

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Gebouwd zonder vergunning?

Wie een onroerende zaak in eigendom verwerft dient zich ervan te vergewissen of deze wat betreft bebouwing en het beoogde gebruik zijn toegestaan volgens de regels van het bestemmingsplan en waar nodig overeenkomstig een daartoe vereiste omgevingsvergunning. Het in stand laten van een bouwwerk of een deel daarvan dat is gebouwd zonder of in afwijking van een daarvoor verplichte omgevingsvergunning is wettelijk verboden en kan leiden tot een bestuursrechtelijke of zelfs strafrechtelijke handhavingsactie, al dan niet naar aanleiding van een klacht van een derde. De kans op gemeentelijke handhavingsacties is toegenomen door de in 2016 ingevoerde wet ter verbetering van de vergunningverlening, toezicht en handhaving, waarmee de gemeentelijke bevoegdheden werden aangescherpt.¹ Bovendien geldt voor de gemeentelijke overheid de in de jurisprudentie bevestigde beginselplicht tot handhaving. De regionale omgevingsdiensten, waaraan de uitvoering van het handhavingsbeleid is opgedragen, voeren deze opdracht strikt uit en beschikken daartoe over steeds effectievere (digitale) middelen. De notaris kan hiermee te maken krijgen bij twijfel of een (gebouwd) registergoed (voldoende) is gedekt door de bestemmingsregeling in het bestemmingsplan dan wel door een omgevingsvergunning.

Instandlatingsverbod illegale bouwwerken

In de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is niet alleen een verbod gesteld op het bouwen zonder een vereiste omgevingsvergunning dan wel het handelen in strijd met een omgevingsvergunning, maar ook op het zonder of in afwijking van een bouw- of omgevingsvergunning gebouwd bouwwerk (passief) in stand te laten.² Het verbod wordt, mede blijkens vaste jurisprudentie, ook tegengeworpen aan de (rechts)persoon die niet als 'bouwer' kan worden gekwalificeerd, bijvoorbeeld omdat hij/zij de eigendom van het illegale bouwwerk heeft verkregen nadat het bouwwerk is gebouwd.³ Een bestuursrechtelijke handhavingsactie wordt namelijk gericht tot degene die het in zijn macht heeft om aan de illegale situatie een einde te maken.

Op het in art. 2.3a Wabo vervatte instandlatingsverbod gelden enkele uitzonderingen. In de eerste plaats geldt de regel veelal niet voor illegale bouwwerken van vóór 2007, toen dit verbod in de Woningwet werd opgenomen. Dat is alleen anders als ten tijde van de verkrijging van het bouwwerk sprake was van concrete aanwijzingen dat dit zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd. Verder geldt het verbod niet voor bouwwerken die ten tijde van de oprichting vergunningvrij waren of die krachtens toenmalig overgangsrecht werden beschermd.⁴ Veelal vindt evenmin handhaving plaats in gevallen waarin expliciet sprake is van gedogen dan wel wanneer expliciet het vertrouwen is gewekt dat niet handhavend zal worden opgetreden. Daarbij is dikwijls van belang of er een concreet zicht op legalisatie door middel van een instandlatingsverbod omgevingsvergunning bestaat.⁵ Ook onder de nieuwe Omgevingswet, die inmiddels is vastgesteld en waarvan de inwerkingtreding in 2021 wordt verwacht, gaat ten aanzien van illegale bouwwerken een instandlatingsverbod gelden.⁶

1. Wet van 9 december 2015, *Stb.* 521 (Wet VTH).
2. Art. 2.1, 2.3 en 2.3a Wabo.
3. ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7766, Zandvoort, *AB* 2010/140, *BR* 2010/92, *Gst.* 2010/71, *TBR* 2010/289. Zie in gelijke zin ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:206, Epe en ABRvS 31 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2648, Overbetuwe.
4. Overigens wordt instandlating van illegale bouwwerken in de huidige standaard-overgangsbepaling bij een bestemmingsplan, zoals voorgeschreven in art. 3.2.1 Besluit ruimtelijke ordening (Bro), daarmee niet beschermd.
5. ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1155, dwangsom bedrijfswoning Asten.
6. Art. 5.6 Omgevingswet (Wet van 23 maart 2016, *Stb.* 2016, 156. Zie MvT *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 489).

Beginselplicht tot handhaving

Degene die een (gebouwde) onroerende zaak koopt waarvan de bebouwing of het gebruik niet of niet geheel in overeenstemming is met het bestemmingsplan dan wel met een of meer omgevingsvergunningen, neemt het risico dat als nog handhavend wordt opgetreden. Voor het wettelijk met handhaving van de Wabo belaste college van burgemeester en wethouders geldt een beginselplicht tot handhaving. Volgens vaste en zeer regelmatig herhaalde jurisprudentie houdt deze beginselplicht in dat, gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift, het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik zal moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering 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.⁷ Mede naar aanleiding daarvan hebben veel gemeenten beleidsregels ontwikkeld waarin handhavingsprioriteiten worden gesteld. Deze mogen niet zo ver strekken dat geheel van handhaving wordt afgezien als een belanghebbende om handhaving verzoekt.⁸ De bestuursrechter is, zeker als derdebelanghebbenden (bijvoorbeeld omwonenden) om handhaving hebben verzocht, kritisch op een gemeentelijke weigering om handhavend op te treden tegen illegale bebouwing. Aan het gedogen daarvan en aan het zonder vergunning toelaten van een van het bestemmingsplan afwijkend gebruik van gebouwen of grond, behoort een voldoende draagkrachtige motivering ten grondslag te liggen, ook bij een eventueel beroep op overgangsrecht.⁹ Tegen een weigering om aan een verzoek tot handhaving gehoor te geven, kan door belanghebbenden bij het bestuursorgaan bezwaar worden gemaakt en bij de bestuursrechter beroep worden ingesteld.¹⁰ Daarnaast kunnen derden eventueel een strafrechtelijk optreden uitlokken, aangezien overtreding van art. 2.3a Wabo als een economisch delict wordt aangemerkt.¹¹

Peildatum

Handhavend optreden blijft zoals gezegd in beginsel achterwege als de overtreder de eigendom van het gebouwde heeft verworven vóór 1 april 2007 en hij ten tijde van de eigendomsoverdracht geen concrete aanwijzingen behoorde te hebben dat het om een zonder bouwvergunning gebouwde bouwwerk ging. Op deze datum werd de wijziging van de Woningwet van kracht waarin het in stand laten van een gebouw, zonder of in

strijd met een bouwvergunning of met bouwvoorschriften, werd verboden.¹² De Nieuwjaarsbrand in Edam-Volendam in 2001, was mede aanleiding om dit verbod in het leven te roepen. Sedertdien is in de jurisprudentie regelmatig de vraag opgeworpen of en in hoeverre sprake was van een gebouwde situatie van vóór dan wel van na deze peildatum. Uit verschillende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt dat in gevallen waarin de huidige eigenaar niet zelf bouwwerken zonder of in afwijking van een bouwvergunning heeft gebouwd, maar het gebouwde vóór 1 april 2007 in eigendom heeft verworven en aldus in stand laat, de rechtszekerheid zich er in beginsel tegen verzet dat daartegen handhavend wordt opgetreden. Uit deze uitspraken blijkt dat het op de weg van het handhavend gemeentebestuur ligt om aannemelijk te maken dat de eigenaar tevens de overtreder is en vervolgens is het aan de eigenaar om die feiten te weerleggen of nader te verklaren, bij gebreke waarvan de rechter in beginsel van de juistheid van de feiten, zoals het college die heeft vastgesteld, dient uit te gaan.¹³ Degene die na de genoemde peildatum eigenaar is geworden gaat niet vrijuit als de onroerende zaak hetzij na deze peildatum zonder of in afwijking van een bouwvergunning/omgevingsvergunning is gebouwd, hetzij weliswaar dateert van voordien, maar er concrete aanwijzingen zijn dat is gebouwd zonder of in afwijking van een bouwvergunning.¹⁴

Uitzonderingen vergunningplicht

In de huidige regelgeving omtrent het vereiste van een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen zijn verschillende bouwwerken vrijgesteld van de vergunningplicht. Deze regels zijn te vinden in het Besluit omgevingsrecht (Bor) ter uitvoering van de Wabo.¹⁵ Deze wet en uitvoe-

7. Zie bijvoorbeeld ABRvS 31 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2610, Genneep.

8. ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1982, Zaanstad, *Gst.* 2014/88; AB 2014/451.

9. ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2751, Barneveld.

10. Art. 6.2 Algemene wet bestuursrecht.

11. Art. 1a, onderdeel 2 Wet op de economische delicten, *Stb.* 1950, K258 (WED).

12. Wet van 21 december 2006, *Stb.* 2007, 27.

13. ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1668, Montfoort.

14. De toenmalige 'bouwvergunning' is bij de in voering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) in 2010, vervangen door de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen (art. 2.1 Wabo).

15. Wet van 6 november 2009, *Stb.* 2008, 496.

ringsvoorschriften zijn op 1 oktober 2010 in werking getreden. Voordien, dus mede vanaf de bovengenoemde peildatum van 1 april 2007, golden krachtens de toenmalige Woningwet eveneens uitzonderingen op de vergunningplicht.

In bestemmingsregels en in regels omtrent de omgevingsvergunningplicht wordt onderscheid gemaakt tussen bouwwerken en gebouwen.¹⁶ Aan bouwwerken geen gebouw zijnde, zoals erfafscheidingen, zijn doorgaans bij bestemmingsplan eisen gesteld met betrekking tot de hoogte ervan.

Omdat de voorschriften omtrent vergunningvrij bouwen in de loop der tijd zijn veranderd, is het niet altijd eenvoudig om zonder meer vast te stellen of en in hoeverre een bouwwerk (geheel) legaal is. Daarover rijzen, vooral met betrekking tot de zogenoemde bijbehorende bouwwerken, voordien bijgebouwen genoemd, blijkens de handhavingsjurisprudentie, in de praktijk nogal eens vragen.¹⁷

In dit verband is van belang dat informatie over verleende vergunningen kan worden ontleend aan de wettelijk voorgeschreven gemeentelijke basisregistratie adressen en gebouwen (BAG).¹⁸ Ook kan met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) bij de gemeente informatie worden opgevraagd met betrekking tot omgevingsvergunningen betreffende een concrete locatie en over de eventuele handhaving daarvan.¹⁹ In geval van twijfel verdient dit zeker aanbeveling.

Gedoogsituatie

Op de handhavingsplicht geldt als uitzondering ook als de overtreding van de vergunningplicht expliciet wordt gedoogd dan wel tegenover een belanghebbende anderszins het vertrouwen is gewekt dat van handhavend optreden zal worden afgezien, bijvoorbeeld omdat een concreet zicht op legalisatie bestaat.

Uit de jurisprudentie blijkt dat tegen een evidente overtreding van het verbod tot het zonder vergunning in stand laten van een bouwwerk niet handhavend hoeft te worden opgetreden als dit niet strookt met ondubbelzinnige toezeggingen van het college van burgemeester en wethouders dat deze bebouwing zal worden gedoogd, bij voorbeeld omdat de overtreding kan worden gelegaliseerd.²⁰ Een dergelijk concreet zicht op legalisatie kan bestaan uit hetzij een ter inzage gelegd ontwerp bestemmingsplan hetzij een voornemen om (alsnog) een omgevingsvergunning te verlenen. Niet voldoende is het enkele voornemen om (te zijner tijd) een ontwerp bestemmingsplan ter inzage te leggen.²¹ Ook op het bestaan van slechts een voorontwerp van een bestemmingsplan kan geen beroep worden gedaan.²² Voor legalisatie via een omge-

vingsvergunning moet in ieder geval een aanvraag zijn gedaan.²³ Voorts zal het college de bereidheid moeten hebben uitgesproken om de vergunning te verlenen, tenzij op voorhand duidelijk is dat het besluit om te legaliseren onhoudbaar is.²⁴ Als het college niet wil legaliseren, is dat meestal al voldoende om geen concreet zicht aan te nemen, tenzij op voorhand duidelijk is dat het besluit om niet te legaliseren onhoudbaar is.²⁵

Een beroep op het vertrouwensbeginsel (dat niet handhavend zal worden opgetreden) in het kader van een voornemen tot handhaving slaagt voortaan alleen als wordt voldaan aan een zogenaamd stappenplan dat is ontwikkeld op basis van een onlangs door staatsraad advocaat-generaal mr. P.J. Wattel genomen conclusie, als bedoeld in art. 8:12a Awb.²⁶ In recente jurisprudentie is dit stappenplan toegepast op aanspraken op het vertrouwensbeginsel.²⁷ De eerste stap is de juridische kwalificatie van de uitlating en/of gedraging waarop de betrokkene zich beroept. Deze uitlating en/of gedraging moet kunnen worden gekwalificeerd als een toezegging. De tweede stap betreft de vraag of die toezegging aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend. En ten slotte zal als derde stap de vraag moeten worden beantwoord wat de betekenis van het gewekte vertrouwen is bij de uitoe-

16. Onder het (genus)begrip 'bouwwerk' valt: iedere constructie van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, bedoeld om ter plaatse te functioneren, met inbegrip van de daarvan deel uitmakende bouwwerkgebonden installaties (Begrippenlijst Omgevingswet, *Stb.* 2016, 156). Onder een 'gebouw' wordt verstaan: een bouwwerk dat een voor mensen toegankelijke overdekte geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte vormt (Art. 1 Woningwet, *Stb.* 1991, 439).

17. Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3186, Apeldoorn, waarbij een hoger beroep tegen deinvoering van dwangsommen tegen de instandlating van illegale bouwwerken ongegrond werd verklaard.

18. Wet basisregistratie adressen en gebouwen van 24 januari 2008, *Stb.* 2008, 39. Het Kadaster is belast met het beheer van de BAG.

19. Zie over de niet-tijdige verstrekking van deze informatie ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:642, Culemborg.

20. ABRvS 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1823, Noordwijk, *BR* 2018/64.

21. ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1911, Laren.

22. ABRvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1642, Aalburg.

23. ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2735, Amersfoort

24. ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:594, Veere

25. ABRvS 10 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1795, Krimpenerwaard

26. Conclusie 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896, uitspraak 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, Amsterdam, *NJB* 2019/1381, AB 2019/302.

27. ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2753, Barneveld.

fening van de betreffende bevoegdheid. Hiervoor is een nadere belangenafweging nodig, die niet in alle gevallen hoeft te leiden tot een uitzondering op de beginselplicht tot handhaving.²⁸

Professionalisering en institutionalisering handhaving

Zowel de uitvoering van de vergunningverlening als het toezicht en de handhaving op het gebied van het omgevingsrecht, de zogenoemde VTH-taken, zijn geprofessionaliseerd en geïnstitutionaliseerd als gevolg van de in 2016 in werking getreden wet tot wijziging van de Wabo ter verbetering van de vergunningverlening, toezicht en handhaving.²⁹ Aanleiding was het rapport van de commissie Mans in 2008, waarin werd geconcludeerd dat (milieu)toezicht en handhaving in de praktijk niet altijd goed georganiseerd was en dat sprake was van fragmentatie en kwaliteitstekort. Wettelijk voorgeschreven is nu dat een handhavingsbeleid wordt vastgesteld, met handhavingsdoelstellingen, een prioritering en een jaarlijks uitvoeringsprogramma.³⁰ Voorts zijn regionale omgevingsdiensten ingesteld.³¹ Het is vooral deze professionalisering en institutionalisering van de handhaving van het omgevingsbeleid die de kans op opsporing en op handhavingsacties in de vorm van het opleggen van een last onder dwangsom, hebben doen toenemen. De regionale uitvoeringsdiensten (RUD's) beschikken bovendien over steeds geavanceerder materiaal, zoals via luchtcartografie en GPS-fotografie verkregen informatie over ontwikkelingen van bebouwing op het gemeentelijk grondgebied.

De onmiskenbaar toegenomen maatschappelijke intolerantie, het beschikken over een rechtshulpverzekering en meer publiciteit over handhavingsacties (wellicht mede ingegeven door het management van handhavingsdiensten), zijn mede oorzaken van een strikter wordend handhavingsbeleid.

Zorgplicht notaris

Het bovenbeschreven risico op handhavend optreden van de overheid tegen zonder of in afwijking van een bouw- of omgevingsvergunning gebouwde of verbouwde bouwwerken, kan voor de notaris aanleiding zijn om in het kader van de voorbereiding en het verlijden van een notariële transportakte van registergoed partijen te wijzen op deze risico's.

Deze zorgplicht strekt zich immers uit tot al hetgeen nodig is voor intreden van rechtsgevolgen die partijen met de in de akte opgenomen rechtshandeling beogen.³² Uit de beroeps- en gedragsregels vloeit voort dat gegevens die voor de rechtstoestand van belang zijn, in de akte moeten worden opgenomen.³³ Uit de jurisprudentie over de zorgplicht van de notaris blijkt

dat moet worden onderzocht of uit een publiekrechtelijke bestemming een bijzondere last of beperking in de zin van art. 7:15 BW voortvloeit.³⁴ Van een 'bijzondere' publiekrechtelijke last of beperking is sprake als deze haar grondslag vindt in een specifiek (mede) tot (een rechtsvoorganger van) de rechthebbende van de desbetreffende zaak gericht besluit. Een bestemmingsregeling en de daaraan verbonden vergunningplicht moeten worden aangemerkt als in het bijzonder op de onroerende zaak gericht.³⁵

De aan het instandlatingsverbod eventueel verbonden aansprakelijkheidsconsequenties zouden voor de koper een rechtvaardiging kunnen zijn voor het bedingen van specifieke (vrijwarings)clausules.

De conclusie van het vorenstaande is dat een redelijke uitleg van de zorgplicht van de notaris als bedoeld in artikel 17 Wna en artikel 11 Beroeps- en gedragsregels, met zich mee kan brengen dat onder omstandigheden onderzoek wordt gedaan naar de publiekrechtelijke status van een onroerende zaak. Bij een vermoeden van eventuele strijdigheid met het publiekrechtelijke instandlatingsverbod van illegale bebouwing zou een – eventueel door een deskundige derde – uit te voeren onderzoek kunnen worden bedongen bij de aanvaarding van een onvoorwaardelijke opdracht voor een notarieel transport van een onroerende zaak.

Dr. J.W. van Zundert*

28. Zie over de toepassing van de tot deze derde stap behorende belangenafweging en eventueel vergoeding van dispositieschade, de overwegingen van de A-G onder de kantnummers 3.21 en volgende.

29. Wet VTH, *Stb.* 2015, 521.

30. Art. 7.2 Besluit omgevingsrecht (Bor).

31. Art. 7.4 Bor

32. HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0095, *NJ* 1991, 473.

33. Art. 11, lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011, *Stcrt.* 2011, 17776.

34. Gerechtshof Leeuwarden 26 april 2016, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ3533. De (toegewezen) klacht betrof het achterwege laten in de akte van de gelding van een agrarische bestemming, die meebrengt dat bewoning slechts is toegestaan indien op het perceel een agrarisch bedrijf wordt uitgeoefend. Onder andere in HR 27 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN9072, *NJ* 2004/635 (Bos/Smeenck) werd bevestigd dat de verkoper op grond van art. 7:15 BW is gehouden de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen die de verkochte zaak in het bijzonder betreffen, en dat daaronder publiekrechtelijke beperkingen, in casu ruilverkavelingslasten, zijn begrepen.

35. Zoals valt te ontlezen aan HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, randnummer 3.6.3, *NJ* 2016/76 (Portsight),

* Oud universitair hoofddocent omgevingsrecht en voormalig adviseur bij Kienhuis Hoving Advocaten en Notarissen te Enschede.