mr. F. Krol-Postma
mr. A.H. van der Wal

Bunder Advocaten
Burgemeester Falkenaweg 58-1
8442 LE Heerenveen

Postbus 474
8440 AL Heerenveen

i www.bunderadvocaten.nl
e info@bunderadvocaten.nl
t 0513 701 118

Gemeente Heerenveen
T.a.v. de heer J. Westrik
Postbus 15000
8440 GA Heerenveen

Datum:	13 oktober 2022
Inzake:	Gem. Heereveen / Advies Bpl KNO
E-mail:	fonny@bunderadvocaten.nl
Dossiernummer:	20220058
Uw kenmerk:	

Geachte heer Westrik,

Zoals besproken, berichten we u hierbij aangaande het bestemmingsplan Klaverblad NoordOost (hierna te noemen: KNO). In het navolgende zetten we de kwestie uiteen en formuleren we ons advies.

Feiten en vragen
Vanavond wordt KNO besproken. Samengevat zou de gemeente Heerenveen (hierna: de gemeente) binnen dat plan wensen dat zich er zich slechts duurzame bedrijven vestigen. Deze bedrijven kunnen ook in zware milieucategorieën vallen, omdat ze ondanks het duurzame karakter, toch gevaarlijk kunnen zijn en daarom bijvoorbeeld een forse afstand op het punt ‘gevaar’ dienen aan te houden tot gevoelige functies zoals woningen.

Route college
Ten aanzien van KNO heeft het college er tot nu toe voor gekozen de voorwaarde m.b.t. de vestiging van duurzame bedrijven te borgen via het civielrechtelijke spoor, nu de grond waarop KNO wordt mogelijk gemaakt in eigendom is bij de gemeente. In KNO wordt daarbij ruimte geboden voor bedrijven tot en met milieucategorie 4.2.
In het uitgiftebeleid worden vervolgens criteria opgenomen op basis waarvan bedrijven geselecteerd worden. Daarmee wordt de beoogde ambitie verfijnd en worden zaken geregeld die niet ruimtelijk relevant zijn en/of zich niet goed lenen voor een bestemmingsplan.

Voorstel gemeenteraad
De gemeenteraad vreest dat borging via het civielrechtelijke spoor onvoldoende houvast geeft. Er wordt gevreesd dat zich bedrijven zullen vestigen, die niet passen in het duurzame profiel. Als in het bestemmingsplan een hogere milieucategorie wordt toegestaan, is dit niet meer tegen te houden.
Het voorstel van de raad is om in het bestemmingsplan duurzaamheid als voorwaarde op te nemen als afwijkingsregel om de milieucategorie aan te passen naar maximaal 3.2, met een binnenplanse vrijstellingsmogelijkheid tot en met categorie 4.

Vraagstelling
De vragen die aan ons gesteld zijn:
- geeft het voorstel van de gemeenteraad extra houvast?
- hoe hard is een kettingbeding en hoe verhoudt zich dit tot wat geregeld is in het bestemmingsplan?
- zijn er alternatieven of suggesties om de zorgen met betrekking tot een tweede, derde of vierde bedrijf op KNO te borgen qua duurzaam karakter?
Ten slotte wordt een algemene reflectie op de aanpak gevraagd.

mr. F. Krol-Postma Kvk 82015910 | BTW NL003628354B34
mr. A.H. van der Wal Kvk 82037655 | BTW NL862313740B01
Op al onze diensten zijn Algemene Voorwaarden van toepassing, waarin eventuele aansprakelijkheid wordt beperkt. Op eerste verzoek wordt kosteloos een exemplaar van de Algemene Voorwaarden toegezonden.

Mogelijkheden duurzaamheid regelen via bestemmingsplan
Ten eerste wordt ingegaan op de mogelijkheden om überhaupt in het planologische spoor regels op te nemen met betrekking tot het duurzame karakter van bedrijven die zich willen vestigen.

Deze mogelijkheden zijn in algemene zin beperkt. In art. 3.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro) is geregeld in welke gevallen niet ruimtelijk-relevante regels kunnen worden opgenomen in het bestemmingsplan, in het kader van de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan. Het bevorderen van de vestiging van duurzame bedrijven hoort daar niet bij.

In het Bouwbesluit zijn qua bouwen al wel voorwaarden opgenomen waarmee duurzaam bouwen wordt voorgeschreven en ook kan mogelijk worden gemaakt dat bijvoorbeeld duurzame energie wordt opgewekt. Nieuwe gebouwen moeten sinds januari 2021 bijvoorbeeld in elk geval al 'BENG' zijn; Bijna Energieneutrale Gebouwen. Daarnaast kan in het bestemmingsplan worden aangestuurd op dusdanige positionering van de gebouwen dat zoveel mogelijk zonne-energie kan worden opgewekt.

Dat het bedrijf zich inhoudelijk bezighoudt met duurzaamheid is lastig in te bedden in het bestemmingsplan, nu dit niet ruimtelijk relevant is.
Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State al eens geoordeeld dat duurzaamheid op zichzelf een milieuaspect betreft, maar dat relevant is of de duurzaamheidseis ziet op ruimtegebruik van de gronden in het plangebied.[1] Ook een bestemmingsplan dat een duurzame veehouderij met specifieke voorwaarden voor die veehouderij voorschreef, hield geen stand bij de Raad van State.[2]

Binnen de door de gemeenteraad voorgestelde afwijkingsregel in KNO worden juist bedrijven met een hogere milieucategorie toegestaan als het betreffende bedrijf duurzaam is, waardoor men onzes inziens niet kan stellen dat de eis van duurzame bedrijven als milieuaspect ten aanzien van het ruimtegebruik ter plaatse kan worden gesteld.

Beperken milieucategorieën
De gemeenteraad heeft voorgesteld in KNO in principe een lagere milieucategorie (3.2) toe te staan en middels een binnenplanse afwijkingsmogelijkheid alsnog een zwaardere categorie (4) toe te staan in individuele gevallen.

Dit alternatief lost onzes inziens weinig op. Aan een dergelijke afwijkingsmogelijkheid zullen alsnog ruimtelijk relevante overwegingen ten grondslag moeten worden gelegd. Afwijking op basis van de eis dat het bedrijf duurzaam moet zijn, is niet ruimtelijk relevant zoals we reeds constateerden, dus deze afwijkingsmogelijkheid zal waarschijnlijk geen stand houden.
Wanneer afwijking mogelijk is op andere gronden dan de eis van duurzaamheid, is het lastig de afwijking niet te laten gelden voor een opvolgend eigenaar die niet een duurzaam bedrijf heeft. Middels dergelijke afwijkingsregels kan immers alsnog niet het onderscheid tussen duurzame en niet duurzame bedrijven worden gemaakt.

Verder is essentieel dat bij deze inrichting van de planregels, ook niet duurzame bedrijven die vallen binnen milieucategorie 3.2 zich kunnen vestigen op de locatie van KNO. Het merendeel van alle bedrijven die zijn opgenomen in de Staat Bedrijfsactiviteiten bedrijventerreinen vallen binnen categorie 3.2, ook heel veel niet-duurzame bedrijven. Los van de inhoudelijke onmogelijkheid van deze afwijkingsregel, houdt een dergelijke regel vestiging van niet duurzame bedrijven niet tegen.
Conclusie met betrekking tot mogelijkheden bestemmingsplan
Onzes inziens is het beperken van de milieucategorie en het opnemen van een binnenplanse afwijkingsmogelijkheid voor duurzame bedrijven geen goede oplossing om te borgen dat bedrijven een duurzaam

[1] ABRvS 6 november 2019, zaaknummer 201807035/1/R3, ECLI:NL:RVS:2019:3765 , r.o. 8.2.

[2] ABRVS 21 januari 2015, zaaknummer 201308140/1/R3, ECLI:NL:RVS:2015:84.

karakter hebben. De ruimtelijke relevantie van dergelijke planregels ontbreekt, reden waarom deze naar alle waarschijnlijkheid geen stand kunnen houden.
Hierbij wordt volledigheidshalve opgemerkt dat ook al wordt tegen het bestemmingsplan geen beroep ingesteld, dan wel worden geen gronden gericht tegen de afwijkingsregel, het niet uit te sluiten valt dat een rechter later middels exceptieve toetsing toch de regel onverbindend zal verklaren vanwege strijd met een hogere regeling zoals de Wro.

Mogelijkheden regelen via kettingbeding
In het arrest Antiekstudio Lelystad/gemeente Lelystad (HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de Wet op de Ruimtelijke Ordening er niet aan in de weg staat om voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten op te nemen, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond wordt beperkt of verboden, respectievelijk kan worden beperkt of verboden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. Het is dus niet in strijd met de wet om via het civielrecht beperkingen of verboden op te leggen die verder gaan dan het bestemmingsplan (welk onder het bestuursrecht valt). Dit houdt in dat die beperkingen ook via een kettingbeding kunnen worden opgelegd. Dit blijkt ook uit HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 (Chidda c.s/gemeente Amsterdam) waarin het handelde om een door de gemeente opgelegd kettingbeding en waarin de Hoge Raad het oordeel van het hiervoor genoemde arrest herhaalde.

Risico's regelen via kettingbeding
In HR 8 juli 1991, NJ 1991, 692 heeft Hoge Raad opgesomd welke mogelijkheden de grondgebruiker kan aanwenden om zich tegen de geldigheid van een civielrechtelijk beding te verzetten:
'Onder omstandigheden zal de grondgebruiker met succes kunnen aanvoeren dat het beroep van de gemeente op de voorwaarde in strijd is met de redelijkheid en billijkheid (vgl. HR 25 april 1986, NJ 1986, 714). Maakt het beding omtrent grondgebruik deel uit van algemene voorwaarden, hetgeen veelal het geval zal zijn, dan is ook de regeling van afdeling 6.5.3 NBW daarop van toepassing.
Daarnaast kan worden gewezen op de op dit soort bedingen als regel toepasselijke regeling van de art. 6:259 en 260 NBW, die kort gezegd voorziet in de mogelijkheid van wijziging of ontbinding van de overeenkomst. Daarnaast staat nog de regeling omtrent onvoorziene omstandigheden (art. 6:258), waarop in het kader van art. 1374 BW reeds is geanticipeerd (HR 27 april 1984, NJ 1984, 679).
En tenslotte is van belang dat een gemeente bij hantering van de voorwaarde — en dus ook bij haar beslissing omtrent de goedkeuring van verhuur in een geval als het onderhavige — is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727), zoals dat ook het geval is bij het verlenen van vrijstellingen in het kader van publiekrechtelijke regelingen.
In het licht van een en ander kan worden gezegd dat ook in het kader van het burgerlijk recht de gerechtvaardigde belangen van grondgebruikers voldoende worden beschermd.'

In het arrest HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 (Chidda c.s/gemeente Amsterdam) heeft Chidda c.s. al deze wegen bewandeld, met uitzondering van een beroep op de Algemene Voorwaarden regeling, maar met toevoeging van een beroep op misbruik van recht. Het hof heeft een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid afgewezen, waartegen in cassatie niet is opgekomen.

De hoofdrol in dit arrest speelt artikel 6:259 Burgerlijk Wetboek. Dit artikel bepaalt, dat de rechter desverlangd kan ingrijpen (wijziging, ontbinding) 'indien ten minste tien jaren na het sluiten van de overeenkomst zijn verlopen en het ongewijzigd voortduren van de verplichting in strijd is met het algemeen belang' (lid 1 sub a); de periode onder voorgangers wordt meegeteld (lid 2). Het artikel bepaalt verder dat de rechter dezelfde bevoegdheid heeft 'indien de schuldenaar bij de nakoming van de verplichting geen redelijk belang meer heeft en het niet aannemelijk is dat dit belang zal terugkeren'
Het beroep door Chidda op dit artikel wordt door de Hoge Raad afgewezen ondanks dat vaststond dat in het verleden contractueel opgelegde bestemming van het terrein niet meer te realiseren was. Ondanks ook dat, ruim 25 jaar na oplegging van het (civielrechtelijke) contractuele beding, het bestemmingsplan een ruimere bestemming op het terrein werd gelegd, werd een beroep door de gemeente op handhaving van het kettingbeding niet in strijd

met het algemeen belang geoordeeld. Evenmin werd door de Hoge Raad aangenomen dat de gemeente geen redelijk belang meer bij handhaving van het beding zou hebben.

Uit het arrest blijkt dat de Hoge Raad niet genegen is snel het civiel recht in te perken via een reflexwerking van het bestemmingsplan. Door middel van een kettingbeding is handhaving van het toegestane gebruik goed af te dwingen, mits voorzien van een behoorlijke boete bij overtreding van het beding.

Andere beschouwingen
Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat zowel bij formulering van een kettingbeding, als bij het (door ons niet geadviseerde) opstellen van een afwijkingsregel, belangrijk is na te denken over de formulering van de eisen aan de duurzaamheid.
Een verwijzing naar een (dynamische) beleidsregel in het bestemmingsplan is niet onmogelijk, maar zal duidelijk moeten worden beschreven. Vanwege de snel wijzigende opvattingen over wat duurzaamheid is en de stand van de wetenschap met betrekking tot technieken, zal enige dynamiek in wat duurzaamheid is, noodzakelijk zijn. Ook voor wat betreft het opstellen van een kettingbeding.

Conclusie
Gezien het voorgaande is het voorschrijven van duurzaamheid in het bestemmingsplan middels een afwijkingsregel en in algemene zin, geen goede oplossing. Een borging via de civielrechtelijke weg in de vorm van een kettingbeding in de uitgiftevoorwaarden zou echter een goed alternatief kunnen zijn.

Met vriendelijke groet,

Mede namens Anne-Henk van der Wal,



Fonny Krol-Postma