

# 13. Crash course 'kruimelgevallen' in het omgevingsrecht

MW. MR. V.J. RAKOVITCH EN MR. H.P. WIERSEMA

De term 'kruimelvergunning' zal de meeste vastgoedjuristen bekend in de oren klinken. Maar wat wordt daar nu precies mee bedoeld? En hoe leidt een kruimelvergunning tot versnelling van de vergunningprocedure? In deze bijdrage schetsen wij het systeem van de 'kruimels' aan de hand van concrete typen projecten. Ook bieden wij een overzicht van actuele jurisprudentie. Wij beperken ons tot twee veel gebruikte kruimelvergunningen: de omgevingsvergunning voor het in afwijking van het planologisch regime (i) gebruiken van (bestaande) bouwwerken en (ii) tijdelijk uitvoeren van een project.

## I. Inleiding

Voor vrijwel iedere civilist en fiscalist in het vastgoed zal de term 'kruimelvergunning' of 'kruimellijst' bekend in de oren klinken. Of wellicht heeft u het volgende gelezen in een samenwerkingsovereenkomst of anterieure overeenkomst: een omgevingsvergunning via de 'reguliere' of 'vereenvoudigde' procedure. Anders dan deze etiketten doen vermoeden, is dit onderdeel van het omgevingsvergunningstelsel van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) verraderlijk lastig. In de praktijk merken wij dat initiatiefnemers en overheden worstelen met de toepassing. Een van de redenen is dat initiatiefnemers (en soms ook overheden) veel waarde hechten aan een zo snel mogelijke vergunningprocedure. Het verschil tussen de 'reguliere' en 'uitgebreide' procedure is namelijk een doorlooptijd van in beginsel acht weken versus een doorlooptijd van zes maanden. Het belang dat een project kwalificeert als een 'kruimel' is dan ook groot, en de intensieve zoektocht naar die 'kruimels' leidt tot een flinke stroom jurisprudentie.

Met dit artikel beogen wij de niet-bestuursrechtelijk onderlegde jurist meer inzicht te bieden in het vergunningstelsel onder de Wabo en de soorten vergunningprocedures, en de bestuursrechtjurist een beknopt overzicht te geven van de stand van zaken in de jurisprudentie. Wij beperken ons specifiek tot twee veel gebruikte omgevingsvergunningen: de omgevingsvergunning voor het in afwijking van het planologisch regime (i) gebruiken van (bestaande) bouwwerken (art. 4 onderdeel 9 Bijlage II Besluit omgevingsrecht (Bor)) en (ii) tijdelijk (maximaal tien jaar) uitvoeren van een project (art. 4 onderdeel 11 Bijlage II Bor).<sup>1</sup>

Deze twee 'kruimelgevallen' zijn populair. De doorlooptijd is relatief kort, maar deze regelingen kunnen bovendien worden toegepast bij vrij grote projecten. Denk bij het 'gebruiken van bestaande bouwwerken' bijvoorbeeld aan de transformatie van een leegstaand kantoorpand naar een appartementencomplex. Voor de tijdelijke projecten kunt u denken aan de aanleg van een zonnepark of de bouw van een huisvestingslocatie voor studenten.

Wij beschrijven in paragraaf II het vergunningstelsel van de Wabo op hoofdlijnen, in paragraaf III de functiewijziging van bestaande bouwwerken en in paragraaf IV de tijdelijke afwijking. In paragraaf V komen wij tot een afronding.

## II. Vergunningstelsel Wabo

De Wabo gaat uit van een 'verbodstelsel': het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren.<sup>2</sup> Zo is het, in beginsel, verboden zonder een omgevingsvergunning een project uit te voeren voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit het bouwen van een bouwwerk<sup>3</sup>. Ook het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan is verboden zonder omgevingsvergunning.<sup>4</sup>

### Terminologie

Enige terminologie voor degenen die al wat langer meelopen. Tot 1 juli 2008 viel het vergunningstelsel onder de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO). Was een project in strijd met het bestemmingsplan, dan kon een '(project) vrijstelling' van het bestemmingsplan worden verleend.<sup>5</sup> Daarbij werd onderscheid gemaakt tussen de zogenoemde

<sup>1</sup> Wij behandelen in dit artikel niet de overige 'kruimelgevallen', niet de vergunningvrije gevallen, niet de 'binnenplanse' afwijkingsmogelijkheden in een bestemmingsplan en niet de uitgebreide 'buitenplanse' afwijking van het bestemmingsplan.

<sup>2</sup> Art. 2.1 lid 1 Wabo.

<sup>3</sup> Art. 2.1 lid 1 sub a Wabo.

<sup>4</sup> Art. 2.1 lid 1 sub c Wabo.

<sup>5</sup> Art. 19 WRO (oud).

(i) zware vrijstelling<sup>6</sup>, (ii) lichte vrijstelling<sup>7</sup> en (iii) de kruimelvrijstelling<sup>8</sup>. Op 1 juli 2008 is de nieuwe Wet ruimtelijke ordening (Wro) in werking getreden. De '(project) vrijstelling' maakte plaats voor het 'projectbesluit'<sup>9</sup>. Inhoudelijk is het projectbesluit echter hetzelfde als de voorheen geldende (project)vrijstelling. Met de inwerkingtreding van de Wabo is het 'projectbesluit' vervallen en vervangen door de omgevingsvergunning voor 'het gebruiken van gronden in strijd met het bestemmingsplan', waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen (i) een binnenplanse afwijking, (ii) een buitenplanse afwijking volgens de kruimelgevallenregeling en (iii) een buitenplanse afwijking in alle overige gevallen. Waarover hierna meer.

#### a. Toetsingskader omgevingsvergunning bouw

Het toetsingskader van de omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen (voor de inwerkintreding van de Wabo ook wel een bouwvergunning genoemd; hierna: de 'omgevingsvergunning bouw') kent dwingende weigeringsgronden en een gebonden bevoegdheid van het bestuursorgaan; het limitatief-imperatief stelsel. Indien zich geen weigeringsgrond voordoet, dan moet het bestuursorgaan de omgevingsvergunning verlenen. Stel dat er een omgevingsvergunning is aangevraagd voor het bouwen van een woning: als het bouwplan past binnen het vigerend bestemmingsplan en voldoet aan de eisen van het Bouwbesluit 2012 en eventueel welstand, dan wordt de omgevingsvergunning verleend. Indien het bouwplan echter niet past binnen het vigerend bestemmingsplan, dan doet zich een weigeringsgrond voor en zou de omgevingsvergunning in beginsel moeten worden geweigerd. In dat geval zou de initiatiefnemer een nieuwe omgevingsvergunning moeten aanvragen voor het 'gebruiken van de gronden in strijd met het bestemmingsplan'. Dat is echter een onwenselijke situatie waarop de wetgever heeft geanticipeerd.

Indien de aanvraag omgevingsvergunning bouw namelijk in strijd is met het bestemmingsplan, wordt deze aanvraag mede aangemerkt als een aanvraag om een omgevingsvergunning voor 'het gebruiken van gronden in strijd met het bestemmingsplan' (hierna: de 'afwijkingsvergunning').<sup>10</sup> Het bestuursorgaan gaat dus eerst na of het plan past binnen het bestemmingsplan: indien dit niet het geval is, beoordeelt het bestuursorgaan of de omgevingsvergunning alsnog kan worden verleend door af te wijken van het bestemmingsplan. Is het mogelijk van het bestemmingsplan af te wijken? Dan wordt de omgevingsvergunning verleend. Is het echter niet mogelijk om van het bestemmingsplan af te wijken, dan wordt de omgevingsvergunning geweigerd. In de praktijk wordt meestal direct een afwijkingsvergunning aangevraagd, of een gecombineerde vergunning die ziet op zowel afwijken als bouwen. Initiatiefnemers weten meestal vooraf al of hun voorgenomen plan past binnen de

regels van het bestemmingsplan of niet. De praktijk dat een omgevingsvergunning bouw wordt aangevraagd en gedurende de procedure wordt geconcludeerd dat het voorgenomen plan in strijd is met het bestemmingsplan, zie je veelal bij particulieren.

De omgevingsvergunning bouw wordt met de reguliere voorbereidingsprocedure voorbereid.

#### b. Toetsingskader afwijkingsvergunning

Hoe is het mogelijk dat in de praktijk veel projecten generaliseerd worden middels een afwijkingsvergunning, ofwel wat is de reden dat veel projecten niet passen binnen een bestemmingsplan? Dat komt (deels) omdat de Wro in beginsel uitgaat van 'toelatingsplanologie'. Dit betekent dat in het bestemmingsplan slechts is geregeld wat wél is toegestaan. Ontwikkelingen die het gebruik overeenkomstig de bestemming bedreigen, worden met behulp van de gebruiksregels in het bestemmingsplan geweerd. Een bestemmingsplan bevat daarom alleen verbodsbepalingen en geen gebodsbepalingen. Gelet op deze toelatingsplanologie stelt de gemeente dus voor een langere periode vast welke bestemmingen en ontwikkelingen gewenst zijn in een bepaald plangebied. Het komt echter regelmatig voor dat een gemeente in de loop der jaren haar visie bijstelt of dat bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen vragen om een andere invulling van het plangebied. In dat geval is sprake van ontwikkelingsplanologie, waarbij ook andere juridische instrumenten moeten worden ingezet om de ontwikkeling te realiseren. Het bestuursorgaan kan in een specifiek geval op basis van alle feiten en omstandigheden afwegen of zij de ontwikkeling wenselijk acht of niet.

Voor de afwijkingsvergunning is essentieel dat sprake is van een 'goede ruimtelijke ordening'.<sup>11</sup> Wat wordt daaronder verstaan? De Wro en de Wabo zeggen hier niets over. Dit laat zich het beste uitleggen aan de hand van de bestemmingsplanprocedure. Een bestemmingsplan moet bestemmingen leggen ten behoeve van een 'goede ruimtelijke ordening', en daarbij regels geven voor het gebruik van de gronden en de zich daarop bevindende bouwwerken. De wet vraagt om een complexe belangenafweging door het bestuur. Om dat te kunnen doen moet (i) de bestaande situatie zorgvuldig worden onderzocht, en (ii) moeten de te verwachten ontwikkelingen en (iii) alle betrokken belangen worden afgewogen. Het gaat daarbij om het scheppen van zo gunstig mogelijke voorwaarden voor het gebruik en de ontwikkeling van het plangebied. Voor een belangrijk deel gaat het daarbij om de planologische of de stedenbouwkundige kwaliteit.<sup>12</sup>

Terugkomend op de afwijkingsvergunning. Wat een 'goede ruimtelijke ordening' is, is afhankelijk van de afweging van alle relevante (ruimtelijke) belangen en de omstandigheden van het geval. De afwijkingsvergunning moet bijdragen aan de kwaliteit van de leefomgeving en ruimte geven aan maatschappelijk wenselijke functies. Vanuit bepaalde secto-

6 Art. 19 lid 1 WRO (oud).

7 Art. 19 lid 2 WRO (oud).

8 Art. 19 lid 3 WRO (oud).

9 Art. 3.10 Wro (oud).

10 Art. 2.10 lid 2 Wabo.

11 Art. 2.12 lid 1 sub a Wabo.

12 T.H.H.A. van der Schoot, *Handboek Ruimtelijke Ordening & Bouw, Op weg naar het omgevingsrecht*, Berghauser Pont Publishing, 2017, p. 137.

ren kunnen daaraan grenzen worden gesteld, bijvoorbeeld in verband met luchtkwaliteit, geluid en externe veiligheid. In de praktijk blijkt veelal het criterium te zijn dat geen sprake mag zijn van 'een onevenredige aantasting van het woon- en leefklimaat'. Of hiervan sprake is, wordt beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval.

Daarnaast wordt bij de toetsing van de afwijkingsvergunning beoordeeld of de omgevingsvergunning kan worden verleend middels:

(i). Een binnenplanse afwijking<sup>13</sup>

Hierbij gaat het veelal om kleine afwijkingen van toegestane gebruiks- of bouwregels. Zo is in veel bestemmingsplannen een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt, uiteraard pas nadat de gemeente hieraan wenst mee te werken, 10% van de in het bestemmingsplan toegestane maatvoering af te wijken. Of bijvoorbeeld een bepaling die het in centrumgebied mogelijk maakt wonen ook op de begane grond toe te staan.

(ii). De kruimelgevallenregeling<sup>14</sup>

Het gaat hierbij om de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gevallen (art. 4 Bijlage II Bor). De kruimelgevallenregeling bevat elf verschillende situaties, van het realiseren van een aanbouw tot de realisatie van acht volledig nieuwe woningen op een bestaand gebouw<sup>15</sup>.

(iii). Een goede ruimtelijke onderbouwing, in overige gevallen<sup>16</sup>

Alle gevallen die niet binnenplannen of met een afwijkingsvergunning kunnen worden vergund, vallen in deze restcategorie.

Van belang is te vermelden dat het bestuursorgaan de *bevoegdheid* heeft mee te werken aan een gewenst plan of ontwikkeling, zij is hiertoe echter niet verplicht. Dit volgt uit de 'kan'-bepaling: het bestuursorgaan *kan* in deze gevallen omgevingsvergunning verlenen.

Aanvragen waarop de binnenplanse afwijking of de kruimelgevallenregeling van toepassing is, worden voorbereid met de reguliere voorbereidingsprocedure (ook wel 'versnelde' of 'vereenvoudigde' procedure). De overige gevallen vallen onder het regime van de uitgebreide voorbereidingsprocedure.

### c. Soorten procedures

Essentieel voor projecten is het onderscheid in de twee soorten procedures die de Wabo kent: de reguliere voorbereidingsprocedure<sup>17</sup> en de uitgebreide voorbereidingsprocedure<sup>18</sup>. Uitgangspunt is dat omgevingsvergunningen worden voorbereid op grond van de reguliere voorbereidingsprocedure, tenzij de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing is.<sup>19</sup>

Dat beide procedures 'voorbereidingsprocedures' worden genoemd en dat een aanvraag wordt 'voorbereid' klinkt mogelijk niet logisch. Want waarom is op een aanvraag een voorbereidingsprocedure van toepassing, terwijl de aanvrager zelf juist zijn aanvraag vóór het indienen volledig heeft voorbereid en vervolgens de complete set indient? 'Voorbereiden' heeft echter een juridische lading die ziet op het proces dat het bestuursorgaan moet doorlopen voordat zij een omgevingsvergunning kan verlenen. Denk bijvoorbeeld aan de termijnen waaraan het bestuursorgaan is gebonden waarbinnen hij moet beslissen of een omgevingsvergunning wordt verleend, de vraag of een omgevingsvergunning wel of niet als ontwerp ter inzage moet worden gelegd, en de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen en de inspraakmogelijkheid bij terinzagelegging van een omgevingsvergunning.

Zoals de naam al doet vermoeden heeft de reguliere voorbereidingsprocedure in principe een kortere doorlooptijd dan de uitgebreide voorbereidingsprocedure. Dit heeft te maken met de processuele stappen die gezet moeten worden.

De reguliere voorbereidingsprocedure ziet er als volgt uit:

- aanvraag omgevingsvergunning;
- beslissing op aanvraag binnen acht weken<sup>20</sup>, eenmalige verlenging met zes weken is mogelijk<sup>21</sup>;
- bezwaartermijn van zes weken<sup>22</sup>;
- beslissing op bezwaar binnen zes weken en indien een externe bezwaarschriftencommissie is ingesteld binnen twaalf weken<sup>23</sup>;

Voor de uitgebreide voorbereidingsprocedure geldt:

- aanvraag omgevingsvergunning;
- bekendmaking ontwerpbesluit;
- zienswijzetermijn van zes weken<sup>24</sup>;
- beslissing op aanvraag uiterlijk binnen zes maanden na ontvangst aanvraag<sup>25</sup>;
- deze beslistermijn kan met zes weken worden verlengd<sup>26</sup>.

Tegen de beslissing op bezwaar in de reguliere voorbereidingsprocedure en de beslissing op de aanvraag in de uitgebreide voorbereidingsprocedure staat beroep bij de rechtbank open en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de 'Afdeling'). Hiervoor geldt:

- beroepstermijn van zes weken<sup>27</sup>;
- uitspraak bestuursrechter binnen zes weken na zitting<sup>28</sup>. Dit is echter een termijn van orde. In de praktijk komt geregeld voor dat de bestuursrechter deze termijn met (telkens) zes weken verlengt;

20 Art. 3.9 lid 1 Wabo.

21 Art. 3.9 lid 2 Wabo.

22 Art. 7:1 lid 1 jo. art. 8:1 Awb en art. 6:7 en art. 6:8 lid 1 Awb.

23 Art. 7:10 lid 1 Awb.

24 Art. 3:16 lid 1 Awb.

25 Art. 3:18 lid 1 Awb.

26 Art. 3:12 lid 8 Wabo.

27 Art. 8:1 jo. art. 7:1 lid 1 sub d Awb, en art. 6:7 jo. art. 6:8 lid 4 Awb.

28 Art. 8:66 lid 1 Awb.

13 Art. 2.12 lid 1 sub a onder 1 Wabo.

14 Art. 2.12 lid 1 sub a onder 2 Wabo.

15 ABRvS 5 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1877.

16 Art. 2.12 lid 1 sub a onder 3 Wabo.

17 Paragraaf 3.2 Wabo.

18 Paragraaf 3.3 Wabo.

19 Art. 3.7 lid 1 Wabo jo. art. 3.10 lid 1 Wabo.

- hogerberoepstermijn van zes weken<sup>29</sup>;
- uitspraak van de Afdeling in beginsel binnen zes weken na zitting<sup>30</sup>.

Voor initiatiefnemers is het overigens relevant te weten dat de Crisis- en herstelwet (Chw) een procedurele versnelingsmogelijkheid biedt. Indien de Chw van toepassing is of wordt verklaard op bepaalde aangewezen projecten<sup>31</sup>, dan geldt in beroep en hoger beroep dat (i) de bezwaarmaker direct zijn beroepsgronden moet indienen en niet kan volstaan met een zogenaamd pro forma beroepschrift<sup>32</sup> en (ii) de bestuursrechter binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn uitspraak moet doen<sup>33</sup>. Ook voor deze uitspraakstermijn geldt echter dat dit een termijn van orde is.

Uit het overzicht blijkt duidelijk het voordeel van de reguliere voorbereidingsprocedure; de aanvrager weet binnen acht tot veertien weken na zijn aanvraag waar hij aan toe is. Dit tegenover de zes maanden bij de uitgebreide voorbereidingsprocedure. Dat laatstgenoemde procedure zolang duurt heeft onder meer te maken met de verklaring van geen bedenkingen (vrbg) die de gemeenteraad in beginsel moet afgeven.<sup>34</sup> In beginsel wordt een afwijkingvergunning niet verleend dan nadat de gemeenteraad heeft verklaard daartegen geen bedenkingen te hebben. In de wet is opgenomen dat de gemeenteraad categorieën van gevallen kan aanwijzen waarin een verklaring niet is vereist.<sup>35</sup> Het verschilt per gemeente of er een dergelijke lijst met categorieën gevallen is vastgesteld en welke gevallen daar op staan. Relevant daarbij te vermelden is dat een verklaring slechts kan worden geweigerd in het belang van een goede ruimtelijke ordening.<sup>36</sup>

### III. Functiewijziging

Een van de twee veel gebruikte 'kruiemelgevallen' ziet op de functiewijziging, juridisch aangeduid als 'het gebruiken van bouwwerken in strijd met het bestemmingsplan' (art. 4 onderdeel 9 Bijlage II Bor). De functiewijziging maakt het mogelijk binnen de bebouwde kom bouwwerken en het bij die bouwwerken aansluitend terrein te gebruiken in strijd met het planologisch regime. Dit gebruik kan eventueel in samenhang met bouwactiviteiten, zolang de bebouwde oppervlakte of het bouwvolume niet wordt vergroot. Buiten de bebouwde kom geldt dat bouwwerken en het bij die bouwwerken aansluitende terrein, uitsluitend mogen worden gebruikt voor een logiesfunctie voor werknemers of de opvang van asielzoekers of andere categorieën vreemdelingen.

Aan de hand van een aantal sprekende voorbeelden uit de recente jurisprudentie schetsen wij toepassingsmogelijkheden van de functiewijziging.<sup>37</sup>

#### a. Gebruiken

Een pandeigenaar in Ede wil een interne verbouwing realiseren bij zijn woning. Zijn plan is om de voormalige praktijkruimte bij zijn woning intern te verbouwen tot een ruimte waar kamerverhuur mogelijk is. Hij loopt echter tegen het bestemmingsplan aan. Dat staat uitsluitend toe dat één vrijstaande woning wordt gebouwd. Om zijn plan te kunnen realiseren vraagt de pandeigenaar een omgevingsvergunning aan voor zowel de interne verbouwing als voor het gebruik van de ruimte voor kamerverhuur.<sup>38</sup> De vraag waar deze pandeigenaar tegenaan loopt, ziet op de uitleg van de term 'gebruiken'. Ziet dit slechts op het anders *gebruik* van het bouwwerk, of kan de term verder worden opgerekt zodat ook het *bouwen* in strijd met het bestemmingsplan daaronder wordt begrepen?

De bestuursrechter oordeelt in het voordeel van de pandeigenaar. De term 'gebruiken' heeft niet alleen betrekking op het gebruik van bouwwerken, maar ook op het bouwen in strijd met het bestemmingsplan. Bij deze redentatie is het relevant dat wordt aangesloten bij de uitleg van art. 2.1 lid 1 sub c Wabo. Dit is de grondslag voor de afwijkingvergunning. Het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met het bestemmingsplan als in dat artikel bedoeld, heeft niet enkel betrekking op het gebruiken van gronden of bouwwerken, maar ook op het bouwen en slopen van bouwwerken in strijd met planologische regelgeving.<sup>39</sup> Juist omdat de bij de grondslag in de Wabo al wordt uitgegaan van een ruime uitleg van de bepaling, is het gewenst een consistente en uniforme uitleg van het 'term 'gebruiken' voor te staan. Als de term 'gebruiken' in de grondslag voor de afwijkingvergunning ruim moet worden uitgelegd, dan moet dezelfde ruime uitleg worden gehanteerd bij de nadere invulling van de afwijkingmogelijkheid.

#### b. Reeds gebouwde en vergunde gebouwen

Bedrijf X in Oudewater vraagt een afwijkingvergunning aan voor het bouwen en gebruiken van een gebouw als bedrijfshal en zelfstandige kantoorruimte. De feitelijke situatie ter plaatse is als volgt: op het perceel staat een gebouw dat bedrijf X wil slopen en vervangen door een nieuw, groter gebouw. De onderste verdieping zal in overeenstemming met de bestemming gebruikt worden voor bedrijfsmatige opslag. De eerste verdieping zal worden gebruikt als zelfstandig kantoor. Het aannemersbedrijf dat tegenover bedrijf X is gevestigd vreest niet alleen voor

29 Art. 6:7 jo. art. 6:8 lid 4, en art. 6:24 en art. 8:79 lid 1 Awb.

30 Art. 8:66 lid 1 Awb.

31 Art. 1.1 Chw.

32 Art. 1.6 lid 2 Chw.

33 Art. 1.6 lid 4 Chw.

34 Art. 6.5 lid 3 Bor.

35 Art. 6.5 lid 3 Bor.

36 Art. 6.5 lid 2 Bor.

37 Op grond van art. 5 onderdeel 6 Bijlage II Bor is de functiewijziging en de tijdelijke afwijkingvergunning niet van toepassing op een activiteit als bedoeld in onderdeel C en D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage. Omdat deze beperking zich het vaakst lijkt voor te doen bij de toepassing van de tijdelijke afwijkingvergunning, behandelen wij dit onderwerp in de paragraaf hierna over die tijdelijke afwijkingvergunning.

38 ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1218.

39 ABRvS 26 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU1640.

parkeerverlast, maar ook dat het in zijn eigen bedrijfsactiviteiten wordt beperkt. Het aannemersbedrijf stelt dat de functiewijziging niet van toepassing is op nieuw te bouwen gebouwen.<sup>40</sup>

De hoogste bestuursrechter gaat mee in de stelling van het aannemersbedrijf: de functiewijziging is enkel van toepassing op reeds gebouwde en vergunde gebouwen. Volgens de wettelijke bepaling mag het afwijkende gebruik alleen vergund 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. Daarbij komt dat de functiewijziging expliciet ziet op de mogelijkheid om aan *bestaande gebouwen* een andere functie te geven.

Initiatiefnemers dus opgelet, het is niet mogelijk door middel van een afwijkingsvergunning voor functiewijziging een bestaand gebouw te slopen en te vervangen door een nieuw gebouw. Het slopen en opnieuw bouwen impliceert een vergroting van de bebouwde oppervlakte en bouwvolume, wat in strijd is met de wettelijke bepaling.

#### c. Vergroting van de bebouwde oppervlakte en bouwvolume door bouwactiviteiten

Maar hoe zit het dan met het samenvoegen van twee panden, is dan ook sprake van vergroting van de bebouwde oppervlakte en bouwvolume? Bedrijf Y exploiteert commercieel vastgoed en is sinds 2017 eigenaar van twee naast elkaar gelegen panden in Amsterdam. In beide panden zit horeca op de begane grond en zitten woningen op de verdiepingen. De vorige eigenaar heeft de panden een aantal jaar geleden zonder de daartoe vereiste omgevingsvergunning verbouwd en samengevoegd, door op de eerste en tweede verdieping een doorbraak te realiseren van ongeveer 100 cm breed en 220 cm hoog. De samenvoeging van de panden is aan de voorzijde van het pand niet zichtbaar.

Op grond van de Wabo is het niet toegestaan een illegale situatie in stand te laten<sup>41</sup>. Wil bedrijf Y de doorbraak en samenvoeging van de pand behouden dan dient hij een afwijkingsvergunning aan te vragen omdat de samenvoeging niet is toegestaan volgens het bestemmingsplan.

In het kader van de functiewijziging is het echter de vraag of het samenvoegen van de twee panden tot één gebouw ertoe leidt dat daarmee ook het bouwvolume en bouwoppervlak toenemen. Bij de uitleg van 'vergroting van de bebouwde oppervlakte en bouwvolume' is het daarom van belang onderscheid te maken tussen (i) de omvang van het gebouwde en (ii) de omvang van het gebruik van het gebouwde.

Onder 'de bebouwde oppervlakte en bouwvolume' wordt de omvang van het gebouwde verstaan.<sup>42</sup> Het is daarbij niet relevant of de *omvang van het gebruik* naar oppervlakte of inhoud wijzigt. Vergroting van de bebouwde oppervlakte en bouwvolume heeft dan ook slechts betrekking op de toename van de fysieke bebouwing.

Een ander voorbeeld waarin de vraag aan de orde is of de bebouwde oppervlakte en bouwvolume worden vergroot is het volgende. Een bouwplan voorziet in een verbouwing van een winkel-/woonpand tot winkel en een berging voor het stallen van fietsen op de begane grond en twee studio's en een appartement op de verdiepingen. Daarvoor is een functiewijziging nodig. De twee studio's en het appartement kunnen bovendien enkel worden gerealiseerd door plaatsing van een dakkapel, die een vergroting van het bouwvolume tot gevolg heeft. De dakkapel kan evenwel op grond van het bestemmingsplan worden gerealiseerd. Het is in deze situatie dan de vraag of de realisatie van de dakkapel een vergroting van het bouwvolume teweegbrengt, waardoor de omgevingsvergunning niet conform art. 4 onderdeel 9 Bijlage II Bor kan worden verleend.

Bij de beantwoording van deze vraag moet worden geredeneerd vanuit de gedachte dat de zinsnede 'eventueel in samenhang met bouwactiviteiten die de bebouwde oppervlakte en bouwvolume niet vergroten' alleen betrekking heeft op bouwactiviteiten die in strijd zijn met het bestemmingsplan.<sup>43</sup> Nu de bouwactiviteit in dit specifieke geval (lees: plaatsing dakkapel) conform het bestemmingsplan kan worden uitgevoerd, is geen sprake van een vergroting van het bouwvolume. Dit betekent dat bij de functiewijziging altijd eerst de vraag moet worden beantwoord of de bebouwde oppervlakte en bouwvolume worden vergroot in het kader van een wijziging die is toegestaan volgens het bestemmingsplan. Indien dit namelijk het geval is, dan kan deze toename van bebouwde oppervlakte en bouwvolume niet worden tegengeworpen.

#### d. Het bij het bouwwerk aansluitend terrein

Het laatste onderdeel van de functiewijzigingsbepaling waarover enige discussie kan ontstaan is 'het bij het bouwwerk aansluitend terrein'. Een pandeigenaar in Willemstad bezit sinds 2014 een omgevingsvergunning om zijn pand te gebruiken als hotel. In 2016 besluit de pandeigenaar dat hij de tuin aan de achterzijde van het hotel als terras wil kunnen gebruiken. Daartoe vraagt hij een functiewijziging aan. De gemeente wijst deze aanvraag af. De pandeigenaar gaat hiertegen in bezwaar. In de beslissing op bezwaar oordeelt de gemeente dat zij de omgevingsvergunning ten onrechte heeft getoetst aan de functiewijziging en meent dat de uitgebreide voorbereidingsprocedure van toepassing is. De pandeigenaar is het hier niet mee eens en procedeert tot aan de hoogste bestuursrechter.

De vraag die in deze zaak centraal staat: is met het gebruik van de tuin als terras sprake van een nieuw gebruik, of is sprake van een gebruikswijziging? En wil er sprake zijn van een gebruikswijziging, dient die wijziging dan te zien op zowel het hotel als de achterliggende tuin?

Het antwoord op deze vraag valt gunstig uit voor de pandeigenaar. In dit geval is namelijk (i) sprake van een gebruikswijziging van het bij het bouwwerk aansluitend terrein en (ii) kan een dergelijke wijziging ook enkel zien op het bij het

40 ABRvS 4 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020338.

41 Art. 2.3a lid 1 Wabo.

42 ABRvS 7 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2706.

43 ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:378.

bouwwerk aansluitend terrein (lees: de tuin).<sup>44</sup> In 2014 is de reikwijdte van art. 4 onderdeel 9 Bijlage II Bor vergroot, zodat meer aanvragen om een omgevingsvergunning met de reguliere voorbereidingsprocedure kunnen worden afgewikkeld in plaats van met de uitgebreide voorbereidingsprocedure. Daarmee valt niet te rijmen dat waar voor een gebruikswijziging van een aansluitend terrein samen met de gebruikswijziging van het bouwwerk waarop het terrein aansluit de reguliere voorbereidingsprocedure kan worden gevolgd, voor de zelfstandige gebruikswijziging van een bij een bouwwerk aansluitend terrein de uitgebreide voorbereidingsprocedure zou moeten worden gevolgd.

Kortom, het is dus mogelijk ook enkel voor het bij een bouwwerk aansluitend terrein een functiewijziging te vragen.

#### IV. Tijdelijke afwijkingsvergunning in overige gevallen

Art. 4 onderdeel 11 Bijlage II Bor is een vangnetbepaling en geldt voor 'ander gebruik van gronden of bouwwerken dan bedoeld in de onderdelen 1 tot en met 10, voor een termijn van ten hoogste tien jaar'.

##### a. Zonder onomkeerbare gevolgen

Voor de toepassing van de tijdelijke afwijkingsvergunning is vereist dat het bij het verlenen van de omgevingsvergunning *feitelijk mogelijk en aannemelijk moet zijn* dat de activiteit na de in de omgevingsvergunning gestelde termijn (van maximaal tien (jaar) kan en zal worden beëindigd. De activiteit moet dus zonder onomkeerbare gevolgen kunnen worden beëindigd.

De activiteiten waarvoor deze tijdelijke afwijkingsvergunning kan worden verleend lopen erg uiteen. De activiteit kan bijvoorbeeld bestaan uit de aanleg van een tijdelijke weg<sup>45</sup> of een tijdelijke parkeerplaats, die bestaat uit semi-verharding (silex) en relatief eenvoudig kan worden verwijderd na afloop van de vergunde termijn.<sup>46</sup>

Meer omvangrijke activiteiten zijn bijvoorbeeld een tijdelijk informatiecentrum met een oppervlakte van 235 m<sup>2</sup>, dat bestaat uit losse onderdelen die ter plaatse aan elkaar worden bevestigd en die na afloop van de vergunde termijn gemakkelijk, zonder onomkeerbare gevolgen kunnen worden verwijderd.<sup>47</sup> Maar ook plaatsing van een tijdelijke woonunit<sup>48</sup> of een tijdelijk zonnepark van 22 hectare.<sup>49</sup> In het laatste geval is vastgesteld dat de zonnepanelen eenvoudig kunnen worden verwijderd, omdat ze op een constructie van ijzeren palen staan die ook gemakkelijk te verwijderen is. De zonnepanelen kunnen dus na de vergunde termijn eenvoudig elders worden herplaatst.

##### b. Maximale duur van tien jaar

Daarnaast mag de totale tijdsduur dat van het bestemmingsplan wordt afgeweken niet langer dan tien jaar bedragen. Deze termijn vangt aan op het moment dat voor het desbetreffende gebruik omgevingsvergunning is verleend. Of het desbetreffende gebruik feitelijk al een tijd plaatsvindt, doet voor het bepalen van de te vergunnen termijn niet ter zake.<sup>50</sup>

##### c. Eenmalige omgevingsvergunning

Ook geldt dat de omgevingsvergunning conform dit onderdeel slechts eenmalig kan worden verleend.<sup>51</sup> Het is dus niet mogelijk om na tien jaar opnieuw een omgevingsvergunning aan te vragen voor dezelfde activiteit. Indien het gewenst is de activiteit langer dan tien jaar te ontplooiën, dan dient in beginsel een omgevingsvergunning te worden aangevraagd op grond van de uitgebreide voorbereidingsprocedure.

##### d. Activiteiten Besluit milieueffectrapportage

Tot slot is er één belangrijke voorwaarde die in de weg kan staan aan zowel de functiewijziging als de tijdelijke afwijkingsvergunning: op grond van art. 5 onderdeel 6 Bijlage II Bor is de functiewijziging en de tijdelijke afwijkingsvergunning niet van toepassing op een activiteit als bedoeld in onderdeel C en D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage. Omdat deze beperking zich het vaakst lijkt voor te doen bij de toepassing van de tijdelijke afwijkingsvergunning, behandelen wij dit onderwerp in deze paragraaf over die tijdelijke afwijkingsvergunning.

Als het gaat om de toepassing van kruiselgevallen, is de laatste jaren veel rechtspraak verschenen over het 'stedelijk ontwikkelingsproject' als bedoeld in onderdeel D 11.2 van de bijlage bij het Besluit mer. Volgens de Nota van toelichting gaat het hierbij om bouwprojecten als woningen, parkeerterreinen, bioscopen, theaters, sportcentra, kantoorgebouwen en dergelijke of een combinatie daarvan.<sup>52</sup> Niet alleen in steden, maar ook in dorpen. Wat 'stedelijke ontwikkeling' inhoudt kan van regio tot regio verschillen. Of sprake is van een (wijziging van een) stedelijk ontwikkelingsproject hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij onder meer aspecten als de aard en de omvang van de voorziene wijziging van de stedelijke ontwikkeling een rol spelen. Het antwoord op de vraag of per saldo aanzienlijke negatieve gevolgen voor het milieu kunnen ontstaan is hierbij niet doorslaggevend.<sup>53</sup>

Een voorbeeld van een functiewijziging waarbij volgens de Afdeling geen sprake is van een stedelijk ontwikkelingsproject is de transformatie van een gebouw ten behoeve van een Decathlon, omdat in dat geval de functiewijziging (i) niet gepaard gaat met een uitbreiding van de bebouwde oppervlakte en (ii) wat de aard en omvang betreft slechts

44 ABRvS 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:477.

45 Rb. Limburg 2 juli 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:6070.

46 Rb. Limburg 6 december 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:10844.

47 Rb. Gelderland 2 juli 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3203.

48 ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3566.

49 ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1112.

50 ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2212.

51 *Stb.* 2014, 333, p.56

52 Nota van Toelichting bij Besluit van 21 februari 2011 tot wijziging van het Besluit milieueffectrapportage en het Besluit omgevingsrecht (reparatie en modernisering milieueffectrapportage), *Stb.* 2011, 102.

53 ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:348.

sprake is van een beperkte wijziging van het toegestane gebruik van een deel van een bestaand winkelgebouw.<sup>54</sup>

De tijdelijke gebruiksafwijking kan worden toegepast voor de bouw van een zonnepark. Volgens de Afdeling kan een zonnepark van 4,3 hectare niet als een stedelijk ontwikkelingsproject worden aangemerkt omdat het moet gaan om de bouwprojecten als genoemd in de toelichting, waarbij het met name gaat om verstening en urbanisering van een gebied. Het realiseren van een zonnepark kan volgens de Afdeling daarmee niet worden gelijkgesteld, des te meer nu de gevolgen van een zonnepark zich in de kern beperken tot visuele hinder en landschappelijke aantasting.<sup>55</sup>

Kortom, indien een omgevingsvergunning wordt aangevraagd voor een functiewijziging dan wel voor een tijdelijke gebruiksafwijking is het van belang (vooraf) na te gaan of de activiteit voorkomt in de onderdelen C en D van de bijlage bij het Besluit mer. Indien dat het geval is, kan geen omgevingsvergunning volgens de kruimelgevallenregeling worden verleend en dient de uitgebreide voorbereidingsprocedure te worden doorlopen.

## V. Afronding

In het voorgaande hebben wij getracht de niet ingeleide jurist te introduceren in de wereld van de omgevingsvergunning en van enkele kruimelgevallen. Het doel van de kruimelregeling is steeds de versnelling van de procedure door de toepassing van de reguliere voorbereidingsprocedure in plaats van de uitgebreide. Dat doel wordt vaak ook verwoord in overeenkomsten en andere documenten in de projectontwikkeling en in vastgoedtransacties. Wij hopen dat de lezer de volgende keer dat de begrippen opduiken met dit artikel haar of zijn voordeel kan doen; voor een beter beeld van wat haar of zijn bestuursrechtelijke collega, of een gemeente, allemaal uitspookt.

Wij zijn in dit artikel niet verder gedoken in de strategische afwegingen die gemaakt kunnen worden bij de keuze voor een bepaalde procedure. Zo kent de uitgebreide proce-

dure een zienswijzeronde waar *eenieder* een zienswijze kan indienen, niet alleen de Awb-belanghebbenden, wat voordelen heeft op het punt van draagvlak. Ook hebben wij het niet gehad over experimenteermogelijkheden op grond van de Chw, op grond waarvan voor een langere termijn dan tien jaar de tijdelijke afwijkingsvergunning kan worden verleend. Ook hebben wij geen aandacht besteed aan de vraag of een verkeerd ingestoken procedure kan worden gerepareerd en hebben wij niet stilgestaan bij de verschillen in leges, noch bij het gemeentelijk vergunningbeleid. Dat gaat het bestek van dit artikel te buiten.

De afronding is wat ons betreft dat de soorten projecten die in aanmerking komen voor een functiewijziging of tijdelijke afwijkingsvergunning divers zijn en dat vooronderzoek naar de mogelijke toepassing van deze snellere regelingen de moeite waard is. De jurisprudentie lijkt soms wat casuïstisch, maar inmiddels is er vrij veel vergelijkingsmateriaal in uitspraken wat de toetsing enigszins vergemakkelijkt. De casuïstische aard van deze regelingen maakt wel dat regelmatig de verkeerde procedure wordt ingestoken. Zowel initiatiefnemers als gemeenten verslikken zich weleens in een kruimel. Maar ja (we maken hem toch maar even), dat is de ander zijn brood...

### Over de auteurs



#### Mw. mr. V.J. Rakovitch

Victoria Rakovitch is advocaat bij Holla Advocaten in 's-Hertogenbosch.



#### Mr. H.P. Wiersema

Harald Wiersema is advocaat bij Holla Advocaten te 's-Hertogenbosch.

54 ABRvS 18 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1297, zie ook ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:348.

55 ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2770.