

## ANNOTATIE

### **Tycho Lam**

#### *Annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 29-10-2014, ECLI:NL:RVS:2014:3885 (OGR-2014-0244)*

1. Een projectontwikkelaar heeft in 2006 met toepassing van artikel 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening een bouwvergunning verkregen om in afwijking van het bestemmingsplan onder meer 44 woningen te realiseren. Een van deze woningen is in afwijking van het vrijstellingsbesluit gebouwd. Op grond van het vrijstellingsbesluit moest de betreffende woning op een afstand van ten minste 1,885 meter uit de zijdelingse perceelgrens worden gebouwd. De feitelijke afstand varieert tussen 1,69 meter en 1,77 meter. Daardoor staat de gehele zijgevel van de woning die circa 6 meter hoog en 12 meter lang is, op een gemiddeld 15 centimeter kleinere afstand van de zijdelingse erfgrens dan vergund was. De eigenaar van het aangrenzende perceel dient in verband met deze overtreding een handhavingsverzoek in. Burgemeester en wethouders weigeren handhavend op te treden. Aan het weigeringsbesluit leggen zij in de eerste plaats ten grondslag dat de overtreding van geringe aard en ernst is en dat handhaving tot afbreken of inkorten van de woning zou nopen, waarvan de kosten niet opwegen tegen de ernst van de overtreding. In de tweede plaats wordt van belang geacht dat de afwijking te zijner tijd bij de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan zal worden gelegaliseerd. Een procedure bij de rechtbank volgt. De rechtbank is van oordeel dat burgemeester en wethouders ten onrechte van handhavend optreden hebben afgezien. Volgens de rechtbank is er geen sprake van een overtreding van geringe aard of ernst, omdat de gehele zijmuur van de woning van circa 6 meter hoog, te dicht bij de erfgrens staat, ook ter hoogte van een deel van de tuin van het aangrenzend erf. Burgemeester en wethouders hebben hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank ingesteld.

2. De eerste vraag die de Afdeling moet beantwoorden, is of er sprake is van een overtreding van geringe aard of ernst. Evenals de rechtbank beantwoordt de Afdeling deze vraag ontkennend. De Afdeling volstaat met het herhalen van de overweging van de rechtbank op dit

punt: een muur van 6 meter hoog en 12 meter lang die 15 centimeter dichterbij de perceelgrens staat dan was vergund, is geen overtreding van geringe aard of ernst. Dit oordeel past in de lijn van de vaste jurisprudentie, zie bijvoorbeeld ABRvS 8 oktober 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:3635) en ABRvS 24 juli 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:455).

3. Daarmee is de kous echter nog niet af. Volgens de beginselplichtjurisprudentie moeten burgemeester en wethouders gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift in de regel handhavend optreden. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van hen worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien (zie bijv. ABRvS 11 augustus 2004, *AB* 2004/444). De uitzondering van het evenredigheidsbeginsel is volgens de beginselplichtformule dus niet beperkt tot gevallen waarin sprake is van een overtreding van geringe ernst en omvang. Dit betekent dat de Afdeling zich nog een tweede vraag moet stellen, namelijk of handhavend optreden om andere redenen dan de geringe ernst en omvang van de overtreding in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Gevallen waarin de Afdeling deze tweede vraag bevestigend beantwoordt, zijn schaars. Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 september 2005 (ECLI:NL:RVS:2005:AU2150, *JB* 2005/298) en de uitspraak van 20 februari 2008 (ECLI:NL:RVS:2008:BC4684) waar de Afdeling zelf naar verwijst. In de uitspraak van 20 februari 2008 ging het om een verzoek om handhaving ten aanzien van een bouwweg die in strijd met het bestemmingsplan was aangelegd. Volgens burgemeester en wethouders verzette het belang van de verkeersveiligheid en bereikbaarheid van een aantal woningen zich tegen handhavend optreden. Volgens de Afdeling hadden burgemeester en wethouders deze belangen moeten afwegen tegen de belangen van de omwonenden van de bouwweg. Omdat burgemeester en wethouders deze belangenafweging niet hadden verricht, wordt het besluit vernietigd. Of handhavend optreden daadwerkelijk onevenredig was, blijkt dus niet uit de uitspraak. Een laatste en min of meer vergelijkbaar voorbeeld betreft de hiervoor al genoemde uitspraak van 24 juli 2013. In deze uitspraak heeft de Afdeling geoordeeld dat handhavend optreden onevenredig was. Ik licht hieronder, na een korte schets van de casus, toe welke omstandigheden de Afdeling aan dit oordeel ten grondslag heeft gelegd. Aan de orde was onder andere een overtreding van de in het bestemmingsplan vastgelegde bouwregel dat de voorgevel van de agrarische bedrijfswoning op een afstand van ten minste 35 meter vanaf de rand van de weg gesitueerd moest worden. De afstand bedroeg 35,5 meter tot het hart van de weg. Volgens de Afdeling is handhavend optreden in strijd met het evenredigheidsbeginsel omdat (1) de afwijkingen van de bouwvergunning met het blote oog in het vrije veld nauwelijks waarneembaar zijn, (2) door de afwijking geen belangen van derden worden geschaad, (3) de woning reeds geruime tijd geleden is gebouwd, (4) op de door de

medewerker van bouw- en woningtoezicht destijds opgestelde en bij de bouw gebruikte uitzettekening een onjuiste afstand van de voorgevel tot het hart van de weg is ingetekend en (5) handhavend optreden ingrijpende gevolgen heeft voor de eigenaar van de woning nu hij de woning zal moeten verplaatsen om de strijdigheid met het bestemmingsplan op te heffen.

4. In de onderhavige uitspraak komt de Afdeling eveneens tot de conclusie dat er sprake is van zodanige omstandigheden dat handhavend optreden onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, zodat daarvan moet worden afgezien. De Afdeling kent gewicht toe aan de volgende omstandigheden: (1) handhavend optreden zal ertoe leiden dat ofwel de gehele woning moet worden afgebroken, ofwel de gehele zijmuur van de woning met gemiddeld 15 centimeter moet worden verplaatst, (2) de afwijking van hetgeen is vergund, is beperkt in het licht van het totale bouwplan waarvan de woning deel uitmaakt en mede in aanmerking genomen dat de afstand tussen beide woningen in de huidige situatie steeds 5,75 m bedraagt, (3) de overlast en hinder die de eigenaar van het aangrenzend erf stelt te ondervinden, is geen gevolg van de afwijking van het vrijstellingsbesluit, maar van het gebruik dat de eigenaren van de woning van het perceel maken en zouden zich derhalve ook kunnen voordoen als er wel conform het vrijstellingsbesluit was gebouwd (genoemd worden bijv. het plaatsen van afvalcontainers en huisdieren die hun behoefte doen) en (4) burgemeester en wethouders hebben meegedeeld dat zij zullen bewerkstellingen dat de afwijking in een regulier vast te stellen bestemmingsplan zal worden gelegaliseerd.

5. Kunnen uit de beide hiervoor besproken uitspraken algemene criteria worden gedistilleerd aan de hand waarvan bepaald kan worden of er sprake is van onevenredigheid anders dan vanwege de geringe ernst en omvang van de overtreding? In beide zaken overweegt de Afdeling dat het ongedaan maken van de overtreding ingrijpende gevolgen heeft voor de overtreder; in beide zaken moet een woning (grotendeels) worden gesloopt om de overtreding ongedaan te maken. Dat de overtreding niet eenvoudig en/of tegen hoge kosten ongedaan gemaakt kan worden, lijkt mij op zichzelf onvoldoende om een beroep op het evenredigheidsbeginsel te rechtvaardigen. Is een overtreding eenvoudig ongedaan te maken, dan is dat veeleer een belangrijke aanwijzing dat van onevenredigheid geen sprake is. In beide zaken hecht de Afdeling betekenis aan de gevolgen van de overtreding voor de omgeving. In de onderhavige uitspraak wordt ingezoomd op de gevolgen van de overtreding voor de eigenaar van het aangrenzende perceel. In de uitspraak van 24 juli 2013 wordt daarnaast in algemene zin overwogen dat geen belangen van derden worden geschaad (de overtreding is vanuit het open veld nauwelijks waarneembaar). In beide zaken was sprake van een handhavingsverzoek van een derde. In dat geval ligt het voor de hand dat de belangen van degene die om handhaving heeft verzocht, worden afgewogen tegen de belangen van de overtreder. Zijn er concrete belangen van degene die om handhaving heeft verzocht in het

geding, dan zou naar mijn oordeel van onevenredigheid niet snel sprake mogen zijn. Zou er in bovenstaande zaak bijvoorbeeld sprake zijn geweest van schaduwwerking als gevolg van het bouwen in afwijking van het vrijstellingsbesluit, dan zou aan dat belang in beginsel een zwaarder gewicht moeten toekomen dan aan het belang van de overtreder bij voortzetting van de overtreding. Beide uitspraken hebben gemeen dat van gerechtvaardigde belangen van degenen die om handhaving hebben verzocht, niet is gebleken. Is er sprake van een ambtshalve handhavingsactie, dan zullen ook meer algemene belangen een rol spelen, zoals het voorkomen van ongewenste precedents. Deze algemene belangen zouden naar mijn oordeel in beginsel aan een beroep op het evenredigheidsbeginsel in de weg moeten staan.

6. In de onderhavige uitspraak (ECLI:NL:RVS:2014:3885) wordt nog betekenis gehecht aan het feit dat burgemeester en wethouders hebben aangegeven dat de overtreding op termijn door middel van een periodieke bestemmingsplanherziening zal worden gelegaliseerd. In het kader van de vraag of sprake is van concreet zicht op legalisatie is vereist dat er ten minste een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd. Via de band van het evenredigheidsbeginsel kan aan het (enkele) feit dat burgemeester en wethouders voornemens zijn de overtreding te legaliseren in het kader van een periodieke bestemmingsplanherziening die pas over langere tijd zal plaatsvinden, kennelijk al betekenis toekomen. Ik vind dat opmerkelijk, al is het maar omdat de gemeenteraad en niet burgemeester en wethouders bevoegd is omtrent de periodieke herziening van het bestemmingsplan te besluiten. Meer in het algemeen kan ik me wel voorstellen dat van onevenredigheid eerder sprake is als er geen sprake is van (wettelijke) belemmeringen om een overtreding te legaliseren. Als er geen concrete belangen van derden in het geding zijn, zal van dergelijke belemmeringen in het algemeen minder snel sprake zijn.

7. Tot slot wordt in de uitspraak van 24 juli 2013 nog vermeld dat er bij het uitzetten van de bouw door de medewerker van de afdeling Bouw- en woningtoezicht een fout was gemaakt. Hoewel de Afdeling niet refereert aan het vertrouwensbeginsel, wordt daar wellicht wel op gedoeld. Het is vaste jurisprudentie dat gewekt vertrouwen niet aan handhavend optreden in de weg kan staan. In het kader van de toets aan het evenredigheidsbeginsel kan aan dat beginsel mogelijk wel betekenis toekomen. Belangrijk verschil met de vaste jurisprudentie van de Afdeling is dat er in de uitspraak van 24 juli 2013 geen belangen van derden of algemene belangen in het geding waren.