



De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS ECLI:NL:RVS:2017:2197) heeft een bijzondere uitspraak gedaan over de niet-verbindendheid van een artikel in een Bomenverordening. Deze zaak gaat over de verhouding tussen het vorderingsrecht tot verwijdering van bomen die in de verboden zone tot de erfgrans (artikel 5:42 BW) staan, en de afwegingsbelangen die genoemd worden in de Bomenverordening. Samengevat komt de uitspraak komt erop neer dat het gemeentelijk velverbod (kappen/rooien) niet de uitvoer van een wet in formele zin (Burgerlijk Wetboek) mag dwarsbomen.

Auteur: mr. A.V.K. Goudzwaard

Zijn bomen die dicht bij perceelgrenzen staan voortaan niet meer te beschermen?

Geen velverbod meer mogelijk voor bomen die in verboden zone tot erfgrans staan? Een dendrende uitspraak met grote gevolgen voor veel APV's en Bomenverordeningen

Een gemeente heeft een gemeentelijk velverbod, dat is vastgelegd in artikel 1 van de – inmiddels vervangen – Bomenverordening (BVO) 2005. Daarin staat dat het verboden is een boom te vellen zonder vergunning. Artikel 5 van deze verordening meldt dat een kapvergunning wordt geweigerd, tenzij uit een belangenafweging blijkt

dat het belang van de kap groter is dan het belang om de boom te laten staan. Tegenwoordig heet de kapvergunning 'omgevingsvergunning voor vellen'. In deze zaak weigerde het college van B&W de omgevingsvergunning voor het vellen van een beuk, die binnen 0,5 meter tot de erfgrans staat.

Boom ontnemt licht, lucht en uitzicht

De eigenaar van de boom heeft de omgevingsvergunning aangevraagd om de boom te mogen kappen. Hij heeft een buurman. Ook hij wil de beuk weg hebben. Beiden vinden dat de boom te dicht bij de erfgrans staat en licht, lucht en uitzicht ontnemt. Daarnaast veroorzaakt de boom hinder



Artikel 5:42 Burgerlijk Wetboek stelt dat bomen niet in de verboden zone tot de erf-grens mogen staan. Die zone is standaard 2 meter, gemeten vanaf het midden van de voet van de boom. Bij gemeentelijke verordening mag deze afstand worden verkleind. Een buur van de boomeigenaar kan op grond van dit artikel verwijdering van de boom vorderen. Dit vorderingsrecht verjaart 20 jaar na aanplant en zichtbaar worden van de boom voor de nabuur.

door afvallende bladeren. De boom is ouder dan 20 jaar en staat dicht bij de openbare weg. De buurman wil bovendien dat de eigenaar de boom verwijderd op grond van artikel 5:42 Burgerlijk Wetboek (BW). Een bijzonder detail daarbij is dat de eigenaar van de boom geen beroep doet op het 'verjaringsartikel', dat is geregeld in 3:306 BW en 3:314 BW. Deed hij dit wel, dan zou gezien de standplaats van meer dan 20 jaar verwijdering niet gevorderd kunnen worden. Geldt deze verjaring dan niet 'vanzelf'? Nee, en bovendien kijkt de civiele rechter bij toetsing van dit vorderingsrecht niet automatisch (ambtshalve) naar deze verjaring. Het vorderingsrecht tot verwijdering van de boom zou dus, ondanks de ouderdom van de boom, daadwerkelijk gerechtvaardigd zijn.

Burgerlijk Wetboek gaat voor gemeentelijke verordening

Zoals gezegd blijkt uit artikel 5 BVO dat een kapvergunning wordt geweigerd, tenzij uit de belangenafweging blijkt dat het belang van de kap groter is dan het belang om de boom te laten staan. Als reden voor weigering geeft het college aan dat de boom beeldbepalend is voor de omgeving en bovendien gezond. Bij de rechter voert de eigenaar aan dat hij door deze weigering niet kan voldoen aan de vordering tot verwijdering die zijn buurman aan hem oplegde. Artikel 5 zet hem dus als het ware voor het blok. Zou dat artikel 5 BVO dan niet onverbindend horen te zijn?

De rechter toetst niet zomaar of een regel onverbindend is. Dat kan alleen bij beroep tegen een besluit dat op grond van die regel is genomen. Dit is de exceptieve toetsing door de rechter. De rechter kijkt dan onder andere of een wet in materiële zin (bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening) in strijd is met een hogere regeling, zoals een wet in formele zin (denk aan het Burgerlijk Wetboek). In dat geval verklaart hij het bestreden artikel in de 'lagere' wet onverbindend. In eerste aanleg ziet de rechtbank hiertoe echter geen aanleiding. De

weigering van de omgevingsvergunning blijft dus in stand. Er kan niet gekapt worden.

Vorderingsrecht BW zou onmogelijk worden

De Afdeling Bestuursrechtspraak oordeelt echter anders. De gemeenteraad heeft namelijk het belang van artikel 5:42 BW niet expliciet in artikel 5 BVO genoemd. Daarom vindt de ABRvS dat dit belang dan ook niet kan worden meegewogen en worden afgewogen tegen het belang van het behoud van de boom. Artikel 5 lid 1 BVO stelt namelijk dat slechts op grond van artikel 5 lid 2 BVO genoemde belangen kunnen worden geweigerd. Daardoor had volgens die systematiek de omgevingsvergunning moeten worden geweigerd. En dat gaat volgens de ABRvS te ver. Een weigering op grond van een dergelijke belangenafweging maakt dat het vorderingsrecht van artikel 5:42 BW in het geheel niet uitvoerbaar is. Op die manier kan de verplichting tot verwijdering van de boom niet worden nagekomen. Bij velling van de boom zou de eigenaar immers de Bomenverordening overtreden.

Aldus vindt de ABRvS dat artikel 5 Bomenverordening onverbindend is. Conclusie: met het buiten toepassing laten van artikel 5 had de omgevingsvergunning voor de kap moeten worden verleend.

Gevolg voor gemeenten

Wat is nu het gevolg voor gemeenten? Deze niet-verbindendheid van de weigerings- of toewijzingscriteria kan ook in stelling worden gebracht bij vergelijkbare BVO's of APV's. En dat zou tot gevolg hebben dat beschermde bomen die in de verboden zone tot de erf-grens staan in dat geval een omgevingsvergunning horen te krijgen. Dezelfde gevolgen kunnen er zijn voor bomen met een monumentale status. Bedenk daarbij dat ook gemeentebomen dicht bij erf-grenzen kunnen staan en onder de werking van artikel 5:42 BW kunnen vallen. Kortom, dit is een uitspraak die grote gevolgen kan hebben voor het voortbestaan van de groene parels. Bedenk daarbij dat burens het ook op een akkoordje kunnen gooien om een boom weg te krijgen. De nabuur hoeft dan alleen maar de verwijdering te vorderen. Het is dus zaak om deze lacune in regelgeving direct te repareren. De gemeenteraad mag namelijk bij verordening de afstand van de verboden zone tot de erf-grens verkleinen. Hoe kleiner deze afstand, hoe minder een beroep op het verwijderingsrecht van artikel 5:42 BW kan worden gedaan, en hoe minder bomen een omgevingsvergunning horen te krijgen met als motivering 'verwijdering op grond van artikel 5:42 BW'.

Zorgvuldigheid

Dit vergt van de gemeenteraad wel grote zorgvuldigheid. Verkleining van de 'verboden zone tot de erf-grens' zorgt ervoor dat burens minder vaak verwijdering van bomen kunnen vorderen. Een onnodig kleine zone geeft dus een beperking van dit recht die mogelijk te ver gaat; dat maakt artikel 5:42 BW tot een lege huls. De raad pleegt dan als het ware onnodig inbreuk op rechten van burgers. Tip: onderzoek of deze uitspraak gevolgen kan hebben voor bijzondere bomen. Verklein voor deze categorie bomen zo nodig de afstand waarop zij tot de erf-grens mogen staan. Bereken deze afstand van de verboden zone tot de erf-grens, door rekening te houden met de ondergrens van de stamdiameter van te beschermen bomen (in Bomenverordening/APV) of de gemiddelde omvang van aangewezen monumentale bomen. Daarbij zal de afstand voor monumentale bomen meer 'dichtgetimmerd' moeten zijn dan voor 'overige bomen', die onder een lichter vergunningsstelsel vallen. Probeer daarbij te voorkomen dat artikel 5:42 BW totaal niet meer bruikbaar is. Een aandachtspunt daarbij is: de verboden zone wordt gemeten vanaf het midden van de voet van de boom.

Tot slot

Verder zal het verwijderingsrecht van artikel 5:42 BW als mee te wegen belang in de BVO of APV moeten worden vermeld. Weliswaar als toewijzingsbelang, maar mogelijk kan er bij toewijzing een voorschrift aan de omgevingsvergunning worden verbonden. Wellicht een herplantplicht buiten de verboden zone?



Mr. Kitty Goudzwaard is als boomjurist/juridisch adviseur groen, natuur en landschap werkzaam bij Cobra groenjuristen, onderdeel van Cobra adviseurs. Cobra adviseurs adviseert over alle aspecten met betrekking tot stedelijke natuur.