

Op weg met de Wabo (deel I)

Wabo

Met de inwerkingtreding van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) het afgelopen najaar is, na de invoering van de nieuwe Wet ruimtelijke ordening en de Waterwet, een belangrijke stap gezet naar een volledige vernieuwing van het omgevingsrecht. In 2009 hebben we in dit tijdschrift een overzicht gegeven van de hoofdlijnen van deze wet.¹

Inmiddels hebben gemeenten en provincies, maar ook burgers en bedrijven, enige ervaring kunnen opdoen met de toepassing van deze wet en hebben zich de eerste geschillen voorgedaan. Het is daarom tijd om de eerste contouren van die rechtspraak te schetsen. Daarnaast is het zo dat, hoewel de invoering van de Wabo nogal wat voeten in de aarde heeft gehad en de praktijk nog nauwelijks de gelegenheid heeft gehad daaraan te wennen, in Den Haag al weer wordt nagedacht over de volgende stap, de totstandkoming van een Raamwet omgevingsrecht. Ook bij enkele ontwikkelingen in de wetgeving zal in onze bijdrage worden stilgestaan. Wij zullen dit doen in twee delen.



mr.ing. L.J.
Wildeboer



mw. mr. J.J. van
Loenen-de Wild

1. INLEIDING

Op 1 oktober 2010 trad de Wabo in werking. Inmiddels zijn we zo'n 9 maanden verder en zijn de omgevingsvergunning (die een groot aantal vergunningstelsels vervangt), de invoering van één loket, één bevoegd gezag, één voorbereidingsprocedure en éénmalig bezwaar en beroep tegen een project, een feit. De ontwikkelingen in het omgevingsrecht staan echter niet stil. Zo was in het regeerakkoord reeds aangekondigd dat de Crisis- en herstelwet, die op 31 maart 2010 in werking is getreden, permanent zou worden gemaakt. Deze wet is bedoeld om de economie te stimuleren door bouw- en infrastructuurprojecten versneld te kunnen (laten) uitvoeren door toepassing van vereenvoudigde procedures. Daarnaast heeft minister Schultz van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu eveneens aangekondigd in het voorjaar van 2012 een eerste voorstel voor een Raamwet omgevingsrecht te presenteren om te komen tot de bundeling van het omgevingsrecht in brede zin, waardoor meer samenhang in de besluitvorming op het terrein van het omgevingsrecht kan worden gebracht, omdat het te veel versnipperd is geraakt. De Wabo heeft dat probleem voor een deel al opgelost. Daarnaast worden enkele onvolkomenheden gerepareerd, waaronder een hiaat in het overgangsrecht van de Wabo met betrekking tot planologische vrijstellingen die los van een bouwvergunning zijn aangevraagd en verleend, maar die vanwege dit hiaat niet (meer) in werking zouden kunnen treden. In dit artikel zullen wij op deze ontwikkelingen nader ingaan.

Ook komt de jurisprudentie over de toepassing van de Wabo steeds meer op gang. Een mooi moment om eens te kijken

wat dit tot nu toe zoal heeft opgeleverd. In deze bijdrage zullen wij in de eerste plaats ingaan op enkele recente uitspraken met betrekking tot de zogeheten 'onderdelenfuik' en de kring van belanghebbenden bij de omgevingsvergunning. Voorts zullen we een aantal uitspraken behandelen over de strijd van de omgevingsvergunning met het bestemmingsplan en de aanhoudingsplicht bij exploitatieplannen. In het tweede deel van onze bijdrage zullen wij verder stilstaan bij de meest recente ontwikkelingen en komt enige recente rechtspraak over onderwerpen als vergunningvrij bouwen, de onlosmakelijke samenhang van activiteiten, rechtsmachtverdeling, bevoegdheid, handhaving en overgangsrecht aan de orde.

2. ONTWIKKELINGEN WETGEVING

2.1. Raamwet omgevingsrecht

Zoals wij in de inleiding reeds constateerden, staat het omgevingsrecht niet stil. Den Haag blijft nieuwe wetgeving uitstorten over de beoefenaren van het omgevingsrecht. Invoering van de Wabo in 2010 leek in dat verband de laatste en belangrijkste verandering te zijn geweest in het omgevingsrecht, na de invoering van de nieuwe Wet ruimtelijke ordening, de Waterwet en de Crisis- en herstelwet die naast de bestaande instrumenten een aantal nieuwe maatregelen heeft ingevoerd, zoals het projectontwikkelingsbesluit en de aanwijzing van ontwikkelingsgebieden. Hiermee is echter nog geen einde gekomen aan de veranderingen in het omgevingsrecht, ondanks de vergaande veranderingen die de Wabo recent in het bestaande vergunningstelsel heeft gebracht.

Minister Schultz van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu heeft op 23 maart 2011 aangekondigd in het voorjaar van 2012 te komen met een eerste voorstel voor een Raamwet omgevingsrecht.² Het is de bedoeling om de regelgeving ten aanzien van het omgevingsrecht inclusief de regels van natuur- en milieurecht en het algemeen bestuursrecht nog verder te bundelen, te vereenvoudigen, te moderniseren en te versoberen. Aanleiding hiervoor is dat de regelgeving op het terrein van het omgevingsrecht te versnipperd tot stand is gekomen en bij de toepassing daarvan er onvoldoende samenhang bestaat, terwijl nieuwe projecten steeds vaker gebiedsgericht zijn, waardoor er behoefte bestaat aan een integrale beoordeling. De Wabo komt aan die behoefte ook niet (volledig) tegemoet nu de bestaande toetsingskaders (binnen model 3) in stand zijn gebleven. Door de vele regels met hun eigen kaders valt veelal niet (meer) te voorspellen of een ruimtelijk project kan worden uitgevoerd. De doelstelling van de nieuwe wet is om te komen tot een snellere en meer integrale besluitvorming. In dat kader dient ook kritisch te worden gekeken naar de onderzoeksverplichtingen en de toetsingskaders in de huidige wetten. Daarbij wordt gestreefd naar een betere besluitvorming met meer transparantie voor initiatiefnemers en belanghebbenden. Daarmee wordt aansluiting gezocht bij de aanpak die de Commissie-Elverding heeft ontwikkeld voor infrastructurele projecten. Tegelijkertijd wil de minister overgaan tot het schrappen van de regels door deze te beperken tot de Europese verplichtingen en daarboven niet nationaal nog extra eisen te stellen. Ten slotte zullen de procedures (verder) worden vereenvoudigd door meer eenheid te brengen in het bevoegd gezag, meer ruimte te creëren voor een bestuurlijke afweging en het aanbrengen van meer samenhang tussen de verschillende wetten en daarmee dus een meer integrale benadering van projecten, hetgeen thans nog ontbreekt in het omgevingsrecht, hoewel deze term een dergelijke afweging reeds lijkt te impliceren. Met dit alles wil de minister meer flexibiliteit ten behoeve van de realisering van projecten en een betere aansluiting op de praktijk.

Bij het vereenvoudigen van het omgevingsrecht sluit ook de Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte, oftewel de ontwerp-AMvB Ruimte, aan die minister Schultz recentelijk aan de Tweede Kamer heeft aangeboden.³ De ontwerp-structuurvisie geeft veel meer bewegingsvrijheid voor regio's op het gebied van de ruimtelijke ordening, waarmee invulling wordt gegeven aan de aankondiging in het kader van de Raamwet omgevingsrecht om te komen tot meer flexibiliteit en meer ruimte voor een bestuurlijke afweging op lokaal en regionaal niveau. De minister doet dit verder door het terugbrengen van nationale ruimtelijke belangen en door te schrappen in regels en procedures. Tegelijkertijd geeft zij in de structuurvisie aan welke richting zij met het infrastructuurbeleid wil inslaan, in welke infrastructuurprojecten zij de komende jaren gaat investeren en op welke manier de bestaande infrastructuur beter benut kan worden. De aandacht lijkt bij een eerste beoordeling van de ontwerp-structuurvisie wel in belangrijke mate te zijn gericht op infrastructurele projecten.

2.2. Reparatie hiaat overgangsrecht Invoeringswet Wabo

Sinds de inwerkingtreding van de Wabo is onder andere het projectbesluit uit de WRO geïntegreerd in de omge-

vingsvergunning. Het projectbesluit kan materieel worden vergeleken met de oude artikel 19-vrijstelling uit de WRO. Het overgangsrecht van de Wabo bevat echter geen regeling voor de zogenoemde separate planologische afwijkingsbesluiten. Het gaat daarbij niet alleen om vrijstellingen die los van een daarmee samenhangende bouwvergunning zijn aangevraagd, maar ook om zelfstandige vrijstellingsbesluiten. Het probleem is dat een dergelijk projectbesluit nimmer onherroepelijk kan worden omdat er ingevolge art. 46, lid 6, Woningwet (oud) sinds de invoering van de Wabo geen beroepsmogelijkheid meer bestaat. In verband daarmee zal de oude artikel 19-vrijstelling niet worden gelijkgesteld met een omgevingsvergunning. Hierdoor zijn separaat verleende oude vrijstellingen of projectbesluiten waarvoor vóór 1 oktober 2010 nog geen bouwvergunning was aangevraagd niet langer bruikbaar, want het planologische afwijkingsbesluit kan niet worden gelijkgesteld met de omgevingsvergunning. Dit zou inhouden dat zonder nadere regeling er een nieuwe procedure voor planologisch strijdig gebruik moet worden gevolgd onder de Wabo. Er is dus onvoldoende rekening gehouden met de relatie tussen de losse bouwvergunning en de vrijstelling. Om dit te voorkomen is inmiddels een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend dat deze tekortkoming in het overgangsrecht gaat repareren.⁴ Dit wetsvoorstel voegt twee artikelen toe aan het overgangsrecht (art. 1.5a en 1.5b) dat is opgenomen in de Invoeringswet Wabo.

Het eerste lid van art. 1.5a ziet op de situatie dat op het moment van inwerkingtreding van de Wabo op de aanvraag om een projectbesluit ten behoeve van een bouwactiviteit is beslist, maar op dat moment nog geen sprake is van een onherroepelijk besluit en met betrekking tot de desbetreffende bouwactiviteit voor 1 oktober 2010 geen bouw aanvraag op grond van art. 40 Woningwet is ingediend. In dat geval wordt ingevolge het eerste lid van art. 1.5a de beslissing met betrekking tot het projectbesluit gelijkgesteld met een beschikking met betrekking tot de eerste fase van een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in art. 2.1, lid 1, onderdeel c, Wabo.

In het tweede lid van dit artikel wordt geregeld dat indien het projectbesluit voor 1 oktober 2010 is aangevraagd, maar nog niet is genomen, gelijkstelling met betrekking tot de eerste fase van een omgevingsvergunning plaatsvindt op het moment waarop de beslissing op de aanvraag wordt genomen.

Het eerste lid van art. 1.5b geeft een vergelijkbare regeling voor vrijstellingen op grond van art. 19, lid 1 en 2, WRO die betrekking hebben op een bouwactiviteit. Ook in die gevallen wordt een vóór inwerkingtreding van de Wabo verleende vrijstelling die nog niet onherroepelijk is en die ziet op een bouwactiviteit waarvoor vóór 1 oktober 2010 geen bouwvergunning is aangevraagd, gelijkgesteld met een beschikking met betrekking tot een omgevingsvergunning eerste fase voor een activiteit als bedoeld in art. 2.1, lid 1, onderdeel c, Wabo. Daarnaast geldt op grond van het tweede lid van art. 1.5b ook voor deze vrijstellingen, dat indien zij vóór 1 oktober 2010 zijn aangevraagd, maar nog niet zijn verleend, gelijkstelling met betrekking tot de eerste fase van een omgevingsvergunning plaatsvindt op het moment waarop de beslissing op de aanvraag wordt genomen. Naar verwachting zal dit wetsvoorstel per 1 juli 2011 in werking treden.

2.3. Wijziging Besluit omgevingsrecht (Bor)

De Wabo kent voor bepaalde activiteiten een vergunningplicht en als uitzondering hierop zijn in het Bor bepaalde bouwactiviteiten als vergunningvrij aangewezen.⁵ Bij beschermde rijksmonumenten is echter elke wijziging vergunningplichtig. In een stads- of dorpsgezicht geldt dat alleen gewoon onderhoud en interne verbouwingen zonder constructieve gevolgen vergunningvrij zijn. Het kabinet wil de vergunningsplicht voor monumenten gaan versoepelen. Daartoe heeft het kabinet begin december 2010 op voordracht van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Welzijn ingestemd met een voorstel tot wijziging van het Besluit omgevingsrecht, het Besluit ruimtelijke ordening en het Besluit archeologische Monumentenzorg.⁶ Met de wijziging van genoemde besluiten worden onderhoud en niet-ingrijpende veranderingen aan een rijks-, provinciaal of gemeentelijk monument vergunningvrij, mits de wijzigingen vanuit het oogpunt van monumentenzorg geen kwaad kunnen. Met andere woorden: de wijzigingen mogen de monumentale waarde van het monument niet aantasten. Materiaal soort en kleur mogen bijvoorbeeld niet wijzigen, dus het schilderwerk dient in dezelfde kleur te worden gehouden. Ook het vervangen van glas en het vervangen van de hemelwaterafvoer dient in hetzelfde materiaal te gebeuren om vergunningvrij te kunnen worden uitgevoerd. De eigenaar van een monument hoeft na de wetswijziging ook geen vergunning meer aan te vragen voor het verrichten van interne verbouwingen, het plaatsen van een dakkapel op het achterdakvlak of het neerzetten van een erfscheiding in de achtertuin. De beoordeling van de vraag of al dan niet een vergunning nodig is wordt aan de eigenaren zelf overgelaten. Daarbij dient wel voor ogen te worden gehouden dat het grootste deel van de ingrepen vergunningplichtig blijft. Slechts onnodige procedures, waarbij het monumentenbelang niet of nauwelijks geraakt wordt, worden geschrapt. De voorziene datum van inwerkingtreding van het ontwerpbesluit is 1 januari 2012.

3. JURISPRUDENTIE

3.1. Onderdelenfuik en het belanghebbendebegrip

De meest interessante en voor de rechtsvorming over de Wabo van belang zijnde uitspraken die wij in deze bijdrage willen bespreken, zijn twee uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 9 maart 2011⁷ en 13 april 2011⁸. Het gaat in deze uitspraken om de rechtsbescherming tegen een omgevingsvergunning voor een project.

Op grond van de Wabo staat tegen een omgevingsvergunning voor belanghebbenden bezwaar en beroep open. Daarnaast geldt sinds 1 juli 2005 op grond van art. 6:13 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de zogeheten 'onderdelenfuik'. Op grond van deze bepaling mag een belanghebbende geen beroep instellen tegen onderdelen van een besluit waarover hij niet eerder een zienswijze bij het bestuursorgaan naar voren heeft gebracht, tenzij dit hem redelijkerwijs niet kan worden verweten en het achterwege laten daarvan verschoonbaar is.

Omdat een project uit meerdere activiteiten kan bestaan waarvoor op grond van de Wabo afzonderlijke toestemmingen zijn vereist, waardoor de omgevingsvergunning uit

meerdere onderdelen kan bestaan, rees de vraag of onder de Wabo de binnen de omgevingsvergunning te onderscheiden toestemmingen kunnen worden aangemerkt als besluitonderdelen. In dat geval zou een belanghebbende in beroep geen toestemming binnen de omgevingsvergunning meer kunnen aanvechten, waarover niet reeds in de bestuurlijke fase is geklaagd.

Tot de invoering van de Wabo bestond er bij milieuvergunningen en bij besluiten in het kader van de ruimtelijke ordening een verschillende uitleg van het begrip 'besluitonderdeel'. Bij de verlening van milieuvergunningen werden de verschillende categorieën milieugevolgen als besluitonderdelen onderscheiden. Het gevolg hiervan was dat in beroep alleen kon worden geklaagd over de milieugevolgen (zoals geluid, geur etc.) waarover al een zienswijze was ingediend. Daarnaast mochten voor het eerst in beroep ook nog andere aspecten, die niet kunnen worden gerubriceerd onder één van de categorieën milieugevolgen, zoals bijvoorbeeld het ontbreken van een milieueffectrapport⁹, worden bestreden. Bij het verlenen van een ontheffing of projectbesluit op grond van de Wet ruimtelijke ordening werd echter voor de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de verschillende milieugevolgen dit onderscheid niet gemaakt.

Dit verschil en de invoering van de Wabo waren voor de ABRvS aanleiding om, zoals zij in de uitspraak uitdrukkelijk aangeeft, het voor de rechtspraak van belang te achten om nu reeds – in een geschil dat (nog) geen betrekking heeft op een omgevingsvergunning – aan te geven hoe met de onderdelenfuik moet worden omgegaan onder de Wabo. Omdat de milieuvergunning en de planologische ontheffing of projectbesluit met de invoering van de Wabo deel uitmaken van de omgevingsvergunning moest worden afgewacht hoe de ABRvS hiermee om zou gaan, nu de wetgever niet in een uitdrukkelijke regeling daarvan had voorzien. De vraag is dan welke onderdelen in de omgevingsvergunning moeten worden onderscheiden. Het meest voor de hand ligt, zo schreven wij in onze bijdrage (deel II) in 2009, dat daaronder de diverse 'toestemmingen' zouden worden begrepen die onderdeel zijn van een omgevingsvergunning voor een project.

In de genoemde uitspraak van 9 maart 2011 heeft de ABRvS geoordeeld dat de verschillende op grond van art. 2.1 en 2.2 Wabo vergunningplichtige besluiten zijn aan te merken als besluitonderdelen in de zin van art. 6:13 Awb. Dit betekent dat wanneer geen zienswijze is ingediend tegen een bepaalde activiteit waarvoor in het kader van de omgevingsvergunning toestemming is verleend, tegen dat (besluit)onderdeel in beroep niet kan worden opgekomen. Aangezien uit art. 6:13 Awb geen zogeheten 'grondenfuik' volgt, kunnen – ook na de uitspraak van 9 maart 2011 – tegen onderdelen van het besluit die een belanghebbende in een zienswijze aan de orde heeft gesteld, in beroep nog nieuwe gronden worden aangevoerd. In zoverre lijkt er ook onder de Wabo nog geen heel strikte beperking te gelden om (nieuwe) bezwaren tegen een omgevingsvergunning aan te voeren.

Voorts is de vraag relevant of belanghebbenden tegen de omgevingsvergunning als geheel bezwaar en beroep kunnen aantekenen of slechts tegen die onderdelen c.q. deel-

toestemmingen in de omgevingsvergunning waarbij zij een rechtstreeks betrokken belang hebben. Met andere woorden: kan een burger die belanghebbende is bij één activiteit, waarvoor in het kader van de omgevingsvergunning toestemming is verleend, zich ook verzetten tegen een andere activiteit waarvoor tegelijk een omgevingsvergunning is verleend? Oftewel, kan iemand zich verzetten tegen de omgevingsvergunning voor de bouw van een varkensschuur, als hij deze niet kan zien, maar vanwege de geur wel binnen de invloedssfeer daarvan woont?

Op grond van art. 1:2 Awb geldt als uitgangspunt dat iemand belanghebbende is bij een besluit, zoals een omgevingsvergunning, en niet bij een onderdeel van een besluit. Alleen in de jurisprudentie over bestemmingsplannen wordt hierop een uitzondering gemaakt. Er kan volgens die jurisprudentie slechts worden opgekomen tegen die planonderdelen waarbij men een rechtstreeks betrokken belang heeft. In verband met de invoering van de Wabo is bepleit om voor de omgevingsvergunning ook een dergelijke uitzondering te maken.¹⁰ Dit zou met zich brengen dat een burger die belanghebbende is bij een of meer toestemmingen in de omgevingsvergunning niet ook (uit zichzelf) belanghebbend is bij de andere onderdelen van de omgevingsvergunning. Dit voorkomt dat in het voorbeeld van een omgevingsvergunning voor de kap van enkele bomen en de bouw van een varkensschuur, een burger die de schuur en de bomen niet kan zien maar wel binnen de invloedssfeer (geurcirkel) van de milieu-inrichting woont, tegen de omgevingsvergunning als geheel beroep kan instellen, hoewel die burger bij de besluitonderdelen waarin toestemming wordt verleend voor de kap van de bomen en de bouw van de schuur geen belanghebbende is.

De bestaande jurisprudentie over de kring van belanghebbenden bij een bepaald besluit verschilt al naar gelang de aard van de toestemming. In de regel is de kring van belanghebbenden bij een milieuvergunning voor een inrichting vanwege de gevolgen voor de omgeving groter dan bij een bouw-, aanleg- of kapvergunning. Afgewacht moest worden hoe onder de Wabo met dat verschil zou worden omgegaan als een omgevingsvergunning zou worden verleend voor meerdere activiteiten waarvoor de kring van belanghebbenden niet hetzelfde is, aangezien in dat geval de omgevingsvergunning immers bestaat uit die beide toestemmingen.

In de uitspraak van 13 april 2011 oordeelt de ABRvS dat, nu uit de wetsgeschiedenis van de Wabo niet blijkt dat de wetgever dit verschil in omvang van de kringen van belanghebbenden heeft willen opheffen, het in de rede ligt om, indien een omgevingsvergunning meer dan één toestemming te bepalen of degene die daartegen bezwaar of beroep heeft ingesteld belanghebbende is. Met deze uitspraak heeft de ABRvS een uitzondering gemaakt op de hoofdregel dat een burger belanghebbende is bij een besluit (als geheel) en niet slechts bij besluitonderdelen. Een burger dient daarom belanghebbende te zijn bij een besluitonderdeel c.q. deeltoestemming om daartegen bezwaar of beroep te kunnen instellen. Daarmee blijft de jurisprudentie ten aanzien van het belanghebbendebegrip van belang onder de Wabo.

Bovendien blijft de toegang tot de rechter daarmee ongewijzigd.

Dit lijkt volgens dezelfde uitspraak van de ABRvS alleen uitzondering voor zover de betrokken omgevingsvergunning ziet op een activiteit als bedoeld in de zin van art. 2.7, lid 1, Wabo, die behoort tot verschillende categorieën activiteiten als bedoeld in art. 2.1 en 2.2 Wabo die onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en niet fysiek zijn te scheiden. In die gevallen is het niet mogelijk om voor de te onderscheiden activiteiten een deelvergunning aan te vragen. Voor zover een omgevingsvergunning bestaat uit toestemmingen voor meerdere activiteiten in de zin van de Wabo waarvoor op grond van art. 2.7 Wabo één omgevingsvergunning moet worden aangevraagd, geldt dat een burger daarbij belanghebbende is. Een burger is in die gevallen belanghebbende bij de activiteiten die als één geheel moeten worden aangevraagd en uitgevoerd. Voor het voorbeeld van de bouw van een varkensschuur geldt dat de burger die vanwege de geur binnen de invloedssfeer van de stal woont, maar deze niet ziet, toch als belanghebbende tegen de omgevingsvergunning als geheel beroep kan instellen, omdat het bouwen van de stal niet te scheiden is van het oprichten dan wel wijzigen van een milieu-inrichting. Uit dit voorbeeld blijkt dat de (deel)toestemming met de ruimste kring van belanghebbenden bepaalt wie zich in zo'n geval in rechte tegen de omgevingsvergunning kan verzetten. Indien daarnaast tevens een omgevingsvergunning voor het kappen van enkele bomen is gevraagd, heeft deze uitspraak daarvoor naar onze mening geen consequenties. Voor dat onderdeel van de omgevingsvergunning moet apart worden beoordeeld of iemand daarbij belanghebbende is, in lijn met de hiervoor besproken uitspraak van 9 maart 2011.

Met de uitspraken van 9 maart en 13 april 2011 heeft de ABRvS kort na de invoering van de Wabo ten behoeve van de rechtspraak de gewenste duidelijkheid gegeven over de vraag ten aanzien van welke besluitonderdelen gelet op art. 6:13 Awb bezwaar en/of beroep kan worden ingesteld en wie daarbij als belanghebbende kan worden aangemerkt.

3.2. Omgevingsvergunning en (strijd met) bestemmingsplan

Indien een aanvraag voor een omgevingsvergunning strijdig is met het bestemmingsplan dient deze aanvraag tevens te worden aangemerkt als een verzoek om omgevingsvergunning om te mogen afwijken van het bestemmingsplan (art. 2.1, lid 1, onderdeel c, Wabo). De omgevingsvergunning kan slechts worden verleend als voldaan wordt aan de mogelijkheden om te mogen afwijken van het bestemmingsplan (art. 2.12 Wabo).

De aanvraag om een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen wordt dus getoetst aan het bestemmingsplan. Dit geldt tevens indien het bestemmingsplan nog niet onherroepelijk is. Grieven tegen het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan kunnen, gelet op het limitatieve en imperatieve stelsel van art. 2.10, lid 1, Wabo, niet worden betrokken in de beoordeling van de rechtmatigheid van de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen. Voorts volgt uit art. 9, lid 1, Woningwet, dat de bouwverordening buiten toepassing dient te blijven ten aanzien van die arti-

kelen, waarin het bestemmingsplan voorschriften bevat die hetzelfde onderwerp regelen.¹¹

Bij beantwoording van de vraag of met toepassing van de lijst van kruimelgevallen op grond van art. 4, lid 1, onderdeel a, Bijlage II, Bor een omgevingsvergunning mag worden verleend om gronden te gebruiken in strijd met het bestemmingsplan (als bedoeld in art. 2.1, lid 1, onderdeel c, Wabo) is het van belang dat het begrip 'gebruiken' in art. 2.1, lid 1, onderdeel c, Wabo¹² betrekking heeft op gebruik in enge zin alsook op bouwen. Dat betekent dat het bij de toepassing van de lijst met kruimelgevallen kan gaan om strijd met de gebruiksregels van een bestemmingsplan, maar ook om strijd met de bouwregels.¹³ In de hier aangehaalde uitspraak ging het om een drive-in (ten behoeve van laden en lossen) die terecht is aangemerkt als een 'bijbehorend bouwwerk binnen de bebouwde kom' op grond van de lijst met kruimelgevallen. Uit de uitspraak volgt dat bij de toepassing van de kruimellijst het vereiste van een goede ruimtelijke onderbouwing, en de daarmee samenhangende onderzoeken, niet geldt.

Dat bij toepassing van de kruimellijst wel een gedegen belangenafweging dient plaats te vinden volgt uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van Rechtbank Zwolle.¹⁴ Het niet aanwezig zijn van een evidente belemmering laat onverlet dat de (diverse) belangen van derden bij de toestemming voor de activiteit 'planologisch strijdig gebruik' in de besluitvorming meegewogen dienen te worden. In casu ging het om de uitbreiding van een botenhuis met een schuur. Verweerder beroept zich op vaste jurisprudentie van de ABRvS, waaruit volgt dat een privaatrechtelijke belemmering slechts aan verlening van (toen nog genoemd) een vrijstelling in de weg staat indien deze een evident karakter heeft. De voorzieningenrechter volgt verweerder in deze visie, nu dat evidente karakter uit de gedingstukken en het onderzoek ter zitting niet duidelijk en eenduidig is komen vast te staan.

Ten aanzien van het zichtaspect heeft verweerder overwogen, dat verzoeker (de buurman) zowel bij verplaatsing als bij handhaving op de huidige geplande locatie zicht heeft op het botenhuis. Verzoeker heeft dit ter zitting niet bestreden. Voor een evenwichtige belangenafweging in dezen dient echter mede in ogenschouw te worden genomen dat het hierbij feitelijk niet gaat om een botenhuis, maar om de uitbreiding daarvan met een schuur, waarvan het niet zonder meer noodzakelijk is dat deze in het verlengde van het botenhuis wordt gebouwd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter dient verweerder dit element in bezwaar alsnog in zijn belangenafweging te betrekken. Dit geldt evenzeer voor de door verzoeker genoemde financiële belangen, nu deze door verweerder in het geheel nog niet in de belangenafweging zijn betrokken.

3.3. Aanhoudingsplicht bij exploitatieplannen

De ABRvS heeft een drietal uitspraken gedaan waaruit volgt dat een vernietigd exploitatieplan niet per definitie leidt tot vernietiging van het bestemmingsplan.¹⁵ Hiertoe overweegt de ABRvS allereerst dat de wet daartoe niet verplicht. Bovendien, zo stelt de ABRvS, geldt ingevolge art. 3.5 jo. art. 2.1, lid 1, onderdeel a en b, Wabo een aanhoudingsplicht voor een aanvraag voor een omgevingsvergunning

voor bouwen en aanleggen ten behoeve van een activiteit waarop een exploitatieplan van toepassing is, indien er geen grond is de vergunning te weigeren en het exploitatieplan nog niet onherroepelijk is. Naar het oordeel van de ABRvS geldt deze aanhoudingsplicht ook in geval van een geheel (of gedeeltelijk) vernietigd exploitatieplan. Dit betekent dat na vernietiging van een exploitatieplan door de ABRvS de aanhoudingsplicht 'gewoon' doorloopt (ongeacht of het bestemmingsplan ondertussen onherroepelijk is geworden). Zolang het exploitatieplan niet onherroepelijk is geworden, hoeft het college van burgemeester en wethouders dus geen omgevingsvergunning voor bouwen te verlenen. Overigens kunnen zij – op grond van art. 3.5, lid 3, Wabo – de aanhoudingsplicht doorbreken en een omgevingsvergunning verlenen. De ABRvS geeft aan dat de gemeente vanwege de vernietiging van het exploitatieplan de keuze heeft om ofwel een nieuw exploitatieplan vast te stellen ofwel te besluiten geen exploitatieplan vast te stellen, bijvoorbeeld omdat de gemeente inmiddels eigenaar is van alle gronden in het bestemmingsplan waarop een aangewezen bouwplan is voorgenomen. De gemeenteraad dient daarover binnen een halfjaar een besluit te nemen. Daarbij geeft de ABRvS ook aan dat het nieuwe exploitatieplan voor hetzij het gehele oorspronkelijke exploitatiegebied hetzij voor een deel van dit gebied kan worden vastgesteld.

De auteurs zijn als advocaat respectievelijk professional support lawyer werkzaam bij CMS Derks Star Busmann N.V., praktijkgroep Real Estate, te Utrecht.

- 1 L.J. Wildeboer en J.J. van Loenen-de Wild, 'De Wet algemene bepalingen omgevingsrecht in aantocht', *VGFC* 2009, nr. 4, p. 16-21 (deel I), en *VGFC* 2009, nr. 6, p. 11-17 (deel II).
- 2 Kamerstukken II, 2010-2011, 31 953, nr. 39.
- 3 Brief aan de Tweede Kamer d.d. 14 juni 2011, kenmerk: IenM/BSK-2011/89644.
- 4 Kamerstukken II, 2010-2011, 32 588. Zie ook Rechtbank Utrecht 18 mei 2011, LJN: BQ8451.
- 5 Zie voor vergunningplichtig of vergunningvrij bouwen ook: L.J. Wildeboer en J.J. van Loenen-de Wild, 'De Wet algemene bepalingen omgevingsrecht in aantocht (II)', *VGFC* 2009, nr. 6, p. 11-13.
- 6 Kamerstukken II, 2010-2011, 32 156, nr. 25.
- 7 ABRvS 9 maart 2011, LJN: BP7155, o.a. verschenen in *JM* 2011/50 m.nt. De Graaf, *BR* 2011/76 m.nt. Rijs en *TBR* 2011/63 m.nt. A.G.A. Nijmeijer.
- 8 ABRvS 13 april 2011, LJN: BQ1081, o.a. verschenen in *JM* 2011/51 m.nt. De Graaf, *JB* 2011/134 m.nt. R.J.N. Schlössels en *TBR* 2011/86 m.nt. A.G.A. Nijmeijer.
- 9 Zie bijv. ABRvS 6 juni 2007, LJN: BA6500, *AB* 2007/276 m.nt. Blomberg.
- 10 F. Onrust, 'Het belanghebbende begrip in de Wabo', *BR* 2008/85, p. 401 e.v.
- 11 Rechtbank Zutphen 17 maart 2011, LJN: BQ1218.
- 12 Blijkens de Nota van Toelichting bij het Bor, p. 124.
- 13 V.zr. Rechtbank Den Bosch 2 maart 2011, LJN: BP6693, *StAB* 2011, nr. 73.
- 14 V.zr. Rechtbank Zwolle 22 april 2011, LJN: BQ2769.
- 15 ABRvS 9 februari 2011, LJN: BP3699 (Beverwijk), *TBR* 2011/66. ABRvS 9 februari 2011, LJN: BP3700 (Nunspeet), *TBR* 2011/67. ABRvS 2 maart 2011, LJN: BP6388 (Maasdiel), *AB* 2011/77.