

is sprake van schaarse publieke rechten als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten *kan* overtreffen. Daarvan is altijd sprake als een vergunningenplafond wordt vastgesteld. De hier geannoteerde uitspraak gaat over een *impliciet* vergunningenplafond: in de verordening is geen maximaal aantal vergunningen vastgesteld, maar uit beleidsstukken blijkt duidelijk dat het aantal steigers voor rondvaartboten te klein is om alle potentiële aanvragen om ligplaatsvergunningen te kunnen verlenen. Dat zou mijns inziens voldoende moeten zijn voor de conclusie dat sprake is van een schaarse vergunning die transparant en voor bepaalde tijd moet worden verleend. Had het algemeen bestuur namelijk een ligplaatsvergunning voor onbepaalde tijd mogen verlenen als andere partijen nog geen interesse hadden getoond? Dit lijkt mij niet, nu andere partijen pas hun interesse kunnen tonen als een passende mate van openbaarheid heeft plaatsgevonden waaruit blijkt dat een schaarse vergunning beschikbaar is. Daar komt nog bij dat zelfs als op het moment van vergunningverlening nog geen interesse door andere partijen is getoond, niet is uitgesloten dat deze interesse alsnog in loop der jaren ontstaat. In dat geval ontstaat de complicatie dat de vergunning alsnog schaars is geworden, maar inmiddels wel onherroepelijke vergunningen voor onbepaalde tijd zijn verleend.

9. *Afronding.* Deze uitspraak is van belang voor de praktijk omdat het de volgende wenken bevat om te bepalen wanneer sprake is van een schaarse vergunning:

- Voor fysieke schaarste moet niet gekeken worden naar de beschikbare ruimte in de gehele gemeente: het bestaan van ruimte elders in de stad om nog een extra steiger te bouwen, betekent niet dat de ligplaatsvergunning voor een bepaalde specifieke steiger niet schaars is.
- Bij de vaststelling of sprake is van fysieke schaarste mogen beleidsmatige aspecten aan de orde komen: ook een mengvorm van verschillende soorten schaarste kan als schaarste worden aangemerkt. Dus door beleidsmatige keuzes kan een natuurlijke hulpbron schaars worden.
- Naast expliciete vergunningenplafonds bestaan er ook impliciete vergunningenplafonds. Als uit beleid blijkt dat er een tekort is aan ligplaatsen, en dat het gemeentebestuur terughoudend omgaat met het uitbreiden van het aantal ligplaatsen, dan worden daarmee de ligplaatsvergunningen schaars.
- Het gemeentebestuur mag in afwachting van de vaststelling van een verdelingssystematiek aanvragen afwijzen. De duur van die vergunningenstop mag niet onredelijk lang zijn.

In de kern is het dus niet van belang of schaarste voortvloeit uit natuurlijke hulpbronnen, uit beleidsmatige keuzes of een combinatie van die twee. In al deze gevallen is sprake van schaarse vergunningen. Dit betekent dat deze schaarse vergunningen moeten worden verleend voor bepaalde tijd en worden verdeeld met een transparante procedure.

A. Drahmman

Gst. 2020/90

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 4 februari 2020, nr. 201908484/1/R4 en 201908484/2/R4 (Mr. J. Hoekstra)
m.nt. R.M. Königel¹

(Art. 4 lid 9 bijlage II Besluit omgevingsrecht)

Module Ruimtelijke ordening 2020/8300
ECLI:NL:RVS:2020:338

Artikel 4 lid 9 van bijlage II van het Bor is niet te gebruiken voor nog niet gebouwde en niet vergunde gebouwen. (Oudewater)

De voorzieningenrechter is van oordeel dat niet op grond van artikel 4, negende lid, van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht een vergunning kan worden verleend voor het in afwijking van het bestemmingsplan gebruiken van een gebouw dat niet feitelijk aanwezig en vergund is. In het negende lid staat namelijk dat het afwijkende gebruik alleen vergund mag worden als dat niet gepaard gaat met bouwactiviteiten die ertoe leiden dat de bebouwde oppervlakte en het bouwvolume worden vergroot. In geval van nieuwbouw is dat echter per definitie het geval. Anders dan het college heeft aangevoerd, bestaat er geen aanleiding voor het oordeel dat deze zinsnede uit het negende lid alleen betrekking heeft op het vergroten van bestaande gebouwen en dat daarom het gebruik van te realiseren nieuwe gebouwen op grond van artikel 4, negende lid, van bijlage II van het Bor wel vergund mag worden. Bij haar beoordeling betreft de voorzieningenrechter ook de Nota van toelichting bij het Bor (Stb. 2014, 333, blz. 54), waarin staat dat het negende lid ziet op de mogelijkheid om aan bestaande gebouwen een andere functie te geven.

Uitspraak van de voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op een verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening (artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb)) en, met toepassing van artikel 8:86 van die wet, op de hoger beroepen van:

1. [appellant sub 1], wonend te Oudewater,
2. het college van burgemeester en wethouders van Oudewater,

appellanten,

tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland (hierna: de rechtbank) van 10 oktober 2019 in zaken nrs. 19/3017 en 19/3016 in het geding tussen:

[appellant sub 1]

en

het college.

¹ Renata Königel is advocaat vastgoed bij Asselbergs & Klinkhamer advocaten.

Procesverloop

Bij besluit, verzonden op 6 november 2018, heeft het college aan AST Beheer B.V. een omgevingsvergunning verleend voor het in afwijking van het bestemmingsplan bouwen en gebruiken van een gebouw als bedrijfshallen en zelfstandige kantoorruimte op het perceel aan de Populierenweg 45 in Oudewater (hierna: het perceel).

Bij besluit van 27 juni 2019 heeft het college het door [appellant sub 1] daartegen gemaakte bezwaar gedeeltelijk gegrond verklaard en twee extra voorschriften aan de verleende omgevingsvergunning verbonden.

Bij uitspraak van 10 oktober 2019 heeft de rechtbank het door [appellant sub 1] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 27 juni 2019 vernietigd en de rechtsgevolgen daarvan in stand gelaten. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant sub 1] hoger beroep ingesteld.

[appellant sub 1] heeft de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Het college heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

De voorzieningenrechter heeft het verzoek ter zitting behandeld op 16 januari 2020, waar [appellant sub 1], bijgestaan door mr. B.J.P.M. Zwinkels, advocaat in Honselaarsdijk, en het college, vertegenwoordigd door mr. S. de Rijke en K.P. ten Hove, bijgestaan door mr. J.J. Turenhout, advocaat in Leiden, zijn verschenen. Verder is ter zitting AST Beheer B.V., vertegenwoordigd door [gemachtigde A] en [gemachtigde B], gehoord.

Overwegingen

1. In dit geval kan nader onderzoek redelijkerwijs niet bijdragen aan de beoordeling van de zaak en bestaat ook overigens geen beletsel om met toepassing van artikel 8:86, eerste lid, van de Awb onmiddellijk uitspraak te doen in de hoofdzaak. De voorzieningenrechter zal daarom niet alleen op het verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening beslissen, maar ook uitspraak doen in de hoofdzaak.

2. Het perceel ligt op het bedrijventerrein Tappersheul. Op het perceel is het bestemmingsplan "Bedrijvenpark Tappersheul" van toepassing en rust de bestemming "Bedrijventerrein". Op het perceel staat een gebouw dat gesloopt zal worden en zal worden vervangen door een nieuw, groter gebouw. De onderste verdieping zal, in overeenstemming met de bestemming, gebruikt worden voor bedrijfsmatige opslag en de eerste verdieping zal gebruikt worden als zelfstandig kantoor. Het bouwplan is op vijf punten in strijd met het bestemmingsplan. Ten eerste is gebruik van de eerste verdieping als zelfstandig kantoor in strijd met artikel 4.1, aanhef en onder x, van de planregels. Verder wordt het in artikel 4.2.1, aanhef en onder c, van de planregels neergelegde maximaal toegestane bebouwingspercentage van 80 overschreden. Voorts wordt in strijd met artikel 4.2.1, aanhef en onder f, van de planregels binnen 2 m van de zijdelingse perceelsgrens gebouwd. Daarnaast wordt in

strijd met artikel 4.2.1, aanhef en onder g, van de planregels binnen 5 m van de naar de weg gekeerde perceelsgrens gebouwd en ten slotte worden er ten behoeve van het bouwplan in openbaar gebied parkeerplaatsen gerealiseerd, wat in strijd is met artikel 4.1, aanhef en onder r, van de planregels.

Het college heeft de gevraagde omgevingsvergunning verleend op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a en onder c, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: de Wabo). Dat het gebouw te dicht bij de zijdelingse perceelsgrens komt te liggen, is vergund met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, onder 1°, van de Wabo in samenhang met artikel 4.4, aanhef en onder b, van de planregels. De overige vier afwijkingen zijn vergund met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, onder 2°, van de Wabo, in samenhang met artikel 4, eerste en negende lid, van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (hierna: het Bor).

[appellant sub 1] heeft een aannemersbedrijf dat gevestigd is tegenover het perceel. Hij is het niet eens met de verleende omgevingsvergunning, omdat hij vreest voor parkeeroverlast en hij vreest dat hij in zijn bedrijfsactiviteiten zal worden beperkt.

3. De rechtbank heeft het besluit op bezwaar van 27 juni 2019 vernietigd, omdat het college het verkeerde gedeelte van het gebouw als hoofdgebouw heeft aangemerkt. De rechtbank heeft verder geoordeeld dat de rechtsgevolgen van dat besluit in stand kunnen blijven, omdat desondanks het gebouw op dezelfde wettelijke grondslag kon worden vergund.

4. [appellant sub 1] betoogt dat het college niet op grond van artikel 4, negende lid, van bijlage II van het Bor een omgevingsvergunning had mogen verlenen voor het in afwijking van het bestemmingsplan gebruiken van de eerste verdieping als zelfstandige kantoorruimte, omdat dit lid niet van toepassing is op het wijzigen van gebruik van een nieuw te bouwen gebouw. [appellant sub 1] voert aan dat het wijzigen van gebruik alleen mag als de bebouwde oppervlakte en het bouwvolume niet worden vergroot.

4.1. Artikel 2.1, eerste lid, van de Wabo luidt:

"Het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit:

[...]

c. het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, [...];

[...]."

Artikel 2.12, eerste lid, luidt:

"Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, kan de omgevingsvergunning slechts worden verleend indien de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening en:

a. indien de activiteit in strijd is met het bestemmingsplan of de beheersverordening:

[...]

2°. in de bij algemene maatregel van bestuur aange-
wezen gevallen,
[...]."

Artikel 4, van bijlage II van het Bor luidt:

"Voor verlening van een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, van de wet waarbij met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 2°, van de wet van het bestemmingsplan of de beheersverordening wordt afgeweken, komen in aanmerking:

[...]

9. het gebruiken van bouwwerken, eventueel in samenhang met bouwactiviteiten die de bebouwde oppervlakte of het bouwvolume niet vergroten, [...];
[...]."

4.2. De voorzieningenrechter is van oordeel dat niet op grond van artikel 4, negende lid, van bijlage II van het Bor een vergunning kan worden verleend voor het in afwijking van het bestemmingsplan gebruiken van een gebouw dat niet feitelijk aanwezig en vergund is. In het negende lid staat namelijk dat het afwijkende gebruik alleen vergund mag worden als dat niet gepaard gaat met bouwactiviteiten die ertoe leiden dat de bebouwde oppervlakte en het bouwvolume worden vergroot. In geval van nieuwbouw is dat echter per definitie het geval. Anders dan het college heeft aangevoerd, bestaat er geen aanleiding voor het oordeel dat deze zinsnede uit het negende lid alleen betrekking heeft op het vergroten van bestaande gebouwen en dat daarom het gebruik van te realiseren nieuwe gebouwen op grond van artikel 4, negende lid, van bijlage II van het Bor wel vergund mag worden. Bij haar beoordeling betreft de voorzieningenrechter ook de Nota van toelichting bij het Bor (*Stb.* 2014, 333, blz. 54), waarin staat dat het negende lid ziet op de mogelijkheid om aan bestaande gebouwen een andere functie te geven.

Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank niet onderkend dat het college niet op grond van artikel 4, negende lid, van bijlage II van het Bor een omgevingsvergunning had mogen verlenen voor het in afwijking van het bestemmingsplan gebruiken van de eerste verdieping als zelfstandige kantoorruimte. Het betoog slaagt.

5. Het voorgaande betekent dat de rechtbank terecht het besluit van 27 juni 2019 heeft vernietigd, maar ten onrechte de rechtsgevolgen van dit besluit in stand gelaten. Nu reeds hierom de aangevallen uitspraak in zoverre moet worden vernietigd, komt de voorzieningenrechter niet toe aan behandeling van de overige gronden van [appellant sub 1].

6. Het betoog van het college dat de rechtbank ten onrechte het besluit op bezwaar van 27 juni 2019 heeft vernietigd, faalt, gelet op hetgeen onder 4.2 is overwogen, reeds daarom.

7. Het hoger beroep van [appellant sub 1] is gegrond en het incidenteel hoger beroep van het college is ongegrond. De rechtbankuitspraak moet worden vernietigd voor zover daarbij de rechtsgevolgen van het besluit op bezwaar

van 27 juni 2019 in stand zijn gelaten en moet voor het overige worden bevestigd.

8. Omdat direct in de hoofdzaak wordt beslist, moet het verzoek om het treffen van een voorlopige voorziening op grond van artikel 8:81 van de Awb worden afgewezen.

9. Het voorgaande betekent dat het college opnieuw op het bezwaar van [appellant sub 1] moet beslissen. Om te voorkomen dat AST Beheer B.V. in de tussentijd door kan gaan met bouwen, ziet de voorzieningenrechter aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, van de Awb het primaire besluit, verzonden op 6 november 2018, te schorsen tot zes weken nadat het college een nieuw besluit op bezwaar heeft genomen.

10. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep van [appellant sub 1] gegrond;
- II. verklaart het incidenteel hoger beroep van het college van burgemeester en wethouders van Oudewater ongegrond;
- III. vernietigt de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 10 oktober 2019 in zaken nrs. 19/3017 en 19/3016, voor zover daarbij de rechtsgevolgen van het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Oudewater van 27 juni 2019, kenmerk 19U.14840, in stand zijn gelaten;
- IV. bevestigt die uitspraak voor het overige;
- V. bepaalt bij wijze van voorlopige voorziening dat het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Oudewater, verzonden op 6 november 2018, kenmerk 18U.20843, wordt geschorst tot zes weken nadat het college van burgemeester en wethouders van Oudewater opnieuw op het bezwaar van [appellant sub 1] heeft beslist;
- VI. wijst het verzoek af;
- VII. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Oudewater tot vergoeding van bij [appellant sub 1] in verband met de behandeling van het hoger beroep en de voorlopige voorzieningenprocedure opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.575,00 (zegge: vijftienhonderdvijfenzeventig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VIII. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Oudewater aan [appellant sub 1] het door hem betaalde griffierecht ten bedrage van € 518,00 (zegge: vijfhonderdachtien euro) voor de behandeling van het hoger beroep en de voorlopige voorzieningenprocedure vergoedt.

Naschrift

1. De toepassing van de kruimellijst is en blijft een lastige puzzel. Dit blijkt eens te meer uit deze uitspraak van de voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (Afdeling). Met deze uitspraak wordt echter weer een klein stukje van de puzzel ingevuld. Artikel 4 lid 9 van bijlage II Besluit omgevingsrecht (Bor) kan niet worden gebruikt voor het afwijken van het bestemmingsplan voor het gebruik van een gebouw dat niet aanwezig en vergund is.

2. De zaak betrof de sloop en herbouw van een bedrijfspand. De verdieping zou als zelfstandig kantoor worden gebruikt, wat strijdig was met het bestemmingsplan. Het college van burgemeester en wethouders had omgevingsvergunning verleend, mede aan de hand van artikel 2.12 lid 1 aanhef en onder a onder 2° Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) en met een gecombineerde toepassing van artikel 4 lid 1 en lid 9 van bijlage II Bor. Dat de onderdelen 1 en 9 van artikel 4 van bijlage II Bor gecombineerd kunnen worden, is al langere tijd duidelijk. Zie onder meer ABRS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:744.

3. In artikel 2.12 lid 1 en onder a onder 2° Wabo is bepaald dat van het bestemmingsplan kan worden afgeweken in de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gevallen. Deze gevallen zijn aangewezen in artikel 4 van bijlage II Bor, de kruimellijst. Artikel 4 lid 9 van bijlage II Bor biedt onder meer de mogelijkheid om met toepassing van de reguliere procedure een omgevingsvergunning voor strijdig gebruik van bouwwerken te verlenen, eventueel in samenhang met bouwactiviteiten die de bebouwde oppervlakte of het bouwvolume niet vergroten.

4. In eerste aanleg kwam de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland tot het oordeel, dat het college de omgevingsvergunning aan de hand van de kruimellijst mocht verlenen. Volgens de voorzieningenrechter had de begane grond van het gebouw te gelden als hoofdgebouw, als bedoeld in artikel 1 van bijlage II Bor. Hiermee zou namelijk de geldende bestemming 'Bedrijventerrein' van het perceel worden verwezenlijkt. De bestemming 'Bedrijventerrein' stond geen zelfstandige kantoorruimte toe, maar wel bedrijfshallen.

5. De zelfstandige kantoorruimte op de eerste verdieping had volgens de voorzieningenrechter te gelden als bijbehorend bouwwerk, als bedoeld in artikel 1 van bijlage II Bor. Door een gecombineerde toepassing van artikel 4 lid 1 en lid 9 van bijlage II Bor kon volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank de omgevingsvergunning worden verleend.

6. De voorzieningenrechter van de rechtbank baseerde dit oordeel op de uitspraak van de Afdeling van 21 maart 2018 inzake de Aldi (ECLI:NL:RVS:2018:963, *Gst.* 2018/106, m.nt. M.A.J. West). In die zaak kwam de Afdeling tot het oordeel, dat artikel 4 lid 1 en 9 van bijlage II Bor gecombineerd kunnen worden toegepast, ook bij nieuwbouw. Daarnaast verwijst de voorzieningenrechter naar de uitspraak van de Afdeling van 16 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:3069), waarin de Afdeling oordeelde dat de uitbreiding niet per se een al bestaand gebouw hoeft te betreffen.

7. De voorzieningenrechter van de Afdeling is echter een andere mening toegedaan dan de voorzieningenrechter van de rechtbank. Artikel 4 lid 9 van bijlage II Bor kan niet worden gebruikt voor het in afwijking van het bestemmingsplan gebruiken van een gebouw dat *feitelijk niet aanwezig en niet vergund is*. Reden hiervoor is dat in lid 9 expliciet is bepaald, dat het afwijkende gebruik niet gepaard mag gaan met bouwactiviteiten die het bebouwde oppervlak en bouwvolume vergroten.

8. De voorzieningenrechter wijst ook op bedoeling van de wetgever die is aangegeven in de nota van toelichting bij het Bor (*Stb.* 2014, 333, p. 54). Hierin is aangegeven dat artikel 4 lid 9 van bijlage II Bor bestemd is voor bestaande gebouwen.

9. Uit de uitspraak volgt dus dat artikel 4 lid 9 van bijlage II Bor niet mag worden gebruikt voor het afwijken van het bestemmingsplan voor het gebruik van nog niet gebouwde gebouwen waarvoor nog geen omgevingsvergunning is verleend. De onderhavige uitspraak heeft hiermee de puzzel van de kruimellijst weer wat verder verduidelijkt.

10. In relatie tot artikel 4 lid 1 van bijlage II Bor wijs ik nog op het volgende. In het voormalige Besluit bouwvergunningsvrij en licht-bouwvergunningsplichtige bouwwerken (Bblb) was bij de definitie van het begrip "hoofdgebouw" expliciet bepaald dat het een bestaand hoofdgebouw moest betreffen. Bij de invoering van het Bor is het begrip "bestaand" echter uit de definitie van het begrip "hoofdgebouw" in artikel 1 van bijlage II Bor geschrapt. Dit om redenen van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (*Stb.* 2010, 143, p. 73).

11. In de nota van toelichting is hierover aangegeven dat bij een bijbehorend bouwwerk dat gelijktijdig – zonder deel uit te maken van de bouwvergunning voor het hoofdgebouw – met het hoofdgebouw werd gebouwd, deze randvoorwaarde niet zinvol en handhaafbaar werd geacht. Er zou geen belang mee zijn gediend een dergelijk gelijktijdig met de bouw van het hoofdgebouw gebouwd bijbehorend bouwwerk af te laten afbreken om deze een dag later weer bouwvergunningsvrij bij het dan wel bestaande hoofdgebouw te kunnen bouwen.

12. Om duidelijk te maken dat een bijbehorend bouwwerk ook gedurende hetzelfde bouwproces (direct na, gelijktijdig of in hetzelfde bouwproces zelfs kort ervoor) gebouwd mag worden als het hoofdgebouw, is de randvoorwaarde dat alleen gebouwd mag worden bij een "bestaand" hoofdgebouw dus vervallen.

13. Gelet op de *Aldi*-uitspraak is het nog altijd mogelijk aan de hand van artikel 4 lid 1 en 9 van bijlage II Bor het bijbehorend bouwwerk nieuw te bouwen of uit te breiden. Daarbij dient goed in de gaten te worden gehouden of daadwerkelijk sprake is van een bijbehorend bouwwerk, ex artikel 1 van bijlage II Bor. Hiervoor is vereist dat in ieder geval ook een hoofdgebouw aanwezig is. Gelet op de definitie in artikel 1 van bijlage II Bor is dit het gebouw dat noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de geldende of toekomstige bestemming van het perceel.

R.M. Königel