MEMO

Aan	Van
VT	P. Fermont
Team	Kenmerk
AO	
Bijlage(n)	Telefoon
1	8753

Onderwerp **Gegrond beroep Knoops en liggende aanvraag omgevingsvergunning activiteit bouwen**

Datum: 5 april 2019

Aan welk recht moet nu worden getoetst?
De beslissing op bezwaar om de ingediende aanvraag buiten behandeling te laten is vernietigd door de Afdeling. Dat betekent dat er een nieuw (inhoudelijk) besluit op de aanvraag eerste fase voor bouwen moet worden genomen in de vorm van een nieuwe beslissing op bezwaar. Op deze aanvraag moet in beginsel 'ex nunc' worden beslist, dus met inachtneming van het recht dat geldt ten tijde van het nemen van het besluit. Ook als wordt beslist nadat een eerder besluit is vernietigd. Als de aanvraag in strijd is met dat recht (het bestemmingsplan en/of de rechtstreeks werkende regels van de Verordening Ruimte), dan kom je toe aan de uitzondering zoals die door de Afdeling is geformuleerd.

De overweging van de Afdeling houdt in dat je in dat geval moet toetsen aan het recht zoals dat gold ten tijde van de indiening van de aanvraag omgevingsvergunning eerste fase voor het bouwen indien op dat moment *"sprake was van een rechtstreekse aanspraak op het verkrijgen van de omgevingsvergunning voor het bouwen"*. *"Dat is het geval"*, zo vervolgt de Afdeling, *"als het bouwplan in overeenstemming was met het toen geldende bestemmingsplan en de regels die waren gesteld krachtens artikel 4.1, derde lid, of artikel 4.3, derde lid, van de Wet op de ruimtelijke ordening en op dat moment geen voorbereidingsbesluit van kracht was dan wel een ontwerp voor een nieuw bestemmingsplan ter inzage was gelegd, waarmee dat bouwplan niet in overeenstemming was"*.

Dit is inderdaad vaste jurisprudentie van de Afdeling. Zie bijv. de uitspraak van de Afdeling van 21 september 2010 (ECLI:NL:RVS:2010:BN7932). Deze uitzondering op de hoofdregel geldt overigens niet voor een aanvraag omgevingsvergunning voor de activiteit ex artikel 2.1 lid 1 sub c Wabo (afwijken van het bestemmingsplan). Dat heeft de Afdeling uitgemaakt in haar uitspraak van 27 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2125).

Ten aanzien van de omgevingsvergunning eerste fase voor het bouwen het volgende. Mijn conclusie is dat deze aanvraag tevens, van rechtswege, moet worden opgevat als een aanvraag omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan. Ik ga vervolgens in op hoe volgens mij met die aanvraag moet worden omgegaan en wat dat betekent voor de aanvraag omgevingsvergunning voor het bouwen.

Aanvraag omgevingsvergunning bouwen
De aanvraag moet op grond van artikel 2.10 lid 1 sub c Wabo worden getoetst aan:

- het vigerende bestemmingsplan en;
- de vigerende rechtstreeks werkende regels van de Verordening Ruimte.

Toetsing aan bestemmingsplan
Op dit moment vigeert het bestemmingsplan 'Gemert-Bakel buitengebied 2017'. Op grond van het overgangsrecht van het bestemmingsplan geldt geen uitzondering voor de hoofdregel dat 'ex nunc' moet worden beslist op de aanvraag.

Het nu vigerende bestemmingsplan gold niet ten tijde van de indiening van de aanvraag. Ten tijde van de indiening van de aanvraag gold het bestemmingsplan 'Gemert-Bakel buitengebied 2010'. De vraag is of op grond van dat bestemmingsplan sprake was van een rechtstreekse aanspraak op het verkrijgen van de omgevingsvergunning voor het bouwen. Zo ja, dan geldt het recht van dit bestemmingsplan.

De aanvraag was ook niet in overeenstemming met dit bestemmingsplan, meer specifiek met planregel 18.2 behorende bij de dubbelbestemming 'waarde-archeologie'. Reeds hierom was er op grond van dit bestemmingsplan geen rechtstreekse aanspraak op het verkrijgen van de omgevingsvergunning voor het bouwen. Dat de aanvraag in strijd is met een dubbelbestemming en niet met de hoofdbestemming maakt daarbij niet uit.

Dat betekent dat de aanvraag getoetst moet worden aan het nu vigerende bestemmingsplan. Nu de aanvraag in strijd is met dit bestemmingsplan moet de aanvraag op grond van artikel 2.10 lid 2 Wabo tevens worden aangemerkt als een aanvraag omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan. Daar ga ik straks op in.

Toetsing aan de rechtstreeks werkende regels van de Verordening
Op 8 juli 2017 is de Verordening Ruimte gewijzigd en zijn o.a. de huidige artikelen 37 en artikel 7.4 lid 5 ingevoerd. Deze artikelen zijn met onmiddellijke ingang van toepassing. Er geldt geen bijzonder overgangsrecht.

Artikel 37 lid 1 van de Verordening bepaalt:

"Tot het tijdstip dat een bestemmingsplan in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 6.4, vijfde lid en artikel 7.4, vijfde lid, geldt dat een toename van de bestaande oppervlakte dierenverblijf voor geitenhouderijen door het oprichten van gebouwen of door het in gebruik nemen van gebouwen voor het houden van geiten niet is toegestaan."

Het perceel Muizenhol 1 ligt in Gemengd Landelijk Gebied. Daarvoor geldt het in het citaat genoemde artikel 7.4 lid 5. Dat artikel bepaalt:

"In afwijking van artikel 7.3, eerste en tweede lid, sluit een bestemmingsplan de vestiging van, de uitbreiding van, de omschakeling naar en een toename van de oppervlakte dierenverblijf van geitenhouderijen uit."

Met de vaststelling van het bestemmingsplan 'Gemert-Bakel buitengebied 2017' op 5 juli 2018 is het bestemmingsplan in overeenstemming gebracht met het bepaalde in artikel 7.4 lid 5 van de Verordening Ruimte. Dit bestemmingsplan sluit immers de vestiging, uitbreiding van of omschakeling naar een geitenhouderij expliciet uit. Dat betekent dat vanaf dat moment artikel 37 van de Verordening Ruimte niet meer van toepassing is (hoeft te zijn). De aanvraag is dan ook niet in strijd met artikel 37 van de Verordening Ruimte.

De conclusie is dat de aanvraag in strijd is met het vigerende bestemmingsplan ‘Gemert-Bakel buitengebied 2017’ en dus van rechtswege moet worden opgevat als een aanvraag omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan.

Aanvraag omgevingsvergunning afwijken bestemmingsplan

De aanvraag omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan kan alleen worden verleend als de aanvraag niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening en met toepassing van het bepaalde in artikel 2.12 lid 1 sub a onder 1, 2 of 3 Wabo. Het vigerende bestemmingsplan bevat geen ontheffingsmogelijkheid. Evenmin kan op grond van artikel 4 van bijlage II van het Bor omgevingsvergunning worden verleend. De omgevingsvergunning kan dus alleen worden verleend met toepassing van artikel 2.12 lid 1 sub a onder 3 Wabo.

Op grond van artikel 2 lid 1 sub c van de Verordening zijn deze regels van de verordening ook van toepassing op een besluit omtrent het verlenen van een omgevingsvergunning.

Zoals hierboven uitgelegd, is in dit geval artikel 7.4 lid 5 van toepassing op grond waarvan het niet is toegestaan om op deze locatie door middel van de wijziging van een bestemmingsplan of het verlenen van een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan als hier bedoeld een geitenhouderij mogelijk te maken. Artikel 7.4 lid 5 gold nog niet ten tijde van de indiening van de aanvraag, maar zoals aan het begin opgemerkt geldt de uitzondering op de ‘ex nunc’-regel niet voor de aanvraag omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan.

GS hebben op grond van artikel 38.6 lid 1 van de Verordening de bevoegdheid om, op verzoek van het college van B en W, ontheffing te verlenen van de regels van de Verordening *“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”*. Het college is m.i. niet gehouden een verzoek tot ontheffing in te dienen en in dit geval zou zo’n verzoek ook geen kans van slagen maken omdat niet voldaan wordt aan de hiervoor geciteerde voorwaarde.

Dat betekent dat de aanvraag omgevingsvergunning reeds niet verleend kan worden wegens strijd met artikel 7.4 lid 5 van de Verordening Ruimte. Deze omgevingsvergunning moet derhalve geweigerd worden, zodat ook de aanvraag omgevingsvergunning voor het bouwen moet worden geweigerd.

Procedureel geldt overigens dat het besluit, ook in geval van een weigering, moet worden voorbereid met de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure.

Mogelijke claim

Knoops zal de gemeente aansprakelijk stellen voor de schade die hij heeft geleden als gevolg van het (naar is komen vast te staan met de uitspraak van de Afdeling) onrechtmatige besluit tot het buiten behandeling laten van de aanvraag. Daarbij zal hij stellen dat als tijdig inhoudelijk zou zijn beslist op de aanvraag omgevingsvergunning bouwen deze omgevingsvergunning had moeten worden verleend. In dat kader zal moeten worden nagegaan of dat zo is en, zo ja, of ook de omgevingsvergunning tweede fase verleend had kunnen worden. Zonder de vergunning tweede fase zou Knoops immers niets hebben gehad aan de omgevingsvergunning eerste fase.

Er zijn veel vragen die in dat kader beantwoordt moeten worden. Het voert op dit moment wellicht te ver om daar nu al uitgebreid op in te gaan.