

# Reactie

## Reactie op afwijzing van de voordracht tot vernietiging van 'Beheersverordening Hellebeuk'

Mr. M.J.H. van Baalen\*

26

### 1 Inleiding

Meer en meer maken gemeenten gebruik van de beheersverordening, een relatief nieuw planologisch instrument.<sup>1</sup> De beheersverordening is bedoeld als een 'licht' alternatief voor het bestemmingsplan en kan worden gebruikt in gebieden waar geen ontwikkelingen worden voorzien, dan wel gebieden met een 'lage dynamiek'.

### 2 Afwijzing vernietigingsverzoek

Door middel van een beheersverordening heeft de raad van de gemeente Voerendaal het illegale gebruik van recreatiewoningen op het 'Domein Hellebeuk' willen legaliseren. Op het van diverse partijen afkomstige verzoek om het vaststellingsbesluit te vernietigen heeft de minister van Infrastructuur en Milieu (IenM) bij brief<sup>2</sup> aan gedeputeerde staten (GS) van Limburg afwijzend

gereageerd.<sup>3</sup> GS en anderen hadden om vernietiging verzocht omdat tegen een besluit waarbij een beheersverordening wordt vastgesteld geen (rechtstreekse) rechtsmiddelen openstaan. De reden van het vernietigingsverzoek is dat men met de raad principieel van mening verschilde over de vraag of een beheersverordening kan worden gebruikt om de – sinds jaar en dag bekende – permanente bewoning van recreatiewoningen op Hellebeuk te legaliseren.

### 3 Wat is 'bestaand gebruik'?

Artikel 3.38 lid 1 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) schrijft voor dat in een beheersverordening het beheer van een gebied, waar geen ruimtelijke ontwikkelingen worden verwacht, overeenkomstig het bestaande gebruik wordt geregeld. De wet kent geen definitie van 'bestaand gebruik'. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is dit probleem (want dat is het) aangekaart. In de parlementaire stukken zijn diverse duidingen te vinden, namelijk dat 'bestaand gebruik' zowel (1) het fysieke/feitelijke gebruik kan betekenen als (2) het planologisch toelaatbare (maar niet-gerealiseerde) gebruik. In beide gevallen zal er geen sprake zijn van ruimtelijke ontwikkelingen en kan er (dus) een beheersverordening worden vastgesteld.

\* Mr. M.J.H. (Richard) van Baalen is advocaat bij A&S Advocaten in Wageningen.

1. Art. 3.38 Wro is geïntroduceerd naar aanleiding van het amendement van de Kamerleden Verdaas c.s. (Kamerstukken II 2005/06, 28916, 26, destijds beheersregeling genaamd).

2. Brief van 18 november 2013, kenmerk IENM/BSK-2013/264878.

3. Deze in de Wet revitalisering generiek toezicht toegekende bevoegdheid is in TO 2013, afl. 1 behandeld door mr. dr. H.J. de Vries. In deze reactie blijft deze wet verder buiten beschouwing. Zie daarover wel T.E.P.A. Lam & A.G.A. Nijmeijer, Beheersverordening Hellebeuk (gemeente Voerendaal): strijd met het recht maar geen vernietiging door de Kroon, TBR 2013/174.

Volgens de indieners van het amendement dient de beheersverordening er – kort gezegd – toe om de bestaande situatie te beschermen.<sup>4</sup> Op doel 1 lijkt de nadruk te liggen. Dat onbenutte ontwikkelingsruimte (doel 2) ook onder ‘bestaand gebruik’ is geschaard, is wellicht mede ingegeven vanuit de gedachte dat er anders weinig animo voor de beheersverordening zou bestaan vanwege vrees voor planschades.<sup>5</sup>

Problematischer wordt het wanneer het fysieke/feitelijke gebruik niet toelaatbaar is; indien sprake is van illegaal gebruik waartegen in beginsel handhavend kan worden opgetreden. Als de gemeenteraad van oordeel is dat illegaal gebruik gelegaliseerd kan (en moet) worden, roept dat de vraag op of hij kan kiezen tussen het vaststellen van een bestemmingsplan of een beheersverordening, dan wel dat hij gehouden is om een bestemmingsplan vast te stellen.

Voor alle duidelijkheid: indien er een beheersverordening kan worden vastgesteld, kan er per definitie in plaats daarvan een bestemmingsplan worden vastgesteld (andersom is dat niet het geval). Het is voorts niet mogelijk dat een bestemmingsplan en een beheersverordening tegelijkertijd vigeren; het is een van de twee (art. 3.39 Wro).

## 4 Onduidelijke parlementaire geschiedenis

De minister concludeert dat de raad geen beheersverordening had mogen vaststellen.<sup>6</sup> De raad had volgens de minister geen overwegende betekenis mogen toekennen aan de volgende overweging in de lijst van vragen en antwoorden bij (onder andere) het ontwerp van het Besluit ruimtelijke ordening, de Grondexploitatiewet en de Invoeringswet Wro van 18 september 2007:

‘40. Waarom kan/mag op basis van een beheersverordening geen einde worden gemaakt aan illegaal gebruik van een lokatie? Waarin verschilt het handelen na het constateren van illegaal gebruik bij een beheersverordening en illegaal gebruik bij een bestemmingsplan?’

Voorafgaande aan de vaststelling van een bestemmingsplan of een beheersverordening zal de gemeente een inventarisatie (laten) maken van het bestaande gebruik van de gronden en bouwwerken in het betrokken gebied. Daarbij – zo wijst de ervaring uit – stuit een gemeente met enige regelmaat op illegale bouwwerken of een gebruik van grond en gebouwen dat in strijd is met het geldende planologisch regiem.

De gemeente heeft dan een beleidsvrijheid te kiezen om die gebruiksvorm te legaliseren door een positieve bestemming of om tot handhaving over te gaan, gericht op het beëindigen van die situatie. Een verplichting tot legalisering is er evenwel niet. De keuzevrijheid bij de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan geldt ook bij de vaststelling van een beheersverordening die het daaraan voorafgaande bestemmingsplan of de daaraan voorafgaande beheersverordening vervangt. In die zin verschilt het handelen na het constateren van illegaal gebruik bij een beheersverordening niet met het handelen bij een bestemmingsplan. *Ook bij het vaststellen van een beheersverordening kan tegen illegaal gebruik worden opgetreden als de gemeenteraad een legalisatie niet aan de orde vindt.* Derden-belanghebbenden kunnen de gemeente verzoeken een handhavingsactie in gang te zetten ter beëindiging van illegaal gebruik. Wijst de gemeente dit verzoek af, dan kan de rechtmatigheid van de beheersverordening bij de bestuursrechter aan de orde komen. Mocht blijken dat de illegale situatie niet gelegaliseerd had mogen worden, dan is voorstelbaar dat het desbetreffende deel van de beheersverordening door de bestuursrechter onverbindend wordt verklaard.<sup>7</sup> (cursivering RvB)

De minister overweegt dat hier niet is gevraagd of met een beheersverordening illegaal gebruik kan worden gelegaliseerd. Wel zou uit het antwoord blijken dat geconstateerd illegaal gebruik niet in de weg staat aan het vaststellen van een beheersverordening. Voorts overweegt de minister dat de raad al jaren bekend was met het illegale gebruik en daarop niet (pas) bij een aan het vaststellingsbesluit voorafgaande inventarisatie is gestuit.

Men kan zich afvragen of de wetgever bedoeld heeft om aan de inventarisatie zoveel belang toe te kennen als de minister lijkt te doen.<sup>8</sup> Wat daar ook van zij, van meer belang lijkt te zijn dat vraag 40 (eerste volzin) niet met de zachte zuidenwind is aan komen waaien, maar voortborduurde op eerdere parlementaire verhandelingen, namelijk de nota van toelichting bij het ontwerp-Besluit ruimtelijke ordening (Bro) van 11 mei 2007:

‘Er is van afgezien in het onderhavige besluit nog nadere regels op te nemen voor de beheersverordening ten aanzien van de voorbereiding en de inhoud van de verordening. De reden hiervoor is dat het

4. Zie noot 1.

5. Art. 6.1 lid 2 sub a Wro noemt de beheersverordening als mogelijke planschadeoorzaak.

6. Dat de minister de beheersverordening desondanks niet voor vernietiging voordraagt omdat dat niet proportioneel zou zijn, blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

7. Kamerstukken II 2007/08, 30218, 24, p. 22-23.

8. Mr. A. Snijders stelt – sterk verkort weergegeven – dat juist wanneer het illegale gebruik al jaren bekend is (dus niet pas bij de inventarisatie aan het licht komt), legalisatie in het algemeen minder bezwaarlijk zou moeten zijn omdat er ‘kennelijk’ nooit behoefte of aanleiding was voor handhavend optreden, en dat in geval van een handhavingsverzoek het vaststellen van een beheersverordening wellicht niet de koninklijke weg is (A. Snijders, Dynamische discussies over een statisch instrument, TBR 2014/19, par. 5.5). Hierbij moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat derden-belanghebbenden niet altijd weten wat het gemeentebestuur weet (en vice versa) en dat aan handhavingsverzoeken en -procedures of de afwezigheid daarvan (dus) enkel met enige terughoudendheid conclusies kunnen worden verbonden.

amendement waarmee de beheersverordening in de Wro is opgenomen, beoogt gemeenten een eenvoudig instrument te bieden dat in plaats van een bestemmingsplan kan worden toegepast in laagdynamische gebieden. Daarbij past niet om in het Bro regels op te nemen die vergelijkbaar zijn met de regels voor het bestemmingsplan. In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat aan de beheersverordening zelf naar haar aard geen onderzoek ten grondslag behoeft te liggen, aangezien er geen ruimtelijke ontwikkelingen zijn voorzien. Bij de afweging door de gemeente om te kiezen voor een beheersverordening in plaats van een bestemmingsplan dient de gemeente echter wel te onderzoeken of in een bepaald gebied geen ruimtelijke ontwikkeling noodzakelijk is. De onderzoeksverplichtingen die op grond van sectorale wetgeving gelden bij de voorbereiding van een (conserverend) bestemmingsplan (Flora- en faunawet, Natuurbeschermingswet 1998, hoofdstuk 7 Wet milieubeheer, Besluit externe veiligheid inrichtingen), kunnen een aanknopingspunt bieden bij de beantwoording van deze vraag.

Gelet op de insteek van de beheersverordening: "handhaving van de bestaande situatie" dient er wel een grondige inventarisatie plaats te vinden van die situatie, zowel wat bouwwerken als gebruik betreft. Men dient zich te realiseren dat een handhaving van het bestaande gebruik impliceert dat mogelijk bij die inventarisatie geconstateerd illegaal gebruik ook onder bestaand gebruik wordt begrepen. Overigens zal er hierbij dan sprake moeten zijn van een onderliggend bestemmingsplan om bepaald gebruik als illegaal te kunnen bestempelen. *Als men een legalisering van geconstateerd illegaal gebruik niet wenst zal er óf voor de vaststelling van de beheersverordening een einde aan dat gebruik moeten worden gemaakt door het bestemmingsplan te handhaven óf moeten worden geconstateerd dat de verordening hier niet kan worden toegepast.* Er wordt op die plaats immers een ander gebruik dan het (illegaal) bestaande gebruik beoogd en dus een ruimtelijke ontwikkeling ten opzichte van het bestaande gebruik.<sup>9</sup> (cursivering RvB)

Anders gezegd: in beginsel legaliseert een beheersverordening (voorheen) illegaal gebruik. De toelichting schrijft de gemeente die illegaal gebruik wil beëindigen een (niet in de wet opgenomen) 'marsroute' voor, in afwijking van het eerder aan de minister gepresenteerde rapport<sup>10</sup> dat uit lijkt te gaan van een grote(re) keuzevrijheid voor de gemeente die tegen illegaal gebruik wil optreden. De wetgever heeft met nadruk bij deze problematiek stilgestaan en lijkt hier de weg van de beheersverordening af te sluiten.

## 5 Duidelijkheid in de maak?

De toelichting op het ontwerp-Bro is overgenomen in de artikelsgewijze toelichting bij het definitieve Bro.<sup>11</sup> Het is overigens deze tekst waaraan de Rechtbank Den Haag het oordeel ontleent dat B&W van Den Haag niet handhavend tegen (voormalig) illegaal gebruik mocht optreden. De raad van die gemeente had een beheersverordening vastgesteld met daarin overgangsrecht dat ertoe zou moeten leiden dat illegaal gebruik illegaal zou blijven. De rechtbank verklaarde deze bepaling onverbindend.<sup>12</sup> Uit de afwijzingsbrief blijkt dat de minister deze uitspraak (en daarmee ook de aan vraag 40 voorafgaande nota van toelichting) kent.

De wetgever schenkt in de parlementaire geschiedenis, met name gezien de hierboven gecursiveerde gedeelten daarvan, geen klare wijn. De minister verwijst in haar afwijzingsbrief naar een overweging van meer recente datum:

'(...) In die lijn past niet dat bestaand illegaal gebruik (alsmede bouwwerken) met een beheersverordening worden gelegaliseerd.'<sup>13</sup>

Of dit een verduidelijking van de voorgaande wetgeschiedenis dan wel een afwijking daarvan betreft kan hier in het midden blijven omdat de raad van Voerendaal deze tekst niet kende.

Lam en Nijmeijer hebben in hun bijdrage voorgesteld om in artikel 3.38 lid 1 Wro voor 'bestaand gebruik' het woord 'legaal' te plaatsen.<sup>14</sup> Als ondergetekende goed is geïnformeerd, heeft de minister, althans haar ambtenaren, deze suggestie inmiddels verworpen omdat deze op het eerste oog beperkte wetswijziging wellicht onbedoelde gevolgen zou hebben; *a contrario* geredeneerd zou het toegevoegde woord met zich kunnen brengen dat waar de wet elders spreekt van 'gebruik' enkel illegaal gebruik zou kunnen zijn bedoeld. Volgens mij is dit gevaar (wel) in een toelichting bij de wet te ondervangen.

## 6 Illegaal gebruik belemmert vaststellen beheersverordening niet

Met goede reden overweegt de minister dat illegaal gebruik niet automatisch een belemmering oplevert voor de vaststelling van een beheersverordening. Want, hoewel de parlementaire geschiedenis tegenstrijdigheden lijkt te bevatten, het staat buiten kijf dat de wetgever

9. Kamerstukken II 2007/08, 30218, 23, p. 30-31.

10. Kamerstukken II 2006/07, 30938, 7: 'De beheersverordening in de Wro', p. 13 (13 november 2006).

11. Stb. 2008, 145, tevens bijlage bij Kamerstukken II 2007/08, 30218, 25.

12. Rb. Den Haag 3 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7607, TBR 2013/142 m.nt. Snijders, TBR 2013/160 reactie mr. A.G.A. Nijmeijer. Tegen deze uitspraak is hoger beroep aangetekend.

13. Kamerstukken II 2013/14, 31127, 171, p. 67-68 (wijziging Bro).

14. Zie noot 3.

gemeenten niet de mogelijkheid heeft ontnomen om in geval van illegaal gebruik een beheersverordening vast te stellen.

Omdat de raad van Voerendaal diverse (op onderdelen tegenstrijdige) parlementaire stukken ter beschikking stonden, overweegt de minister terecht dat de raad aan Kamerstukken II 2007/08, 30218, 24 (terwijl de raad andere Kamerstukken onbesproken laat) geen overwegende betekenis had mogen toekennen. De minister benadert de problematiek (wel) vanuit verschillende oogpunten. Zij staart zich niet blind op 'vraag 40' en het antwoord daarop, maar geeft diverse redenen waarom het vaststellingsbesluit in strijd met de wet is.

Ervan uitgaande dat deze redenen complementair zijn en niet elk afzonderlijk een conclusie rechtvaardigen, zal een bestuursrechter in een andere, wellicht vergelijkbare situatie tot een andere conclusie kunnen komen. De bestuursrechter die over een handhavingsverzoek met betrekking tot Domein Hellebeuk komt te oordelen, is naar mijn mening niet gehouden de conclusie van de minister over te nemen. De vernietigingsprocedure is een bestuurlijk middel en (dus) geen gerechtelijke procedure. In een handhavingsprocedure is het aan de rechter om de wet toe te passen. Nu de wet interpretatieruimte biedt, zal de rechter kunnen putten uit andere bronnen (zoals de parlementaire geschiedenis en de hier behandelde afwijzingsbrief) en deze betrekken in zijn uitspraak.

blijkens de beheersverordening voortvloeit uit een inpassingsplan en dat die inpassing kennelijk nodig is om de woonbestemming te behouden, maar het zou de begrijpelijkheid van de afwijzingsbrief ten goede zijn gekomen als zij had gemotiveerd waarom dit relevant is. Dat lijkt overigens niet al te moeilijk, omdat de verplichting naar voren komt als een gebiedsvreemde landschappelijke inpassing. Het lijkt toch sterk dat de wetgever iets dergelijks heeft willen verstaan onder een 'lage dynamiek'.

## 7 Nieuwe ontwikkeling

Ter onderbouwing van haar (tussen)conclusie dat de beheersverordening in strijd met het recht is, verwijst de minister op diverse plaatsen naar artikel 11.1.2 van de beheersverordening. In dit artikel heeft de raad geregeld dat – kort gezegd – de woningen landschappelijk moeten worden ingepast (kennelijk was dit nog niet het geval en/of voorgeschreven). De raad heeft dit voorschrift opgenomen ter uitvoering van het eerder door de provincie geuite voornemen om tot landschappelijke inpassing te komen. Voor deze dwingend voorgeschreven ruimtelijke ontwikkeling (waartoe niet eerst een vergunning afgegeven hoeft te worden) is volgens de minister geen plaats in een beheersverordening.

Met de conclusie kan worden ingestemd, maar de onderbouwing had wat duidelijker gekund. Het uitgangspunt van de indieners van het amendement was dat voor gebieden met een lage dynamiek een eenvoudig planologisch instrument beschikbaar moest zijn om de bestaande situatie te beschermen.<sup>15</sup> Met andere woorden: de beheersverordening (toen nog 'beheersregeling') zou de bestaande lage dynamiek moeten beschermen, en deze dus niet (per definitie) verbieden. De minister overweegt weliswaar dat de landschappelijke inpassing

15. Kamerstukken II 2005/06, 28916, 26.