

VERTROUWELIJK

Gemeente Berkelland
t.a.v. de heren G.J. Hans en A.G.M. Hendriksen
Postbus 200
7270 HA BORCULO

Nijmegen, 20 juli 2016

Ons kenmerk : 20161031 - 1153918/1 - PB/RW
Inzake : Berkelland/Ter Haar
Doorkiesnummer : 024-38 28 333
Direct faxnummer : 024-38 28 388
E-mail : p.bodden@hekkelman.nl

Geachte heren,

U verzocht mij om de gemeente te adviseren over de omgevingsvergunning voor de uitbreiding van de varkenshouderij aan de Walemaatweg 2 in Geesteren. Ik verwijs korthedshalve naar de diverse e-mails met bijlagen die ik op 6 juli jl. van de heer Hans ontving. De vraag die voorligt is kort samengevat of het college van burgemeester en wethouders van Berkelland aan Gedeputeerde Staten van Gelderland een ontheffing moet vragen van de Omgevingsverordening Gelderland. Alvorens ik deze vraag beantwoord, schets ik eerst de relevante feiten en omstandigheden.

1. Relevante feiten en omstandigheden

De maatschap G.J. ter Haar en H.A. ter Haar-Koier heeft op 7 april 2016 een aanvraag om omgevingsvergunning voor het uitbreiden van de varkenshouderij aan de Walemaatweg 2 in Geesteren ingediend. De uitbreiding resulteert in een (fictief) bouwvlak van 1,45 hectare.

Uit de geschetste achtergrondinformatie (aangeleverd bij e-mail van 6 juli jl.) blijkt dat op grond van het vigerende bestemmingsplan het perceel aan de Walemaatweg 2 geen agrarisch bouwvlak heeft.¹ De (verplaatste) varkenshouderij is in 2002 planologisch toegestaan middels een vrijstelling.

De varkenshouderij is gelegen in een verwevingsgebied.

¹ Hiervan ga ik uit in onderhavig advies. Mij is onbekend welk bestemmingsplan momenteel ter plaatse geldt nu het bestemmingsplan Buitengebied Berkelland 2012 is vernietigd.

2. Omgevingsverordening Gelderland

Op grond van artikel 2.5.4.2 van de Omgevingsverordening Gelderland (hierna: "Omgevingsverordening" dan wel "verordening") is het toegestaan om uitbreidingen van niet-grondgebonden veehouderijen in een verwevingsgebied planologisch toe te staan tot ten hoogste 1,0 hectare. De tekst van artikel 2.5.4.2 van de verordening is helder:

"In bestemmingsplannen die betrekking hebben op één of meer verwevingsgebieden kan aan een agrarisch bedrijf ten behoeve van de niet-grondgebonden veehouderijtak een agrarisch bouwperceel worden toegekend van ten hoogste 1,0 hectare."

Dit geldt ook voor omgevingsvergunningen die betrekking hebben op agrarische bedrijven in verwevingsgebieden. Op grond van artikel 1.1.1 lid 1 onder c van de Omgevingsverordening is een bestemmingsplan gelijkgesteld met een omgevingsvergunning waarmee ex artikel 2.12, lid 1 onderdeel a, onder 3 van de Wet algemene wet bepalingen omgevingsrecht, wordt afgeweken van het bestemmingsplan ten behoeve van een project van lokaal ruimtelijk belang.

Aangezien de aangevraagde uitbreiding ziet op een bouwvlak van 1,45 hectare is de aanvraag in strijd met de Omgevingsverordening.

De Omgevingsverordening kent geen expliciete mogelijkheid om hiervoor ontheffing te verlenen. Wel kent de Omgevingsverordening een meer algemene ontheffingsmogelijkheid die verleend kan worden wegens "bijzondere omstandigheden", namelijk artikel 2.9.1 van de Omgevingsverordening:

"Gedeputeerde Staten kunnen op aanvraag van burgemeester en wethouders ontheffing verlenen van het bepaalde in dit hoofdstuk voor zover de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wegens bijzondere omstandigheden onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot de met die regels te dienen provinciale belangen."

De grondslag van deze ontheffingsmogelijkheid is te vinden in artikel 4.1a lid 1 van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: "Wro"):

"Bij de verordening, bedoeld in artikel 4.1, eerste lid, kan worden bepaald dat gedeputeerde staten op aanvraag van burgemeester en wethouders ontheffing kunnen verlenen van krachtens dat lid vast te stellen regels, voor zover de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wegens bijzondere omstandigheden onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot de met die regels te dienen provinciale belangen. Aan de ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden indien de betrokken provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken."

In geval een omgevingsvergunning is aangevraagd, kwalificeert de ontheffing op basis van artikel 4.1a lid 2 Wro als verklaring van geen bedenkingen in de zin van artikel 2.27 lid 1 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: "Wabo").

3. Ontheffing

3.1 Bijzondere omstandigheid

Om voornoemde ontheffing te kunnen verlenen moet sprake zijn van een "bijzondere omstandigheid". Gelet op de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie gelden hierbij vrij strenge eisen. Deze zal ik hierna bespreken.

3.2 Geen rekening mee gehouden bij vaststellen verordening

Ten eerste moet sprake zijn van een omstandigheid waarmee Provinciale Staten bij het opstellen van de verordening geen rekening hebben gehouden.² Indien Provinciale Staten bij het opstellen van de verordening wel rekening hebben gehouden met de omstandigheid, en hiervoor (desondanks) geen expliciete ontheffingsmogelijkheid hebben opgenomen, dan kwalificeert dit niet als een "bijzondere omstandigheid" waarvoor Gedeputeerde Staten een ontheffing kunnen verlenen. Zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis³ het volgende:

"(...) De onderhavige wijziging voegt aan artikel 4.1a, eerste lid, een zinsnede toe die nadrukkelijk tot uitdrukking brengt dat een zodanige ontheffing alleen kan worden verleend als sprake is van bijzondere omstandigheden. De ontheffingsbevoegdheid heeft betrekking op bijzondere gevallen waar gedeputeerde staten bij het vaststellen van de algemene regels geen rekening mee hebben gehouden en waarbij een strikte toepassing van de regels leidt tot een onevenredige belemmering van de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid in verhouding tot de met die regels te dienen provinciale belangen. (...)" (Onderstreping mijnerzijds, PB).⁴

Uit de toelichting bij de Omgevingsverordening blijkt dat bij het opstellen van de verordening wel degelijk is stilgestaan bij de uitbreiding van veehouderijen in verwevingsgebieden en de (tijdelijke) beperking hiervan. In de toelichting staat hierover het volgende:

"Niet - grondgebonden veehouderij : verwevingsgebieden (paragraaf 2.5.4)

(...)

Voor bedrijven die hun niet - grondgebonden productie willen uitbreiden en daarvoor een groter bouwperceel nodig hebben dan waarover ze thans op basis van het vigerend bestemmingsplan kunnen beschikken, zullen in de toekomst aanvullende eisen gaan gelden. De provincie wil hiervoor naar een beoordelingssysteem dat op regionaal of eventueel provinciaal is uitgewerkt. Het bevat criteria die nadat deze zijn verankerd in het gemeentelijk beleid, de basis vormen voor het vergroten van agrarische bouwpercelen.

Het beoordelingssysteem is nog niet beschikbaar. Dat betekent dat het reconstructiebeleid met het hanteren van maximale maten voor het agrarisch bouwperceel voorlopig blijft bestaan. Gemeenten kunnen voor de niet grondgebonden veehouderij het agrarisch bouwperceel vergroten tot maximaal 1 hectare.

In de toekomst worden van de bedrijven die een groter agrarisch bouwperceel willen verkrijgen extra duurzaamheidsstappen verwacht. Door de efficiënte schaal van het bedrijf is het ook financieel mogelijk om aanvullend maatregelen te treffen om maatschappelijk verantwoord te

² De omstandigheid hoeft niet *onvoorzienbaar* te zijn op het moment dat de verordening werd opgesteld. Alvorens de inwerkingtreding van artikel 4.1a Wro was dit wel het geval. Zie TK, 2010-2011, 32 821, nr. 3, pagina 4. Zie ook AbRS 5 februari 2014, zaaknummer 201304840/1/R4; AbRS 1 april 2015, zaaknummers 201401654/1/R1 en 201402613/1/R1. Nadien is het wetsvoorstel gewijzigd. Zie TK 2011-2012, 32 821, nr. 9.

³ Uit de nota van wijziging (alvorens inwerkingtreding van artikel 4.1a Wro).

⁴ TK, 2011-2012, 32 821, nr. 9, pagina 2.

produceren. De ondernemer maakt bij de vergunningaanvraag duidelijk in hoeverre hij op het vlak van milieu (denk aan aspecten als geur, ammoniak, fijnstof, lawaai, licht), dierenwelzijn en volksgezondheid extra stappen heeft gezet. Extra wil in dit kader zeggen meer dan waar hij wettelijk toe verplicht is. Ook zal er sprake moeten zijn van een zorgvuldige stedenbouwkundige kwaliteit en een goede landschappelijke inpassing. De gemeente kan de ondernemer vragen deze informatie in een ondernemingsplan op te nemen en te eisen dat dit plan bij een vergunningaanvraag wordt bijgevoegd.

Op het moment dat gemeenten het te ontwikkelen beoordelingssysteem in hun beleid hebben verankerd, kunnen de maximale bouwperceelsmaten voor verwevingsgebieden en landbouwontwikkelingsgebieden vervallen. Bedrijven die extra stappen zetten op vlak van duurzaamheid krijgen ruimte om te ontwikkelen en daarbij past het niet langer om te sturen op een bouwperceelsmaat.

(...)

*Ontheffing wegens bijzondere omstandigheden (artikel 2.9.1)
Zoals reeds hierboven onder 2.1 Algemeen opgemerkt hebben wij - overeenkomstig het bepaalde in artikel 4.1a van de Wro - in hoofdstuk 2 een artikel opgenomen waarin is bepaald dat Gedeputeerde Staten in bijzondere omstandigheden ontheffing kunnen verlenen van de bepalingen van dit hoofdstuk."(Onderstrepingen mijnerzijds, PB).*

Uit de toelichting bij de verordening blijkt expliciet dat zolang een nieuw beoordelingssysteem, waarbij uitbreidingen van agrarische bouwpercelen voortaan zullen worden beoordeeld aan de hand van duurzaamheidseisen in plaats van aan de hand van maximale bouwvlakmaten, nog niet voorhanden is, slechts een bouwvlakvergroting tot maximaal 1,0 hectare is toegestaan. Weliswaar staat er dat "het reconstructiebeleid" voorlopig blijft bestaan, welk beleid aanvankelijk ruimere mogelijkheden bood, maar hiermee wordt mijns inziens geen grotere uitbreidingsmogelijkheid bedoeld dan die tot 1,0 hectare. Dit licht ik verderop nader toe.

Anders gezegd, Provinciale Staten hebben bij het opstellen van de Omgevingsverordening rekening gehouden met de uitbreiding van veehouderijen in verwevingsgebied en de (tijdelijke) beperking hiervan. Om deze reden kwalificeert de uitbreiding van de varkenshouderij aan de Walemaatweg 2 in Geesteren mijns inziens niet als een bijzondere omstandigheid waarvoor een ontheffing kan worden verleend. Ter vergelijking verwijs ik naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: "de Afdeling") van 13 augustus 2004:

*"(...)De Afdeling overweegt dat de ontheffingsmogelijkheid op grond van artikel 4.1a van de Wro is bedoeld voor bijzondere situaties die bij het stellen van de algemene regel niet zijn voorzien. Naar het oordeel van de Afdeling is in dit geval geen sprake van een bijzondere situatie die bij het stellen van de algemene regel niet is voorzien. Nu bij het opstellen van de Verordening Ruimte ervoor is gekozen al het water buiten de kernen buiten de bebouwingscontour te laten, was ten tijde van het vaststellen van artikel 21 duidelijk dat in het water van de jachthaven geen bebouwing opgericht kon worden. Reeds hierom heeft het college in redelijkheid kunnen afzien van toepassing van de daarin neergelegde ontheffingsbevoegdheid. De Afdeling ziet aanleiding de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten. (...)*⁵.

⁵ Zaaknummer 201301264/1/R4. Weliswaar is deze uitspraak van vóór de wijziging van artikel 4.1a Wro (zie voetnoot 2) maar desalniettemin is de situatie mijns inziens vergelijkbaar. Immers, bij het opstellen

Ten overvloede merk ik op dat in de Omgevingsvisie Gelderland (hierna: "Omgevingsvisie") (anders dan de Omgevingsverordening geen dwingend recht) het volgende staat:

" (...) Uiterlijk 1 januari 2016 worden gemeenten in de provinciale Omgevingsverordening de mogelijkheid geboden tot het toepassen van een nieuw, op regionaal (of eventueel provinciaal) niveau uitgewerkt beoordelingssysteem. De aanpassing van de Omgevingsverordening wordt gebaseerd op de beschikbaar gekomen beoordelingssystemen. Daarbij zal rekening worden gehouden met eventuele nieuwe landelijke regelgeving over het kunnen beperken van dieraantallen op provinciaal en gemeentelijk niveau. Tot uiterlijk 1 januari 2016, dan wel een eerder moment van aanpassing van de Omgevingsverordening, blijven de bouwblokregimes gelden die in het kader van de Reconstructie van kracht zijn geworden. (...)".

Op grond van de Omgevingsvisie is het de bedoeling dat zolang het nieuwe beoordelingssysteem nog niet geldt, het oude regime op grond van de reconstructieplannen geldt. De Omgevingsvisie gaat ervan uit dat deze situatie tot uiterlijk 1 januari 2016 voortduurt, waarschijnlijk omdat men vanaf die datum het nieuwe beoordelingssysteem verwachtte.⁶ Wat hiervan ook zij, de Omgevingsverordening dient door het gemeentebestuur in acht te worden genomen. De Omgevingsverordening bepaalt derhalve welk beoordelingsregime voor de onderhavige uitbreiding geldt.

Indien en voor zover Provinciale Staten de bedoeling hadden om uitbreidingen in verwevingsgebieden tot 1,5 hectare toe te staan, in afwachting van het nieuwe beoordelingssysteem, hadden Provinciale Staten dit middels de Omgevingsverordening moeten regelen. Indien en voor zover dit abusievelijk niet zou zijn geregeld in de verordening, vormt dit geen "bijzondere omstandigheid" als bedoeld in artikel 4.1a Wro waarvoor een ontheffing kan worden verleend. Ter vergelijking verwijs ik naar de uitspraak van de Afdeling van 6 mei 2015 (zaaknummer 201406629/1/R6).⁷ Gelet op deze uitspraak zorgt een bestuurlijke omissie, indien en voor zover hiervan sprake zou zijn, er derhalve niet voor dat Gedeputeerde Staten een (rechtens houdbare) ontheffing kunnen verlenen. Zoals blijkt uit de hiervoor geciteerde uitspraak maakt een verwijzing naar beleidsdocumenten (zoals de Omgevingsvisie) dit niet anders.

3.3 Incidenteel geval van verbetering ruimtelijke kwaliteit

Voorts moet sprake zijn van een ontwikkeling die de ruimtelijke kwaliteit dusdanig verbetert dat dit de verlening van een ontheffing rechtvaardigt. Dit moet uitvoerig worden gemotiveerd.⁸ Bovendien moet de ontwikkeling een incidentele (uitzonderlijke) situatie betreffen. In de

van de verordening is een bewuste keuze gemaakt waardoor de bouwmogelijkheden worden beperkt. (Zie ook AbRS 20 augustus 2014, zaaknummer 201400964/1/R1.)

⁶ Dit nieuwe beoordelingssysteem (het zogenaamde plussenbeleid dat in de Omgevingsverordening zal worden opgenomen) is er nog niet.

⁷ In deze zaak hadden Gedeputeerde Staten abusievelijk bij het opstellen van de provinciale verordening geen rekening gehouden met eerder gemaakte bestuurlijke afspraken over de ontwikkeling in het plangebied. Gedeputeerde Staten wezen erop vergelijkbare ontwikkelingen in het verleden te hebben gesteund en dit nog steeds te doen. Onder meer werd verwezen naar beleidsdocumenten. De Afdeling overweegt echter dat een bestuurlijke omissie op zichzelf geen bijzondere omstandigheid oplevert die een ontheffing rechtvaardigen.

⁸ Zie AbRS 24 juni 2015, zaaknummer 201402270/1/R6 en AbRS 22 juli 2015, zaaknummer 201309161/2/R3 en 201400410/1/R2.

parlementaire geschiedenis wordt een innovatief project als voorbeeld genoemd. Voor vaker voorkomende gevallen leent het instrument van de ontheffing zich niet:

*"(...) Een zodanige ontheffingsbevoegdheid biedt de ruimte om bijvoorbeeld voor een innovatief project waarbij zwaarwegende maatschappelijke belangen spelen – maar dat in strijd met de algemene regels – af te wijken van de algemene regels. Het onverkort toepassen van de algemene regels zou in die omstandigheden tot een belemmering van de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid kunnen leiden, die onevenredig is in verhouding tot de betrokken provinciale belangen. Met deze toevoeging wordt het artikellid beter in overeenstemming gebracht met hetgeen daarmee is beoogd, namelijk om in incidentele gevallen de mogelijkheid te bieden tot een ontheffing van de algemene regels. De clausulering van de ontheffingsbevoegdheid tot bijzondere gevallen, heeft tot gevolg dat provincies in hun verordening vooraf maatwerk dienen te leveren ten aanzien van de situaties waarin een algemene regel niet van toepassing is. De ontheffingsmogelijkheid strekt zich immers niet uit tot reguliere gevallen waarin de regels in de provinciale verordening de verwezenlijking van het gemeentelijk beleid belemmeren. Indien de provincie van mening is dat de verwezenlijking van het gemeentelijk beleid onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot het provinciale ruimtelijke belang, dan zal de provincie de desbetreffende verordening moeten wijzigen. In die situatie past niet het instrument van de ontheffing. Het instrument ontheffing is bedoeld voor uitzonderlijke situaties die zich incidenteel zouden kunnen voordoen."*⁹.

Mijns inziens is er in dit geval noch sprake van een situatie waarbij de ruimtelijke kwaliteit dusdanig verbetert dat een ontheffing is gerechtvaardigd, noch sprake van een incidentele (uitzonderlijke) situatie. De vergelijking met een innovatief project gaat hier niet op.

Mogelijk zou dit anders zijn indien aangetoond kan worden dat de uitbreiding van de varkenshouderij voldoet aan de eisen van het nieuwe nog niet vigerende beoordelingssysteem. In dat geval kan een ruimtelijke kwaliteitsverbetering worden aangetoond. Aan welke duurzaamheidseisen precies moet worden voldaan, is echter nog niet bekend.¹⁰ Bovendien betwijfel ik of een dergelijke situatie kwalificeert als een incidentele situatie.

3.4 Belemmering gemeentelijk ruimtelijk beleid

Tot slot moet sprake zijn van een onevenredige belemmering van het gemeentelijk ruimtelijk beleid indien de ontwikkeling geen doorgang kan vinden (door het ontbreken van een ontheffing). Mijns inziens blijkt op dit moment onvoldoende uit de aangeleverde stukken waarom hiervan sprake zou zijn indien de varkenshouderij aan de Walemaatweg 2 in Geesteren niet zou kunnen uitbreiden tot 1,45 hectare. In de Structuurvisie Berkelland 2025 wordt aangesloten bij het reconstructieplan Achterhoek en Liemers. Zowel in de structuurvisie (pagina 39) als in het reconstructieplan (pagina 18 en pagina 84-87) staat dat agrarische bouwvlakken in het verwevingsgebied maximaal 1,0 hectare groot mogen zijn. Dit is alleen anders voor percelen die zijn aangewezen door de gemeente als "ontwikkelingslocatie intensieve veehouderij". Dit zijn volgens het reconstructieplan (waarbij in de structuurvisie wordt aangesloten):

⁹ TK, 2011-2012, 23 821, nr. 9, pagina 2 en 3.

¹⁰ Wel is op 12 juli 2016 het actualisatievoornemen voor de Omgevingsvisie en de Omgevingsverordening vastgesteld en het ontwerp-Plussenbeleid vastgesteld. Hieraan zou alvast getoetst kunnen worden. De toekomstige inhoud van de Omgevingsverordening is echter nog niet bekend.

*"(...) bestaande bedrijfslocaties waar het op grond van ruimtelijke en milieutechnische overwegingen in principe mogelijk is dat op deze bestaande bedrijven een intensieve veehouderijtak zich kan ontwikkelen tot een omvang van minimaal 125 nge (ca. 2500 mestvarkens). De omvang bedraagt in principe maximaal 1,5 hectare. Alleen gemeenten kunnen bepalen dat een bouwblok een ontwikkelingslocatie is."*¹¹.

Op grond van de Notitie van Uitgangspunten Bestemmingsplan Buitengebied van de gemeente Berkelland is het toegestaan om ontwikkelingslocaties te vergroten tot maximaal 1,5 hectare "na toekenning van het bouwvlak via planwijziging".¹² ¹³ Op basis van de mij ter hand gestelde stukken acht ik het nog niet evident dat sprake is van een ontwikkelingslocatie. Het argument dat de gemeente op veel andere locaties uitbreidingen van veehouderijen in een verwevingsgebied groter dan 1,0 hectare bij recht toestaat overtuigt niet.

Voor dit advies neem ik evenwel als uitgangspunt dat het project volledig past binnen het gemeentelijk beleid (conform hetgeen wordt gesteld in de mij ter hand gestelde stukken).

3.5 Conclusie

Gelet op het voorgaande is het zeer waarschijnlijk dat Gedeputeerde Staten geen (rechtens houdbare) ontheffing kunnen verlenen. Het is de vraag of burgemeester en wethouders desalniettemin een ontheffing moeten aanvragen. Deze vraag zal ik in de volgende paragraaf bespreken.

4. Ontheffing aanvragen?

Hoewel Gedeputeerde Staten zeer waarschijnlijk geen rechtens houdbare ontheffing kunnen verlenen is het naar alle waarschijnlijkheid wel nodig dat burgemeester en wethouders de ontheffing aanvragen. In de (tussen)uitspraak van 19 augustus 2015 overwoog de Afdeling het volgende:

"(...) De Afdeling overweegt ambtshalve als volgt. De Afdeling stelt vast dat het bouwplan in strijd is met de Verordening. In een dergelijk geval is het college in beginsel gehouden een als verklaring van geen bedenkingen aan te merken ontheffing, als bedoeld in artikel 13.4 van de Verordening, aan het college van gedeputeerde staten te vragen, tenzij het een andere grond heeft om de gevraagde omgevingsvergunning te weigeren, bijvoorbeeld omdat het bouwplan niet past binnen het gemeentelijk ruimtelijk beleid. Gelet op het besluit van de raad van de gemeente Moerdijk van 3 juni 2010, waardoor in dit geval geen verklaring van geen bedenkingen van de raad is vereist, en de bewoordingen van artikel 13.4 van de Verordening is het in de eerste plaats aan het college om te motiveren dat en in hoeverre de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wordt belemmerd door de in artikel 11.6, eerste lid, van de Verordening gestelde regels. Het college heeft dat niet gedaan, maar de weigering om omgevingsvergunning te verlenen enkel gebaseerd op het provinciaal ruimtelijk beleid, in het bijzonder artikel 11.6, eerste lid, van de Verordening.

¹¹ Reconstructieplan Achterhoek en Liemers, 23 februari 2005, pagina 85.

¹² Zie pagina 39 van de Structuurvisie Berkelland 2025. Ik beschik niet over de bedoelde Notitie van Uitgangspunten Bestemmingsplan Buitengebied van de gemeente Berkelland.

¹³ Een dergelijke planwijziging heeft voor het perceel aan de Walemaatweg 2 niet plaatsgevonden. Het bestemmingsplan Buitengebied Berkelland 2012 is vernietigd. Wel is een vrijstelling verleend voor de verplaatsing, maar mij is onduidelijk of hiermee de locatie is aangeduid als ontwikkelingslocatie.

Dientengevolge heeft het zich ook niet uitgelaten over de vraag of er aanleiding bestond een als verklaring van geen bedenkingen aan te merken ontheffing, als bedoeld in artikel 13.4 van de Verordening, aan het college van gedeputeerde staten te vragen. Gelet hierop is het besluit van 15 oktober 2013 genomen in strijd met artikel 3:46 van de Awb. De rechtbank heeft dat niet onderkend.

7. De Afdeling ziet in het belang van een spoedige beëindiging van het geschil aanleiding om het college met toepassing van artikel 8:51d van de Awb op te dragen het gebrek in het besluit van 15 oktober 2013 te herstellen binnen vijftien weken na verzending van deze tussenuitspraak. Dit kan het college doen door zich gemotiveerd op het standpunt te stellen dat de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid niet wordt belemmerd door de regels van de Verordening, in welk geval er geen aanleiding bestaat een als verklaring van geen bedenkingen geldende ontheffing, als bedoeld in artikel 13.4 van de Verordening, aan het college van gedeputeerde staten te vragen, dan wel een dergelijke verklaring te vragen, indien het van mening is dat de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wel door de regels van de Verordening wordt belemmerd. (...)". (Onderstrepingen mijnerzijds, PB).¹⁴

Uit deze uitspraak lijkt te volgen dat burgemeester en wethouders altijd zijn gehouden om een ontheffing aan te vragen (ongeacht de feiten en omstandigheden), indien de ontwikkeling (wel) in overeenstemming is met het gemeentelijk ruimtelijk beleid. Uit de uitspraak blijkt niet of dit ook geldt indien op voorhand duidelijk is dat de ontheffing niet (rechtens houdbaar) kan worden verleend.¹⁵

Op dit punt kan wel de vergelijking gemaakt worden met de jurisprudentie over het aanvragen van een verklaring van geen bedenkingen bij de gemeenteraad door burgemeester en wethouders. Uit deze jurisprudentie blijkt kortweg dat het enkel aan de gemeenteraad zelf is om te beoordelen of een verklaring van geen bedenkingen kan worden afgegeven. Burgemeester en wethouders mogen op grond van deze jurisprudentie niet op de stoel van de gemeenteraad gaan zitten, door zelf op voorhand te beoordelen of een verklaring zal worden afgegeven en - indien zij verwachten dat dit niet het geval zal zijn - vervolgens geen verklaring aan te vragen. Zo overwoog de Afdeling in de recente uitspraak van 6 april 2016 (zaaknummer 201502592/1/A1) het volgende¹⁶:

"(...) 5. [appellant] betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het college niet gehouden was een verklaring van geen bedenkingen van de gemeenteraad te vragen. Hij voert hiertoe aan dat de raad de bevoegdheid heeft het college op te dragen mee te werken aan legalisering van het chalet.

(...)

5.2. In de memorie van toelichting bij de Wabo (Kamerstukken II 2006/2007, 30 844, nr. 3, blz. 27, 28 en 114) is vermeld dat het in enkele gevallen, gelet op de verdeling van bestuurlijke verantwoordelijkheden of de benodigde specialistische kennis, wenselijk is dat de beslissing omtrent een of meer specifieke aspecten aan een ander bestuursorgaan wordt overgelaten. Dat doet zich volgens de memorie van toelichting in de eerste plaats voor bij afwijkingen buiten het

¹⁴ Zaaknummer 201409842/1/A1.

¹⁵ De ontheffingsbepaling die in de uitspraak aan de orde was, was gelijk aan de ontheffingsbepaling in artikel 2.9.1 van de Omgevingsverordening. Net zoals in onderhavige situatie stelde de ontheffingsmogelijkheid noch de toelichting bij de ontheffingsmogelijkheid voorwaarden aan de ontheffingverlening.

¹⁶ Zie in gelijke zin tevens AbRS 2 december 2015 (zaaknummer 201404980/2/A1) en AbRS 27 mei 2015 (zaaknummer 201404980/1/A1).

door de gemeenteraad vastgestelde bestemmingsplan of de vastgestelde beheersverordening. Een bestemmingsplan geeft invulling aan het ruimtelijk beleid in een gemeente en is een juridisch bindend kader voor de uitvoering van het ruimtelijk beleid. Het is wenselijk dat de afweging omtrent de buitenplanse afwijking door hetzelfde orgaan wordt gemaakt als het orgaan dat de beslissing neemt omtrent de wijziging van het bestemmingsplan. Anders zou de bevoegdheid van de raad ondergraven kunnen worden, aldus de memorie van toelichting. In de tweede plaats gaat het volgens de memorie om enkele situaties waarin vergunningverlening voorheen op nationaal niveau plaatsvond, maar in het kader van de omgevingsvergunning op provinciaal niveau wordt gelegd. Het betreft de toestemmingen op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet, aldus de memorie van toelichting. Vermeld is dat de decentralisatie van de bevoegdheid tot omgevingsvergunningverlening in deze gevallen gepaard zal gaan met een verklaring van geen bedenkingen ter waarborging van het betrokken belang. Inzake de verklaring van geen bedenkingen is verder overwogen dat zo een verklaring "alleen kan voorkomen in gevallen waarin een afzonderlijke toestemming wenselijk is met het oog op de specifieke deskundigheid of in verband met de bijzondere bestuursrechtelijke verantwoordelijkheden van het aan te wijzen orgaan". Verder is bij de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2.29 (thans: 2.27) vermeld dat een verklaring van geen bedenkingen niet zozeer een goedkeuringsinstrument is, maar er toe dient een ander bestuursorgaan te laten beslissen omtrent een aspect van de vergunning dat aan de beoordeling van het bevoegd gezag is onttrokken.

5.3. De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat het college niet gehouden was een verklaring van geen bedenkingen aan de gemeenteraad te vragen omdat het college voornemens was de gevraagde omgevingsvergunning wegens strijd met het bestemmingsplan te weigeren. Op zich zelf volgt uit de letterlijke tekst van artikel 2.27, eerste lid, van de Wabo, gelezen in samenhang met artikel 6.5, eerste lid, van het Bor, waarin de zinsnede "verlenen van een omgevingsvergunning" wordt gebruikt, niet dat een verklaring aan de gemeenteraad moet worden gevraagd in de situatie waarin het bestuursorgaan van oordeel is dat de omgevingsvergunning niet zou moeten worden verleend, maar dit volgt wel uit het stelsel van de Wabo en de geschiedenis van de totstandkoming daarvan. Uit artikel 3.11, eerste lid, van de Wabo volgt dat, in het geval een aanvraag tot afwijking van het bestemmingsplan met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 3°, van de Wabo voorligt, het college de gemeenteraad onverwijld een exemplaar van die aanvraag en de daarbij gevoegde stukken stuurt. Artikel 2.20a van de Wabo bepaalt dat voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit waarvoor voor het verlenen van de omgevingsvergunning een verklaring van geen bedenkingen is vereist, de omgevingsvergunning voor die activiteit wordt geweigerd indien de verklaring is geweigerd. Hieruit volgt naar het oordeel van de Afdeling dat de omgevingsvergunning alleen kan worden geweigerd vanwege strijd met het bestemmingsplan, wanneer de verklaring van geen bedenkingen is geweigerd. Het artikel laat geen ruimte voor een uitleg dat een omgevingsvergunning ook op die grond kan worden geweigerd in het geval dat er geen verklaring van geen bedenkingen aan de gemeenteraad is gevraagd. Het samenstel van de artikelen 2.27, eerste lid, 2.20a en 3.11, eerste lid, van de Wabo en artikel 6.5, eerste lid, van het Bor brengt aldus met zich dat het college gehouden was de gemeenteraad onverwijld de aanvraag en de daarbij gevoegde stukken te sturen en een verklaring van geen bedenkingen te vragen nu de aanvraag om omgevingsvergunning zag op afwijking van het bestemmingsplan met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 3° van de Wabo (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 19 augustus 2015, zaak nr. 201408624/1/A1). Steun voor dit oordeel wordt gevonden in de onder 5.2 aangehaalde citaten uit de memorie van toelichting. Uit de memorie volgt dat het systeem van de verklaring van geen bedenkingen er op neerkomt dat het bevoegd gezag een ander bestuursorgaan laat beslissen omtrent een aspect van de vergunning dat aan de beoordeling van het bevoegd gezag is onttrokken vanwege de specialistische kennis of bestuurlijke verantwoordelijkheid van dat andere orgaan. Daarbij past niet dat het college zelf bepaalt of het een verklaring van geen bedenkingen aan de gemeenteraad vraagt. Door dat wel te doen onttrekt

concept

het feitelijk de inhoudelijke beslissing over de aanvraag aan de gemeenteraad. Dat geldt niet alleen in de verhouding tussen college en de gemeenteraad, maar ook in de gevallen waarin het college als beslissingsbevoegd orgaan de aanvraag om omgevingsvergunning moet voorleggen aan de bestuursorganen die op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 of de Flora- en faunawet bevoegd zijn over de in die wetten geregelde natuuraspecten te beslissen. Het college heeft niet de vrijheid om te beslissen geen verklaring van geen bedenkingen aan die bevoegde organen te vragen in het geval een aanvraag om omgevingsvergunning voorligt die gevolgen heeft voor beschermde planten- en diersoorten of beschermde natuurgebieden. Dat zou de bevoegdheid van het provinciebestuur en de minister van economische zaken ondergraven.

Het voorgaande laat onverlet dat het college wel een omgevingsvergunning kan weigeren zonder een verklaring van geen bedenkingen te hebben gevraagd, indien het de weigering baseert op een andere weigeringsgrond dan de weigeringsgrond waarop de verklaring van geen bedenkingen ziet. Ook indien de gemeenteraad gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid als bedoeld in artikel 6.5, derde lid, van het Bor door categorieën van gevallen aan te wijzen waarin een verklaring niet is vereist, kan het college de omgevingsvergunning weigeren zonder eerst de gemeenteraad om een verklaring te vragen. Deze situaties zijn hier niet aan de orde.

5.4. Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het besluit weliswaar in strijd is met artikel 3.11, eerste lid, van de Wabo, maar dat uit deze bepaling gelezen in samenhang met de artikelen 2.27, eerste lid, en 2.20a en artikel 6.5, eerste lid, van het Bor, niet volgt dat het college een omgevingsvergunning waarbij met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 3° van de Wabo, wordt afgeweken van het bestemmingsplan, kan weigeren zonder een verklaring van geen bedenkingen te vragen aan de gemeenteraad. (...) (Onderstrepingen mijnerzijds, PB).

In de hiervoor opgenomen uitspraak geeft de Afdeling aan dat wat met betrekking tot de omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan geldt voor de verhouding tussen burgemeester en wethouders en de gemeenteraad, ook geldt in gevallen waarin Gedeputeerde Staten bevoegd zijn om een verklaring van geen bedenkingen af te geven op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 of de Flora- en faunawet. Mede gezien de hiervoor aangehaalde uitspraak van 19 augustus 2015 acht ik het waarschijnlijk dat dit eveneens geldt bij een ontheffing van Gedeputeerde Staten ex artikel 4.1a Wro.

Resumé: Gezien het vorenstaande zijn burgemeester en wethouders mijns inziens zeer waarschijnlijk ook in het onderhavige geval gehouden om de ontheffing (tevens verklaring van geen bedenkingen ex artikel 4.1a lid 2 Wro) bij Gedeputeerde Staten aan te vragen. Anders zou immers de inhoudelijke beoordeling omtrent de ontheffing aan Gedeputeerde Staten worden onttrokken, terwijl deze beoordeling de bestuurlijke verantwoordelijkheid is van Gedeputeerde Staten.

Indien burgemeester en wethouders een ontheffing aanvragen, dan kan de "bijzondere omstandigheid" onderbouwd worden met het feit dat Provinciale Staten bij het opstellen van de Omgevingsverordening er vanuit gingen dat het nieuwe beoordelingssysteem reeds per 1 januari 2016 zou gelden, welke datum niet is gehaald. Bij het opstellen van de verordening hebben Provinciale Staten met deze omstandigheid immers geen rekening gehouden. De aanvraag om ontheffing dient (idealiter) ondersteund te worden met documenten waaruit blijkt dat Provinciale Staten ervan uit zijn gegaan dat het nieuwe beoordelingssysteem per 1 januari

concept

2016 zou gaan gelden.¹⁷ Op de juridische houdbaarheid van deze onderbouwing ben ik in paragraaf 3 reeds ingegaan.

Indien een ontheffing wordt aangevraagd, zal tevens aangetoond moeten worden dat de ontwikkeling voldoet aan het toekomstige beoordelingssysteem. Hiervoor kunnen de conceptdocumenten worden gebruikt die reeds voorhanden zijn.¹⁸

Verder is het bij een aanvraag om ontheffing nodig om het volgende nader te onderbouwen: 1.) waarom sprake is van een onevenredige belemmering van het gemeentelijk ruimtelijk beleid indien de ontwikkeling geen doorgang kan vinden (zie paragraaf 3.4), 2.) waarom de ontwikkeling de ruimtelijke kwaliteit dusdanig verbetert dat een ontheffing is gerechtvaardigd, en 3.) waarom sprake is van een incidentele (uitzonderlijke) situatie (zie paragraaf 3.3).

Graag verneem ik of u met dit advies uit de voeten kunt.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.

Paul Bodden
advocaat

concept

¹⁷ Gedeputeerde Staten moeten bij het opstellen van de Omgevingsverordening immers reeds bewust zijn geweest van de beperking van uitbreidingen van veehouderijen in verwevingsgebied groter dan 1,0 hectare.

¹⁸ Zo is op 12 juli 2016 het actualisatievoornemen voor de Omgevingsvisie en de Omgevingsverordening vastgesteld en het ontwerp-Plussenbeleid vastgesteld. Hieraan zou alvast getoetst kunnen worden.