdwang op te treden tegen deze situatie, die voor een op 20 februari 1996 gepubliceerde beleidswijziging ontstond. De ABRvS oordeelde dat deze bestuurspraktijk onacceptabel was en gaf hiervoor twee redenen. Ten eerste; het feit dat derde-belanghebbenden in beginsel aanspraak hebben op toepassing van handhavingsbevoegdheden, gelet op de bescherming die het bestemmingsplan beoogt te bieden. Ten tweede verdraagt het stelselmatig gedogen van een categorie activiteiten die duidelijk in strijd zijn met een geldend bestemmingsplan, zich niet met het stelsel van de WRO; ten tijde van het nemen van de beslissing op bezwaar vond het categorale gedoogbeleid niet plaats in het kader van het vooruitlopen op een reeds in gang gezette herziening van het bestemmingsplan teneinde deze categorie gevallen te kunnen legaliseren.

Het gegeven dat een bestuursorgaan reeds een flink aantal jaren op de hoogte is van de illegale situatie, of deze zelfs expliciet gedooft¹²⁴, staat niet aan handhaving in de weg. Het vertrouwen dat gewekt is bij de overtreder door het tijdsverloop of de gedoogbeschikking moet wijken voor de '*beginselflicht tot handhaving*'. Een expliciete gedoogbeschikking is wel de sterkste garantie voor de overtreder dat niet zal worden opgetreden, maar zoals hiervoor werd besproken, is het geen absolute garantie. De termijn voor het gedogen is dan wel van belang. Is de beschikking voor een lange termijn afgegeven, dan valt niet uit te sluiten dat zich nieuwe (onvoorziene) omstandigheden voordoen (belangen van derden, een wijziging in het beleid) die tot het beëindigen van het gedogen aanleiding kunnen geven. Is de termijn in de beschikking kort, dan mag de overtreder ervan uitgaan dat gedurende deze periode het bestuursorgaan werkelijk niet zal handhaven. Is de gegunde gedoogtermijn niet verstreken, dan zal handhaving in het algemeen strijd opleveren met het vertrouwensbeginsel¹²⁵.

§5.4.2. Het gelijkheidsbeginsel

Een beroep op het gelijkheidsbeginsel zal ook niet snel slagen. Toch zijn er gevallen waarbij de ABRvS strijdigheid met dit beginsel wel heeft aangenomen. De ABRvS stelt voorop dat het gelijkheidsbeginsel een consistent en doordacht bestuursbeleid vergt.¹²⁶ Het

¹²¹ ABRvS 22 maart 2001, LJV AB0934 m.nt. Gier. In casu ging het om schade die ontstond door handhaving op verzoek van een derde-belanghebbende. De ABRvS oordeelde dat aan de schade, die door de handhavingsmaatregelen zou ontstaan, tegemoet zou kunnen worden gekomen door het verlenen van nadeelcompensatie. Het recht op nadeelcompensatie wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 7.

¹²² ABRvS 22 december 1998, LJV AH6780 en meer recent ABRvS 14 maart 2007, LJV BA0624, r.o. 2.3.4.

¹²³ ABRvS 1 september 1998, Gemeentestem (1999) 7095, 7 m. nt. Goorden.

¹²⁴ ABRvS 17 juli 2002, LJV AE5404 m. nt. Neerhof.

¹²⁵ Damen e.a. 2009, Bestuursrecht 1, p. 717.

¹²⁶ ABRvS 19 oktober 2005, LJV AU45654 m. nt. Vermeer.

veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in rechtens vergelijkbare gevallen. De ABRvS beoordeelt of het bestuursorgaan een onderbouwd beroep op het gelijkheidsbeginsel overtuigend kan weerleggen. Bij een goed onderbouwd betoog van de belanghebbende dat er anders is gehandeld in rechtens vergelijkbare gevallen ligt het op de weg van het bestuursorgaan om aannemelijk te maken dat hier geen sprake van is. Het gaat erom dat het bestuursorgaan motiveert in welk opzicht situaties op rechtens relevante wijze van elkaar verschillen. De bewijslast ligt hier dus bij het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan draagt voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel een eigen verantwoordelijkheid. De Afdeling formuleert dit als volgt: *'Het bewaken van de consistentie van het eigen optreden is bij uitstek de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur.'*¹²⁷ Als het bestuursorgaan in vergelijkbare gevallen niet is overgegaan tot handhaving, en niet aannemelijk kan maken dat de situatie waarin wel wordt opgetreden beduidend anders is, kan strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel worden aangenomen. Een bestuursorgaan dat tegen bepaalde overtredingen langdurig niet is opgetreden, maar op een gegeven moment tot actie wil overgaan, doet er goed aan handhavingsbeleid te formuleren. In het beleid kan uiteengezet worden welke overtredingen doelwit van handhaving zullen zijn, welke prioriteiten worden gesteld, en welke fasering bij de handhaving wordt aangehouden. Indien een bestuursorgaan in individuele gelijke gevallen hier wel en daar niet of hier zus en daar zo optreedt, zonder dat aan de besluitvorming enige redelijke (beleidsmatige) overweging ten grondslag ligt, is al heel snel sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel.¹²⁸

§5.5 Gedogen en de handhavingsplicht uit het EU-recht

Het HvJ geeft, als gezegd, zeer weinig ruimte om een schending van het EU-recht te gedogen. Er zijn slechts twee rechtvaardigingsgronden voor het gedogen van schendingen van het EU-recht die door het HvJ worden erkend (of lijken te worden erkend). Ten eerste als er sprake is van een 'absolute onmogelijkheid'¹²⁹ om handhavend op te treden, of wanneer handhavend optreden 'buitengewoon disproportioneel' is. Het HvJ lijkt zeer restrictief met het toepassen van deze rechtvaardigingsgronden. Hierbij moet wel een kanttekening worden geplaatst. Een arrest waarin een geslaagd beroep op een van deze rechtvaardigingsgronden is gedaan, heeft de onderzoeker niet kunnen vinden. Ook de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (hierna: de Evaluatiecommissie) constateerde in 2002 in haar rapport 'Gedogen in het milieurecht' dat er geen arresten van het HvJ te vinden waren¹³⁰ waarin het HvJ uitdrukkelijk heeft erkend dat in een voorkomend geval een overtreding van het Europese recht om een van deze twee redenen gerechtvaardigd was. Zij spreekt over 'het hoge uitzonderingskarakter' van deze rechtvaardigingsmogelijkheden en zegt hierover:

*'het feit dat het Hof deze uitzonderingsmogelijkheden in beginsel erkent – of beter gezegd: lijkt te erkennen –, uitsluitend is af te leiden uit arresten waarin een inbreuk op het EG-recht uiteindelijk niet acceptabel werd geacht.'*¹³¹

De onderzoeker sluit zich aan bij deze visie, het *lijkt* erop dat het HvJ de rechtvaardigingsgronden erkend. De erkenning kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van het HvJ. Er zijn momenteel nog geen arresten gewezen waarin het HvJ deze gronden

¹²⁷ ABRvS 19 oktober 2005, LJN AU45654 m. nt. Vermeer.

¹²⁸ Aldus Vermeer in de noot onder ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3618 m. nt. Vermeer.

¹²⁹ Dit kwam aan de orde in o.a. HvJ EG 9 december 1997, nr. C-265/95 (*Spaanse aardbeien*) en een impliciet (niet als zodanig geformuleerd) beroep op absolute onmogelijkheid door de Duitse regering in HvJ EG 10 juli 1990, nr. C-217/88 (*Tafelwein*).

¹³⁰ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 19. - *'Wij hebben geen enkel voorbeeld kunnen vinden van een casus waarin een lidstaat met succes een beroep op een van deze twee rechtvaardigingsgronden heeft gedaan.'*

¹³¹ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 13.

expliciet als rechtvaardigingsgronden aanwijst. Daarbij moet worden opgemerkt dat het in de gevonden jurisprudentie uitsluitend verdragsinbreukprocedures betrof, waarbij de Lidstaat al een lange tijd haar verdragsverplichtingen niet nakwam. In vergelijking met de 'beginselplicht tot handhaving' zoals die in de Nederlandse rechtspraak is geformuleerd, is het EU-recht op het gebied van het rechtvaardigen van gedogen minder duidelijk.

§5.5.1. Absolute onmogelijkheid

Een voorbeeld waaruit de erkenning van deze rechtvaardigingsgrond kan worden afgeleid vindt men in het Tafelwein arrest uit 1990¹³². In deze zaak stuitte Duitsland op praktische moeilijkheden bij de tenuitvoerlegging van een EU-rechtelijke verplichting. Volgens het HvJ zijn praktische moeilijkheden geen reden om 'absolute onmogelijkheid' aan te nemen¹³³. Hier voegde het HvJ het volgende aan toe:

*'Bovendien moet een Lidstaat die bij de uitvoering van een verordening van de Commissie stuit op onverwachte moeilijkheden die de nakoming van de uit deze verordening voortvloeiende verplichtingen absoluut onmogelijk maken, die moeilijkheden aan de Commissie melden en haar daarbij passende oplossingen aan de hand doen.'*¹³⁴

Hieruit blijkt dat zelfs als er sprake is van 'absolute onmogelijkheid' de Lidstaat, in samenwerking met de Commissie, tot een oplossing dient te komen zodat de EU-rechtelijke verplichting alsnog kan worden uitgevoerd. Ook het arrest Spaanse aardbeien¹³⁵ geeft blijk van de strenge eisen van het HvJ. Volgens dit arrest dient de Lidstaat alle maatregelen te treffen om de EU-rechtelijke verplichtingen na te komen. Dit is alleen anders als dit leidt tot een werkelijk gevaar voor de openbare orde waaraan de Lidstaat niet, met de ter beschikking staande (politiële) middelen, het hoofd kan bieden¹³⁶. Bij een beroep op 'absolute onmogelijkheid' leverden in de jurisprudentie van het HvJ financiële omstandigheden¹³⁷, praktische uitvoeringsproblemen, tegengestelde nationale jurisprudentiële eisen¹³⁸, te verwachten weerstand of zelfs sociale onlusten en afhankelijkheid van derden geen absolute onmogelijkheid op¹³⁹.

§5.5.2. Buitengewoon disproportioneel

In de arresten Tafelwein en Spaanse aardbeien die zojuist zijn besproken, werd (niet in zoveel woorden) een beroep gedaan op het evenredigheidsbeginsel, en in al deze zaken werd het beroep afgewezen. Zelfs in gevallen waarin het uitoefenen van handhavingsbevoegdheden kon leiden tot een aanzienlijk gevaar voor verstoringen van de openbare orde achtte het HvJ (in de zaak Spaanse aardbeien), handhaving toch noodzakelijk. Het is voor de onderzoeker niet duidelijk geworden wanneer er dan wel sprake is van "buitengewone disproportionaliteit". De Evaluatiecommissie¹⁴⁰ en de Moor- van Vught¹⁴¹ zijn van mening dat het evenredigheidsbeginsel in zeer uitzonderlijke gevallen het gedogen van een inbreuk op Europese normen zou moeten kunnen rechtvaardigen. Het lijkt erop dat het bestaan van deze rechtvaardigingsgrond moet worden afgeleid uit het feit dat

¹³² HvJ EG 10 juli 1990, nr. C-217/88 (*Tafelwein*).

¹³³ Idem, r.o. 32.

¹³⁴ Idem, r.o. 33.

¹³⁵ HvJ EG 9 december 1997, nr. C-265/95 (*Spaanse aardbeien*).

¹³⁶ Idem, r.o. 56 en 57. In gelijke zin over de vrees voor men ernstige onrust en als gevolg daarvan grote economische moeilijkheden: HvJ EG 7 december 1995, nr. C-52/95 (*Franse visserij*), r.o. 37 e.v.

¹³⁷ HvJ EG 7 december 1995, nr. C-52/95 (*Franse visserij*), r.o. 28, 38 en 39.

¹³⁸ HvJ EG 10 juli 1990, nr. C-217/88 (*Tafelwein*), r.o. 27 e.v.

¹³⁹ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 15.

¹⁴⁰ Idem, p. 16.

¹⁴¹ De Moor-van Vught, 1995, p. 63.

het evenredigheidsbeginsel ook in het Europese bestuursrecht een erkend algemeen rechtsbeginsel is. Het is in vaste jurisprudentie¹⁴² bepaald dat de nakoming van het EU-recht mede moet worden verzekerd door een geschikte sanctiëring¹⁴³. Deze eis wordt door het HvJ uitgewerkt in vier criteria. De sanctiëring moet niet discriminerend, effectief (doeltreffend), afschrikwekkend en *evenredig* zijn. In de zojuist aangehaalde arresten Griekse Maïs en Hansen wordt de volgende standaardoverweging door het HvJ gehanteerd bij het formuleren van de eisen die worden gesteld aan het sanctioneren van schendingen van het EU-recht:

'Zij [Lidstaten] zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn'.

Ten slotte komt de term 'evenredigheid' ook terug in resoluties van de Raad van de Europese Unie (hierna: de Raad) over sanctiëring¹⁴⁴. Hieruit kan worden geconcludeerd dat het evenredigheidsbeginsel ook in het EU-recht wordt erkend¹⁴⁵. Ook kan hieruit worden afgeleid dat als handhavend optreden buitengewoon disproportioneel is, dit een reden kan zijn om gedogen te rechtvaardigen. In het licht van de bovenstaande argumentatie zullen deze twee rechtvaardigingsgronden in dit onderzoek als 'erkende rechtvaardigingsgronden' worden beschouwd en ook als zodanig worden aangeduid.

§5.6. Conclusie

Het verdient opmerking dat de uitwerking, van de categorieën uit het Nederlandse recht (in de paragrafen 5.1. t/m 5.4), is onderbouwd met slechts een greep uit de jurisprudentie van de ABRvS. Of er sprake is van een bijzondere situatie waarbij mag worden gedoogd is erg afhankelijk van de casus die aan de orde is. Het is derhalve zeer moeilijk om concrete, strikt toepasbare criteria te geven waaraan getoetst kan worden bij de bepaling of er sprake is van 'een bijzondere omstandigheid'. Dat brengt met zich mee dat de vraag of er sprake is van een bijzondere omstandigheid afhankelijk is van het gewicht dat in een concreet geval aan de diverse rechtens relevante belangen wordt toegekend.¹⁴⁶

De ABRvS stelt de '*beginselflicht tot handhaving*' centraal. Bij handhavingsbesluiten wordt de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan gelimiteerd, omdat slechts onder '*bijzondere omstandigheden*' kan worden afgezien van handhavend optreden. Wanneer er sprake is van beleidsvrijheid van het bestuursorgaan worden besluiten normaliter marginaal getoetst; de rechter beoordeelt alleen of het bestuursorgaan ten tijde van het besluit (ex tunc) in redelijkheid tot dit besluit had kunnen komen. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat de rechter in het ruimtelijk bestuursrecht en het milieurecht meer intensief/inhoudelijk toetst. Het gedogen van een onrechtmatige situatie vereist dus een zeer goede motivering. Bovendien wordt de beleidsvrijheid verder ingeperkt wanneer een derde-belanghebbende expliciet verzoekt om handhavend op te treden tegen een bepaalde overtreding. Ten slotte geeft het HvJ zeer weinig ruimte om schendingen van het EU-recht te gedogen. Het HvJ erkent slechts twee rechtvaardigingsgronden: ten eerste als er sprake is van een 'absolute

¹⁴² Zie o.a. HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88 (*Griekse maïs*), r.o. 23 en 24 en HvJ EG 10 juli 1990, nr. 326/88 (*Tafelwein*), r.o. 17.

¹⁴³ Bij de herstelmaatregelen in het Nederlandse recht is het begrip *sanctionering* niet van toepassing, maar dit voorbeeld benadrukt wel dat evenredigheid als rechtsbeginsel wordt erkend in het EU-recht.

¹⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Resolutie van de Raad van 7 oktober 1997 over de opstelling, tenuitvoerlegging en handhaving van de communautaire milieuwetgeving, PbEG 97/C/321, p. 3 onder 12.

¹⁴⁵ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 8 en 16.

¹⁴⁶ Albers 2004.

onmogelijkheid¹⁴⁷ om handhavend op te treden, en ten tweede wanneer handhavend optreden 'buitengewoon disproportioneel' is. Er zijn momenteel nog geen arresten gewezen waarin een geslaagd beroep op een van deze rechtvaardigingsgronden is gedaan.

Hoofdstuk 6: Interim-uitbreiders, handhaven of gedogen?

In de vorige twee hoofdstukken is uitgelegd in welke situaties kan worden afgezien van handhavend optreden. Bij de beschouwing van het Nederlandse recht werden vier categorieën van situaties onderscheiden waarin een illegale situatie kan worden gedoogd. Zoals uit dit hoofdstuk zal blijken, zijn deze categorieën waarschijnlijk niet relevant voor de situatie van de interim-bedrijven, omdat zij in overtreding zijn van wet-en regelgeving die gebaseerd is op EU-recht. Op verzoek van de opdrachtgever zal in dit hoofdstuk toch worden onderzocht of de situatie van de interim-uitbreiders kan worden ondergebracht in een van de categorieën waarin gedogen, volgens het nationale recht, gerechtvaardigd kan worden of geboden is. Hiervoor is gekozen omdat deze criteria wel van toepassing zijn bij de handhaving van andere wet-en regelgeving (die niet gebaseerd is op EU- recht). Bij het lezen van dit hoofdstuk is het van belang dat de lezer zich bewust blijft van het feit dat de verstrekende handhavingsplicht uit het EU-recht geldt ten aanzien van de interim-bedrijven¹⁴⁸. In dit hoofdstuk zal de situatie van de interim-bedrijven eerst worden besproken in het licht van de EU-rechtelijke handhavingsplicht, en vervolgens in het licht van de nationaalrechtelijke 'beginselplicht tot handhaving'.

§6.1. De gevolgen van de EU-rechtelijke handhavingsplicht voor interim-uitbreiders

Voor de interim-uitbreiders geldt dat zij vergunningplichtig zijn op grond van de NBW. Dit is wetgeving die gebaseerd is op twee Europese richtlijnen¹⁴⁹. In paragraaf 3.3 is de handhavingsplicht uit het EU-recht besproken¹⁵⁰. Er zijn slechts twee rechtvaardigingsgronden die erkend (lijken te) zijn door het HvJ: ten eerste als er sprake is van een 'absolute onmogelijkheid' om handhavend op te treden, en ten tweede wanneer handhavend optreden 'buitengewoon disproportioneel' is. Er zijn echter nog geen arresten bekend waarin een geslaagd beroep op deze rechtvaardigingsgronden is gedaan. Het is daarom onwaarschijnlijk dat het gedogen van interim-bedrijven naar EU-recht kan worden gerechtvaardigd. Het HvJ oordeelde in verschillende arresten dat de mogelijke ernstige gevolgen¹⁵¹ van handhavend optreden niet leiden tot een geslaagd beroep op een van de rechtvaardigingsgronden. Het is aannemelijk dat de gevolgen van het handhavend optreden jegens interim-uitbreiders niet zo ernstig zullen zijn dat het HvJ het gedogen van een schending van het EU-recht (voor het eerst) gerechtvaardigd zal achten.

¹⁴⁷ Dit kwam aan de orde in o.a. HvJ EG 9 december 1997, nr. C-265/95 (*Spaanse aardbeien*) en een impliciet (niet als zodanig geformuleerd) beroep op absolute onmogelijkheid door de Duitse regering in HvJ EG 10 juli 1990, nr. C-217/88 (*Tafelwein*).

¹⁴⁸ Zoals verderop zal blijken is het waarschijnlijk dat het gedogen van de interim-bedrijven naar EU-recht niet gerechtvaardigd kan worden. In dit geval komt men niet toe aan het toetsen aan de criteria uit het nationale recht.

¹⁴⁹ Namelijk de Habitat-en Vogelrichtlijn.

¹⁵⁰ Albers 2004.

¹⁵¹ HvJ EG 9 december 1997, nr. C-265/95 (*Spaanse aardbeien*) over vrees voor verstoring van de openbare orde, en HvJ EG 7 december 1995, nr. C-52/95 (*Franse visserij*) over ernstige onrust en economische moeilijkheden.

De omstandigheden waaronder gedogen in het Nederlandse recht gerechtvaardigd kan worden, of geboden is, worden (momenteel) niet erkend als rechtvaardigingsgronden door het HvJ¹⁵². De Evaluatiecommissie zegt in haar rapport het volgende:

'De jurisprudentie van het Hof is, bij beide situaties¹⁵³, zeer restrictief. Zozeer zelfs, dat het Nederlandse gedoogbeleid, neergelegd in de nota 'Grenzen aan gedogen', hiermee in strijd kan zijn. (...) Indien van deze situaties¹⁵⁴ geen sprake is, én EG-rechtelijke normen in het geding zijn, moeten bestuursorganen afzien van het toepassen van het gedoogbeleid, neergelegd in de nota 'Grenzen aan gedogen.'¹⁵⁵

Het gedoogbeleid van de provincie Noord-Brabant is vastgelegd in 'Beleidsregels grenzen aan gedogen Noord-Brabant 2001' (zie bijlage 4). Deze beleidsregels worden vanaf nu aangeduid als: het gedoogbeleid. Het gedoogbeleid toont veel overeenstemming met de zojuist genoemde nota (zie hiervoor paragraaf 4.2). Het gedoogbeleid van de provincie kan dus ook op bepaalde punten in strijd zijn met het EU-recht. Als de redenering van de Evaluatiecommissie wordt gevolgd kan ten aanzien van interim-uitbreiders het volgende worden geconcludeerd: er zijn EU-rechtelijke normen in het geding, namelijk de NBW die gebaseerd is op de Habitat-en Vogelrichtlijn. Daarnaast is er geen sprake van 'absolute onmogelijkheid' om handhavend op te treden, en handhavend optreden kan (naar alle waarschijnlijkheid) ook niet worden aangemerkt als 'buitengewoon disproportioneel'. Het is daarom aannemelijk dat het HvJ zou oordelen dat het gedogen van de interim-bedrijven niet gerechtvaardigd kan worden.

§6.2. De gevolgen van de nationaalrechtelijke 'handhavingsplicht'

In de volgende paragrafen wordt onderzocht of de situatie van de interim-uitbreiders kan worden ondergebracht in een van de categorieën waarin gedogen, volgens het nationale recht, gerechtvaardigd kan worden of geboden is. De invloed van de EU-rechtelijke handhavingsplicht wordt daarbij buiten beschouwing gelaten.

6.2.1. Overgangssituaties

Het kan hier gaan om situaties waarin er een '*concreet uitzicht op legalisatie*' bestaat, of om situaties waarin de overtreding tijdelijk of incidenteel van aard is. Zoals in paragraaf 5.1.1. aan de orde kwam is legalisatie de belangrijkste bijzondere omstandigheid die tot gedogen kan leiden. Bij de provincie Noord-Brabant is dit niet anders. Het provinciale gedoogbeleid geeft een vijftal inhoudelijke vereisten waaraan voldaan moet worden voordat overgegaan kan worden tot gedogen. Deze eisen zijn cumulatief. Onder artikel 2 lid 1 sub b wordt het bestaan van een '*concreet uitzicht op legalisatie*' genoemd als een van de eisen. Alleen als er sprake is van '*overmacht*' kan deze eis buiten beschouwing worden gelaten, zo blijkt uit het tweede lid van artikel 2 van het gedoogbeleid. Als er geen '*concreet uitzicht op legalisatie*' is, en er is geen sprake van '*overmacht*', is het uitgangspunt dat er handhavend wordt opgetreden. Uit de feitelijke toepassing¹⁵⁶ van het gedoogbeleid blijkt dat er in negentig procent van de gedoogde situaties sprake is van een '*concreet uitzicht op legalisatie*', van '*overmacht*' is zelden sprake¹⁵⁷.

¹⁵² Volledigheidshalve: het is ook niet aannemelijk dat deze omstandigheden als rechtvaardigingsgronden erkend gaan worden. Dit kan worden afgeleid uit de jurisprudentie en ernstige omstandigheden/ gevolgen die daarin niet tot een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond hebben geleid.

¹⁵³ Als er sprake is van 'absolute onmogelijkheid' of 'buitengewone disproportionaliteit'.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 4 en 8.

¹⁵⁶ Het gaat hier om de feitelijke toepassing in algemene zin, niet toegespitst op interim-uitbreiders.

¹⁵⁷ Deze informatie is afkomstig van de heer De Groot. Hij is werkzaam als jurist bij de provincie en houdt zich voornamelijk bezig met het gedoogbeleid.

De overtredingen van de interim-bedrijven worden momenteel (over het algemeen) passief gedoogd¹⁵⁸. De enige schriftelijke communicatie met interim-uitbreiders over overtredingen van de NBW en Stikstofverordening bestaat eruit dat er in sommige gevallen, in het kader van toezicht, een brief verzonden wordt naar de overtreder¹⁵⁹. In die brief wordt geen overtreding geconstateerd, maar er wordt ook niet uitgesloten dat er sprake kan zijn van een overtreding (dit impliceert dat toekomstige handhaving niet wordt uitgesloten¹⁶⁰).

§6.2.2. Legalisering, tijdelijke en incidentele overtredingen

Legalisatie van de interim-bedrijven is binnen het huidige wettelijke kader van de NBW en Stikstofverordening mogelijk door middel van het opnemen van de bedrijfsactiviteiten in een beheerplan of door vergunningverlening. In het beheerplan wordt vastgelegd welke bedrijven met welke bedrijfssituatie worden gelegaliseerd. De vergunningplicht van de NBW vervalt immers wanneer de activiteiten van een bedrijf zijn opgenomen in een beheerplan¹⁶¹. Een 'concreet uitzicht op legalisatie' ontstaat als het ontwerp-beheerplan ter inzage is gelegd¹⁶². Aangezien de (ontwerp-)beheerplannen nog in het geheel niet in beeld zijn, bieden zij geen mogelijkheid voor de legalisering van interim-bedrijven. Daarnaast zou de 'voorziening' als bedoeld in artikel 36 van de Stikstofverordening legalisering van de interim-bedrijven mogelijk maken. Die 'voorziening' zou bestaan uit een hoofdstuk over de toegestane depositiewaarden in een beheerplan, of door (collectieve) saldering van de vergrote depositie. De beheerplannen zijn, als gezegd, nog niet opgesteld. Ook (collectieve) saldering is onder de huidige omstandigheden niet mogelijk. Saldering kan immers uitsluitend plaatsvinden door gebruik te maken van de depositiebank¹⁶³. Deze is momenteel niet open, en daardoor biedt ook (collectieve) saldering geen mogelijkheid om de interim-bedrijven te legaliseren¹⁶⁴. Door de onduidelijkheden betreffende het saldo in de depositiebank is het zeer onwaarschijnlijk dat op korte termijn (collectieve) saldering mogelijk zal zijn¹⁶⁵. De instrumenten die worden bedoeld met de term "voorziening" in artikel 36 Stikstofverordening, kunnen dus beiden niet tot legalisering van de interim-bedrijven leiden. Het is ook niet aannemelijk dat dit op korte termijn verandert¹⁶⁶.

¹⁵⁸ De onderzoeker heeft geen toegang tot de documenten waaruit kan blijken dat handhavingsverzoeken van derde-belanghebbenden (schriftelijk) zijn afgewezen. Mocht dit zijn gebeurd dan is er in die gevallen actief gedoogd.

¹⁵⁹ De term 'overtreder' wordt hier gehanteerd omdat het bij interim-uitbreiders per definitie gaat om bedrijven die in de periode vanaf 7 december 2004 tot en met 15 juli 2010 zijn uitgebreid met een (mogelijke) toename van stikstofdepositie op een of meerdere Natura 2000-gebieden tot gevolg, die zonder de vereiste NBW-vergunning in werking zijn.

¹⁶⁰ Dit kan van belang zijn wanneer er in het geval van handhaving door de overtreder een beroep wordt gedaan op het rechtszekerheidsbeginsel. Een expliciete gedoogbeschikking zou de overtreder meer kans bieden om een succesvol beroep te doen op het rechtszekerheidsbeginsel. Hiervan is echter geen sprake.

¹⁶¹ Zo blijkt uit artikel 19d, lid 1 en lid 2, NBW.

¹⁶² Een concreet uitzicht op legalisatie wordt aangenomen als er een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd, zie onder andere ABRvS 25 februari 2004, LJV AO4355, ABRvS 2 februari 2005, LJV AS4736, ABRvS 25 maart 2009, LJV BI0695, en meer recent ABRvS 7 maart 2012, LJV BV8064 r.o. 2.4.1. en 2.4.2. Volgens ABRvS 18 januari 2012, LJV BV1162 r.o. 2.7.2. geldt dit ook voor ontwerp-beheerplannen.

¹⁶³ Artikel 24 Stikstofverordening.

¹⁶⁴ Vergunningaanvragen en salderingsverzoeken van bedrijven met een zeer geringe toename in depositie worden momenteel soms wel door de afdeling vergunningverlening in behandeling genomen.

– Zie hoofdstuk 2 voor een uitgebreide uitleg van de problematiek.

¹⁶⁶ Er wordt momenteel niet gewerkt aan het toegankelijk maken van de depositiebank, en ook aan de beheerplannen wordt momenteel weinig tot geen aandacht besteed. Zo blijkt uit informatie die is verkregen van medewerkers binnen de provincie.

Vergunningverlening is het tweede instrument uit de NBW dat kan worden aangewend om de interim-bedrijven te legaliseren. Ondernemers die met hun emissie gelijk of onder die van de toepasselijke referentiedatum blijven, kunnen in beginsel een vergunning krijgen. Als er nog geen vergunning is verleend en er wordt een handhavingsbesluit genomen is dit, in beginsel, gerechtvaardigd. Toch dienen GS af te zien van handhavend optreden tegen deze bedrijven als er *ten tijde* van het nemen van het handhavingsbesluit alle procedures die doorlopen dienen te worden om legalisatie mogelijk te maken in een zodanig stadium te verkeren dat legalisatie op korte termijn in redelijkheid mag worden verwacht. De ondernemer dient een voor behandeling vatbare vergunningaanvraag te hebben ingediend¹⁶⁷ die voldoende gegevens bevat voor een beoordeling, en het moet aannemelijk zijn dat de aanvraag wordt ingewilligd¹⁶⁸. Als dit het geval is bestaat er een 'concreet uitzicht op legalisatie' en dient van handhavend optreden te worden afgezien. Ondernemers die hun stikstofdepositie echter hebben vergroot, kunnen alleen een vergunning krijgen als de vergrote depositie gesaldeerd kan worden. In de vorige paragraaf werd al gezegd dat saldering uitsluitend via de depositiebank kan, en dat deze momenteel niet open is. In de praktijk worden salderingsverzoeken van interim-uitbreiders soms toch in behandeling genomen, als er een (zeer) geringe toename van depositie heeft plaatsgevonden. Als de depositie aanzienlijk is vergroot, kan er momenteel geen saldering plaatsvinden. Wanneer een salderingsverzoek niet in behandeling wordt genomen, kan de verzoeker geen NBW-vergunning krijgen en kan zijn bedrijfssituatie dus niet door middel van vergunningverlening worden gelegaliseerd. Ten slotte gaat het bij interim-uitbreiders om continuerende onrechtmatige situaties; het bedrijfsmatige karakter van de overtredingen is van voortdurende aard. Er kan daarom niet worden gesproken van tijdelijke of eenmalige overtredingen.

§6.3. Zwaarwegende belangen, aperte onevenredigheid

Uit de jurisprudentie¹⁶⁹ en doctrine¹⁷⁰ blijkt dat handhavend optreden niet snel in strijd met de evenredigheid wordt geacht. Er is geen reden om aan te nemen dat handhavend optreden tegen de interim-uitbreiders zal leiden tot aantasting van een, hoger te waarderen, ander belang. In het geval van interim-uitbreiders gaat het niet om een categorie overtredingen van zeer geringe aard en ernst, die vergelijkbaar is met de situaties in de jurisprudentie¹⁷¹ waarin aangenomen werd dat handhaving in strijd met de evenredigheid was vanwege zwaarwegende andere belangen of aparte onevenredigheid. Interim-uitbreiders zijn in overtreding van zowel de NBW als de Stikstofverordening, en daarmee zijn zij illegaal in werking. Bovendien kunnen derden in hun belangen worden geschaad wanneer er niet handhavend wordt opgetreden. Hierbij kan worden gedacht aan de belangen van milieuorganisaties. Een argument tegen handhavend optreden is dat (alsnog) handhavend optreden ernstige financiële gevolgen zou hebben voor de interim-bedrijven, en dat handhaven daardoor onevenredig zou zijn. Door de ABRvS worden financiële consequenties echter niet dermate bijzonder geacht dat van handhaving moet worden afgezien¹⁷². Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat interim-uitbreiders niet in een situatie verkeren die valt onder de categorie zwaarwegende belangen of aperte onevenredigheid.

§6.4. Gering handhavingsbelang

¹⁶⁷ ABRvS 19 september 2001, LJN AN6872 m.nt. Vermeer.

¹⁶⁸ Zie o.a. de noot van Michiels onder ABRvS 14 maart 2007, LJN BA1126; *Wat mij in elk geval onjuist voorkomt, is dat reeds het feit dat er een ontvankelijke aanvraag is ingediend, voldoende zou zijn om te spreken van een concreet uitzicht op legalisatie dat aan handhaving in de weg staat. Het moet gaan om een aanvraag, die uiteraard ontvankelijk moet zijn én waarvan het tevens in de rede ligt dat die ook zal worden ingewilligd*.

¹⁶⁹ ABRvS 19 januari 2005, LJN AS3204 m.nt. Blomberg en Rb. (vzr.) Assen, 1 augustus 2008, LJN BE9041.

¹⁷⁰ Vermeer 2010, p. 60.

¹⁷¹ Zie hiervoor uitgebreid paragraaf 5.3.

¹⁷² ABRvS 22 december 1998, LJN AH6780 en meer recent ABRvS 14 maart 2007, LJN BA0624, r.o. 2.3.4.

Van handhavend optreden kan worden afgezien als de overtreding zeer gering is. Uit de jurisprudentie van de ABRvS¹⁷³ kan worden afgeleid dat het bij de vergunningplicht van de NBW niet relevant is of het gaat om een geringe of grove overtreding, elke wijziging in activiteiten leidt tot een vergunningplicht. Als er een wijziging in activiteiten plaats heeft gevonden ten aanzien van de situatie ten tijde van de toepasselijke referentiedatum, is het bedrijf vergunningplichtig. Het maakt hierbij niet uit of de wijziging een positieve, negatieve of geen invloed (ook wel stand-still genoemd) heeft op de stikstofdepositie. In 2009 werd door de ABRvS geoordeeld dat een stand-still of afname van stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied vanaf 1 oktober 2005 (datum inwerkingtreding NBW) niet genoeg is om een 'significant effect' op Natura 2000-gebieden uit te sluiten¹⁷⁴. In casu stelde het college zich op het punt dat er in het kader van de milieuvergunning al getoetst was aan de Habitatrichtlijn. De Afdeling oordeelde dat de toetsing in het kader van de milieuvergunning niet ter zake doet bij de vergunningverlening op basis van de NBW, omdat niet vaststaat of dezelfde activiteiten op dezelfde manier getoetst zijn. Er dient bij de vergunningverlening op basis van de NBW een nieuwe toetsing plaats te vinden. De interim-uitbreiders zijn onder de huidige omstandigheden in overtreding van de NBW omdat zij in werking zijn zonder de vereiste NBW-vergunning.

Wanneer er, ondanks de overtreding van de voorschriften, wordt voldaan aan de *bedoeling* van voorschriften, kan dit een reden zijn om van handhaving af te zien. Ook dit is bij de interim-bedrijven niet het geval. De NBW en de Stikstofverordening beogen immers om de aangewezen natuurgebieden te beschermen tegen onder meer een te hoge stikstofdepositie. Interim-uitbreiders zijn in overtreding van de NBW en Stikstofverordening juist vanwege het feit dat zij de toegestane depositiewaarden op de beschermde natuurgebieden overschrijden. Aan de bedoeling van de NBW en de Stikstofverordening wordt dus niet voldaan. Ten slotte kan er sprake zijn van een gering handhavingsbelang bij 'tijdelijke overtredingen', maar zoals in paragraaf 6.2.3 en 6.2.4. is beschreven, is dit niet aan de orde¹⁷⁵. Het gaat namelijk om overtredingen van continuerende aard.

Van een 'gering handhavingsbelang' is in de situatie van interim-bedrijven geen sprake. Interim-uitbreiders kunnen niet in deze categorie worden ondergebracht en er is dus geen mogelijkheid om hun situatie op deze grond te gedogen.

§6.5. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De onrechtmatigheid van de situatie van interim-uitbreiders is al enige tijd bekend bij GS. In de arresten van 1 april 2009¹⁷⁶ en 7 september 2011¹⁷⁷, die al veelvuldig zijn aangehaald, heeft de Afdeling de onrechtmatigheid van de situatie duidelijk tot uitdrukking gebracht. Er is sprake van categorisch gedogen; de activiteiten van een groep overtreders: interim-uitbreiders, worden stelselmatig gedoogd, terwijl zij duidelijk in overtreding zijn van de NBW en de Stikstofverordening.

De argumenten dat het categorisch gedogen van overtredingen 'zich niet verdraagt met stelsel van de wet' of 'inbreuk maakt op het stelsel van de wet' zijn aan de orde gekomen in de zaken Burgerbewoning Naaldwijk¹⁷⁸ en Recreatiewoningen Dalfsen¹⁷⁹ (eerder aangehaald in paragraaf 4.1). In Burgerbewoning Naaldwijk¹⁸⁰ ging het om het stelselmatig gedogen van een categorie activiteiten die in strijd was met het geldende bestemmingsplan. Dit verdroeg

¹⁷³ ABRvS 1 april 2009, LJN BH9262 en ABRvS 7 september 2011, LJN BR6898.

¹⁷⁴ ABRvS 1 april 2009, LJN BH9262.

¹⁷⁵ Tenzij het gaat om de interim-bedrijven waarvoor de NBW-vergunning op korte termijn verleend wordt en waarbij er dus sprake is van een 'concreet uitzicht op legalisatie' (zie paragraaf 6.2. e.v.).

¹⁷⁶ ABRvS 1 april 2009, LJN BH9262.

¹⁷⁷ ABRvS 7 september 2011, LJN BR6898.

¹⁷⁸ ABRvS 1 september 1998, Gemeentestem (1999) 7095, 7 m. nt. Goorden.

¹⁷⁹ ABRvS 22 juli 1999, LJN AA3610 m.nt. Michiels.

¹⁸⁰ ABRvS 1 september 1998, Gemeentestem (1999) 7095, 7 m. nt. Goorden.

zich volgens de Afdeling niet in het stelsel van de WRO. De WRO (nu de Wro) verplicht(te) de gemeenteraad om voor het gehele grondgebied een bestemmingsplan vast te stellen ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Wanneer het bestuursorgaan situaties die in strijd zijn met het bestemmingsplan, categorisch gedooft, dient het instrument zijn doel niet langer. Men gaat daardoor ook voorbij aan de wetgeving waarin het instrument wordt aangereikt.

Een recenter voorbeeld waarin een vergelijkbare casus aan de orde was, is de zaak Recreatiewoningen Dalfsen¹⁸¹. Het college had in deze zaak algemene regels vastgesteld en gepubliceerd waarin werd aangegeven in welke gevallen de permanente bewoning van recreatiewoningen zou worden toegestaan. Deze algemene regels werden als beleidsregels aangemerkt. Het college had in die beleidsregels algemene regels neergelegd omtrent het afzien van handhavend optreden. Er werden daarmee andere planologische maatregelen getroffen dan die bij de WRO waren voorzien. De ABRvS oordeelde dat een algemeen geldend en verstrekend gedoogbeleid als in deze casus, niet aanvaardbaar is omdat daarmee op het stelsel van de WRO ernstig inbreuk wordt gemaakt.

De bovenstaande uitspraken kunnen analoog worden toegepast op de situatie van de interim-uitbreiders. Het stelselmatig gedogen van de interim-bedrijven maakt inbreuk op het stelsel van de NBW. De NBW is opgesteld ten behoeve van de aangewezen natuurgebieden die in het kader van Natura 2000 worden beschermd. De NBW reikt instrumenten aan om deze bescherming mogelijk te maken. De NBW biedt geen wettelijke grondslag voor het afzien van handhavend optreden ten aanzien van een bepaalde categorie overtreders, tenzij er gebruik wordt gemaakt van vergunningverlening of beheerplannen (de NBW voorziet in deze maatregelen). Wanneer GS niet handhavend optreden tegen de interim-uitbreiders, zonder gebruik te maken van de maatregelen uit de wet die leiden tot legalisatie, gaan zij voorbij aan de maatregelen die bij de NBW zijn voorzien. GS maken dan inbreuk op het stelsel van de NBW.

In uitspraak Burgerbewoning Naaldwijk kwam bovendien aan de orde dat bij handhavingsverzoeken van derde-belanghebbenden ook de 'beginsel-aanspraak' op handhaving een rol speelt. Deze 'aanspraak' draagt eraan bij dat een beroep op het vertrouwens-en/of rechtszekerheidsbeginsel in de meeste gevallen niet slaagt. Het feit dat GS reeds een flink aantal jaren op de hoogte waren van de illegale situatie van de groep interim-uitbreiders, staat niet aan de handhaving in de weg. Er zijn geen gedoogbeschikkingen gegeven aan interim-uitbreiders. Maar zelfs in het geval van expliciet gedogen kan alsnog overgegaan worden tot handhavend optreden¹⁸². GS waren een aantal jaren op de hoogte van het bestaan van de *groep* overtreders. De betrokken bedrijven, en de aard en ernst van de overtredingen waren echter niet (geheel) bekend. In al deze gevallen is niet overgegaan tot handhavend optreden.

Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en doordacht bestuursbeleid. Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in rechtens vergelijkbare gevallen¹⁸³. Wanneer GS tot handhaving willen overgaan, dient hiermee rekening te worden gehouden (door vergelijkbare gevallen op gelijke wijze te handhaven). Een beroep op het gelijkheidsbeginsel door een overtreder zou dan waarschijnlijk in rechte niet succesvol zijn.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het niet aannemelijk is dat handhavend optreden tegen interim-uitbreiders leidt tot strijd met het gelijkheids-, vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel.

§6.6. Conclusie

¹⁸¹ ABRvS 22 juli 1999, LJV AA3610 m.nt. Michiels.

¹⁸² ABRvS 17 juli 2002, LJV AE5404 m. nt. Neerhof.

¹⁸³ ABRvS 19 oktober 2005, LJV AU45654 m. nt. Vermeer.

Het afzien van handhavend optreden jegens interim-bedrijven, kan naar alle waarschijnlijkheid niet worden gerechtvaardigd met een beroep op een van de twee EU-rechtelijke rechtvaardigingsgronden. Er is immers nog nooit een geslaagd beroep op een van deze rechtvaardigingsgronden gedaan. Het is niet aannemelijk dat de gevolgen van handhavingsmaatregelen tegen interim-uitbreiders gaan leiden tot het eerste arrest waarin het HvJ het gerechtvaardigd acht dat een schending van het EU-recht wordt gedoogd. Doordat het gedogen van de interim-bedrijven vanuit een EU-rechtelijk perspectief niet gerechtvaardigd kan worden, komt men eigenlijk niet toe aan het toetsen van de situatie van de interim-bedrijven aan de nationaalrechtelijke criteria die aan gedogen worden gesteld. Op verzoek van de opdrachtgever is de situatie van interim-uitbreiders toch aan deze criteria getoetst, en daaruit kan het volgende worden geconcludeerd. Op dit moment zijn alle interim-uitbreiders vergunningplichtig op grond van de NBW, dit blijkt uit twee uitspraken van de ABRvS¹⁸⁴. In beginsel dienen GS handhavend op te treden tegen alle interim-uitbreiders die zonder NBW-vergunning in werking zijn, dit volgt uit de beginselplicht tot handhaving. De situatie van meeste interim-uitbreiders kan niet worden aangemerkt als een overgangssituatie, er is immers geen sprake van *'een concreet uitzicht op legalisatie'*. De uitzondering wordt gevormd door de interim-uitbreiders die met hun emissie gelijk of onder die van de toepasselijke referentiedatum zijn gebleven. Deze interim-bedrijven kunnen in beginsel worden gelegaliseerd door middel van vergunningverlening. Als er aan deze interim-uitbreiders nog geen vergunning is verleend, en er wordt overgegaan tot handhaving is dit, in beginsel, gerechtvaardigd. Toch dienen GS af te zien van handhavend optreden tegen deze bedrijven als er *ten tijde* van het nemen van het handhavingsbesluit alle procedures die doorlopen dienen te worden om legalisatie mogelijk te maken in een zodanig stadium te verkeren dat legalisatie op korte termijn in redelijkheid mag worden verwacht. De interim-uitbreider dient een voor behandeling vatbare vergunningaanvraag te hebben ingediend¹⁸⁵ die voldoende gegevens bevat voor een beoordeling, en het moet aannemelijk zijn dat de aanvraag wordt ingewilligd¹⁸⁶. Als dit het geval is bestaat er een *'concreet uitzicht op legalisatie'* en dient van handhavend optreden te worden afgezien. Er kan ook sprake zijn van een *'concreet uitzicht op legalisatie'* als de activiteiten van een interim-bedrijf zijn opgenomen in een (concept-) beheerplan¹⁸⁷. Er is dan geen NBW-vergunning meer vereist. Momenteel zijn de beheerplannen in hun geheel niet in beeld. Deze vormen dus op dit moment geen mogelijkheid om de interim-bedrijven te legaliseren. Er is bij interim-bedrijven geen sprake van tijdelijke of eenmalige overtredingen. De overtredingen zijn door het bedrijfsmatige karakter van continuerende aard.

Ook is het niet aannemelijk dat handhavend optreden tegen de interim-uitbreiders leidt tot *'aperte onevenredigheid'*, dit wordt immers door de ABRvS zeer zelden als grond gezien om van de beginselplicht tot handhaving af te wijken. Hier is relevant dat derden belang kunnen hebben bij de handhaving van wet-en regelgeving, en hier in beginsel aanspraak op kunnen maken. Daarnaast kan niet worden aangenomen dat het handhavend optreden tegen interim-uitbreiders zou leiden tot strijd met het vertrouwens- rechtszekerheids- of gelijkheidsbeginsel. Ten slotte moet worden opgemerkt dat het provinciale gedoogbeleid op bepaalde punten in strijd kan zijn met het EU-recht.

¹⁸⁴ ABRvS 7 september 2011, LJN BR6898, en minder uitdrukkelijk ABRvS 1 april 2009, LJN BH9262.

¹⁸⁵ ABRvS 19 september 2001, LJN AN6872 m.nt. Vermeer.

¹⁸⁶ Zie o.a. de noot van Michiels onder ABRvS 14 maart 2007, LJN BA1126: *'Wat mij in elk geval onjuist voorkomt, is dat reeds het feit dat er een ontvankelijke aanvraag is ingediend, voldoende zou zijn om te spreken van een concreet uitzicht op legalisatie dat aan handhaving in de weg staat. Het moet gaan om een aanvraag, die uiteraard ontvankelijk moet zijn én waarvan het tevens in de rede ligt dat die ook zal worden ingewilligd'.*

¹⁸⁷ ABRvS 18 januari 2012, LJN BV1162.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat als GS in overeenstemming met de huidige wet-en regelgeving en de vaste lijn van jurisprudentie willen handelen, zij handhavend dienen op te treden tegen interim-uitbreiders.

Hoofdstuk 7: Consequenties van gedogen

Op verzoek van de provincie Noord-Brabant wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de mogelijke consequenties van het gedogen van de onrechtmatige situatie van interim-bedrijven. Zoals in de vorige hoofdstukken is geconstateerd kan het afzien van handhavend optreden ten aanzien van interim-bedrijven niet gerechtvaardigd worden. Het niet voldoen aan de handhavingsplicht kan leiden tot financiële gevolgen. Bovendien kan worden betoogd dat het categorisch gedogen van interim-uitbreiders niet praktisch is. Het huidige handhavingsbeleid van de provincie Noord-Brabant, ten aanzien van de interim-bedrijven, leidt ertoe dat er in bepaalde gevallen sprake is van een inefficiënte werkwijze binnen de organisatie. Er wordt namelijk tijd besteed aan het volgen van (besluitvormings)procedures, die leiden tot besluiten die de rechterlijke toets waarschijnlijk niet kunnen doorstaan. In dit hoofdstuk zullen eerst de mogelijke consequenties van het gedogen van schendingen van EU-rechtelijke normen worden besproken. Daarna volgt een bespreking van de mogelijke gevolgen van gedogen vanuit een nationaalrechtelijk perspectief.

§7.1. Gedogen van schending EU-recht

Zoals in hoofdstuk 6 uitgebreid is besproken, zijn de interim-bedrijven in overtreding van wetgeving die gebaseerd is op EU-rechtelijke normen. Daarbij is geconstateerd dat het zeer onwaarschijnlijk is dat het gedogen van de onrechtmatige situatie van interim-bedrijven kan worden gerechtvaardigd met een beroep op een van de door het HvJ erkende rechtvaardigingsgronden. Het EU-recht vereist dat EU-rechtelijke normen worden toegepast, zodanig dat het doel dat met het EU-recht wordt beoogd, daadwerkelijk wordt gerealiseerd. Het bestuursorgaan moet dus bij de constatering van een schending van een EU-rechtelijke norm, afzien van de toepassing van een gedoogbeleid¹⁸⁸. Momenteel wordt er ten aanzien van de interim-uitbreiders niet voldaan aan de strenge handhavingsplicht uit het EU-recht¹⁸⁹. GS treden immers niet handhavend op tegen de overtredingen van EU-rechtelijke normen door de interim-uitbreiders.

§7.1.1. Verdragsinbreukprocedure

Het niet-naleven van de handhavingsverplichting kan leiden tot een verdragsinbreukprocedure (ook wel infractieprocedure genoemd). Dit geldt niet alleen bij het afzien van handhaving van een EU-rechtelijke norm in algemene zin, maar ook voor concrete gevallen. De bevoegdheid om op te treden tegen lidstaten die hun verplichtingen die voortvloeien uit het EU-recht niet nakomen komt toe aan de Europese Commissie (hierna: de Commissie). De procedure richt zich tot de betrokken lidstaat (dus niet direct tot het bestuursorgaan die de verdragsverplichting niet naleeft). De inbreuk op het EU-recht kan

¹⁸⁸ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 8.

¹⁸⁹ De 'beginselplicht tot handhaving' uit het Nederlandse recht wordt in deze paragraaf niet behandeld.

zowel door de centrale overheid als door decentrale overheden worden gepleegd. De artikelen 258 en 260 van het VwEU regelen de inbreukprocedure. De procedure bestaat uit twee fases. Eerst een administratieve fase¹⁹⁰ waarin de Commissie de lidstaat schriftelijk om duidelijkheid vraagt over de vermeende inbreuk, aanmaant om de situatie binnen een bepaalde termijn te herstellen en vervolgens een met redenen omkleed advies uitbrengt (dit wordt ook wel aangeduid als de 'precontentieuze procedure')¹⁹¹. Wanneer de lidstaat het advies niet binnen de termijn opvolgt, vangt de tweede fase aan. In deze fase verzoekt de Commissie het HvJ de betrokken lidstaat te veroordelen wegens het niet nakomen van zijn verplichtingen¹⁹². Als het HvJ vervolgens oordeelt dat de lidstaat een op hem rustende verdragsverplichting niet is nagekomen, is de lidstaat verplicht om die maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het HvJ. De Commissie kan de zaak opnieuw voor het HvJ brengen als zij van oordeel is dat de lidstaat geen gevolg gegeven heeft aan het arrest. Op verzoek van de Commissie kan het HvJ de lidstaat een boete opleggen¹⁹³. Naast de mogelijke financiële gevolgen die een inbreukprocedure kan hebben, kan het ook leiden tot negatieve publiciteit en gezichtsverlies van de betrokken lidstaat en de betrokken decentrale overheid/overheden. In de media¹⁹⁴ en in de politiek¹⁹⁵ wordt immers aandacht besteed aan arresten van het HvJ.

§7.1.2. Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten

Voor de provincie Noord-Brabant is het wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (hierna: NERpe) interessant. Artikel 7, lid 1, van het wetsvoorstel regelt dat als Nederland aansprakelijk wordt gesteld voor het niet nakomen van een EU-Verdragsverplichting, en dit leidt tot een vordering op de staat in de vorm van een boete of dwangsom, de Minister kan besluiten om deze vordering te verhalen op het verantwoordelijke bestuursorgaan. Het wetsvoorstel is bekritiseerd door onder meer het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG)¹⁹⁶. Uit de Nadere Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel van 16 maart 2012 volgt dat er in de Eerste en Tweede Kamer discussie is geweest, in het bijzonder over de vraag of de wet NERpe in werking moet treden ten aanzien van gemeenten en provincies. In de Nadere Memorie van Antwoord wordt overigens betoogd dat de bezwaren tegen de inwerkingtreding ten aanzien van decentrale overheden ongegrond zijn¹⁹⁷. De datum waarop de wet NERpe in werking zal treden is momenteel niet bekend. De wet NERpe zou in de toekomst kunnen leiden tot financiële gevolgen voor de provincie Noord-Brabant als Nederland een boete krijgt voor het niet voldoen aan EU-rechtelijke verplichtingen.

§7.1.3. Schadevergoeding

Ten slotte kan verplichting om schadevergoeding te betalen indien het ten onrechte niet-naleven van EU-rechtelijke verplichtingen schade tot gevolg heeft.¹⁹⁸ Het voert echter te ver om dit onderwerp in dit rapport uitgebreid te bespreken.

¹⁹⁰ Artikel 258 VwEU.

¹⁹¹ (<http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_nl.htm>). – Laatst bezocht: 12-04-2012.

¹⁹² (<<http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures.html>>). – Laatst bezocht: 13-04-2012.

¹⁹³ Artikel 260 VwEU.

¹⁹⁴ *De telegraaf* 17 januari 2012.

(<http://www.telegraaf.nl/buitenland/11318887/___Brussel_neemt_Hongarije_in_de_tang_.html>) en

(<<http://www.nrc.nl/nieuws/2012/01/17/eu-start-procedure-tegen-hongarije>>)- laatst bezocht: 13-04-2012.

¹⁹⁵ (<<http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures.html>>) wordt een overzicht gegeven van veroordelingen van andere lidstaten - laatst bezocht: 13-04-2012.

¹⁹⁶ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 157, C, p. 4.

¹⁹⁷ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 157, E, p. 6.

¹⁹⁸ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 8.

§7.2. Gevolgen van gedogen naar Nederlands recht

De vorige paragraaf ging over de mogelijke gevolgen van gedogen vanuit een EU-rechtelijk gezichtspunt. Naar Nederlands recht kan het gedogen de onrechtmatige situatie van interim-uitbreiders echter ook negatieve consequenties hebben. In hoofdstuk 6 werd geconcludeerd dat uit de Nederlandse wet-en regelgeving en de vaste lijn van jurisprudentie van de ABRvS, volgt dat GS (in beginsel) handhavend dienen op te treden tegen interim-uitbreiders¹⁹⁹. In deze paragraaf zullen de hoofdzakelijke gevolgen die gedogen met zich mee kan brengen, worden behandeld vanuit een nationaalrechtelijk perspectief.

§7.2.1. Nadeelcompensatie

Niet alleen wanneer er sprake is van een onrechtmatig besluit kan er recht bestaan voor de overtreders om schade te vorderen, onder bepaalde omstandigheden kan dit ook het geval zijn bij rechtmatige besluiten. Hierbij kunnen het vertrouwens-en/of egalitébeginsel een rol spelen. Nu volgt een korte bespreking van de mogelijkheid voor interim-uitbreiders om nadeelcompensatie te vorderen als GS overgaan tot handhaving²⁰⁰.

§7.2.1.1. Nadeelcompensatie op grond van het vertrouwensbeginsel

Het vertrouwensbeginsel is in de meeste gevallen geen reden om af te zien van handhavend optreden, maar het kan wel een reden zijn om de schade die ontstaat als gevolg van de handhaving (deels) te vergoeden. Hierbij zijn de volgende twee situaties te onderscheiden:

- 1.** Ten eerste kan er sprake zijn van een plicht tot het betalen van schadevergoeding als het bestuursorgaan zelf actief betrokken was bij het begaan van de overtreding. Hier kan bijvoorbeeld sprake van zijn als het bestuursorgaan onjuiste inlichtingen heeft verstrekt aan de overtreder; door te zeggen dat het handelen van de overtreder legaal was of zou worden.
- 2.** Ten tweede kan de situatie zich voordoen dat door het bestuursorgaan verwachtingen zijn gewekt dat tegen een bepaalde overtreding niet zal worden opgetreden en vervolgens wordt toch tot handhaving wordt overgegaan. In dergelijke situaties kan een schadevergoeding in het licht van een goede belangenafweging de beste uitkomst zijn. De te vergoeden schade kan bestaan uit het kosten die gemoeid zijn met het uitvoeren van de last, maar ook uit het tenietgaan van investeringen of derving van inkomsten.²⁰¹

Ten aanzien van het eerste punt kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat GS geen actieve rol hebben gespeeld in het ontstaan van de onrechtmatige situaties van de interim-uitbreiders. Het kan namelijk niet worden uitgesloten dat bepaalde ondernemers onjuist zijn geïnformeerd over het al dan niet bestaan van een vergunningplicht voor hun activiteiten (zie: paragraaf 2.7). Deze interim-bedrijven kunnen zijn uitgebreid in de (onjuiste) veronderstelling dat zij niet vergunningplichtig waren op grond van de NBW. Door de wijziging van de bedrijfssituatie zijn deze bedrijven volgens de huidige jurisprudentie toch vergunningplichtig geworden²⁰². GS dienen in beginsel handhavend op te treden tegen overtredingen van de NBW, zo is gebleken uit dit onderzoek. Als gevolg van de handhavingsmaatregelen kan er schade ontstaan bij deze bedrijven. Financiële consequenties zijn geen reden om af te zien van handhavend optreden²⁰³, maar het handhavingsbesluit kan voor GS wel een verplichting doen ontstaan om de schade, die het gevolg is van de handhaving, te vergoeden. Een geslaagd beroep op het

¹⁹⁹ De bedrijven die voor legalisatie in aanmerking komen, worden hier buiten beschouwing gelaten.

²⁰⁰ Hier wordt uitgegaan van de situatie waarin het handhavingsbesluit een rechtmatig besluit is.

²⁰¹ Damen e.a. 2009, p. 722-723.

²⁰² ABRvS 1 april 2009, LJV BH9262 en ABRvS 7 september 2011, LJV BR6898.

²⁰³ ABRvS 22 december 1998, LJV AH6780 en meer recent ABRvS 14 maart 2007, LJV BA0624, r.o. 2.3.4.

vertrouwensbeginsel kan worden gedaan als de interim-uitbreider in het bezit is van een ongeclausuleerde niet voor meerdere uitleg vatbare *schriftelijke* toezegging waarin door het bestuursorgaan wordt verkondigd dat er sprake is van een niet-vergunningplichtige activiteit²⁰⁴. Als dit het geval is kan worden betoogd dat GS zelf actief betrokken waren bij het begaan van de overtreding, en dat de schade, die ontstaat als gevolg van het handhavend optreden tegen deze overtredingen, (deels) moet worden vergoed. Bij een beroep op het vertrouwensbeginsel spelen ook andere factoren een rol. Ten eerste is een bestuursorgaan in beginsel alleen gehouden tot honorering van verwachtingen die het door bepaalde uitlatingen of handelingen zelf heeft gewekt of die zijn gebaseerd op gedragingen van iemand die bevoegd is namens het bestuursorgaan op te treden (door middel van mandaatverlening door het bestuursorgaan als bedoeld in artikel 10:2 Awb), dan wel bevoegd is bindende aanwijzingen te geven voor de uitoefening van zijn bevoegdheid.²⁰⁵ De gewekte verwachtingen moeten immers aan het bestuursorgaan kunnen worden toegerekend, de persoon die de verwachtingen heeft gewekt dient in beginsel bevoegd te zijn (hier zijn uitzonderingen op maar die worden in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten). Als de gemandateerde binnen de grenzen van zijn bevoegdheid handelt, dan wordt een door hem genomen besluit aan de mandaatgever (het bestuursorgaan). Het besluit van de gemandateerde heeft dezelfde juridische gevolgen als een besluit dat door de mandaatgever zelf zou zijn genomen.²⁰⁶ De onderzoeker beperkt zich tot de situatie waarin de verwachtingen door een bevoegd functionaris van de provincie Noord-Brabant zijn gewekt.

Ten tweede speelt het zogenaamde 'dispositievereiste' een rol. Het dispositievereiste houdt kortgezegd in dat de burger op basis van de gewekte verwachtingen handelingen heeft verricht, of heeft nagelaten, die leiden tot schade wanneer de verwachtingen niet worden gehonoreerd²⁰⁷. De situatie kan zich voor hebben gedaan dat interim-bedrijven, op basis van onjuiste inlichtingen van GS, zijn uitgebreid in de veronderstelling dat zij niet vergunningplichtig waren op grond van de NBW. Bedrijfsuitbreidingen gaan gepaard met financiële investeringen. Als achteraf wordt geconstateerd dat deze interim-bedrijven wel vergunningplichtig zijn en nu illegaal in werking zijn door de bedrijfsuitbreidingen waarvoor geen vergunning is verleend, is GS in beginsel verplicht om handhavend op te treden. De handhavingsmaatregelen en eventueel het ongedaan maken van de investering hebben kunnen leiden tot financiële gevolgen voor de interim-bedrijven. Indien deze situatie zich voordoet wordt aan het dispositievereiste voldaan.

Ten slotte kan het zo zijn dat de gewekte verwachtingen alleen kunnen worden gehonoreerd door in strijd met wettelijke voorschriften (contra-legem) te handelen. Als dit het geval is kan dit ertoe leiden dat een beroep op het vertrouwensbeginsel niet slaagt²⁰⁸. In de zojuist beschreven situatie, met betrekking tot de onjuiste inlichtingen jegens de interim-uitbreiders, ontstaat er botsing tussen twee rechtsbeginselen, te weten het rechtsbeginsel dat de wet moet worden nageleefd (de interim-uitbreiders moeten voldoen aan de eisen uit de NBW) en het vertrouwensbeginsel (een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur).²⁰⁹ Het uitgangspunt van de ABRvS is dat dwingende voorschriften niet op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur buiten toepassing mogen worden gelaten²¹⁰. Het is daarom aannemelijk dat interim-uitbreiders geen geslaagd beroep kunnen doen op het vertrouwensbeginsel, zij voldoen immers niet aan de vergunningplicht die voor hen geldt op grond van de NBW.

De werking van het vertrouwensbeginsel contra-legem gaat het bestek van deze scriptie te

²⁰⁴ ABRvS 4 april 2007, LJV BA2203, Rb. Arnhem 21 oktober 2004, LJV AR5146.

²⁰⁵ Damen 2009, p. 399.

²⁰⁶ Kamerstukken II 1994/93, 23 700, nr. 3, p. 168.

²⁰⁷ Van Ballegooij 2008, p. 97-98.

²⁰⁸ De Haan e.a. 2001, p. 144.

²⁰⁹ Idem, p. 419.

²¹⁰ Idem, p. 422. Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 januari 2006, LJV AU9838.

buiten, en zal daarom niet uitgebreid worden besproken. De onderzoeker verwijst u voor meer informatie over dit onderwerp naar: De Haan e.a. 2001, p. 144 e.v.

Ten aanzien van het tweede punt dient te worden opgemerkt dat het voor dit onderzoek te ver voert om te onderzoeken of er bij de interim-uitbreiders verwachtingen zijn gewekt dat tegen hen niet handhavend zal worden opgetreden. Mocht dit wel het geval zijn dan zou een beroep op het vertrouwensbeginsel een mogelijkheid kunnen bieden voor interim-uitbreiders om nadeelcompensatie te vorderen.

§7.2.1.2. Nadeelcompensatie op grond van het egalitébeginsel

Het recht op schadevergoeding ten gevolge van rechtmatig bestuursoptreden, vloeit voort uit het, mede aan art. 3:4 tweede lid Awb ten grondslag liggende algemene rechtsbeginsel van '*égalité devant les charges publiques*' (gelijkheid voor openbare lasten) op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige — buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende — schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden²¹¹. Wanneer het bestuursorgaan over een lange termijn een illegale situatie heeft gedoogd en vervolgens toch overgaat tot handhaving, kan de overtreder, in een uitzonderlijk geval recht hebben op schadevergoeding op grond van het beginsel van het egalitébeginsel. Het egalitébeginsel verlangt, kort gezegd, dat de lasten die het gevolg zijn van overheidshandelen in het algemeen belang, niet ten laste van een willekeurige burger (of bepaalde groep burgers) komen, maar door de gemeenschap worden gedragen²¹². Er is dan wel sprake van een *rechtmatig* besluit van een bestuursorgaan, maar waarbij een persoon, of een specifieke groep personen, onevenredig in hun belangen worden getroffen. Het doel van dit beginsel is om een *kennelijke ongelijkheid* in de lasten die verbonden zijn met een specifiek overheidshandelen te compenseren.²¹³ Het is niet zo dat *elke* ongelijkheid in de lasten dient te worden gecompenseerd. Er dient sprake te zijn van lasten die buiten de grens van redelijkheid vallen, en een burger/specifieke groep onevenredig in zijn/haar belangen treft. De wettelijke grondslag van dit beginsel is artikel 3:4 lid 2 Awb²¹⁴ waarin het evenredigheidsbeginsel is gecodificeerd. De omvang van de vergoeding is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bij de uitoefening van handhavingsbevoegdheden is er niet snel sprake van onrechtmatigheid jegens een bepaalde burger of groep, de overtreder(s) is/zijn in meeste gevallen zelf schuldig aan het ontstaan van de illegale situatie. Hier wil de onderzoeker er opnieuw op wijzen dat het niet kan worden uitgesloten dat bepaalde interim-bedrijven onjuist zijn geïnformeerd over het al dan niet bestaan van een vergunningplicht voor hun activiteiten. Er kunnen gevallen zijn waarin GS op deze wijze hebben bijgedragen aan het ontstaan van de onrechtmatige situatie.

Om voor nadeelcompensatie in aanmerking te komen moet de schade een *rechtstreeks* gevolg zijn van het *rechtmatige* besluit. Er moet dus een causaal verband zijn tussen het handhavingsbesluit en de schade. Gezien handhaving zeer zelden als onrechtmatig wordt aangemerkt door de ABRvS zal er meestal sprake zijn van een rechtmatig besluit. De overtreder dient in beginsel rekening te houden met de mogelijkheid dat tot handhaving wordt overgegaan.

§7.2.2. Onzuivere en zelfstandige schadebesluiten

²¹¹ Zie o.a.: ABRvS 18 februari 1997, LJN ZF2587, m. nt. Van Buuren en ABRvS 6 mei 1997, LJN AA6762, m. nt. Van Buuren (*Van Vlodrop/Staat*).

²¹² Tjepkema 2010.

²¹³ Damen e.a. 2009, p. 484.

²¹⁴ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3 p. 70. — 'hierbij kan worden aangetekend dat de onevenredigheid van de gevolgen van een besluit voor een of meer belanghebbenden soms kan worden weggenomen doordat een financiële compensatie wordt aangeboden.'

Als er geen wettelijke grondslag of beleid is, die de basis vormt voor een verzoek tot toekenning van nadeelcompensatie, kan de belanghebbende het bestuursorgaan verzoeken om de schadevergoeding onderdeel te maken van het schadeveroorzakende besluit (dit wordt ook wel een *onzuiver schadebesluit* genoemd). Als het bestuursorgaan dit weigert kan de belanghebbende procederen tegen het bestuursorgaan op de grond dat het bestuursorgaan bij de belangenafweging²¹⁵ onvoldoende rekening heeft gehouden met zijn belangen. Ten slotte is het ook mogelijk om na het schadeveroorzakende besluit, een zelfstandige aanvraag in te dienen waarin het bestuursorgaan wordt verzocht de schade te vergoeden. De beslissing op dat verzoek is een appellabel besluit (hiertegen kan dus bezwaar en beroep worden ingesteld). Een dergelijk besluit over de toekenning van schadevergoeding wordt ook wel aangemerkt als een *zelfstandig schadebesluit*.

§7.2.3. Schadevergoeding op grond van artikel 8:73 Awb

Wanneer een derde-belanghebbende schade leidt door het feit dat een bestuursorgaan onterecht een handhavingsverzoek heeft afgewezen, kan dit als onrechtmatig handelen van het bestuursorgaan worden aangemerkt. Deze schade moet in beginsel vergoed worden door het bestuursorgaan. Onder de huidige omstandigheden is het aannemelijk dat besluiten op bezwaar tegen de afwijzing van handhavingsverzoeken in rechte geen stand zullen houden (zie: paragraaf 7.3.).

Handhavingsverzoeken kunnen bijvoorbeeld worden ingediend door milieuorganisaties²¹⁶. Zij kunnen schadevergoeding vorderen; die schade kan bestaan uit de kosten van maatregelen die krachtens bijzondere taakstelling in het belang van het milieu zijn genomen. Als er beroep wordt ingesteld bij de bestuursrechter kan de rechter, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij het bestuursorgaan veroordelen tot vergoeding van de schade die de partij lijdt²¹⁷. Om voor vergoeding van de schade in aanmerking te komen, moet de rechter het beroep gegrond verklaren. Artikel 8:73 Awb bevat twee facultatieve elementen: ten eerste *kan* de belanghebbende ervoor kiezen een verzoek tot schadevergoeding in te dienen²¹⁸, en ten tweede bepaalt de rechter of hij wil oordelen over schade. Er zijn drie situaties denkbaar: de rechter kent de schadevergoeding toe, wijst het verzoek om schadevergoeding af of weigert over de schadevergoeding te oordelen. Als de rechter oordeelt dat de schade niet vergoed dient te worden, kan de schade niet meer in een civiele procedure worden verhaald²¹⁹. De beslissing heeft dan formele rechtskracht gekregen. Als de rechter geen oordeel wil geven over de schade, is het nog wel mogelijk om via het civiele circuit schadevergoeding te vorderen. Als de rechter het beroep gegrond verklaard (en dus oordeelt dat het handhavingsverzoek onterecht is afgewezen), is daarmee de onrechtmatigheid van het besluit gegeven en daarmee staat de belanghebbende in een civiele procedure erg sterk. Volgens het arrest Sint Oedenrode/Driessen²²⁰ leidt bestuursrechtelijke onrechtmatigheid automatisch ook tot civielrechtelijke onrechtmatigheid. Het is niet ondenkbaar dat een belanghebbende geen gebruik maakt van artikel 8:73 Awb, maar schade vordert op grond van de onrechtmatige daad. De civiele rechter kan namelijk de gehele schade beoordelen, en niet alleen de schadeoorzaken die worden behandeld in de bestuursrechtelijke procedure.

§7.3. Handhavingsverzoeken en gerechtelijke vernietiging

²¹⁵ Artikel 3:4, lid 1 Awb.

²¹⁶ Ingevolge artikel 1:2 lid 3 Awb: Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

²¹⁷ Artikel 8:73 Awb.

²¹⁸ De rechter kent niet ambtshalve schadevergoeding toe, en de belanghebbende is niet verplicht om schadevergoeding te verzoeken.

²¹⁹ Op grond van een onrechtmatige daad - artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

²²⁰ ABRvS 24 februari 1984, LJN AG4771 m.nt. Eijden.

Wanneer een aanvraag van een derde-belanghebbende²²¹ tot het nemen van een handhavingsbesluit wordt afgewezen, is die afwijzing een besluit in de zin van de Awb²²². Hiertegen kan bezwaar en beroep worden ingesteld.

Op dit moment worden op interim-uitbreiders gerichte handhavingsverzoeken, die hun grondslag vinden in de NBW of de Stikverordening, afgewezen met als motivering dat er sprake is van 'zicht op legalisatie' of dat 'handhavend optreden nu niet opportuun is' vanwege de beheerplannen die worden opgesteld. De beheerplannen zijn in het geheel niet in beeld. Vage voornemens²²³ zijn niet voldoende om te kunnen spreken van een 'concreet uitzicht op legalisatie'. Daarnaast valt de situatie van interim-uitbreiders niet onder de een van de andere categorieën van situaties waarin van handhaving kan worden afgezien (een andere motivering voor het afzien van handhaving is dus niet mogelijk). Tegen de afwijzing van een handhavingsverzoek staat bezwaar en beroep open. Als er negatief wordt beslist op een bezwaarschrift tegen de afwijzing van een handhavingsverzoek kan de belanghebbende beroep instellen bij de bestuursrechter. Het zeer waarschijnlijk dat in dergelijke gevallen het besluit op bezwaar wordt vernietigd. De voornaamste reden hiervoor is dat er onder de huidige omstandigheden geen deugdelijke motivering mogelijk is bij de beslissing om van handhaving af te zien. De motivering van het besluit op bezwaar zal in rechte niet houdbaar zijn. Het gevolg van de vernietiging van het besluit op bezwaar is dat er opnieuw op het bezwaar moet worden beslist met inachtneming van de uitspraak. Het primaire besluit (de afwijzing van het handhavingsverzoek) blijft in stand, maar als de uitspraak in acht moet worden genomen, en een andere motivering voor negatief beslissen op het bezwaarschrift niet houdbaar is, is handhavend optreden de enige houdbare optie. Handhaving is tenslotte het uitgangspunt volgens de huidige jurisprudentie van de ABRvS. Er is in het geval van interim-uitbreiders (tenzij legalisering mogelijk is) geen sprake van 'een bijzondere omstandigheid' waardoor van handhaving kan worden afgezien. Bovendien versterkt de 'beginsel-aanspraak' van derde-belanghebbenden op handhaving, de gehoudenheid van het bestuursorgaan om handhavend op te treden.

De nieuwe beslissing op het bezwaar kan een gegrondverklaring inhouden waarna handhavend wordt opgetreden, of er kan opnieuw een ongegrondverklaring volgen (eventueel met een andere motivering). Laatstgenoemde zal echter bij de rechter zeer waarschijnlijk (opnieuw) worden vernietigd.

§7.4. Conclusie

Vanuit een EU-rechtelijk perspectief dient er handhavend te worden opgetreden tegen interim-uitbreiders. Wanneer GS niet overgaan tot handhavend optreden, kan dit leiden tot een verdragsinbreukprocedure. De commissie kan Nederland een dwangsom opleggen wegens het niet nakomen van de EU-rechtelijke verplichtingen die voortvloeien uit de Habitat-en Vogelrichtlijn. Bovendien kan een inbreukprocedure leiden tot gezichtsverlies van Nederland en de provincie Noord-Brabant vanwege de aandacht die er wordt besteed aan inbreukprocedures door politici en de media. Als de wet NERpe in werking treedt, kunnen de vorderingen op Nederland²²⁴ die in een verdragsinbreukprocedure ontstaan, door de centrale overheid worden verhaald op de provincie Noord-Brabant.

Uit een nationaalrechtelijk perspectief kan het gedogen van de interim-bedrijven ook negatieve gevolgen hebben. De belangrijkste factor in het licht van de situatie van de interim-

²²¹ Handhavingsverzoeken van niet-belanghebbenden worden niet aangemerkt als een aanvraag in de zin van artikel 1:3, lid 3 Awb. Een afwijzing van een handhavingsverzoek van een niet-belanghebbende is geen besluit in de zin van artikel 1:3, lid 1 Awb. Een bezwaarschrift tegen de afwijzing dient niet-ontvankelijk te worden verklaard als GS van oordeel blijft dat de indiener geen belanghebbende is.

²²² Artikel 1:3, lid 2 Awb.

²²³ Van Buuren 2009, p. 320.

²²⁴ Er van uitgaande dat Nederland veroordeeld wordt doordat er niet handhavend wordt opgetreden tegen interim-uitbreiders en vervolgens een boete of een dwangsom moet betalen.

bedrijven is dat niet kan worden uitgesloten dat GS een actieve rol hebben gespeeld in het ontstaan van de onrechtmatige situaties bij deze bedrijven. Wanneer GS alsnog overgaan tot handhaving, kunnen interim-uitbreiders overgaan tot het vorderen van nadeelcompensatie op grond van het vertrouwensbeginsel. De overtreder dient voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel in het bezit te zijn van een ongeclausuleerde niet voor meerdere uitleg vatbare *schriftelijke* toezegging waarin door GS wordt medegedeeld dat er sprake is van een niet-vergunningplichtige activiteit²²⁵. Een geslaagd beroep op het egalitébeginsel zou eventueel ook kunnen leiden tot een plicht voor GS om de schade die de interim-uitbreider leidt, als gevolg van de handhavingsmaatregelen, (deels) te vergoeden. Ook hier is het van belang of GS een rol hebben gespeeld in het ontstaan van de onrechtmatige situatie.

Wanneer een derde-belanghebbende schade leidt door het feit dat een bestuursorgaan onterecht een handhavingsverzoek heeft afgewezen, kan dit als onrechtmatig handelen van het bestuursorgaan worden aangemerkt. Deze schade moet in beginsel vergoed worden door het bestuursorgaan. Onder de huidige omstandigheden is het aannemelijk dat besluiten op bezwaar tegen de afwijzing van handhavingsverzoeken in rechte geen stand zullen houden.

Met het oog op een efficiënte werkwijze binnen de provincie, is het volgende relevant. Het kan worden betoogd dat op ontvankelijke handhavingsverzoeken, die gericht zijn op interim-uitbreiders (die niet gelegaliseerd kunnen worden) het beste kunnen worden ingewilligd. Onder de huidige omstandigheden is dit de enige optie die juridisch juist is en op deugdelijke wijze kan worden gemotiveerd. Bovendien bespaart het zowel tijd, als (proces)kosten. Wanneer de afwijzing van een handhavingsverzoek leidt tot een bezwaarschrift, en dit bezwaarschrift wordt ongegrond verklaard, zal het besluit op bezwaar (wanneer er in beroep wordt gegaan) hoogstwaarschijnlijk worden vernietigd door de rechter. Er is momenteel namelijk geen deugdelijke motivering mogelijk om van handhavend optreden af te zien (zie hiervoor uitgebreid hoofdstuk 6). Na de vernietiging moet opnieuw worden beslist op het bezwaar, met inachtneming van de rechterlijke uitspraak. Ook dan zal een deugdelijke/houdbare motivering om van handhaving af te zien niet mogelijk zijn. Handhaving is dus momenteel de enige optie die de rechterlijke toets kan doorstaan.

²²⁵ ABRvS 4 april 2007, LJV BA2203, Rb. Arnhem 21 oktober 2004, LJV AR5146.

Hoofdstuk 8: Gedogen vanuit een staatsrechtelijk perspectief

De taak van de rechtsprekende macht wordt in de juridische literatuur veel besproken wanneer de aanvaardbaarheid van gedogen ter discussie wordt gesteld. Ook de wijze waarop handhavingsbesluiten door de rechter worden getoetst komt veelvuldig aan de orde. Dit hoofdstuk is gewijd aan de vraag hoe (permanent) gedogen zich verhoudt tot de trias politica, en de positie van de rechter bij het toetsen van handhavingsbesluiten.

§8.1. Zit de rechter op de stoel van de wetgever?

Bij de bespreking van het gedogen van situaties met een gering handhavingsbelang (in paragraaf 5.4) kwam aan de orde dat wanneer een illegale situatie in stand wordt gelaten, de overtreden rechtsnorm permanent opzij wordt gezet. Het gaat dan om situaties waarin gedoogd wordt, omdat er sprake is van een zeer geringe overtreding, een overtreding waarbij de belangen van derden niet door de overtreding worden geschaad²²⁶, of een overtreding waarbij wel aan de *bedoeling* van het overtreden voorschrift wordt voldaan²²⁷. Als de rechter het gedogen in deze gevallen gerechtvaardigd acht, staat de rechter toe dat een onrechtmatige situatie in stand blijft. Daarmee gaat niet alleen het (gedogende) bestuur, maar ook de rechter voorbij aan het wettelijke voorschrift. Het is een interessante vraag of dit wel aanvaardbaar is met het oog op de trias politica: de scheiding der machten. Gaat de rechter in dergelijke gevallen op de stoel van de wetgever zitten? Blomberg is kritisch over het gedogen van zeer lichte overtredingen en het gerechtvaardigd achten van gedogen van situaties omdat de belangen van derden niet worden geschaad. De illegale situatie is dergelijke situaties permanent van aard (als er geen aanwijzingen zijn dat het gaat om een tijdelijke overtreding). Vermeer houdt een soortgelijk betoog in zijn boek²²⁸. Hij zegt over het milieurecht echter wel dat wanneer er voorwaarden worden verbonden aan een gedoogbeschikking, het gedogen op een zo genuanceerde wijze plaats kan vinden dat er in wezen geen onderscheid bestaat met een vergunnings situatie. Dit lijkt te impliceren dat Vermeer gedogen onder voorwaarden niet in het geheel onacceptabel vindt, wanneer dit leidt tot een situatie die feitelijk hetzelfde is als de situatie die bereikt zou worden met vergunningverlening onder voorwaarden. De onderzoeker kan zich hiermee verenigen, omdat deze benadering goed aansluit bij vaste lijn van jurisprudentie afkomstig van de Afdeling over het afzien van handhavend optreden als wel aan de *bedoeling* van het

²²⁶ ABRvS 19 januari 2005, *LJN* AS3204 m.nt. Blomberg.

²²⁷ ABRvS 9 december 2004, *LJN* AR7545 m.nt. Blomberg.

²²⁸ Vermeer 2010, p. 92 (hier met betrekking tot een beroep op het vertrouwens-en/of rechtszekerheidsbeginsel).

voorschrift is voldaan. In dit geval is immers ook het gewenste resultaat bereikt, al is er formeel gezien nog wel sprake van een overtreding.

Interessant in het kader van dit onderzoek is dit citaat uit een noot van Blomberg²²⁹ over het permanent gedogen in het milieurecht:

'In het milieurecht zou zoiets ondenkbaar zijn (behalve kennelijk als wel aan de bedoeling van het voorschrift is voldaan); één van de belangrijkste eisen die daar aan gedogen wordt gesteld, is dat de gedoogsituatie tijdelijk is.'

Blomberg herhaalt hiermee wat in de Nota Grenzen aan gedogen wordt gezegd; van een gedoogsituatie mag slechts *tijdelijk* sprake zijn. Het gedogen van zeer geringe overtredingen en overtredingen waarbij de belangen van derden niet worden geschaad, is onacceptabel in het licht van de bovenstaande Nota. De jurisprudentie van de ABRvS lijkt daarmee niet in lijn met de bedoeling van de wetgever.²³⁰ Wanneer men uitgaat van een strikte scheiding der machten²³¹ zou de rechter, bij het toestaan van permanent gedogen, de belangenafweging van de wetgever overdoen en daarmee op de stoel van de wetgever gaan zitten.

§8.2. Zit het bestuursorgaan op de stoel van de wetgever?

Nog een interessante kwestie is de discussie in de literatuur over het bestaan van een "plicht" tot handhaving. In paragraaf 5.2 kwam dit onderwerp al kort aan bod. De laatste decennia wordt er in de rechtspraak (en ook door bestuursorganen zelf) geworsteld met de constante spanning tussen de binding van overheid en burger aan democratisch tot stand gekomen wettelijke voorschriften enerzijds en de vrije bevoegdheid tot handhaving van die voorschriften anderzijds. Als een bestuursorgaan dat belast is met de handhaving van wettelijke voorschriften die taak niet uitvoert, wordt de bindende kracht van die voorschriften 'uitgehouden'. Het is immers een doorkruising van de verhouding wetgever-bestuur wanneer de afweging die aan de totstandkoming van het voorschrift ten grondslag ligt, wordt overgedaan door het met de uitvoering van de wetgeving belaste bestuursorgaan. Als rechtvaardiging voor het overdoen van de afweging kan gewezen worden op de beleidsvrijheid die het bestuursorgaan stelt te hebben, omdat het bij handhaving om een bevoegdheid gaat²³². In de vorige paragraaf stond de vraag centraal of de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten bij het toestaan van permanent gedogen. Als er bij handhaving sprake is van een vrije bevoegdheid van het bestuursorgaan, zou men kunnen betogen dat het bestuursorgaan op de stoel van de wetgever zit. Dit is niet aanvaardbaar wanneer men uitgaat van een strikte scheiding der machten (trias politica).

Er bestaat een verschil van mening onder juridische auteurs over de mate waarin de '*beginselflicht tot handhaving*' letterlijk moet worden opgevat. De vraag die in de discussie centraal staat is of de 'beginselflicht' tot een daadwerkelijke plicht leidt voor het bestuursorgaan om handhavend op te treden wanneer een onrechtmatige situatie wordt geconstateerd. Met andere woorden: zijn handhavingsbevoegdheden nog wel als *bevoegdheden* aan te merken? Een bevoegdheid kenmerkt zich immers door een bepaalde mate van beleidsvrijheid, het bestuursorgaan mag bij een bevoegdheid kiezen of het van de bevoegdheid gebruik wenst te maken.

Albers lijkt zich op het standpunt te stellen dat het bestuursorgaan daadwerkelijke gehouden is handhavend op te treden. Marginale toetsing van handhavingsbesluiten vormt, naar haar

²²⁹ ABRvS 19 januari 2005, LJN AS3204 m.nt. Blomberg.

²³⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2 (met name hoofdstuk 9.3 over de duur van de gedoogsituatie).

²³¹ In het Nederlandse systeem is geen sprake van een volledige scheiding van machten. Zie o.a. artikel 81 en 89 van de Grondwet.

²³² Polak e.a., 2005, p. 202.

mening, de uitzondering²³³. Hieruit kan worden afgeleid dat zij van het oordeel is dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen handhavingsbesluiten en andere besluiten waarbij het bestuursorgaan een bepaalde mate van beleidsvrijheid toekomt. De rechter toetst besluiten van bestuursorganen waarbij er sprake is van een discretionaire bevoegdheid normaal gesproken marginaal. De visie van Albers is dat wet-en regelgeving bestaat om te worden nageleefd. Zij wijst op de taak van de overheid om toezicht te houden op de naleving van wettelijke bepalingen, naleving ervan af te dwingen en niet-naleving te sanctioneren. Daarnaast haalt zij literatuur aan waarin wordt gesteld dat uit de bedoeling van de wetgever²³⁴ een *'impliciete opdracht tot handhaving'* moet worden afgeleid²³⁵. Van handhavingsbevoegdheden moet dus in beginsel gebruik worden gemaakt. Dit standpunt leidt tot de conclusie dat er bij handhavingsbesluiten een zeer beperkte mate van beleidsvrijheid is voor het bestuursorgaan. De rechter toetst handhavingsbesluiten inhoudelijk, in plaats van slechts te oordelen of het bestuursorgaan in redelijkheid tot een bepaalde beslissing had kunnen komen. Het is de taak van het bestuursorgaan om bij de besluitvorming een belangenafweging te maken. Als de rechter de belangenafweging overdoet, kan worden verdedigd dat de rechter op de stoel van het bestuursorgaan gaat zitten.

Dit lijkt echter niet de heersende leer te zijn in de juridische literatuur. Andere juridische auteurs zijn van het oordeel dat handhavingsbesluiten, net als andere besluiten die op een discretionaire bevoegdheid zijn gebaseerd, marginaal getoetst worden en dat van een letterlijke plicht geen sprake is. In de literatuur is men het openlijk oneens met de zienswijze van Albers²³⁶. Het bestaan van beleidsvrijheid bij handhavingsbesluiten wordt onder andere beargumenteerd door te wijzen op de formulering van handhavingsbevoegdheden in de wet. Deze worden immers als bevoegdheden geformuleerd²³⁷. Vermeer is van mening dat de marginale toetsing bij handhavingsbesluiten het uitgangspunt is, maar voegt hieraan toe dat de toetsingsruimte ruimer kan worden bij de toetsing van het besluit aan het motiveringsbeginsel:

'Naar mate de rechter scherpere eisen stelt aan de motivering van een besluit over handhaving, kan hij de grenzen van zijn toetsingsruimte (...) te ver oprekken.'

De rechter dient zich bij zijn toetsing te beperken tot de rechtmatigheid van het voorliggende besluit.²³⁸ Hierbij mag alleen worden beoordeeld of het bestuur na weging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Een besluit kan alleen worden vernietigd op grond van een ondeugdelijke motivering *"als het bestuur de harde, stellige grenzen van het redelijke debat overschrijdt en een onverdedigbaar besluit neemt"* aldus Schreuder-Vlasblom in de noot onder de zojuist aangehaalde uitspraak. Als er voor een besluit redelijke argumenten zijn aan te voeren, maar een ander besluit evenzeer verdedigbaar was geweest en de rechter is om die reden niet overtuigd, mag de rechter het besluit niet op deze grond vernietigen. Een *deugdelijke* motivering wil niet zeggen dat de motivering *onweerlegbaar* moet zijn. Michiels, Verhey e.a. en Vermeer menen allen dat er weinig is veranderd door de huidige standaardoverweging die wordt gehanteerd bij de verwijzing naar beginselplicht tot handhaving. Verhey e.a. zeggen hierover dat de Afdeling hiermee blijk geeft van het feit dat de door handhaving gediende belangen zwaar moeten wegen bij de belangenafweging van artikel 3:4 lid 2 Awb, maar dat dit altijd al zo was. De

²³³ Albers 2004.

²³⁴ "Wettelijke bepalingen zijn in het leven geroepen met het oog op naleving daarvan."

²³⁵ Oosting 1991, p. 42-43.

²³⁶ Zie bijvoorbeeld Vermeer 2010, p. 60 en Verhey e.a. 2005, p. 287-288.

²³⁷ Zie artikel 5:4, lid 1, Awb: de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.

²³⁸ ABRvS 1 juni 1999, LJN ZF5196, m. nt. Schreuder-Vlasblom, r.o. 2.4.

slotzin van de standaardoverweging geeft ruimte om van handhavend optreden af te zien. Van een plicht is derhalve geen sprake.

Dit onderzoeksrapport is zeker niet het eerste document waarin aandacht wordt besteed aan deze specifieke discussie die gaande is in de literatuur. Voor de lezer die geïnteresseerd is in de vraag of er bij handhaving sprake is van een bevoegdheid of een verplichting: J.E.M. Polak, lid van de ABRvS, bespreekt dit onderwerp uitgebreid in zijn bedrage aan het boek *'Recht Realiseren'* uit 2005²³⁹. Daarin komen onder andere de visies van Albers en Vermeer aan bod, en wordt een zeer duidelijke uitleg en toelichting gegeven bij de *'beginsel plicht tot handhaving'*-formule²⁴⁰ en de historie ervan.

Hoofdstuk 9: Conclusies

In dit hoofdstuk zullen de belangrijkste conclusies en bevindingen worden besproken. De volgende vraag stond in dit onderzoek centraal:

Onder welke omstandigheden dienen Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Brabant handhavend op te treden tegen agrarische bedrijven, die vallen onder de categorie interim-uitbreiders, die niet voldoen aan de vergunningplicht van de Natuurbeschermingswet en de meldingsplicht van de daarop gebaseerde Stikstofverordening?

§9.1. De oorzaken achter de problematiek

De wijze waarop de legalisering van de interim-bedrijven moet plaatsvinden, blijkt in de praktijk zeer complex of geheel onmogelijk. Hieraan liggen verschillende oorzaken ten grondslag:

- Afzien van handhavend optreden is mogelijk wanneer er sprake is van een *'concreet uitzicht op legalisatie'*.
- Saldering kan een mogelijkheid vormen om de interim-bedrijven te legaliseren. Dit kan *uitsluitend* via de provinciale depositiebank plaatsvinden. De depositiebank is echter niet open, hierdoor is saldering onmogelijk. Bovendien is niet bekend wat het saldo in de depositiebank is of/-wordt, hoeveel saldo een bedrijf dat is gestopt, oplevert en of de depositie van een gestopt bedrijf al eerder is gebruikt ter compensatie van de toename in depositie van een ander bedrijf. Ten slotte vinden GS het de taak van het Rijk om te achterhalen wat het saldo in de depositiebank daadwerkelijk bedraagt, en daarom wordt de depositiebank niet op korte termijn toegankelijk.
- De Stikstofverordening vereist dat ondernemers zich melden en (indien nodig) een salderingsverzoek indienen, wanneer zij van plan zijn hun bedrijf uit te breiden. De depositiebank is, zoals gezegd, nog niet toegankelijk. Hierdoor is saldering van de vergrote depositie van interim-bedrijven²⁴¹ onmogelijk.

²³⁹ Barkhuysen e.a. 2005, p. 201-215.

²⁴⁰ Zoals die was in 2005, de recente precisering uit 2011 ontbreekt uiteraard.

²⁴¹ Soms neemt de afdeling Vergunningverlening aanvragen van interim-bedrijven wel in behandeling omdat de toename in depositie zeer gering is. Het is dan toch mogelijk om te salderen.

- Legalisering door middel van de '*voorziening*' die GS voor ogen hadden, kan voorlopig niet worden gerealiseerd. Deze '*voorziening*' zou namelijk bestaan uit een paragraaf in een beheerplan over stikstofdepositie of een (verzameling) salderingsbesluit(en).
- De beheerplannen en concept-beheerplannen zijn beiden nog niet opgesteld.
- Meer bedrijven zijn vergunningplichtig geworden door een recente uitspraak van de ABRvS. De toepasselijke referentiedatum is afhankelijk geworden van wat voor bescherming een gebied heeft gekregen. Per bedrijf moet nu worden uitgezocht welke data gehanteerd moeten worden.

§9.2. Onduidelijk of GS een rol hebben gespeeld bij het ontstaan van de overtredingen

Het kan niet worden uitgesloten dat bepaalde ondernemers, of hun adviseurs, onjuist zijn geïnformeerd over het al dan niet bestaan van een vergunningplicht voor hun activiteiten. Na het verschaffen van deze informatie zou de ondernemer zijn bedrijf kunnen hebben uitgebreid. De vraag is of bij de ondernemer, door foutieve inlichtingen of toezeggingen van GS, het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt zodat van handhavend optreden kan worden afgezien. Als er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, kan dit leiden tot een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel door de ondernemer. In de jurisprudentie wordt aangenomen dat er een gerechtvaardigd vertrouwen kan worden gewekt als er een ongeclausuleerde niet voor meerdere uitleg vatbare *schriftelijke* toezegging is gedaan dat er sprake is van een niet-vergunningplichtige activiteit²⁴². Het is dus van belang of de toezeggingen schriftelijk of mondeling hebben plaatsgevonden. Wanneer er ten aanzien van deze bedrijven alsnog wordt overgegaan tot handhaving rijst de vraag of, en in welke mate, GS voor de schade, aansprakelijk kunnen worden gesteld. Bij een beroep op het vertrouwensbeginsel zijn ook andere factoren van belang. De gewekte verwachtingen moeten aan het bestuursorgaan kunnen worden toegerekend, de persoon die de verwachtingen heeft gewekt dient in beginsel bevoegd te zijn (hier zijn uitzonderingen op maar die worden nu buiten beschouwing gelaten). De onderzoeker beperkt zich tot de situatie waarin de verwachtingen door een bevoegd functionaris van de provincie Noord-Brabant zijn gewekt. Ook het zogenaamde 'dispositievereiste' speelt een rol. Het dispositievereiste houdt kortgezegd in dat de burger op basis van de gewekte verwachtingen handelingen heeft verricht, of heeft nagelaten, die leiden tot schade wanneer de verwachtingen niet worden gehonoreerd²⁴³. De situatie kan zich voor hebben gedaan dat interim-bedrijven, op basis van onjuiste inlichtingen van GS, zijn uitgebreid in de veronderstelling dat zij niet vergunningplichtig waren op grond van de NBW. Bedrijfsuitbreidingen gaan gepaard met financiële investeringen. Als achteraf wordt geconstateerd dat deze interim-bedrijven wel vergunningplichtig zijn en nu illegaal in werking zijn door de bedrijfsuitbreidingen waarvoor geen vergunning is verleend, is GS in beginsel verplicht om handhavend op te treden. De handhavingsmaatregelen en eventueel het ongedaan maken van de investering hebben kunnen leiden tot financiële gevolgen voor de interim-bedrijven. Indien deze situatie zich voordoet wordt aan het dispositievereiste voldaan. Ten slotte kan het zo zijn dat de gewekte verwachtingen alleen kunnen worden gehonoreerd door in strijd met wettelijke voorschriften (contra-legem) te handelen. Het uitgangspunt van de ABRvS is dat dwingende voorschriften niet op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur buiten toepassing mogen worden gelaten²⁴⁴. Het is daarom aannemelijk dat interim-uitbreiders geen geslaagd beroep kunnen doen op het vertrouwensbeginsel, zij voldoen immers niet aan de vergunningplicht die voor hen geldt op grond van de NBW.

§9.3. Handhavend optreden is het uitgangspunt

²⁴² ABRvS 4 april 2007, LJV BA2203, Rb. Arnhem 21 oktober 2004, LJV AR5146.

²⁴³ Van Ballegooij 2008, p. 97-98.

²⁴⁴ Idem, p. 422. Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 januari 2006, LJV AU9838.

In beginsel is het bestuursorgaan verplicht tot aanwending van de toebedeelde handhavingsinstrumenten wanneer onrechtmatige activiteiten worden geconstateerd. Dit wordt ook wel aangeduid als de '*beginselflicht tot handhaving*'. Alleen als er sprake is van een '*bijzondere omstandigheid*' kan van deze 'plicht' worden afgeweken.

Handhavingsbevoegdheden hebben meestal²⁴⁵ een discretionair karakter. Bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, dient het bestuursorgaan alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen²⁴⁶. Als het bestuursorgaan bij de belangenafweging tot de conclusie komt dat handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, kan worden besloten om niet handhavend op te treden²⁴⁷. In het geval dat er sprake is van een redelijk te achten beleid dient het bestuursorgaan zich hieraan te houden. Er hoeft dan *in beginsel* niet te worden gehandhaafd²⁴⁸.

De volgende categorieën worden onderscheiden waarbij gedogen gerechtvaardigd, en soms zelfs geboden is, omdat handhaving in strijd met het evenredigheidsbeginsel²⁴⁹ wordt geacht;

- A.** overgangssituaties; o.a. wanneer legalisatie mogelijk is, eenmalige overtreding;
- B.** situaties waarin een achterliggend belang of een ander beschermenswaardig belang beter wordt gediend met gedogen. Dan wel situaties waarin handhavend optreden leidt tot aperte onevenredigheid (Het bestuursorgaan dient bij de uitoefening van zijn handhavingsbevoegdheid de belangen die met de uitoefening van de bevoegdheid zijn gediend af te wegen tegenover die welke daardoor worden geschaad.²⁵⁰);
- C.** situaties waarin het handhavingsbelang gering wordt geacht;
- D.** situaties waarin beroep kan worden gedaan op een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur: het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel.²⁵¹

Derde-belanghebbenden kunnen het bestuursorgaan verzoeken om handhavend op te treden tegen onrechtmatige situaties. De jurisprudentie spreekt van een '*beginsel-aanspraak op handhaving*'. Een derde-belanghebbende wijst het bestuursorgaan, door middel van het handhavingsverzoek, (opnieuw) op de overtreding in kwestie, en geeft daarmee een (extra) aanleiding om handhavend op te treden.

In dit onderzoek staat wet-en regelgeving centraal die gebaseerd is op EU-recht (de Vogel- en Habitatrichtlijn). Het HvJ geeft zeer weinig ruimte om schending van het unierecht te gedogen. Er zijn slechts twee erkende rechtvaardigingsgronden voor het gedogen van schendingen van het EU-recht. Ten eerste als er sprake is van een 'absolute

²⁴⁵ 'Meestal' omdat bij het opleggen van sancties in het sociaalzekerheidsrecht geen beleidsvrijheid bestaat voor het bestuursorgaan. Een mooi voorbeeld is artikel 91 juncto artikel 27 lid 1 en lid 8 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) waarin het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) wordt verplicht om een bestuurlijke boete op te leggen wanneer een verzekerde zijn informatieverplichting niet nakomt.

²⁴⁶ Artikel 3:4 lid 1 Awb.

²⁴⁷ Artikel 3:4 lid 2 Awb.

²⁴⁸ Dit beleid kan bestaan uit een waarschuwing, voordat handhavingsbevoegdheden worden aangewend. Als de waarschuwing niet leidt tot opheffing van de illegale situatie dient alsnog tot handhaving te worden overgegaan.

²⁴⁹ Artikel 3:4 lid 2 Awb.

²⁵⁰ ABRvS 15 juli 1999, LJN AN6279 m.nt. Jurgens.

²⁵¹ Damen e.a. 2009, p. 712.

onmogelijkheid'²⁵² om handhavend op te treden, of wanneer handhavend optreden 'buitengewoon disproportioneel' is. Het HvJ lijkt zeer restrictief met het toepassen van deze criteria. Een arrest waarin een geslaagd beroep op een van deze twee rechtvaardigingsgronden is gedaan, heeft de onderzoeker niet kunnen vinden. Het is daarom aannemelijk dat het gedogen van de onrechtmatige situatie van interim-uitbreider niet gerechtvaardigd kan worden.

§9.4. Het EU-recht verplicht GS om handhavend op te treden tegen interim-bedrijven

Voor de interim-uitbreiders geldt dat zij vergunningplichtig zijn op grond van wetgeving die gebaseerd is op twee Europese richtlijnen²⁵³. De twee rechtvaardigingsgronden die erkend zijn door het HvJ zijn niet van toepassing op de situatie van de interim-bedrijven. Op grond van de verstrekende EU-rechtelijke handhavingsplicht dienen GS handhavend op te treden tegen interim-uitbreiders. Het is niet aannemelijk dat de gevolgen van handhavingsmaatregelen tegen interim-uitbreiders gaan leiden tot het eerste arrest waarin het HvJ het gerechtvaardigd acht dat een schending van het EU-recht wordt gedoogd.

§9.5. Vanuit een nationaalrechtelijk perspectief dienen GS ook te handhaven

Doordat het gedogen van de interim-bedrijven vanuit een EU-rechtelijk perspectief niet gerechtvaardigd kan worden, komt men eigenlijk niet toe aan het toetsen van de situatie van de interim-bedrijven aan de nationaalrechtelijke criteria die aan gedogen worden gesteld. In dit onderzoek is desondanks aandacht besteed aan de handhavingsplicht vanuit een nationaalrechtelijk perspectief. De problematiek van de interim-uitbreiders bestaat eruit dat zij illegaal in werking zijn, en dat vooralsnog onduidelijk is of, tot welk niveau, hoe en wanneer zij gelegaliseerd worden. GS dienen daarom in beginsel handhavend op te treden tegen deze bedrijven op grond van de 'beginselplicht tot handhaving'. De situatie van de (meeste) interim-uitbreiders kan niet worden aangemerkt als een overgangssituatie, er is immers geen sprake van '*een concreet uitzicht op legalisatie*'. De generieke maatregelen²⁵⁴ die getroffen zouden worden bieden geen mogelijkheid om de interim-bedrijven te legaliseren. Vergunningverlening is voor de meeste interim-bedrijven ook geen optie, want vergunningverlening is momenteel (in beginsel) alleen mogelijk voor de interim-uitbreiders die met hun emissie gelijk of onder die van de toepasselijke referentiedatum zijn gebleven. Als er ten tijde van het handhavingsbesluit nog geen vergunning verleend is aan deze interim-uitbreiders, moet er ook ten aanzien van deze bedrijven gehandhaafd worden. Dit is anders als er *ten tijde* van het nemen van het handhavingsbesluit alle procedures die doorlopen dienen te worden om legalisatie mogelijk te maken in een zodanig stadium te verkeren dat legalisatie van het interim-bedrijf op korte termijn in redelijkheid mag worden verwacht. De interim-uitbreider dient een voor behandeling vatbare vergunningaanvraag te hebben ingediend²⁵⁵ die voldoende gegevens bevat voor een beoordeling, en het moet aannemelijk zijn dat de aanvraag wordt ingewilligd²⁵⁶. Als dit het geval is bestaat er een '*concreet uitzicht op legalisatie*' en dienen GS van handhavend optreden af te zien. Voor de overige interim-uitbreiders is vergunningverlening onder de huidige omstandigheden niet mogelijk, want deze bedrijven kunnen alleen een vergunning krijgen als de vergrote depositie gesaldeerd kan worden. Saldering is momenteel niet mogelijk, omdat saldering uitsluitend

²⁵² Dit kwam aan de orde in o.a. HvJ EG 9 december 1997, nr. C-265/95 (*Spaanse aardbeien*) en een impliciet (niet als zodanig geformuleerd) beroep op absolute onmogelijkheid door de Duitse regering in HvJ EG 10 juli 1990, nr. C-217/88 (*Tafelwein*).

²⁵³ De NBW is namelijk gebaseerd op de Habitat-en Vogelrichtlijn.

²⁵⁴ Het opstellen van beheerplannen en/of (collectieve) saldering.

²⁵⁵ ABRvS 19 september 2001, LJN AN6872 m.nt. Vermeer.

²⁵⁶ Zie o.a. de noot van Michiels onder ABRvS 14 maart 2007, LJN BA1126; *Wat mij in elk geval onjuist voorkomt, is dat reeds het feit dat er een ontvankelijke aanvraag is ingediend, voldoende zou zijn om te spreken van een concreet uitzicht op legalisatie dat aan handhaving in de weg staat. Het moet gaan om een aanvraag, die uiteraard ontvankelijk moet zijn én waarvan het tevens in de rede ligt dat die ook zal worden ingewilligd*'.

kan plaatsvinden door gebruik te maken van de depositiebank²⁵⁷. De depositiebank is momenteel niet toegankelijk, en dus kan er geen saldering plaatsvinden. Er is bij interim-bedrijven geen sprake van tijdelijke²⁵⁸ of eenmalige overtredingen. De overtredingen zijn door het bedrijfsmatige karakter van continuerende aard. Ook is het niet aannemelijk dat handhavend optreden tegen de interim-uitbreiders leidt tot 'aperte onevenredigheid', dit wordt immers door de ABRvS zeer zelden als grond gezien om van de beginselplicht tot handhaving af te wijken²⁵⁹. Ten slotte kan niet worden aangenomen dat van handhavend optreden moet worden afgezien omdat dit zou leiden tot strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur²⁶⁰. Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat als GS in overeenstemming met de huidige wet-en regelgeving en de vaste lijn van jurisprudentie willen handelen, zij handhavend dienen op te treden tegen interim-uitbreiders.

9.6 Mogelijke consequenties van gedogen

De interim-bedrijven zijn, als gezegd, in overtreding van nationale wetgeving die gebaseerd is op EU-rechtelijke normen. Het gedogen van de interim-bedrijven kan zowel vanuit een EU-rechtelijk, als uit een nationaalrechtelijk gezichtspunt tot (negatieve) gevolgen leiden voor de provincie Noord-Brabant.

9.6.1. EU-recht: verdragsinbreukprocedure en wetsvoorstel NErpe

Het EU-recht vereist dat EU-rechtelijke normen worden toegepast, zodanig dat het doel dat met het EU-recht wordt beoogd, daadwerkelijk wordt gerealiseerd. Het bestuursorgaan moet dus bij de constatering van een schending van een EU-rechtelijke norm, afzien van de toepassing van een gedoogbeleid²⁶¹. Niet-naleving van de handhavingsverplichting kan leiden tot een verdragsinbreukprocedure (zie: artikelen 258 en 260 VwEU). De procedure richt zich tot de betrokken lidstaat (dus niet direct tot het bestuursorgaan die de verdragsverplichting niet naleeft). De inbreuk op het EU-recht kan zowel door de centrale overheid als door decentrale overheden worden gepleegd. Als het HvJ vervolgens oordeelt dat de lidstaat een op hem rustende verdragsverplichting niet is nagekomen, is de lidstaat verplicht om die maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het HvJ. De Commissie kan de zaak opnieuw voor het HvJ brengen als zij van oordeel is dat de lidstaat geen gevolg gegeven heeft aan het arrest. Op verzoek van de Commissie kan het HvJ de lidstaat een boete opleggen²⁶². Naast de mogelijke financiële gevolgen die een inbreukprocedure kan hebben, kan het ook leiden tot negatieve publiciteit en gezichtsverlies van de betrokken lidstaat en de betrokken decentrale overheid/overheden. De provincie Noord-Brabant leeft de verplichtingen die voortvloeien uit de Habitat-en/of Vogelrichtlijn niet na. Dit kan voor de Commissie een reden zijn om een verdragsinbreukprocedure aan te spannen tegen Nederland, met eventueel financiële consequenties. In dit licht is het wetsvoorstel NErpe relevant. Artikel 7, lid 1, van het wetsvoorstel regelt dat als Nederland aansprakelijk wordt gesteld voor het niet nakomen van een EU-Verdragsverplichting, en dit leidt tot een vordering op de staat in de vorm van een boete of dwangsom, de Minister kan besluiten om deze vordering te verhalen op het

²⁵⁷ Artikel 24 Stikstofverordening.

²⁵⁸ Tenzij het bedrijf gelegaliseerd kan worden.

²⁵⁹ Hier is vermeldenswaard dat derden belang kunnen hebben bij de handhaving van wet-en regelgeving, en hier in beginsel aanspraak op kunnen maken.

²⁶⁰ Een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel kan wel leiden tot financiële gevolgen wanneer GS tot handhaving overgaan. Het is namelijk mogelijk dat bepaalde interim-uitbreiders in het bezit zijn van een ongeclausuleerde niet voor meerdere uitleg vatbare *schriftelijke* toezegging waarin door GS wordt medegedeeld dat hun activiteiten niet vergunningplichtig zijn. In dat geval kan het vertrouwensbeginsel ertoe nopen dat een schadevergoeding moet worden betaald wanneer er ten aanzien van deze bedrijven alsnog wordt gehandhaafd.

²⁶¹ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 8.

²⁶² Artikel 260 VwEU.

verantwoordelijke bestuursorgaan. De datum waarop de wet NERpe in werking zal treden is momenteel niet bekend. De wet NERpe zou in de toekomst kunnen leiden tot financiële gevolgen voor de provincie Noord-Brabant als Nederland een boete krijgt voor het niet voldoen aan EU-rechtelijke verplichtingen.

Ten slotte kan verplichting om schadevergoeding te betalen indien het ten onrechte niet-naleven van EU-rechtelijke verplichtingen schade tot gevolg heeft.²⁶³

9.6.2. Nationaal recht: nadeelcompensatie, schadevergoeding en efficiëntie

Uit de Nederlandse wet-en regelgeving en de vaste lijn van jurisprudentie van de ABRvS, volgt dat GS (in beginsel) handhavend dienen op te treden tegen interim-uitbreiders²⁶⁴.

Zowel het gedogen van de interim-bedrijven, als het handhavend optreden na een periode van gedogen kunnen leiden tot financiële gevolgen voor GS.

Het besluit van GS om alsnog handhavend op te treden kan ondanks de rechtmatigheid van het handhavingsbesluit leiden tot financiële consequenties voor GS. De belangrijkste factor in het licht van de situatie van de interim-bedrijven is dat niet kan worden uitgesloten dat GS een actieve rol hebben gespeeld in het ontstaan van de onrechtmatige situaties bij deze bedrijven. Wanneer GS alsnog overgaan tot handhaving, kunnen interim-uitbreiders overgaan tot het vorderen van nadeelcompensatie op grond van het vertrouwensbeginsel.

De overtreder dient voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel in het bezit te zijn van een ongeclausuleerde niet voor meerdere uitleg vatbare *schriftelijke* toezegging waarin door GS wordt medegedeeld dat er sprake is van een niet-vergunningplichtige activiteit²⁶⁵.

Ook andere factoren spelen een rol, die zijn zojuist besproken in paragraaf 9.2 (het dispositievereiste, de bevoegdheid van de functionaris die de toezegging deed en eventuele werking van het vertrouwensbeginsel contra-legem). Een geslaagd beroep op het egalitébeginsel zou eventueel ook kunnen leiden tot een plicht voor GS om de schade die de interim-uitbreider leidt, als gevolg van de handhavingsmaatregelen, (deels) te vergoeden.

Ook hier is het van belang of GS een rol hebben gespeeld in het ontstaan van de onrechtmatige situatie.

Wanneer een derde-belanghebbende schade leidt door het feit dat een bestuursorgaan onterecht een handhavingsverzoek heeft afgewezen, kan dit als onrechtmatig handelen van het bestuursorgaan worden aangemerkt. Deze schade moet in beginsel vergoed worden door het bestuursorgaan. Onder de huidige omstandigheden is het aannemelijk dat besluiten op bezwaar tegen de afwijzing van handhavingsverzoeken in rechte geen stand zullen houden.

Met het oog op een efficiënte werkwijze binnen de provincie, is het volgende relevant. Het kan worden betoogd dat op ontvankelijke handhavingsverzoeken, die gericht zijn op interim-uitbreiders (die niet gelegaliseerd kunnen worden) het beste kunnen worden ingewilligd.

Onder de huidige omstandigheden is dit de enige optie die juridisch juist is en op deugdelijke wijze kan worden gemotiveerd. Bovendien bespaart het zowel tijd, als (proces)kosten.

Wanneer de afwijzing van een handhavingsverzoek leidt tot een bezwaarschrift, en dit bezwaarschrift wordt ongegrond verklaard, zal het besluit op bezwaar (wanneer er in beroep wordt gegaan) hoogstwaarschijnlijk worden vernietigd door de rechter. Er is momenteel namelijk geen deugdelijke motivering mogelijk om van handhavend optreden af te zien. Na de vernietiging moet opnieuw worden beslist op het bezwaar, met inachtneming van de rechterlijke uitspraak. Ook dan zal een deugdelijke/houdbare motivering om van handhaving af te zien niet mogelijk zijn. Handhaving is dus momenteel de enige optie die de rechterlijke toets kan doorstaan.

²⁶³ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 8.

²⁶⁴ De bedrijven die voor legalisatie in aanmerking komen, worden hier buiten beschouwing gelaten.

²⁶⁵ ABRvS 4 april 2007, LJV BA2203, Rb. Arnhem 21 oktober 2004, LJV AR5146.

Hoofdstuk 10: Aanbevelingen

De onderzoeker doet in dit hoofdstuk een aantal aanbevelingen aan de provincie op basis van de resultaten van dit onderzoek.

§10.1. Handhavend optreden, tenzij vergunningverlening mogelijk is

GS dienen handhavend op te treden tegen interim-uitbreiders, totdat alle illegale situaties gelegaliseerd zijn. De legalisering kan in het systeem van de NBW en de Stikstofverordening plaatsvinden door vergunningverlening of het treffen van een generieke maatregel²⁶⁶.

Momenteel bieden de generieke maatregelen geen mogelijkheid om de interim-bedrijven te legaliseren. De interim-uitbreiders die met hun emissie gelijk of onder die van de toepasselijke referentiedatum zijn gebleven, kunnen in beginsel worden gelegaliseerd door middel van vergunningverlening. Het is aan te bevelen om deze bedrijven te wijzen op de vergunningplicht (door middel van een schriftelijke waarschuwing²⁶⁷), voordat tot handhaving wordt overgegaan. Dit is vooral relevant voor de bedrijven die zich niet bewust zijn van de vergunningplicht die voor hen geldt. Vooral als GS een rol hebben gespeeld bij het ontstaan van de onrechtmatige situatie van deze bedrijven, door het verstrekken van onjuiste inlichtingen omtrent de vergunningplicht, is dit relevant. De interim-bedrijven die hun depositie hebben vergroot, kunnen momenteel geen vergunning krijgen en dus is handhavend optreden tegen deze bedrijven de enige optie. In het licht van het gelijkheidsbeginsel is het verstandig om deze waarschuwing naar alle interim-bedrijven te sturen. Het gelijkheidsbeginsel vergt immers een consistent en doordacht bestuursbeleid.²⁶⁸ De interim-bedrijven die hun depositie hebben vergroot en dus niet gelegaliseerd kunnen worden, krijgen op deze manier de kans om de onrechtmatige situatie te herstellen door de

²⁶⁶ De bedrijfsactiviteiten opnemen in beheerplannen of (collectieve) saldering van de vergrote depositie.

²⁶⁷ . De ABRvS heeft een waarschuwing toelaatbaar beoordeeld bij de recente precisering van de 'beginselplicht tot handhaving'. ABRvS 5 oktober 2011, *LJN* BT6683.

²⁶⁸ ABRvS 19 oktober 2005, *LJN* AU45654 m. nt. Vermeer.

toename in depositie ongedaan te maken. Het is raadzaam om de werkwijze in beleidsregels vast te leggen, zodat het beleid juridisch kan worden verantwoord. Dit komt ook de rechtszekerheid van deze bedrijven ten goede. Op deze manier kunnen een deel van de interim-bedrijven worden gelegaliseerd. De overige interim-bedrijven kunnen onder de huidige omstandigheden geen vergunning krijgen, en de generieke maatregelen bieden momenteel geen mogelijkheid tot legalisering. Tegen deze interim-bedrijven dienen GS handhavend op te treden.

In algemene zin (dus ook bij overtredingen van andere regelgeving dan de NBW) is het raadzaam om zoveel mogelijk af te zien van gedogen wanneer daardoor een EU-rechtelijk vereist (milieu)resultaat niet wordt bereikt²⁶⁹.

§10.2. Aanpassen: 'Beleidsregels grenzen aan gedogen Noord-Brabant 2001'

Het provinciale gedoogbeleid kan op bepaalde punten in strijd kan zijn met het EU-recht. Hiervan is in ieder geval sprake bij het gedogen van de situatie van interim-uitbreiders. Wanneer GS een schending van een EU-rechtelijke verplichting constateren moeten zij afzien van de toepassing van het gedoogbeleid. Dit geldt ook voor de constatering van een overtreding van een nationaalrechtelijke norm, die tevens een schending van een EU-rechtelijke verplichting vormt, zoals het geval is bij de overtredingen van de NBW door de interim-bedrijven. Het EU-recht biedt immers (nog) minder ruimte om te gedogen. Het is dus van belang dat het huidige gedoogbeleid wordt aangepast, zodat het duidelijk is dat er in principe niet gedoogd kan worden als er sprake is van een schending van een EU-rechtelijke norm. Artikel 2 van het gedoogbeleid geeft een aantal inhoudelijke vereisten waaraan een situatie moet voldoen om voor gedogen in aanmerking te komen. Zelfs als aan deze vereisten wordt voldaan, kan gedogen vanuit een EU-rechtelijk perspectief (zeer waarschijnlijk) niet worden gerechtvaardigd. Artikel 2, lid 3, van het gedoogbeleid dient te worden aangevuld met een 'sub c' waarin wordt opgenomen dat GS toch tot handhaving overgaan als de overtreding in kwestie (mede) een schending van een EU-rechtelijke norm inhoudt. In die gevallen is het dus niet van belang of al dan niet aan de vereisten van artikel 2 lid 1 en lid 2 van het gedoogbeleid wordt voldaan. GS zijn namelijk verplicht om handhavend op te treden wanneer een EU-rechtelijke verplichting wordt geschonden, er mag dan geen gedoogbeleid worden toegepast.

In meer algemene zin is het raadzaam om terughoudend te zijn met de toepassing van het gedoogbeleid, ook wanneer er alleen sprake is van een overtreding van een nationaalrechtelijke norm. Uit de jurisprudentie, afkomstig van de ABRvS, blijkt namelijk dat het gedogen van onrechtmatige situaties niet vaak gerechtvaardigd kan worden. Daarnaast is het van belang dat het gedoogbeleid van de provincie Noord-Brabant gebaseerd is op twee beleidsstukken die in de jaren negentig door de centrale overheid zijn opgesteld, namelijk: Gezamenlijk beleidskader inzake het terugdringen van het gedogen van milieuovertredingen²⁷⁰ en de kabinetsnota Grenzen aan gedogen²⁷¹. In het laatstgenoemde beleidsstuk benadrukt het kabinet dat het bestuursorgaan terughoudend, zorgvuldig en verantwoord gebruik moet maken van de mogelijkheid om te gedogen, zodat gedogen daadwerkelijk beperkt blijft tot uitzonderingsgevallen²⁷². Het is aan te bevelen (en consequent) dat de wijze waarop het provinciale gedoogbeleid wordt toegepast, aansluit bij de kabinetsnota.

§10.3. Aanpassen: artikel 24 en 36 Stikstofverordening

De artikelen 24 en 36 van de Stikstofverordening zijn in de praktijk niet uitvoerbaar. Artikel 24 van de Stikstofverordening verwijst naar de depositiebank, die momenteel niet

²⁶⁹ Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer 2002, p. 9.

²⁷⁰ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 343, nr. 2.

²⁷¹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2.

²⁷² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 085, nrs. 1-2, p. 8.

toegankelijk is. Saldering kan volgens dit artikel uitsluitend plaatsvinden met gebruik van de depositiebank. De depositiebank zal niet op korte termijn tot stand komen en toegankelijk worden voor de interim-bedrijven.

Artikel 36 van de Stikstofverordening spreekt van een 'voorziening' om tot legalisatie van de interim-bedrijven te komen. Het woord 'voorziening' verwijst naar de opname van de bedrijfsactiviteiten in beheerplannen, of naar legalisatie door middel van (collectieve) saldering. Het is tijdens dit onderzoek duidelijk geworden dat de beheerplannen niet binnen afzienbare termijn zullen worden opgesteld. Bovendien is saldering momenteel niet mogelijk, doordat de depositiebank niet toegankelijk is. Beide artikelen verwijzen dus naar instrumenten/ maatregelen die onder de huidige omstandigheden niet kunnen worden toegepast. Totdat deze instrumenten daadwerkelijk kunnen worden aangewend, zijn beide artikelen onuitvoerbaar en dienen zij te vervallen, of zodanig te worden gewijzigd dat zij niet langer verwijzen naar ontoegankelijke voorzieningen.

§10.4. Beheerplannen opstellen en de depositiebank toegankelijk maken

Wanneer GS het bestuurlijk wenselijk vinden om niet over te gaan tot handhaving ten aanzien van de interim-bedrijven is dit, binnen het huidige wettelijke kader, alleen mogelijk door het opnemen van de interim-bedrijven in beheerplannen en door (collectieve) saldering. Om saldering mogelijk te maken dient de depositiebank toegankelijk worden. Het beschikbare saldo moet worden vastgesteld, zodat gecalculeerd kan worden of het mogelijk is om bepaalde toenames in de depositie van (uitgebreide) bedrijven te vereffenen met de afnamen van de depositie van bedrijven die geheel of gedeeltelijk met de bedrijfsvoering zijn gestopt. Op deze wijze kunnen meer bedrijven worden gelegaliseerd.

Daarnaast dienen de beheerplannen te worden opgesteld. GS zijn immers verplicht om deze op te stellen op grond van artikel 19a lid 1 NBW. Deze plicht is gebaseerd op artikel 6, lid 1 van de Habitatrichtlijn²⁷³ en artikel 3, lid 2²⁷⁴ van de Vogelrichtlijn. Het is raadzaam om aan deze verplichting te voldoen, gezien de gevolgen die een schending van de NBW en de EU-rechtelijke verplichting met zich mee kan brengen.

§10.5. Niet alleen op verzoek handhaven, inwilligen handhavingsverzoeken

Het is niet toegestaan om alleen te handhaven op verzoek. Tegen alle interim-uitbreiders (die onder de huidige omstandigheden geen vergunning kunnen krijgen) dient handhavend te worden opgetreden. Een handhavingsbeleid waarbij alleen op verzoek wordt gehandhaafd zou bovendien leiden tot willekeur en rechtsongelijkheid. Er wordt dan namelijk alleen handhavend opgetreden tegen interim-bedrijven waar een derde-belanghebbende een probleem mee heeft. Een dergelijk beleid kan tot gevolg hebben dat er *niet* handhavend wordt opgetreden tegen grove overtredingen, terwijl ten aanzien van lichte overtredingen *wel* gehandhaafd wordt, omdat hiertegen een handhavingsverzoek is ingediend.

Ontvankelijke handhavingsverzoeken van derde-belanghebbende kunnen het beste direct worden toegewezen wanneer het gaat om interim-uitbreiders die onder de huidige omstandigheden niet gelegaliseerd kunnen worden door middel van vergunningverlening. Bij handhavingsverzoeken die gericht zijn op de overige interim-uitbreiders zal het verwijzen naar een 'concreet uitzicht op legalisatie' de rechterlijke toets waarschijnlijk niet doorstaan. Het is aannemelijk dat de afwijzingen van handhavingsverzoeken in rechte geen stand

²⁷³ 'De Lidstaten treffen voor de speciale beschermingszones de nodige instandhoudingsmaatregelen; deze behelzen zo nodig passende specifieke of van ruimtelijke-ordeningsplannen deel uitmakende beheersplannen (...) die beantwoorden aan de ecologische vereisten van de typen natuurlijke habitats van bijlage I en de soorten van bijlage II die in die gebieden voorkomen.'

²⁷⁴ Voor de bescherming, de instandhouding en het herstel van biotopen en leefgebieden worden in de eerste plaats de volgende maatregelen getroffen:

- a) instelling van beschermingszones;
- b) onderhoud en ruimtelijke ordening overeenkomstig de ecologische eisen van leefgebieden binnen en buiten de beschermingszones'.

houden en dat alsnog tot handhaving dient te worden overgegaan. Direct overgaan tot handhaving, ten aanzien van deze groep interim-uitbreiders, leidt tot een efficiëntere werkwijze waarmee tijd en kosten worden bespaard.

§10.6. Nadeelcompensatie naar aanleiding van schriftelijke toezeggingen

Het is mogelijk dat bepaalde interim-uitbreiders in aanmerking komen voor (gedeeltelijke) vergoeding van de schade die ontstaat als gevolg van het (alsnog) handhavend optreden door GS. De interim-uitbreiders hebben recht op schadevergoeding als zij in het bezit zijn van een ongeclausuleerde niet voor meerdere uitleg vatbare *schriftelijke* toezegging waarin door GS wordt medegedeeld dat hun bedrijfsactiviteiten niet vergunningplichtig zijn. Het is momenteel niet bekend of dergelijke schriftelijke mededelingen zijn gedaan in de periode van 2004-2010. Het kan niet worden uitgesloten dat de situatie van de interim-bedrijven ook aan de andere voorwaarden voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel voldoet: de gewekte verwachtingen dienen afkomstig te zijn van een bevoegd functionaris van de provincie en aan het 'dispositievereiste' moet worden voldaan. Dit vormt een financieel risico voor GS, en het is daarom verstandig om uit te zoeken of deze mededelingen zijn gedaan. Op deze wijze kan op eventuele vorderingen tot het betalen van schadevergoeding worden geanticipeerd.

Er bestaat momenteel geen specifieke wettelijke grondslag voor het vorderen van nadeelcompensatie in het kader van de NBW en/of Stikstofverordening. Het kan handig zijn om beleidsregels op te stellen waarin wordt geregeld hoe de procedure verloopt, en wanneer het recht op nadeelcompensatie bestaat. Zo bestaat er een grondslag voor de vordering. Bovendien zorgt het voor meer duidelijkheid voor zowel de provincie Noord-Brabant, als voor (derde-)belanghebbenden die een beroep doen op het recht op nadeelcompensatie. Wanneer er wordt geconstateerd dat dergelijke schriftelijke toezeggingen zijn gedaan, is het aan te bevelen om de ondernemer(s) in kwestie te contacteren en gezamenlijk tot een overeenstemming te komen over het bedrag dat zal worden toegekend. Op deze manier worden gerechtelijke procedures voorkomen, en zal er waarschijnlijk door de media minder aandacht worden besteed aan deze kwestie. Vanuit een bestuurlijk oogpunt lijkt dit wenselijk.

Literatuurlijst

Boeken

Aalders e.a. 2007

M.V.C. Aalders e.a., *'Het milieurecht als proeftuin. 20 jaar Centrum voor Milieurecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Albers 2004

C.L.G.F.H. Albers, *'De 'beginselfplicht' tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?'*, *De Gemeentestem* 2004, 68.

Barkhuysen e.a. 2005.

T. Barkhuysen e.a., *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer 2005.

Bauw e.a. 2003

E. Bauw e.a., *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Van Ballegooij 2008

G.A.C.M. van Ballegooij, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Buuren 1988

P.J.J. van Buuren, *Gedogend besturen*, Deventer: Kluwer 1988.

Van Buuren e.a. 2009

P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Buuren en Borman 2009

P.J.J. van Buuren en T.C. Borman, *Algemene wet bestuursrecht, tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Damen e.a. 2009

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Groen 2008

M. Groen, *Zakboek Handhaving Milieuwetgeving deel 2*, Deventer: Kluwer 2008.

De Haan e.a. 2001

P. de Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2001.

Hartmann e.a. 1998

A.R. Hartmann e.a., *Contouren van het Bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1998. (Uitgeverij Gouda Quint is inmiddels overgenomen door Kluwer.)

Jurgens 1996

G.T.J.M. Jurgens, *'Bestuurlijk gedogen: aanvaardbaarheid en gevolgen van bestuurlijk gedogen in het milieurecht en het ruimtelijk recht'*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996. (Uitgeverij Tjeenk Willink is nu onderdeel van uitgeverij Kluwer)

De Moor – van Vught 1995

A.J.C. de Moor-van Vugt, *'Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees Perspectief'* (diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Proefschrift Nadeelcompensatie op basis van het Égalitébeginsel: Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees Recht*, Leiden: 2010.

Verhey e.a. 2005

L.F.M. Verhey e.a. , *'Toezicht'*, Deventer: Kluwer 2005.

Vermeer 2010

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

Rapporten

Bressers e.a. 2006

H. Bressers e.a., *'Evaluatie Handhaven op Niveau'*, Enschede: CSTM Universiteit Twente 2006.

Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijk handhaving 2001

Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijk handhaving 2001, *'Handhaven op niveau (verkorte versie)'*, Zwolle: Tjeenk Willink 2001.

Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving 1995

Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, *Het recht ten uitvoer gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving*, Den Haag: 1995.

Evaluatiecommissie Wet milieubeheer 2002

Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *'Gedogen in het milieurecht: over Europeesrechtelijke grenzen aan gedogen en gedogen-genererende factoren in het nationale recht'*, Den Haag: 2002.

Artikelen

Van der Bol 2011

B. van der Bol, 'Private baten, publieke lasten', Website: *Binnenlands Bestuur*, 28 januari 2011.

Bruinsma 2003

J. Bruinsma, 'Inspectie moet 's nachts zorg checken', *Volkskrant*, 9 januari 2003.

Van Buuren 1991

P.J.J. van Buuren, 'Gedogend besturen in het milieurecht', *Milieu en recht*, 1991/2.

Blomberg 2002

A.B. Blomberg, 'Aanvaardbaar gedogen', *Milieu en Recht*, 2002.

Levelt 2011

S. Levelt, 'De beginselplicht tot handhaving genuanceerd', Website *Wieringa Advocaten 19-10-2011*. (<<http://www.wieringa-advocaten.nl/nl/weblog/2011/10/19/de-beginselplicht-tot-handhaving-genuanceerd>>).
Laatst bezocht: 20-03-2012.

Oosting 1991

M. Oosting, *'Het bestuur zal handhaven'*, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1991, p. 41-53, Deventer: Kluwer 1991.

Salverda 2010

K. Salverda, 'Gemeenten schakelen massaal CJIB in', *VNG Magazine*, nr. 2, 22 januari 2010.

Stibbe 2011

Stibbe, 'nieuwsbrief september/oktober 2011', Website *Stibbe 2011*. (<http://www.stibbe.nl/stibbe/publication/17e74136201335ab7ccfd03399/administrative_law_and_real_estate_nieuwsbrief_september-oktober_2011>).
Laatst bezocht 20-03-2012.

Wieman 2011

E. Wieman, 'Stikstof tot nadenken', *Lucht in uitvoering* 2011-3.

Andere documenten

Steunpunt Natura-2000 2007

Intern werkdocument voor opstellers beheerplannen Natura 2000 en vergunningverleners Nb-wet, Ede: 2007.

Veerman 2005

C.P. Veerman, *Handreiking beheerplannen, Natura 2000 gebieden*, Den Haag: Ministerie van LNV 2005.

Websites

(<<http://www.brabant.nl>>). – laatst bezocht: 01-05-2012

(<http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_nl.htm>). – laatst bezocht: 12-04-2012.

(<<http://www.europadecentraal.nl>>). – laatst bezocht: 01-05-2012

(< <http://www.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/inbreukprocedures.html>>). – laatst bezocht: 13-04-2012.

(<<http://www.natura2000.nl>>). – laatst bezocht: 01-05-2012

(<<http://www.nrc.nl/nieuws/2012/01/17/eu-start-procedure-tegen-hongarije>>) - laatst bezocht: 13-04-2012.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 4 december 1974, nr. 41/74 (*Van Duyn/ Home Office*).

HvJ EG 8 oktober 1987, nr. 80/86 (*Kolpinghuis*).

HvJ EG 22 juni 1989, nr. 103/88 (*Fratelli Costanzo*).

HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/8 (*Griekse maïs*).

HvJ EG 10 juli 1990, nr. C-217/88 (*Tafelwein*).

HvJ EG 7 december 1995, nr. C-52/95 (*Franse visserij*).

HvJ EG 9 december 1997, nr. C-265/95 (*Spaanse aardbeien*).

HvJ EG 7 januari 2004, nr. C-201/02 (*Wells*).

HvJ EG 7 september 2004, nr. C-127/02, (*Kokkelvisserij*).

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

ABRvS 24 februari 1984, *LJN AG4771* m.nt. Eijden.

ABRvS 18 februari 1997, *LJN ZF2587*, m. nt. Van Buuren.

ABRvS 6 mei 1997, *LJN AA6762*, m. nt. Van Buuren (*Van Vlodrop/Staat*).

ABRvS 15 mei 1997, *LJN AN5445* m. nt. De Gier.

ABRvS 2 februari 1998, *LJN ZF3176* m.nt. Michiels (gemeente Lisse).

ABRvS 1 september 1998, Gemeentestem (1999) 7095, 7 m. nt. Goorden.

ABRvS 22 december 1998, *LJN AH6780*.

ABRvS 1 juni 1999, *LJN ZF5196*, m. nt. Schreuder-Vlasblom.

ABRvS 15 juli 1999, *LJN AN6279* m.nt. Jurgens.

ABRvS 22 juli 1999, *LJN AA3610* m.nt. Michiels.

ABRvS 28 december 1999, M & R Kort 2000, 38.

ABRvS 31 maart 2000, *LJN AB1152*.

ABRvS 22 februari 2001, *LJN AB0712* m. nt. Teunissen.

ABRvS 22 maart 2001, *LJN* AB0934 m.nt. Gier.
ABRvS 15 augustus 2001, *LJN* AN6798
ABRvS 19 september 2001, *LJN* AN6872 m.nt. Vermeer.
ABRvS 17 juli 2002, *LJN* AE5404 m. nt. Neerhof.
ABRvS 15 november 2002, *LJN* AN7204.
ABRvS 25 februari 2004, *LJN* AO4355.
ABRvS 11 augustus 2004, *LJN* AQ6637 m.nt. Vermeer (Le Coultre).
ABRvS 9 december 2004, *LJN* AR7545 m.nt. Blomberg.
ABRvS 19 januari 2005, *LJN* AS3204 m.nt. Blomberg.
ABRvS 2 februari 2005, *LJN* AS4736.
ABRvS 17 augustus 2005, *LJN* AU1123.
ABRvS 14 september 2005, *LJN* AU2596.
ABRvS 19 oktober 2005, *LJN* AU45654 m. nt. Vermeer.
ABRvS 18 januari 2006, *LJN* AU9822 m.nt. Vermeer.
ABRvS 18 januari 2006, *LJN* AU9838.
ABRvS 5 april 2006, *LJN*: AV8642 m. nt. Vermeer.
ABRvS 2 augustus 2006, *LJN* AY5450.
ABRvS 7 februari 2007, *LJN* AZ7945.
ABRvS 28 februari 2007, *LJN* AZ9494.
ABRvS 14 maart 2007, *LJN* BA0624.
ABRvS 14 maart 2007, *LJN* BA1126 m. nt. Michiels.
ABRvS 4 april 2007, *LJN* BA2203.
ABRvS (vzr) 26 maart 2008, *LJN* BC8469.
ABRvS 25 maart 2009, *LJN* BI0695
ABRvS 1 april 2009, *LJN* BH9262.
ABRvS 9 april 2008, *LJN* BC9036.
ABRvS 11 juni 2008, *LJN* BD3618 m. nt. Vermeer.
ABRvS 1 juli 2009, *LJN* BJ1123.
ABRvS 16 februari 2011, *LJN* BP4700.
ABRvS 7 september 2011, *LJN* BR6898.
ABRvS 5 oktober 2011, *LJN* BT6683.
ABRvS 18 januari 2012, *LJN* BV1162.
ABRvS 15 februari 2012, *LJN* BV5066.
ABRvS 7 maart 2012, *LJN* BV8064.

Rechtbank Arnhem

Rb. Arnhem 21 oktober 2004, *LJN* AR5146.

Rechtbank Assen

Rb. (vzr.) Assen 1 augustus 2008, *LJN* BE9041.