

Datum : 22 oktober 2010
Aan : Provincie Noord-Brabant
Afdeling/naam : Hr P. van Veldhoven/Hr H. van Hout
Onderwerp : Interpretatie 'lopende zaken' provinciale verordening
Behandeld door : mr. A.W. Klaassen/mw mr. Drs. E.M.C.M van Leijen

NOTITIE INZAKE INTERPRETATIE 'LOPENDE ZAKEN' IN PROVINCIALE VERORDENING RUIMTE

1. Inleiding

- 1.1 In Provinciale Straten is een discussie ontstaan over de interpretatie van de ontheffingsregeling in de provinciale Verordening Ruimte (artikel 3.3.6) voor 'lopende zaken' (verplaatsing van intensieve veehouderijen). De vraag is of hiervoor criteria kunnen worden ontwikkeld die recht doen aan het provinciaal beleid en aan de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van betrokkenen. N.a.v. de ingediende motie is door de gedeputeerde toegezegd als criterium te hanteren een 'schriftelijke aanvraag en schriftelijke bevestiging van de gemeente voor 19 maart 2010'. N.a.v. de behandeling in de Commissie Ruimte en Milieu op 8 oktober j.l. is besloten om over de juridische houdbaarheid van deze definitie extern advies te vragen. Het eisen van een schriftelijke aanvraag zou te ver kunnen gaan omdat deze eis niet in de verordening is opgenomen. Verder zouden de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in het gedrang kunnen komen omdat betrokkenen op uiteenlopende wijze met de gemeente in gesprek of onderhandeling zijn geweest. En ook over het aspect 'schriftelijkheid' kan uiteenlopend worden gedacht. De toevoeging van 'schriftelijke bevestiging' levert (dezelfde) interpretatieproblemen op omdat niet duidelijk is waar de lat moet worden gelegd. Er is een grote diversiteit aan stukken die in het (voor)traject zijn ingebracht en lang niet altijd is dit uitgemond in een concrete schriftelijke bevestiging. Hieronder zal het begrip 'lopende zaak' nader worden geanalyseerd. Daarbij kon niet worden teruggevallen op jurisprudentie of ervaringen in andere provincies. Rekening is gehouden met de verschillende rechtsposities van zowel de bevoegde bestuursorganen (gemeente en provincie) en de direct betrokken ondernemers die hun intensieve veehouderij willen verplaatsen.

2. Lopende zaak: wat moet onder dit criterium worden verstaan?

- 2.1 Een ontheffing betekent dat de gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan niet hoeft te voldoen aan de algemene regels in de provinciale verordening, waarin verbodsbepalingen zijn opgenomen ten aanzien van de vestiging van een intensieve veehouderij. Het begrip «lopende zaak» heeft betrekking op de verplaatsing van een intensieve veehouderij. Het is in eerste instantie de gemeente, die bepaalt of het nodig is om ten behoeve van zo'n lopende zaak een ontheffing aan te vragen bij GS. Volgens de toelichting op de Verordening Ruimte vormt bij de vraag of er redelijkerwijs sprake is van sprake is van een lopende zaak, de aanwezigheid van een concreet initiatief tot



verplaatsing een belangrijke aanwijzing. De gemeente zal in eerste instantie moeten beargumenteren of daar sprake van is. Die verantwoordelijkheid moet ook vooral bij de gemeente blijven. Vervolgens zijn GS aan zet om in een concreet geval te analyseren of de onderbouwing voldoende is. Het is nagenoeg onmogelijk om daar op voorhand sluitende criteria voor te formuleren. De omstandigheden kunnen zeer divers zijn. Aan de rechtspositie van betrokkenen mag in dit verband uiteraard niet voorbij worden gegaan. GS zullen alle in aanmerking komende belangen moeten afwegen en tot een eindoordeel moeten komen over de kwalificatie 'lopende zaak'. Uiteraard hoeven GS niet mee te gaan in toezeggingen die door de gemeente zijn gedaan. Betrokkenen kunnen daaraan geen rechten ontleen, maar de validiteit van de toezeggingen of verwachtingen die zijn gedaan resp. gewekt zullen wel op de weegschaal worden gelegd.

3. Schriftelijke aanvraag

- 3.1 Duidelijk moet zijn of een 'schriftelijke aanvraag' alleen een ontheffingsverzoek van de gemeente betreft of dat ook wordt bedoeld op een verzoek van een belanghebbende aan de raad om te besluiten tot het vragen van een ontheffing bij GS. Vooropgesteld wordt dat de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is als daar niet expliciet van wordt afgeweken. Daarin is bepaald (artikel 1:3) dat een aanvraag een verzoek van een belanghebbende is. En verder vloeit uit art. 4:1 Awb voort, dat aanvraag schriftelijk moet worden ingediend. Naast naam, adres en dagtekening moet worden geduid welke beschikking wordt gevraagd. In wezen is de provinciale verordening niet correct geformuleerd. Hoe kunnen er al lopende zaken zijn, terwijl er nog geen aanvraag is ingediend? Ik onderschrijf om die reden het standpunt van de voorzieningenrechter Rb 's-Hertogenbosch (uitspraak 6 oktober, gemeente Gemert-Bakel) dat de tijdelijke regels in feite overgangsrechtelijke bepalingen bevatten.

Wat betekent het begrip «schriftelijke aanvraag» in de provinciale verordening?

- 3.2 Artikel 3.3.6 lid 1 van de verordening betreft alleen ontheffingen ten aanzien van de inhoud van een bestemmingsplan (of projectomgevingsvergunning). Als ontheffing is verleend van de verbodsbepalingen, hoeft de gemeenteraad niet binnen één jaar na inwerkingtreding van de verordening het bestemmingsplan aan te passen (artikel 4.1. lid 2 Wro). Het tweede lid spreekt ook van «de aanvraag om ontheffing als bedoeld in het eerste lid».
- 3.3 Paragraaf 5.2 van hoofdstuk 5 van de provinciale verordening bevat nadere regels inzake de indiening van een verzoek tot ontheffing.
- 3.4 *Conclusie:* uit de Awb en het systeem van de verordening vloeit dat het aanvragen van een ontheffing schriftelijk moet geschieden door het bevoegd bestuursorgaan van de gemeente. Dat laat onverlet dat een belanghebbende de gemeenteraad verzoekt om een daartoe strekkend verzoek in te dienen bij GS. De aanleiding voor het aanvragen van een ontheffing ligt in een (voorgenomen) verplaatsing van een intensieve veehouderij. Die kan pas vorm en inhoud krijgen in nadere besluitvorming door de gemeente (bestemmingsplanherziening of omgevingsvergunning).

4. Géén schriftelijke aanvraag van belanghebbende, maar wel onderhandelingen

- 4.1 Het is gebruikelijk dat gemeenten overleg voeren met private partijen over plannen, terwijl nog niet meteen duidelijk is dat het uiteindelijk nodig is om een provinciale ontheffing te verkrijgen. In dit verband wordt opgemerkt dat als er een concreet project is aangevraagd (een vroegere bouwvergunning of thans een omgevingsvergunning) duidelijk is dat er ook tevens een aanvraag ligt om af te wijken van het geldende bestemmingsplan. Als alleen maar medewerking kan worden verleend als GS een ontheffing van de provinciale verordening verlenen, dan moeten GS - in termen van de Wabo - een zogenaamde verklaring van geen bedenkingen aan de gemeente geven om de omgevingsvergunning te kunnen verlenen. BenW blijven dan het bevoegd gezag voor de vergunningverlening.

Is er nog geen concrete aanvraag voor een project ingediend, dan kunnen er wel al onderhandelingen/gesprekken zijn gevoerd met de betrokken partijen. Deze kunnen eventueel al zijn uitgemond in een overeenkomst, waarin partijen zich ook uitlaten over de eventuele planologische medewerking door de gemeente. Ook kan sprake zijn van subsidieverlening (VIV). Zo gezegd zou een overeenkomst mogelijk op één lijn kunnen worden gesteld met een concrete aanvraag. Zonder al teveel uit te weiden in de richting van het privaatrecht, kan in bepaalde opzichten wel leentjebuurt worden gespeeld om aan te kunnen tonen dat het in de lijn der verwachtingen lag dat de gemeente zich zou inzetten om de zaak planologisch rond te krijgen.

- 4.3 Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. De aanvaarding moet wel inhoudelijk met het aanbod overeenstemmen. Daarover mag geen onduidelijkheid bestaan.¹ Aan het schriftelijk vastleggen van een overeenkomst wordt dan ook de voorkeur gegeven. Ook andere documenten, waaruit de bedoeling van partijen kan worden afgeleid, zoals correspondentie, e-mail verkeer, verslagen van overleggen, uitgewisselde concept-overeenkomsten, kunnen dienen als bewijs dat partijen tot overeenstemming zijn gekomen.
- 4.4 Van groot belang in onderhandelingen met de overheid is het gegeven dat de wederpartij meestal niet onderhandelt met degene die de besluiten neemt, maar met ambtenaren of wethouders. Deze vertegenwoordigen de gemeente, zonder zelf bevoegd te zijn beslissingen te nemen. Het is dan ook van belang dat vanwege het vertrouwensbeginsel de wederpartij van een gemeente duidelijk gemaakt wordt dat onderhandelingen altijd geschieden onder voorbehoud van instemming of goedkeuring van het daartoe bevoegde bestuursorgaan.² In sommige gevallen is bekrachtiging achteraf door het verantwoordelijk bestuursorgaan, mogelijk.
- 4.5 Aan het besluit van de gemeente om een ontheffingsverzoek in te dienen bij GS, kan besluitvorming over de overeenkomst met betrokkenen voorafgaan. Onderhandelingen mogen echter niet de plaats innemen van publiekrechtelijke besluitvorming. Zo heeft de »vooroverlegfase« over bouwactiviteiten niet tot doel om de uiteindelijke beslissing tot een formaliteit terug te brengen. De vooroverlegfase – die geen wettelijke status bezit – strekt ertoe om een indicatie te verkrijgen over de haalbaarheid van de plannen. Niet meer en niet minder. Als de vooroverlegfase positief wordt afgesloten, volgt daaruit nog niet dat de

¹ Rb Arnhem: 7 december 2005, LJN AV1429, zaaknr. 115474 en 120607, Arjatex/Duiven.

² Rb Arnhem: 18 januari 2006, LJN AV5462, zaaknr. 128214, Chiptec/Nijmegen.
Rb Leeuwarden: 10 maart 2010, LJN BL7881, zaaknr. 97980/HA ZA 09-595, Skarsterlân.
Hof Leeuwarden: 25 mei 2010, LJN BM6783, zaaknr. 200.031.494/01, Almere-Haven.

potentiële vergunningaanvrager er zonder meer gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat hij de nog aan te vragen vergunning verkrijgt. Een uitdrukkelijk voorbehoud ter zake behoeft door ambtenaren van de gemeente niet in de vooroverlegfase te worden gemaakt.³

4.6 In de jurisprudentie worden drie stadia in de onderhandelingen onderscheiden:

- 1° Het eerste stadium wordt ook wel de **beginfase**, aanvangsfase, onderhandelingsfase of de precontractuele fase genoemd. Partijen wisselen in deze fase informatie uit, zijn met elkaar in gesprek en leggen elkaar desgewenst plannen voor (waarin de wensen van één of beide partijen nader zijn uitgewerkt).⁴
- 2° De volgende fase is de fase waarin afbreken nog steeds geoorloofd is, maar niet zonder het aanbieden van vergoeding van de door de wederpartij gemaakte kosten, al dan niet geheel – de **middenfase**. In deze fase kan een partij enkele weken tijd besteden aan het uitbrengen van een offerte.⁵ Daarnaast kunnen partijen alvast tot overeenstemming zijn gekomen over bepaalde zaken, zonder dat daaraan reeds uitvoering wordt gegeven.
- 3° De laatste fase is de **eindfase** en in deze fase hebben partijen overeenstemming bereikt over de essentialia. Het is mogelijk dat in deze fase reeds een begin is gemaakt van uitvoering aan hetgeen partijen met elkaar hebben onderhandeld – bijvoorbeeld nadere besluitvorming door raad of college. In dit stadium mag in ieder geval één van de partijen er op vertrouwen dat de onderhandelingen zullen resulteren in een contract.

5. Kan achteraf, door een wijziging van de verordening, de eis van een schriftelijke aanvraag worden gesteld?

5.1 In het licht van het voorafgaande kan onder een lopende zaak in elk geval worden verstaan:

- a. een (schriftelijke) aanvraag, ingediend bij raad of college en expliciet gericht op een ontheffingsverzoek bij Gedeputeerde Staten;
- b. een (schriftelijke) aanvraag door een belanghebbende voor een bouw- of omgevingsvergunning, ingediend bij een bestuursorgaan van een gemeente en daarmee impliciet gericht op een ontheffingsverzoek bij GS;
- c. (al dan niet ambtshalve) een besluit van raad tot het indienen van een ontheffingsverzoek bij GS.

5.2 Gelet op punt 4 is het echter niet strikt noodzakelijk de invulling van het begrip »lopende zaak« te beperken tot hetgeen in 5.1 is omschreven. Als een aanvraag ontbreekt kan daarvoor in de plaats treden hetgeen hierboven is aangehaald als onderhandelingen. In een dergelijke situatie kan de »knip« worden gelegd tussen de midden- en de eindfase. Van een eindfase kan sprake zijn, indien

- a. er overeenstemming is bereikt tussen de gemeente en een belanghebbende over verplaatsing van een intensieve veehouderij, zoals nader omschreven in artikel 3.3.6

³ Rb Zutphen: 28 januari 2004, LJN AO5354, zaaknr. 53273 HAZA 03-266, gemeente Bergh.

⁴ Rb Utrecht: 25 augustus 2010, LJN BN5546, zaaknr. 261889 / HA ZA 09-291, Abcoude.

⁵ Rb Almelo: 18 maart 2005, LJN AT1768, zaaknr. 69774/KG ZA 05-73.

van de provinciale verordening – deze overeenstemming moet voldoen aan de eisen die hierboven zijn gesteld over aanbod en aanvaarding en ook essentiële punten bevatten – een en ander aan te tonen met behulp van schriftelijke stukken;

b. er daartoe tussen partijen een contract of andersoortige overeenkomst is gesloten.

De opsomming van het begrip lopende zaak kan met deze twee gevallen worden aangevuld.

- 5.3 Het zal verder van de concrete situatie afhangen, of er ook onder andere dan de hiervoor vermelde omstandigheden (redelijkerwijs) sprake kan zijn van een lopende zaak. Daarbij is het allereerst van belang om rekening te houden met het feit dat de provinciale verordening eerst op 1 juni 2010 in werking is getreden, maar op 19 maart 2010 een ‘voorbereidingsbesluit’ is genomen om te voorkomen dat er onwelgevallige bouwaanvragen zouden moeten worden gehonoreerd in afwachting van de inwerkingtreding van de verordening.
- 5.4 Als peildatum voor ‘lopende gevallen’ lijkt 19 maart 2010 (de datum van het provinciaal voorbereidingsbesluit) een verantwoord toetsingsmoment. Maar toegegeven zij dat het hanteren van deze datum ook iets van ‘terugwerkende kracht’ in zich heeft. Ervan uitgaande dat de verordening op 1 juni in werking is getreden, zou ook die datum een optie kunnen zijn. Vooralsnog wordt uitgegaan van 19 maart 2010, maar absolute zekerheid dat de rechter dit accepteert, kan nu niet worden gegeven. Aangezien het verlenen van ontheffing een discretionaire bevoegdheid is, zal de rechter zich naar alle waarschijnlijkheid terughoudend opstellen. In de verordening zelf is geen peildatum opgenomen. Dit zou alsnog kunnen gebeuren, tesamen met de andere wijzigingen van de verordening, maar daarvoor is het waarschijnlijk te laat dag omdat aanvragen voor 1-1-2011 moeten zijn ingediend. Daarom ligt het meer voor de hand dat deze peildatum door GS wordt gehanteerd in het ‘ontheffingenbeleid’. Dat is ook de lijn die is gevolgd bij de beoordeling van al eerder ingediende aanvragen. Bij elke aanvraag moet zorgvuldig worden nagegaan of er op die datum al een zekere mate van concreetheid van het verplaatsingsinitiatief uit het dossier kan worden afgeleid. Het is primair aan de gemeente om de bewijslast te leveren. GS zullen elk geval op zijn merites moeten beoordelen. Maar dan wel liefst op basis van een vaste gedragslijn, zodat alle ontheffingsverzoeken eenduidig kunnen worden afgewikkeld. GS zullen hun beschikkingen van een motivering moeten voorzien die mogelijk nog uitgebreider is dan het gemeentelijk besluit. Is geen sprake van een lopende zaak, dan is daarmee een verdere inhoudelijke beoordeling van de aanvraag al niet meer aan de orde. Tegen dit besluit staat weer rechtsbescherming open en dan staat het GS-besluit ter discussie. Gelet op het ontbreken van aansprekende voorbeelden uit praktijk en jurisprudentie, is het een uitermate lastige zaak om objectieve en sluitende criteria te formuleren voor wat een ‘lopende zaak’ is. De omstandigheden zijn uitermate divers en er zal toch ook rekening moeten worden gehouden met gerechtvaardigde belangen van betrokkenen. Naar mijn mening verdient het daarom geen aanbeveling om op een geforceerde manier allerlei criteria te ‘verzinnen’ en zeker niet om deze vervolgens in de provinciale verordening vast te leggen. Dat leidt onherroepelijk tot een keurslijf en van enige flexibiliteit kan dan geen sprake meer zijn. Daarom verdient het aanbeveling dat GS de uitvoering in handen heeft. Dat laat onverlet dat bij elke aanvraag een spanningsveld zal bestaan tussen flexibiliteit en rechtszekerheid. De belangen moeten zorgvuldig worden afgewogen en uiteraard moet rekening worden gehouden met de

beginselen van behoorlijk bestuur (rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, opgewekt vertrouwen, toezeggen etc.) Dit is een taak van GS.

- 5.5 Provinciale Staten horen het beleidskader aan te geven en daarbinnen moeten Gedeputeerde Staten het ontheffingsbeleid voeren. Mijn advies in deze is om de ontheffingsverzoeken af te wikkelen op basis van de concrete feiten en omstandigheden. Het is de taak en verantwoordelijkheid van GS om het beleidskader van PS – zoals neergelegd in de verordening – uit te voeren door het ontwikkelen van een evenwichtig ontheffingenbeleid. Daarbij wordt geadviseerd aan de hand van dit advies en de beschikkingen die worden genomen, een vaste gedragslijn te ontwikkelen, voor zover mogelijk aan de hand van de ingediende ontheffingsverzoeken. Deze gedragslijn kan eventueel in een later stadium verder worden verfijnd en geobjectiveerd. Verder wordt voorgesteld de mogelijkheid te bieden om nog tot 1 januari 2011 een ontheffingsverzoek in te dienen, anders is het exit.

6 Conclusies

Er moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen aanvragen die bij de gemeente worden ingediend (bijv. tot herziening van het bestemmingsplan, tot het verlenen van een projectomgevingsvergunning of toepassing van een wijzigingsbevoegdheid) en aanvragen die door de gemeente bij de provincie worden ingediend. om aan te tonen dat er toen voldoende concrete aanvragen voorlagen bij de gemeente. Voor beide aanvragen gelden verschillende peildata: 19 maart 2010 voor hetgeen zich bij de gemeente afspeelt als een lopende zaak en 1 januari 2011 voor het indienen van een ontheffingsverzoek door de gemeente bij de provincie.

Vooropgesteld wordt dat de ontheffingsregels van tijdelijk aard zijn en dat het gewenst is dat er een transparante eindsituatie voor 'lopende zaken' (in casu verplaatsingsgevallen voor intensieve veehouderijen) komt. De wens van PS is dat GS de lopende zaken 'netjes' afwikkelen via de ontheffingsregeling. De tijdelijke ontheffingsregels hebben uitsluitend betrekking op verplaatsingen en niet op uitbreidingen zonder verplaatsing. Inmiddels is het wel noodzakelijk gebleken om de verordening aan te passen voor een viertal unieke 'lopende zaken' die niet onder het toepassingsbereik van de geldende ontheffingsregeling vallen.

Het is in alle redelijkheid niet zo dat dat ingeval van een schriftelijke aanvraag of schriftelijke bevestiging sprake is van een 'lopende zaak'. Uit het voorafgaande blijkt dat een nuancering op zijn plaats is en dat het er met name op aankomt dat – conform de toelichting op de verordening – per geval aannemelijk wordt gemaakt door de gemeente dat sprake is van een concreet initiatief tot verplaatsing. Er zijn zelfs situaties denkbaar dat er geen schriftelijke aanvraag is, maar dat het initiatief al veel verder is uitgekristalliseerd en vorm heeft gekregen op een andere wijze dan een schriftelijke aanvraag (subsidietoekenning, in gang zetten van een projectbesluit (thans omgevingsvergunning, het sluiten van een overeenkomst etc.) Van een gerechtvaardigd vertrouwen is sprake indien er door een bevoegd bestuursorgaan uitdrukkelijk, ondubbelzinnig en ongeclausuleerd toezeggingen zijn gedaan die bij de betrokkene gerechtvaardigde verwachtingen hebben gewekt. Daarvan kan onder meer sprake zijn als mededelingen zijn gedaan omtrent het bestendig beleid en de voorwaarden voor toepassing daarvan. Ergens moet de lat worden gelegd. Is er alleen maar mondeling gecommuniceerd, dan is dat niet

voldoende. Essentieel is dat er sprake moet zijn van een gelijke behandeling. GS zullen dat moeten bewaken in het kader van de behandeling van de ontheffingsverzoeken. In beginsel hoeft geen enkele omstandigheid op voorhand te worden uitgesloten. Het starten van een planprocedure, een uitnodiging aan de initiatiefnemer om een onderbouwing te maken, het opstellen van een MER of het instellen van een nader onderzoek naar een bestaande locatie moeten worden meegewogen. Ook een schriftelijk verslag van overleg door een gemeente met een initiatiefnemer kan gewicht in de schaal werpen. Uiteindelijk zullen de concrete omstandigheden moeten leiden tot een voldoende onderbouwing en inzicht in de 'hardheid' van de initiatieven. Als er een schriftelijke bevestiging is, is dat zeker een extra aanwijzing van de concreetheid van het initiatief maar dat hoeft niet doorslaggevend te zijn.

Aanknopingspunten voor 'lopende zaken' zijn in de jurisprudentie of praktijk niet te vinden. Uit het privaatrecht zijn wel enkele indicatoren te halen die in dit rapport nader zijn toegelicht. Maar in zijn algemeenheid moet worden vastgesteld dat het nagenoeg niet te doen is om uit alle diverse omstandigheden criteria af te leiden die een voldoende mate van objectiviteit in zich hebben. Daarbij kunnen ook zaken over het hoofd worden gezien. Mede op basis van de behandeling van enkele concrete aanvragen kan worden geconcludeerd dat de gemeente elke aanvraag moet onderbouwen en dat het aan de provincie is om te beoordelen of dit de kwalificatie 'lopende zaken' verdient. Eén objectieve factor is er wel en dat is de peildatum van 19 maart. Dit is het moment waarop de provincie heeft aangekondigd dat er algemene regels (in een verordening) zouden worden vastgesteld. Een en ander betekent dat de verantwoordelijkheid wordt gelegd bij de gemeente en dat de provincie alle in aanmerking komende belangen en relevante feiten en gegevens moet afwegen om tot een goed gemotiveerd besluit te komen. Naar mijn mening is een aanpassing van de verordening op deze aspecten niet gewenst. Het opnemen van criteria leidt niet alleen tot een schijnrechtszekerheid, maar ook tot inflexibiliteit. De verordening kan er aan in de weg staan dat GS worden beperkt in de afwegingsmogelijkheden. Juist bij ontheffingen is het zaak dat het uitvoerend orgaan (GS) de ruimte krijgt om in te spelen op de meest actuele ontwikkelingen en ten volle rekening kan houden met alle relevante factoren. Uiteindelijk zal de rechter in conflictsituaties de knoop door moeten hakken. Hij mag hierbij niet op de stoel van het bestuursorgaan gaan zitten en zal tot een marginale toets komen. Daarbij spelen ook de beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol.

Nu een aanpassing van de verordening niet wordt voorgestaan, is een punt van overweging of GS beleidsregels moeten vaststellen voor de beoordeling van ontheffingsverzoeken. In termen van de Algemene wet bestuursrecht gaat het dan om interpretatieve beleidsregels. Het gaat er in casu dan om in welke gevallen kan worden gesproken van een 'lopende zaak'. Het is ook denkbaar dat GS beleid voeren op basis van een (interne) gedragslijn. Daar staat dan niet het 'Awb-stempel' op, maar er kunnen wel gedragslijnen in worden gezet die als doelstelling hebben om te komen tot een consistente en rechtsgelijke behandeling. Ik zou er gezien de korte tijdspanne en het feit dat er in 2011 nog wel beslissingen kunnen worden genomen maar geen nieuwe aanvragen kunnen worden ingediend, de voorkeur aan geven om te werken met interne gedragsregels. Deze kunnen op basis van de behandeling van de ontheffingsverzoeken desgewenst worden bijgesteld. Het lijkt me in dit verband een goede zaak om de gemeenten in kennis te stellen van uw interpretatie van de verordening en de wijze waarop met aanvragen wordt omgegaan. Daarbij dient uitdrukkelijk te worden

aangetekend dat het aan de gemeente is om te onderbouwen dat sprake is van een 'lopende zaak' en dat alle van belang zijnde feiten en omstandigheden kunnen worden aangevoerd. Ook moet expliciet worden vermeld dat de gemeenteraad moet besluiten om een ontheffing aan te vragen. Dat zal dan wel snel moeten gebeuren omdat voor 1 januari 2011 de aanvraag moet zijn ingediend.

De verordening zal welk enkele meer juridisch-technische wijzigingen moeten ondergaan, mede naar aanleiding van de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 6 oktober j.l. (gemeente Bakel-Gemert). De tijdelijke ontheffingsregels werden – mijn inziens terecht – aangemerkt als een soort overgangsrecht. Een punt dat in elk geval moet worden aangepast is dat niet het moment van de verlening van de ontheffing het ijkpunt is, maar het moment waarop de aanvraag wordt ingediend. Als de verlening van de ontheffing het uitgangspunt is, kunnen er dit jaar – gezien de te volgen procedures – nagenoeg geen ontheffingen meer worden verleend terwijl er wel concrete aanvragen zijn of kunnen worden ingediend. Het voorstel is derhalve om uit te gaan van het moment van indiening van de aanvraag om een ontheffing. Dit betekent dat er in 2011 nog een aantal beslissingen moet worden genomen.

In de uitspraak Gemert-Bakel stelt de voorzieningenrechter dat de gemeente niet verplicht zou zijn daadwerkelijk gebruik te maken van een verleende ontheffing. Deze benadering lijkt me wat te zwart-wit. Als de raad daadwerkelijk een ontheffing vraagt, zal hij dringende redenen moeten aanvoeren om daar niets mee te doen. Naar de burgers zijn op zijn minst verwachtingen gewekt door het vragen van ontheffing. De voorzieningenrechter stelt terecht dat de gemeenteraad het bevoegd bestuursorgaan is om een besluit te nemen over het aanvragen van een ontheffing. Een particulier kan zich niet rechtstreeks tot de provincie wenden, maar hij kan wel een verzoek indienen bij de gemeente om een besluit te nemen of een ontheffing zal worden aangevraagd.

Ten slotte wordt nog aangetekend dat het gewenst is de verordening Wabo-proof te maken. Als een ontheffing nodig is om een omgevingsvergunning te verlenen (door burgemeester en wethouders) dan moet geen ontheffing worden verleend, maar moeten GS een zogenaamde 'verklaring van geen bedenkingen' afgeven. Is er geen relatie met een ruimtelijk besluit dat onder de Wabo (omgevingsvergunning) valt, dan heeft een ontheffing in juridische zin nog een zelfstandige functie.

Mr. A.W. Klaassen

