

09-86

Vz. Rb. Zwolle 19 mei 2009 AWB 09/427 en
09/428 (LJN BI4571)

Partijen verkeren ten onrechte in de veronderstelling, dat de ontheffing zich mag uitstrekken over de tuin. Ingevolge artikel 4.1.1, eerste lid onder i van het Bro komt voor de toepassing van artikel 3:23, eerste lid, Wro, in aanmerking, het wijzigen van het gebruik van bouwwerken. Een tuin kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet worden aangemerkt als een bouwwerk, zodat verweerder niet bevoegd is ontheffing te verlenen ten behoeve van horecagebruik van de buitentuin. Bezoekers van het horecagedeelte zullen zich dus niet in de tuin mogen ophouden.

Als meer formele beroepsgrond heeft de gemachtigde van verzoekers ter zitting aangevoerd dat aan de verleende ontheffing ten onrechte geen schriftelijk ingediende aanvraag ten grondslag heeft gelegen. De voorzieningenrechter heeft echter hiervoor in de artikelen 3:23 Wro respectievelijk in de bepalingen van de Bro geen steun gevonden en gaat ervan uit dat een schriftelijk ingediende aanvraag niet als absolute voorwaarde geldt voor het kunnen verstrekken van een ontheffing, zodat genoemde formele beroepsgrond niet slaagt.

Wet ruimtelijke ordening, artikel 3:23, eerste lid
Besluit ruimtelijke ordening, artikelen 4.1.1, eerste lid, onder i, en 4.2.1
Wet op de Ruimtelijke Ordening, artikel 19, lid 3

1. Procesverloop

Bij besluit van 24 februari 2009 heeft verweerder aan belanghebbende een ontheffing met voorwaarden verleend van het bestemmingsplan 'Dalfsen 1976' voor horeca-activiteiten in het bedrijfspand Wilhelminastraat 70 te Dalfsen.

Op 27 maart 2009 hebben verzoekers tegen dit besluit beroep ingesteld. (...)

Artikel 3.23 van de Wet op de ruimtelijke ordening (Wro) luidt als volgt.

1. Burgemeester en wethouders kunnen ten behoeve van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te geven gevallen ontheffing verlenen van het bestemmingsplan.

2. Een ontheffing kan onder beperkingen worden verleend. Aan een ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden.

3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld die in acht genomen moeten worden alvorens ontheffing mag worden verleend. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld omtrent de vormgeving, inrichting en beschikbaarstelling alsmede omtrent de overdraagbaarheid van de ontheffing.

Ingevolge artikel 4.1.1, eerste lid, aanhef en onder i, van het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro) komt voor de toepassing van artikel 3.23, eerste lid, Wro in aanmerking, het wijzigen van het gebruik van bouwwerken, al dan niet in samenhang met in pandige bouwactiviteiten, mits:

- 1e. de gebruikswijziging plaats vindt binnen de bebouwde kom;
- 2e. de gebruikswijziging betrekking heeft op een bruto-vloeroppervlakte van niet meer dan 1500 m², en
- 3e. het aantal woningen gelijk blijft.

Aan de gedingstukken en het verhandelde ter zitting ontleent de voorzieningenrechter de volgende feiten en omstandigheden.

Het bedrijfspand Wilhelminastraat 70 ligt in het bestemmingsplan 'Dalfsen 1976' met de bestemming gronden voor industriële en verzorgende en ambachtelijke bedrijven met de daarbij behorende bedrijfsgebouwen en bedrijfswoningen. Horeca-activiteiten passen niet binnen deze bestemming.

Verweerder heeft echter besloten voor Horeca-activiteiten aan belanghebbende een ontheffing te verlenen.

Verweerder heeft aan deze ontheffing de volgende voorwaarden verbonden:

- a) de buitentuin/het terras ten westen van het bedrijfspand mag niet tussen 22.30 uur en 07.00 uur door de bezoekers worden gebruikt (ook niet voor het roken);
- b) de bezoekers moeten er op worden gewezen, dat ze geen geluidsoverlast mogen veroorzaken als ze het bedrijfspand Wilhelminastraat 70 verlaten;
- c) bij activiteiten mag uitsluitend de in-/uitgang aan de voor-(west)zijde worden gebruikt door de bezoekers;
- d) het houden van disco's is niet toegestaan.

Namens verzoekers is – samengevat – aangevoerd dat geen sprake is van een geringe planologische betekenis nu in een pand met bestemming B-bedrijven een horecabestemming mogelijk wordt gemaakt. Voorts stellen verzoekers dat de ontheffing op grond van artikel 4.2.1 van het Bro overdraagbaar is en verweerder hierin geen discretionaire bevoegdheid heeft. Tevens zijn verzoekers van oordeel dat verweerder niet op ieder onderdeel van de zienswijzen is ingegaan, zoals de stelling dat de ontheffing op meer ziet dan de eerder gedane aanvraag voor een vrijstelling op grond van artikel 19, lid 3 WRO en verweerder hiermee de grondslag van de aanvraag heeft verlaten. Tenslotte is het volgens verzoekers niet duidelijk wat de ontheffing precies in houdt, voldoet het aantal parkeerplaatsen niet aan de norm, zijn feesten van persoonlijke aard ten onrechte goedgekeurd, is niet duidelijk wat onder een planologische verbetering moet worden verstaan en heeft verweerder met de te verwachten geluidsoverlast onvoldoende rekening gehouden. Verzoekers vrezen vooral de feesten van persoonlijke aard, zoals bruiloften en partijen, aan wier aantal geen limiet is gesteld.

De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

Niet in geschil is dat de gebruikswijziging binnen de bebouwde kom plaatsvindt, betrekking heeft op een bruto- oppervlakte van niet meer dan 1500 m² en het aantal woningen gelijk blijft. Voorts vinden volgens de gebruiksmelding de horeca-activiteiten plaats in een ruimte met een bruto-vloeroppervlakte van 225 m² (met podium), terwijl het bedrijfspand (beneden en bovenverdieping) een totale vloeroppervlakte heeft van ruim 1100 m².

Anders dan verzoekers menen is in de Wro noch in het Bro voorgeschreven, dat het moet gaan om activiteiten van geringe planologische betekenis. Dit is in de regelgeving reeds verdisconteerd. Voor het overgrote deel van het pand blijft overigens de bedrijfsbestemming gehandhaafd.

De voorzieningenrechter is op grond hiervan van oordeel dat aan de voorwaarden voor het gebruik kunnen worden voldaan van de ontheffingsmogelijkheid is voldaan.

De voorzieningenrechter heeft echter geconstateerd, dat partijen ten onrechte in de veronderstelling verkeren, dat de ontheffing zich mag uitstrekken over de tuin. Hiervoor is reeds weergegeven dat ingevolge artikel 4.1.1, eerste lid onder i van het Bro – kort gezegd – voor de toepassing van artikel 3:23, eerste lid, Wro, in aanmerking komt, het wijzigen van

het gebruik van bouwwerken. Zoals ook ter zitting is besproken kan een tuin naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet worden aangemerkt als een bouwwerk, zodat verweerder niet bevoegd is ontheffing te verlenen ten behoeve van horecagebruik van de buitentuin. Bezoekers van het horecagedeelte zullen zich dus niet in de tuin mogen ophouden. Het terras dat zich in de veranda bevindt, maakt deel uit van het bouwwerk en mag dus wel in de ontheffing worden betrokken. De 1500 m² wordt daarmee niet overschreden. Het beroep is op grond van het voorgaande reeds gedeeltelijk gegrond en het bestreden besluit zal door de voorzieningenrechter in zoverre worden vernietigd.

Rest de vraag of de ontheffing voor het overige in rechte kan worden gehandhaafd.

Als meer formele beroepsgrond heeft de gemachtigde van verzoekers ter zitting aangevoerd dat aan de verleende ontheffing ten onrechte geen schriftelijk ingediende aanvraag ten grondslag heeft gelegen. De voorzieningenrechter heeft echter hiervoor in de artikelen 3:23 Wro respectievelijk in de bepalingen van de Bro geen steun gevonden en gaat ervan uit dat een schriftelijk ingediende aanvraag niet als absolute voorwaarde geldt voor het kunnen verstrekken van een ontheffing, zodat genoemde formele beroepsgrond niet slaagt. Daarbij komt dat in casu sprake is van een procedure gericht op het legaliseren van horeca-activiteiten die al langere tijd op het perceel van belanghebbende plaatsvonden. Ook daarvoor mag de ontheffingsbevoegdheid worden gebruikt. Bovendien zou het alsnog indienen van een formele aanvraag geen ander inhoudelijk besluit van verweerder hebben opgeleverd.

Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting is het voorts voldoende duidelijk geworden wat wordt toegestaan via de verleende artikel 3.23 Wro ontheffing: naast de voor het perceel geldende bedrijfsbestemming worden met de ontheffing (onder voorwaarden) ook horeca-activiteiten toegestaan met uitzondering van disco's. Sociaal culturele activiteiten vallen onder deze horeca-activiteiten.

Annotatie

1. Artikel 3.23 Wro wordt gezien als de 'opvolger' van artikel 19 lid 3 WRO. Cruciaal voor de toepassing van beide artikelen is dat het moet gaan om situaties die zijn opgesomd in een amvb. Onder het oude recht betrof het artikel 20 lid 1 Bro 1985. De in dat artikel genoemde gevallen werden wel aangeduid met de term 'kruimelgevallen'. De destijds verschenen jurispruden-

tie maakte echter al vrij snel duidelijk dat artikel 19 lid 3 WRO de mogelijkheid bood om in afwijking van het bestemmingsplan aanzienlijke ruimtelijke ontwikkelingen te realiseren die toch moeilijk als 'kruimelgeval' konden worden betiteld. Het betrof dan met name de in artikel 20 lid 1 onder a genoemde gevallen van – kort gezegd – de uitbreiding van woningen binnen de bebouwde kom. Als enige restrictie gold namelijk dat het aantal woningen gelijk bleef (zie ABRvS 5 december 2001, nr. 200100460/1, AB 2002, 92); een uitbreiding van een woning met bijvoorbeeld 300% was daardoor mogelijk. Aanvankelijk perkte artikel 4.1.1 onder a Bro die ruimte in doordat naast het gelijk blijven van het aantal woningen, een maximaal toelaatbare oppervlakte was voorgeschreven. Met ingang van 1 maart 2009 is het Bro echter gewijzigd, waardoor in artikel 4.1.1 onder a net als voorheen enkel het gelijk blijven van het aantal woningen als voorwaarde voor het kunnen verlenen van een ontheffing wordt gesteld (*Stb.* 2009, 22). Terzijde zij opgemerkt dat het B&W vrijstaat om door middel van beleidsregels hun ontheffingsbevoegdheid (verder) in te perken. Althans, dat werd ten tijde van artikel 19 lid 3 WRO in de jurisprudentie uitdrukkelijk toegestaan (o.a. ABRs 7 januari 2004, nr. 200304228/1, AB 2004, 108) en niet in te zien valt waarom de Afdeling daar naar huidig recht anders over zou denken.

Ten opzichte van de tegenhanger onder het oude recht – te weten artikel 20 lid 1 onder e Bro 1985 – is de mogelijkheid om voor een wijziging van het gebruik dat volgens het bestemmingsplan van een bouwwerk mag worden gemaakt, het bestemmingsplan opzij te zetten, aanzienlijk verruimd. Die verruiming schuilt in het feit dat naar huidig recht een ontheffing voor een gebruikswijziging kan worden gecombineerd met de verlening van een bouwvergunning ten behoeve van die gebruikswijziging. Die combinatie was onder het oude recht niet mogelijk (o.a. Pres. Rb. Arnhem 26 april 2001, AB 2002, 154 en ABRvS 22 oktober 2003, nr. 200303419/1, AB 2003, 431). Opmerking verdient wel dat het uitsluitend om in pandige bouwactiviteiten moet gaan. Zijn ook bouwactiviteiten aan het exterieur van het bouwwerk noodzakelijk, dan kan voor de gebruikswijziging dus (nog steeds) geen gebruik worden gemaakt van de ontheffing van artikel 4.1.1 lid 1 onder i Bro.

In deze zaak hebben B&W de mogelijkheden van artikel 4.1.1 lid 1 onder i Bro echter iets té ruim opge-

vat. Terecht constateert de rechtbank dat de bevoegdheid tot het verlenen van een ontheffing in genoemd artikel slechts betrekking heeft op bouwwerken en dat voor het bij een gebouw behorende 'erf' daarmee niet van de geldende bestemmingsregeling kan worden afgeweken. Zeker als het gaat om horeca-activiteiten kan het voor omwonenden aanzienlijk verschil maken (in het bijzonder in verband met geluidhinder) of bezoekers van de horecagelegenheid in de buitenlucht mogen vertoeven of dat de activiteiten zich alleen binnen afspelen. Dat hadden B&W zich overigens ook wel gerealiseerd, gezien de voorwaarde die zij aan de ontheffing hadden verbonden. Nu de ontheffing voor de tuin geen stand kan houden, resteert het nemen van een projectbesluit of het herzien van het bestemmingsplan indien de uitbaters de tuin bij de horeca-activiteiten willen betrekken.

Tonny Nijmeijer