

ANNOTATIE

Tonny Nijmeijer

1. Deze uitspraak is in de eerste plaats van belang vanwege de uitleg die aan het bouwovergangsrecht wordt gegeven. In deze zaak is het recht zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van de Wro en de Wabo van toepassing. Niettemin zijn enkele rechtsoverwegingen ook voor de toepassing van het huidige recht interessant. In deze zaak legt de Afdeling de zinsnede 'kunnen worden gebouwd' zoals die in de overgangsbepaling van het onderhavige bestemmingsplan is opgenomen, restrictief uit. Het bouwovergangsrecht dat in dit bestemmingsplan – dat dateert van vóór de inwerkingtreding van de Wro – is opgenomen, beoogt niet dat voor een bouwactiviteit bouwvergunning moet worden verleend enkel omdat het geldende bestemmingsplan ten tijde van de peildatum de bouw van het bouwwerk toeliet. Voor een geslaagd beroep op de beschermende werking van het bouwovergangsrecht is nodig, volgens de Afdeling, dat een bouwvergunning is verleend. Er moet een geldige bouwtitel bestaan (maar het bouwwerk hoeft feitelijk dus niet te zijn gebouwd), wil men onder de beschermende werking van het bouwovergangsrecht vallen. Dat vind ik een verstandige uitleg. Zou de benadering van appellant worden gevolgd en enkel worden gekeken naar de conformiteit met het bestemmingsplan, dan wordt naar mijn idee voorbijgegaan aan de overige toetsingsgronden van artikel 44 Woningwet (oud), thans artikel 2.10 lid 1 Wabo. Het bouwovergangsrecht ziet – net als het gebruiksovergangsrecht – op het respecteren van gevestigde rechten en belangen (uitgebreid over de strekking van overgangsrecht P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 72 e.v.). Men kan pas spreken van een gevestigd (en te respecteren) recht op het bouwen van een bouwwerk, als men beschikt over een geldige bouwtitel. Die bouwtitel omvat meer dan conformiteit met het bestemmingsplan.

2. Het huidige Bro bevat met betrekking tot het overgangsrecht standaardregels die door de planvaststeller moeten worden overgenomen in het bestemmingsplan (dat is een simpele aangelegenheid, maar de praktijk laat zien dat er toch iets mis kan gaan: o.a. ABRvS 27 juni 2012, zaaknr. 201108336/1/T1/R1, met name r.o. 2.29). Het standaardbouwovergangsrecht dat is opgenomen in artikel 3.2.1 van het Bro is op het punt dat partijen in deze zaak verdeeld houdt,

een stuk duidelijker. Expliciet wordt nu immers gesproken over bouwwerken die gebouwd kunnen worden 'krachtens een omgevingsvergunning voor het bouwen'. Een mogelijk discussiepunt is of sprake moet zijn van een verleende en *onherroepelijke* omgevingsvergunning. Voor het standpunt dat sprake moet zijn van onherroepelijkheid valt wellicht iets te zeggen als wordt geredeneerd vanuit de ratio van het bouwovergangsrecht dat immers het oog heeft op gevestigde rechten en belangen. Een vernietigbaar besluit kan geen gevestigde belangen doen ontstaan, zo kan worden verdedigd. Daar staat tegenover dat bij dat standpunt de reikwijdte van het bouwovergangsrecht afhankelijk wordt van het al dan niet ingesteld zijn van beroep door (derden)belanghebbenden. Hoe het ook zij, in bovenstaande uitspraak gaat de Afdeling uit van een 'verleende' bouwvergunning. Aannemelijk is dan dat die insteek ook wordt aangehouden bij de toepassing van artikel 3.2.1 Bro. De ratio van het (bouw)overgangsrecht is met de inwerkingtreding van de Wro en het Bro immers niet veranderd.

3. Tot besluit een korte opmerking over een ander onderwerp dat in deze zaak aan de orde is, te weten het verlenen van een 'kruimelgeval'-onthefing als bedoeld in artikel 3.23 Wro (oud). De tegenhanger naar huidig recht is te vinden in artikel 2.12 lid 1 onder a onder 2 van de Wabo jo. artikel 4 van bijlage II van het Bor. In bovenstaande uitspraak herhaalt de Afdeling dat een besluit tot afwijking van het bestemmingsplan steeds een discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag betreft. Voor de toepassing van die discretionaire bevoegdheid kan beleid worden gemaakt of kunnen beleidsregels worden vastgesteld (vgl. ABRvS 12 september 2012, zaaknr. 201112865/1/T1/A1, LJN BX7118 (TBR 2012/184)). Het door het bevoegd gezag genomen besluit wordt dientengevolge marginaal door de Afdeling getoetst (redelijkheidstoets). Het feit dat dit alles voor appellant in casu wellicht heel zuur uitpakt, maakt op zichzelf niet dat sprake is van willekeur aan de kant van verweerder, op basis waarvan de beslissing omtrent de ontheffing voor vernietiging in aanmerking komt.