

Gemeente Berkelland
t.a.v. de heer G.J. Hans
Postbus 200
7270 HA BORCULO

Per e-mail: g.hans@gemeenteberkelland.nl

Nijmegen, 1 februari 2019

Ons kenmerk	Telefoonnummer
Gemeente Berkelland / Plussenbeleid	024 - 382 83 38
20190129 - 1599107/1 - TL/nw	

E-mail	Faxnummer	Betreft
t.lam@hekkelman.nl	024 - 382 83 88	Advies Plussenbeleid

Geachte heer Hans,

In uw e-mail van 14 januari jl. heeft u mij gevraagd om de gemeente te adviseren over de gevolgen van de regels over het zogenoemde Plussenbeleid die in de nieuwe Omgevingsverordening van de provincie Gelderland zullen worden vastgelegd voor 'oude' bestemmingsplannen. U wilt met name weten of, zoals de provincie stelt, bestaande bouwvlakken verdwijnen indien 'oude' bestemmingsplannen van vóór 2007 niet vóór 1 april 2019 met inachtneming van de nieuwe regels over het Plussenbeleid, herzien zijn.

Hierna treft u mijn advies aan. Het advies is als volgt opgebouwd:

1. *Inleiding;*
2. *Exceptieve toetsing;*
3. *Conclusies.*

1. Inleiding

Provinciale staten van de provincie Gelderland (hierna: '*de provincie*') hebben op 19 december 2018 het 'Actualisatieplan 6 – Omgevingsverordening' vastgesteld (hierna: '*het Actualisatieplan*'). Dit plan voorziet onder meer in een wijziging van de regels van de geldende omgevingsverordening, voor de uitbreiding van de niet-grondgebonden veehouderijtak (Plussenbeleid). Het Actualisatieplan is nog niet in werking getreden. Volgens de provinciale website zal publicatie en inwerkingtreding vóór 1 maart 2019 plaatsvinden. Tot die tijd geldt de Omgevingsverordening, geconsolideerde versie 2018 (hierna: '*de Omgevingsverordening*').

Volgens de provincie wordt het Plussenbeleid door middel van het Actualisatieplan niet (inhoudelijk) gewijzigd. De wijziging van de regels in de artikelen 2.30, 2.31 en 2.32 van het Actualisatieplan is volgens de provincie te beschouwen als een verduidelijking van de regels van de Omgevingsverordening, die aansluit bij de huidige toelichting op de verordening.

2. Exceptieve toetsing

Provinciale instructieregels maken geen onderdeel uit van het rechtstreekse toetsingskader voor omgevingsvergunningen voor bouwen. Het limitatief-imperatieve stelsel van artikel 2.10, eerste lid, van de Wabo bepaalt dat een omgevingsvergunning voor bouwen (enkel) kan en tevens moet worden geweigerd, indien niet aan de toetscriteria van dit artikellid wordt voldaan. Eén van de toetscriteria is dat een bouwplan moet voldoen aan het bestemmingsplan.¹ Bij (een procedure over) het verlenen van een omgevingsvergunning bouwen kan de verbindendheid van het bestemmingsplan in relatie tot de provinciale verordening aan de orde worden gesteld.

2.1 Exceptieve toetsing planregels

Een exceptieve toets houdt in dit verband in dat in een procedure tegen een omgevingsvergunning kan worden gesteld dat het bestemmingsplan in strijd is met 'hogere recht', waaronder de provinciale verordening. Exceptieve toetsing kan ertoe leiden dat de betreffende bestemmingsplanregeling in het kader van de omgevingsvergunning bouwen buiten toepassing wordt gelaten, dan wel onverbindend wordt geacht.

Onder meer in het geval de termijn om de bestaande bestemmingsplannen met de verordeningssregels in overeenstemming te brengen is verstreken, kan exceptieve toetsing aan de orde komen.² In dit geval rijst de vraag of de planregels (on)verbindend zijn of buiten toepassing moeten worden gelaten vanwege strijd met de Omgevingsverordening, omdat deze planregeling niet voor het verstrijken van de implementatietermijn is gewijzigd.

De mogelijkheid de (on)verbindendheid van een planregeling, bij wijze van exceptieve toetsing, aan de orde te stellen strekt niet zover dat de bestemmingsregeling opnieuw kan worden onderworpen aan de bij de beoordeling van het plan te hanteren toetsingsmaatstaf die bij een procedure tegen het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan wordt gehanteerd. Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: '*de Afdeling*') blijkt namelijk dat er voor een exceptieve toets alleen plaats is indien de bestemmingsregeling evident in strijd is met hogere regelgeving.³ Voor bedoelde evidentie is vereist dat de hogere regelgeving zodanig concreet is dat deze zich voor exceptieve toetsing leent.⁴

¹ Artikel 2.10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo.

² AbRS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2818, r.o. 3.1.

³ AbRS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2842.

⁴ AbRS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:929.

De vraag is of de instructieregel inzake het Plussenbeleid zodanig concreet is dat de bestemmingsregeling daaraan exceptief kan worden getoetst. In dit geval gaat het om de instructieregels van artikel 2.30 en de implementatietermijn van artikel 8.2 van het Actualisatieplan.

De instructieregel van artikel 2.30 van het Actualisatieplan bepaalt dat 'een uitbreiding van een niet-grondgebonden veehouderijtak' alleen mogelijk is als de uitbreiding 'voldoet aan door de gemeenteraad vastgestelde beleidsregels'. Deze instructieregel is mijns inziens onvoldoende concreet, zodat deze zich niet voor exceptieve toetsing leent. De belangrijkste reden daarvoor is dat sprake is van een getrapte constructie: om te bepalen of in een bestemmingsplan een uitbreiding van een niet-grondgebonden veehouderijtak is toegestaan, dient via artikel 2.30 van het Actualisatieplan immers aan het gemeentelijk beleid te worden getoetst. Bovendien zijn de betreffende beleidsregels (nog) niet vastgesteld. Het is de vraag of de in deze beleidsregels op te nemen normen voldoende concreet zullen zijn.

Tussenconclusie:

Een onherroepelijk bestemmingsplan dat na het verstrijken van de implementatietermijn niet voldoet aan de provinciale regels uit een verordening, kan voor exceptieve toetsing in aanmerking komen. Voor exceptieve toetsing is alleen plaats indien de bestemmingsplanregeling evident in strijd is met hogere regelgeving, zijnde bijvoorbeeld de provinciale verordening. Deze hogere regelgeving moet zodanig concreet zijn, dat planregels hieraan exceptief getoetst kunnen worden. De instructieregel in het Actualisatieplan is mijns inziens onvoldoende concreet, zodat een onherroepelijk bestemmingsplan daaraan niet getoetst kan worden.

2.2 Exceptieve toetsing verordeningsregels

Tegen provinciale instructieregels staan geen rechtstreekse rechtsbeschermingsmogelijkheden open.⁵ Dit staat er niet aan in de weg dat ook de provinciale regels exceptief getoetst kunnen worden.⁶

Over de boeg van een uitvoeringsbesluit – zoals een omgevingsvergunning – kan de verbindendheid van de provinciale regels aan de orde gesteld worden. In dit geval is er sprake van een – opmerkelijk korte – implementatietermijn van de instructieregel over het Plussenbeleid.⁷ Op dit moment is het Actualisatieplan nog niet in werking getreden. Desondanks dient de gemeenteraad de bestemmingsplannen die vóór 2007 zijn vastgesteld vóór 1 april 2019 te hebben aangepast conform genoemde instructieregel. Deze termijn is niet gemotiveerd en onredelijk kort.

Op grond van artikel 4.1, tweede lid, Wro geldt als uitgangspunt dat bestemmingsplannen binnen één jaar na inwerkingtreding van een verordening moeten

⁵ Dit blijkt uit artikel 8:3, eerste lid, onder a, van de Algemene wet bestuursrecht.

⁶ Zie AbRS 7 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3609.

⁷ Artikel 8.2 van het ontwerp-Actualisatieplan.

voldoen aan de instructieregels. In een verordening kan weliswaar een kortere termijn worden gesteld, maar deze moet uitvoerbaar en redelijk zijn. Aan deze eis wordt niet voldaan. Bovendien is het volgende van belang. Instructieregels beogen naar hun aard niet om het gebruik van gronden direct te reguleren. Als de provincie rechtstreeks in een bestemmingsplan wil ingrijpen, kan dat door middel van rechtstreeks werkende regels.⁸ Deze rechtstreeks werkende regels leveren op grond van artikel 2.10, eerste lid, van de Wabo een weigeringsgrond voor de omgevingsvergunning voor het bouwen op. Door de korte implementatietermijn krijgen de instructieregels de facto dezelfde werking als rechtstreeks werkende regels. Dat is in strijd met het wettelijk systeem en de bedoeling en strekking van instructieregels.

Tussenconclusie:

Het college kan de instructieregels en de korte implementatietermijn zelf niet rechtstreeks aanvechten, omdat er tegen een provinciale verordening geen bezwaar of beroep open staat. Omdat de implementatietermijn voor bestemmingsplannen met een vaststellingsdatum van vóór 2007 onredelijk kort en zelfs onuitvoerbaar is, is pleitbaar dat de provinciale regel zoals opgenomen in artikel 8.2, aanhef en onder a in samenhang met artikel 2.31 van het Actualisatieplan onverbindend is. Bovendien is het in strijd met het wettelijk systeem en de bedoeling en strekking van instructieregels dat deze door de korte implementatietermijn de facto dezelfde werking krijgen als rechtstreeks werkende regels.

3. Conclusies

Hieronder zet ik mijn conclusies voor u op een rij.

Een onherroepelijk bestemmingsplan dat na het verstrijken van de implementatietermijn niet voldoet aan de provinciale regels uit een verordening, kan exceptieve toetsing in aanmerking komen. Voor exceptieve toetsing is alleen plaats indien de bestemmingsplanregeling evident in strijd is met hogere regelgeving, zijnde bijvoorbeeld de provinciale verordening. Deze hogere regelgeving moet zodanig concreet zijn, dat planregels hieraan exceptief getoetst kunnen worden. De instructieregel in het Actualisatieplan is mijns inziens onvoldoende concreet, zodat een onherroepelijk bestemmingsplan daaraan niet getoetst kan worden.

Het college kan de instructieregels en de korte implementatietermijn zelf niet rechtstreeks aanvechten, omdat er tegen een provinciale verordening geen bezwaar of beroep open staat. Omdat de implementatietermijn voor bestemmingsplannen met een vaststellingsdatum van vóór 2007 onredelijk kort en zelfs onuitvoerbaar is, is pleitbaar dat de provinciale regel zoals opgenomen in artikel 8.2, aanhef en onder a in samenhang met artikel 2.31 van het Actualisatieplan onverbindend is. Bovendien is het in strijd met het wettelijk systeem en de bedoeling en strekking van instructieregels dat deze door de

⁸ Zoals bedoeld in artikel 4.1, derde lid, van de Wro.

korte implementatietermijn de facto dezelfde werking krijgen als rechtstreeks werkende regels.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.



T.E.P.A. Lam
advocaat