

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85185>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-20 and may be subject to change.

# Projectbesluit, Wabo en overgangsrecht

*Enkele knelpunten belicht*

## 1. Inleiding

Met ingang van 1 oktober 2010 treedt de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) in werking.<sup>1</sup> Door middel van de Invoeringswet Wabo wordt een groot aantal aanpassingen in bestaande wet- en regelgeving doorgevoerd.<sup>2</sup> Een van de wetten die wordt gewijzigd is de Wet ruimtelijke ordening (Wro) en het bijbehorende Besluit ruimtelijke ordening (Bro). Enerzijds gaat het om terminologische aanpassingen zodat Wro en Bro voor wat betreft het begrippenkader aansluiten op de Wabo. Anderzijds worden inhoudelijke wijzigingen doorgevoerd die het gevolg zijn van de overheveling van een aantal besluitbevoegdheden van de Wro naar de Wabo.

Het betreft onder meer de besluitbevoegdheden die de Wro bevat om in een concreet geval van het bestemmingsplan af te wijken.<sup>3</sup> Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de binnenplanse bevoegdheid van artikel 3.6 lid 1 onder c Wro (binnenplanse ontheffing) en de buitenplanse bevoegdheden van artikel 3.22 (tijdelijke ontheffing), artikel 3.23 Wro ('kruimelgevallen') en artikel 3.10 Wro (projectbesluiten). Wij beperken ons in deze bijdrage tot het projectbesluit, omdat met name de integratie van dit besluit in de Wabo een aantal vragen oproept. Na enkele inleidende opmerkingen (par. 2) bespreken wij achtereenvolgens de overgangsregeling die voor projectbesluiten geldt (par. 3), de elektronische beschikbaarstelling van een omgevingsvergunning (par. 4) en het juridisch splitsen van het bebouwen van gronden en het handelen in strijd met het planologisch regime (par. 5). Wij sluiten af met een conclusie.

## 2. Kern van het probleem: projectbesluit wordt omgevingsvergunning

Vooropgesteld moet worden dat het projectbesluit zoals dat op grond van artikel 3.10 Wro kan worden genomen, met de inwerkingtreding van de Wabo verdwijnt. Daarvoor in de plaats komt de omgevingsvergunning voor het gebruiken van gronden en bouwwerken in strijd met (onder meer) het bestemmingsplan. Deze omgevingsvergunningplicht is te vinden in artikel 2.1

lid 1 onder c van de Wabo.<sup>4</sup> Van belang is dat 'gebruiken' in dit verband in ruime zin moet worden opgevat, dus inclusief het bouwen.<sup>5</sup>

Bevoegd gezag bij een dergelijke omgevingsvergunning is – zoals voor iedere omgevingsvergunning geldt – in de regel het college van burgemeester en wethouders (B&W).<sup>6</sup> Artikel 2.12 lid 1, onder a, onder 3° van de Wabo bepaalt vervolgens dat een omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met – kort gezegd – het planologische regime, kan worden verleend als er geen strijd is met een goede ruimtelijke ordening en de omgevingsvergunning is voorzien van een 'goede ruimtelijke onderbouwing'. Dit vereiste kennen wij uit artikel 3.10 lid 2 Wro. De inhoudelijke eisen die aan de goede ruimtelijke onderbouwing van de omgevingsvergunning worden gesteld, zijn dan ook identiek aan de eisen die thans voor de onderbouwing van projectbesluiten gelden. Die eisen zijn op hun beurt gelijk aan de eisen die aan de toelichting van een bestemmingsplan worden gesteld in artikel 3.1.6 Bro. Dat artikel wordt in het Bor van overeenkomstige toepassing verklaard op de goede ruimtelijke onderbouwing van de omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het geldende planologische regime, die met toepassing van artikel 2.12 lid 1, onder a, onder 3° van de Wabo wordt verleend (zie art. 5.20 Bor<sup>7</sup>).

1 Stb. 2010, 231.

2 De Invoeringswet Wabo is gepubliceerd in Stb. 2010, 142. Het Invoeringsbesluit Wabo is te vinden in Stb. 2010, 144.

3 De bevoegdheid om bestemmingsplannen (en inpassingsplannen), wijzigingsplannen en uitwerkingsplannen vast te stellen, wordt niet in de Wabo geïntegreerd.

4 Naast het bestemmingsplan worden in art. 2.1 lid 1 onder c Wabo ook de beheersverordening (art. 3.38 Wro), het exploitatieplan (art. 6.12 Wro), het voorbereidingsbesluit (art. 3.7 Wro) en de algemene regels van provincie en Rijk genoemd (art. 4.1 resp. art. 4.3 Wro). Wij spreken in deze bijdrage kortweg van 'planologisch regime'.

5 Aldus de nota van toelichting bij het Besluit omgevingsrecht (Bor), Stb. 2010, 143, onder meer op p. 124.

6 Tenzij uit lid 2 tot en met lid 5 van art. 2.4 Wabo volgt dat een ander bestuursorgaan bevoegd is.

7 Ingevoegd bij Invoeringsbesluit Wabo, Stb. 2010, 144, art. 1.30, onderdeel B.

Voor zover het de goede ruimtelijke onderbouwing betreft, kan voornoemde omgevingsvergunning dus worden gezien als de ‘opvolger’ van het huidige projectbesluit van artikel 3.10 Wro. Een paar verschillen compliceren die ‘opvolging’ echter.

### 3. Van projectbesluit naar omgevingsvergunning: overgangsrecht

#### 3.1. Inhoud van het overgangsrecht voor projectbesluiten

Het eerste aandachtspunt is het overgangsrecht dat ingevolge de Invoeringswet Wabo voor projectbesluiten geldt. Dat overgangsrecht is te vinden in artikel 1.5 van de Invoeringswet Wabo en het luidt als volgt:

- ‘1. Een projectbesluit als bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, 3.27, eerste lid, of 3.29, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening of een besluit als bedoeld in artikel 3.40, eerste lid, 3.41, eerste lid, of 3.42, eerste lid, van die wet dat onmiddellijk voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 2.1 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht van kracht en onherroepelijk is, wordt gelijkgesteld met een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, van die wet.
2. Artikel 1.2, tweede tot en met vierde lid, is van overeenkomstige toepassing.’

Artikel 1.2 lid 2 tot en met lid 4 van de Invoeringswet Wabo luidt:

- ‘2. Het recht zoals dat gold onmiddellijk voor het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 2.1 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht blijft van toepassing op:
- de voorbereiding en vaststelling van de beschikking op een aanvraag om een vergunning of ontheffing als bedoeld in het eerste lid of een aanvraag om een beschikking tot wijziging of intrekking daarvan, indien voor dat tijdstip een aanvraag is ingediend,
  - de voorbereiding en vaststelling van een ambts-halve te geven beschikking tot wijziging of intrekking van een vergunning of ontheffing als bedoeld in het eerste lid, indien voor dat tijdstip een ontwerpbesluit ter inzage is gelegd, of

- een vergunning of ontheffing als bedoeld in het eerste lid of een beschikking tot wijziging of intrekking daarvan, die nog niet onherroepelijk is.
3. In gevallen als bedoeld in het tweede lid wordt:
- een vergunning of ontheffing gelijkgesteld met een omgevingsvergunning voor de betrokken activiteit;
  - een beschikking tot wijziging van een vergunning of ontheffing gelijkgesteld met een beschikking tot wijziging van een omgevingsvergunning, op het tijdstip waarop de betrokken beschikking onherroepelijk is geworden.
4. Beperkingen waaronder een beschikking als bedoeld in het eerste lid is verleend, worden gelijkgesteld met aan de omgevingsvergunning verbonden voorschriften.’

De overgangsregeling voor projectbesluiten valt aldus uiteen in twee delen:

- projectbesluiten die op 1 oktober 2010 van kracht *en* onherroepelijk zijn worden met een omgevingsvergunning ex artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo gelijkgesteld en
- is op 1 oktober 2010 de procedure om een projectbesluit te nemen gestart, maar is dat besluit op die datum nog niet vastgesteld, dan blijft op de vaststellingsprocedure het recht zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van de Wabo van toepassing.

De strekking van deze regeling is helder en doet in de kern denken aan het overgangsrecht zoals dat ook in de Invoeringswet Wro ten aanzien van vrijstellingsbesluiten die op grond van de WRO waren aangevraagd, is opgenomen.<sup>8</sup> Er zijn echter verschillen te ontdekken die op het oog miniem zijn, maar die bij verdere doordenking vragen oproepen.

#### 3.2. Procedurele complicatie(s)

In de eerste plaats het feit dat het oude recht in artikel 1.2 lid 2 onder a Invoeringswet Wabo van toepassing wordt verklaard op de ‘voorbereiding en de vaststelling’ van het projectbesluit. Welk recht moet nu worden toegepast vanaf het moment dat het projectbesluit door de gemeenteraad (of B&W als sprake is van delegatie) is

<sup>8</sup> Met name art. 9.1.7 tot en met art. 9.1.11 Invoeringswet Wro.

vastgesteld? Wordt de tekst van artikel 1.2 Invoeringswet Wabo strikt gevolgd, dan zou vanaf de vaststelling van het projectbesluit de Wabo gaan gelden. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. Uit de toelichting bij de Invoeringswet Wabo blijkt dat is bedoeld om het oude recht op het hele besluitvormingstraject *tot en met* de fase van rechtsbescherming van toepassing te laten zijn.<sup>9</sup> Hoewel artikel 1.5 lid 1 van de Invoeringswet Wabo wel klare wijn schenkt, had wat ons betreft in artikel 1.2 Invoeringswet Wabo ook explicieter verwezen kunnen worden naar de onherroepelijkheid van het projectbesluit. Maar juist die onherroepelijkheid is soms in combinatie met projectbesluiten problematisch.

De kern van het probleem schuilt in de concentratie van rechtsbescherming die uit artikel 46 lid 6 Woningwet voortvloeit. Die bepaling luidt:

'De beslissing omtrent een aanvraag om bouwvergunning en een beslissing omtrent een aanvraag om een ontheffing, een projectbesluit of een besluit als bedoeld in artikel 3.40, 3.41 of 3.42 van de Wet ruimtelijke ordening, voor zover deze beslissing ziet op het bouwen waarop de aanvraag om bouwvergunning betrekking heeft, worden voor de mogelijkheid van beroep ingevolge hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht als één besluit aangemerkt. De beslissing omtrent een aanvraag om bouwvergunning treedt niet eerder in werking dan een op dat bouwen betrekking hebbende beslissing krachtens de Wet ruimtelijke ordening als bedoeld in de eerste volzin.'<sup>10</sup>

Uit deze bepaling volgt dat voor zover een projectbesluit betrekking heeft op bouwvergunningplichtige activiteiten, het projectbesluit pas appellabel is in het kader van de bouwvergunningprocedure die voor de desbetreffende bouwactiviteiten wordt gevolgd. In de praktijk komt het voor dat die bouwvergunningprocedure pas aanvangt jaren nadat het projectbesluit bekendgemaakt is.<sup>11</sup> Als nu vóór 1 oktober 2010 een projectbesluit in procedure is dat (mede) betrekking heeft op bouwvergunningplichtige activiteiten maar voor die datum nog geen bouwvergunning is aangevraagd, dan is de onvermijdelijke conclusie dat het desbetreffende projectbesluit nooit onherroepelijk wordt. Op zo'n projectbesluit is volgens artikel 1.2 lid 2 onder a Invoeringswet Wabo immers het oude recht – dus

ook artikel 46 lid 6 Woningwet – van toepassing. Vanaf 1 oktober 2010 is het echter niet meer mogelijk om een aanvraag om bouwvergunning in te dienen, aangezien geheel hoofdstuk IV van de Woningwet vervalt.<sup>12</sup>

Het projectbesluit treedt voor zover het betrekking heeft op bouwvergunningplichtige activiteiten ook nimmer in werking. De inwerkingtreding van het projectbesluit is in artikel 3.11 lid 2 jo. artikel 3.8 lid 5 Wro immers gekoppeld aan de afloop van de beroepstermijn. Voor zover het de bouwvergunningplichtige activiteiten betreft, zal er na 1 oktober 2010 nooit een beroepstermijn gaan lopen (er kan immers geen bouwvergunning meer worden aangevraagd).

De opstellers van het overgangsrecht in de Invoeringswet Wabo hebben aan deze complicatie niet gedacht. In een bericht op de website 'VROM Totaal' is intussen als oplossing aangedragen dat een projectbesluit dat voor 1 oktober 2010 wordt aangevraagd en dat mede ziet op bouwvergunningplichtige activiteiten, altijd moet worden gekoppeld aan een aanvraag bouwvergunning eerste fase als bedoeld in artikel 56a Woningwet.<sup>13</sup> Inderdaad, in dat geval zou het zojuist signaleerde probleem zijn opgelost omdat op de aanvraag bouwvergunning dan ook het oude recht van toepassing blijft (zie art. 1.3 van de Invoeringswet Wabo) en in de procedure voor de bouwvergunning eerste fase het projectbesluit gelet op artikel 46 lid 6 Woningwet appellabel is.

Naar ons idee is het echter een wat vreemde gang van zaken dat een omissie in een overgangsregeling wordt opgelost door de burger dan maar te verplichten om de bouwvergunning in twee fasen aan te vragen. Los daarvan kan het goed zijn dat op het moment dat om het projectbesluit wordt verzocht, de toekomstige bouwplannen nog niet zover zijn uitgekristalliseerd dat een bouwaanvraag eerste fase kan worden ingediend die voldoet aan de indieningsvereisten van het Biab (zie art. 4 lid 1 onder b van dat besluit).

9 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 953, nr. 3, p. 67.

10 Zie o.a. ABRvS 11 februari 2004, nr. 200303597/1 en 200303596/1, ABRvS 24 maart 2004, nr. 200303721/1 en ABRvS 26 oktober 2005, AB 2005, 440 en *BR* 2006, p. 257 (Renswoude).

11 Zie o.a. ABRvS 26 oktober 2005, AB 2005, 440.

12 Zie art. 9.15, onderdeel W, van de Invoeringswet Wabo.

13 Bericht van 29 juni 2010, getiteld 'Projectbesluiten bij eerste fase bouwvergunning na Wabo nooit onherroepelijk', te raadplegen op <[www.vromtotaal.nl](http://www.vromtotaal.nl)>.

Wij pleiten daarom voor een wettelijke regeling die inhoudt dat in het kader van een aanvraag om omgevingsvergunning voor bouwen als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo de rechtmatigheid van het projectbesluit dat aan de aanvraag om omgevingsvergunning ten grondslag ligt (niet gelijk te stellen aan een omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo want het projectbesluit is niet onherroepelijk!), in rechte aan de orde kan worden gesteld. Een dergelijke regeling is niet uniek, want is naar haar aard vergelijkbaar met de regeling die de Crisis- en herstelwet met ingang van 31 maart 2010 aan artikel 9.1.10 van de Invoeringswet Wro heeft toegevoegd (zie het derde lid van genoemd artikel). Met een dergelijke regeling wordt de bouwer niet in het keurslijf van de gefaseerde aanvraag van een bouwvergunning gedwongen, als een dergelijke aanvraag praktisch al mogelijk is. Een bepaling dat de omgevingsvergunning voor bouwen mag worden verleend als het projectbesluit het bouwplan toelaat is dan eveneens noodzakelijk, aangezien het projectbesluit niet onherroepelijk is en daardoor als gezegd volgens de overgangsregeling in de Invoeringswet Wabo niet gelijk kan worden gesteld met een omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo.

Wat betreft het al genoemde artikel 9.1.10 van de Invoeringswet Wro verdient nog opmerking dat ook na 1 oktober 2010 de behoefte bestaat om vrijstellingen die zijn verleend onder vigeur van de WRO, te gebruiken om bouwplannen te realiseren. Artikel 9.1.10 Invoeringswet Wro knoopt echter aan bij het aanvragen van een *bouwvergunning*. Dit artikel wordt bij de Invoeringswet Wabo niet aangepast. Dat zou betekenen dat vrijstellingen die op grond van de WRO zijn verleend, na 1 oktober 2010 niet meer kunnen worden gebruikt om bouwactiviteiten te vergunnen (na genoemde datum kunnen immers geen bouwvergunningen meer worden aangevraagd). Wij vermoeden dat de wetgever deze consequentie niet beoogt maar simpelweg niet aan een aanpassing van artikel 9.1.10 Invoeringswet Wro heeft gedacht. Wij menen dat een aanpassing die mogelijk maakt dat een omgevingsvergunning voor bouwen mag worden verleend als het bouwplan past in een op grond van de WRO verleende vrijstelling, wenselijk is. Temeer omdat wij vermoeden dat het aantal WRO-vrijstellingen dat voorziet in bouwvergunningplichtige activiteiten op 1 oktober 2010 aanmerkelijk groter is dan het aantal projectbesluiten.<sup>14</sup>

#### 4. Van projectbesluit naar omgevingsvergunning: besluit elektronisch beschikbaar?

##### 4.1. Elektronische beschikbaarstelling projectbesluit

Een projectbesluit moet onder vigeur van de Wro door het bestuursorgaan elektronisch beschikbaar worden gesteld. Dat volgt uit artikel 1.2.1 van het Bro. Elektronische beschikbaarstelling ligt ook voor de hand, aangezien voor een bestemmingsplan eenzelfde verplichting geldt en het projectbesluit kan worden gezien als een substituut voor het bestemmingsplan, zij het enkel ten behoeve van een concreet project. Dat wil zeggen, de inhoud van het projectbesluit is maatgevend om te kunnen bepalen welk gebruik van gronden en opstallen precies is toegestaan in afwijking van het bestemmingsplan. Nu het projectbesluit wordt opgevolgd door de omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo die met toepassing van artikel 2.12 lid 1 onder a onder 3<sup>o</sup> Wabo wordt verleend, mag worden verwacht dat ook die omgevingsvergunning door het bevoegd gezag elektronisch beschikbaar moet worden gesteld.

##### 4.2. Geen elektronische beschikbaarstelling omgevingsvergunning

Die verwachting lijkt het tweede lid van artikel 2.9a Wabo te bevestigen. In deze bepaling wordt namelijk onderscheid gemaakt tussen een 'mededeling' die langs elektronische weg beschikbaar moet worden gesteld en 'het besluit' dat langs die weg beschikbaar moet worden gesteld. De tekst van artikel 2.9a lid 2 Wabo laat er geen misverstand over bestaan dat met dit 'besluit' wordt bedoeld op de omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo, die is verleend met toepassing van artikel 2.12 lid 1, onder a, onder 3<sup>o</sup> Wabo.

Het Invoeringsbesluit Wabo maakt echter duidelijk dat de elektronische beschikbaarstelling *niet* geldt voor de omgevingsvergunning.<sup>15</sup> De tekst van artikel 2.9a

14 Omdat in veel gemeenten – zeker vóór 31 maart 2010 (inwerking-treding van de Crisis- en herstelwet, waarbij de verplichting om projectbesluiten te 'vertalen' in een bestemmingsplan is losgelaten – slechts op (zeer) kleine schaal van de projectbesluitbevoegdheid gebruik werd gemaakt.

15 *Stb.* 2010, 144, art. 1.34, onderdeel C.

lid 2 Wabo strookt op dit punt niet met de tekst van het Besluit ruimtelijke ordening (in het bijzonder art. 1.2.1) zoals dat na 1 oktober 2010 luidt.

Naar wij intussen 'uit de wandelgangen van het ministerie van VROM' hebben begrepen, berust het bepaalde in artikel 2.9a lid 2 Wabo op een misverstand en had die bepaling niet zo mogen luiden. De bedoeling is geweest dat enkel de kennisgeving dat een omgevingsvergunning is verleend, langs elektronische weg beschikbaar wordt gesteld. Ten aanzien van de omgevingsvergunning als zodanig zou die verplichting niet moeten gelden. De reden daarvoor is naar verluidt dat de omgevingsvergunning, anders dan een projectbesluit, niet meer geldt als 'vervanger' van het bestemmingsplan in die zin dat het projectbesluit als toetsingskader in de plaats treedt van het bestemmingsplan. In de memorie van toelichting bij de Wabo wordt in dat verband opgemerkt dat de omgevingsvergunning een beschikking is en anders dan een projectbesluit geen algemeen verbindende voorschriften bevat.<sup>16</sup> Aan een elektronische beschikbaarstelling gelijk een bestemmingsplan, bestaat daarom niet langer behoefte. Ons overtuigt een dergelijke redenering allerminst.

In de eerste plaats moet het er ons inziens voor worden gehouden dat ook een projectbesluit een beschikking is in de zin van artikel 1:3 Awb omdat het besluit blijkens de definitie in artikel 1.1 onder f Wro altijd betrekking heeft op een concreet project. Zou sprake zijn van de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften, zoals in de memorie van toelichting bij de Wabo wordt gesuggereerd, dan is bovendien op grond van artikel 8:2 onder a Awb geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk (het projectbesluit wordt in de Wro niet genoemd als een besluit waartegen wél bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat). Die conclusie heeft de ABRvS tot op heden (terecht) nooit getrokken.<sup>17</sup>

Dat de omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het geldende planologische regime in artikel 2.10 lid 1 Wabo (limitatief-imperatief stelsel van toetsingsgronden) niet meer wordt genoemd als toetsingskader voor bouwaanvragen, is te verklaren uit het feit dat gebruiken in strijd met het geldende planologische regime onder vigeur van de Wabo een afzonderlijke omgevingsvergunningplichtige activiteit vormt. Voor zover een bouwplan in strijd is met het planologische regime, bestaat steeds een omgevingsvergunningplicht op grond van artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo. In dát kader wordt het bouwplan (ook) getoetst. Veel

belangrijker vinden wij dat als een omgevingsvergunning is verleend ten behoeve van het afwijken van het bestemmingsplan, er vanuit het oogpunt van rechtszekerheid onverminderd behoefte bestaat om de inhoud van die omgevingsvergunning langs elektronische weg te kunnen raadplegen. Wij zien althans niet in waarom dat bij een omgevingsvergunning anders ligt dan bij een projectbesluit of een bestemmingsplan. Immers, voor de vraag of een bepaald gebruik dat afwijkt van het geldende bestemmingsplan bij omgevingsvergunning is toegestaan, is inzicht in de precieze inhoud van die vergunning onontbeerlijk. Temeer omdat aan de omgevingsvergunning voorschriften kunnen zijn verbonden (art. 2.22 lid 2 Wabo) die bij de bepaling van de gebruiksmogelijkheden relevant kunnen zijn. Die voorschriften zullen niet kenbaar zijn uit de elektronische kennisgeving dat een omgevingsvergunning is verleend. Wij vinden daarom dat het tweede lid van artikel 2.9a Wabo ongewijzigd moet blijven en in artikel 1.2.1 van het Bro alsnog de verplichting moet worden opgenomen om (ook) de omgevingsvergunning als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo, die is verleend met toepassing van artikel 2.12 lid 1, onder a, onder 3<sup>o</sup> Wabo, langs elektronische weg beschikbaar te stellen.

Los van deze inhoudelijke argumenten: is het nu werkelijk zo enorm bezwaarlijk voor bestuursorganen om (ook) de omgevingsvergunning zelf (en niet alleen een kennisgeving) langs elektronische weg beschikbaar te stellen? Wij menen van niet.

## 5. Splitsen van bouwen en met bestemmingsplan strijdig gebruik

### 5.1. Project, deelvergunning en onlosmakelijke samenhang

Onder vigeur van de Wabo kán voor een project dat bij voorbeeld bestaat uit de bouw van 35 woningen in afwijking van het bestemmingsplan, één aanvraag om omgevingsvergunning worden ingediend. Die ene aanvraag komt dan in de plaats van het projectbesluit

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 953, nr. 3, p. 21: 'Een omgevingsvergunning is een beschikking. De vergunning bevat geen algemeen verbindende voorschriften en is geen kaderstellend besluit. Een omgevingsvergunning is dan ook geen toetsingskader voor andere projecten die op de betrokken locatie worden uitgevoerd. Hierin verschilt de omgevingsvergunning van het voormalige projectbesluit.'

<sup>17</sup> Zie o.a. ABRvS 2 juni 2010, 200909831/1/H1.

en de bouwvergunning, maar bij voorbeeld ook van de aanlegvergunning, de kapvergunning en de uitritvergunning voor zover deze vereist zijn. Hierna concentreren wij ons op de combinatie van het projectbesluit en de bouwvergunning. We gaan ervan uit dat geen andere toestemmingen vereist zijn. In dat geval bestaat het project uit twee omgevingsvergunningplichtige activiteiten: het bouwen van een bouwwerk (art. 2.1 lid 1 onder a van de Wabo) en het gebruiken in afwijking van het bestemmingsplan (art. 2.1 lid 1 onder c van de Wabo). De aanvrager is in beginsel niet verplicht om voor zijn totale project één omgevingsvergunning aan te vragen.<sup>18</sup> De Wabo staat er niet aan in de weg dat voor de afzonderlijke omgevingsvergunningplichtige activiteiten waaruit het project bestaat, een deelvergunning wordt aangevraagd. De Wabo bevat geen nadere regels omtrent de deelvergunning. Dat is ook niet nodig, omdat een deelvergunning een gewone, volwaardige omgevingsvergunning is. Is eenmaal een deelvergunning verleend, dan kan de aanvrager het gedeelte van het project waarop de deelvergunning betrekking heeft, uitvoeren.

De mogelijkheid van het splitsen van een project in 'deelprojecten' is niet onbegrensd. Wij verwezen in het voorgaande al naar artikel 2.7 lid 1 van de Wabo, waaruit volgt dat een aanvraag om een omgevingsvergunning die betrekking heeft op een activiteit die behoort tot verschillende categorieën van activiteiten als bedoeld in de artikelen 2.1 en 2.2 van de Wabo, betrekking *moet* hebben op elk van die activiteiten ('onlosmakelijke samenhang'). Daarvan is sprake als een project bestaat uit werkzaamheden die in fysieke zin niet van elkaar zijn te scheiden; het ontplooiën van de ene omgevingsvergunningplichtige activiteit impliceert tegelijkertijd het ontplooiën van een andere omgevingsvergunningplichtige activiteit en vice versa. Dat doet zich bijvoorbeeld voor bij het slopen van een beschermd monument in een beschermd stads- of dorpsgezicht (vergunningplichtig op grond van art. 2.1 lid 1 onder f Wabo én art. 2.1 lid 1 onder h Wabo). Bij het slopen van een gebouw en het op die plaats oprichten van een nieuw gebouw, gaat het wel om twee te scheiden activiteiten (er moet eerst gesloopt worden en daarna kan er gebouwd worden). Dit betekent dat voor de activiteit slopen en de activiteit bouwen een afzonderlijke omgevingsvergunning ('deelvergunning') aangevraagd kan worden.<sup>19</sup>

## 5.2. Voordelen en nadelen deelvergunning

De vraag rijst of 'ons' project bestaande uit het bouwen van 35 woningen in afwijking van het bestemmingsplan, gesplitst kan worden in de activiteit bouwen (art. 2.1 lid 1 onder a van de Wabo) en de activiteit gebruiken in afwijking van het bestemmingsplan (art. 2.1 lid 1 onder c van de Wabo). Voordat wij die vraag beantwoorden is het van belang duidelijk te maken wat de (praktische) relevantie is van de vraag. Daarvoor moeten de voor- en nadelen van het aanvragen van deelvergunningen in beeld worden gebracht. Voor 'ons' project zijn de voordelen: (1) met een deelvergunning kan zekerheid worden verkregen over de juridische haalbaarheid van een (deel van een) project. Zou er in onze casus gesplitst mogen worden, dan zou eerst zekerheid verkregen kunnen worden over de mogelijkheid om van het bestemmingsplan af te wijken alvorens kosten worden gemaakt voor de (voorbereiding van de) bouwaanvraag; (2) bij aanvang van het project hoeft nog niet exact duidelijk te zijn wat de inhoud wordt van alle omgevingsvergunningplichtige activiteiten die deel uitmaken van het project. In ons voorbeeld: de omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan kan een globaler karakter hebben dan de omgevingsvergunning om te bouwen. Een laatste te noemen voordeel ligt in de proceduresfeer. Voor de omgevingsvergunning die in de plaats komt van het huidige projectbesluit moet de uniforme openbare voorbereidingsprocedure worden gevolgd (zie art. 3.10 lid 1 onder a Wabo). Voor de omgevingsvergunning om te bouwen geldt de reguliere procedure die voorziet in een van rechtswege verleende omgevingsvergunning als de beslistermijn wordt overschreden. Worden beide activiteiten door middel van één aanvraag aangevraagd, dan geldt (voor beide activiteiten) de uitgebreide voorbereidingsprocedure. Aan het splitsen van het project in twee omgevingsvergunningplichtige activiteiten kleven echter in ieder geval twee nadelen: (1) er zijn in ons voorbeeld twee omgevingsvergunningen vereist (dus meer voorbereidingsprocedures, rechtsbeschermingsmoment, etc.); (2) het risico bestaat dat een latere deelvergunning niet

18 Uit de begripsomschrijving in art. 1.1 lid 1 van de Wabo volgt dat een 'project' niet meer en niet minder is dan de optelsom van omgevingsvergunningplichtige activiteiten.

19 Deze voorbeelden zijn ontleend aan *Kamerstukken II 2006/07*, 30 844, nr. 3, p. 38.

kan worden verleend, terwijl activiteiten waarvoor eerder een omgevingsvergunning is verleend, al zijn uitgevoerd.

Naar huidig recht geldt dat een aanvraag om een bouwvergunning (onder meer) wordt geacht tevens een aanvraag om een projectbesluit te omvatten (art. 46 lid 3 van de Woningwet). Onder de Wabo blijft dat zo. Artikel 2.10 lid 2 van de Wabo bepaalt dat een aanvraag voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder a van de Wabo (het bouwen van een bouwwerk) voor zover nodig mede wordt aangemerkt als een aanvraag om een omgevingsvergunning voor de activiteit als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo. Voorts is vastgelegd dat de omgevingsvergunning slechts wordt geweigerd indien vergunningverlening met toepassing van artikel 2.12 niet mogelijk is. In termen van artikel 2.7 lid 1 van de Wabo: er is sprake van onlosmakelijke samenhang tussen de activiteiten bouwen en de activiteit afwijken van het bestemmingsplan, voor zover eerst een omgevingsvergunning om te bouwen wordt aangevraagd. Dat is ook logisch. Zodra er met bouwen wordt begonnen, wordt er 'onlosmakelijk' van het bestemmingsplan afgeweken. Voor een projectontwikkelaar kan het aantrekkelijk zijn om niet de omgevingsvergunning om te bouwen als eerste aan te vragen, maar de aanvraag voor de omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan als eerste in te dienen. Die route heeft als gezegd het belangrijke voordeel dat er zekerheid kan worden verkregen omtrent de planologische haalbaarheid van de plannen alvorens aanzienlijke kosten voor de aanvraag voor de omgevingsvergunning om te bouwen worden gemaakt.<sup>20</sup>

### 5.3. Splitsen bouwen en met bestemmingsplan strijdig gebruik onder vigeur van de Wabo

Wij betwijfelen echter of het onder de Wabo mogelijk is om eerst een omgevingsvergunning aan te vragen voor het afwijken van het bestemmingsplan en daarna de omgevingsvergunning om te bouwen aan te vragen.<sup>21</sup> Of dat mogelijk is, hangt af van het antwoord op de vraag of er ook in dat geval sprake is van onlosmakelijke samenhang in de zin van artikel 2.7 lid 1 van de Wabo. Wij denken dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord voor zover het gaat om de combinatie van een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan die met toepassing

van artikel 2.12 lid 1, onder a, onder 3° Wabo wordt verleend en de omgevingsvergunning voor bouwen. Immers, uit artikel 2.10 lid 2 van de Wabo volgt dat er sprake is van onlosmakelijke samenhang tussen de omgevingsvergunning om te bouwen en de omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan. Welke vergunning als eerste wordt aangevraagd, lijkt ons bij de toetsing van het criterium van de onlosmakelijke samenhang (als bedoeld in art. 2.7 lid 1 Wabo) geen verschil te kunnen maken.

Hiervoor gaven wij het voorbeeld van het slopen van een beschermd monument in een beschermd stads- of dorpsgezicht. Wij constateerden dat er in dat geval sprake is van onlosmakelijke samenhang tussen meerdere omgevingsvergunningplichtige activiteiten. Het is in dat voorbeeld niet mogelijk om bijvoorbeeld eerst de omgevingsvergunning voor de aantasting van het monument aan te vragen. Wij zien niet in waarom dat voor de combinatie van een omgevingsvergunning om te bouwen en een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan anders ligt.

Het aannemen van onlosmakelijke samenhang heeft belangrijke praktische consequenties die worden verstrekt doordat onder vigeur van de Wabo voor 'ons' project van 35 woningen in afwijking van het bestemmingsplan, een aanvraag moet worden ingediend die voldoet aan alle eisen die ingevolge het Bor en de Mor aan een aanvraag om een omgevingsvergunning om te bouwen worden gesteld.<sup>22</sup> Voor de praktijk is dat niet altijd een aantrekkelijke optie. Wij zien twee alternatieven.

Het eerste alternatief is dat de omgevingsvergunning op grond van artikel 2.5 Wabo gefaseerd wordt aangevraagd.<sup>23</sup> De eerste fase kan dan betrekking hebben op de activiteit 'gebruik in afwijking van het bestemmingsplan'. Via de regeling van de gefaseerde besluitvorming is het mogelijk om eerst een rechterlijke

20 Vgl. ABRvS 26 oktober 2005, AB 2005, 440.

21 N.B.: wij hebben het hier *niet* over een projectbesluit dat enkel ziet op het bouwrijp maken van gronden. In dat geval is (nog) geen sprake van een omgevingsvergunningplicht als bedoeld in art. 2.1 lid 1 onder a Wabo en speelt het aspect van splitsing zoals door ons bedoeld dus niet.

22 Die indieningsvereisten zijn grotendeels identiek aan de indieningsvereisten die naar huidig recht op grond van het Biab aan een aanvraag om bouwvergunning worden gesteld.

23 Zie art. 2.5 van de Wabo. Volledigheidshalve merken wij op dat de figuur van de gefaseerde bouwvergunning (art. 56a en 56b Woningwet) vervalt met ingang van 1 oktober 2010.



uitspraak omtrent de rechtmatigheid van het afwijken van het bestemmingsplan af te wachten ('beschikking eerste fase') en pas daarna de aanvraag voor de bouw van de woningen in te dienen ('beschikking tweede fase').<sup>24</sup>

Het tweede alternatief is dat in plaats van een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan, wordt gekozen voor een herziening van het bestemmingsplan. De bestemmingsplanprocedure is niet in de Wabo geïntegreerd. De herziening loopt via de procedure van de Wro (die als gevolg van de inwerkingtreding van de Wabo niet is gewijzigd). Wordt gekozen voor de herziening van het bestemmingsplan, dan moet wel worden bedacht dat op de aanvraag van de omgevingsvergunning om te bouwen in beginsel pas kan worden beslist nadat het bestemmingsplan in werking is getreden en tegen het bestemmingsplan in eerste en enige aanleg beroep openstaat op de ABRvS.<sup>25</sup> Wordt gekozen voor de herziening van het bestemmingsplan, dan opent dat tevens de mogelijkheid om die herziening te 'combineren' met een aanvraag om omgevingsvergunning voor bouwen door toepassing van de coördinatieregeling van artikel 3.30 van de Wro.<sup>26</sup>

## 6. Conclusie

De inwerkingtreding van de Wabo betekent dat het projectbesluit 'transformeert' in een omgevingsvergunning die gebruik van gronden en opstallen in strijd met het geldende planologische regime toestaat. Die transformatie kent een aantal 'voetangels en klemmen', waarvan wij er in deze bijdrage een drietal hebben belicht. Wij kwamen tot de conclusie dat het overgangsrecht voor projectbesluiten, zoals dat is neergelegd in artikel 1.2 en artikel 1.5 van de Invoeringswet Wabo een lacune bevat omdat ten onrechte geen rekening is gehouden met de concentratie van rechtsbescherming die uit artikel 46 lid 6 van de Woningwet voortvloeit. Die lacune zou alsnog door een wettelijke regeling moeten worden gevuld, waarbij ook de vrijstellingen die zijn verleend op grond van de WRO moeten worden betrokken. Daarnaast zouden de Wabo en het Besluit ruimtelijke ordening moeten verplichten tot het beschikbaar stellen van een omgevingsvergunning (die met toepassing van art. 2.12 lid 1, onder a, onder 3° Wabo is verleend) langs elektronische weg. Of het ook onder vigeur van de Wabo mogelijk is om bouwactiviteiten te splitsen van het gebruik in strijd met het planologische regime, moet ons inziens worden betwij-

feld. De regeling voor de 'onlosmakelijke samenhang' van artikel 2.7 lid 1 Wabo lijkt ons aan een dergelijke splitsing in de weg te staan.

Tycho Lam en Tonny Nijmeijer<sup>27</sup>

- 24 Kenmerk van gefaseerde verlening van de omgevingsvergunning is dat twee appellabele beschikkingen ontstaan. Het project kan echter pas gerealiseerd worden als beide beschikkingen in werking zijn getreden, zo volgt uit art. 6.3 Wabo.
- 25 In beginsel, omdat dit anders ligt als een aanhoudingsplicht bestaat op grond van art. 3.3 lid 1 Wabo welke door het bevoegde gezag vooruitlopend op de inwerkingtreding van het bestemmingsplan wordt doorbroken. Wij laten dit aspect in deze bijdrage verder onbesproken; voor een verdere bespreking zij verwezen naar A.G.A. Nijmeijer, S. Hillegers, T.E.P.A. Lam, *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Deventer: Kluwer 2010, par. 6.4, in het bijzonder p. 102.
- 26 Daarover uitgebreid J. Hoekstra, 'Enige varia, de rechtsbescherming in het ruimtelijk bestuursrecht betreffende', in: *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 37, IBR 2009, p. 161 e.v.
- 27 De auteurs zijn werkzaam bij de vaksectie Bestuursrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen en als annotatoren verbonden aan dit tijdschrift. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 15 juli 2010.