

naar aanleiding van een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 8 juli 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:2170). Volgens de Afdeling was het 'wegens het ontbreken van een beleidsregel of een vaste gedragslijn van de staatssecretaris over de manier waarop hij een gestelde seksuele gerichtheid onderzoekt en beoordeelt, voor de bestuursrechter niet mogelijk (...) te toetsen hoe de staatssecretaris in een concreet geval een zorgvuldig voorbereid en deugdelijk gemotiveerd besluit neemt over de geloofwaardigheid van een seksuele gerichtheid als asielmotief. In een uitspraak van 15 juni 2016 concludeerde de Afdeling dat Werkinstructie 2015/9 op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, omdat de staatssecretaris daarbij heeft samengewerkt met het COC en andere deskundigen (ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1630). Bovendien is de door de staatssecretaris gehanteerde onderzoeksmethode volgens de Afdeling geschikt. Deze methode houdt in dat de, door een asielzoeker gestelde seksuele gerichtheid, wordt onderzocht aan de hand van de verklaringen die de asielzoeker aflegt tijdens de gehoren, die de IND afneemt. Tijdens die gehoren komt een aantal aspecten aan bod, zoals de bewustwording van homoseksualiteit, het proces van zelfacceptatie, reacties van de omgeving en de eventuele relaties die de asielzoeker heeft gehad. Daarnaast vraagt de IND naar contacten met homoseksuelen en/of de homoseksuele gemeenschap in het land van herkomst en in Nederland. Ten slotte kijkt de IND naar de (eventuele) problemen die de asielzoeker in het land van herkomst heeft gehad vanwege zijn homoseksualiteit en welke problemen hij vreest bij terugkeer. Het is ook van belang hoe de asielzoeker na terugkeer invulling zou geven aan zijn homoseksualiteit. Medische of psychologische tests ter vaststelling van de seksuele gerichtheid, foto's of video's en expliciete vragen over seksuele handelingen of activiteiten mogen volgens de werkinstructie in de beoordeling geen rol spelen. De IND beoordeelt de geloofwaardigheid van de seksuele gerichtheid dus grotendeels op basis van de verklaringen van de asielzoeker. De Nederlandse methode past dus binnen de door het Hof van Justitie gestelde grenzen.

9. Desondanks is er kritiek op de wijze waarop de geloofwaardigheid van seksuele gerichtheid door de IND wordt beoordeeld. In november 2017 discussieerde de Tweede Kamer over de beoordeling van de asielrelazen van homoseksuelen en bekeerlingen. Er zouden te vaak homoseksuele asielzoekers ten onrechte worden afgewezen. De Tweede Kamer nam een motie aan, waarin de regering werd verzocht te onderzoeken of de beoordeling van de geloofwaardigheid van bekeerlingen (waarbij een vergelijkbare

problematiek speelt) en de seksuele gerichtheid van asielzoekers kan worden verbeterd en hiertoe met voorstellen te komen (*Kamerstukken II 2017/18, 34775-VI, 67*). De staatssecretaris heeft toegezegd samen met belangenorganisaties te bezien of er mogelijkheden zijn om de wijze van beoordeling van de seksuele gerichtheid van asielzoekers door de IND nog verder te verbeteren (*Kamerstukken II 2017/18, Aanhangsel van de Handelingen, 785*). Deze annotatie is gebaseerd op A.M. Reneman, *Psychologische tests voor vaststelling homoseksualiteit asielzoekers niet toegestaan* gepubliceerd op [verblifblog.nl](http://verblifblog.nl) op 2 februari 2018. A.M. Reneman

## AB 2018/86

### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

31 januari 2018, nr. 201701128/1/A1

(Mrs. P.B.M.J. van der Beek-Gillesen, J.A.W.

Scholten-Hinloopen, R.J.J.M. Pans)

m.nt. A.G.A. Nijmeijer

Art. 1:3 lid 3, art. 5:1 Awb

Module Ruimtelijke ordening 2018/7919

ECLI:NL:RVS:2018:289

### **Handhaving strijdig gebruik. Concreet zicht op legalisatie? Niet op voorhand duidelijk dat legaliserend bestemmingsplan geen rechtskracht zal verkrijgen.**

*De rechtbank heeft ten onrechte aangenomen dat op voorhand duidelijk is dat het nieuwe bestemmingsplan uiteindelijk geen rechtskracht zal verkrijgen. Zij heeft de omstandigheid dat partij strijd met de Verordening Ruimte aan de orde heeft gesteld en dat hiervoor bevestiging kan worden gevonden in de door het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant tegen het ontwerp ingediende zienswijze, die dateert van na het nemen van het besluit van 6 april 2016 ten onrechte als grond daarvoor aangemerkt. Het nieuwe bestemmingsplan is niet evident in strijd met het principe van zorgvuldig ruimtegebruik als bedoeld in art. 3.1 aanhef en onder a Verordening Ruimte. Het enkele feit dat onduidelijk is of het nieuwe bestemmingsplan in overeenstemming is met de Verordening Ruimte is onvoldoende om op voorhand aan te nemen dat dit plan geen rechtskracht zou krijgen. Dit betekent dat er ten tijde van het besluit van 6 april 2016 wel concreet zicht op legalisering bestond. Het college heeft gelet hierop in redelijkheid kunnen besluiten om af te zien van handhavend optreden.*

Uitspraak op het hoger beroep van:  
Appellant,  
tegen de uitspraak van de rechtbank Zeeland-  
West-Brabant van 22 december 2016 in 16/2943  
in het geding tussen:  
Partij h.o.d.n. Varkenshouderij,  
en  
Het College van B&W van Gilze en Rijen.

### Procesverloop

Bij besluit van 23 juni 2015 heeft het college het verzoek van partij om handhavend op te treden met betrekking tot activiteiten aan de locatie-a te Gilze (hierna: het perceel) afgewezen.

Bij besluit van 6 april 2016 heeft het college het door partij daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 22 december 2016 heeft de rechtbank het door partij daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard en het besluit van 6 april 2016 vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellant hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 23 november 2017, waar appellant, bijgestaan door mr. K.M. Peters, advocaat te Tilburg, en het college, vertegenwoordigd door H.L.G. van Overdijk en J.F.M. Huijben, zijn verschenen. Voorts is ter zitting partij, bijgestaan door mr. D. Heuker of Hoek, gehoord.

Buiten bezwaren van partijen heeft het college na zitting nadere stukken toegezonden en heeft partij na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld hierop gereageerd.

### Overwegingen

1. Partij heeft op 11 december 2014 het college verzocht om onder meer handhavend op te treden tegen het gebruik van het perceel voor een loonwerkbedrijf. Dit loonwerkbedrijf is van appellant.

In het besluit van 6 april 2016 heeft het college afgezien van handhavend optreden, omdat het concreet zicht op legalisering van het loonwerkbedrijf aanwezig achtte door de ter inzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan "locatie-a".

De rechtbank heeft in haar uitspraak overwogen dat er geen concreet zicht was op legalisering, omdat partij reeds in het bezwaarschrift had betoogd dat dit ontwerpbestemmingsplan in strijd was met de Verordening Ruimte, hetgeen door het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant was bevestigd.

2. Appellant betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het gebruik als loonwerkbedrijf niet in strijd is met het bestemmingsplan, omdat dit gebruik op grond van het overgangsrecht van het bestemmingsplan wel is toegestaan.

2.1. Ingevolge het ter plaatse geldende bestemmingsplan "Buitengebied" zoals dat op 1 juli 2013 is vastgesteld, rust op het perceel de bestemming "Agrarisch, waarde-archeologie, waarde-landschap-4" en de aanduidingen "iv" en "sb-lwb". In de regels behorende bij genoemde bestemmingen, waaronder artikel 3.1, wordt deze laatste aanduiding niet verklaard. Niet meer in geschil is dat het loonwerkbedrijf in strijd is met artikel 3.1 van de planregels.

Artikel 47.2 van de planregels luidt:

"Voor gebruik luidt het overgangsrecht als volgt:

a. het gebruik van grond en bouwwerken dat bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van het bestemmingsplan en hiermee in strijd is, mag worden voortgezet;

[...]

d. dit lid onder a, is niet van toepassing op het gebruik dat reeds in strijd was met het voorheen geldende bestemmingsplan, daaronder begrepen de overgangsregeling van dat plan."

Ingevolge het voorheen geldende bestemmingsplan "Buitengebied 1998" rustte op het perceel de bestemming "Agrarisch bouwblok" met de aanduiding "Lw".

Artikel 6.1.1 van de planvoorschriften luidde:

"De als zodanig op de kaart aangegeven gronden zijn bestemd voor agrarische bedrijfsvoering met bijbehorende voorzieningen."

Artikel 6.1.2 luidde:

"Afhankelijk van de op de kaart aangegeven aanduiding, zijn agrarische bouwblokken tevens bestemd voor de volgende bedrijfsmatige nevenactiviteiten met de daarbij horende voorzieningen:

AFK. NEVENACTIVITEIT STRAAT BEB.OPP.

[...]

Lw loonwerkbedrijf locatie-a 300 m<sup>2</sup>

[...]"

2.2. Uit artikel 47.2 van de planregels volgt dat het gebruik als loonwerkbedrijf door het overgangsrecht wordt beschermd indien het perceel ten tijde van de inwerkingtreding van het geldende bestemmingsplan op 7 november 2013 als zodanig werd gebruikt en indien dit gebruik niet in strijd was met het voorheen geldende bestemmingsplan.

Uit de stukken blijkt het volgende. Op 8 april 2003 is een revisievergunning verleend voor een

varkenshouderij met loonwerkactiviteiten. In 2008 is deze inrichting gesplitst. Het perceelsgedeelte 70b is in eigendom van Combivar B.V., gevestigd aan de Alphensebaan 54 te Gilze. Dit perceelsgedeelte wordt door Combivar B.V. ten behoeve van haar varkenshouderij gebruikt. Het perceelsgedeelte [...] is in eigendom van appellant. Op de peildatum werd het perceel gebruikt voor een loonwerkbedrijf.

Op grond van het voorheen geldende bestemmingsplan is op het perceel een bedrijfsmatige nevenactiviteit in de vorm van een loonwerkbedrijf met een bebouwde oppervlakte van 300 m<sup>2</sup> toegestaan. Ter zitting heeft het college erkend dat de bebouwing die het loonwerkbedrijf destijds en nog steeds in gebruik heeft een grotere oppervlakte beslaat dan 300 m<sup>2</sup>. Verder kan het loonwerkbedrijf niet als nevenactiviteit worden aangemerkt, omdat het bedrijf al sinds 2008 en derhalve ten tijde van de peildatum een zelfstandig bedrijf is. Het loonwerkbedrijf was dan ook ten tijde van de peildatum in strijd met het voorheen geldende bestemmingsplan.

Uit het voorgaande volgt dat het gebruik als loonwerkbedrijf niet op grond van het overgangsrecht is toegestaan.

2.3. Ter zitting heeft het college opgemerkt dat het gebruik als loonwerkbedrijf is toegestaan, omdat daarvoor in 1992, 2000 en 2015 vergunningen zijn verleend. Het college heeft in dit verband nog een aanvraag van 30 november 2015 en het daarop genomen besluit van 22 december 2015 toegezonden. Bij het besluit van 22 december 2015 is omgevingsvergunning verleend voor het herbouwen van een bedrijfsgebouw op het perceel. Volgens het besluit betreft het de activiteit bouwen. Op het aanvraagformulier staat bedrijfsdoeleinden als gebruik van het gebouw vermeld. Uit de aanvraag en de daarbij behorende tekening noch uit het besluit kan worden opgemaakt dat het te herbouwen bedrijfsgebouw gebruikt zal worden voor een loonwerkbedrijf. Verder blijkt uit de bij de aanvraag behorende tekening dat deze aanvraag betrekking heeft op slechts één van de op het perceel aanwezige en bij het loonwerkbedrijf in gebruik zijnde gebouwen.

Gelet op het voorgaande is niet gebleken dat het gebruik van het perceel voor een loonwerkbedrijf op grond van vergunningen is toegestaan.

2.4. De rechtbank heeft terecht geconcludeerd dat het gebruik van het perceel voor een loonwerkbedrijf ter plaatse in strijd is met het geldende bestemmingsplan. Het college was bevoegd ter zake handhavend op te treden.

Het betoog faalt.

3. Gelet op het algemeen belang dat diende is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursor-

gaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

4. Appellant betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geconcludeerd dat geen concreet zicht op legalisering bestaat. Daartoe voert hij aan dat het ter inzage gelegde ontwerpbestemmingsplan niet in strijd is met de Verordening Ruimte en indien dat wel het geval is alsnog een bestemmingsplan overeenkomstig het voorstel van het college van gedeputeerde staten kan worden vastgesteld waarmee het loonwerkbedrijf wordt gelegaliseerd.

4.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, onder meer in de uitspraak van 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4374, is, om concreet zicht op legalisering in verband met een nieuw bestemmingsplan aan te kunnen nemen, ten minste vereist dat een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd, waarbinnen het gebruik, waar het handhavingsverzoek op ziet, past. In dat geval bestaat echter evenmin concreet zicht op legalisering, indien op voorhand duidelijk is dat het ontwerpplan geen rechtskracht zal verkrijgen.

Het ontwerpbestemmingsplan heeft van 24 maart 2016 tot en met 4 mei 2016 ter inzage gelegen. In dit ontwerp is aan het perceelsgedeelte [...] de bestemming "Bedrijf" met de "aanduiding specifieke vorm van bedrijf – loonwerkbedrijf" toegekend. Ingevolge artikel 4.1, aanhef en onder a, van de planregels is daar een agrarisch loonwerkbedrijf/ grondverzetbedrijf toegestaan. Niet in geschil is dat daarmee het huidige gebruik zal worden gelegaliseerd. Gelet hierop lag ten tijde van het nemen van het besluit van 6 april 2016 een ontwerp van een bestemmingsplan ter inzage dat voorzag in legalisering van het huidige gebruik.

De rechtbank heeft ten onrechte aangenomen dat op voorhand duidelijk is dat het nieuwe bestemmingsplan uiteindelijk geen rechtskracht zal verkrijgen. Zij heeft de omstandigheid dat partij strijd met de Verordening Ruimte aan de orde heeft gesteld en dat hiervoor bevestiging kan worden gevonden in de door het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant tegen het ontwerp ingediende zienswijze, die dateert van na het nemen van het besluit van 6 april 2016 ten onrechte als grond daarvoor aangemerkt. Het nieuwe bestemmingsplan is niet evident in strijd met het principe van zorgvuldig ruimtegebruik

als bedoeld in artikel 3.1, aanhef en onder a, van de Verordening Ruimte. Het enkele feit dat onduidelijk is of het nieuwe bestemmingsplan in overeenstemming is met de Verordening Ruimte is onvoldoende om op voorhand aan te nemen dat dit plan geen rechtskracht zou krijgen. Dit betekent dat er ten tijde van het besluit van 6 april 2016 wel concreet zicht op legalisering bestond. Het college heeft gelet hierop in redelijkheid kunnen besluiten om af te zien van handhavend optreden.

Het betoog slaagt.

5. Het hoger beroep is gegrond. De uitspraak van de rechtbank dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van partij tegen het besluit van 6 april 2016 alsnog ongegrond verklaren.

6. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

7. Toepassing van artikel 8:114, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht brengt met zich dat het in hoger beroep betaalde griffierecht door de griffier van de Raad van State aan appellant wordt terugbetaald.

### Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 december 2016 in 16/2943;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond;
- IV. bepaalt dat de griffier van de Raad van State aan appellant het door hem betaalde griffierecht ten bedrage van € 250 (zegge: tweehonderden-vijftig euro) voor de behandeling van het hoger beroep terugbetaalt.

### Noot

1. In geval van handhavend optreden wegens handelen in strijd met het bestemmingsplan, wordt door overtreders soms geschermd met een concreet zicht op legalisatie in de vorm van een positieve bestemming van het strijdige gebruik. De enkele omstandigheid dat door de overtreder is verzocht om de illegale situatie positief te bestemmen, betekent (uiteraard) niet dat concreet zicht op legalisatie bestaat (zie o.a. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2916). Voor zodanig zicht is ten minste vereist dat een ontwerp van het legaliserende bestemmingsplan ter inzage is gelegd. Van het desbetreffende bestemmingsplan moet dan bovendien niet 'op

voorhand duidelijk zijn' dat het geen rechtskracht kan verkrijgen. Dit is een 'zwaar' criterium, zoals ook uit de hierboven afgedrukte uitspraak blijkt (in dezelfde zin o.a. ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9061 en ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:71). De enkele twijfel omtrent de rechtmatigheid van het in ontwerp ter inzage gelegde bestemmingsplan is niet voldoende om het concrete zicht op legalisatie te ondermijnen. Er moet ten tijde van het bestreden handhavingsbesluit sprake zijn van evidentie met betrekking tot de onrechtmatigheid van het legaliserende bestemmingsplan. De achterliggende gedachte laat zich raden: voorkomen moet worden dat de bestuursrechter in het kader van een tegen het handhavingsbesluit ingesteld beroep, in feite wordt gedwongen om de rechtmatigheid van het legaliserende bestemmingsplan te toetsen (een toets die nota bene aan de Afdeling in eerste en enige aanleg is voorbehouden). Daar is immers een andere, met rechtswaarborgen omklede procedure voor (in die zin ook ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:231; vgl. ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:469, met name r.o. 4.2 waar een 'op voorhand'-toets in een handhavingsgeschil wordt gebruikt ten aanzien van de vraag of de beslissing om niet ten faveure van strijdig gebruik af te wijken van het bestemmingsplan, in rechte stand zal kunnen houden).

2. Het criterium van het 'op voorhand duidelijk zijn' houdt de mogelijkheid open dat er gevallen zijn waarin in de handhavingsprocedure 'niet op voorhand duidelijk was' ... maar waarin in de bestemmingsplanprocedure door de Afdeling wel degelijk de onrechtmatigheid van het ter legalisering vastgestelde bestemmingsplan wordt uitgesproken. Dat gegeven doet dan aan de rechtmatigheid van een vóór die vernietiging genomen handhavingsbesluit niet af (ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2808, met name r.o. 5.2). Of wordt voldaan aan de eisen van zorgvuldig ruimtegebruik, waar het in de onderhavige zaak om draait, kan lang niet altijd op voorhand worden gezegd omdat het afhangt van de (kwantitatieve en/of kwalitatieve) ruimtelijke onderbouwing in het concrete geval. Met de door GS in deze zaak kenbaar gemaakte zienswijze, nog afgezien van het feit dat die zienswijze dateert van ná het bestreden besluit, staat de strijd van het bestemmingsplan met de provinciale verordening evenmin op voorhand vast. Bijvoorbeeld omdat naar aanleiding van de zienswijze de onderbouwing van het ontwerpplan wordt aangepast, zodanig dat ook in de ogen van de provincie van een zorgvuldig ruimtegebruik sprake is. Hoe dan ook hoort een rechterlijke toetsing van dit bestemmingsplanonderdeel niet in de handhavingsprocedure thuis. A.G.A. Nijmeijer