

# Redactioneel

## Nieuwe toverkracht voor de aloude toverformule?

*Lex silencio positivo pilatus pas, ik wou dat het aangevraagde grondgebruik toegestaan was!*

Mr. dr. F.A.G. Groothuijse\*

Simsalabim, hocus pocus, abracadabra zijn bekende toverformules die in sprookjes regelmatig de revue passeren. Ook het ruimtelijk bestuursrecht kent sinds lange tijd een toverformule in de vorm van de zogenaamde toverformulevrijstelling. De verplichting om in het bestemmingsplan de toverformulevrijstelling op te nemen, stamt uit een ver verleden. De Kroon – ook al zo’n sprookjesachtige figuur – die destijds nog moest oordelen over de rechtmatigheid en doelmatigheid van bestemmingsplannen, eiste dat het algemeen gebruiksverbod dat in elk bestemmingsplan moest worden opgenomen, vergezeld diende te gaan van een verplichting om daarvan (op aanvraag) vrijstelling te verlenen, indien strikte toepassing van het algemeen gebruiksverbod zou leiden tot een beperking van het meest doelmatige gebruik, die niet door dringende redenen wordt gerechtvaardigd (de toverformulevrijstelling). Daarbij is van belang dat artikel 10 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) destijds eiste dat gebruiksvoorschriften in het bestemmingsplan slechts om dringende redenen een beperking van het meest doelmatige gebruik mochten inhouden.<sup>1</sup> De Kroon vreesde dat een algemeen gebruiksverbod, op grond waarvan het verboden was gronden in strijd met de daaraan door het bestemmingsplan toegekende bestemming te gebruiken, in bepaalde gevallen het meest doelmatige gebruik van de

grond zou kunnen beperken, zonder dat daarvoor dringende redenen waren aan te dragen.<sup>2</sup> Om in dergelijke gevallen strijd met artikel 10 lid 1 laatste volzin WRO te voorkomen, stelde de Kroon het opnemen van de toverformulevrijstelling in het bestemmingsplan bij wijze van hardheidsclausule verplicht. De juridische grondslag voor het opnemen van deze binnenplanse vrijstelling was artikel 15 WRO en is thans artikel 3.6 lid 1 onder c van de Wet ruimtelijke ordening (Wro).

Over de uitleg van de toverformule is veel discussie geweest. Die discussie heeft er uiteindelijk toe geleid dat de toverkracht van de toverformule maar sporadisch uitkomst kan bieden, of in de woorden van Teunissen: ‘met de toverformule kan men maar weinig toveren’.<sup>3</sup> De door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State in 1982 ingezette lijn, die tot op de dag van vandaag nog actueel is,<sup>4</sup> gaat er namelijk van uit dat gebruik van de grond in overeenstemming met de daaraan gegeven bestemming beschouwd moet worden als het meest doelmatige gebruik. Uitsluitend als gebruik van de grond overeenkomstig die bestemming objectief bezien redelijkerwijs niet meer mogelijk is, leidt een strikte toepassing van het algemeen gebruiksverbod tot een beperking van het meest doelmatige gebruik. Alleen in deze gevallen kan en moet op grond van deze jurisprudentie de toverformulevrijstelling worden verleend, tenzij dringende redenen zich daartegen verzetten. In de juris-

1

\* Mr. dr. F.A.G. (Frank) Groothuijse is als universitair docent verbonden aan het Amsterdam Centre for Environmental Law and Sustainability (ACELS) van de Universiteit van Amsterdam en is redactielid van dit tijdschrift.

1. Zie art. 10 lid 1 laatste volzin WRO.

2. P.J.J. van Buuren, In de ban van de toverformule, BR 1988, p. 258-259.

3. J.M.H.F. Teunissen in zijn noot onder Vz. ARRvS 11 september 1985, Gst. (1986) 6805/5.

4. Zie o.m. ABRvS 27 november 2013, 201300786/1/A1, ECLI:NL:RVS:2013:2126, ABRvS 29 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0697 en Vz. ABRvS 21 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9905.

prudentie over de afgelopen decennia ziet men een beroep op de toverformule dan ook in veruit de meeste gevallen stranden.<sup>5</sup>

Door de inwerkingtreding van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie van de Afdeling heeft de toverformule in potentie aan toverkracht gewonnen. De toverformulevrijstelling is ten gevolge van de inwerkingtreding van de Wabo getransformeerd tot een omgevingsvergunning waarmee met behulp van artikel 2.12 lid 1 sub a onder 1 Wabo binnenplannen van het bestemmingsplan wordt afgeweken.<sup>6</sup> Op de voorbereiding van de beslissing op de aanvraag om een dergelijke vergunning is de reguliere procedure van toepassing.<sup>7</sup> Anders dan vóór de inwerkingtreding van de Wabo<sup>8</sup> is in gevallen waarin het bevoegd gezag niet tijdig beslist op een aanvraag voor een omgevingsvergunning om met toepassing van de toverformule van het bestemmingsplan af te wijken, de vergunning van rechtswege verleend.<sup>9</sup> Bij het bepalen van de toepasselijke procedure dient het bevoegd gezag te bezien of de aangevraagde activiteit binnen de reikwijdte van de binnenplannen afwijkingen valt. Aangezien die reikwijdte niet beperkt is tot een duidelijk omschreven categorie van gevallen en op voorhand dus niet duidelijk is af te bakenen, zal de beslissing op een aanvraag tot toepassing van de toverformulevrijstelling moeten worden voorbereid met de reguliere procedure. Beslist het bevoegd gezag niet binnen de voor die procedure geldende beslistermijn van acht weken op een dergelijke aanvraag,<sup>10</sup> dan is de omgevingsvergunning van rechtswege verleend, ongeacht of aan de in het bestemmingsplan gegeven voorwaarden voor toepassing van de toverformulevrijstelling is voldaan. Het bevoegd gezag kan na afloop van de beslistermijn volgens de Afdeling namelijk niet meer besluiten of al dan niet aan de voorwaarden voor toepassing van de binnenplannen afwijkingenbevoegdheid wordt voldaan.<sup>11</sup>

Ziedaar de nieuwe toverkracht van de toverformule. De stringente voorwaarde waaronder de toverformule kan worden toegepast, verdwijnt op grond van deze jurisprudentie immers als sneeuw voor de zon als het bevoegd gezag niet tijdig heeft beslist op een aanvraag

5. Zie de in noot 4 genoemde jurisprudentie.  
6. Een verzoek om een toverformulevrijstelling wordt ingevolge art. 1.7a Invoeringswet Wabo beschouwd als een aanvraag om een omgevingsvergunning als bedoeld in art. 2.12 lid 1 onder a sub 1 Wabo (ABRvS 20 februari 2013, BR 2013/69 m.nt. R.S. Wertheim).  
7. Art. 3.10 lid 1 jo. art. 3.7 lid 1 Wabo.  
8. Vóór de inwerkingtreding van de Wabo was de *lex silencio positivo* binnen het omgevingsrecht niet van toepassing op (binnenplannen) afwijkingen van het bestemmingsplan. De belangrijkste omgevingsrechtelijke vergunningen die destijds wel van rechtswege ontstonden bij niet tijdig beslissen waren de bouwvergunning en de monumentenvergunning.  
9. Art. 3.9 lid 3 Wabo.  
10. Zie art. 3.9 lid 1 Wabo. Deze beslistermijn kan eenmalig met zes weken worden verlengd (art. 3.9 lid 2 Wabo).  
11. ABRvS 9 oktober 2013, AB 2013/382 m.nt. F.A.G. Groothuize, ABRvS 18 juli 2013, BR 2013/150 m.nt. R.S. Wertheim en ABRvS 20 februari 2013, BR 2013/69 m.nt. R.S. Wertheim.

om met toepassing van de toverformule bij een omgevingsvergunning van de bestemming af te wijken. Zoals reeds is opgemerkt, is het toepassingsbereik van de toverformule(vrijstelling) niet beperkt tot bepaalde categorieën van grondgebruik, zodat ook ingrijpende afwijkingen van de geldende bestemming van rechtswege worden toegestaan, indien het bevoegd gezag niet tijdig op een daartoe strekkende aanvraag beslist. Zaak dus voor het bevoegd gezag om dergelijke aanvragen goed in de gaten te houden.

Een mogelijk complicerende factor daarbij is dat een aanvraag soms ‘verstopt’ zit in een bezwaarschrift, zoals het geval was in de zaak die in de uitspraak van de Afdeling van 20 februari 2013 (BR 2012/69) aan de orde was. Het bestreden besluit betrof een sanctiebesluit in verband met de illegale bewoning van een tweede bedrijfswoning. Appellant had in zijn bezwaarschrift tegen dat sanctiebesluit vermeld dat voor zover de bewoning van de bedrijfswoning al in strijd zou zijn met het bestemmingsplan, het bevoegd gezag zijn bezwaarschrift in dat geval zou moeten aanmerken als een aanvraag om met toepassing van de toverformule vrijstelling van dat plan te verlenen.<sup>12</sup> Nu het bevoegd gezag dat volgens de Afdeling ten onrechte heeft nagelaten en om die reden ook niet tijdig op de aanvraag heeft beslist, was de vergunning voor de bewoning van de tweede bedrijfswoning naar het oordeel van de Afdeling van rechtswege verleend. Dat terwijl toepassing van de toverformulevrijstelling, gelet op de stringente voorwaarden, zeer waarschijnlijk niet had geleid tot verlening van de omgevingsvergunning.

Zoals bij elke vorm van tovenarij zijn ook bij deze ‘nieuwe’ toverkracht van de toverformule enkele kanttekeningen te plaatsen. Het grondgebruik dat op grond van de vergunning van rechtswege is toegestaan, kan pas aanvragen nadat de vergunning bekend is gemaakt<sup>13</sup> en de bezwaartermijn is verstreken of, indien bezwaar is gemaakt, daarop is beslist. Daarnaast staat tegen de vergunning van rechtswege voor belanghebbenden beroep open.<sup>14</sup> Een beroep dat veelal zal slagen, omdat de vergunning van rechtswege geen inhoudelijke motivering bevat. Ook loopt de vergunninghouder het risico dat zijn van rechtswege verkregen vergunning wordt ingetrokken. Het bevoegd gezag is immers tot intrekking verplicht indien de van rechtswege verleende vergunde activiteit ontoelaatbaar ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving heeft of dreigt te hebben en het verbinden van voorschriften aan de vergunning daarvoor redelijkerwijs geen oplossing biedt.<sup>15</sup>

Hoewel de toverformulevrijstelling ten gevolge van de uitbreiding van de categorieën van gevallen waarin de

12. Dat de aanvraag niet voldeed aan de indieningsvereisten kan daaraan niet afdoen, aangezien het bevoegd gezag in dat geval de aanvrager op grond van art. 4:5 Awb in de gelegenheid had moeten stellen om de aanvraag aan te vullen.  
13. Dit in afwijking van art. 4:20b lid 2 Awb.  
14. Zie art. 6.1 lid 4 Wabo.  
15. Art. 2.31 lid 1 onder c en 2.33 lid 1 onder e Wabo.

omgevingsvergunning van rechtswege wordt verleend in de Wabo, in potentie aan toverkracht heeft gewonnen, moet die toverkracht niet worden overschat. Echte tovenarij blijft nu eenmaal voorbehouden aan sprookjesfiguren.