

Privaatrechtelijke belangenafweging in het Kruiemel/A2-beleid

Aan: BuurtLab West, Pieter van Buul, Harold van Wijnen

Van: Henk Bakkerode, Frank van der Hoek

D.d.: 17 april 2019

Tijdens de themabespreking in het BuurtLab West van 8 april j.l. over de aanpassing van het A2-beleid en de daarbij horende beleidsregels (voor West), kwam onder meer het thema *privaatrechtelijke belangenafweging* aan de orde. Wij hebben toegezegd over het onderwerp een notitie te schrijven, met de vraagstelling: Hoe wordt en hoe moet hiermee worden omgegaan bij het verlenen van omgevingsvergunningen (OV) voor bouwwerken in A2-situaties? Deze notitie heeft de volgende indeling:

A. Huidige regels en praktijk

B. De raadsbrief van 13 februari 2019 van het Bestuurlijk Team Aanpak Bouwdynamiek

C. Evidente privaatrechtelijke belemmeringen

D. Overige belangen

E. Conclusies

A. Huidige regels en praktijk

1. Aanvragen voor OV worden, kort door de bocht, getoetst aan de hand van de vraag of zij voldoen aan een aantal criteria:

- het bestemmingsplan (BP);
- het Bouwbesluit en –Verordening;
- welstandseisen.

Als aan die eisen wordt voldaan moet de OV worden verleend. Bij afwijking van en/ of strijdigheid met het BP moet worden bezien of op grond van o.a. het A2-beleid de OV desondanks kan worden verleend.

2. Wat is in dit proces de plaats van *privaatrechtelijke belangen*? Wanneer en hoe komen ze in beeld?

2.1. Is een bouwvoornemen in overeenstemming met het BP, dan moet worden aangenomen dat deze belangen (zij het in abstracto en vaak niet meer dan fictief) al zijn meegenomen in het totaal van de afwegingen die hebben geleid tot het BP. Een nieuwe afweging kan dan achterwege blijven. Er zijn wel manieren om vanuit private rechten en belangen in het geweer te komen tegen plannen conform het BP, maar dat blijft in deze notitie buiten beschouwing.

2.2. Als een OV wordt aangevraagd op basis van het A2-beleid (dus in afwijking van het BP), dan heeft deze afweging van privaatrechtelijke belangen (nog) *niet* plaats gevonden. Het gaat om gevallen zoals dakopbouw, (tuin-)onderkeldering, stapelingen, balkons, optoppingen, uitbouw in de tuin, enz.; zaken die ingrijpen in het woon- en leefmilieu van omwonenden en hen direct kunnen raken. Vaak zijn er aanzienlijke economische, financiële en sociale belangen van meerdere partijen aan de orde.

2.3. In de A2-beleidsregels/richtlijnen van de afzonderlijke stadsdelen (SD) is daarom steeds een bepaling opgenomen die alsnog in zo'n belangenafweging voorziet. De

Uitvoeringsrichtlijn Kruiemelgevallen van SD West (par. 3.3. Uitzonderingsregel, sub 5) vermeldt: *“Afwijken van deze (beleids)regels is mogelijk als private belangen van een van de rechthebbenden daartoe aanleiding geven”*. In de nota A2 beleid van SD Zuid (artikel 4.5.1 sub b, blz. 34) staat vermeld: *“Van de beleidsregels uit deze nota kan worden afgeweken, indien belangen van derden hier aanleiding toe geven”*. SD Oost stelt in zijn nota Beleidsregels afwijkingen OV (par. 3.6 Privaatrecht, blz. 12): *“Het privaatrecht kan een rol spelen bij de aanvraag als een van de belangen die moeten worden betrokken bij een zorgvuldige belangenafweging”*.

2.4. De in 2.3 genoemde bepalingen zijn in lijn met art. 4:84 van de Algemene Wet Bestuursrecht (AWB), luidende: *“Het bestuursorgaan handelt volgens de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen”*.

3. De in 2 genoemde bepalingen geven de formele en materiële grondslag voor de privaatrechtelijke belangenafweging door stadsdeelbesturen. De afweging kan ook plaatsvinden als een aanvraag voldoet aan de overige A2-beleidsregels. Hij hoeft niet aan het einde van de totale beoordeling te worden gemaakt, maar kan ook aan het begin plaatsvinden. De belangenafweging kan dan reden geven voor de weigering van een aangevraagde vergunning. Onjuist is dus de eerder door gemeentejuristen gedane uitspraak dat een vergunning verleend moet worden zodra aan de beleidsregels is voldaan (de zg. “gebonden beschikking”). Dat hoeft dus niet.

4. De volgende vraag is *hoe* de belangenafweging moet plaatsvinden. De A2-regelingen hebben – naar hun aard – een vrij abstracte en open formulering. Dat is enerzijds begrijpelijk, omdat belangen niet tevoren uitgesloten behoren te worden. Anderzijds kan dat leiden tot rechtsonzekerheid en gebrek aan houvast voor belanghebbenden. Voor de beoordelaars van de stadsdelen geldt die onzekerheid ook. Zij hebben een lastige taak bij de afweging van belangen als zij a) die niet (goed) kennen en b) niet (goed) door de bestuurders worden aangestuurd. Zij hebben dan de neiging om degene die zich op de belangenafweging beroept naar de civiele rechter te verwijzen. Zoals in het bovenstaande onder 3 betoogd, is dat echter niet juist.

5. Praktijkgevallen maken duidelijk waarom de belangenafweging niet eenvoudig is.

a. Een vergund balkon van 2 meter diepte kan gevolgen hebben voor de zon- en daglichttoetreding bij onder- en/of zijburen. Zij hebben direct belang bij het behoud van de bestaande situatie. Er is dus alle aanleiding om dit gegeven mee te wegen in het beoordelingsproces. Maar welk gewicht moet dit gegeven krijgen, bij welke mate van aantasting van dag- en zonlicht-toetreding? Bij 25, 50 of pas bij 75% verlies? En gedurende hoeveel maanden per jaar, 3 of 5 of 8?

b. Welke mate van privacy-verlies, van scheurvorming in mandelige/dragende muren, welke grondwatereffecten moet een buur of buurt nog accepteren omdat ze volgens inschatting door het SD niet ‘erg genoeg’ uitpakken? Wanneer dan wel; waar liggen de grenzen?

B. De raadsbrief van het BTAB

1. In de Raadsbrief van 13 februari 2019 van het Bestuurlijk Team Aanpak Bouwdynamiek (de wethouder RO en bestuurders van Zuid en West) wordt gesteld dat de belangen van burgers/omwonenden al zijn verdisconteerd in de beleidsregels van het A2-beleid (Beleidsbrief, punt B, OV, blz. 5). Dit schrijft ook het SD Zuid in zijn Concept-nota A2-beleid 2019 (blz. 7, rechtsonder). In de Raadsbrief staat voorts dat een OV alleen kan worden geweigerd als *evident sprake is van onevenredige aantasting van de belangen van derden* (of ongewild grote effecten op de omgeving zouden ontstaan; Raadsbrief onder B, blz. 5). Zo ook SD Zuid in zijn Concept-nota A2 (blz. 7 rechtsonder).

2. De stellingen in de Raadsbrief op dit laatste punt zijn onjuist.

In de eerste plaats zijn zij inconsistent. In het bovenstaande hoofdstuk A onder 2 zijn de formuleringen in de huidige regelingen opgenomen: *afwijken van het afwijkingsbeleid in de A2-beleidsregels is mogelijk als private belangen van omwonenden daartoe aanleiding geven*. In de Raadsbrief wordt uitvoerig overwogen dat de bouwdynamiek ongewenste effecten heeft en dat onderzocht wordt welke beperkingen noodzakelijk zijn. Daarmee is in strijd dat de Raadsbrief onverwacht een hogere drempel voor de toetsing van de belangen van omwonenden bevat: hun belangen tellen niet meer mee in een open belangenafweging, maar pas als evident sprake zou zijn van een onevenredige aantasting van hun belangen. In de tweede plaats is die hoge drempel formeel onjuist. Hij is ongemotiveerd en in strijd met art. 4:84 AWB.

In de derde plaats zijn de stellingen inhoudelijk onjuist. Vast staat immers dat de (privaatrechtelijke) belangen van derden bij de totstandkoming van het A2-beleid niet zijn meegewogen, anders dan bij de vaststelling van een bestemmingsplan. Afwijking van het BP dient heel zorgvuldig plaats te vinden en daarbij hoort een open belangenafweging.

In de vierde plaats ontbreekt een invulling van de criteria. Die invulling kan niet alleen aan de stadsdelen worden overgelaten: het college moet de regie voeren, willen rechtsgelijkheid en rechtszekerheid niet in het gedrang komen.

C. Evidente privaatrechtelijke belemmeringen

1. Bij de in het kader van het A2-beleid af te wegen privaatrechtelijke belangen moet onderscheid gemaakt worden tussen *evidente privaatrechtelijke belemmeringen* in de zin van – onder meer boek 5 BW en bredere, niet expliciet in de wet geformuleerde belangen. Bij de eerste categorie gaat het om een beperkter aantal zaken/ belangen die uit het burendrecht stammen en aan het verlenen van een vergunning in de weg staan. Een afweging van belangen door de gemeente is dan niet aan de orde.

2. De suggestie in de conceptnota A2 SD Zuid (blz. 7/8) dat een privaatrechtelijk *belang* in het kader van A2 vergunningverlening eigenlijk alleen relevant is als het min of meer samenvalt met een privaatrechtelijke *belemmering* is onjuist. Hij miskent het principiële verschil tussen beide en doet de rechten van omwonenden te kort.

D. Overige belangen

1. Uit hoofdstuk B komt de conclusie voort dat de gemeente bij de beoordeling van een A2-aanvraag uit moet gaan van een open belangenafweging. Die belangen omvatten een breed spectrum, w.o. privacy, zon- en daglichttoetreding, rechten en belangen vanuit de VvE, bouwschades, overlast, een goed en veilig woon- en leefklimaat, de grondwatersituatie bij onderkeldering, etc.. Het afwegen van belangen door de gemeente gaat dus om meer zaken dan de in hoofdstuk C beschreven evidente privaatrechtelijke belemmeringen.

2. De eerste vraag is op welke manier de gemeente kennis krijgt van de betrokken belangen: zie 2.1. De tweede vraag is welke criteria moeten worden gehanteerd. Niet ieder belang weegt even zwaar en dus zijn criteria nodig, die houvast bieden aan de aanvrager, de belanghebbenden en de beoordelaars. In de onderdelen 2.2 t/m 2.5 wordt een onderscheid in categorieën gemaakt.

2.1. Informatie door de aanvrager

2.1.1. Kan de gemeente ervanuit gaan dat de aanvrager de omwonenden voldoende heeft geïnformeerd over zijn plannen? En kan de gemeente aannemen dat de aanvrager rekening heeft gehouden met de belangen van derden? Dat is niet vanzelfsprekend, omdat de belangen van aanvrager en derden ver uit elkaar kunnen liggen: de aanvrager zal waarde en/of comfort willen toevoegen; de omwonende zal geen vermindering van zijn woonplezier en - rechten willen hebben. Uitgangspunt is daarom dat de gemeente ook zelf moet onderzoeken of de aanvrager voldoende informatie heeft verschaft en voldoende rekening houdt met de belangen van omwonenden.

2.1.2. Op welke manier voert de gemeente dat onderzoek uit? Uitgangspunt moet zijn dat de gemeente de diverse belangen weegt voorafgaande aan de beslissing op de aanvraag. Het onderzoek moet dus al in de fase van de beoordeling plaatsvinden, niet in de bezwaarfase. Dat kan door belanghebbenden op de hoogte te stellen van de aanvraag en hen uit te nodigen daarop te reageren, voordat er een (definitief) besluit ligt.

2.1.3. Wie zijn als belanghebbende te beschouwen? Dat zijn in ieder geval bewoners en eigenaren van belendende panden, maar misschien ook die van verder weg gelegen panden, bijvoorbeeld bij cumulatieve effecten van kelderbakken of wegvallen van zicht en bezonning, bijvoorbeeld in hetzelfde bouwblok;

2.2. Noodzakelijke privaatrechtelijke instemming

2.2.1. In verschillende gevallen kan de aanvrager niet bouwen zonder expliciete toestemming van een derde.

Het eerste voorbeeld betreft de situatie waarin de aanvrager lid is van een VvE. Uitgangspunt is dat de VvE als eigenaar van het pand toestemming moet geven voor een bouwinitiatief dat in strijd komt met de splitsingsakte, het huishoudelijk reglement of andere interne regelgeving. Als die toestemming er is, ligt er in beginsel geen belangentegenstelling meer. Regelmatig komt echter voor dat de aanvrager een omgevingsvergunning verzoekt zonder toestemming van of zelfs informatie aan de andere leden van de VvE.

Het tweede voorbeeld ziet op de situatie waarin de aanvrager het bezit van een derde –

meestal een buurman/vrouw – wil aantasten om zijn bouwinitiatief mogelijk te maken. Te denken valt aan een ingreep in een mandelige fundering, een mandelige en/of dragende bouwmuur of een gezamenlijk dak. Ook hier geldt dat zich geen bestuursrechtelijk probleem voordoet als de derde daarmee instemt. Dat is wel het geval als er geen overeenstemming bestaat.

2.2.2. In deze en andere situaties is de vraag aan de orde of de gemeente met het ontbreken van instemming rekening moet houden bij de vergunningverlening. Het antwoord op de vraag is bevestigend.

In de eerste plaats is een verleende OV zonder overeenstemming tussen de betrokken partijen loos. De aanvrager/vergunninghouder kan de vergunning immers niet gebruiken. Het werk van de gemeente bij de afgifte van de OV is dan zonder betekenis.

In de tweede plaats verstoort een verleende OV de balans tussen de betrokken bureaus. Een aanvrager die te goeder trouw handelt, zal de andere leden van de VvE, zijn bureaus en andere betrokkenen informeren over de aanvraag en hun instemming vragen. Doet hij dat niet en schenkt hij met een afgegeven vergunning, dan heeft hij de positie gecreëerd waarin hij andere belanghebbenden onder druk kan zetten. Dat hoort de gemeente niet te faciliteren.

In de derde plaats komt afgifte van een OV zonder onderzoek naar andere belangen in strijd met het beleid van de gemeente dat de aanvrager de omwonenden dient te informeren: zo o.m. onderdeel 10 van de Raadsbrief. Instemming zonder voorafgaande informatie is immers niet denkbaar. De aanvrager zal dan ook moeten aantonen dat hij de belanghebbenden volledig en correct heeft ingelicht.

In de vierde plaats is er een heldere parallel met de positie van de huurder die een OV aanvraagt. In dat geval eist de gemeente een verklaring van instemming van de eigenaar van het verhuurde pand.

2.2.3. Op het ontbreken van informatie en de noodzakelijke privaatrechtelijke instemming hoort een sanctie te staan, wil het gemeentelijke beleid effect sorteren. De voor de hand liggende sanctie is dat de vergunning niet wordt afgegeven of opgeschort, voordat vast staat dat belanghebbenden voldoende zijn geïnformeerd en zij op grond van die informatie hebben ingestemd, of dat er een civielrechtelijke toestemming ligt.

2.3. Belangen bij tijdelijke en permanente inbreuken

2.3.1. De belangenafweging bij tijdelijke inbreuken ligt anders dan bij permanente. Bij de eerste categorie gaat het bijvoorbeeld om geluidsoverlast, andere hinder en veiligheid tijdens de bouw. Omwonenden zullen die in zekere mate moeten dulden. Wel zijn daarvoor betrekkelijk eenvoudig voorwaarden op te stellen, zoals al gebeurt. Het zwaartepunt ligt dan bij de handhaving op de nakoming van de voorwaarden.

2.3.2. Permanente inbreuken leveren een lastiger probleem op, omdat eventuele schade een grotere omvang heeft of kan hebben. Zinvol is dus om een onderscheid te maken tussen enerzijds vaststaande schade en anderzijds risico's op het ontstaan van schade.

2.4. Vaststaande vs. mogelijke risico's

2.4.1. Vaststaande schade dient eerder tot afwijzing van een vergunning te leiden dan mogelijk in de toekomst optredende schade. Bij vaststaande schade is de afweging tussen de belangen van aanvrager en derde eenvoudiger te maken, omdat de proportionaliteit over en

weer beter te overzien is: hebben de omwonenden weinig schade en de aanvrager een groot belang, dan zal de vergunning eerder verleend kunnen worden dan in het omgekeerde geval.

2.4.2. Risico's op schade of vragen over het causaal verband tussen bouwactiviteit en schade dienen tijdens het onderzoek naar de aanvraag zoveel mogelijk geïnventariseerd en geconcretiseerd te worden, wil een goede afweging mogelijk zijn. Stelplicht en bewijsrisico dat schade ten gevolge van de bouwactiviteit achterwege blijft horen thuis bij de aanvrager.

2.5. Evenredigheid van de af te wegen belangen

In de praktijk spelen veel uiteenlopende belangen een rol. Het voert te ver om die hier allemaal te bespreken. Deze notitie beperkt zich daarom tot een analyse van de grote lijnen. Wel is een punt van aandacht dat niet alleen individuele, materiële belangen worden meegewogen. In de Raadsbrief (blz.2) wordt terecht gesteld dat niet langer alleen het belang van de aanvrager centraal moet staan, maar vooral het algemeen belang. Het belang van de aanvrager is vaak geld gedreven, anders dan dat van de omwonenden. In het algemeen belang dienen de kwetsbaarheden van de stad beschermd te worden. In dat kader kan bijvoorbeeld een Maatschappelijke Kosten Baten Analyse (MKBA) worden opgesteld.

E. Conclusies

In de discussie over de bouwdynamiek spelen veel, uiteenlopende belangen een rol: het algemeen belang, dat van de aanvrager en dat van de omwonenden en andere belanghebbenden. In deze notitie worden niet alle (casuïstische) belangen genoemd, maar worden de grote lijnen van noodzakelijk beleid besproken.

1. In een bestemmingsplan zijn privaatrechtelijke belangen in beginsel “voorgewogen”, al is dat in abstracto en vaak fictief. Bij het A2-beleid is dat niet het geval en daarom moet bij de vergunningverlening een belangenafweging plaatsvinden.
2. De belangenafweging heeft een open karakter. In de Raadsbrief van 13 februari 2019 van het BTAB wordt ten onrechte gesteld dat een omgevingsvergunning (OV) alleen kan worden geweigerd als evident sprake is van een onevenredige aantasting van de belangen van derden.
3. Als zich evidente privaatrechtelijke belemmeringen voordoen kan een OV op die punten niet worden verleend.
4. De gemeente kan relevante belangen van derden slechts wegen als zij die kent. De aanvrager moet die in de beoordelingsfase al benoemen; de gemeente moet actieve informatie aan derden verstrekken.
5. Een OV kan niet worden verleend als de aanvrager inbreuk wil maken op rechten en belangen van een derde waarvoor hij diens expliciete instemming nodig heeft, bijvoorbeeld bij het bestaan van een VvE of bij aantasting van een mandelige en/of dragende muur en fundering.
6. Bij de afweging van belangen is het onderscheid tussen tijdelijke en permanente inbreuken relevant.
7. Bij de afweging is voorts het onderscheid tussen vaststaande schade en mogelijk risico's relevant. Stelplicht en bewijslast liggen bij de aanvrager.

8. Bij de afweging dient ook het algemeen belang betrokken te worden.