

Vergunningvrij bouwen anno 2011
*Vergunningvrij bouwen bezien in het licht van het
rechtszekerheidsbeginsel*

Afstudeerscriptie van:

*Bram Jeurissen
0502375*

Aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen.

Afgesloten in november 2011.

Scriptiebegeleider:

Mr. S. Hillegers

Inhoudsopgave

Titelpagina / 1

Inhoudsopgave / 2

H. 1 Inleiding / 4

H. 1.1 Aanleiding / 4

H. 1.2 Probleemstellingen / 5

H. 2. Ontwikkeling vergunningvrij bouwen en doelstellingen / 7

H. 2.1 Algemeen / 7

H. 2.2 Woningwet 1962 / 7

H. 2.3 Woningwet 1992 / 8

H. 2.4 Woningwet 2003 / 9

H. 2.5 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht / 11

H. 3 Wettelijk kader (vergunningvrij) bouwen / 13

H. 3.1 Algemeen / 13

H. 3.2 Bepalen vergunningplicht / 13

H. 3.2.1 Woningwet 2003 / 13

H. 3.2.2 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht / 15

H. 3.3 Inhoudelijk toetsingskader / 17

H. 3.3.1 Preventief toetsingskader / 17

H. 3.3.2 Repressief toetsingskader vergunningvrij bouwen / 19

H. 3.3.3 Bouwbesluit 2003 en bouwverordening / 19

H. 3.3.4 Welstand / 20

H. 3.4 Privaatrechtelijke aspecten / 21

H. 3.5 Beginselplicht tot handhaving / 21

H. 4 Algemeen bestuursrechtelijke aspecten / 22

H. 4.1 Algemeen / 22

H. 4.2 Het rechtszekerheidsbeginsel / 22

H. 4.3 Deregulering, detaillering en de invloed hiervan op de rechtszekerheid / 23

H. 4.4 Meer nadruk op repressieve toetsing in het licht van de rechtszekerheid / 27

H. 4.4.1 Kenmerken vergunningplicht in verband met de rechtszekerheid ten aanzien van de algemene regels / 27

H. 4.4.2 Bepalen vergunningplicht in verband met de rechtszekerheid / 29

H. 4.4.3 Alternatieven ter bevordering van de rechtszekerheid met enkele knelpunten / 30

H. 4.4.3.1 Meldingplicht / 30

H. 4.4.3.2 Informatie uitgegeven door de overheid / 31

H. 4.4.4 Complicaties bij repressieve handhaving / 32

H. 4.4.4.1 Algemeen / 32

H. 4.4.4.2 Bagatellen / 32

| | |
|-------------------|--|
| H. 4.4.4.3 | Het vertrouwensbeginsel / 34 |
| H. 4.4.5 | Bestuurlijke rechtsoordelen / 35 |
| H. 5. | Duidelijkheid bijlage II Bor / 38 |
| H. 5.1 | Algemeen / 38 |
| H. 5.2 | Gewoon onderhoud / 38 |
| H. 5.3 | Bijbehorend bouwwerk / 39 |
| H. 5.3.1 | Definitie bijbehorend bouwwerk / 40 |
| H. 5.3.2 | Achtererfgebied / 42 |
| H. 5.3.3 | Openbaar toegankelijk gebied / 45 |
| H. 5.3.4 | Functioneel ondergeschikt / 46 |
| H. 5.3.5 | De relatie met planologische regelgeving en welstandscriteria / 47 |
| H. 5.4 | Veranderingen van bestaande bouwwerken / 48 |
| H. 5.5 | Tuinmeubilair / 50 |
| H. 6 | Conclusie / 51 |
| | Literatuuroverzicht / 56 |
| | Jurisprudentieregister / 57 |

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Op 1 oktober 2010 trad de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) met de bijbehorende uitvoeringsregelingen, het Besluit omgevingsrecht (Bor) en de Ministeriële regeling omgevingsrecht (Mor) in werking. De Wabo integreert ongeveer 25 publiekrechtelijke toestemmingen op het terrein van het omgevingsrecht die betrekking hebben op plaatsgebonden activiteiten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving tot één omgevingsvergunning. Vóór de inwerkingtreding van de Wabo moesten voor het verkrijgen van toestemming van een project, indien dat bestond uit meerdere activiteiten zoals bouwen, slopen, oprichten of gebruiken, meerdere aanvragen worden gedaan die vervolgens via een eigen procedure werden afgehandeld.¹ De invoering van de Wabo heeft, kort gezegd, het gevolg dat men voor de uitvoering van een project dikwijls kan volstaan met één aanvraag, die steeds bij één loket kan worden ingediend en één voorbereidingsprocedure doorloopt bij één bevoegd gezag. Die aanvraag leidt vervolgens tot één integraal besluit² met één rechtsbeschermingsprocedure en met één handhavend bestuursorgaan. Dit alles geschiedt onder meer met het oog op deregulering en vermindering van administratieve lasten, in dit geval vooral ten voordele van burgers³ en bedrijven.⁴

Eén van de publiekrechtelijke toestemmingen die in de Wabo is geïntegreerd, betreft de bouwvergunning. Nu de bouwvergunning krachtens de Woningwet is opgegaan in de omgevingsvergunning is voortaan ook binnen het systeem van de Wabo geregeld wanneer voor de activiteit 'bouwen' geen vergunning is vereist, namelijk in bijlage II van het Bor. Voorheen geschiedde deze aanwijzing (voornamelijk) in het Besluit bouwvergunningvrije en licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken (Bblb).

De regelgeving uit het Bblb is echter niet één op één overgenomen in bijlage II van het Bor. De invoering van de Wabo met de bijbehorende uitvoeringsregelingen is namelijk aangegrepen om meteen een andere ontwikkeling in het kader van deregulering en vermindering van administratieve lasten mee te nemen. De categorie vergunningvrije bouwwerken is verder verruimd. Andere wijzigingen ten opzichte van het Bblb houden verband met de wens om de praktische toepasbaarheid van de regeling voor het vergunningvrij bouwen verder te verbeteren en knelpunten in de uitvoering daarvan weg te nemen. Verder is de systematiek onder de Wabo gewijzigd.⁵ De actuele veranderingen omtrent het vergunningvrij bouwen in het omgevingsrecht geven mij de gelegenheid om enkele aspecten hiervan onder de loep te nemen.

¹ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 2-3.

² Namelijk de 'omgevingsvergunning'.

³ Indien ik in deze scriptie spreek over 'burgers', doel ik daarmee tevens op 'bedrijven'.

⁴ R.J.J. Aerts e.a., *Inwerkingtreding Wabo. Eerste hulp bij overgangsrecht*, *Gst.* 2010/56.

⁵ Zie: NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 119-120.

1.2 Probleemstellingen

Deze scriptie bevat twee probleemstellingen. Het eerste onderzoek richt zich op de vraag welke algemeen bestuursrechtelijke nadelen en knelpunten verbonden zijn aan het stelsel van vergunningvrij bouwen. De tweede onderzoeksvraag die ik wil beantwoorden luidt of bijlage II van het Bor een duidelijke regeling is. Met andere woorden: is het duidelijk of een uitzondering op de vergunningplicht geldt? Daarbij concentreer ik me overigens hoofdzakelijk op het gezichtspunt vanuit de bouwer en niet op die van derdebelanghebbenden of de overheid.

Om beide vraagstellingen te kunnen beoordelen, zal ik in hoofdstuk 2 allereerst de historische kernontwikkeling van het vergunningvrij bouwen beschrijven met de daarbij behorende overheidsdoelstellingen. Dit is mede van belang omdat de conclusies kunnen afdoen aan de door de overheid beoogde voordelen. In hoofdstuk 3 zal ik vervolgens kort de wetgeving(ssystematiek) omtrent de activiteit (vergunningvrij) bouwen onder respectievelijk de Woningwet 2003 (voor zover relevant) en de Wabo beschrijven. Op deze plaats moet ik vanwege het belang daarvan reeds melden dat hierin onder meer naar voren zal komen, dat vergunningvrij bouwen niet betekent dat niet aan regelgeving voldaan hoeft te worden. Indien sprake is van vergunningvrij bouwen, moet een bouwer toch voldoen aan bijvoorbeeld welstandscriteria en regels in het Bouwbesluit 2003.⁶

In hoofdstuk 4 zal de eerstgenoemde probleemstelling aan bod komen. Het betreft zoals gezegd de vraag welke algemeen bestuursrechtelijke nadelen en knelpunten verbonden zijn aan het stelsel van vergunningvrij bouwen. Door de verruiming van het aantal vergunningvrije bouwwerken op 1 oktober 2010 zijn deze knelpunten en nadelen nog relevanter. De bevindingen van dit onderzoek kunnen afdoen aan de door de overheid beoogde voordelen. Gezien de beperkte opzet van de scriptie kan ik niet alle aspecten uitputtend behandelen. Ik zal me daarom richten op het formele rechtszekerheidsbeginsel en punten die daarmee verband houden. Om de vraag te beantwoorden beschrijf ik allereerst wat ik in dit onderzoek onder het rechtszekerheidsbeginsel versta. Daarna geef ik aan hoe deregulering tot detaillering van regelgeving kan leiden, met de invloed die dit kan hebben op de rechtszekerheid.

Vervolgens onderzoek ik welke (nadelige) invloed het stelsel van vergunningvrij bouwen heeft op de rechtszekerheid, nu de nadruk daarmee meer op repressieve toetsing ligt. In dat verband zullen ook enkele alternatieven aan bod komen die de mogelijke nadelige gevolgen van het vergunningvrij bouwen op de rechtszekerheid kunnen verzachten. Daarbij zullen kort ook enkele knelpunten ten aanzien van het gebruik van die alternatieven benoemd worden. Ook geef ik enkele complicaties aan indien daadwerkelijk tot handhaving achteraf wordt overgegaan. Ik richt me daarbij vooral op zogenaamde 'bagatellen' en het vertrouwensbeginsel. Tot slot komen 'bestuurlijke rechtsoordelen' aan de orde.

In hoofdstuk 5 zal de tweede probleemstelling aan bod komen. Het gaat dus om de vraag of bijlage II van het Bor een duidelijke regeling is. Is het duidelijk of een uitzondering op de vergunningplicht geldt? Gezien de beperkte opzet die de scriptie biedt, is het niet mogelijk een uitputtend onderzoek te verrichten. Wel zal ik tot een veronderstelling komen. Dit door middel van het achtereenvolgens beschrijven en benoemen van mogelijke vage normen en

⁶ In het vervolg van de scriptie zal ik die regelgeving gemakshalve vaak aanduiden als 'algemene regels'.

kwalificatieproblemen in de tekst van bijlage II van het Bor. Waar zitten de knelpunten? Tevens beoordeel ik op onderdelen de duidelijkheid met betrekking tot relaties die in de tekst van bijlage II van het Bor gelegd worden met andere regelgeving. Ook hier kunnen de bevindingen afdoen aan de door de overheid beoogde voordelen omtrent vergunningvrij bouwen. Zijdelijks zal ik ook een vergelijking met het Bblb maken. Dit hoofdstuk zal, zoals we gaan zien, voortborduren op onderdelen uit hoofdstuk 4.

Tot slot zal ik met conclusies met betrekking tot de twee probleemstellingen komen. Hierin zal ik ook een verband tussen de twee probleemstellingen benoemen.

2. Ontwikkeling vergunningvrij bouwen en doelstellingen

2.1 Algemeen

In dit hoofdstuk zal ik de historische kernontwikkelingen van het vergunningvrij bouwen beschrijven. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis bij de relevante regelgeving zullen de doelstellingen die de overheid met deze ontwikkelingen had beoogd aan bod komen. Deze doelstellingen zijn mede interessant omdat de conclusies in dit onderzoek (gedeeltelijk) kunnen afdoen aan de door de overheid beoogde voordelen. Verder bekijk ik of de overheid de behaalde resultaten steeds bevredigend achtte. Het moge duidelijk zijn dat de vraag of de resultaten voor de overheid bevredigend waren en de vraag welke doelstellingen de overheid zich vervolgens gesteld had, met elkaar verbonden kunnen zijn. Bij een ontwikkeling bouwt men immers voort op eerdere ervaringen. Gezegd moet nog worden dat ik me bij de paragrafen 2.4 en 2.5 minder op het wettelijke kader zal toespitsen, aangezien dit in hoofdstuk 3 terugkomt.

2.2 Woningwet 1962

Een expliciete uitzondering op de reeds bestaande bouwvergunningplicht uit de allereerste Ww 1901 (Stb. 1901, 158) zag eerst bij de herziening van die wet het daglicht. Deze herziening leidde tot de Ww 1962 (Stb. 1962, 287), die op 1 augustus 1965 in werking trad. Op grond van artikel 47 lid 1 Ww 1962 (oud) was het verboden te bouwen zonder of in afwijking van een schriftelijke vergunning van burgemeester en wethouders. In het tweede lid van dat artikel werd de uitzondering hierop opgenomen. Een bouwvergunning was niet vereist 'voor het bouwen ingevolge een aanschrijving van burgemeester en wethouders, voor werkzaamheden behorende tot het gewone onderhoud en, overeenkomstig hetgeen daaromtrent in de bouwverordening nader is bepaald, voor: *a.* veranderingen of vernieuwingen van ondergeschikte betekenis; *b.* het bouwen van bouwwerken, die geen gebouwen zijn, van geringe afmetingen'.

De Memorie van Toelichting (MvT) meldde dat de Ww 1901 al beoogde uit te drukken dat niet elke kleine verandering of vernieuwing van gebouwen⁷ tot een bouwvergunningplicht moest leiden. Nu dat echter niet duidelijk uit die bewoordingen bleek, werd de uitzondering thans wel uitdrukkelijk geformuleerd.⁸ Verder meldde de MvT dat opnemng van die uitdrukkelijke uitzondering die reeds vrijwel in alle bouwverordeningen voorkwam wenselijk was, aangezien de vraag kon rijzen of het toelaatbaar was in de bouwverordening dergelijke uitzonderingen te maken, als de wet (in formele zin) deze uitzondering niet kende'.⁹ Hieruit kan men overigens afleiden dat reeds voor de opname van een uitdrukkelijke uitzondering op de bouwvergunningplicht in een wet in formele zin, bouwvergunningvrij bouwen in de gemeentelijke praktijk al bestond.

⁷ De Ww 1901 stelde het vereiste van bouwvergunning enkel voor gebouwen. Vele gemeentelijke bouwverordeningen hadden deze plicht echter uitgebreid tot alle bouwwerken. Deze gemeentelijke praktijk is in de Ww 1962 als zodanig overgenomen (zie: MvT, *Kamerstukken II 1955/56*, nr. 3, p. 15).

⁸ MvT, *Kamerstukken II 1955/56*, 4234, nr. 3, p. 12.

⁹ MvT, *Kamerstukken II 1955/56*, 4234, nr. 3, p. 15.

2.3 Woningwet 1991

De Ww 1991 (Stb. 1991, 439) was de opvolger van de Ww 1962. Deze wet trad op 1 oktober 1992 in werking. De herziening van de bouwregelgeving vloeide voor het eerst (expliciet) voor een belangrijk deel voort uit het streven naar vereenvoudiging en vermindering van regelgeving met daarmee gepaard gaande lastenvermindering voor burgers, bedrijven en de overheid. Dit doel paste in het algemene overheidsbeleid van deregulering, wat haar oorsprong had onder het tweede kabinet van Agt aan het begin van de tachtiger jaren.¹⁰ Met betrekking tot de bouwregelgeving was hiervoor een Stuurgroep Deregulering (Woning)bouwregelgeving ingesteld. Deze commissie kwam in 1983 met het Actieprogramma deregulering (woning)bouwregelgeving¹¹. De daarin staande beleidsaanbevelingen waren voor een belangrijk deel in het wetsontwerp Ww 1991 verwerkt.¹²

Eén van de vele beleidsaanbevelingen had betrekking op de bouwvergunningplicht. Het aantal gevallen van bouwen waarvoor dit vereiste gold, zou moeten worden beperkt. Daarbij zou de toetsing van bouwactiviteiten aan algemene regels veel beperkter moeten zijn en procedures moesten korter. Hierdoor zouden de lasten afnemen. Een ander belangrijk doel was uniformering. Nu de regelgeving omtrent de uitzonderingen op de bouwvergunningplicht in landelijke regelgeving vorm zou krijgen, zou dat de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid voor de burger dienen.¹³ Het volgende onderscheid werd gemaakt:

- bouwwerkzaamheden waarvoor het vereiste van bouwvergunning geldt;
- bouwwerkzaamheden die moeten worden gemeld, en
- bouwwerkzaamheden waarvoor noch het vereiste van bouwvergunning, noch de meldingsplicht geldt (de zogenaamde vrije bouwwerken).¹⁴

Het beginsel van de bouwvergunningplicht kreeg in artikel 40 lid 1 Ww 1991 (oud) gestalte. Op grond van artikel 42 Ww 1991 (oud) was, kort gezegd, geen bouwvergunning vereist voor het bouwen van bij AMvB aangegeven bouwwerken, mits het voornemen tot bouwen bij b en w was gemeld en zij vervolgens aan de melder te kennen hebben gegeven dat het gemelde bouwwerk een bouwwerk is als bedoeld in de AMvB. Deze meldingsplichtige bouwwerken werden aangewezen in het Besluit meldingsplichtige bouwwerken (Bmb), dat tegelijkertijd met de Ww 1991 in werking trad (Stb. 1992, 196). De hierin opgesomde bouwwerken moesten preventief volledig worden getoetst¹⁵ aan het bestemmingsplan (met vrijstellingsmogelijkheid) en aan redelijke eisen van welstand. Dit laatste was overigens in

¹⁰ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, Uitwerking van de rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar ruimtelijk bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op donderdag 12 juni 2003, Zaandam 2003, p. 3.

¹¹ Zie: *Kamerstukken II 1983/84*, 17 913, nr. 7.

¹² MvT, *Kamerstukken II 1986/87*, 20 066, nr. 3, p. 1.

¹³ MvT, *Kamerstukken II 1986/87*, 20 066, nr. 3, p. 11.

¹⁴ MvT, *Kamerstukken II 1986/87*, 20 066, nr. 3, p. 10.

¹⁵ 'Preventieve toetsing' staat tegenover 'repressieve toetsing'. Met preventieve toetsing wordt bedoeld dat het bevoegd gezag vóórdat de bouwwerkzaamheden plaatsvinden, bekijkt of aan de desbetreffende bouwregelgeving voldaan wordt (dit door middel van het meldings- en/of vergunninginstrument). Met repressieve toetsing wordt bedoeld dat de toetsing door het bevoegd gezag aan de bouwregelgeving áchteraf plaatsvindt, dus als de bouwwerkzaamheden reeds voltooid zijn.

strijd met één van de uitgangspunten in het genoemde Actieprogramma, waarin stond dat bij meldingsplichtige bouwwerken geen preventieve toetsing aan algemene regels moest plaatsvinden.¹⁶

In de Ww 1991 zelf werden de vergunningvrije bouwwerkzaamheden limitatief opgesomd (art. 42 Ww 1991 (oud)). Dat voor 'gewoon onderhoud' en voor het bouwen 'ingevolge een aanschrijving van b en w' geen vergunning nodig was, werd gehandhaafd. Nieuw in dit artikel was daarnaast de opsomming van categorieën vergunningvrije bouwwerken. Een preventieve toetsing aan algemene regels vond hierbij niet plaats.

Dit gekozen systeem bleef niet gevrijwaard van kritiek.¹⁷ Al bij de totstandkoming van de Ww 1991 stelde de Raad van State (RvS) in zijn advies dat, 'hoewel het afschaffen van de bouwvergunningplicht in een aantal gevallen past in een dereguleringsbeleid, door de invoering van een meldingsplicht met de daarmee gepaard gaande gedetailleerde regelgeving, de Woningwet ingewikkelder werd gemaakt.' Dit leek de RvS juist in strijd te zijn met de opzet van deregulering. De RvS vroeg zich tevens af of het voorgestelde systeem nog voldoende doorzichtig zou zijn voor burgers en werkbaar zou zijn voor gemeentefunctionarissen. Een en ander gold te meer nu het aannemelijk was dat in de praktijk de grenzen tussen de onderscheiden bouwwerkzaamheden in veel gevallen niet duidelijk zouden zijn.¹⁸ De regering antwoordde dat deregulering niet enkel vermindering van regels, maar ook vermindering van regeldruk betekent, wat in bepaalde gevallen slechts kan worden bereikt door het stellen van meer of verder gedetailleerdere regels. Bovendien diende de opsomming van meldingsplichtige bouwwerken in het Bmb de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.¹⁹

2.4 Woningwet 2003

Op 1 januari 2003 trad de Ww 2003 (Stb. 2001, 518) tot herziening van de Ww 1991 in werking. Deze wet bevatte de uitwerking die voortvloeide uit de evaluatie van de Ww 1991 'Herziene Woningwet en Bouwbesluit'²⁰ en uit de uitkomsten van het deelproject 'Bouwregelgeving', dat in het kader van het project 'Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit' (MDW) was uitgevoerd. Laatstgenoemd project was in het leven geroepen omdat het toenmalige kabinet wederom de algemeen politiek-bestuurlijke wens had tot een verdere vereenvoudiging en vermindering van regelgeving. De conclusies uit de evaluatie en het MDW-rapport²¹ kwamen erop neer dat het fundament van de bouwregelgeving goed was, maar dat de regelgeving nog zeker nog niet optimaal was; het kon beter. De regelgeving zou volgens de regering daarom:

- meer moeten aansluiten op maatschappelijke behoeften en wensen;
- over een breder maatschappelijk en bestuurlijk draagvlak moeten beschikken;
- in de praktijk beter hanteerbaar en handhaafbaar moeten zijn.

Met de herijking van de bouwregelgeving wilde de regering daarom onder meer vereenvoudiging en verbetering van vergunningprocedures inzake de bouwvergunning bewerkstelligen. De herijking zou ook aan de beperking van de regeldruk en de daarmee

¹⁶ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 5.

¹⁷ Zie voor een voorbeeld uit de literatuur: D.W. Bruil, Over vrije, meldingsplichtige en vergunningplichtige bouwwerken, *Tijdschrift Bouwrecht* 1992, p. 911.

¹⁸ *Kamerstukken II 1986/87*, 20 006, B, p. 8.

¹⁹ *Kamerstukken II 1986/87*, 20 006, B, p. 9.

²⁰ Zie: *Kamerstukken II 1996/97*, 25 000, XI, nr. 39.

²¹ Zie: *Kamerstukken II 1996/97*, 24 036, nr. 59.

samenhangende financiële en administratieve lasten van burgers en bedrijven en de bestuurslasten van gemeenten moeten bijdragen.²²

De categorie meldingsplichtige bouwwerken (met het Bmb) kwam weer te vervallen. Van een lastenvermindering voor de burger was geen sprake. De als eenvoudig en kort bedoelde meldingprocedure kreeg, onder meer omdat toch een preventieve toets aan algemene regels plaatsvond, het karakter van een vergunningprocedure.²³ De driedeling van bouwwerken (vrij, meldingsplichtig, vergunningplichtig) leidde dus tot een ingewikkeld toetsingssysteem. De categorie meldingsplichtige bouwwerken zelf riep ook te veel onduidelijkheden op. De driedeling van bouwwerken werd dan ook vervangen door een tweedeling in vergunningplichtig en vergunningvrij. Voor een tweedeling zou een breed maatschappelijk draagvlak bestaan. De categorie vergunningplichtige bouwwerken werd echter weer opgesplitst in licht-vergunningplichtige en regulier vergunningplichtige bouwwerken.²⁴

De regering stelde tevens dat het binnen de huidige maatschappelijke verhoudingen mogelijk en wenselijk was meer bouwwerken vergunningvrij te maken of aan een beperktere preventieve toets te onderwerpen. Het grootste deel van de bouwwerken die eerst meldingsplichtig waren, werden vergunningvrij. Van de bouwwerken die onder de Ww 1991 vergunningplichtig waren, werd een groot deel licht-vergunningplichtig. Bij de vergunningvrije bouwwerken vond geen preventieve toetsing aan algemene regels plaats. Bij de licht-vergunningplichtige bouwwerken vond een beperktere preventieve toetsing en een kortere totstandkomingsprocedure plaats ten opzichte van de regulier bouwvergunningplichtige bouwwerken. Dit alles zou bijdragen tot lastenverlichting bij de burger, het bedrijfsleven en de overheid.²⁵

Belangrijk om nog te melden, is dat 'ter bescherming van individuele belangen en rechten van burgers ('burenrecht'), alsmede van algemene maatschappelijke belangen zoals veiligheid, gezondheid en ruimtelijke kwaliteit' zowel privaat- als publiekrechtelijk een aantal wettelijke voorschriften op vergunningvrije en op licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken van toepassing bleven.²⁶ Tevens kon men uit de tekst van het Bblb zelf herleiden, dat met genoemde belangen rekening werd gehouden. Gezegd kan dus worden dat het rekening houden met deze belangen ook een uitgangspunt van de nieuwe regelgeving was.²⁷

²² MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 734, nr. 3, p. 2-4.

²³ J. Struiksma, De gewijzigde Woningwet, *Tijdschrift Bouwrecht* 2002-7, p. 559.

²⁴ *Kamerstukken II 1996/97*, 24 036, nr. 59, p. 5.

²⁵ Voor de precieze cijfers en de beoogde gevolgen voor de lasten zie: MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 734, nr. 3, p. 30-36.

²⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 24 036, nr. 59, p. 5.

²⁷ Weliswaar was voor de Ww 2003 ook met deze belangen rekening gehouden, het was de eerste keer dat de regelgever dit zo in zijn algemeenheid en zo expliciet benoemde.

2.5 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht

Zoals reeds in de inleiding naar voren is gekomen, is de invoering van de Wabo (Stb. 2008, 496) aangegrepen om tegelijkertijd de regelgeving omtrent het vergunningvrij bouwen te herzien. De wijzigingen houden als gezegd verband met de wens om de praktische toepasbaarheid van de regeling voor het vergunningvrij bouwen verder te verbeteren en knelpunten in de uitvoering daarvan weg te nemen. Daarbij is tegelijkertijd, wederom in lijn met het algemene kabinetsstreven om administratieve lasten te verminderen, waar mogelijk de categorie vergunningvrije bouwwerken verder verruimd.²⁸ Overigens is de lastenvermindering ditmaal voornamelijk van toepassing op burgers en bedrijven en niet op de overheid.

Bij dit alles is onder meer gebruik gemaakt van het Evaluatieonderzoek Bouwvergunningvrij bouwen²⁹. In dit evaluatieonderzoek was vastgesteld dat de toenmalige regeling voor vergunningvrij bouwen en de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten in de praktijk overwegend positief werden gewaardeerd. Op details echter waren een groot aantal knelpunten, onduidelijkheden en onlogische belemmeringen aan het licht gekomen. In de bevindingen werden, na een technisch-juridisch onderzoek, onder andere enkele verwarrende begrippen blootgelegd. Een andere uitkomst was dat de daling van het aantal verleende bouwvergunningen sinds de invoering van de Ww 2003 en het Bblb tegenviel en de dereguleringseffecten onvoldoende waren behaald (wat van belang was voor de administratieve lastendruk). Verder zou het al dan niet vereist zijn van een bouwvergunning op zichzelf niet van invloed zijn op het bestaan van burencollicten. Ook werd geconcludeerd dat ondanks het ontbreken van een preventieve toetsing aan de eisen van constructieve veiligheid bij bouwvergunningvrije aan- en uitbouwen, er zich geen ongelukken hadden voorgedaan.³⁰ Ten slotte werd onder meer gesteld dat het uitgangspunt in het Bblb ter bescherming van de ruimtelijke kwaliteit in het publieke domein, door aan de voorkant van gebouwen weinig in dit kader toe te staan en aan de achterkant veel, op een groot draagvlak kon rekenen.³¹

Uiteindelijke wijzigingen met het oog op de doelstellingen zijn onder meer dat verwarrend bevonden begrippen zijn geschrapt. Ook zijn de gevallen waarvoor een vergunning vereist is aanzienlijk verminderd. Zo zijn de licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken bijna allemaal vergunningvrij geworden. Verdere voorbeelden van verruiming zijn dat het nu ook toegestaan is om bij andere gebouwen dan woningen vergunningvrij te bouwen en oppervlakte- en andere criteria opgerekt zijn. Verder zijn geheel nieuwe categorieën van vergunningvrije bouwwerken zoals vlaggenmasten toegevoegd.³²

De verruiming van de categorie vergunningvrije bouwwerken betekent echter niet, dat de zogenoemde 'randvoorwaarden' ter bescherming van onder meer de ruimtelijke kwaliteit in het publieke domein en de constructieve veiligheid uit het oog zijn verloren. Evenals bij de oude regelgeving omtrent het vergunningvrij bouwen is hier rekening mee gehouden. De

²⁸ NvT Bor, *Stb. 2010*, 143, p. 119-120

²⁹ R. Mathijssen e.a., *Evaluatie Bouwvergunningvrij bouwen*, Boxtel 2007. Zie voor dit onderzoek in opdracht van het ministerie van VROM: *Kamerstukken II 2008/09*, 28 325, nr. 94.

³⁰ *Kamerstukken II 2008/09*, 28 325, nr. 94, p. 16-18.

³¹ NvT Bor, *Stb. 2010*, 143, p. 121.

³² E. Alders, Bor en Mor: de handen en voeten van de Wabo, *Tijdschrift Bouwrecht* 2009-10, p. 797.

randvoorwaarden zijn op punten zelfs aangescherpt, zodat enkele bouwactiviteiten die onder het Bblb niet vergunningplichtig waren, dat onder de Wabo wel zijn geworden.³³

Een andere belangrijke wijziging ten opzichte van het Bblb betreft de wettelijke systematiek omtrent de vraag of een vergunning vereist is. Ook is de lichte bouwvergunning komen te vervallen. Dit omdat in de Wabo reeds is voorzien in een tweetal procedurevarianten waarin een omgevingsvergunning wordt voorbereid (namelijk een reguliere en een uitgebreide procedure³⁴). Uit oogpunt van uniformering en eenduidigheid is er daarom voor gekozen niet nog een derde 'lichte' procedurevariant te laten voortbestaan voor bouwactiviteiten.³⁵ Op de nieuwe systematiek kom ik in hoofdstuk 3 terug.

³³ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 19.

³⁴ Zie art. 3.7 respectievelijk art. 3.10 Wabo.

³⁵ NvT Bor, *Stb. 2010*, 143, p. 119-120.

3. Wettelijk kader (vergunningvrij) bouwen

3.1 Algemeen

In dit hoofdstuk beschrijf ik het wettelijke kader betreffende de activiteit (vergunningvrij) bouwen. Gezien de opzet van de scriptie beperk ik me daarbij tot de relevante kernpunten. Allereerst zal ik in paragraaf 3.2 beschrijven hoe onder respectievelijk de Woningwet 2003 en de Wabo bepaald moet worden of een vergunningplicht geldt, en zo ja, welk type vergunning vereist is. Vervolgens zet ik het inhoudelijk toetsingskader uiteen. Allereerst zal ik in zijn algemeenheid aangeven aan welke algemene regels preventief wordt getoetst (bij vergunningplichtig bouwen). Daarna beschrijf ik aan welke algemene regels repressief wordt getoetst (bij omgevingsvergunningvrij bouwen). Aangezien het inhoudelijk toetsingskader met de invoering van de Wabo nauwelijks is gewijzigd, zal ik voor zover relevant de verschillen tussen de Ww (oud) en de Wabo integraal behandelen. Vervolgens ga ik kort in op de inhoud van enkele algemene regels, waarbij achtereenvolgens het Bouwbesluit 2003, de bouwverordening en de welstand aan bod komen. Hierna beschrijf ik voor de volledigheid kort de rol en de inhoud van het burendrecht. Tot slot komt nog kort de 'beginselplicht tot handhaving' aan de orde.

3.2 Bepalen vergunningplicht

3.2.1 Woningwet 2003

Voor de inwerkingtreding van de Wabo werden twee categorieën bouwwerken onderscheiden; vergunningvrije bouwwerken en bouwwerken waarvoor een bouwvergunning vereist was. Hoofregel was dat een vergunning voor bouwen nodig was. Deze vergunningplicht was opgenomen in de Woningwet 2003 (verder: Ww (oud)). Artikel 40 lid 1 onder a Ww (oud) bepaalde dat het verboden was te bouwen zonder of in afwijking van een door b en w verleende bouwvergunning. Artikel 40 lid 2 onder b Ww (oud) bepaalde, kort gezegd, dat het verboden was een bouwwerk dat is gebouwd zonder of in afwijking van een door b en w verleende bouwvergunning in stand te laten. In de Ww (oud) werden vervolgens een aantal uitzonderingen op voornoemde verboden gemaakt. De belangrijkste was, zoals we hierna nog zullen zien, ondergebracht in artikel 43 Ww (oud). In artikel 40 Ww (oud) zelf stonden in het tweede en derde lid ook twee uitzonderingen op de vergunningplicht, ten aanzien van het bouwen en in stand laten van bouwwerken die waren bedoeld voor recreatief nachtverblijf (bijvoorbeeld tenten en caravans).³⁶ Hierbij werd overigens voor de vraag of van die uitzondering sprake was, een verband met planologische regelgeving gelegd.

Voordat men echter toekwam aan de vraag of een uitzondering op de reguliere of lichte vergunningplicht van toepassing was, diende men na te gaan of überhaupt sprake was van 'bouwen' in de zin van de Ww (oud). Artikel 1 lid 1 onder a Ww (oud) definieerde bouwen als: 'het plaatsen, het geheel of gedeeltelijk oprichten, veranderen of vernieuwen en het vergroten van een bouwwerk'.³⁷ Het begrip bouwwerk werd niet in de Ww (oud)

³⁶ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 191.

³⁷ Ik ga in de scriptie niet in op 'standplaatsen'.

gedefinieerd. Wel was in de jurisprudentie een invulling aan dit begrip gegeven; een bouwwerk was elke (1) constructie (2) van enige omvang van hout, steen, metaal of ander materiaal, die op de plaats van bestemming hetzij (3) direct hetzij indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in of op de grond, (4) bedoeld om ter plaatste te functioneren.³⁸ Deze beschrijving kwam uit de Modelbouwverordening(en) van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG). Er verscheen de nodige jurisprudentie³⁹ omtrent de (niet altijd makkelijk te beantwoorden) vraag of aan de bovenstaande definitie was voldaan.⁴⁰

Nadat aldus was vastgesteld dat van een 'bouwwerk' in de zin van artikel 40 Ww jo. artikel 1 lid 1 onder a Ww (oud) sprake was, kwam men vervolgens pas toe aan de vraag of een uitzondering op de bouwvergunningplicht gold. Als gezegd waren de belangrijkste uitzonderingen te vinden in artikel 43 Ww (oud). Op grond van artikel 43 lid 1 onder a Ww (oud) was een vergunning niet vereist ingevolge een handhavingsbesluit van b en w. Krachtens artikel 43 lid 1 onder b Ww (oud) was een vergunning voorts niet nodig, indien het bouwen als de uitvoering van gewoon onderhoud kon worden beschouwd.⁴¹ De meeste uitzonderingen waren echter gebaseerd op artikel 43 lid 1 onder c Ww (oud). Hierin stond dat geen bouwvergunning benodigd was voor het bouwen, indien dit bij algemene maatregel van bestuur als bouwen van beperkte betekenis was aangemerkt. Deze AMvB betrof het reeds genoemde Besluit bouwvergunningvrije⁴² en licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken (Bblb). Vergunningvrij waren enkel de bouwactiviteiten, genoemd in de geletterde onderdelen van de artikelen 2 en 3 Bblb. Het was een limitatieve opsomming. Bij de geletterde onderdelen stonden vervolgens weer (cumulatieve) kenmerken, waaraan voldaan moest worden. Van een vergunningvrij bouwwerk was alleen dan sprake, als aan al deze kenmerken werd voldaan.⁴³

Was een bouwactiviteit niet krachtens artikel 43 lid 1 Ww (oud) uitgezonderd van de vergunningplicht, dan was een bouwvergunning vereist. Er bestonden echter twee soorten bouwvergunningen, namelijk de reguliere bouwvergunning en de lichte bouwvergunning. Feitelijk was dus sprake van drie typen bouwwerken. De bouwwerken waarvoor kon worden volstaan met een lichte bouwvergunning, werden ook door middel van het Bblb aangewezen (art. 44 lid 2 Ww jo. art. 4 e.v. Bblb).⁴⁴ Er was sprake van een systematische relatie tussen de vergunningvrije en de licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken; een gedeelte van de bouwwerken dat als vergunningvrij was aangewezen, maar niet aan (één van de) kenmerken voldeed, was licht-vergunningplichtig (artikel 4 lid 2 en artikel 5 lid 2 Bblb). Ook de opsomming van licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken was limitatief en ook hier moest (cumulatief) aan alle kenmerken worden voldaan. Was het bouwwerk strijdig met één van deze kenmerken, dan was altijd een reguliere bouwvergunning vereist.⁴⁵

³⁸ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 16.

³⁹ Zie bijvoorbeeld: ABRS 19 juli 2006, AB 2006, 305; ABRS 11 maart 1999, BR 1999, p. 789; ABRS 19 juni 2002, AB 2002, 376; ABRS 4 april 2007, BR 2007, p. 596.

⁴⁰ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 16.

⁴¹ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 194.

⁴² Met de invoering van de Wabo met het Bor is overigens de schrijfwijze van 'vergunningvrij' gewijzigd naar 'vergunningvrij'. In de scriptie hanteer ik de nieuwe schrijfwijze. Zie: NvT Bor, *Stb. 2010*, 143, p. 120.

⁴³ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 194.

⁴⁴ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 196.

⁴⁵ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 196.

Aldus kan vastgesteld worden, dat het benodigd zijn van een reguliere bouwvergunning steeds de hoofdregel was. Het vergunningvrij zijn dan wel het kunnen volstaan met een lichte bouwvergunning, vormden de uitzonderingen op die regel.

3.2.2 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht

Zoals reeds in de inleiding naar voren kwam, bestaat de 'bouwvergunning' als zodanig niet meer sinds de invoering van de Wabo. De oude bouwvergunning is geïntegreerd in de omgevingsvergunning.⁴⁶ Tegenwoordig verbiedt artikel 2.1 lid 1 onder a van de Wabo het zonder omgevingsvergunning uitvoeren van een project voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit het bouwen van een bouwwerk. Dit is weer de hoofdregel. De term 'project' heeft geen zelfstandige betekenis.⁴⁷ Het verbod om een bouwwerk of een deel daarvan in stand te laten zonder of in afwijking van een vergunning staat nu in artikel 2.3a Wabo.

De definitie van het begrip 'bouwen' staat in artikel 1.1 lid 1 Wabo en luidt als volgt: 'plaatsen, geheel of gedeeltelijk oprichten, vernieuwen, veranderen of vergroten'. Net als onder de oude Woningwet komt men pas aan de vraag of een uitzondering op de hoofdregel van een omgevingsvergunningplicht voor de activiteit bouwen geldt toe, indien is vastgesteld dat daadwerkelijk sprake is van een 'bouwwerk' in de zin van de Wabo. Evenals onder de Ww (oud), wordt de term 'bouwwerk' niet gedefinieerd. Uit de MvT bij de Wabo blijkt dat de jurisprudentie ten aanzien de Ww (oud) echter nog steeds van toepassing is.⁴⁸ Ik verwijs hiervoor dan ook naar paragraaf 3.2.1.⁴⁹

Nadat aldus is vastgesteld of sprake is van een bouwwerk in de zin van de Wabo, komt men toe aan de vraag of een uitzondering op de omgevingsvergunningplicht geldt. Voordat ik dit beschrijf, moet echter eerst de vraag worden beantwoord wat onder 'omgevingsvergunningvrij bouwen'⁵⁰ wordt verstaan. Dit begrip kan voor verwarring zorgen. Het is namelijk mogelijk dat indien een uitzondering op de vergunningplicht voor de activiteit bouwen bestaat, nog wel een omgevingsvergunning vereist is voor een andere in artikel 2.1 lid 1 Wabo of artikel 2.2 Wabo staande activiteit. Zo kan het voorkomen dat het bouwen gelijktijdig het oprichten van een inrichting behelst, als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder e Wabo. Daarnaast is het bijvoorbeeld mogelijk dat voor 'vergunningvrij bouwen' toch een omgevingsvergunning nodig is, omdat het bouwen - kort gezegd - strijdig is met de planologische regelgeving (zie artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo). Dit laatste in tegenstelling tot hetgeen wat vóór de inwerkingtreding van de Wabo het geval was.⁵¹ Op grond van artikel 3.25 Wet ruimtelijke ordening (Wro) (oud) hoefde vergunningvrije bouwwerken namelijk niet aan planologische regelgeving te worden getoetst. Dit artikel bestaat niet meer. Aan de term 'omgevingsvergunningvrij bouwen' zou ik met Nijmeijer e.a. de navolgende betekenis willen geven: geen omgevingsvergunning is vereist voor een project voor zover dat geheel of

⁴⁶ Ik zal in deze scriptie, voor zover niet van belang voor mijn onderzoek, niet uitweiden over de (integratie)systematiek omtrent de Wabo sec. Voor meer informatie daarover verwijs ik naar de desbetreffende literatuur.

⁴⁷ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 15.

⁴⁸ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 844, nr. 3, p. 92.

⁴⁹ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 16.

⁵⁰ 'Niet-omgevingsvergunningplichtig bouwen', 'vergunningvrij bouwen' en andere varianten betekenen in deze scriptie hetzelfde.

⁵¹ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 17.

gedeeltelijk bestaat uit het bouwen van een bouwwerk, *als specifiek bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo*.⁵² Daarbij merk ikzelf op, dat dan vaststaat dat daadwerkelijk aan de term 'bouwwerk' is voldaan zoals hierboven beschreven is.

Wanneer geldt nu een uitzondering op de omgevingsvergunningplicht voor de activiteit bouwen? De uitzonderingen zijn opgesomd in bijlage II van het Bor.⁵³ Bijlage II bestaat uit zes hoofdstukken en heeft acht artikelen. De hoofdstukken betreffen de navolgende: I. Algemene bepalingen, II. Categorieën van gevallen waarin voor bouwactiviteiten en planologische gebruiksactiviteiten geen omgevingsvergunning nodig is, III. Categorieën van gevallen waarin voor bouwactiviteiten geen gebruiksvergunning nodig is, IV. Categorieën van gevallen waarin voor planologische gebruiksactiviteiten een omgevingsvergunning krachtens artikel 2.12 lid 1 onder a onder 2 van de Wabo kan worden afgegeven (de zogenaamde 'planologische kruimelgevallen'), V. Bijzondere bepalingen en VI. Overgangsrecht.⁵⁴ Voor de scriptie zijn de hoofdstukken I, II, III en V van belang.

De hoofdstukken II en III bestaan beide uit één artikel, namelijk artikel 2 respectievelijk artikel 3. Die artikelen bevatten een lijst met bouwactiviteiten. Ten aanzien van de bouwactiviteiten genoemd in artikel 3 bijlage II van het Bor, is het verbod van (specifiek) artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo niet geldig (het artikel met betrekking tot het bouwen van een bouwwerk). Ten aanzien van de activiteiten genoemd zijnde in artikel 2 geldt dat verbod ook niet. Echter, op grond van dit artikel is voor die activiteiten daarnaast geen omgevingsvergunning nodig voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo. Zoals hierboven reeds is gezegd, betreft dit artikel het verbod om in strijd met planologische regelgeving te gebruiken. Hieruit kan men opmaken dat twee categorieën van vergunningvrije bouwactiviteiten als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo bestaan: activiteiten die niet meer aan de planologische regelgeving getoetst dienen te worden (artikel 2-activiteiten) en activiteiten die wel in overeenstemming moeten zijn met de planologische regelgeving (artikel 3-activiteiten). Zijn de artikel 3-activiteiten strijdig met de planologische regelgeving, dan is hiervoor een omgevingsvergunning nodig. Daarbij moet worden opgemerkt, dat de toetsing aan de planologische regelgeving niet enkel ziet op de regels met betrekking tot de functie van het bouwwerk (gebruik in enge zin). Ook dient te worden getoetst aan regels ten aanzien van bouwen (gebruik in ruime zin).⁵⁵

Evenals onder de Ww (oud), zijn onder de Wabo dan ook drie categorieën van bouwwerken te onderscheiden. De verdeling is nu echter: 1) omgevingsvergunningplichtig; 2) niet-omgevingsvergunningplichtig op grond van artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo: er dient wel aan planologische regelgeving getoetst te worden (bij gebruik strijdig met de planologische regelgeving is per slot van rekening een vergunning nodig op grond van artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo); 3) niet-omgevingsvergunningplichtig krachtens artikel 2.1 lid 1 onder a en c Wabo: een toets aan planologische regels is niet nodig.⁵⁶ Dit alles kan natuurlijk ook op die manier benaderd worden, dat indien vaststaat dat een voorgenomen bouwactiviteit wél aan de planologische regelgeving voldoet, artikel 3 en artikel 2 bijlage II Bor feitelijk op hetzelfde neerkomen. Anders gezegd, feitelijk is dan nog enkel sprake van een tweedeling ten aanzien

⁵² Zie: A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 17.

⁵³ Deze bijlage vindt haar basis in artikel 2.3 Bor jo. artikel 2.1 lid 3 Wabo.

⁵⁴ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 17-18.

⁵⁵ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 18.

⁵⁶ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 18-19.

van bouwwerken; omgevingsvergunningplichtige bouwwerken en niet-omgevingsvergunningplichtige bouwwerken. Het moge duidelijk zijn dat de (lokale) overheid gebruik makend van haar bevoegdheid om planologische regelgeving te maken, sturend kan optreden. Immers, zij bepaalt op die manier wanneer strijd optreedt met de planologische regelgeving.

Artikel 2 van bijlage II Bor heeft 21 genummerde onderdelen. In ieder onderdeel staat een categorie van vergunningvrije bouwactiviteiten. Dat voor gewoon onderhoud en ingevolge een handhavingsbesluit van b en w geen vergunningplicht geldt, is thans terug te vinden in respectievelijk onderdeel 1 en onderdeel 2 van dit artikel. Onderdeel 3 gaat over 'bijbehorend bouwwerken' in het 'achtererfgebied'. Dit onderdeel bevat ook geletterde eisen, waaraan cumulatief voldaan moet worden (met uitzondering van de eisen a en b; dat zijn alternatieve eisen). De eisen gaan onder meer over de hoogte en de oppervlakte. Enkele (geletterde) eisen bevatten vervolgens ook weer cumulatief geldende eisen. Deze zogenaamde 'subeisen' zijn voorzien van nummers. De onderdelen 4 tot en met 20 gaan over concreet benoemde bouwwerken als een dakkapel (onderdeel 4) of tuinmeubilair (onderdeel 10). Ook zij kunnen voorzien zijn van (meestal geletterde) eisen en (genummerde) subeisen. Onderdeel 21 is een restcategorie van kleine bouwwerken die niet in voorgaande onderdelen voorkomen (bouwwerkjes van maximaal 1 meter hoog en met maximaal een oppervlakte van 2 vierkante meter).⁵⁷

Artikel 3 van bijlage II Bor kent 7 genummerde onderdelen. Onderdeel 1 van dit artikel heeft wederom betrekking op het bouwen van 'bijbehorende bouwwerken' in het 'achtererfgebied'. De eisen hierin zijn veel minder stringent, dan die in artikel 2 bijlage II Bor. Enkel geldt de maximale hoogte van 5 meter. De onderdelen 2 tot en met 6 hebben betrekking op in meer of in iets mindere mate concreet omschreven bouwwerken. Onderdeel 7 gaat over kleine veranderingen aan een bouwwerk.⁵⁸ In artikel 5 bijlage II Bor tot slot, wordt de reikwijdte van de artikelen 2 en 3 Bor beperkt.⁵⁹ Deze bepaling bevat aldus de uitzonderingen op de uitzonderingen.

3.3 Inhoudelijk toetsingskader

3.3.1 Preventief toetsingskader

Indien een omgevingsvergunning is aangevraagd voor de activiteit bouwen als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo, staan in artikel 2.10 Wabo de criteria waaraan het bevoegd gezag preventief toetst. Het betreft een gesloten stelsel van weigeringsgronden. Dit betekent dat toetsing enkel mag plaatsvinden aan de in dit artikel genoemde gronden (limitatief). Daarnaast is het bevoegd gezag *verplicht* de omgevingsvergunning te weigeren, als de bouwactiviteiten strijdig zijn met één van de weigeringsgronden in dat artikel (imperatief). Dit wordt aldus ook wel aangeduid als een 'limitatief-imperatief stelsel'. Deze gronden komen grotendeels overeen met die uit artikel 44 lid 1 Ww (oud), omtrent de reguliere bouwvergunning. De aanvraag moet onder meer worden getoetst aan het

⁵⁷ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 20.

⁵⁸ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 23.

⁵⁹ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 19.

Bouwbesluit 2003, de bouwverordening, het geldende planologisch regime⁶⁰ en aan redelijke eisen van welstand.⁶¹ Bij de toetsing aan het Bouwbesluit en aan de bouwverordening geldt overigens een 'aannemelijkheidstoets'.⁶² Indien blijkt dat een bouwaanvraag niet voldoet aan het planologisch regime (art. 2.10 lid 1 onder c Wabo), dan geldt deze tevens als een aanvraag om af te mogen wijken van het planologisch regime. Het bevoegd gezag moet de aanvraag dan ook toetsen aan de gronden genoemd in artikel 2.12 Wabo. Dit vloeit voort uit artikel 2.10 lid 2 Wabo.

Een groot verschil tussen de Wabo en de Ww (oud), zoals in paragraaf 2.2.2 reeds vermeld is, betreft de relatie van de planologische regelgeving met het vergunningvrij bouwen. Op grond van 3.25 lid 1 Wro (oud) bleven de regels van een bestemmingsplan buiten toepassing voor zover deze betrekking hadden op het bouwen waarvoor krachtens artikel 43 lid 1 Ww (oud) geen bouwvergunning was vereist. De regels van een bestemmingsplan voor zover die betrekking hadden op het gebruik, bleven bij vergunningvrije bouwactiviteiten buiten toepassing indien aan de gebruiksvoorschriften (in enge zin) in het Bblb zelf werd voldaan. Een voorbeeld ter verduidelijking: in het Bblb was bepaald dat een vergunningvrije aan- en uitbouw of een bijgebouw, moest strekken ter vergroting van het woongenot (een gebruiksvoorschrift in enge zin). Werden deze bouwwerken gebruikt ter vergroting van het woongenot, dan waren de regels van het bestemmingsplan door 3.25 Wro (oud) niet van toepassing.⁶³

Onder de Wabo bestaat wel de mogelijkheid dat bij omgevingsvergunningvrije bouwactiviteiten (artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo) preventief aan planologische regelgeving getoetst moet worden (artikel 3 bijlage II Bor jo. artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo). Ik verwijs daarvoor naar paragraaf 2.2.2. Dit kan in zoverre relevant zijn, dat indien een bouwer zich er bijvoorbeeld van vergewist zou hebben dat sprake is van omgevingsvergunningvrij bouwen, hij achteraf toch geconfronteerd kan worden met een handhavingsbesluit wegens strijd met de planologische regelgeving. Onder de Ww (oud) kon daar geen sprake van zijn; had de bouwer zich er toentertijd terecht van vergewist dat een uitzondering op de vergunningplicht voor de activiteit bouwen gold, dan kon hij achteraf niet geconfronteerd worden met een handhavingsbesluit vanwege strijdigheid met het bestemmingsplan.

Volledigheidshalve dient nog te worden vermeld, dat onder de Ww (oud) het preventieve inhoudelijke toetsingskader bij de lichte bouwvergunning in zoverre verschilde van de reguliere bouwvergunning, dat het Bouwbesluit 2003 bij de lichte vergunning enkel van toepassing was voor zover de voorschriften daarin betrekking hadden op de constructieve veiligheid. De bouwverordening was slechts van toepassing voor zover de voorschriften daarin van stedenbouwkundige aard waren.⁶⁴

⁶⁰ De term 'planologisch regime' omvat meer dan enkel het bestemmingsplan. Voor meer informatie daaromtrent verwijs ik naar de desbetreffende literatuur. Zie bijvoorbeeld: P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, achtste druk, Deventer 2010.

⁶¹ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 66.

⁶² P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 204.

⁶³ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 195.

⁶⁴ Art. 43 lid 3 Ww (oud).

3.3.2 Repressief toetsingskader vergunningvrij bouwen

Indien geen vergunning voor de activiteit bouwen vereist is, wil dat niet zeggen dat een vrijbrief door de overheid gegeven wordt. Vergunningvrij betekent namelijk niet regelvrij. Zoals in hoofdstuk 2 naar voren kwam, is het doel daarachter dat algemeen maatschappelijke belangen (en individuele belangen van burens) moeten worden beschermd. Onder de Wabo wordt dat als volgt gewaarborgd: omgevingsvergunningvrije bouwactiviteiten die zijn genoemd in artikel 2 of artikel 3 van bijlage II Bor, mogen niet strijdig zijn met het Bouwbesluit 2003, een gedeelte van de bouwverordening (vergelijk artikel 8 lid 3 Ww) en mogen niet in *ernstige mate* in strijd zijn met de redelijke eisen van welstand. Dit op grond van artikel 1b lid 1 Ww ten aanzien van het Bouwbesluit 2003, artikel 7b Ww ten aanzien van de bouwverordening en artikel 12 lid 1 Ww met betrekking tot de welstand. Uiteraard kan pas nadat het bouwwerk gerealiseerd is, getoetst worden of aan deze algemene regels is voldaan (repressieve toetsing).⁶⁵ Ook op vergunningvrije bouwwerken onder de Ww (oud) waren deze algemene regels van toepassing.

3.3.3 Bouwbesluit 2003 en bouwverordening⁶⁶

Het Bouwbesluit 2003 is een zeer gedetailleerde regeling en bouwtechnisch van aard. De voorschriften uit het besluit en de bijbehorende Regeling bouwbesluit 2003 zijn te herleiden tot voorschriften uit het oogpunt van veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid en milieu. Tijdens de vervaardiging van deze voorschriften is rekening gehouden met drie aspecten: levensduur, kosten en milieu. De regels zijn expliciet minimumvoorschriften.⁶⁷ Dikwijls wordt verwezen naar zogenaamde NEN-normen, vervaardigd door de privaatrechtelijke organisatie 'Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut'.⁶⁸

De gemeenteraad moet op grond van artikel 8 lid 1 Ww een bouwverordening vaststellen. Artikel 8 Ww geeft voorts een limitatieve lijst van voorschriften die de bouwverordening voor een deel kan en voor een deel moet bevatten. Het gaat daarbij om stedenbouwkundige voorschriften (bijvoorbeeld de toegestane hoogte van bouwwerken, de rooilijnen en de ruimte tussen gebouwen), administratieve voorschriften, gebruiksvoorschriften (bijvoorbeeld over brandveilig gebruik) en uitvoeringsvoorschriften (bijvoorbeeld op welke wijze de bouwwerkzaamheden zelf dienen plaats te vinden).⁶⁹

In paragraaf 3.3.2 hebben we reeds gezien dat ondanks dat voor de activiteit bouwen geen vergunningplicht geldt, bouwers onverkort aan deze algemene regels moeten voldoen.

⁶⁵ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 19.

⁶⁶ Het Bouwbesluit en de bouwverordening zullen komen te vervallen met de inwerkingtreding van het nieuwe integrale Bouwwerkbesluit (op 1 januari 2012), waarin de regelingen van onder andere het Bouwbesluit en de bouwverordeningen zullen worden overgeheveld (zie: A.W. Klaassen, *Handboek Ruimtelijke Ordening & Bouw*, Amsterdam 2010, p. 488). Om die reden zal ik amper op de wettelijke systematiek ingaan, maar vooral kort enkele onderwerpen die in deze regelingen geregeld worden benoemen.

⁶⁷ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 205.

⁶⁸ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 206.

⁶⁹ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 207.

3.3.4 Welstand

Welstandstoezicht is 'het publiekrechtelijke instrument dat specifiek is bedoeld om het uiterlijk en de plaatsing van bouwwerken te normeren'.⁷⁰ Het gaat om architectonische normen die moeten voorkomen dat de leefomgeving wordt ontsierd. Op grond van artikel 12a lid 1 aanhef Ww stelt de gemeenteraad verplicht een welstandsnota vast. De nota bevat in ieder geval criteria die het bevoegd gezag moet toepassen bij de beoordeling 'of het uiterlijk en de plaatsing van een bouwwerk waarop de aanvraag om een omgevingsvergunning betrekking heeft, zowel op zichzelf beschouwd, als in verband met de omgeving of de te verwachten ontwikkeling daarvan, in strijd zijn met redelijke eisen van welstand' (art. 12a lid 1 onder a Ww). Dit betreft het preventieve toezicht op bouwactiviteiten zoals beschreven in paragraaf 3.3.1 (art. 2.10 lid 1 onder d Wabo).

Het repressieve toezicht heeft zijn basis in artikel 12 lid 1 Ww; het uiterlijk van een bestaand bouwwerk (dus alle bouwwerken, inclusief bouwwerken waarvoor geen vergunning vereist is) en het uiterlijk van te bouwen omgevingsvergunningvrije bouwwerken mogen in beginsel niet *in ernstige mate* in strijd zijn met redelijke eisen van welstand, beoordeeld naar de criteria bedoeld in artikel 12a lid 1 onder b Ww. Het betreft wederom criteria die genoemd zijn in de door de gemeenteraad vastgestelde welstandsnota. Daarin zijn dus ook criteria opgenomen die het bevoegd gezag toepast bij de beoordeling, of het uiterlijk van een bouwwerk *in ernstige mate* in strijd is met redelijke eisen van welstand.

Het bevoegd gezag is blijkens de wettekst verplicht de preventieve en de repressieve welstandstoets enkel aan de hand van de in de welstandsnota genoemde criteria plaats te laten vinden. Indien de gemeenteraad geen welstandsnota heeft vastgesteld, kan geen welstandstoets in de desbetreffende gemeente plaatsvinden. De criteria moeten tevens zoveel mogelijk zijn toegesneden op verschillende categorieën van bouwwerken (art. 12a lid 3 onder b Ww). De bedoeling van de wetgever was dat de gemeenteraad burgers vooraf zo concreet mogelijk duidelijk moet maken wat het criterium 'redelijke eisen van welstand' inhoudt en dat hij een zo concreet mogelijk inhoudelijk toetsingskader moet bieden, waaraan b en w en de welstandscommissie in beginsel zijn gebonden.⁷¹

Verder kan de gemeenteraad op grond van artikel 12 lid 2 Ww besluiten dat voor een (in de welstandsnota) aan te wijzen gebied (dat kan de hele gemeente betreffen) of voor één of meer aangewezen categorieën van bestaande of nieuwe bouwwerken geen redelijke eisen van welstand van toepassing zijn. Ook mogen de criteria verschillen naar gelang de plaats waar het bouwwerk is gelegen (art. 12 a lid 3 onder c Ww).⁷²

De in de welstandsnota genoemde criteria zijn juridisch te kwalificeren als beleidsregels als bedoeld in artikel 1:3 lid 4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit blijkt expliciet uit de tekst van artikel 12a lid 1 aanhef Ww. Het gevolg daarvan is dat het bevoegd gezag een inherente afwijkingsbevoegdheid heeft, als bedoeld in artikel 4:84 Awb.⁷³

⁷⁰ A.G.A. Nijmeijer, *welstandstoezicht juridisch getoetst (monografieënreeks bouwrecht; nr. 20)*, Deventer 2001, p. 2.

⁷¹ Zie: MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 734, nr. 3, p. 15.

⁷² A.W. Klaassen, *Handboek Ruimtelijke Ordening & Bouw*, Amsterdam 2010, p. 489-490.

⁷³ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdpijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p 212-213.

3.4 Privaatrechtelijke aspecten

Buiten de hierboven genoemde publiekrechtelijke algemene regels zijn tevens privaatrechtelijke regels van belang indien wordt gebouwd. Het gaat dan voornamelijk om het burenrrecht als bedoeld in Titel 4 van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Zo mag geen onrechtmatige hinder aan andere erven worden toegebracht, zoals overmatige geluidsoverlast (art. 5:37 BW jo. art. 6:162 BW). Ook mag bijvoorbeeld een venster dat binnen twee meter van een erfgrrens gebouwd is, geen uitzicht geven op het naburige erf (art. 5:50 lid 1 BW).

Deze bepalingen zijn zowel voor vergunningplichtig bouwen, als voor vergunningvrij bouwen relevant. 'Het hebben van een vergunning voor bouwen betekent (...) niet dat het gebruik maken van die vergunning nooit kan leiden tot een onrechtmatig handelen als bedoeld in het civiele recht' (zie HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 (Ludlage/Van Paradijs)).⁷⁴ Het is zelfs vaste rechtspraak dat een vergunning niet (rechtstreeks) kan worden geweigerd wegens het privaatrecht.⁷⁵ Dit alles betekent aldus, dat een bouwer zelf verantwoordelijk is voor het voldoen aan de privaatrechtelijke regels, of hij nu een vergunning voor bouwen nodig heeft of niet.

3.5 Beginselplicht tot handhaving⁷⁶

Indien in strijd met bovenstaande bouwregelgeving is gebouwd, geldt dat bestuursorganen niet verplicht zijn om tegen deze overtredingen handhavend op te treden. Het betreft een discretionaire bevoegdheid, zodat een belangenafweging moet worden verricht (zie bijvoorbeeld het woord 'bevoegdheid' in artikel 5:4 lid 1 Awb en artikel 5:21 onder b Awb). Wel bestaat de zogenoemde 'beginselplicht tot handhaving', voortkomend uit de jurisprudentie. Vanaf 2004 gebruikt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS) de navolgende standaardoverweging:⁷⁷

*'Gelet op het algemeen belang dat is gediend 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 kan van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.'*⁷⁸

Een bijzondere omstandigheid zou kunnen zijn dat sprake is van een 'bagatel'. Ook kan het vertrouwensbeginsel geschonden zijn. Op deze twee omstandigheden zal ik later in deze scriptie dieper ingaan.

⁷⁴ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdpijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p 191.

⁷⁵ Zie: A.W. Klaassen, *Handboek Ruimtelijke Ordening & Bouw*, Amsterdam 2010, p. 526.

⁷⁶ Gezien de opzet van de scriptie verwijs ik voor meer informatie over de beginselplicht naar de desbetreffende literatuur. Zie bijvoorbeeld: P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdpijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 363 e.v.

⁷⁷ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 160.

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld: ABRS 30 juni 2004, JB 2004, 293 en ABRS 18 augustus 2004, AB 2004, 424. Vanaf 2004 is de 'beginselplicht tot handhaving' overigens enigszins door de ABRS genuanceerd.

4. Algemeen bestuursrechtelijke aspecten

4.1 Algemeen

In dit hoofdstuk beschrijf ik enkele algemeen bestuursrechtelijke nadelen en knelpunten, die verbonden zijn aan het stelsel waarin vergunningvrij bouwen mogelijk is. Daarbij concentreer ik me op (punten die verband houden met) het rechtszekerheidsbeginsel. Ten eerste zet ik uiteen wat (in deze scriptie) met het rechtszekerheidsbeginsel wordt bedoeld. Ten tweede beschrijf ik aan de hand van de regelgeving voor vergunningvrij bouwen oorzaken van detaillering van regelgeving, waarna de invloed die deze detaillering op de rechtszekerheid heeft aan bod komt. Daarna onderzoek ik welke invloed het meer vergunningvrij worden van bouwen heeft op de rechtszekerheid, nu de nadruk steeds meer op repressieve toetsing komt te liggen. Tot slot komen 'bestuurlijke rechtsoordelen' aan de orde.

4.2 Het rechtszekerheidsbeginsel

Het rechtszekerheidsbeginsel is één van de beginselen van de rechtsstaat (het is bijvoorbeeld gecodificeerd in artikel 43 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden). Dit beginsel wordt in de doctrine op verschillende manieren uitgewerkt.⁷⁹ Eenvoudig gezegd, houdt het in dat burgers en bedrijven moeten kunnen weten waar zij aan toe zijn ten opzichte van de overheid. Het recht behoort een redelijke mate van zekerheid te geven over hoe de overheid zal handelen in een bepaalde situatie. De burger moet op een bepaald moment kunnen nagaan, wat de wederzijdse rechten en plichten zijn in relatie tot de overheid. Daarbij geldt dat de burger niet zozeer geïnteresseerd is in de abstracte regels. Indien een burger zich in een rechtens relevant keuzemoment bevindt, wil hij snel duidelijkheid over zijn eigen concrete rechtspositie en is dus nauwelijks geïnteresseerd in die abstracte regels.⁸⁰ Zo zal hij tijdig, indien hij wil bouwen, specifiek in zijn geval willen weten of daadwerkelijk een vergunning voor die activiteit vereist is en of het bouwplan aan de algemene regels voldoet.⁸¹

In de doctrine wordt een onderscheid gemaakt tussen het formele rechtszekerheidsbeginsel en het materiële rechtszekerheidsbeginsel. Een onderdeel van het formele rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat concrete besluiten duidelijk moeten zijn (ook wel het duidelijkheidsbeginsel genoemd). Dit geldt tevens voor algemene regelingen.⁸² Ook dan moeten burgers kunnen weten waar zij aan toe zijn en moeten algemene regelingen bij voorkeur niet voor verschillende uitleg vatbaar zijn. Regelingen dienen voorspelbaar te zijn. Tevens wordt in de literatuur een verband tussen het rechtszekerheidsbeginsel en de vindbaarheid van regelingen gelegd. Zijn er veel regelingen en zijn de regelingen zelf

⁷⁹ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 11.

⁸⁰ P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel, Een onderzoek naar de vergunningvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht*, Den Haag 2006, p. 181.

⁸¹ Zie onder meer M. Scheltema, *De rechtsstaat*, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989 p. 55 en P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel, Een onderzoek naar de vergunningvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht*, Den Haag 2006, p. 181.

⁸² Zie hierover R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, Zwolle 1988, p. 428 en I.C. van der Vlies, *Handboek wetgeving*, Zwolle 1991, p. 168.

omvangrijk, dan is onzeker of er toepasselijk recht is en wat het toepasselijk recht is, wat een negatieve invloed heeft op de rechtszekerheid.⁸³ Wel dient de kanttekening gemaakt te worden, dat algemene regelingen doorgaans niet de duidelijkheid kunnen bieden die van concrete besluiten mogen worden geëist. Het gebruik van discretionaire bevoegdheden en vage normen kan noodzakelijk zijn.⁸⁴ In de Aanwijzingen voor de regelgeving (Aanw.)⁸⁵, destijds door de minister-president vastgesteld om de (onder meer rechtsstatelijke) kwaliteit van wetgeving te bevorderen, zijn meerdere uitwerkingen ter stimulatie van het formele rechtszekerheidsbeginsel te vinden. Gestreefd wordt bijvoorbeeld naar duidelijkheid en eenvoud van regelingen (Aanw. 10). Termen die een te weinig bepaalde of een van het spraakgebruik afwijkende betekenis hebben, worden gedefinieerd. In een begripsbepaling wordt aan een term geen sterk van het normale spraakgebruik afwijkende betekenis gegeven (Aanw. 121). Verder worden woorden waarvan de betekenis te weinig bepaald of onduidelijk is niet gebruikt (Aanw. 54).⁸⁶ Ten slotte worden bijvoorbeeld verwijzingen naar andere bepalingen vermeden, indien de toegankelijkheid van de regeling onnodig wordt geschaad. Opgemerkt moet worden dat deze Aanwijzingen enkel interne bindende kracht hebben voor ministers, staatssecretarissen en hun personeel. Derden kunnen er geen rechten aan ontleen.⁸⁷

Het materiële rechtszekerheidsbeginsel houdt voornamelijk in dat het geldende recht moet worden toegepast en niet (met terugwerkende kracht) mag worden gewijzigd ten nadele van de betrokken burgers.⁸⁸ Nu dit onderzoek niet over het materiële rechtszekerheidsbeginsel gaat, zal ik hier verder niet op ingaan.

Indien ik gemakshalve over de rechtszekerheid spreek, bedoel ik daarmee het formele rechtszekerheidsbeginsel en dan voornamelijk de aspecten daarvan die hierboven naar voren zijn gekomen. Ten eerste betreft dat het feit dat een burger met een bouwplan tijdig zijn concrete rechtspositie ten opzichte van de overheid moet kunnen bepalen. Hij wil namelijk concreet weten of 1) een vergunning voor zijn bouwwerk vereist is en 2) of hij aan de algemene regels voldoet (zoals aan het Bouwbesluit 2003). Ten tweede betreft het de duidelijkheid van regelingen. Zoals we hieronder nog zullen zien is dit op te splitsen in de voorspelbaarheid en de vindbaarheid van regelingen.

4.3 Deregulering, detaillering en de invloed hiervan op de rechtszekerheid

In deze paragraaf zal ik ten eerste beschrijven hoe het mogelijk is, dat de dereguleringsontwikkeling ten aanzien van de activiteit `bouwen` (het steeds meer vergunningvrij worden van bouwactiviteiten) tot meer regels kan leiden. Als men bijlage II van het Bor of het Bblb (oud) bekijkt, kan men al constateren dat de artikelen waarbij een uitzondering op de vergunningplicht wordt gemaakt, omvangrijk zijn en gedetailleerd zijn

⁸³ Zie daarover bijvoorbeeld M. Scheltema, Deregulering, denkrichting met perspectief?, *Bestuur, maandblad voor overheidskunde* 1983/5 p. 2-5 en J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 11-13.

⁸⁴ P. de Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel 1: Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer 2001, p. 152-153.

⁸⁵ Zie: Stcrt. 2005, 87.

⁸⁶ P. de Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel 1: Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer 2001, p. 153.

⁸⁷ P. de Haan e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel 1: Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, Deventer 2001, p. 153.

⁸⁸ W. Konijnenbelt e.a., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag 2005, p. 312.

beschreven. Artikel 2 onderdeel 3 bijlage II van het Bor bevat bijvoorbeeld de alternatieve eisen a en b. Een alternatieve eis bestaat vervolgens weer uit genummerde subeisen, waaraan cumulatief voldaan moet worden. Tevens moet nog cumulatief aan de eisen c tot en met f worden voldaan. Eis c bevat zelf ook weer een uitzondering ('tenzij geen redelijke eisen van welstand gelden'). Daarbij bevat onderdeel 3 concrete meetafstanden en termen die elders worden gedefinieerd. Voorts kan nog het algemene uitzonderingsartikel, artikel 5 bijlage II van het Bor, van toepassing zijn.

Ten tweede zal ik ingaan op de invloed van detaillering op de rechtszekerheid. Bij dit alles maak ik gebruik van de uitwerking van de rede uitgesproken door J. Struiksma.⁸⁹

Zoals ook in paragraaf 2.3 kort naar voren kwam, wees de Raad van State reeds bij de totstandkoming van de Ww 1991 (oud) op het feit dat 'binnen de deregulering zich een spanning voordoet. Minder beperkende bepalingen kunnen tot ingewikkelder regelgeving leiden. Als (...) wordt voorgesteld voor een aantal categorieën het vereiste van een bouwvergunning te laten vallen, wordt meer vrije ruimte geschapen, maar de regelgeving wordt, vergeleken met het huidige stelsel, minder eenvoudig en doorzichtig.' De Raad adviseerde de regering de onvermijdelijkheid van de detaillering nogmaals te bezien.⁹⁰ De regering antwoordde dat 'deregulering niet enkel vermindering van regels, maar ook vermindering van regeldruk betekent, wat in bepaalde gevallen slechts kan worden bereikt door het stellen van meer of verder gedetailleerdere regels'.⁹¹ De regering meldde tevens dat tegen die detaillering geen bezwaren hoefde te bestaan, voor zover het nadeel daarvan opweegt tegen de voordelen (een grotere bouwvrijheid voor burgers met minder lasten). Wel moest detaillering zoveel mogelijk worden beperkt en op onvermijdelijkheid worden bezien.⁹²

Hoe is deze detaillering bij het meer vergunningvrij worden van bouwactiviteiten te verklaren? Zoals de regering opmerkte, hoeft 'deregulering' niet enkel te betekenen dat het aantal regels afneemt. De regering ziet deregulering ten aanzien van het vergunningvrij bouwen meer als een beperking van de regeldruk; de (financiële) lasten voor burgers nemen af, omdat zij minder snel een vergunning hoeven aan te vragen.

Struiksma merkt als eerste punt op dat een beperking van de lastendruk door de verruiming van de vergunningvrije bouwactiviteiten betekent (dus met het behoud van de hoofdregel van vergunningplicht voor die activiteit), dat bepaalde bouwactiviteiten die eerst wel onder de vergunningplicht vielen, nu opgesomd moeten worden ter uitzondering op de algemene hoofdregel. Dit maakt een uitbreiding van het aantal regels noodzakelijk. Anders gezegd, een extra uitzondering leidt tot een extra regel. Wil de overheid dus de lasten voor de burgers verder verminderen, dan neemt de opsomming van bepaalde vergunningvrije bouwactiviteiten toe. Dit zag men vooral terug bij de invoering van het Bblb (oud). Door de beoogde verdere lastenvermindering, werden de opsommingen hierin uitgebreider dan de lijst van uitzonderingen in artikel 43 Ww 1991 (oud).⁹³ Bij de invoering van bijlage II van het Bor ziet men dit verschijnsel in minder grote mate terug. Weliswaar zijn nieuwe typen

⁸⁹ Zie: J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, Uitwerking van de rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar ruimtelijk bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op donderdag 12 juni 2003, Zaandam 2003.

⁹⁰ Zie: *Kamerstukken II 1986/87*, 20 006, B, p. 2.

⁹¹ Zie: *Kamerstukken II 1986/87*, 20 006, B, p. 8-9.

⁹² Zie: *Kamerstukken II 1986/87*, 20 006, B, p. 9.

⁹³ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 33.

vergunningvrije bouwwerken als vlaggenmasten, bouwketen en keermuren ten opzichte van het Bblb (oud) aan het rijtje toegevoegd, aan de andere kant zijn begrippen veralgemeniseerd (het onderscheid tussen aan- en uitbouwen en bijgebouwen is bijvoorbeeld komen te vervallen). Tevens zijn begrippen ten opzichte van het Bblb (oud) opgerekt om de lasten te verminderen (zo is 'woning' nu 'hoofdgebouw' geworden, waardoor tegenwoordig ook bij bijvoorbeeld bedrijven vergunningvrij kan worden gebouwd).

Ten tweede merkt Struiksma op dat ten opzichte van het eerst besprokene punt een nóg verdere toename van het aantal regels optreedt, indien voor bepaalde vergunningvrije bouwactiviteiten gedeeltelijk nog wel inhoudelijke doelen worden nagestreefd.⁹⁴ Inhoudelijke doelen die anders met het overheidsinstrument 'de vergunning' trachten te worden gewaarborgd (zoals het waarborgen van de ruimtelijke kwaliteit door het preventieve welstandstoezicht). De uitzonderingen dienen dan genuanceerd te worden, waardoor meer regels ontstaan. Een voorbeeld daarvan betreft de welstandsaspecten. Zo hanteert de regelgever in bijlage II van het Bor de zogenoemde 'voor- en achterkantbenadering'. Uit het zicht van het straatbeeld is meer vergunningvrij dan in het zicht. Daarom is bijvoorbeeld in artikel 2 onderdeel 5 bijlage II van het Bor voor dakramen een differentiatie aangebracht tussen 'achterdakvlakken' (eis a) en 'andere dakvlakken' (eis b). Dit is gedaan om gedeeltelijk toch nog de ruimtelijke kwaliteit te waarborgen. De uitzondering voor dakkapellen is dus genuanceerd, wat tot omvangrijkere regelgeving leidde. Verder is bijvoorbeeld rekening gehouden met burenbelangen.⁹⁵ Indien de oppervlakte van een bijbehorend bouwwerk als bedoeld in artikel 2 onderdeel 3 eis b bijlage II van het Bor meer dan 10 vierkante meter bedraagt, mag die niet binnen een afstand van 1 meter van een naburig erf staan.

Deze benadering (de gedeeltelijke waarborging van inhoudelijke belangen) zag men in het verleden ook terug in het wettelijke systeem. De verbijzondering van het vergunningsstelsel door de meldingsplicht en later de lichte bouwvergunningplicht, werd gemaakt om toch enkele belangen te kunnen blijven waarborgen.⁹⁶ Tegenwoordig is in bijlage II van het Bor als gezegd een onderscheid gemaakt tussen omgevingsvergunningvrije bouwactiviteiten die niet preventief aan planologische regelgeving hoeven te worden getoetst (artikel 2) en omgevingsvergunningvrije bouwactiviteiten die wel aan planologische regelgeving moeten worden getoetst (artikel 3). Deze verbijzondering van het vergunningsstelsel is het resultaat van de motie Boelhouwer/Wiegman⁹⁷. Zij waren, onder andere tezamen met de Federatie Welstand en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, bevreesd dat de ruimtelijke kwaliteit zonder deze toetsing aan planologische regelgeving zou verslechteren. In tegenstelling tot wat de regering in eerste instantie wilde, kunnen gemeenten nu dus wel met behulp van planologische regelgeving de vergunningplicht sturen.

Hoe moet deze detaillering nu worden gezien in het licht van de rechtszekerheid? Hierboven is reeds gemeld dat bij de rechtszekerheid, voorspelbaarheid en vindbaarheid een rol spelen. De vindbaarheid betekent dat achterhaald kan worden wat het toepasselijke recht is.

⁹⁴ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 33.

⁹⁵ Bij de totstandkoming van het Bblb is zelfs middels een motie voorgesteld om een bureninformatieplicht voor de bouwer daarin op te nemen. Zie: *Kamerstukken I 2001/02*, 26 734, nr. 31.

⁹⁶ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 33-34.

⁹⁷ Zie: *Kamerstukken II 2008/09*, 31 353, nr. 20.

Bestaan er veel regelingen en zijn de regelingen zelf omvangrijk, dan is dat moeilijk(er) te achterhalen. Is het toepasselijke recht eenmaal gevonden, dan dient voorspelbaar te zijn wat de uitkomst is van dat toepasselijke recht. Struiksma noemt deze beide aspecten 'communicerende vaten'.⁹⁸ Het zijn tegengestelden van elkaar.

Bij het vergunningvrij bouwen valt dit op de volgende manier te verduidelijken. Stel dat enkel één algemeen vergunningvereiste zou bestaan voor bouwen: 'het is zonder vergunning van b en w verboden te bouwen in strijd met het algemeen belang.' De vindbaarheid is dan goed. De voorspelbaarheid is dan echter niet groot. Wanneer is iets immers in strijd met het 'algemeen belang'? Daarom zal de regelgever dit concretiseren door bepaalde bouwactiviteiten die niet in strijd met het algemeen belang worden geacht, op te sommen. De regels worden dus gedetailleerder. De voorspelbaarheid neemt toe, maar de vindbaarheid neemt af. Dit aangenomen hebbende, moet een optimum voor de rechtszekerheid bestaan. Dat is de situatie waarbij 'de gulden middenweg' wordt gekozen voor de tegengestelde aspecten vindbaarheid en voorspelbaarheid: de evenwichtssituatie.⁹⁹

Struiksma wijst echter op het feit dat te gedetailleerde regelgeving juist ook een nadelige invloed kan hebben op de voorspelbaarheid zelf. Zo kan het ten aanzien van bijlage II van het Bor en het Bblb (oud) zijn, dat de regelgever de behoefte heeft om die regelingen zo sluitend mogelijk te maken, zodat zoveel mogelijk gevallen er onder vallen. Hiervoor zijn niet alleen meer regels nodig, maar deze regels zelf moeten ook gedetailleerder zijn. Als gevolg van deze gedetailleerde benadering zijn weer veel uitzonderingen nodig. Een regeling wordt daardoor steeds ingewikkelder en haar toepassing minder voorspelbaar.¹⁰⁰ Een ander punt betreft dat de regelgever gewoonweg niet naar de voorspelbaarheid kijkt, althans niet van doorslaggevende betekenis laat zijn, maar de detaillering veeleer een ontwikkeling is op maatschappelijke (politieke) behoeften.¹⁰¹ Verder hebben we hierboven reeds gezien dat deregulering zélf tot detaillering kan leiden. Volgens Struiksma is het daarom niet ondenkbaar dat een evenwichtssituatie tussen vindbaarheid en voorspelbaarheid om deze redenen niet altijd bereikt kan worden. Het is namelijk aannemelijk dat de voorspelbaarheid van de toepassing van regels niet toeneemt, maar vanaf een bepaald punt juist afneemt bij de groei van regels.¹⁰² Voorspelbaarheid en vindbaarheid zijn dan geen tegengestelden meer die elkaar in de evenwichtssituatie kunnen vinden; ze versterken vanaf een bepaalde omvang van het aantal regels gezamenlijk de rechtsonzekerheid.

⁹⁸ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 11.

⁹⁹ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 11.

¹⁰⁰ Zie ook M. Scheltema, De rechtsstaat, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989, p. 18.

¹⁰¹ J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 12.

¹⁰² J. Struiksma, *Deregulering met behoud van ellende*, p. 33.

4.4 Meer nadruk op repressieve toetsing in het licht van de rechtszekerheid

4.4.1 Kenmerken vergunningplicht in verband met de rechtszekerheid ten aanzien van de algemene regels

Welke invloed heeft het bestaan en/of de verruiming van het vergunningvrij bouwen op de rechtszekerheid, in verband met het feit dat vergunningvrije bouwwerken toch aan algemene regels moeten voldoen? Voordat ik aan die vraag toekom, benoem ik eerst relevante kenmerken van de vergunning voor bouwen. Die kenmerken zijn namelijk relevant voor de vraag wat het steeds meer wegvallen van de vergunningplicht betekent voor de rechtszekerheid.

Ten eerste heeft de vergunning voor bouwen een aflopend karakter, ook wel aangeduid als de 'expirerende werking' van de vergunning. Dat betekent dat een vergunning voor een bepaalde bouwactiviteit is uitgewerkt, indien het bouwwerk overeenkomstig de vergunning is voltooid.¹⁰³ Als de vergunning is uitgewerkt, heeft deze geen andere functie meer dan te dienen als bewijs dat legaal is gebouwd.¹⁰⁴ Ze zorgt voor een preventieve eenmalige controle van de bouwactiviteiten. De in de Wabo geïntegreerde milieuvergunning bijvoorbeeld (art. 2.1 lid 1 onder e Wabo), zoals ik ze nu gemakshalve zal noemen, heeft een permanent karakter.¹⁰⁵ Ze reguleert en normeert permanent milieubelastende handelingen.¹⁰⁶

Ten tweede heeft de vergunning voor bouwen prevalerende werking. Als de preventieve toetsing ten aanzien van bijvoorbeeld de planologische regelgeving, de welstandseisen, het Bouwbesluit 2003 en de bouwverordening voor de bouwer positief uitvalt en de vergunning dus wordt verleend, dan kan achteraf niet handhavend worden opgetreden als toch zou blijken dat in afwijking van die algemene regels is gebouwd.¹⁰⁷ Bij *vergunningplichtige* bouwwerken hebben de voorschriften in de algemene regels geen rechtstreeks normatieve werking voor de burger. Ze ontleen hun bindende kracht aan doorwerking in de vergunning voor bouwen via de artikelen 2.1 lid 1 onder a Wabo en 2.10 Wabo.¹⁰⁸ Deze uitzondering is in de jurisprudentie ontstaan.¹⁰⁹ Ten aanzien van het Bouwbesluit 2003 en de bouwverordening heeft de wetgever echter bij de wijziging van de Ww op 1 april 2007 (Stb. 2007, 27) een nuance hierop aangebracht. Blijkens de tekst van artikel 1b lid 1 (nieuwbouw) en lid 3 (bestaande bouw) Ww en artikel 7b lid 1 (nieuwbouw) en lid 4 (bestaande bouw) Ww (zie de woorden: 'tenzij een omgevingsvergunning het uitdrukkelijk toestaat'), geldt de prevalerende werking enkel indien de vergunninghouder in rechte kan aantonen dat hem voor de afwijking van het Bouwbesluit 2003 en/of de bouwverordening door b en w vergunning is verleend.¹¹⁰ Het reikt te ver om op deze plaats verder op deze nuance in te gaan.¹¹¹ Wel merk ik op dat het vanuit dit oogpunt aanbeveling verdient, dat een bouwer bij

¹⁰³ Zie: ABRS 31 augustus 1995, JG 96.0078.

¹⁰⁴ A.W. Klaassen, *Handboek Ruimtelijke Ordening & Bouw*, Amsterdam 2010, p. 520.

¹⁰⁵ Vergelijk de woorden 'het in werking hebben' in artikel 2.1 lid 1 onder e Wabo.

¹⁰⁶ P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel*, p. 17.

¹⁰⁷ A.W. Klaassen, *Handboek Ruimtelijke Ordening & Bouw*, Amsterdam 2010, p. 520.

¹⁰⁸ Zie B. Rademaker in de noot bij ABRS 4 december 2002, *BR* 2003, p. 408.

¹⁰⁹ Zie: ABRS 11 januari 2001, *BR* 2001, p. 507; *Gst.* 2001, 7144, 5 en ABRS 4 december 2002, *BR* 2003, p. 408.

¹¹⁰ A.G.A. Nijmeijer, *Vergunnen en handhaven met de gewijzigde Woningwet*, *BR* 2006/171, p. 787.

¹¹¹ Ik verwijs voor verdere informatie en kritiek naar: A.G.A. Nijmeijer, *Vergunnen en handhaven met de gewijzigde Woningwet*, *BR* 2006/171, p. 785 e.v. Eerst wilde de regering de prevalerende werking zelfs geheel afschaffen. De Tweede Kamer schoot dit af, vanwege strijd met de rechtszekerheid en de aard van een vergunning. Zie daarvoor tevens het in deze voetnoot genoemde artikel.

de aanvraag zo gedetailleerd en volledig mogelijk is. Dan zal hij zich sneller op de vergunning kunnen beroepen.¹¹² Deze nuance dient in het vervolg van mijn betoog in het achterhoofd gehouden te worden.

Ten slotte heeft de vergunning een gebonden karakter, zoals hierboven reeds uiteengezet is (het limitatief-imperatief stelsel). Het gevolg daarvan is dat een nadere normstelling in de beschikking (door middel van vergunningvoorschriften) voor de activiteit bouwen niet of nauwelijks plaatsvindt. Houweling meldt dan ook dat deze vergunning voornamelijk een processuele functie heeft. Dit is bijvoorbeeld anders bij het oprichten van een inrichting (art. 2.1 lid 1 onder e Wabo).¹¹³ De vergunning heeft dan wel tevens het doel om per geval een nadere normstelling te bewerkstelligen. Het argument bij de geïntegreerde milieuvergunning in de Wabo, dat algemene regels vergeleken met de vergunning de rechtszekerheid bevorderen, omdat burgers en bedrijven tevoren uit de algemene regels kunnen halen waar zij aan toe zijn, gaat bij de vergunning voor de activiteit bouwen dan ook niet of nauwelijks op. Daar zijn zij dus namelijk pas na de normerende vergunning op de hoogte van hun *concrete* rechtspositie. Er zijn geen algemene (abstracte) regels waaruit burgers hun concrete rechtspositie zelf al zouden kunnen bepalen. Bij de vergunningplichtige bouwactiviteiten, heeft een bouwer tevoren wel de mogelijkheid, althans in relatief veel grotere mate, om zijn rechtspositie te bepalen aan de hand van de abstracte algemene regels.¹¹⁴

Mede uit het bovenstaande kunnen enkele relevante functies van de vergunning voor bouwen benoemd worden. Ten eerste betreft het de controlefunctie. Daarmee bedoel ik dat het bevoegd gezag kan bepalen of *daadwerkelijk* aan de vooraf vaststaande normen (de algemene regels) voldaan is. Ten tweede biedt de vergunningplicht een formeel verankerd overlegmoment tussen burger en overheid. Het bevoegd gezag kan bij een ingediende vergunning tevoren namelijk uitleggen welke handelingen een bouwer moet verrichten, wil het (wél) aan de algemene regels voldoen. Voor de vraag of daadwerkelijk een vergunningplicht bestaat, gelden deze functies van de vergunningplicht logischerwijs niet. Immers, vergunningvrije bouwwerken zijn geen vergunningplichtige bouwwerken, waardoor de functies van een vergunning voor bouwen daarop niet van toepassing kunnen zijn.¹¹⁵ Wat anders is het, indien blijkt dat een bouwactiviteit vergunningvrij blijkt te zijn nadat (onterecht) een aanvraag is ingediend. Men komt hier echter op het terrein van de bestuurlijke rechtsoordelen, waarover hieronder meer.

Dit alles in ogenschouw nemende; wat betekent het meer vergunningvrij worden van bouwactiviteiten nu voor de rechtszekerheid? Oftewel, welke invloed heeft dit op de

¹¹² A.W. Klaassen, *Handboek Ruimtelijke Ordening & Bouw*, Amsterdam 2010, p. 495.

¹¹³ Zie bijvoorbeeld artikel 2.14 lid 1 onder a en b aanhef Wabo, waarbij uit de tekst blijkt dat het bevoegd gezag hierbij beoordelingsruimte heeft. Vergelijk ook Hoofdstuk 5 van het Bor, waaruit dit blijkt ten aanzien van de vergunningvoorschriften.

¹¹⁴ P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel*, p. 16-17.

¹¹⁵ Weliswaar dient, zoals we nog zullen zien, het bevoegd gezag in een vergunningprocedure als voorvraag te controleren of daadwerkelijk een vergunning is vereist, het is mijns inziens moeilijk vol te houden dat die controle als een echte functie van de vergunningplicht gekwalificeerd kan worden. Immers, de navolgende situatie is wel erg paradoxaal: elke burger met een bouwplan vraagt zich af of een vergunningplicht geldt. Zij willen geen onnodige lasten. Het bevoegd geeft te kennen dat de controle of een vergunning nodig is, een functie van de vergunningplicht betreft. Ze moeten allemaal dus maar *verplicht* een vergunning aanvragen om die zekerheid te verkrijgen.

rechtszekerheid nu de nadruk meer op een repressieve toetsing in plaats van een preventieve toetsing komt te liggen. We hebben gezien dat de vergunning prevalerende werking heeft. Ook hebben we gezien dat de vergunning achteraf kan dienen om aan tonen dat overeenkomstig de vergunning is gebouwd. Verder heeft de vergunning voor bouwen met name een processueel karakter door het limitatief-imperatief stelsel, waaruit ik tevens de controlefunctie afgeleid heb. Verder kan het bevoegd gezag in dit formeel verankerd overlegmoment uiteenzetten, in welk geval een burger wel aan de algemene regels zou voldoen. Het moge duidelijk zijn dat een burger met een bouwplan door al deze kenmerken en functies van de vergunning tijdig op de hoogte raakt, wat zijn concrete rechtspositie is (aangenomen dat de vergunning reeds formele rechtskracht heeft). De vergunning bevordert de rechtszekerheid omdat een bouwer door de controlefunctie tevoren weet, of hij concreet aan de (abstracte) algemene regels voldoet. De prevalerende werking met de bewijsfunctie van de beschikking versterkt dit weer, als zou blijken dat het bevoegd gezag de vergunning contra-legen heeft afgegeven. Ten slotte kan de overheid door het formeel verankerd overlegmoment de concrete rechtspositie tevoren uiteenzetten.

Dit alles geldt te meer nu men het Bouwbesluit 2003 en de bouwverordening als zeer complex ervaart. Ten aanzien van de welstand zal niet altijd duidelijk zijn, wanneer *in ernstige mate* sprake is van strijd met redelijke eisen van welstand, beoordeeld naar de criteria, bedoeld in artikel 12a lid 1 onder b Ww. Uit een onderzoek van Nijmeijer bleek namelijk dat, om pragmatische redenen, in geen enkele van de onderzochte welstandsnota's *specifieke* criteria omtrent repressief toezicht beschreven zijn, hetgeen strikt genomen in strijd is met artikel 12a lid 1 onder b Ww.¹¹⁶ In een vergunningprocedure zouden deze ernstige gevallen er hoogstwaarschijnlijk al uitgefilterd zijn.

Nu steeds meer bouwactiviteiten vergunningvrij worden, is van bovenstaande bevordering van de rechtszekerheid door de vergunningplicht steeds minder vaak sprake. De burger moet zelf zijn concrete rechtspositie zien te (laten) bepalen aan de hand van de abstracte algemene regels. Mocht achteraf eenmaal blijken, dat hij zijn concrete rechtspositie onjuist heeft bepaald en daarmee in strijd met die algemene regels heeft gebouwd, dan kan hij vervolgens nog eens met een handhavingsbesluit geconfronteerd worden. Dit geldt te meer nu een 'beginselplicht tot handhaving' bestaat (zie paragraaf 3.5).

4.4.2 Bepalen vergunningplicht in verband met de rechtszekerheid

Door het bestaan van vergunningvrij bouwen met het behoud van de hoofdregel dat voor bouwen een vergunningplicht geldt, ontstaat een afbakeningsvraag; valt een bouwactiviteit onder de vergunningplicht of juist niet? Nu daarbij steeds meer bouwwerken vergunningvrij worden, zullen burgers - naar ik vermoed - feitelijk steeds vaker die afbakeningsvraag gaan toepassen. Immers, als het algemeen bekend is dat minder snel een vergunning nodig is, zal een burger (bij steeds grotere bouwwerken) eerder die afbakeningsvraag gaan toepassen. Hierbij geldt dat een burger zelf moet (laten) bepalen wat zijn concrete rechtspositie is (daadwerkelijk vergunning vereist?) aan de hand van de (abstracte) regels van bijlage II van het Bor. Dat bevordert de rechtszekerheid niet, in die zin dat de burger niet altijd (tijdig) op de hoogte is van zijn concrete rechtspositie. Dat geldt des te meer als hij bijlage II van het Bor verkeerd zou interpreteren en daardoor foutief in de veronderstelling zou zijn, dat geen vergunningplicht geldt. Dan kan hij *achteraf* namelijk geconfronteerd worden met een

¹¹⁶ Zie: A.G.A. Nijmeijer e.a., *Evaluatie Welstandszorg Woningwet 2003*, Nijmegen 2007, p. 25.

handhavingsbesluit. Ook hierbij is de 'beginselplicht tot handhaving' van belang. Onder de Wabo is daarbij de complicatie opgetreden dat een burger in bepaalde gevallen door artikel 3 bijlage II van het Bor moet bepalen of zijn bouwplan in strijd is met de planologische regelgeving, of hij dus een vergunning nodig heeft op grond van artikel 2 lid 1 onder c Wabo. Mijns inziens is dit een moeilijker dieldeling (zoals we in hoofdstuk 2 hebben gezien) dan de dieldeling die onder de Ww 2003 (oud) gold. Ten eerste moet nu *naast* bijlage II van het Bor ook de planologische regelgeving gelegd worden. Dit is niet goed voor de vindbaarheid. Ten tweede zal het voor de burger vaak lastiger zijn om bijvoorbeeld het bestemmingsplan te interpreteren dan de artikelen omtrent de licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken in het Bblb (oud). Immers, tegenwoordig is namelijk 'het ruimtelijk ordeningsrecht' grotendeels geïntegreerd in het bouwrecht ten aanzien van de vraag of een vergunningplicht geldt. Naar mijn mening komt dit de rechtszekerheid niet ten goede, nu ook juist de jurisprudentie van de ABRS in relatief grote mate gaat over het al dan niet in strijd zijn met de planologische regelgeving.

Een *formeel* verankerd overlegmoment met de overheid met de bedoeling te controleren of daadwerkelijk een vergunning vereist is, ontbreekt. Daarbij zou de overheid in dat overlegmoment kunnen uiteenzetten welke handelingen een burger moet verrichten, wil hij geen vergunning nodig hebben. Hierdoor zou hij wel tijdig zijn concrete rechtspositie kunnen bepalen, wat de rechtszekerheid zou bevorderen. Door middel van een meldingplicht zou de overheid dit formeel verankerd overlegmoment kunnen creëren, waarover hieronder meer.

4.4.3 Alternatieven ter bevordering van de rechtszekerheid met enkele knelpunten daarbij

4.4.3.1 Meldingplicht

Een formeel verankerd overlegmoment zou een meldingplicht kunnen zijn, waarbij het bevoegd gezag toetst of een vergunning nodig is en/of aan de algemene regels voldaan is. Het zou de rechtszekerheid bevorderen omdat een burger met een bouwplan dan (tijdig) op de hoogte zou raken van zijn concrete rechtspositie (aangenomen dat de reactie van het bevoegd gezag op de melding als een besluit (artikel 1:3 Awb) wordt gekwalificeerd en daarmee ook formele rechtskracht kan krijgen. Over deze kwalificatievraag kan overigens ook nog discussie gevoerd worden, met alle problemen van dien). Een dergelijk systeem hebben we ook onder de Ww 1991 met het Bmb (oud) gezien. Zo'n systeem roept echter weer nieuwe complicaties op, zoals enkelen in hoofdstuk 2 reeds naar voren zijn gebracht (met alle gevolgen voor de lastendruk voor de burger van dien). Dat leidde in het verleden tot afschaffing van de meldingplicht. Wel vond onder de Ww 1991 tevens een (gedeeltelijk) inhoudelijke toetsing plaats, wat tot een verkapt vergunningprocedure leidde. Een meldingplicht die tot doel heeft enkel te toetsen óf een vergunningplicht geldt, heeft zijn werking in de praktijk nooit kunnen bewijzen. De opzet van deze scriptie biedt geen mogelijkheid de wenselijkheid van de laatstbedoelde meldingplicht te onderzoeken. Ik vermoed echter dat het voordeel voor de rechtszekerheid niet zou opwegen tegen de nadelen. Ten eerste bijvoorbeeld verschuift men het probleem gedeeltelijk. Er ontstaat dan zeer waarschijnlijk een nieuw afbakeningspunt tussen meldingplichtige bouwwerken en vrije bouwwerken, alwaar bij laatstgenoemde geen enkele vorm van preventieve toetsing plaatsvindt. Wil men daarbij vasthouden aan de huidige nieuwe afbakening onder de Wabo, waarbij voor vergunningvrij bouwen dan weer wel en dan weer niet preventief aan

planologische regelgeving wordt getoetst, dan zou een meldingsplicht moeilijk in te passen zijn zonder een te vergaande verbijzondering van het wettelijke systeem te creëren. Mede om deze reden is (een variant van) de lichte bouwvergunning niet in de Wabo teruggekomen, zoals we reeds gezien hebben. Verder zou een burger kosten moeten maken door procedurevereisten die aan een meldingsplicht verbonden zullen zijn.

De regering antwoordde recent na gestelde kamervragen overigens nog een facultatieve of algemene meldingsplicht onwenselijk en niet nodig te vinden.¹¹⁷

4.4.3.2 Informatie uitgegeven door de overheid

Het uitgeven van informatie door de overheid, betreft een ander alternatief dat de rechtszekerheid zou kunnen bevorderen. Een burger is dan eerder op de hoogte van zijn concrete rechtspositie. Dit heeft het (toenmalige) ministerie van VROM daadwerkelijk gedaan, door het uitgeven van verschillende brochures¹¹⁸. Daarin staat ten aanzien van verschillende bouwwerken wanneer een vergunning voor bouwen vereist is. Ook ziet men in die brochures terug aan welke algemene regels (toch) voldaan moet worden. Echter, de brochures zijn niet in 'jip-en-janneketaal' geschreven. De tekst ligt dicht tegen de wettekst aan. Het is dus niet onwaarschijnlijk dat een burger zich elders moet laten informeren. Verder wordt, onder meer in die brochures, verwezen naar het Omgevingsloket Online¹¹⁹. Naast de mogelijkheid om daar digitaal een vergunning aan te vragen, kan men daar tevens een zogenoemde 'vergunningcheck' verrichten. Via een stappenplan van vragen wordt daarmee bepaald of voor bouwactiviteiten een vergunning nodig is. Ook hierin worden echter juridische termen als 'bouwen' (in de zin van art. 2.1 lid 1 onder a Wabo) genoemd. Verder wordt onder meer verwezen naar planologische regelgeving en welstandseisen (onder andere in verband met artikel 3 van bijlage II van het Bor). Ook met behulp van Omgevingsloket Online is het dus niet onwaarschijnlijk dat een burger zich nader moet laten informeren. In de genoemde brochures en op de genoemde site wordt dan ook gemeld dat een burger met vragen contact kan opnemen met de gemeente. Meer in het algemeen zal een burger dat tevens doen indien hij niet op de hoogte is van de genoemde informatievoorzieningen. Hij wil zekerheid en wil bijvoorbeeld geen onnodige kosten maken. In dit informeel vooroverleg, voor een eventuele formele procedure, kan een burger zich laten informeren over het al dan niet vereist zijn van een vergunning en over de algemene regels.

Bij al deze informatievoorzieningen kunnen problemen rijzen in het kader van het vertrouwensbeginsel en/of bestuurlijke rechtsoordelen, waarover hieronder meer. Op het Omgevingsloket Online bijvoorbeeld zijn reeds enkele onjuistheden ontdekt.¹²⁰

¹¹⁷ Zie: <http://www.omgevingsvergunning.nl/nieuws/1371/geen-aanpassing-wabo-voor-meldplicht-vergunningvrije-activiteiten-.htm> (laatst geraadpleegd op 29 mei 2011).

¹¹⁸ Zie: <http://www.infomil.nl/onderwerpen/integrale/omgevingsvergunning/menu/publicaties/> (laatst geraadpleegd op 5 april 2011).

¹¹⁹ Zie: www.omgevingsloket.nl.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld: <http://www.omgevingsvergunning.nl/nieuws/1195/extra-controle-bij-check-bijbehorend-bouwwerk.htm> (laatst geraadpleegd op 5 april 2011). Ten onrechte kon voor een 'bijbehorend bouwwerk' de conclusie gegeven worden dat ten aanzien van artikel 2 lid 1 onder c Wabo geen vergunning vereist was.

4.4.4 Complicaties bij repressieve handhaving

4.4.4.1 Algemeen

Op deze plaats zijn we aangekomen bij het juridische leerstuk van de (repressieve) handhaving. Nu de nadruk steeds meer op repressieve toetsing komt te liggen, neemt het belang hiervan ook meer toe. De complicaties die hierbij bestaan, zullen logischerwijs tevens relevanter worden. Zo rijst de vraag wanneer een bestuursorgaan handhavend dient op te treden. Hoe onduidelijker dit is, hoe meer dit ten koste gaat van de rechtszekerheid van een bouwer wiens activiteiten reeds voltooid zijn. Hierbij is de beginselplicht tot handhaving relevant, zoals in hoofdstuk 3 besproken is. Een bijzondere omstandigheid zodat van handhaving moet worden afgezien, zou kunnen zijn dat sprake is van een 'bagatel'. Ook kan het vertrouwensbeginsel geschonden zijn. Op deze twee omstandigheden zal ik in deze scriptie dieper ingaan. Voor hetgeen wat hier niet aan bod komt met betrekking tot de vraag wanneer het bevoegd gezag van handhaving moet afzien, verwijs ik onder meer naar de onder voetnoot 76 genoemde literatuur.

4.4.4.2 Bagatellen

Een verweer na een handhavingsbesluit dat blijkens de jurisprudentie¹²¹ kans van slagen heeft, is dat de overtreding zo beperkt van omvang is, dat van handhavend optreden moet worden afgezien.¹²² Het gaat dan om zogenoemde 'bagatellen'. Dit verweer vindt zijn grond in de slotzin van de in paragraaf 3.5 genoemde standaardoverweging van de ABRS. Bagatellen zijn in dit verband relevant omdat juist in het geval van de bouwregelgeving kleine overtredingen goed denkbaar zijn, bijvoorbeeld vanwege de vele afstandsmaten hierin. Moet gehandhaafd worden, indien een sport- of speeltoestel 2,6 meter hoog is in plaats van de maximale hoogte van 2,5 meter (artikel 2 onderdeel 11 onder a bijlage II Bor)? Zo nee, geldt dit dan ook bij een toestel van 2,8 meter hoog? Wat als een bijbehorend bouwwerk in strijd met artikel 2 onderdeel 3 onder b bijlage II van het Bor 10 centimeter te dicht bij het naburige erf staat? En wat als het 25 of 50 centimeter te dicht bij de erfgrans staat? Wat als oppervlakten of afstanden genoemd in het Bouwbesluit 2003 licht worden overschreden? Zoals in de slotzin van de in paragraaf 3.5 genoemde rechtsoverweging staat, moet worden gekeken of handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die *concrete* situatie behoort te worden afgezien. Het kan daarbij gaan om het algemeen belang, evenals om het belang van een derde (zoals een buur).¹²³

In een uitspraak van de ABRS op 21 juli 2010¹²⁴, wordt het navolgende overwogen:

'Gezien de uitleg die de Afdeling geeft aan de wettelijke bepalingen over toepassing van bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom, mag een bestuursorgaan er bij afweging van de belangen niet voor kiezen om af te zien van handhavend optreden *uitsluitend* (cursivering auteur) omdat het een overtreding van geringe omvang betreft. Dit levert op zichzelf beschouwd geen bijzondere omstandigheid op. Wel is het mogelijk dat in

¹²¹ Zie bijvoorbeeld: ABRS 21 juli 2004, AB 2004, 293, m.nt J. Struiksma en ABRS 19 januari 2005, JB 2005, 78.

¹²² A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 161.

¹²³ Zie de noot van J. Struiksma bij ABRS 21 juli 2004, AB 2004, 293.

¹²⁴ ABRS 21 juli 2010, JB 2010, 201.

een concrete situatie het belang bij handhaving van een overtreding van geringe omvang zodanig onevenredig is in verhouding tot de belangen die daartegen pleiten, dat van handhaving moet worden afgezien. Dit zal moeten worden beoordeeld aan de hand van een afweging van alle in de concrete situatie spelende belangen.'

Het moge duidelijk zijn, dat de ABRS een vaag criterium gebruikt om een afweging te kunnen maken in een concrete situatie. Een burger die illegaal heeft gebouwd en geconfronteerd wordt met een handhavingsbesluit, geraakt aan de hand van dit abstract criterium dus niet (tijdig) op de hoogte van zijn concrete rechtspositie. Ten eerste kan bijvoorbeeld niet altijd duidelijk zijn wanneer een overtreding van geringe aard en ernst bestaat. Vanaf welke afstand geldt dit? En maakt het uit of het een bijbehorend bouwwerk of een speeltoestel betreft? Ten tweede is het (vooral ten aanzien van de burger) niet altijd duidelijk, wanneer aannemelijk is geworden dat de belangen van een buur of van derden (het algemeen belang) zijn geschaad. Deze laatste twee criteria komen uit de in voetnoot 121 genoemde jurisprudentie. Het tweede criterium is nu nog meer van belang omdat de ABRS in de hierboven genoemde rechtsoverweging benadrukt dat enkel het bestaan van een overtreding van geringe aard of ernst niet voldoende is. Voor de vraag of een belang is geschaad, moet men tevens naar de doelstellingen van een wettelijk voorschrift kijken (wat niet altijd even gemakkelijk te achterhalen valt). Bij het Bouwbesluit 2003 is het algemeen belang vanwege veiligheidsaspecten bijvoorbeeld sneller geschaad indien het een openbaar toegankelijk gebouw betreft. Het belang van een buur wordt niet altijd geschaad, indien zijn buurman op een grote afstand een tuinhuisje bouwt, dat niet voldoet aan het Bouwbesluit 2003. Ten aanzien van bijlage II van het Bor is het van belang of een eis daarin strekt tot bescherming van een buur of strekt tot bescherming van het algemeen belang, bijvoorbeeld met betrekking tot de ruimtelijke kwaliteit. Als een buur op het platteland om handhaving verzoekt omdat zijn buurman, die 100 meter verder woont, een speeltoestel heeft gebouwd die 50 centimeter te hoog is, wordt zijn belang dan geschaad? En wat als de buurman 10 meter verder woont? Ook moet een afweging gemaakt worden met de belangen van de overtreder. Dient hij bijvoorbeeld een geheel bijbehorend bouwwerk af te breken of hoeft hij een schommel enkel wat dieper in de grond te graven?

Sommige gevallen zullen evident niet in het voordeel van de overtreder uitvallen. Het lijkt me echter niet onaannemelijk dat veel grijze gebieden bestaan. Dit vanwege de vele factoren waarmee rekening gehouden moet worden: 1) geringe aard of ernst, 2) doel van de desbetreffende regel, 3) algemeen belang of burenbelang daadwerkelijk geschaad? 4) belangen overtreder. Vele combinaties zijn mogelijk, zodat dit naar mijn verwachting in de jurisprudentie niet (snel) uitgekristalliseerd zal raken. Daarbij staan in de genoemde bouwregelgeving relatief veel *kleine* afstanden, zodat moeilijker te bepalen is wanneer sprake zal zijn van een overtreding van geringe aard of ernst. Verder rijst de vraag of het voor de bepaling van de 1) geringe aard of ernst relevant is, wat het 2) doel van de afstands- of oppervlaktevoorschriften is en of 3) belangen daadwerkelijk geschaad zijn. Moeten de criteria met andere woorden op zichzelf, dus los van elkaar, bezien worden?

Al met al zal het voor een bouwer die geconfronteerd wordt met een handhavingsbesluit of die in zijn achterhoofd heeft dat een handhavingsbesluit genomen zou kunnen worden, niet altijd duidelijk zijn wat zijn concrete rechtspositie nu inhoudt. Dit gaat ten koste van de rechtszekerheid.

4.4.4.3 Het vertrouwensbeginsel

Hierboven hebben we reeds gezien dat het vertrouwensbeginsel een bijzondere omstandigheid kan zijn om van daadwerkelijke handhaving af te zien. Verder hebben we gezien dat de overheid de burger informeert over het al dan niet vereist zijn van een vergunning voor bouwen. Ook informeert zij de burger dat hij aan algemene regels moet voldoen, ook al geldt geen vergunningplicht. Tevens hebben we gezien, dat een burger uit eigen beweging of op advies van de overheid zich bij de gemeente zal laten informeren over dezelfde problematiek; 1) heb ik een vergunning nodig en 2) voldoe ik aan de algemene regels? In deze paragraaf zal ik bekijken in hoeverre een burger die door de overheid verkeerd geïnformeerd is en geconfronteerd wordt met een handhavingsbesluit, kans van slagen heeft als hij zich op het vertrouwensbeginsel beroept. In deze scriptie ga ik daarbij enkel in op gedane mededelingen en/of toezeggingen. Ik laat verwekte verwachtingen door (gedoog)beleidsregels, wettelijke voorschriften of langdurig stilzitten van een bestuursorgaan buiten beschouwing.¹²⁵

Naar de woorden van Konijnenbelt verlangt het vertrouwensbeginsel 'dat bestuursorganen gewekt vertrouwen niet mogen beschamen.' Wie op goede gronden meende te mogen vertrouwen dat een bestuursorgaan een bepaald (handhavings)besluit niet zou kunnen nemen, wordt door het vertrouwensbeginsel beschermd. In het bijzonder wanneer hij op grond van dat vertrouwen dingen heeft gedaan die hij anders niet, of op een andere wijze zou hebben gedaan.¹²⁶ Factoren die een rol spelen bij de vraag of een onterechte verwachting door het vertrouwensbeginsel wordt beschermd betreffen de navolgende. 1) Door wie is de verwachting gewekt? 2) Hoe, waardoor is de verwachting gewekt? Hierbij is bijvoorbeeld van belang wat de bron van een verwekte verwachting is; bijvoorbeeld of een mededeling schriftelijk of mondeling is gedaan. 3) Het dispositievereiste: heeft een burger door de onterechte verwachting daadwerkelijk schade geleden die hij anders niet had gehad? 4) Bestaan factoren die zich tegen het honoreren van het vertrouwen verzetten (bijvoorbeeld een wettelijke regeling, het algemeen belang of belangen van derden)?¹²⁷ Bij het navolgende ga ik ervan uit dat aan het dispositievereiste is voldaan. Een burger heeft immers al illegaal gebouwd, wat in veel gevallen tot schade zal leiden (bijvoorbeeld bij afbraak).

Uit de jurisprudentie blijkt dat een beroep op het vertrouwensbeginsel niet vaak wordt gehonoreerd.¹²⁸ Ik noem enkele punten die dat kunnen veroorzaken¹²⁹: ten aanzien van het eerste criterium komt dit bijvoorbeeld doordat burgers in een vooroverleg zich vaker niet dan wel laten informeren door het bevoegd bestuursorgaan (meestal b en w), bijvoorbeeld door een ambtenaar aan het loket (zonder mandaat). Zelfs als een wethouder, als lid van b en w, een (mondelling) toezegging heeft gedaan, wordt een beroep op het vertrouwensbeginsel sinds de uitspraak van de ABRS op 2 december 1997¹³⁰ niet

¹²⁵ Vergelijk Konijnenbelt e.a., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag 2005, p. 310 e.v. en P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer 2009, p. 367 e.v.

¹²⁶ Konijnenbelt e.a., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag 2005, p. 316.

¹²⁷ Konijnenbelt e.a., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag 2005, p. 316-317.

¹²⁸ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 161.

¹²⁹ Ik kan gezien de opzet van de scriptie niet naar volledigheid streven omdat een beroep op het vertrouwensbeginsel in grote mate wordt beoordeeld naar de omstandigheden van het geval.

¹³⁰ Zie: ABRS 2 december 1997, *BR* 1998, p. 503 ('carport St.-Anthonis').

gehonoreerd.¹³¹ Op dit eerste vereiste gaat het meestal dus al mis. Ten aanzien van het tweede vereiste worden in een vooroverleg (aan het loket) vaak mondelinge inlichtingen gegeven. Dan wordt een beroep op het vertrouwensbeginsel over het algemeen minder snel gehonoreerd.¹³² Met betrekking tot het vierde criterium, geldt dat bij inlichtingen contra-legen vaak ook belangen van derden (het algemeen belang of het belang van omwonenden) van belang zijn. Honorering ligt dan niet snel in het verschiet.¹³³

Ten aanzien van het Omgevingsloket Online en door de overheid uitgegeven brochures met verkeerde informatie (wat recent reeds is gebeurd, zoals we hierboven zagen), kan ik me indenken dat een honorering van het vertrouwensbeginsel niet onwaarschijnlijk is. Het gaat dan wel niet om inlichtingen die gedaan zijn door een bevoegd gezag, het gaat wel om informatie die de overheid *als geheel* heeft uitgebracht. Het is niet gebaseerd op inlichtingen van een individu. Daarbij zijn de foute inlichtingen schriftelijk en hoogstwaarschijnlijk niet zeer multi-interpretabel. Wel zou het vierde criterium roet in het eten kunnen gooien. Het algemeen belang zou bijvoorbeeld namelijk niet gediend zijn, als in het gehele land door een fout in Omgevingsloket Online er (grote) illegale bouwwerken zouden kunnen komen te staan, die de ruimtelijke kwaliteit zouden ontsieren. Dit alles moet echter per geval beoordeeld worden.

Ook al wordt een beroep op het vertrouwensbeginsel niet snel gehonoreerd, de mededelingen van de overheid scheppen feitelijk wel verwachtingen bij een burger die achteraf niet juist blijken te zijn. Het bevordert de rechtszekerheid niet, in die zin dat een burger weet waar hij daadwerkelijk aan toe is. Ook is de vraag of het vertrouwensbeginsel geschonden is casuïstisch. Na een handhavingsbesluit kan een burger in gevallen dus ook zijn concrete rechtspositie niet altijd bepalen, ondanks dat sommige punten in de jurisprudentie uitgekristalliseerd zijn (zoals dat inlichtingen in beginsel door het bevoegd gezag gegeven moeten zijn). Het verdient mijns inziens dan ook aanbeveling dat de overheid een burger (in het vooroverleg) altijd op zijn eigen verantwoordelijkheid wijst.

4.4.5 Bestuurlijke rechtsoordelen

Enigszins verwant aan het geschrevene omtrent het vertrouwensbeginsel betreft het leerstuk over 'bestuurlijke rechtsoordelen'. De vraag is hier echter of het antwoord van de overheid op de vragen van een bouwer (in een vooroverleg) of een vergunning vereist is en of bij een *vergunningvrij* bouwwerk aan de algemene regels voldaan is, als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is aan te merken. Indien dat namelijk het geval is, zou het besluit na het verstrijken van de bezwaar- en beroepstermijnen formele rechtskracht verkrijgen, zodat handhaven niet meer mogelijk is. Ook zouden de bepalingen in de Awb over bijvoorbeeld de bekendmaking (Afdeling 3.6 Awb) en rechtsbescherming (Hoofdstuk 6 e.v. Awb) van toepassing zijn. Uiteraard staat tevoren vast dat de informatie schriftelijk door het bevoegd gezag is gegeven, anders kan in ieder geval geen sprake zijn van een besluit (artikel 1:3 Awb).

¹³¹ Konijnenbelt e.a., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag 2005, p. 318.

¹³² Zie bijvoorbeeld: CrvB 10 juni 2004, *JB* 2004, 286. Hierin wordt geformuleerd: 'voor gerechtvaardigd vertrouwen is nodig een ondubbelzinnige, schriftelijke toezegging van het bevoegde bestuursorgaan.' Zie: Konijnenbelt e.a., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag 2005, p. 321.

¹³³ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 161.

Ten aanzien van de vraag of een vergunningplicht geldt, is naar huidig recht de uitspraak van de ABRS op 18 augustus 2004¹³⁴ bepalend voor de vraag of sprake is van een besluit in de zin van de Awb. Het volgende werd overwogen:

‘Voor de beantwoording van de vraag of voor een voorgenomen handeling een vergunning vereist is, kan een vergunning worden aangevraagd dan wel door een derde om het treffen van bestuurlijke handhavingsmaatregelen worden verzocht. Het bevoegde bestuursorgaan dient bij het nemen van een besluit op zulk een aanvraag of verzoek de vraag naar de vergunningplicht als een voorvraag te beoordelen. Vervolgens kan tegen het aan het besluit ten grondslag liggende oordeel omtrent de vergunningplicht door het aanwenden van een rechtsmiddel tegen het besluit worden opgekomen.

Wanneer een bestuursorgaan, los van een aanvraag om vergunning of een verzoek om handhaving als hiervoor aangegeven, op een daartoe strekkend verzoek een oordeel geeft over de vraag of voor het verrichten van een bepaalde handeling een vergunning is vereist, kan dit oordeel in het algemeen niet als een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb worden aangemerkt.

Op het voorgaande kan een uitzondering worden gemaakt indien het doen van een aanvraag voor een vergunning onevenredig bezwarend is dan wel indien het doen van een verzoek om het treffen van handhavingsmaatregelen wegens het intreden van onomkeerbare gevolgen of anderszins onevenredig bezwarend is.’

Hieruit valt te abstraheren, dat indien het bevoegd gezag in een informeel vooroverleg schriftelijk aan de bouwer te kennen geeft dat geen vergunningplicht geldt, dit in beginsel niet leidt tot een besluit in de zin van de Awb. Dat is enkel anders indien het onevenredig bezwarend zou zijn, als hij wel een vergunning zou moeten aanvragen. Het is niet eenduidig te zeggen wanneer daarvan sprake is. Dat zal naar de omstandigheden van het geval beoordeeld moeten worden. Voor derden (zoals burens) geldt dat het in ieder geval onevenredig bezwarend is om een handhavingsbesluit te vragen, indien dat ‘onomkeerbare gevolgen’ zou hebben. Wanneer daarvan sprake is, is ook niet altijd eenduidig te beantwoorden.¹³⁵ Wel geldt in het bouwrecht dat iets altijd feitelijk afgebroken kan worden. Onomkeerbaar is het in die zin dus nooit. Interpreteert men dit begrip dus zodanig, dan zal een derde (bijna) altijd om een handhavingsverzoek moeten vragen.

Indien een bouwer in een vooroverleg van het bevoegd gezag te kennen heeft gekregen, dat geen vergunning vereist is en achteraf zou blijken dat ze wel nodig was, dan kan hij dus toch geconfronteerd worden met een handhavingsbesluit. Voor een buur staan voorts geen rechtsmiddelen open om deze mededeling aan te vechten, althans geen rechtsmiddelen als bedoeld in de Awb.

Wat betekent dit nu voor de rechtszekerheid voor een burger met een bouwplan die zich laat informeren in een vooroverleg? Doordat het geen besluit in de zin van de Awb betreft, verkrijgt de (onterechte) mededeling geen formele rechtskracht. Hij is niet tijdig op de hoogte van zijn concrete rechtspositie. Daarbij geldt zelfs dat hij achteraf geconfronteerd kan worden met een handhavingsbesluit, wat in het ergste geval afbraak van het bouwwerk kan betekenen. Daar komt nog bij, dat een schijnzekerheid bij een (onkundige) burger kan worden gewekt. Immers, het bevoegd gezag geeft de mededeling en ze is (vaak) schriftelijk.

¹³⁴ ABRS 18 augustus 2004, AB 2005, 106 m.nt. A.G.A. Nijmeijer; Gst. 2004, 213 m.nt. A.A.J. de Gier.

¹³⁵ Zo ook A.G.A. Nijmeijer in de onder voetnoot 134 genoemde noot.

In dit licht verdient het mijns inziens aanbeveling om een burger in het vooroverleg te informeren over zijn eigen verantwoordelijkheid. Uiteraard kan ook worden aangeraden om dan maar een vergunning aan te vragen, zodat wel een besluit in de zin van de Awb ontstaat. Zoals uit de genoemde uitspraak te lezen valt, dient de vraag of een vergunning vereist is door het bevoegd gezag dan als voorvraag beantwoord te worden. Het antwoord op die vraag is dan wel appellabel en de beslissing verkrijgt op den duur wel formele rechtskracht, zodat zekerheid verkregen wordt. De paradox is echter, dat dit de doelen die de wetgever zich met het vergunningvrij bouwen gesteld had, niet ten goede komt. Immers, het is mogelijk dat een burger door deze onzekerheid toch maar een vergunning aanvraagt voor vergunningvrije bouwactiviteiten. Hij maakt dan lasten die hij, volgens de wetgever, helemaal niet had hoeven te maken.

Ten aanzien van de vraag van een bouwer met een *vergunningvrij* bouwplan of hij aan de algemene regels voldoet, is het bovenstaande ('vraag maar een vergunning aan, dan komt u er wel achter') logischerwijs niet van toepassing. Indien het bevoegd gezag namelijk bij de verplichte voorvraag (zoals uit de bovenstaande uitspraak bleek), tot de conclusie komt dat geen vergunningplicht geldt, dan komt het überhaupt niet aan de toetsing aan de algemene regels toe.¹³⁶ Hij hoeft dus niet eerst een vergunning in te dienen om daadwerkelijk zekerheid te verkrijgen.

Is nu sprake van een besluit in de zin van de Awb, indien een burger in een vooroverleg met het bevoegd gezag schriftelijk de (onjuiste) mededeling krijgt dat aan de algemene regels is voldaan, of juist niet? Strikt genomen is daar naar mijn mening geen sprake van. Voor een besluit is het blijkens artikel 1:3 Awb namelijk vereist, dat het een rechtshandeling betreft. Bij vergunningvrije bouwwerken gelden de algemene regels onverkort. Ze hebben direct bindende normerende werking. Een tussenkomst van een bestuursorgaan om die regels bindende kracht te laten verkrijgen is niet nodig. In de jurisprudentie en in de literatuur wordt hedendaags echter in gevallen een 'strategisch besluitbegrip' gehanteerd. Het lijkt me dan ook niet onwaarschijnlijk dat dit in dit geval ook zal gebeuren. Al helemaal nu het ook beter voor de rechtszekerheid van de bouwer zou zijn. Indien daadwerkelijk een strategisch besluitbegrip zou worden gehanteerd, zou dat ook gezien kunnen worden als een alternatief ter bevordering van de rechtszekerheid (vergelijk het geschrevene in paragraaf 4.4.3). Van Buuren is in ieder geval van mening dat het een besluit betreft, zich baserende op jurisprudentie en andere literatuur.¹³⁷

¹³⁶ Zo ook P.J.J. van Buuren, Enkele problemen rond het Besluit bouwvergunningvrije en licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken, *BR* 2003, p. 88.

¹³⁷ Voor verdere informatie verwijs ik naar: P.J.J. van Buuren, Enkele problemen rond het Besluit bouwvergunningvrije en licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken, *BR* 2003, p. 88 e.v.

5 Duidelijkheid bijlage II Bor

5.1 Algemeen

In dit hoofdstuk komt de tweede probleemstelling aan bod. Het betreft de vraag of bijlage II van het Bor een duidelijke regeling is. Is het duidelijk of van omgevingsvergunningvrij bouwen sprake is? Zoals we reeds gezien hebben, zijn voor het antwoord op deze vraag de vindbaarheid en de voorspelbaarheid van belang. De omvang van deze scriptie biedt mij niet de mogelijkheid een uitputtend onderzoek te doen naar een mogelijke evenwichtssituatie tussen deze twee aspecten.¹³⁸ Wel zal ik tot een veronderstelling komen. Dit door middel van het beschrijven en benoemen van mogelijke vage normen en kwalificatieproblemen in de tekst van bijlage II van het Bor. Waar zitten de knelpunten? Tevens beoordeel ik op onderdelen de duidelijkheid met betrekking tot relaties die gelegd worden naar andere regelgeving. De nadruk zal bij dit alles op de voorspelbaarheid liggen. Zijdelings zal ik tevens een vergelijking met het Bblb (oud) maken. Ik maak mede gebruik van de nota van toelichting bij bijlage II van het Bor en de jurisprudentie; in hoeverre zijn zaken door de regelgever of door de rechter nader ingevuld?

Vooropgesteld zij, dat daadwerkelijk sprake is van ‘het bouwen van een bouwwerk’ als bedoeld in de Wabo. Het staat dus vast dat activiteiten zijn gekwalificeerd als het ‘bouwen van een bouwwerk’, zoals bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo jo. artikel 1.1 lid 1 Wabo.¹³⁹ Ook gaat het op deze plaats enkel om de vraag of het duidelijk is, of een uitzondering op specifiek artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo geldt (en niet of een uitzondering op artikel 2.1 lid 1 onder c geldt ten aanzien van de planologische regelgeving).¹⁴⁰

5.2 Gewoon onderhoud

Op grond van artikel 2 onderdeel 1 bijlage II Bor is geen vergunning nodig voor ‘gewoon onderhoud’. Hiermee worden blijkens de nota van toelichting bij het Bor de werkzaamheden bedoeld, die erop gericht zijn om te behouden wat er is.¹⁴¹ Deze uitzondering stond reeds expliciet in de Ww 1962 (oud). Het moge duidelijk zijn dat het een vage norm betreft. Niet altijd zal duidelijk zijn wanneer sprake is van behoud en wanneer van wijzigingen. De ABRS betreft bij de vraag of sprake is van normaal onderhoud in ieder geval de *aard en de omvang van de werkzaamheden en het resultaat van die werkzaamheden*.¹⁴² Met Nijmeijer ben ik van mening dat het ook met behulp van deze nadere invulling, niet altijd duidelijk zal zijn of sprake is van ‘gewoon onderhoud’.¹⁴³ Het zijn wederom vage normen. Ten aanzien van het vervangen van kozijnen geldt dat sprake zal zijn van een bouwwerkzaamheid die het gewone onderhoud overstijgt, indien een wijziging optreedt in de detaillering, profilering of vormgeving door dat nieuwe kozijn. Daarbij is het doorslaggevende criterium of een verandering optreedt in het uiterlijk. Worden houten kozijnen bijvoorbeeld vervangen door

¹³⁸ Wat door het abstracte karakter hiervan toch al niet eenvoudig te bepalen is.

¹³⁹ Of überhaupt sprake is van ‘bouwen’ in de zin van de Wabo is niet altijd eenvoudig te bepalen. Zie voor een indicatie bijvoorbeeld het geschrevene in paragraaf 3.2.

¹⁴⁰ Zie ook in paragraaf 3.2.2 de betekenis die aan de term ‘omgevingsvergunningvrij bouwen’ gegeven is.

¹⁴¹ NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 140.

¹⁴² Zie bijvoorbeeld ABRS 25 april 2007, *Gst.* 2008, 59 en ABRS 16 januari 2008, *Gst.* 2008, 60, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

¹⁴³ Zie de noot van Nijmeijer bij de in voetnoot 143 genoemde uitspraak.

kunststof kozijnen met een gelijkwaardige (houtachtige) uitstraling, dan valt dit onder het gewoon onderhoud.¹⁴⁴ Mijns inziens verdient het aanbeveling om, althans ten aanzien van het criterium met betrekking tot het 'resultaat van de werkzaamheden', de verandering van het uiterlijk ook van toepassing te laten zijn op andere bouwwerken dan kozijnen. Dit zou al iets meer houvast bieden met betrekking tot de voorspelbaarheid.

Ten aanzien van het herstel van dakbedekking zal door de 'aard van de werkzaamheden' het vervangen van een dakconstructie door bijvoorbeeld het vervangen van dragende balken niet als gewoon onderhoud worden aangemerkt (ook al verandert er niets aan het uiterlijk).¹⁴⁵ Met betrekking tot de 'aard en omvang van de werkzaamheden' werd door de ABRS bijvoorbeeld het vervangen van de *gehele* gevelbekleding niet als gewoon onderhoud aangemerkt.¹⁴⁶

Al met al blijkt dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om te bepalen of sprake is van 'gewoon onderhoud'. De term betreft een vage norm. Daarbij zijn de nadere invullingen die de regelgever en de rechtspraak aan deze term geven eveneens vaag. Ook is het feit dat indien geen verandering van het uiterlijk optreedt, toch geen sprake hoeft te zijn van 'gewoon onderhoud' door de 'aard van de werkzaamheden' een complicerende factor. De vindbaarheid moge optimaal zijn (artikel 2 lid 1 bijlage II van het Bor bevat twee woorden), de voorspelbaarheid is dat zeker niet. Ik vermoed dat dit ook te maken heeft met het feit dat het voor de regelgever moeilijk zou zijn, om alle gevallen van gewoon onderhoud concreet op te sommen (wat weer ten koste zou gaan van de vindbaarheid).

5.3 Bijbehorend bouwwerk

Artikel 2 onderdeel 3 en artikel 3 onderdeel 1 bijlage II van het Bor gaan over 'bijbehorende bouwwerken'. Een voor de praktijk zeer belangrijk artikel, nu het hierbij gaat om alle aan- en uitbouwen, bijgebouwen, overkappingen en allerlei andere bouwwerken, zolang er maar een dak opzit.¹⁴⁷ Voor deze scriptie is dit onderwerp daarnaast relevant, omdat de genoemde onderdelen vele nieuwe begrippen ten opzichte van het Bblb bevatten. Begrippen waarvan enkelen tevens in andere onderdelen in bijlage II van het Bor terugkomen. De verwarring opwekkende verschillen in het Bblb tussen aan- en uitbouwen enerzijds en bijgebouwen anderzijds zijn weggenomen door alle uitbreidingen van en bijgebouwen bij een hoofdgebouw onder dit nieuwe begrip 'bijbehorend bouwwerk' onder te brengen.¹⁴⁸ Hieronder zal ik enkele aspecten omtrent bijbehorende bouwwerken behandelen.

¹⁴⁴ Zie: NvT Bor, *Stb. 2010*, 143, p. 140.

¹⁴⁵ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Tekst & Commentaar, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht*, Deventer 2010, p. 304.

¹⁴⁶ Zie: ABRS 16 januari 2008, *Gst. 2008*, 60, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

¹⁴⁷ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Tekst & Commentaar, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht*, Deventer 2010, p. 304.

¹⁴⁸ Zie: NvT Bor, *Stb. 2010*, 143, p. 132. Zie tevens voor een proeve over die verwarring door dit oude onderscheid: R. Mathijssen e.a., *Evaluatie Bouwvergunningvrij bouwen*, Boxtel 2007, deel A, p. 13-14.

5.3.1 Definitie bijbehorend bouwwerk

In artikel 1 lid 1 bijlage II van het Bor staat de definitie van een bijbehorend bouwwerk: het betreft een 'uitbreiding van een hoofdgebouw dan wel functioneel met een zich op hetzelfde perceel bevindend hoofdgebouw verbonden, daar al dan niet tegen aangebouwd gebouw, of ander bouwwerk, met een dak.' Hieruit blijkt dat enkel sprake kan zijn van een bijbehorend bouwwerk, indien zich een hoofdgebouw op hetzelfde perceel bevindt. Zonder hoofdgebouw kan op het perceel dus ook geen sprake zijn van een bijbehorend bouwwerk.¹⁴⁹ Over het begrip 'hoofdgebouw' kom ik hieronder nog te spreken.

In hoeverre is deze definitie duidelijk? Ten eerste is onduidelijk wat met 'hetzelfde perceel' wordt bedoeld. Nijmeijer vraagt zich af of het gaat om het kadastrale perceel of om het bouwperceel als bedoeld in de planologische regelgeving, nu ook de regeling en de nota van toelichting hierover zwijgen.¹⁵⁰ De jurisprudentie zal dit moeten gaan uitmaken.

Ten tweede rijst de vraag wat die 'functionele verbondenheid' inhoudt. De nota van toelichting meldt dat wordt bedoeld dat het gebruik van het bijbehorende bouwwerk in planologisch opzicht gerelateerd moet zijn aan het gebruik van het hoofdgebouw. Ten aanzien van woningen geldt dat het bijbehorende bouwwerk moet strekken tot vergroting van het woongenot, zoals dat ook in de tekst van het Bblb stond. Een inhoudelijke wijziging is hieromtrent met de inwerkingtreding van de Wabo niet beoogd.¹⁵¹ De jurisprudentie daarover is dus nog steeds relevant. In de uitspraak van de ABRS op 19 april 2006¹⁵² werd aan de hand van de nota van toelichting bij het Bblb overwogen dat:

'In de nota van toelichting behorende bij het BBLB wordt naar aanleiding van de zinsnede 'dient ter vergroting van het woongenot' overwogen: 'Met dat laatste wordt bedoeld dat het gebruik direct gerelateerd moet zijn aan de woonfunctie. Dat betekent dat er geen gebruik mag worden gerealiseerd dat zich niet verhoudt met de gebruikelijke woonbestemming' (Staatsblad 2002, 410, p. 27). Het begrip dient derhalve naar objectieve maatstaven te worden uitgelegd. Nu het in dit geval gaat om buitenbergingen die blijkens het bestreden besluit worden opgericht teneinde een oplossing te bieden voor het tekort aan berguimte in de woningen, is sprake van gebruik dat direct is gerelateerd aan de functie wonen.'

In een concreet geval zal niet altijd duidelijk zijn of naar objectieve maatstaven het gebruik direct gerelateerd is aan de woonfunctie en of het gebruik dat is gerealiseerd, zich verhoudt met de gebruikelijke woonbestemming. Interpretatieproblemen zijn dus mogelijk, ook met de nota van toelichting en de jurisprudentie bij de hand.¹⁵³

Met de invoering van de Wabo ziet deze functionele verbondenheid niet meer enkel op woningen. Mijns inziens zullen ook met betrekking tot bijvoorbeeld bedrijven, kantoren en winkels interpretatieproblemen ontstaan. Ten opzichte van het Bblb (oud) worden de knelpunten dus feitelijk vergroot. Wanneer is een bijbehorend bouwwerk bij bijvoorbeeld een kantoor planologisch daaraan gerelateerd? De nota van toelichting bij het Bor geeft

¹⁴⁹ Zie: NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 133.

¹⁵⁰ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Tekst & Commentaar, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht*, Deventer 2010, p. 296-297.

¹⁵¹ Zie: NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 133.

¹⁵² ABRS 19 april 2006, *Gst.* 2006, 90, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

¹⁵³ Zo ook Nijmeijer in zijn noot bij ABRS 19 april 2006, *Gst.* 2006, 90.

geen concretere invulling. De rechter zal dit dus per geval nader moeten invullen. Naar mijn mening verdient het daarbij aanbeveling om bij deze niet-woningen de hierboven genoemde nota van toelichting bij het Bblb (oud) en de genoemde uitspraak analoog toe te passen. Dat zou al iets meer (maar geen volkomen) helderheid scheppen.

Nijmeijer e.a. denken dat nu het bijbehorende bouwwerk in planologisch opzicht gerelateerd moet zijn aan het gebruik van het hoofdgebouw, en dat lijkt te betekenen dat het gebruik van het bijbehorende bouwwerk moet passen binnen de bestemming van het hoofdgebouw er ongewenste situaties kunnen ontstaan. Immers, zo bezien zou het volgens de schrijvers bijvoorbeeld verdedigbaar zijn dat in een bijbehorend bouwwerk bij een kapperszaak met een bedrijfsdoeleindenbestemming, een antiekwinkel wordt gevestigd.¹⁵⁴ Mijns inziens valt dit te voorkomen door die analoge toepassing. De bedrijfsfunctie van de antiekwinkel is dan (feitelijk) namelijk niet *direct* gerelateerd aan de bedrijfsfunctie van de kapperszaak. Het is echter aan de rechter om hier uiteindelijk een oordeel over te vellen.

Ten derde rijst de vraag wat onder een 'hoofdgebouw' moet worden verstaan. Blijkens artikel 1 lid 1 bijlage II van het Bor wordt onder een hoofdgebouw verstaan: 'gebouw, of gedeelte daarvan, dat noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de geldende of toekomstige bestemming van een perceel en, indien meer gebouwen op het perceel aanwezig zijn, gelet op die bestemming het belangrijkste is.' Dit begrip is geïntroduceerd ter vervanging van het begrip 'woning' in het Bblb (oud), omdat het mogelijk moest worden om ook bij niet-woningen vergunningvrij te bouwen. Tegenwoordig is het mogelijk om tevens bij bijvoorbeeld (agrarische) bedrijven, kantoren en winkels vergunningvrij te bouwen. Indien één gebouw op een perceel staat (weer is niet duidelijk gemaakt wat met 'perceel' wordt bedoeld), moet dus bekeken worden of dat gebouw noodzakelijk is gezien de (toekomstige) bestemming. Dat kan reeds onduidelijkheden opleveren. Wanneer is het 'noodzakelijk'?

Indien meer gebouwen op een perceel aanwezig zijn, moet daarnaast bekeken worden welke in planologisch opzicht de belangrijkste is. De nota van toelichting meldt dat het uitgangspunt is dat zich op een perceel nooit meer dan één hoofdgebouw bevindt.¹⁵⁵ Bij woonbestemmingen is dat evident de woning, bij een detailhandelsbestemming is het de winkel en bij bedrijven betreft het het bedrijfsgebouw.¹⁵⁶ Wat echter als het gaat om een groot agrarisch bedrijf met meerdere veestallen, of een industrieel perceel met diverse bedrijfsgebouwen en kantoren?¹⁵⁷ Indien het bijvoorbeeld een agrarisch bedrijf betreft met drie *gelijke* varkensstallen, dan worden ze volgens de uitleg van de regelgeving tezamen als hoofdgebouw gezien, terwijl ze niet fysiek met elkaar verbonden hoeven te zijn.¹⁵⁸ Immers, uitgangspunt is dat er één hoofdgebouw is. Wanneer zijn de varkensstallen echter gelijk? In hoeverre is daarvoor de omvang van die stallen relevant?

Dikwijls zal evident zijn dat de gebouwen op een perceel niet gelijk zijn. Welke is dan gelet op de bestemming het belangrijkste? Dat zal niet altijd even gemakkelijk te bepalen zijn: op een perceel met de enkele bestemmingsplanaanduiding 'intensieve veehouderij' staan bijvoorbeeld een varkensstal én een kippenstal. De (feitelijke) omstandigheden van het geval zullen dan kunnen gaan uitmaken welke stal de belangrijkste is. Verder is het onduidelijk wat onder 'bestemming' moet worden verstaan. Gaat het om de bestemming zoals die in het

¹⁵⁴ Zie: A.G.A. Nijmeijer e.a., *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Alpen aan de Rijn 2010, p. 21.

¹⁵⁵ Zie: NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 135.

¹⁵⁶ NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 133

¹⁵⁷ W. Ankersmit, *De Kleine Gids Vergunningvrij bouwen 2011*, Deventer 2010, p. 33.

¹⁵⁸ W. Ankersmit, *De Kleine Gids Vergunningvrij bouwen 2011*, Deventer 2010, p. 33.

bestemmingsplan staat (zoals de aanduiding ‘agrarisch’ in dat plan) of om de feitelijke functie die het gebouw binnen de bestemmingsplanregels vervult?¹⁵⁹ Daarbij is het mogelijk dat een perceel een dubbelbestemming heeft, er een primaire bestemming met een nevenbestemming geldt of dat er anderszins binnen de bestemmingsregeling meerdere gebruiksdoeleinden zijn toegestaan.¹⁶⁰ Dat maakt het er niet gemakkelijker op. In de jurisprudentie gewezen onder de Ww 2003 (oud), merkte de ABRS in gevallen meer dan één gebouw als hoofdgebouw aan.¹⁶¹ Nu in de nota van toelichting staat dat het een *uitgangspunt* is dat er één hoofdgebouw is, heb ik het vermoeden dat de ABRS ook onder de Wabo vaak meerdere gebouwen op een perceel als hoofdgebouw gaat aanmerken.¹⁶² Door deze uitzondering dikwijls toe te passen, wordt de bovenstaande problematiek gedeeltelijk omzeild. Als vaststaat dat het geen gelijke gebouwen betreft, is de vraag welk gebouw gezien de bestemming het belangrijkste is dan namelijk minder relevant. Deze omzeiling zal naar mijn mening daarom voornamelijk op grensgevallen worden toegepast. Duidelijker zal het er echter niet van worden.

Is de definitie van een bijbehorend bouwwerk duidelijk? Ik heb hiervan drie aspecten behandeld. Ten eerste is het niet voorspelbaar wat onder ‘perceel’ moet worden verstaan. Ten tweede is het niet altijd voorspelbaar wanneer sprake is van ‘functionele verbondenheid’. Ook met de jurisprudentie en de nota van toelichting in de hand komt men in gevallen niet veel verder. Deze vage norm is alleen maar relevanter geworden, nu het ook mogelijk is geworden om bij niet-woningen vergunningvrij te bouwen. Ik voorzie bij deze niet-woningen veel onvoorspelbare gevallen. Daar komt bij dat de problematiek niet snel uitgekristalliseerd zal raken, door de vele mogelijke gevallen. Een soortgelijk verhaal geldt voor de nieuwe term ‘hoofdgebouw’.

5.3.2 Achtererfgebied

Ook het begrip ‘achtererfgebied’ is nieuw. Blijkens artikel 2 onderdeel 3 aanhef en artikel 3 onderdeel 1 bijlage II van het Bor, mogen bijbehorende bouwwerken enkel in het achtererfgebied worden gebouwd (als gevolg van de voor-achterkant benadering). Het begrip is de opvolger van de termen ‘achtergevel’ en ‘zijgevel’ uit het oude Bblb (door deze oude benadering konden overigens lege hoeken ontstaan, indien bij een woning zowel aan de achtergevel en aan de zijgevel werd gebouwd; de ruimte tussen deze twee bouwsels kon niet bebouwd worden). In artikel 1 lid 1 bijlage II van het Bor staat de definitie van ‘achtererfgebied’: ‘*erf* aan de achterkant en de niet naar *openbaar toegankelijk gebied* gekeerde zijkant, op meer dan 1 m van de voorkant, van het *hoofdgebouw*.’ Het is in de praktijk feitelijk niet altijd eenvoudig om de voorkant, de achterkant en de zijkant van een gebouw te bepalen. In deze scriptie concentreer ik me echter op de gecursiveerde begrippen. Hierboven heb ik het reeds over ‘hoofdgebouwen’ gehad. Over ‘openbaar toegankelijke gebieden’ kom ik verderop te spreken.

¹⁵⁹ Uit ABRS 25 november 2009, *Gst.* 2010, 59, m.nt. A.G.A. Nijmeijer valt te abstraheren dat gekeken wordt naar de feitelijke functies van de gebouwen, gerelateerd aan de geldende bestemmingsplanregelingen.

¹⁶⁰ Zie de noot van A.G.A. Nijmeijer bij ABRS 25 november 2009, *Gst.* 2010, 59.

¹⁶¹ Zie: ABRS 21 november 2007, nr. 200700838/1 en ABRS 25 november 2009, *Gst.* 2010, 59, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

¹⁶² Zo ook Nijmeijer in de noot bij de in voetnoot 161 genoemde uitspraak.

Op deze plaats wil ik me concentreren op het begrip 'erf'. Dit begrip bestond ook al onder vigeur van het Bblb (oud) en is ongewijzigd overgenomen. In artikel 1 lid 1 bijlage II van het Bor wordt de term gedefinieerd als: 'al dan niet bebouwd perceel, of een gedeelte daarvan, dat direct is gelegen bij een hoofdgebouw en dat in feitelijk opzicht is ingericht ten dienste van het gebruik van dat gebouw, en, voor zover een bestemmingsplan of een beheersverordening van toepassing is, deze die inrichting niet verbieden.' In de jurisprudentie voor de inwerkingtreding van de Wabo is deze term verscheidene keren aan bod gekomen, omdat het begrip vragen opwierp. Die jurisprudentie is nu nog steeds relevant.¹⁶³ De uit die uitspraken (niet eenvoudig) te abstraheren criteria echter, bieden ook niet al te veel houvast. Uitgangspunt lijkt te zijn dat het gehele (kadastrale) perceel als erf aangemerkt kan worden. Van belang is dan wel dat (een gedeelte van) het perceel (feitelijk) in een functionele relatie staat tot het gebouw. Het terrein dient feitelijk ingericht te zijn als erf. Hierbij is tevens relevant dat het perceel in ruimtelijk opzicht in relatie tot dat gebouw staat. Ten slotte geldt dat de planologische regelgeving de feitelijke inrichting ten dienste van een gebouw niet verbiedt.¹⁶⁴

In de nota van toelichting bij het Bor probeerde de regelgever de definitie enigszins te verduidelijken¹⁶⁵: 'uitgangspunt is dat het gehele perceel bij een hoofdgebouw in beginsel als erf kan worden aangemerkt. Echter, uit de systematiek van een bestemmingsplan (...) kan voortvloeien dat bepaalde verder van het hoofdgebouw af gelegen delen van een perceel niet als erf aangemerkt kunnen worden. Dit zal in beginsel uitsluitend het geval kunnen zijn bij percelen van een aanzienlijke omvang, veelal gelegen buiten de bebouwde kom.' Bij die omvangrijke percelen wordt in de nota van toelichting, kort gezegd, een verband gelegd met de zogenoemde bouwblokken uit de planologische regelgeving; buiten die bouwblokken is geen sprake van een 'erf'.

Is het begrip duidelijk, de jurisprudentie en de nota van toelichting bij de hand hebbende? Ten aanzien van bijvoorbeeld arbeiderswoningen in de binnenstad met kleine tuintjes zal het niet veel problemen opleveren. De (kadastrale) grens is dan tevens het erf. Indien sprake is van een bouwblok, zal de term ook niet veel problemen opleveren. Dat houdt verband met het laatstgenoemde criterium uit de jurisprudentie en de slotzin van de wettelijke definitie; de planologische regelgeving verbiedt in dat geval de feitelijke inrichting ten dienste van een gebouw.¹⁶⁶ Lastiger is het echter bij omvangrijke percelen, terwijl geen sprake is van een bouwblok of de planologische regelgeving bouwen op een gedeelte van een perceel anderszins niet verbiedt. Een voorbeeld daarvan is een woning met daarbij een groot perceel, geheel bestemd als 'tuin' (zonder bouwverboden uit de planologische regelgeving). Een tuin zal veelal in ruimtelijk opzicht ten dienste staan van een woning. Maar stel dat die tuin 150 meter diep is; is het achtergedeelte dan nog direct gelegen bij het hoofdgebouw? Geldt dan de uitzondering op het beginsel dat het gehele (kadastrale) perceel als erf aangemerkt wordt? In de jurisprudentie werd in een geval 150 meter als te ver weg gelegen gezien.¹⁶⁷ Echter, in die uitspraak werd de dubbele motivering gebruikt dat het perceel in

¹⁶³ Zie ABRS 5 oktober 2005, *BR* 2006, p. 147, m.nt. B. Rademaker; ABRS 15 maart 2006, nr. 200505896/1; ABRS 19 april 2006, nr. 200506690/1 en ABRS 23 april 2008, *BR* 2008, 121, m.nt. E. de Jong.

¹⁶⁴ Zie de noten bij ABRS 5 oktober 2005, *BR* 2006, p. 147, m.nt. B. Rademaker en ABRS 23 april 2008, *BR* 2008, 121, m.nt. E. de Jong.

¹⁶⁵ Zie: NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 134-135.

¹⁶⁶ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Tekst & Commentaar, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht*, Deventer 2010, p. 296.

¹⁶⁷ Zie: ABRS 19 april 2006, nr. 200506690/1.

ruimtelijk opzicht niet ten dienste stond van de woning, omdat op dat gedeelte de bestemmingen 'onverharde weg' en 'plantsoen, groenstrook en wegberm' golden. Welk criterium was in die uitspraak doorslaggevend? Indien in die uitspraak wel de bestemming 'tuin' gold met dezelfde afstand, was de uitkomst dan anders geweest? Naar mijn idee worden de feitelijke omstandigheden en het planologisch verband als criteria niet altijd even strikt genoeg gescheiden. Meer in het algemeen; welke afstand is überhaupt te groot?

Een ander voorbeeld betreft een geval dat een gedeelte van een groot perceel bestemd als 'tuin', gebruikt wordt als moestuin en in planologisch opzicht gerelateerd is aan de woning. Er kan dan gesteggeld worden over de vraag of dat gedeelte in feitelijk opzicht gerelateerd is aan de woning. Maakt het dan bijvoorbeeld verschil of aan een derde het genot van die moestuin is verschaft? De verwarring ligt mede hierin, dat in de jurisprudentie de feitelijke omstandigheden sec nog niet aan bod zijn gekomen voor de vraag of sprake is van een erf. Steeds speelden de planologische criteria een rol (van doorslaggevende betekenis).

Ook de vraag of een terreingedeelte in planologisch opzicht gerelateerd is aan de bestemming van het woongebouw kan tot vragen leiden. Is een 'groenbestemming' bijvoorbeeld planologisch gerelateerd aan een 'woonbestemming'. Al met al is deze materie niet eenvoudig. Daar komt bij, dat hedendaags meer combinaties van concrete gevallen mogelijk zijn, omdat als gezegd ook bij niet-woningen bijbehorende bouwwerken gebouwd kunnen worden.

Ik raad aan om bij een toekomstige casus hieromtrent de navolgende vragen achtereenvolgens te beantwoorden, om erachter te komen of een uitzondering op de regel geldt dat het gehele (kadastrale) perceel als erf aangemerkt wordt: 1) verbiedt de planologische regelgeving de feitelijke inrichting van een perceel ten dienste van een gebouw überhaupt (bouwverboden door bijvoorbeeld bouwblokken? Zo ja, dan is geen sprake van een erf. 2) Zo nee, is er dan in planologisch opzicht een relatie tussen dat gedeelte van het perceel en het gebouw? Zo nee, dan is geen sprake van een erf. 3) Zo ja, staat dat gedeelte van het perceel dan feitelijk ten dienste van het gebouw? Zo nee, dan is van een erf geen sprake. 4) Zo ja, is dan de afstand tussen dat gedeelte van het perceel en het gebouw te groot? Enkel indien ook de afstand niet te groot is, zal van een erf sprake zijn. Indien ook de rechtspraak deze lijn strakker zal aanhouden, zal het begrip erf duidelijker worden. Onder meer de verhoudingen tussen de criteria zullen dan beter zichtbaar worden.

Hoe zit het nu met de duidelijkheid van het begrip 'erf'? In de praktijk zal het dikwijls duidelijk zijn wanneer daarvan sprake is. Immers, veel mensen (in steden) hebben kleine tuintjes waarbij de hoofdregel meestal zal gelden dat het gehele (kadastrale) perceel als 'erf' aangemerkt kan worden. Op het platteland bestaan vaak bouwblokken. In dat geval is men er ook zo uit. Buiten het bouwblok is geen sprake van een erf. Echter, is van deze gevallen geen sprake, dan is de voorspelbaarheid niet altijd even goed. Ten eerste is de jurisprudentie nog niet helder over de verhoudingen tussen de hierboven genoemde (planologische en feitelijke) criteria. Ten tweede zijn de criteria op zichzelf niet zeer concreet. Wanneer bestaat bijvoorbeeld een planologische relatie tussen een gedeelte van een perceel en een gebouw. En in welk geval staat een gedeelte van een perceel feitelijk ten dienste van een gebouw. In gevallen zal de voorspelbaarheid dus zeker niet goed zijn.

De paragrafen van dit hoofdstuk hierboven hadden betrekking op artikel 2 onderdeel 3 én artikel 3 onderdeel 1 bijlage II van het Bor. Indien men het laatstgenoemde artikel bekijkt,

blijkt dat hiermee alle eisen en definities uit dit artikel besproken zijn (mits het bouwwerk niet hoger is dan 5 meter en het op de grond staat). Indien vaststaat dat een bouwplan niet in strijd is met de planologische regelgeving, zijn dus enkel bovenstaande knelpunten relevant. De hieronder te bespreken onderwerpen omtrent bijbehorende bouwwerken hebben enkel betrekking op artikel 2 onderdeel 3 bijlage II van het Bor.

5.3.3 Openbaar toegankelijk gebied

Op grond van artikel 2 onderdeel 1 onder c bijlage II van het Bor mogen bijbehorende bouwwerken enkel op een afstand van meer dan 1 meter vanaf openbaar toegankelijk gebied staan (tenzij geen redelijke eisen van welstand van toepassing zijn). Dit ter bescherming van de ruimtelijke kwaliteit van het publieke domein (voor-achterkant benadering). Ook het begrip 'openbaar toegankelijk gebied' is nieuw. Het is de overkoepelende vervanger van de begrippen 'weg' en 'openbaar groen' uit het Bblb (oud), ter vergroting van de praktische hanteerbaarheid.¹⁶⁸ In artikel 1 lid 1 bijlage II van het Bor is de term gedefinieerd: 'weg als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder b, van de Wegenverkeerswet 1994, alsmede pleinen, parken, plantsoenen, openbaar water en ander openbaar gebied dat voor publiek algemeen toegankelijk is (...).' De Wegenverkeerswet 1994 definieert 'weg' als volgt: 'alle voor het openbaar verkeer openstaande wegen of paden (...) en de tot die wegen behorende paden en berm en zijkanten.' In de jurisprudentie is verscheidene keren aan bod gekomen of een berm aangemerkt kon worden als 'weg'.¹⁶⁹ Dat is dus niet altijd even duidelijk. Uitgemaakt is dat indien een weg voor het verkeer openstaat, dat niet alleen geldt voor die weg maar ook voor de tot die weg behorende berm. Dat een berm niet of niet geheel voor het publiek toegankelijk is, maakt dat niet anders.¹⁷⁰ Door dit laatste verdient het dus aanbeveling om in een concreet geval eerst te bekijken of sprake is van een 'weg', dus vóór de beoordeling of sprake is van een voor het publiek algemeen toegankelijk gebied als bedoeld in de tweede zinsnede van artikel 1 lid 1 bijlage II van het Bor.

Uit de nota van toelichting blijkt dat 'met toegankelijkheid wordt bedoeld dat het openbaar gebied geschikt moet zijn om te betreden. Stroken restgroen die niet bedoeld zijn om te betreden, zijn niet toegankelijk en kunnen in de zin van deze regeling dan ook niet aangemerkt worden als 'openbaar toegankelijk gebied'.¹⁷¹ Indien vaststaat dat geen sprake is van een 'weg' dient men dus te beoordelen of een stuk grond geschikt en bedoeld is om te betreden. In veel gevallen zal dat duidelijk zijn. Er staat bijvoorbeeld een bankje of een prullenbak op een stuk gras, of er is sprake van een uitdrukkelijke hondenuitlaatplaats. Ook kan door een omheining duidelijk gemaakt worden, dat het niet de bedoeling is om een stuk grond te betreden (wel kan in dat geval dus nog sprake zijn van een weg, zoals hierboven beschreven). Wat echter als een stuk groen geschikt is om te betreden, maar er verder geen uiterlijke kenmerken ter plaatse zijn? Wanneer is een stuk groen dan bedoeld om te betreden? Dat zal per geval bekeken moeten worden. Mijns inziens een moeilijk te beantwoorden vraag in bepaalde situaties, dus ook voor een bouwer met een bouwplan.¹⁷²

¹⁶⁸ NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 137.

¹⁶⁹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen 29 september 2010, LJN BN8604, nrs. 10/1390 en 10/1391.

¹⁷⁰ Zie: ABRS 6 augustus 2008, nr. 200708818/1. In casu had een burger een stuk van een bij de weg behorende berm bij zijn tuin betrokken door paaltjes en een buxushaag te plaatsen.

¹⁷¹ NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 138.

¹⁷² Zie voor wat luchtige voorbeelden: <http://www.olifantenpaadjes.nl/> (laatst geraadpleegd op 11 mei 2011).

Concluderend kan gesteld worden dat de duidelijkheid van het begrip ‘openbaar toegankelijk gebied’ niet altijd even goed is. Ten eerste blijkt dat gesteggeld kan worden over de vraag wanneer sprake is van een ‘weg’.¹⁷³ Daarbij moge het duidelijk zijn dat het in gevallen niet altijd voorspelbaar is of een stuk grond *geschikt* en *bedoeld* is om te betreden.

5.3.4 Functioneel ondergeschikt

Hierboven zagen we dat bijbehorende bouwwerken in functioneel (planologisch) opzicht verbonden moeten zijn een hoofdgebouw. In artikel 2 onderdeel 3 sub a onder 4 bijlage II van het Bor geldt de aanvullende eis dat bijbehorende bouwwerken, in beginsel gelegen buiten de zone van 2,5 meter¹⁷⁴, tevens functioneel ondergeschikt moeten zijn aan een hoofdgebouw. De nota van toelichting meldt hierover dat het dient te gaan om een gebruik dat ondersteunend is aan de primitieve functie overeenkomstig de planologische bestemming van het hoofdgebouw. Enkel ten aanzien van woningen beschrijft de toelichting verder enkele voorbeelden. De hierbij bedoelde bijbehorende bouwwerken mogen niet gebruikt worden voor primaire woonfuncties, zoals een keuken, een woonkamer of een slaapkamer. Verder worden voorbeelden van bijbehorende bouwwerken met een ondergeschikte functie genoemd: een garage/berging, een bijkeuken, een atelier, een tuinhuisje, een fietsenberging of een hobbyruimte.¹⁷⁵ Naar mijn mening zal dit in de praktijk niet veel problemen opleveren. Echter, wanneer is een bijbehorend bouwwerk in functioneel opzicht ondergeschikt aan een (agrarisch of industrieel) bedrijfspand, een winkel of een kantoor? Het is mijns inziens goed mogelijk dat gevallen gaan opduiken waarbij dat niet geheel duidelijk is, vooral bij bedrijven door de diversiteit daarvan. Denk bijvoorbeeld aan bijbehorende bouwwerken met daarin een technische ondersteuning ten behoeve van het bedrijfspand waarin de daadwerkelijke bedrijfsactiviteiten plaatsvinden. Die technische ondersteuning kan namelijk wel *noodzakelijk* zijn om die daadwerkelijke bedrijfsactiviteiten uit te kunnen voeren. Kan in dat geval nog gesproken worden van ‘functionele ondergeschiktheid’? Ook kan gesteld worden dat een berging voor de bevoorrading van winkels noodzakelijk is en daarmee dus niet functioneel ondergeschikt is aan de primaire winkelfunctie (het leveren van goederen). In een woning zonder berging kan men wonen. In een winkel zonder berging, kan men uiteindelijk geen goederen leveren.

Gesteld kan dus worden dat de voorspelbaarheid omtrent de ‘functionele ondergeschiktheid’ niet altijd even goed is. Dat heeft mijns inziens vooral te maken met het feit dat het tegenwoordig ook bij niet-woningen is toegestaan vergunningvrij te bouwen. De rechter zal in de vele nieuwe mogelijke gevallen de knoop moeten doorhakken.

¹⁷³ Voor het begrip ‘weg’ wordt overigens verwezen naar de Wegenverkeerswet 1994. Dat komt de vindbaarheid weer niet ten goede.

¹⁷⁴ Zie ook artikel 7 bijlage II Bor.

¹⁷⁵ NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 143.

5.3.5 De relatie met planologische regelgeving en welstandscriteria

Uit de bespreking van bovenstaande begrippen is te abstraheren dat ook indien vooropgesteld zij, dat een bouwactiviteit niet in strijd is met de planologische regelgeving als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo (en het onderscheid tussen artikel 2 en artikel 3 bijlage II van het Bor dus irrelevant wordt), de planologische regelgeving in gevallen toch van betekenis kan zijn. We hebben namelijk gezien dat buiten deze systematische relatie, de tekst in bijlage II van het Bor zelf bij sommige begrippen (zie bijvoorbeeld de besproken definitie van het begrip 'hoofdgebouw') en eisen (zie bijvoorbeeld de eis dat het gebruiksdoel 'functioneel ondergeschikt' moet zijn) een verband met de planologische regelgeving legt. Dat geschiedt overigens niet enkel ten aanzien van bijbehorende bouwwerken, maar ook bij bijvoorbeeld erf- of perceelafscheidingen (artikel 2 onderdeel 12), vlaggenmasten (artikel 2 onderdeel 13) of bouwwerken ten behoeve van agrarische bedrijfsvoering (artikel 3 onderdeel 6).

Voor de vraag of een bouwactiviteit vergunningvrij is, moet daarom *naast* bijlage II van het Bor vaak de planologische regelgeving bij de hand gehouden worden. Dat komt de vindbaarheid niet ten goede, in die zin dat men naar meer regels moet kijken die ook nog eens in verschillende regelingen staan. In de vorige paragrafen is reeds aan de hand van enkele begrippen en/of eisen helder geworden, dat deze relatie af kan doen aan de voorspelbaarheid omtrent de vraag of een vergunning voor bouwen vereist is. Daar komt bij dat knelpunten die op zichzelf optreden bij de enkele bestudering van bijvoorbeeld bestemmingsplannen, zijn doorgetrokken naar de vraag of voor bouwen een vergunning is vereist (bijvoorbeeld knelpunten bij de vraag of wel van een geldig bestemmingsplan sprake is).

Een soortgelijk verhaal geldt voor de welstand. Zoals we gezien hebben, moeten bijbehorende bouwwerken op een afstand van meer dan 1 meter vanaf openbaar toegankelijk gebied gelegen zijn. Dit geldt echter niet, indien geen redelijke eisen van welstand van toepassing zijn (artikel 2 onderdeel 3 sub b onder 4 slot). Deze uitzondering is bijvoorbeeld ook terug te vinden bij dakkapellen (artikel 3 onderdeel 3 sub a) en erf- of perceelafscheidingen (artikel 2 onderdeel 12 sub b onder 3 slot). Deze exceptie is nieuw ten opzichte van het Bblb (oud). *Naast* bijlage II moet men dus bij bepaalde bouwwerken, tevens de welstandsnota als beschreven in hoofdstuk 3 bij de hand hebben, wat een negatieve invloed heeft op de vindbaarheid. Men moet namelijk naar meer regels kijken die in verschillende regelingen staan. Onder het Bblb (oud) was hier dus nog geen sprake van. In hoeverre is het voorspelbaar of redelijke eisen van welstand gelden? Zoals we hierboven gezien hebben kan de gemeenteraad op grond van artikel 12 lid 2 Ww bepaalde gebieden in de gemeente als welstandsvrij aanmerken. In de praktijk ziet men dat gemeenteraden bijvoorbeeld gehele wijken als welstandsvrij aanmerken. In dat geval zal het niet moeilijk te bepalen zijn of redelijke eisen van welstand van toepassing zijn. Uit genoemd artikel blijkt tevens dat gemeenteraden bepaalde categorieën van bouwwerken kunnen aanwijzen, waarop geen redelijke eisen van welstand van toepassing zijn. Zo kan een gemeenteraad bepalen dat voor bijbehorende bouwwerken in het geheel geen redelijke eisen van welstand van toepassing zijn. Uit de praktijk blijkt echter dat gemeenteraden het al dan niet welstandsvrij zijn van bepaalde bouwwerken wel laten afhangen van nadere eisen. De vraag rijst dan of

die voorwaarden altijd even voorspelbaar zijn. Het reikt echter te ver om daar op deze plaats op in te gaan.¹⁷⁶

Al met al levert de relatie die in de tekst van bijlage II van het Bor gelegd wordt met de planologische regels en de welstand een complicerende factor op. Het resultaat is namelijk dat voor de vraag of van vergunningvrij bouwen sprake is, *naast* de tekst van bijlage II van het Bor de planologische regelgeving en de regels omtrent de welstand gehouden moeten worden. Dat gaat ten koste van de vindbaarheid. Daarbij wordt de voorspelbaarheid minder, onder andere omdat knelpunten uit de planologische regelgeving en de welstandsregelgeving zijn geïntegreerd in de vraag of van vergunningvrij bouwen sprake is. In hoofdstuk 4 hebben we gezien dat deregulering tot detaillering van regelgeving kan leiden, indien toch enkele inhoudelijke belangen (als de ruimtelijke kwaliteit) gewaarborgd blijven. Daar is dit alles een goed voorbeeld van.

5.4 Veranderingen van bestaande bouwwerken

Artikel 3 onderdeel 7 bijlage II van het Bor is een restcategorie. Alle veranderingen van bouwwerken kunnen hieronder vallen, zolang de bouwactiviteiten maar niet in artikel 2 of in de andere onderdelen van artikel 3 genoemd zijn (zie artikel 5 bijlage II Bor). Het betreft de vervanger van artikel 3 lid 1, geletterd onderdeel k van het Bblb (oud). Laatstgenoemde bepaling ging over ‘veranderingen van niet-ingrijpende aard’ aan bestaande bouwwerken. Over dit artikel is veel jurisprudentie verschenen, omdat de ‘niet-ingrijpendheid’ een eis op zichzelf was waar zelfstandig aan moest worden getoetst. De voorwaarde bleek tot interpretatieproblemen te leiden en leidde tot casuïstiek in de rechtspraak. De regelgever heeft daarom – terecht – gekozen om de ‘niet-ingrijpendheid’ als zelfstandige toetsingsnorm te laten vervallen. De vervanger met betrekking tot ‘veranderingen van niet ingrijpende aard’ uit het Bblb (oud) ten opzichte van bijlage II van het Bor is wat dat betreft dus verbeterd. Indien tegenwoordig namelijk aan de eisen in artikel 3 onderdeel 7 van bijlage II van Bor is voldaan, *acht* de regelgever de bouwactiviteiten als zijnde niet-ingrijpend.¹⁷⁷

Een verandering van een bestaand bouwwerk is blijkens artikel 3 onderdeel 7 vergunningvrij, mits wordt voldaan aan de volgende cumulatieve eisen: a) geen verandering van de draagconstructie, b) geen verandering van de (sub)brandcompartimentering c) geen uitbreiding van de bebouwde oppervlakte en d) geen uitbreiding van het bouwvolume. Let overigens op het verband met het hierboven geschrevene omtrent ‘gewoon onderhoud’. Indien blijkt dat geen sprake is van het behouden van een bouwwerk, kan nog altijd sprake zijn een (niet-ingrijpende) wijziging als bedoeld in dit artikel. Dat is het geval als bijvoorbeeld een verandering van het uiterlijk optreedt.

Is artikel 3 onderdeel 7 bijlage II van het Bor nu duidelijk? Dat geen verandering met betrekking tot de draagconstructie mag plaatsvinden, is overgenomen uit het Bblb (oud). Wat onder een draagfunctie moet worden verstaan, is nergens gedefinieerd. Het gaat eenvoudig gezegd om die constructies die ervoor moeten zorgen dat het bouwwerk niet instort. Het moge duidelijk zijn dat men enig bouwtechnisch inzicht moet hebben om dat te kunnen bepalen. En dat heeft niet iedereen. Dat de (sub)brandcompartimentering (als

¹⁷⁶ Zie over de duidelijkheid van welstandsregels in de welstandsnota: A.G.A. Nijmeijer, *Evaluatie Welstandszorg Woningwet 2003*, Nijmegen 2007.

¹⁷⁷ Zie: NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 157.

bedoeld in het Bouwbesluit 2003) niet mag wijzigen is een nieuwe eis ten opzichte van het Bblb (oud). Een brandcompartiment wordt in artikel 1.1 lid 1 Bouwbesluit 2003 als: 'gedeelte van een of meer bouwwerken, bestemd als maximaal uitbreidingsgebied van brand'. Ten eerste is deze materie, voortvloeiend uit het Bouwbesluit 2003 (vindbaarheid), een zeer bouwtechnische aangelegenheid. Dat moge zo zijn, ten tweede kan de vraag gesteld worden wat onder een verandering wordt verstaan. Is bijvoorbeeld het vervangen van een loopdeur in een roldeur in een brandcompartiment aan te merken als een verandering? De meningen lopen uiteen.¹⁷⁸ De voorspelbaarheid is aldus niet altijd optimaal.

Net als in het Bblb (oud) is bepaald dat de bebouwde oppervlakte niet mag veranderen. In bijlage II van het Bor is daaraan toegevoegd dat tevens het bouwvolume niet mag veranderen. Het aanbrengen van uitbreidingen op bestaande bouwlagen valt daarom niet onder het hier bedoelde artikel. Voor beide eisen geldt evenwel artikel 1 lid 2 onderdeel c bijlage II van het Bor. Uitstekende delen van ondergeschikte aard tot een maximum van een halve meter blijven hierbij buiten beschouwing. Met betrekking tot de uitbreiding van de oppervlakte noemt de nota van toelichting overstekken, raamdorpels en regengoten als zijnde zulke ondergeschikte delen. Ten aanzien van de uitbreiding van het bouwvolume meldt de nota van toelichting dat ventilatie- of rookafvoerpijpjes, kleine schoorstenen en andersoortige veranderingen en toevoegingen kunnen worden aangebracht.¹⁷⁹ De regelgever heeft deze uitzondering ontleend aan de jurisprudentie.¹⁸⁰ De codificatie hiervan in het bijlage II van het Bor, is een goede zaak voor de duidelijkheid. Al helemaal nu de regelgever een expliciete afstand van een halve meter als eis noemt (in de genoemde uitspraken is geen bepaalde afstand als vaste norm vermeld). Is het eenvoudig te bepalen of van een 'uitstekend deel van ondergeschikte aard' sprake is? Mijns inziens is dat het geval. De grens ligt naar mijn mening namelijk daar, waar het voor ieder weldenkend mens duidelijk is dat geen sprake is van ondergeschiktheid. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een klein afdakje ten behoeve van opslag van stookhout. Met de nota van toelichting in de hand met de daarin genoemde voorbeelden, zal dit al helemaal nauwelijks problemen opleveren.

Ik vermoed aldus dat het redelijk voorspelbaar zal zijn of de uitzondering in dit artikel van toepassing is. Enkel ten aanzien van (sub)brandcompartimenten zijn gemakkelijker relevante knelpunten te bedenken. Wel is enige bouwtechnische kennis vereist. Daarbij moet het Bouwbesluit 2003 *naast* het hier bedoelde artikel gehouden worden, wat ten koste gaat van de vindbaarheid. Ook hier ziet men weer dat deregulering tot detaillering van regelgeving kan leiden. In dit geval zijn de veiligheidsaspecten namelijk niet uit het oog verloren voor de vraag of een verandering van een bestaand bouwwerk vergunningvrij is. Bouwers mogen niet zonder een vergunning nodig te hebben aan draagconstructies en (sub)brandcompartimenten zitten.

¹⁷⁸ Zie voor deze discussie: <http://www.omgevingsvergunning.com/newspad/newsletter.asp?article=3042> (laatst geraadpleegd op 23 mei 2011).

¹⁷⁹ NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 158.

¹⁸⁰ Zie: ABRS 21 juni 2006, nr. 200507269/1 en ABRS 10 oktober 2007, nr. 200700375/1.

5.5 Tuinmeubilair

Blijkens artikel 2 onderdeel 10 bijlage II van het Bor is voor 'tuinmeubilair' geen vergunning vereist, mits het niet hoger dan 2,5 meter is.¹⁸¹ De nota van toelichting noemt pergola's en zonnewijzers als voorbeelden.¹⁸² In de rechtspraak is in het verleden verscheidene malen uitspraak gedaan over de vraag of van tuinmeubilair sprake was. Het begrip is dus niet altijd voor één interpretatie vatbaar. Zo is uitgemaakt dat vijvers en vlonders niet als tuinmeubilair kunnen worden gezien.¹⁸³ Bepaalde tuinverlichtingsobjecten zijn wel weer als zodanig aangemerkt.¹⁸⁴ Verder stelt de ABRS als eis dat enkel op de grond staande objecten onder de hier bedoelde uitzondering vallen.¹⁸⁵⁻¹⁸⁶

Uit de genoemde jurisprudentie blijkt dat de rechters zich de vraag stellen of een bepaald object (als een vijver of vlonder), gelijk is te stellen met de genoemde voorbeelden in de nota van toelichting (pergola's en zonnewijzers). Soms is dit overduidelijk wel, soms is dit overduidelijk niet het geval. Ik vermoed echter dat bij bepaalde bouwsels die vraag wat moeilijker te beantwoorden is. Gebruik makend van de genoemde voorbeelden in de nota van toelichting lijkt de rechtspraak sierobjecten eerder als tuinmeubilair aan te merken, dan andere (functionele) objecten.¹⁸⁷ Echter, het zal niet altijd even duidelijk zijn of nu sprake is van een sierobject of van een functioneel object. Denk bijvoorbeeld aan een prachtig uitzierende waterpomp in de tuin. Wordt die ook gebruikt, of staat die daar enkel voor de sier? Voorspelbaar is het begrip 'tuinmeubilair' dus niet altijd.

Met de bespreking van dit artikel over 'tuinmeubilair' wilde ik tot slot laten zien dat ook ten aanzien van op het eerste gezicht meer concreet benoemde bouwsels interpretatieproblemen kunnen rijzen (voorspelbaarheid). En dan hebben we het nog niet gehad over bijvoorbeeld vlaggenmasten, sport- en speeltoestellen of antenne-installaties. Echter, in dit geval had de regelgever ook de keuze kunnen maken om alle soorten tuinmeubilair (pergola's, zonnewijzers enzovoorts) expliciet in bijlage II van het Bor te benoemen. De keuze van de regelgever echter om dit niet te doen en het algemenere begrip 'tuinmeubilair' te kiezen is in het licht van de vindbaarheid (minder regels) niet vreemd. Ook al kan dit in gevallen ten koste gaan van de voorspelbaarheid. Daarbij zouden bepaalde objecten vergeten kunnen worden om in de tekst op te nemen en zouden in het geheel nieuwe gevallen kunnen opduiken.

¹⁸¹ Onder het Bblb (oud) gold een maximale hoogte van twee meter.

¹⁸² NvT Bor, *Stb.* 2010, 143, p. 149.

¹⁸³ Zie: ABRS 16 april 2008, nr. 200705209/1 respectievelijk ABRS 4 oktober 2006, nr. 200600095/1.

¹⁸⁴ Zie: ABRS 11 februari 2009, nr. 200803985/1.

¹⁸⁵ Zie: ABRS 23 april 2008, nr. 200706442/1.

¹⁸⁶ A.G.A. Nijmeijer e.a., *Tekst & Commentaar, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht*, Deventer 2010, p. 307-308.

6. Conclusie

De uitzondering op de hoofdregel dat voor de activiteit bouwen een vergunning vereist is, is in de loop der jaren steeds verder verruimd. Sinds de invoering van een expliciete uitzondering op die vergunningplicht in een wet in formele zin, namelijk de Ww 1962 (oud), heeft de wetgever er door herzieningen van de Woningwet voor gezorgd, dat steeds in minder gevallen een vergunning voor bouwen nodig is. Telkens vloeide dit (voor een belangrijk deel) voort uit dereguleringsoogpunt en uit het streven naar vermindering van de financiële en administratieve lasten van burgers en bedrijven met een bouwplan. Echter, met deze verruiming zijn individuele belangen van burgers (als derden zijnde), alsmede algemene maatschappelijke belangen zoals veiligheid, gezondheid en ruimtelijke kwaliteit niet door de wetgever uit het oog verloren.

Met de invoering van de Wabo heeft de meest recente herziening van het vergunningvrij bouwen plaatsgevonden. De categorie vergunningvrije bouwwerken is (ten opzichte van het Bblb) wederom verder verruimd in het kader van deregulering en vermindering van de administratieve lasten. Daarbij is gepoogd om de praktische toepasbaarheid van de regeling voor het vergunningvrij bouwen verder te verbeteren en knelpunten in de uitvoering daarvan weg te nemen, onder meer door het schrappen van enkele verwarrende begrippen die in het Bblb stonden.

De door de overheid gestelde doelen klinken uiteraard voordelig. In mijn onderzoek heb ik ten eerste echter bekeken welke algemeen bestuursrechtelijke knelpunten en nadelen aan het stelsel van vergunningvrij bouwen verbonden zijn. Ik heb me daarbij toegespitst op (punten die verband houden met) het 'formele rechtszekerheidsbeginsel', die ik gemakshalve heb aangeduid als 'de rechtszekerheid'. De navolgende aspecten waren daarbij van belang: ten eerste moet een burger (met een bouwplan) tijdig zijn concrete rechtspositie ten opzichte van de overheid kunnen bepalen. Hij wil namelijk concreet weten of 1) een vergunning voor zijn bouwwerk is vereist en 2) of aan de algemene regels voldaan wordt. Hierbij geldt dat hij minder geïnteresseerd is in de (abstracte) rechtsregels. Ten tweede moeten algemene regelingen duidelijk zijn. De duidelijkheid is op te splitsen in 'voorspelbaarheid' en 'vindbaarheid', waartussen een evenwichtssituatie kan bestaan. In die situatie is de rechtszekerheid optimaal.

Allereerst is gebleken dat deregulering (het steeds meer vergunningvrij worden van bouwwerken), samen met mogelijke andere oorzaken, tot detaillering van regelgeving leidt. Bijlage II van het Bor is een omvangrijke en gedetailleerde regeling (bekijk bijvoorbeeld het onderdeel omtrent 'bijbehorende bouwwerken'). Dit komt omdat bepaalde bouwactiviteiten die eerder wel onder de vergunningplicht vielen, door de verruiming namelijk *opgesomd* moeten worden ter uitzondering op die algemene hoofdregel. Een uitzondering leidt aldus tot een extra regel. Doordat de wetgever daarnaast individuele belangen van particulieren en het algemene maatschappelijke belang niet uit het oog verliest, treedt een nog verdere detaillering van het stelsel van vergunningvrij bouwen op. Immers, de uitzonderingen moeten dan genuanceerd worden. Dit is ten eerste terug te zien in het wettelijk systeem; onder het oude Bblb bestond een driedeling van vergunningvrije bouwwerken, licht-vergunningplichtige bouwwerken en regulier vergunningplichtige bouwwerken. Onder vigeur van de Wabo bestaat een differentiatie tussen vergunningvrije bouwwerken die wel en die niet preventief aan planologische regelgeving getoetst moeten worden. Ten tweede is

dit te zien in de teksten van het oude Bblb en bijlage II van het Bor. Zo wordt in de tekst van bijlage II van het Bor een onderscheid gemaakt tussen ‘achterdakvlakken’ en ‘andere dakvlakken’ om gedeeltelijk de ruimtelijke kwaliteit te kunnen waarborgen. Dit alles leidt tot een grotere omvang van de toe te passen regelgeving, wat de vindbaarheid niet ten goede komt. Daarbij is een grotere omvang van regelgeving ook van invloed op de voorspelbaarheid. Deze beide factoren beïnvloeden op hun beurt gezamenlijk de rechtszekerheid.

Door de verruiming van het vergunningvrij bouwen, ligt de nadruk steeds meer op een repressieve toetsing. De preventieve toetsing wordt steeds minder relevant. Dit heeft een nadelige invloed op de rechtszekerheid van een bouwer met een bouwplan die zich afvraagt of aan de algemene regels is voldaan.¹⁸⁸ Door het wegvallen van de vergunningplicht namelijk, verdwijnen logischerwijs ook de functies van de vergunningplicht. De hier relevante functies betreffen de controlefunctie, de bewijsfunctie (door de prevalerende werking) en het creëren van een formeel verankerd overlegmoment. Deze functies versterken de rechtszekerheid omdat een bouwer door de controlefunctie tevoren weet, of hij daadwerkelijk aan de algemene regels voldoet. De bewijsfunctie (door de prevalerende werking) versterkt dat weer, als zou blijken dat het bevoegd gezag de vergunning toch in strijd met die algemene regels heeft afgegeven. In het formeel verankerd overlegmoment kan de overheid de concrete positie van de bouwer uiteenzetten. Door het wegvallen van dit alles, moet een burger zelf zijn concrete rechtspositie zien te bepalen aan de hand van de abstracte algemene regels. Die algemene regels zijn niet altijd even duidelijk. Mocht hij daarbij een fout maken, dan kan ook nog eens een handhavingsbesluit volgen. Hierbij geldt de beginselplicht tot handhaving. Dit laatste versterkt de nadelige invloed op de rechtszekerheid nog verder.

Door het bestaan van vergunningvrij bouwen met het behoud van de hoofdregel dat voor bouwen een vergunningplicht geldt, ontstaat een afbakeningsvraag; valt een bouwactiviteit onder de vergunningplicht of juist niet? Door de verruiming van het vergunningvrij bouwen (en daarmee de nadruk steeds meer op repressieve toetsing komt te liggen) vermoed ik daarnaast dat burgers die afbakeningsvraag feitelijk steeds vaker gaan toepassen. Een burger moet dan zelf bepalen wat zijn concrete rechtspositie is (is daadwerkelijk een vergunning vereist?) aan de hand van de abstracte regels van bijlage II van het Bor. In dit opzicht is vergunningvrij bouwen dus ook nadelig voor de rechtszekerheid. Dit geldt te meer, nu ook hier de beginselplicht tot handhaving van belang is. Onder de Wabo is de afbakeningsvraag (omgevingsvergunning nodig of niet?) ten opzichte van de Ww 2003 (oud) zelfs minder eenvoudig geworden. Dit heeft te maken met het feit dat tegenwoordig voor de vraag of een omgevingsvergunning nodig is, er een *directe* relatie wordt gelegd met de planologische regelgeving (onderscheid artikel 2 en artikel 3 van bijlage II van het Bor).

Een alternatief om de nadelige invloeden op de rechtszekerheid te kunnen compenseren, betreft de mogelijkheid om een meldingplicht in te voeren. In dat geval zou een burger met een bouwplan namelijk tijdig op de hoogte raken van zijn concrete rechtspositie; dus of aan de algemene regels is voldaan en/of daadwerkelijk een vergunningplicht geldt. Aan dit systeem zijn echter ook weer knelpunten en nadelen verbonden. De invoering van een meldingplicht lijkt me dan ook niet wenselijk. De voordelen wegen niet op tegen de nadelen. Een ander alternatief ten behoeve van de rechtszekerheid, dat wel daadwerkelijk door de

¹⁸⁸ Vergunningvrij betekent namelijk niet regelvrij. Ook dit heeft te maken met het feit dat de wetgever rekening houdt met het algemeen belang.

overheid toegepast wordt, betreft informatievoorzieningen. Zo informeert de overheid door middel van brochures en internet wanneer een vergunningplicht geldt en aan welke algemene regels (toch) voldaan moet worden. Echter, gebleken is dat het goed mogelijk is dat een burger met deze informatievoorzieningen niet veel verder komt. Tevens kan een burger zich (verder) laten informeren in een informeel vooroverleg. Bij al deze informatievoorzieningen komen nieuwe knelpunten met betrekking tot het vertrouwensbeginsel en/of bestuurlijke rechtsoordelen om de hoek kijken.

Nu de nadruk steeds meer op repressieve toetsing komt te liggen, is het leerstuk omtrent (repressieve) handhaving ook steeds relevanter. De complicaties die daarbij bestaan, worden dan logischerwijs ook belangrijker. Bij dit leerstuk geldt de beginselplicht tot handhaving. Slechts onder bijzondere omstandigheden, bestaat de mogelijkheid dat van handhaving moet worden afgezien. Ik heb twee bijzondere omstandigheden onderzocht; zogenaamde 'bagatellen' en schending van het vertrouwensbeginsel. Ten aanzien van bagatellen is gebleken dat het in veel gevallen onvoorspelbaar zal zijn, wanneer daarvan sprake is. Dat komt de rechtszekerheid van een bouwer die geconfronteerd is met een handhavingsbesluit, of die in zijn achterhoofd heeft dat een handhavingsbesluit genomen zou kunnen worden niet ten goede, in die zin dat hij niet tijdig op de hoogte is of sprake is van een bagatel. Hij is dus niet tijdig op de hoogte van zijn concrete rechtspositie omdat het abstracte criterium wat hij zelf moet hanteren vaag is.

Ten aanzien van het vertrouwensbeginsel kan geconcludeerd worden dat een beroep hierop door allerlei omstandigheden weinig kans van slagen heeft. In een beperkt aantal gevallen zal honorering van het beroep echter wel in het verschiet liggen. Ook al wordt een beroep op het vertrouwensbeginsel niet snel gehonoreerd, de onjuiste mededelingen scheppen feitelijk wel verwachtingen bij een burger. Een burger is dan ook niet tijdig op de hoogte van zijn concrete rechtspositie, wat ten koste gaat van de rechtszekerheid. In dit opzicht verdient het mijns inziens dan ook aanbeveling dat de overheid een burger (in een vooroverleg) op zijn eigen verantwoordelijkheid wijst.

Met betrekking tot de eerste probleemstelling heb ik tot slot de problematiek omtrent bestuurlijke rechtsoordelen onderzocht. Indien de schriftelijke mededelingen van het bevoegd gezag aan een bouwer namelijk, omtrent de vragen van een bouwer in een vooroverleg of een vergunning vereist is en of aan de algemene regels voldaan is, als een besluit in de zin van de Awb gekwalificeerd kunnen worden, vergroot dat de rechtszekerheid. Immers, dat besluit verkrijgt na het verstrijken van de bezwaar- en beroepstermijnen formele rechtskracht. Daardoor geraakt een bouwer tijdig op de hoogte van zijn concrete rechtspositie. Ten aanzien van de vraag of een vergunning vereist is, is echter gebleken dat de mededelingen van het bevoegd gezag in beginsel niet als een besluit gekwalificeerd kunnen worden. Wel geldt hier een uitzondering op. Of sprake is van die uitzondering is echter niet eenduidig te beantwoorden, omdat dat afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Dit alles heeft dus een nadelige invloed op de rechtszekerheid van een burger.

Met betrekking tot de vraag of aan de algemene regels is voldaan, is het niet zeker of dat in de jurisprudentie als een besluit in de Awb zal worden aangemerkt. Strikt genomen is geen sprake van een besluit omdat de mededeling geen rechtshandeling betreft (1:3 lid 1 Awb). Bij vergunningvrije bouwwerken gelden de algemene regels onverkort. Ze hebben direct bindende normerende werking. Een tussenkomst van een bestuursorgaan om die regels

bindende kracht te laten verkrijgen is niet nodig. Echter, door hantering van het 'strategisch besluitbegrip' (ter bevordering van de rechtszekerheid) zouden de mededelingen door de jurisprudentie toch als een besluit aangemerkt kunnen worden. Het is niet duidelijk of dit daadwerkelijk gaat gebeuren.

In hoofdstuk 5 kwam de tweede probleemstelling aan bod. Is bijlage II van het Bor een duidelijke regeling? Is het duidelijk of een uitzondering op de vergunningplicht voor bouwen geldt (artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo)? Hoe onduidelijker de regeling namelijk is, hoe meer problemen men krijgt met de praktische toepassing daarvan en hoe meer administratieve lasten men maakt. Dit ten koste van de doelstellingen die de overheid zich gesteld had. Met betrekking tot de duidelijkheid zijn als gezegd de 'vindbaarheid' en de 'voorspelbaarheid' van belang. In hoofdstuk 4 is reeds geconstateerd dat bijlage II van het Bor, onder andere doordat deregulering tot detaillering leidt, een omvangrijke en gedetailleerde regeling is. De vindbaarheid met betrekking tot bijlage II als geheel is dus zeker niet optimaal. Echter, indien regels omvangrijker en gedetailleerder zijn, bevordert dat *in beginsel* de voorspelbaarheid. In hoofdstuk 5 is daarom aan de hand van enkele termen bekeken, of de voorspelbaarheid dan ook daadwerkelijk zo goed is. Een uitputtend onderzoek was hierbij niet mogelijk. Ik zal dus tot een veronderstelling komen.

Mijn veronderstelling luidt dat bijlage II van het Bor in veel gevallen niet duidelijk is. De voorspelbaarheid is, ondanks dat de regeling gedetailleerd en omvangrijk is, lang niet altijd optimaal. De vindbaarheid en voorspelbaarheid zijn dus niet in evenwicht. De rechtszekerheid in die zin dat algemene regels duidelijk moeten zijn, is daarmee niet optimaal. Hieronder geef ik daar in het kort de argumentatie voor. Voor de uitgebreidere argumentatie en enkele aanbevelingen verwijs ik naar hoofdstuk 5.

Gebleken is dat de term 'gewoon onderhoud' een vage norm betreft. Ook is het zelfs bij meer concreet omschreven bouwwerken, niet altijd voorspelbaar of daarvan daadwerkelijk sprake is, zoals bij 'tuinmeubilair'. Ik vermoed dat dit te maken heeft met het feit dat het voor de regelgever moeilijk zou zijn, alle gevallen uitputtend op te sommen. Ook is de regelgeving omtrent een voor de praktijk belangrijk onderdeel (met de daarbij behorende begrippen, eisen en subeisen), namelijk het onderdeel over 'bijbehorende bouwwerken' vaak niet voorspelbaar. Dit onderdeel bevat overigens termen en knelpunten die ook voor andere onderdelen in bijlage II van het Bor relevant zijn. Op punten zijn de begrippen en eisen zelfs minder voorspelbaar geworden, dan de eisen zoals die onder het Bblb golden. Dat komt gedeeltelijk omdat het ook bij niet-woningen mogelijk is geworden vergunningvrij te bouwen. Het concretere begrip 'woning' is daarvoor bijvoorbeeld veranderd in het vagere begrip 'hoofdgebouw'. Daarbij wordt de onvoorspelbaarheid versterkt (en de vindbaarheid verminderd) doordat in de eisen en begrippen een verband met de planologische regelgeving en welstandscriteria wordt gelegd (de regelgever houdt immers ook rekening met belangen van derden). Dit is ten aanzien van de planologische regelgeving bijvoorbeeld het geval bij de begrippen 'erf', 'hoofdgebouw' en 'functionele ondergeschiktheid'. Onder de Wabo zijn ten opzichte van het Bblb de knelpunten ten aanzien van die gelegde relaties relevanter geworden. Ook dit heeft te maken met het feit dat het ook bij niet-woningen mogelijk is geworden vergunningvrij te bouwen.

Het doel van de wetgever om de praktische toepasbaarheid omtrent het vergunningvrij bouwen met de inwerkingtreding van de Wabo te verbeteren is dus niet altijd geslaagd. In dit geval leidde deregulering bij sommige onderdelen van bijlage II van het Bor tot

veralgemenisering ('woning' werd 'hoofdgebouw', 'ter vergroting van het woongenot' werd 'functioneel verbonden'). Een verbetering ten opzichte van het Bblb, die ik heb onderzocht, betreft de regelgeving omtrent 'veranderingen van niet ingrijpende aard'.

Tot slot merk ik op dat tussen de tweede probleemstelling en de eerste probleemstelling een verband ligt. Hoe onduidelijker bijlage II van het Bor namelijk is, hoe onduidelijker het is of een vergunningplicht geldt. Hoe onduidelijker het is of een vergunningplicht geldt, hoe relevanter de in hoofdstuk 4 genoemde nadelen en knelpunten zijn. Hoe onduidelijker het is of een vergunningplicht geldt, hoe eerder de overheid bijvoorbeeld zelf de regels foutief toepast. Het vertrouwensbeginsel is dan feitelijk meer van belang. Hoe onduidelijker het is of een vergunningplicht geldt, hoe eerder een burger de regels foutief toepast. De beschreven complicaties die optreden indien het bevoegd gezag daadwerkelijk tot repressieve handhaving overgaat, worden dan feitelijk belangrijker.

Literatuurlijst

- R.J.J. Aerts en D.S.P. Fransen, Inwerkingtreding Wabo. Eerste hulp bij overgangsrecht, *Gst.* 2010, 56.
- E. Alders, Bor en Mor: de handen en voeten van de Wabo, *BR* 2009, 158.
- W. Ankersmit, *De Kleine Gids Vergunningvrij bouwen 2011*, 1^{ste} druk, Deventer 2010.
- J.H.G. van den Broek, Omgevingsvergunningvrij, *Gst.* 2010, 113.
- D.W. Bruil, Over vrije, meldingplichtige en vergunningplichtige bouwwerken, *BR* 1992, p. 911 e.v.
- P.J.J. van Buuren, Enkele problemen rond het Besluit bouwvergunningvrije en lichtbouwvergunningplichtige bouwwerken, *BR* 2003, p. 85 e.v.
- P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, zesde druk, Deventer 2009.
- A.W. Klaassen, *Handboek Ruimtelijke Ordening & Bouw*, vierde druk, Amsterdam 2010.
- R. Mathijssen en W. Blommensteijn, *Evaluatie Bouwvergunningvrij bouwen*, Bostel 2007.
- A.G.A. Nijmeijer, Vergunningvrij bouwen in beschermende stads- en dorpsgezichten?, *Gst.* 1999-7094, 2.
- A.G.A. Nijmeijer, *welstandstoezicht juridisch getoetst (monografieënreeks bouwrecht; nr. 20)*, Deventer 2001.
- A.G.A. Nijmeijer, Vergunnen en handhaven met de gewijzigde Woningwet, *BR* 2006, 171.
- A.G.A. Nijmeijer, S. Hillegers en T.E.P.A. Lam, *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, eerste druk, Alpen aan de Rijn 2010.
- A.G.A. Nijmeijer, N.S.J. Koeman en R. Uylenburg, *Tekst & Commentaar, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht*, 1^{ste} druk, Deventer 2010.
- P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel 1: Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*, vijfde druk, Deventer 2001.
- P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel, Een onderzoek naar de vergunningvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht*, Den Haag 2006.
- W. Konijnenbelt, H.D. van Wijk en R. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 13^e druk, Den Haag 2005.
- M. Scheltema, *De rechtsstaat, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989.
- J. Struiksmā, De gewijzigde Woningwet, *BR* 2002, p. 559 e.v.
- J. Struiksmā, *Deregulering met behoud van ellende*, Uitwerking van de rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar ruimtelijk bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op donderdag 12 juni 2003, Zaandam 2003.

Jurisprudentieregister

HR 21 oktober 2005, *NJ* 2006, 418
ABRS 2 december 1997, *BR* 1998, p. 503
ABRS 11 maart 1999, *BR* 1999, p. 789
ABRS 11 januari 2001, *BR* 2001, p. 507
ABRS 19 juni 2002, *AB* 2002, 376
ABRS 4 december 2002, *BR* 2003, p. 408
CrvB 10 juni 2004, *JB* 2004, 286
ABRS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293
ABRS 21 juli 2004, *AB* 2004, 293
ABRS 18 augustus 2004, *AB* 2004, 424
ABRS 18 augustus 2004, *AB* 2005, 106
ABRS 19 januari 2005, *JB* 2005, 78
ABRS 5 oktober 2005, *BR* 2006, p. 147
ABRS 15 maart 2006, nr. 200505896/1
ABRS 19 april 2006, *Gst.* 2006, 90
ABRS 21 juni 2006, nr. 200507269/1
ABRS 19 juli 2006, *AB* 2006, 305
ABRS 4 oktober 2006, nr. 200600095/1
ABRS 4 april 2007, *BR* 2007, p. 596
ABRS 25 april 2007, *Gst.* 2008, 59
ABRS 10 oktober 2007, nr. 200700375/1
ABRS 21 november 2007, nr. 200700838/1
ABRS 16 januari 2008, *Gst.* 2008, 60
ABRS 16 april 2008, nr. 200705209/1
ABRS 23 april 2008, *BR* 2008, 121
ABRS 6 augustus 2008, nr. 200708818/1
ABRS 11 februari 2009, nr. 200803985/1
ABRS 25 november 2009, *Gst.* 2010, 59
ABRS 21 juli 2010, *JB* 2010, 201
Rechtbank Zutphen 29 september 2010, nrs. 10/1390 en 10/1391