

levard (zie ook ABRvS 19 augustus 2009, nr. 200901583/1/H1).

Overigens zijn de uitspraken van 29 september 2010 en 13 april 2011 niet de eerste uitspraken inzake de vraag of het gebruik van een internetwinkel in strijd is met een bestemmingsplan. In ABRvS 9 april 2008, nr. 200700822/1, wenste appelland in het kader van een beroep tegen de goedkeuring van een bestemmingsplan dat aan zijn perceel waarop een woonbestemming rustte met functieaanduiding bedrijf in dat bestemmingsplan, tevens een volwaardige detailhandelsbestemming toegekend zou worden. Appelland had een internetwinkel in trampolines en verkocht in mindere mate ook andere speeltoestellen. Op het perceel werd weinig voorraad gehouden. In de tuin van het perceel staat één trampoline en soms staan er één of meer modellen meer. Bij de inrit van het perceel hangt een informatiebord. De bestelde goederen worden door de klant bij de appelland opgehaald of tegen meerprijs door appelland bij de klant afgeleverd. De Afdeling liet in het midden of de internetwinkel aangemerkt diende te worden als detailhandel en merkte op dat deze activiteiten binnen de toegekende functieaanduiding 'bedrijf' pasten en dat de appelland daarom niet bij zijn werkzaamheden wordt belemmerd. De onderhavige uitspraak vertoont gelijkheid met ABRvS 26 februari 2003, JB 2003/103. De gestalde en geshowde auto's ter verkoop in een loods zijn in strijd met de agrarische bestemming. Dat de auto's via internet te koop worden aangeboden maakt dat niet anders. Dat spreekt temeer nu op de betreffende website het adres van de loods is vermeld met een beschrijving van de route ernaartoe, aldus de Afdeling.

Hiervoor hebben wij de vraag gesteld in hoeverre 'echte' internetwinkels – zonder 'fysiek' contact tussen de klant en de winkel – aangemerkt dienen te worden als detailhandel. In ABRvS 20 april 2011, nr. 201008829/1/H1, merkt de Afdeling op dat bij verkoop van producten aan particulieren via verzending per post van enige ruimtelijke uitstraling van deze verkoop geen sprake is. Deze uitspraak zou gebruikt kunnen worden ten behoeve van de redenering dat geen sprake is van detailhandel. Naar onze mening zal die vlieger echter lang niet altijd opgaan. De aanvulling van de voorraad zal meestal niet per post plaatsvinden. Bovendien kan de opslag op zichzelf reeds leiden tot strijdig gebruik met het bestemmingsplan. Nijmeijer gaat in zijn noot bij de onderhavige uitspraak in TBR 2011/101 overigens in op bestuursrechtelijke handhaving op grond van artikel 352 van de (Model)bouwverordening.

P.M.J. de Haan en H.T. Kruijt

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meer-voudige kamer) 13 april 2011, nr. 200909261/1/R3. (Mr. J.E.M. Polak, mr. Th.C. van Sloten en mr. J. Hoekstra)

m.nt. E.J. van Baardewijk en M. Fokkema¹

LJN BQ1060

Exploitatieplan Laarveld 2009: ontvankelijkheid, inbrengwaarden, toerekening overige kosten (opheffen geurhindercontour). Relatie bestemmingsplan/exploitatieplan.

(...)

Slotconclusie ten aanzien van het bestemmingsplan

2.9. Het beroep, voor zover gericht tegen het besluit tot vaststelling van het plan, is gegrond. Dit besluit dient, gelet op hetgeen hiervoor onder 2.3 en 2.3.1 is overwogen wegens strijd met artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en gelet op hetgeen is overwogen onder 2.8 en 2.8.1 wegens strijd met titel 5.2 van de Wet milieubeheer te worden vernietigd.

2.9.1. De Afdeling ziet aanleiding te beoordelen of de rechtsgevolgen van evenbedoeld besluit met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb in stand kunnen worden gelaten.

Ter zitting heeft de raad toegelicht dat het hier gaat om een te realiseren uitleggebied op de rand van het stedelijke gebied waar kopers van woningen een bewuste keuze maken en weten wat zij van hun leefomgeving kunnen verwachten. In verband hiermee acht de raad, ook indien wordt uitgegaan van laatstbedoeld percentage geurghinderden, het toekomstig woon- en leefklimaat ter plaatse aanvaardbaar. In aanmerking genomen hetgeen [appelland] en anderen hebben aangevoerd bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat de raad, gegeven de hem toekomende beoordelingsruimte, hiermee niet voldoende draagkrachtig heeft gemotiveerd dat ter plaatse een aanvaardbaar woon- en leefklimaat zal worden gerealiseerd.

Verder is niet in geschil dat na de vaststelling van het plan het rapport van 6 april 2010 'onderzoek geurhinder + luchtkwaliteit Laarderweg 70' is opgesteld, waarin onder meer is geconcludeerd dat in het plan geen kans bestaat op overschrijdingen van de normeringen als aan te houden in het ter zake aan te houden wettelijke kader.

De Afdeling ziet in het vorenstaande aanleiding te bepalen dat de rechtsgevolgen van evenbedoeld bestemmingsplan in stand blijven.

Het exploitatieplan

Ontvankelijkheid

2.10. De raad betoogt dat het beroep van [appelland] en anderen niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. In dit verband wijst de raad er op dat [appelland] en anderen weliswaar ten tijde van het bestreden besluit eigenaren waren van gronden in het plangebied, maar dat hun beroep ziet op

¹ E.J. van Baardewijk en M. Fokkema zijn beiden senior-adviseur bij PurpleBlue.

hun stelling dat de kosten van de sanering van de geurcontour te laag zijn geraamd. Voor eigenaren van gronden binnen het plangebied bestaat, zo stelt de raad, uit dien hoofde geen belang bij een hogere raming van die saneringskosten. Voorts voert de raad aan dat [appelland] en anderen als eigenaren van gronden buiten het plangebied er geen belang bij hebben dat de kosten van verplaatsing van het bedrijf worden meegenomen in het exploitatieplan. Ook de aanwezigheid van een geurcontour in het exploitatiegebied, veroorzaakt door hun buiten het plangebied gelegen bedrijf, brengt niet met zich dat zij belanghebbenden zijn bij het exploitatieplan.

2.10.1. Ingevolge artikel 8.2, eerste lid, aanhef en onder h, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro), voor zover hier van belang, kan een belanghebbende bij de Afdeling beroep instellen tegen een besluit omtrent vaststelling van een exploitatieplan voor gronden, begrepen in een gelijktijdig vastgesteld bestemmingsplan.

Ingevolge het vijfde lid, van evengenoemd artikel, voor zover hier van belang, wordt als belanghebbende bij een besluit als bedoeld in artikel 6.12, eerste en tweede lid, van de Wro in elk geval aangemerkt degene die een grondexploitatieovereenkomst heeft gesloten met betrekking tot de in het desbetreffende besluit opgenomen gronden, of die eigenaar is van die gronden.

2.10.2. Vast staat dat [appelland] en anderen ten tijde van het bestreden besluit eigenaar waren van gronden in het plangebied. Reeds gelet hierop dienen [appelland] en anderen te worden aangemerkt als belanghebbenden bij het exploitatieplan. Voorts is, anders dat de raad heeft gesteld, het procesbelang van [appelland] niet komen te vervallen. Het betoog faalt.

Inhoudelijk algemeen

2.11. De exploitatieopzet als bedoeld in artikel 6.13, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Wro is een rekenkundig model, op basis waarvan de geraamde en daadwerkelijk gemaakte kosten naar rato van de te verwachten opbrengsten worden omgeslagen door het overeenkomstig artikel 6.17 van de Wro, opleggen van een verplichte exploitatiebijdrage bij de omgevingsvergunning voor bouwen, welke bijdrage in overeenstemming met de artikelen 6.18 en 6.19 van de Wro wordt bepaald. De kosten en opbrengsten die in de exploitatieopzet zijn opgenomen, zeker waar het de vaststelling van een exploitatieplan betreft, kunnen ramingen zijn en wijken in dat geval mogelijk af van de daadwerkelijk te realiseren kosten en opbrengsten. De ramingen kunnen daarna worden uitgewerkt, gedetailleerd, aangepast of worden vervangen bij een herziening van het exploitatieplan. Niettemin dienen de kosten en opbrengsten met de vereiste zorgvuldigheid te worden geraamd. Daartoe is van belang dat de exploitatiebijdrage die bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor bouwen verschuldigd is, in eerste instantie veelal wordt bepaald op basis van een exploitatieplan waarin ramingen van de kosten en opbrengsten zijn opgenomen, terwijl slechts onder de voorwaarden van artikel 6.20 van de Wro aanspraak bestaat op terugbetaling van hetgeen mogelijk te veel is be-

taald. Voorts dienen de ramingen van de kosten en opbrengsten te voldoen aan de eisen die de Wro en het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro) daaraan stellen.

Inbrengwaarden

2.12. [appelland] en anderen voeren aan dat de inbrengwaarden zijn vastgesteld in strijd met artikel 6.13, vijfde lid, van de Wro. In dit verband voeren zij aan dat de inbrengwaarde van de in het plan gelegen gronden ten onrechte niet is gebaseerd op volledige schadeloosstelling.

2.12.1. De raad voert aan dat de gronden niet zijn onteigend en dat geen onteigeningsbesluit is genomen, zodat de grondslag van de inbrengwaarden niet mag worden gebaseerd op volledige schadeloosstelling. In dit verband voert de raad aan dat hij er vooralsnog van uitgaat dat de gronden minnelijk worden verworven of dat sprake zal zijn van zelfrealisatie.

2.12.2. Ingevolge artikel 6.13, vijfde lid, van de Wro, wordt, indien geen sprake is van onteigening, de inbrengwaarde vastgesteld met overeenkomstige toepassing van de artikelen 40b tot en met 40f van de onteigeningswet. Voor gronden welke onteigend zijn of waarvoor een onteigeningsbesluit is genomen, of welke op onteigeningsbasis zijn of worden verworven, is de inbrengwaarde gelijk aan de schadeloosstelling ingevolge de onteigeningswet, aldus dit artikellid.

2.12.3. e Afdeling overweegt dat uit artikel 6.13, vijfde lid, van de Wro volgt dat slechts indien aannemelijk is dat onteigend zal worden dan wel gronden op onteigeningsbasis zullen worden verworven, de inbrengwaarde niet alleen bestaat uit de zogenoemde werkelijke of verkeerswaarde, vast te stellen overeenkomstig de artikelen 40b tot en met 40f van de onteigeningswet, maar ook uit zogenoemde bijkomende schades, als te begrijpen in een schadeloosstelling in gevolge de onteigeningswet. Nu [appelland] en anderen niet aannemelijk hebben gemaakt dat gronden die niet in eigendom zijn van de gemeente zullen worden onteigend dan wel op onteigeningsbasis zullen worden verworven, heeft de raad op goede gronden de inbrengwaarden niet gebaseerd op een schadeloosstelling ingevolge de onteigeningswet.

Het betoog faalt.

Kosten van opheffing van de geurhindercontour

2.12.4. [appelland] en anderen voeren tot slot aan dat ten onrechte in de exploitatieopzet de kosten van verplaatsing van hun bedrijf niet zijn opgenomen.

2.12.5. De raad geeft aan bij de raming is uitgegaan van de volledige aankoop van het onroerend goed en reconstructie van het bedrijf elders, onder aftrek van de waarde van de woning, berging en cultuurgrond, waardoor per saldo de nettokosten als kosten van het opheffen van de milieuhinder zijn opgevoerd.

2.12.6. Ingevolge artikel 6.2.4, aanhef en onder d en e, van het Bro worden, voor zo ver hier van belang, tot de kosten, bedoeld in artikel 6.13, eerste lid, onder c, ten tweede, van de wet, gerekend de ramingen van, onder meer de kosten van het beperken van milieuhygiënische contouren en ex-

terne veiligheidscontouren met betrekking tot gronden buiten het exploitatiegebied.

2.12.7. De Afdeling stelt vast dat op de ingevolge artikel 6.2.4, van het Bro, op de in het exploitatieplan opgenomen kostensoortenlijst, onder meer een raming van de kosten als gevolg van het vrijmaken van de geurhindercontour, voor zover vallend over het plangebied, is opgenomen. In hetgeen [appellant] en anderen hebben aangevoerd ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de raad in redelijkheid niet tot deze raming heeft kunnen komen. Het beoogd faalt.

Slotconclusie ten aanzien van het exploitatieplan

2.13. Het beroep, voor zo ver gericht tegen het exploitatieplan, is ongegrond.

Proceskostenvergoeding

2.14. De raad dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het beroep, voor zover gericht tegen het besluit van de raad van de gemeente Weert van 23 september 2009 tot vaststelling van het bestemmingsplan 'Laarveld 2009', gegrond;
- II. vernietigt het onder I. omschreven besluit;
- III. bepaalt dat de rechtsgevolgen van dat besluit geheel in stand blijven;
- IV. verklaart het beroep, voor zover gericht tegen het besluit van de raad van de gemeente Weert van 23 september 2009 tot vaststelling van het exploitatieplan 'Laarveld 2009', ongegrond;

(Enz., enz., Red.)

Noot

1. Inleiding

De Afdeling vernietigt het besluit van de raad van de gemeente Weert tot vaststelling van het bestemmingsplan 'Laarveld 2009', maar bepaalt dat de rechtsgevolgen in stand blijven. Daarmee blijft het exploitatieplan, waarvan de beroepen ongegrond worden verklaard, ook in stand. Met deze uitspraak ten aanzien van het exploitatieplan ontstaat nadere helderheid op het punt van inbrengwaarden in exploitatieplannen. In deze annotatie gaan wij onder meer op dit punt in.

2. Gevolgen uitspraak bestemmingsplan voor exploitatieplan

Het beroep van appellant inzake het bestemmingsplan slaagt op twee onderdelen. De Afdeling vernietigt om die reden het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan, maar laat de rechtsgevolgen geheel in stand. Dat is van belang voor het exploitatieplan, want daardoor kan het exploitatieplan ook in stand blijven, nu de beroepen daartegen ongegrond worden verklaard. Zouden de rechtsgevolgen van het besluit tot vaststelling van het bestemmings-

plan daarentegen niet in stand zijn gelaten, dan was de kans groot geweest dat het besluit tot vaststelling van het exploitatieplan ook was vernietigd. Die kans is vooral aanwezig als de uitspraak leidt tot vernietiging van bestemmingen die kostendrager zijn, de zogenaamde aangewezen bouwplannen (vanwege wijziging van opbrengsten en van kosten bouwrijp maken) of van bestemmingen voor nieuwe openbare functies (vanwege wijziging kosten realisatie). De laatste soort kwesties is in de jurisprudentie inmiddels ook aan de orde geweest, zoals bij het exploitatieplan Kempisch Bedrijvenpark van de gemeente Bladel (ABRvS 30 juni 2010, *LJN* BM9710, *BR* 2010/167, p. 893 m.nt. M. Fokkema en E.J. van Baardewijk) en het exploitatieplan Kerkdriel Noord (ABRvS 2 maart 2011, *LJN* BP6388, *BR* 2011/91 m.nt. E.J. van Baardewijk en M. Fokkema).

3. Ontvankelijkheid/belanghebbende bij exploitatieplan

De Afdeling moet om een opmerkelijke reden ingaan op de vraag of een eigenaar belanghebbende is. Appellant stelt samen met anderen (hierna: appellant en anderen), onder meer, dat de kosten van de sanering van een geurcontour te laag zijn geraamd. Appellant en anderen zijn eigenaar van gronden in het exploitatiegebied en ook van gronden buiten het exploitatiegebied. De raad beoogt dat voor eigenaren van gronden geen belang bestaat bij een hogere raming van die saneringskosten. Ook voert de raad aan dat appellant en anderen, als eigenaar van gronden buiten het exploitatiegebied, er geen belang bij hebben dat de kosten van verplaatsing van het bedrijf worden meegenomen in het exploitatieplan en ten slotte dat ook de aanwezigheid van de geurcontour in het exploitatiegebied, veroorzaakt door hun buiten het plangebied gelegen bedrijf, niet met zich meebrengt dat zij belanghebbende zijn bij het exploitatieplan.

Ondanks een fout die ons inziens aanwezig lijkt in deze gedachtegang, is de poging van de gemeente om de stelling van niet-ontvankelijkheid te betrekken wel begrijpelijk. De situatie zit kennelijk als volgt in elkaar: appellant en anderen hebben een bedrijf buiten het exploitatiegebied. Doordat er zich een geurcontour uitstrekt tot binnen het exploitatiegebied is het nodig (een deel) van deze contour weg te saneren. Via de positie als eigenaar/exploitant van het bedrijf proberen appellant en anderen een hogere vergoeding te bewerkstelligen. Wij veronderstellen dat de raad ditervaart als een soort misbruik van positie nu appellant en anderen ook gronden binnen het exploitatiegebied hebben. Het exploitatieplan ziet op het kostenverhaal en in de regel hebben eigenaren, zoals de raad lijkt te bedoelen, inderdaad een materieel belang bij een zo laag mogelijke (netto-)exploitatiebijdrage. En nu blijken deze eigenaren in tegenstelling daarmee juist een stelling te bepleiten die leidt tot een hogere exploitatiebijdrage.

Op basis van art. 1.2 Awb is het de vraag of appellant en anderen rechtstreeks in hun belangen wordt geraakt door in dit geval het besluit tot vaststelling van het exploitatie-

plan. Die vraag is door de wetgever beantwoord in art. 8.2 lid 1 aanhef en onderdeel h Wro: in elk geval zijn eigenaren van gronden in een exploitatiegebied belanghebbende. Appellant en anderen waren ten tijde van de vaststelling van het exploitatieplan eigenaar van gronden in het exploitatiegebied. Om die reden zijn zij op grond van art. 8.2 lid 1 aanhef en onderdeel h Wro reeds belanghebbende. De Afdeling voegt daar nog aan toe dat, anders dan de raad stelt, het procesbelang van appellant niet is komen te vervallen (r.o. 2.10.2). De beroepsonderdelen over de hoogte van de kosten zullen dus inhoudelijk beoordeeld moeten worden.

Afgezien van de toepasselijkheid van art. 8.2 lid 1 aanhef en onderdeel h Wro is er volgens ons een fout in de gedachte van de raad dat appellant en anderen geen belang hebben bij een hogere raming van de saneringskosten. De art. 6.19 aanhef en onderdeel b en art. 6.22 Wro spelen hier een rol. Allereerst art. 6.19 Wro: wanneer zij als zelfrealisator de geurcontour zouden saneren, zouden de werkelijke kosten daarvan bij het bepalen van het betalingsvoorschrift bij de omgevingsvergunning in aftrek moeten worden gebracht tot maximaal het niveau van de in het exploitatieplan geraamde kosten. De raming speelt dan wel degelijk een rol voor zo'n zelfrealisator. Vervolgens art. 6.22 Wro: wanneer de sanering van de geurcontour zou worden gerealiseerd na verlening van de omgevingsvergunning zou de gemeente hiervoor een bijdrage aan de vergunninghouder moeten verstrekken als de prestaties, waaraan die bijdrage is gerelateerd, overeenkomstig het exploitatieplan zijn verricht en een verzoek tot betaling bij de gemeente is ingediend. De wettelijke regeling werkt zo dat iemand die kosten voor zijn rekening neemt, recht heeft op vergoeding op basis van het exploitatieplan (MvT, Grondexploitatiewet, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 218, nr. 3, p. 28). Ook dan speelt ons inziens de raming van de betreffende investeringen en de onderbouwing daarvan een rol. Een zelfrealisator zal niet zomaar een bedrag, als zijnde de werkelijk gemaakte kosten, kunnen opvoeren in zijn verzoek tot betaling. Het exploitatieplan raakt dergelijke eigenaren in hun belang omtrent de te betalen (dan wel te ontvangen) kostenverhaalsbijdragen, mits ze de mogelijkheid hebben een omgevingsvergunning te vragen en/of investeringen voor de werken en werkzaamheden te doen. Zodoende kunnen dergelijke eigenaren wel degelijk een procesbelang hebben.

4. Het exploitatieplan

4.1 Inbrengwaarden

Appellanten en anderen voeren aan dat de inbrengwaarden ten onrechte niet gebaseerd zijn op de volledige schadeloosstelling. Dit is het omgekeerde van de stelling die in beroep in de zaak van het exploitatieplan Woonwijk Westelijk Beverwijk naar voren is gebracht (ABRvS 9 februari 2011, *LJN* BP3699, *BR* 2011/87 m.nt. E.J. van Baardewijk en M. Fokkema). Daar richtte één van de beroepsonderdelen zich tegen de opname van inbrengwaarden tegen de volledige schadeloosstelling, met de aanname van de gemeente dat alle niet-gemeentelijke gronden onteigend zouden worden.

In dit geval voert de raad aan dat de gronden niet onteigend zijn en geen onteigeningsbesluit is genomen en dat de raad ervan uit gaat dat de gronden minnelijk verworven zullen worden of dat sprake zal zijn van zelfrealisatie. De Afdeling oordeelt dat appellanten en anderen niet aannemelijk hebben gemaakt dat de niet-gemeente gronden zullen worden onteigend of op onteigeningsbasis verworven zullen worden en dat de raad daarom op goede gronden de inbrengwaarden niet gebaseerd heeft op een schadeloosstelling ingevolge de onteigeningswet (r.o. 2.12.3).

Het valt te verwachten dat in beroepen tegen exploitatieplannen ook stellingen zullen worden aangevoerd waarin appellanten wel aannemelijk zullen maken dat onteigening of verwerving op basis van onteigening noodzakelijk is. In sommige gevallen kan namelijk op voorhand reeds duidelijk zijn dat zelfrealisatie niet mogelijk is. Wij denken aan realisatie van sommige openbare functies in situaties met versnipperde eigendom, waardoor een integrale aanleg van bijvoorbeeld een weg niet mogelijk is. Gemeenten doen er verstandig aan met dergelijke feitelijk te verwachten omstandigheden rekening te houden bij het laten taxeren van inbrengwaarden.

4.2 Kosten opheffing geurcontour

Appellant en anderen voeren ook aan dat de kosten van de verplaatsing van hun bedrijf ten onrechte niet in de exploitatieopzet zijn opgenomen. De situatie lijkt de volgende te zijn. De bedrijfspanden bevinden zich buiten het exploitatiegebied. Ze staan op zichzelf niet in de weg aan de ontwikkeling. Het is de geurhindercontour die de ontwikkeling belemmert. Er zijn geen openbare voorzieningen buiten het exploitatiegebied op deze bedrijfslocatie gepland. Was dat wel het geval, dan zou de aanneming van verwerving van de gronden en opstallen op de bedrijfslocatie reëel zijn en daarmee ook de opname van de verwervingskosten in de exploitatieopzet (art. 6.2.4 onderdeel e jo. art. 6.2.3 Bro). Nu dit niet het geval is kunnen de opstallen gehandhaafd blijven en is geen verwerving van grond en opstallen nodig. Het gaat alleen om de kosten van het saneren van de contour. In dit concrete geval heeft de raad er voor gekozen dit te realiseren door te werken aan bedrijfsverplaatsing. De gemeente koopt de gronden en opstallen van de huidige locatie van het bedrijf op en biedt een andere plek. De uitspraak vermeldt dit niet, maar hiermee ontstaat voor de gemeente de mogelijkheid om de gronden en opstallen van de huidige locatie te verkopen, maar dan zonder het recht om een bedrijf te voeren met een dergelijke mate van geurhinder. Uit die verkoop verkrijgt de gemeente ook middelen. Dat verklaart dat de Afdeling tot de conclusie komt dat door de bedrijfsverplaatsing per saldo de kosten van het wegnemen van de contour als verhaalbare kosten zijn opgevoerd en dat er in deze feitelijke omstandigheden geen grond is voor het oordeel dat de raad in redelijkheid niet tot deze raming had kunnen komen (r.o. 2.12.7, lees: niet de

totale kosten van de bedrijfsverplaatsing had hoeven op te nemen).

E.J. van Baardewijk en M. Fokkema

Woningwet

105

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meer-
voudige kamer) 27 april 2011, nr. 201008317/1/H1.

(Mr. H. Troostwijk, mr. P.A. Offers en mr. A.B.M. Hent)
m.nt. E.T. de Jong¹

IJN BQ2696

In stand laten van een zonder vergunning gebouwd bouwwerk.

(...)

Overwegingen

2.1. Vaststaat dat de dakkapel zonder een daartoe strekkende bouwvergunning is gewijzigd in een dakopbouw, zodat het college in zoverre bevoegd was handhavend op te treden.

Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht 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.

2.2. Ingevolge artikel 40, eerste lid, aanhef en onder a, van de Woningwet is het verboden te bouwen zonder of in afwijking van een door het college verleende bouwvergunning.

Ingevolge artikel 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet is het verboden een bouwwerk, standplaats of een deel daarvan dat is gebouwd zonder of in afwijking van een door het college verleende bouwvergunning in stand te laten, tenzij voor dat bouwen op grond van artikel 43 geen bouwvergunning is of was vereist.

2.3. [appellant sub 1] en [appellant sub 2] betogen dat de rechtbank heeft miskend dat de rechtszekerheid er zich in dit geval tegen verzet dat het college wegens overtreding van artikel 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wo-

ningwet handhavend optreedt. Zij voeren daartoe aan dat zij weliswaar concrete aanwijzingen hadden dat zonder bouwvergunning was gebouwd, maar dat, nadat zij contact hadden opgenomen met een ambtenaar van de gemeente, geen aanleiding meer bestond aan te nemen dat handhavend zou worden opgetreden.

2.3.1. Uit de stukken in het dossier blijkt dat het college begin jaren 90 van de vorige eeuw foto's heeft gemaakt van alle aanwezige dakkapellen in de gemeente Den Helder, waaronder de toenmalige dakkapel op de woning op het perceel. Tegen deze dakkapellen werd en wordt door het college niet handhavend opgetreden. Op een later moment is de dakkapel, zonder dat daarvoor een bouwvergunning was gevraagd, door de vorige eigenaar van de woning veranderd in een dakopbouw.

[appellant sub 1] en [appellant sub 2] hebben de woning in 2005 gekocht. Zij zijn, nu zij het bouwwerk in stand laten, overtreders van het verbod als bedoeld in artikel 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet.

2.3.2. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 17 maart 2010 in zaak nr. 200901588/1/H1 wordt overwogen dat van [appellant sub 1] en [appellant sub 2] ten tijde van de verkrijging van de woning slechts behoefde te worden verlangd dat zij onderzoek verrichtten naar de vraag of het bouwwerk op het perceel zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd, indien zij op dat moment concrete aanwijzingen hadden dat zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd. Van dergelijke aanwijzingen is in dit geval sprake. In de verkoopbrochure van het huis was vermeld dat de vergroting van de dakkapel was uitgevoerd zonder toestemming van de gemeente. Dat een ambtenaar van de gemeente desgevraagd aan de vader van [appellant sub 1] mededeelde dat tegen de dakkapel niet zou worden opgetreden, leidt niet tot een ander oordeel. De gemeenteambtenaar baseerde zich, zoals ter zitting van de rechtbank is komen vast te staan, op een foto van de dakkapel die zich in het gemeentearchief bevond, hetgeen een foto betrof van de dakkapel voordat deze werd gewijzigd in een dakopbouw. [appellant sub 1] en [appellant sub 2] hadden, gelet op de verkoopbrochure, kunnen weten dat de dakkapel was vergroot. Nu niet is gebleken dat aan de gemeenteambtenaar is gevraagd of hij zijn uitlatingen baseerde op de dakkapel of op de dakopbouw en of tegen deze dakopbouw zou worden opgetreden, bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat het gesprek met de gemeenteambtenaar de concrete aanwijzingen die [appellant sub 1] en [appellant sub 2] hadden, heeft weggenomen. Het betoog faalt dan ook.

2.4. [appellant sub 1] en [appellant sub 2] betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat geen concreet zicht op legalisatie bestaat. Zij voeren daartoe aan dat het college, gelet op hun individuele omstandigheden, had kunnen en moeten afwijken van het negatieve welstandsadvies.

2.4.1. Voor het oordeel dat op voorhand moet worden geconcludeerd dat het ter zake door het college ingenomen standpunt rechtens onhoudbaar is en de vereiste bouwver-

gunning (thans: omgevingsvergunning) niet zal kunnen worden geweigerd, bestaan geen aanknopingspunten. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het college zich op het standpunt heeft gesteld dat voor de zonder bouwvergunning gebouwde dakopbouw geen vergunning wordt verleend, nu deze, zoals blijkt uit het advies van de welstandscommissie van 27 september 2007, in strijd is met redelijke eisen van welstand, en het geen aanleiding ziet van dat advies af te wijken. De rechtbank is tot dezelfde conclusie gekomen.

2.5. [appellant sub 1] en [appellant sub 2] betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat handhavend optreden in dit geval niet zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden behoort te worden afgezien. Zij voeren daartoe aan dat de dakopbouw alsnog kan worden gelegaliseerd, de verwijdering van de dakkapel financiële gevolgen met zich brengt, de gemeente mede verantwoordelijkheid draagt voor de situatie, geruime tijd niet handhavend is opgetreden en, gelet op de unieke situatie, geen sprake zal zijn van precedentwerking.

2.5.1. De omstandigheid dat handhavend optreden mogelijk ernstige financiële gevolgen heeft voor degene, ten laste van wie wordt gehandhaafd, biedt, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld de uitspraak van 24 december 2008 in zaak nr. 200801113/1) geen grond voor het oordeel dat dit optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat het bestuursorgaan daarvan om die reden behoort af te zien.

Het enkele tijdsverloop is, zoals de Afdeling tevens eerder heeft overwogen (uitspraak van 12 augustus 2009 in zaak nr. 200901487/1), ongeacht de duur daarvan, geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan het college van handhavend optreden had behoren af te zien. De omstandigheid dat het college niet eerder handhavend heeft opgetreden, brengt dan ook niet met zich dat het college thans niet tegen de dakopbouw zou mogen optreden.

Dat van de situatie, naar gesteld, geen precedentwerking zou uitgaan, kan, wat daar ook van zij, evenmin leiden tot het oordeel dat het college niet tot handhaving mocht besluiten. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, leiden de door [appellant sub 1] en [appellant sub 2] gestelde omstandigheden dat de gemeente de verantwoordelijkheid draagt voor de situatie en dat de dakopbouw alsnog kan worden gelegaliseerd evenmin tot dat oordeel.

Gelet hierop heeft de rechtbank terecht overwogen dat handhavend optreden in dit geval niet zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden behoort te worden afgezien. Het betoog faalt.

2.6. [appellant sub 1] en [appellant sub 2] betogen tevergeefs dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het beroep op het vertrouwensbeginsel faalt. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is nodig dat er aan het bestuursorgaan toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan door een daartoe bevoegd persoon, waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend. Zoals in 2.3.2 is overwogen, is niet gebleken dat tijdens het gesprek met de gemeente-

ambtenaar, daargelaten dat deze niet bevoegd is te beslissen over al dan niet handhavend optreden, uitlatingen zijn gedaan over de dakopbouw op het perceel. De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] aan die uitlatingen niet gerechtvaardigd de verwachting hebben mogen ontleenen dat van handhavend optreden tegen de dakopbouw zou worden afgezien.

2.7. [appellant sub 1] en [appellant sub 2] betogen tot slot tevergeefs dat de rechtbank heeft miskend dat in verband met de door het college verstrekte inlichtingen, de omstandigheid dat het college langdurig niet heeft opgetreden tegen de aanwezigheid van de dakopbouw op het perceel en de financiële gevolgen die handhaving met zich brengt, het college niet tot handhaving heeft kunnen overgaan zonder hun daarvoor te compenseren door het toekennen van een schadevergoeding. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het college bij afweging van alle belangen gerechtigd was een last onder dwangsom op te leggen. Zij heeft voorts terecht geen aanleiding voor het oordeel dat sprake is van een zodanige voor [appellant sub 1] en [appellant sub 2] nadelige gevolgen dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

2.8. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

(*Enz., enz., Red.*)

Noot

1. Sinds 1 april 2007 bevat de Woningwet naast een verbod om te bouwen zonder of in afwijking van een bouwvergunning, ook een verbod tot het in stand laten van een bouwwerk dat zonder of in afwijking van zo'n vergunning is gebouwd. Dit verbod was opgenomen in art. 40 lid 1 onderdeel b Woningwet en heeft thans een plaats gekregen in art. 2.3a Woningwet. Zoals eerder aangegeven – ik verwijs naar ABRvS 2 oktober 2008, BR 2009/15 – is het daarmee mogelijk geworden ook de rechtsopvolger van degene die heeft gebouwd aan te pakken en een last onder dwangsom op te leggen.

2. In haar uitspraak van 17 maart 2010 overwoog de Afdeling het volgende:

'Appellant e.a. zijn overtreders van het verbod als bedoeld in art. 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet. Weliswaar hebben zij het dakterras niet gebouwd en evenmin hebben zij de loopbrug in afwijking van de bouwvergunning gebouwd, zij laten deze bouwwerken wel in stand. Zij zijn evenwel eerst door het per 1 april 2007 in werking getreden verbod van art. 40, eerste lid, aanhef en onder b, van de Woningwet overtreders geworden. Toen appellant e.a. het perceel in 2000 in eigendom verkregen, richtte art. 40 van de Woningwet zich, voor zover hier van belang, slechts tot degene die zonder of in afwijking van een bouwvergunning had gebouwd of daartoe de opdracht had gegeven. Ten tijde van de verkrijging behoefde van appellant e.a. niet te worden verlangd dat zij onderzoek verrichtten naar de vraag of de bouwwerken op het perceel zonder of in afwijking van

¹ Mr. E.T. de Jong is advocaat bij Hekkelman advocaten en notarissen te Arnhem.