

Hekkelman Advocaten N.V.
Prins Bernhardstraat 1
6521 AA Nijmegen
www.hekkelman.nl

Postbus 1094
6501 BB Nijmegen
T 024 - 382 83 84
advocatuur@hekkelman.nl



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

Per e-mail : G.Hans@gemeenteberkelland.nl

Nijmegen, 19 december 2018

Ons kenmerk	Telefoonnummer
Berkelland/Diepenheimseweg 29 20181569 - 1577639/1 - TL/nwa	024 - 382 83 38

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

Geachte heer Hans,

Op 22 november 2018 heeft u mij gevraagd de gemeente te adviseren over het voorbereidingsbesluit dat de gemeenteraad op 13 maart 2018 voor het perceel aan de Diepenheimseweg 29 in Neede (hierna: *'het Perceel'*) heeft genomen. In een memo van dezelfde datum heeft u enkele adviesvragen geformuleerd. Het betreft de volgende vragen:

1. Welke mogelijkheden heeft de gemeente als de eigenaar van het Perceel (hierna: *'de Eigenaar'*) voor het verstrijken van de looptijd van het voorbereidingsbesluit een aanvraag om omgevingsvergunning indien die past binnen de gebruiksmogelijkheden van het geldende bestemmingsplan "Buitengebied, herziening 1987"?
2. Als de gemeenteraad voor het Perceel een nieuw (postzegel) bestemmingsplan zou willen vaststellen, welke bestemmingen zouden dan juridisch houdbaar kunnen zijn?
3. Is een woonbestemming juridisch houdbaar als de Eigenaar nadat het ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd, een vergunning aanvraagt voor het bouwen en oprichten van een varkenshouderij?
4. Zijn er planschaderisico's?

Hierna zal ik deze vragen beantwoorden.

1. Welke mogelijkheden heeft de gemeente als de eigenaar van het Perceel (hierna: 'de Eigenaar') voor het verstrijken van de looptijd van het voorbereidingsbesluit een aanvraag om omgevingsvergunning indien die past binnen de gebruiksmogelijkheden van het geldende bestemmingsplan "Buitengebied, herziening 1987"?

De gemeenteraad heeft op 13 maart 2018 een voorbereidingsbesluit voor het Perceel genomen. Het voorbereidingsbesluit is op 16 maart 2018 in de Staatscourant (Stc. 2018/15919) gepubliceerd en op 17 maart 2018 in werking getreden.

Aan het voorbereidingsbesluit ligt de volgende motivering ten grondslag:

'Waarom dit voorstel en wat is het effect

Op dit moment geldt het bestemmingsplan buitengebied Neede voor Diepenheimseweg 29. Dit perceel wordt daarbij bestemd met de functie agrarisch. Om te voorkomen dat hier ongewenste, grootschalige agrarische ontwikkelingen plaats vinden is een voorbereidingsbesluit gewenst. Dit biedt bescherming voor de leefbaarheid en gezondheid voor omwonenden. Ook voorkomt het besluit ongewenste aantasting van het fraaie essenlandschap en aanwezige natuurwaarden in dit gebied bij de Needse berg. Het instrument voorbereidingsbesluit kan daarom worden ingezet om hier mogelijk (grootschalige) agrarische ontwikkeling te voorkomen.

Argumentatie

Sedert de vaststelling van het oude bestemmingsplan buitengebied Neede zijn inzichten en beleid veranderd. Door de vernietiging van het bestemmingsplan buitengebied 2012 door de Raad van State en het momenteel ontbreken van het nieuwe bestemmingsplan buitengebied zijn beleidsvoornemens nog niet altijd duidelijk vastgelegd. Wel kent het ter inzage gelegde ontwerpbestemmingsplan buitengebied 2016 voor Diepenheimseweg 29 de bestemming wonen toe. Vast staat dat de Needse berg en bijbehorende essen een bijzonder gebied vormen, dat extra bescherming vereist. Ook de relatief dichte lintbebouwing aan de Diepenheimseweg rond nr. 29 vereist extra zorg. Het nemen van een voorbereidingsbesluit cf. artikel 3.7 van de Wet ruimtelijke ordening is een passende maatregel. Hiermee voorkomen we dat er in het gebied op genoemd perceel ongewenste activiteiten plaatsvinden. Het geeft ons ook de tijd om binnen het nieuwe bestemmingsplan buitengebied een passende bestemming aan het perceel te geven.

Kanttekeningen en risico's

Door dit besluit worden, na ingediende aanvraag, eventuele bouw mogelijkheden op het perceel bevroren voor 1 jaar. De beschikbare tijd kan worden gebruikt voor het vaststellen van het (ontwerp)bestemmingsplan buitengebied Berkelland.'

Volgens artikel 3.7, vijfde lid, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: 'Wro') vervalt een voorbereidingsbesluit als niet binnen een jaar na de datum van inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit een ontwerpbestemmingsplan ter inzage wordt gelegd. Gedurende de looptijd van het voorbereidingsbesluit kunnen geen omgevingsvergunningen voor de activiteit bouwen verleend worden. Op grond van artikel 3.3, eerste lid onder a, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: 'Wabo') moeten aanvragen om een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen namelijk aangehouden worden.

In het voorbereidingsbesluit is geen regeling voor gebruikswijzigingen opgenomen (zie artikel 3.7, vierde lid, van de Wro). Dit betekent dat het voorbereidingsbesluit er niet aan in de weg staat dat het huidige gebruik wordt gewijzigd in een ander gebruik dat past binnen de geldende gebruiksregels van het bestemmingsplan.

Op basis van bovenstaande uiteenzetting beantwoord ik uw eerste vraag als volgt:

Antwoord vraag 1

De enige mogelijkheid om te voorkomen dat burgemeester en wethouders naar aanleiding van een daartoe strekkende aanvraag een omgevingsvergunning voor de bouw van een agrarisch bedrijf moeten verlenen, is dat vóór het verstrijken van de looptijd van het voorbereidingsbesluit een ontwerpbestemmingsplan ter inzage wordt gelegd dat de bouw van een agrarisch bedrijf niet toestaat.

Voor de volledigheid wijs ik erop dat de gemeenteraad binnen de termijn van artikel 3.8; eerste lid en onder e, van de Wro omtrent vaststelling van het bestemmingsplan moet besluiten om de voorbereidingsbescherming te continueren. Deze termijn bedraagt 12 weken na de termijn van de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan.

2. Als de gemeenteraad voor het Perceel een nieuw (postzegel) bestemmingsplan zou willen vaststellen, welke bestemmingen zouden dan juridisch houdbaar kunnen zijn?

In het voorbereidingsbesluit heeft de gemeenteraad nader gemotiveerd waarom het voorbereidingsbesluit is genomen. Die motivering heb ik onder 1. weergegeven. Uit deze

motivering volgt dat de gemeenteraad 'grootschalige agrarische ontwikkelingen' op het Perceel onwenselijk vindt. Grootschalige agrarische activiteiten zouden nadelige gevolgen hebben voor de leefbaarheid en gezondheid voor omwonenden, aldus de gemeenteraad. Bovendien zou door middel van het voorbereidingsbesluit een ongewenste aantasting van het fraaie essenlandschap en aanwezige natuurwaarden in het gebied bij de Needse berg voorkomen worden. Van belang is dat de gemeenteraad heeft onderkend dat zijn beleidsvoornemens voor het buitengebied ten tijde van het voorbereidingsbesluit nog niet duidelijk waren vastgelegd.

Deze overwegingen van de gemeenteraad zullen het startpunt moeten vormen voor de voorbereiding van het ontwerpbestemmingsplan. Een belangrijke vraag is of er inmiddels (nieuw) beleid voor het buitengebied is vastgesteld. Als dat het geval is, zal dit beleid leidend moeten zijn bij de voorbereiding van het ontwerpbestemmingsplan.

Voor zover er nog geen nieuw beleid is vastgesteld, zal de nieuwe bestemming in overeenstemming met het beginsel van een goede ruimtelijke ordening moeten worden vastgesteld (zie artikel 3.8, eerste lid, van de Wro). Er kan niet volstaan worden met een verwijzing naar de aan het voorbereidingsbesluit ten grondslag gelegde motivering.

De gemeenteraad beschikt over veel beleidsvrijheid bij de beantwoording van de vraag welke bouw- en gebruiksmogelijkheden hij in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening acht. Die beleidsvrijheid wordt beperkt door rijks- en provinciale regels. Het bestemmingsplan moet in overeenstemming met die regels worden vastgesteld. Het verder verkennen van eventuele uit deze regels voortvloeiende beperkingen valt buiten het bestek van dit advies.

Het bestemmingsplan dient voorts in overeenstemming met het ten tijde van de vaststelling geldende gemeentelijke beleid te worden vastgesteld. Voor zover er in vervolg op het voorbereidingsbesluit geen nieuw beleid is vastgesteld of voorafgaand aan de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan wordt vastgesteld, zal het bestemmingsplan moeten voldoen aan het beleid zoals dat ten tijde van de vaststelling van het voorbereidingsbesluit gold. Afwijken is mogelijk in geval van bijzondere omstandigheden. In beginsel moet het daarbij gaan om omstandigheden die niet in het geldende beleid verdisconteerd zijn of hadden kunnen worden. De argumenten die in de aan het voorbereidingsbesluit ten grondslag gelegde motivering worden gebezigd, zullen in beginsel niet als bijzondere omstandigheden in de hier bedoelde zin kunnen worden aangemerkt. Het geldende beleid voor het buitengebied zal dus in beginsel leidend moeten zijn voor de planologische regeling die voor het Perceel wordt vastgesteld.

Ontbreekt schriftelijk vastgesteld/vastgelegd beleid dan geldt dat burgers van de gemeenteraad in beginsel mogen verlangen dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden. Voor zover in de gemeente een bepaalde bestendige gedragslijn wordt gevolgd, ligt het voor de hand dat voor het Perceel aan die gedragslijn toepassing wordt gegeven. Bij gebreke van een vastgestelde beleidsregel, kan de bestendige gedragslijn bij voorbeeld worden afgeleid uit de wijze waarop andere agrarische bedrijven in het buitengebied zijn of worden gestemd. Daarbij moet uiteraard gezocht worden naar bedrijfslocaties die vergelijkbaar zijn met het Perceel, bij voorbeeld omdat zij ook gelegen zijn in de nabijheid van de Needse berg en/of op vergelijkbare afstand van burgerwoningen zijn gelegen. Voor zover de gemeenteraad in vergelijkbare gevallen andere planologische regels heeft vastgesteld dan voor het Perceel vastgesteld worden, zullen aan die motivering bij gebreke van rijks- of provinciale regels die nopen tot die andere regeling en/of nieuw gemeentelijk beleid dat nog niet van kracht was toen de planologische regeling voor de andere bedrijfslocatie werd vastgesteld, zware eisen worden gesteld. De gemeenteraad zal dan moeten motiveren waarom een ander planologisch regime gegeven de bijzondere omstandigheden van het geval aanvaardbaar is.

Tot slot zal het ten tijde van de vaststelling van het nieuwe bestemmingsplan bestaande gebruik dat in overeenstemming is met het geldende bestemmingsplan in beginsel positief bestemd moeten worden. Het wegbestemmen van bestaand legaal gebruik is slechts mogelijk als de gemeenteraad aannemelijk kan maken dat dit gebruik binnen afzienbare termijn zal worden beëindigd.

Op grond van bovenstaande uiteenzetting beantwoord ik de tweede vraag als volgt:

Antwoord vraag 2:

Een nieuwe bestemming voor het Perceel moet voldoen aan het beginsel van een goede ruimtelijke ordening. De gemeenteraad beschikt over beleidsvrijheid. Die beleidsvrijheid wordt beperkt door rijks- en provinciale regels en gemeentelijk beleid. Voorts mogen burgers van de gemeenteraad verwachten dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden. De Eigenaar mag er in beginsel op vertrouwen dat bestaand legaal gebruik in het nieuwe bestemmingsplan positief wordt bestemd.

3. Is een woonbestemming juridisch houdbaar als de Eigenaar nadat het ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd, een vergunning aanvraagt voor het bouwen en oprichten van een varkenshouderij?

Als tijdig een ontwerpbestemmingsplan ter inzage wordt gelegd, loopt de aanhoudingsplicht door. Dat betekent dat geen besluit genomen hoeft te worden op een

aanvraag om een omgevingsvergunning voor de bouw van een varkenshouderij die wordt ingediend nadat een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd. Een dergelijke aanvraag is evenmin van invloed op de eisen die aan de motivering van de woonbestemming worden gesteld. Voor de eisen die aan de motivering worden gesteld, verwijst ik naar paragraaf 2 van dit advies. Ik zie er daarom vanaf op vraag 3 een separaat antwoord te formuleren.

4. Zijn er planschaderisico's?

Volgens artikel 6.1 van de Wro kan de Eigenaar aanspraak maken op vergoeding van planschade indien het nieuwe bestemmingsplan leidt tot een waardedaling van het Perceel. Of er sprake is van planschade moet bepaald worden aan de hand van een planvergelijking. De maximale planologische mogelijkheden van het huidige planologische regime moeten vergeleken worden met die van het nieuwe bestemmingsplan. Dat betekent dat niet de feitelijk bestaande gebruiksmogelijkheden bepalend zijn voor de omvang van de geleden planschade, maar de maximale planologische mogelijkheden. Dat van die mogelijkheden nooit gebruik is gemaakt, is niet van belang.

Voorbeeld:

Als het nieuwe bestemmingsplan het Perceel voor woondoeleinden zou bestemmen, bestaat het planologisch nadeel uit het vervallen van de mogelijkheid om een agrarisch bedrijf te exploiteren. Of en in hoeverre van die mogelijkheden gebruik is gemaakt, is niet van belang. Er zal een vergelijking gemaakt moeten worden van de waarde van het Perceel uitgaande van de agrarische gebruiksmogelijkheden met de waarde uitgaande van een woonbestemming.

De omvang van eventuele planschade zal door een taxateur bepaald moeten worden.

Ik vraag nog aandacht voor twee aspecten.

Aspect 1 Passieve risicoaanvaarding

Het eerste aspect is dat onder omstandigheden aan een eigenaar passieve risicoaanvaarding kan worden tegengeworpen. Door geen gebruik te maken van planologische mogelijkheden terwijl de eigenaar er rekening mee moest houden dat die mogelijkheden geschrapt zouden worden, kan de aanspraak op planschade vervallen. Volgens vaste rechtspraak¹ geldt voor passieve risicoaanvaarding het volgende beoordelingskader:

'Voor de beantwoording van de vraag of de aanvrager het risico dat de onder het oude planologische regime bestaande bouw- of gebruiksmogelijkheden op diens

¹ ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582

perceel zouden vervallen passief heeft aanvaard, is van belang of de voortekenen van de nadelige planologische wijziging reeds enige tijd zichtbaar waren (uitspraak van 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:923).

Voor de bevestigende beantwoording van de vraag of de aanvrager het risico dat de onder het oude planologische regime bestaande bouw- of gebruiksmogelijkheden van zijn onroerende zaak zouden vervallen passief heeft aanvaard, is voldoende dat, gezien vanuit de positie van een redelijk denkende en handelende eigenaar, aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse zou gaan veranderen in een voor hem ongunstige zin. Daarbij dient rekening te worden gehouden met concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft (uitspraak van 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:923).

Indien wordt geoordeeld dat de nadelige planologische wijziging voorzienbaar was, dient vervolgens de vraag beantwoord te worden of onder het oude planologische regime concrete pogingen tot realisering van de bestaande bouw- en gebruiksmogelijkheden zijn ondernomen (uitspraak van 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:811). Het risico op verwezenlijking van planologisch nadeel wordt geacht passief te zijn aanvaard als er voorzienbaarheid is en indien geen concrete pogingen zijn gedaan tot realisering van de bouw- en gebruiksmogelijkheden die onder het nieuwe planologische regime zijn komen te vervallen, terwijl dit van een redelijk denkende en handelende eigenaar, vanaf de peildatum voor voorzienbaarheid, kon worden verlangd (uitspraak van 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2567).

In geval van vervallen bouwmogelijkheden bestaat een concrete poging in vorenbedoelde zin in het indienen van een bouwplan dat zodanig is uitgewerkt dat het zich laat beoordelen op passendheid binnen het bestemmingsplan en dat in beginsel past binnen de bestaande mogelijkheden van het bestemmingsplan (uitspraak van 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2567).

Indien de vervallen bouwmogelijkheden ruimer waren dan de mogelijkheden die in het ingediende bouwplan zijn benut, wordt het vervallen van de ruimere bouwmogelijkheden geacht passief te zijn aanvaard (uitspraak van 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1448).

Van een redelijk denkende en handelende eigenaar kan niet worden verwacht een bouwplan op te stellen en in te dienen, wetende dat een besluit op een aanvraag om bouwvergunning moet worden aangehouden en dat er een grote kans bestaat op voortzetting van de voorbereidingsbescherming (uitspraak van 2 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5083).