

PER E-MAIL

Gemeente Overbetuwe
t.a.v. de heer mr. M. Wasser
Postbus 11
6660 AA ELST

BEHANDELD DOOR: mr. M.J. Tunnissen, advocaat
TELEFOON: 026 - 357 57 35
FAX: 026 - 357 57 67
E-MAIL: m.j.tunnissen@nysingh.nl
INZAKE: Gemeente Overbetuwe / Bestemmingsplan Valburg

DATUM: 11 mei 2010
ONZE REF: 199715/MT/ls
UW REF:

Geachte heer Wasser,
beste Michiel,

U heeft mij met het oog op het vastgestelde, reeds in werking getreden, maar nog niet onherroepelijk geworden bestemmingsplan "Valburg" verzocht een aantal mogelijkheden te beoordelen teneinde de in dit plan opgenomen regeling voor het overgangsrecht ten aanzien van het gebruik, aan te (laten) passen. Hierna treft u mijn bevindingen aan.

Inleiding

Zoals reeds opgemerkt in mijn brief van 7 december jl. is de standaardregeling uit het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) die betrekking heeft op het overgangsrecht voor gebruik, niet correct overgenomen in het bestemmingsplan "Valburg". In dit bestemmingsplan heeft immers geen 'vertaling' plaatsgevonden van artikel 3.2.2, derde en vierde lid Bro. De consequentie hiervan is dat het gebruik van gronden en bouwwerken dat bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van dit plan (op 1 oktober 2009) en hiermee in strijd is, mag worden voortgezet. Het gevolg hiervan is dat het niet (meer) mogelijk is om op basis van de overgangsrechtelijke bepalingen in het bestemmingsplan handhavend op te treden tegen het gebruik dat reeds in strijd was met het voorheen geldende plan.

Opties

Om een oplossing te bieden voor de onvolledige regeling in het planregels (en mogelijk te maken dat er toch handhavend kan worden opgetreden tegen een gebruik van gronden en bouwwerken dat reeds in strijd was met het voorheen geldende plan), heeft u mij gevraagd een viertal opties te beoordelen. Het betreft de navolgende opties:

1. Toepassing van de bestuurlijke lus; aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) verzoeken om het bestemmingsplan aan te mogen passen conform de standaardregeling als bedoeld in artikel 3.2.2 Bro.

Apeldoorn

Arnhem

Zwolle

Velperweg 10
6824 BH Arnhem

Postbus 9220
6800 KA Arnhem

tel. 026 - 3 575 757
fax 026 - 3 575 600

info@nysingh.nl
www.nysingh.nl

aangesloten bij:
TAGLaw

bankrelaties:
Rabobank 10 31 03 163
ABN Amro 43 70 27 767
ING bank 65 30 63 903

BTW NL8124.01.207.B01

Nysingh advocaten-notarissen N.V. is gevestigd in Apeldoorn en ingeschreven in het handelsregister onder nr. 08118371. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht krachtens een overeenkomst van opdracht, waarop van toepassing zijn de algemene voorwaarden gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Apeldoorn. In deze voorwaarden is onder meer onze aansprakelijkheid beperkt tot het bedrag waarop de beroepsaansprakelijkheidsverzekering in het desbetreffende geval aanspraak op uitkering geeft. Deze voorwaarden liggen ter inzage en worden op verzoek kosteloos toegezonden en kunnen worden geraadpleegd op onze website www.nysingh.nl.

2. Het (vastgestelde) bestemmingsplan "Valburg" herzien.
3. Het (vastgestelde) bestemmingsplan "Valburg" intrekken.
4. Tijdens de mondelinge behandeling van het beroep tegen het vaststellingsbesluit aan de Afdeling verzoeken de overgangsrechtelijke bepaling in het bestemmingsplan als het ware aan te vullen conform de regeling met Bro.

Genoemde opties zal ik hierna bespreken.

1. Bestuurlijke lus

Ingevolge artikel 8:51a, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan de rechtbank het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen. Het gaat hierbij om een bevoegdheid van de bestuursrechter, niet om een verplichting. De mogelijkheid van herstel vindt overigens geen toepassing als belanghebbenden, die niet als partij in het geding deelnemen, daardoor onevenredig kunnen worden benadeeld.

Uit de parlementaire geschiedenis op de Wet bestuurlijke lus Awb volgt dat voor de toepassing van de bestuurlijke lus het belang van een efficiënte procedure dient te worden afgewogen tegen het belang van derdebelanghebbenden die niet aan het geding deelnemen als partij. Bovendien wordt met de formulering van voornoemd artikel expliciet tot uitdrukking gebracht dat de bestuursrechter bij de belangenafweging de belangen van derden en van mogelijke belanghebbenden die niet aan het geding deelnemen, moet meewegen (Kamerstukken II 2008-2009, 31 352, nr. 13, p. 2).

De vraag rijst of de bestuurlijke lus ook in onderhavige bestemmingsplanprocedure kan worden toegepast, nu – naar ik heb begrepen – de beroepsgronden van appellanten niet zijn gericht tegen de onvolledige 'vertaling' van artikel 3.2.2 Bro naar de planregels.

Uit de Memorie van Toelichting op de Wet bestuurlijke lus Awb (Kamerstukken II 2007-2008, 31 352, nr. 3, p. 6) volgt dat de bestuursrechter gebruik kan maken van de bestuurlijke lus in het geval een besluit tot stand is gekomen in strijd met een dwingend geformuleerd wettelijk voorschrift:

"De plaats van de regeling maakt duidelijk dat de bestuursrechter reeds tijdens het vooronderzoek (...) gebruik kan maken van zijn bevoegdheid om het bestuursorgaan uit te nodigen tot intrekking of wijziging van het bestreden besluit. Hierbij valt te denken aan evidente gebreken die reeds bij een eerste bestudering van de zaak blijken, zoals de onbevoegdheid van het bestuursorgaan (...) of strijd met een dwingend geformuleerd wettelijk voorschrift (achterwege blijven van een verplicht advies). In zo'n geval zal het afwachten van een zittingodeloos vertragend werken."

Gelet op de verplichting om de in het Bro genoemde standaardbepalingen van overgangsrecht op te nemen in een bestemmingsplan, is het (overnemen van het) in het Bro opgenomen overgangsrecht – met een enkele uitzondering – dwingendrechtelijk van aard (De Gier, *Het Besluit ruimtelijke ordening, enkele kanttekeningen bij de belangrijkste onderdelen*, TvAR 2009/1). Aldus zou kunnen worden betoogd dat er in onderhavige kwestie is gehandeld in strijd met een dwingend geformuleerd voorschrift, zodat de bestuurlijke lus kan worden toegepast. Een (schriftelijk) verzoek tot toepassing van de bestuurlijke lus zou (ruim) voor de zitting kunnen worden gedaan.

Een nadeel van het verzoek aan de Afdeling om gebruik te maken van de bestuurlijke lus, is dat appellanten in de bestemmingsplanprocedure (voor zover zij hiermee nog niet bekend zijn) op de omissie in het overgangsrecht worden gewezen. Bovendien is de gemeente afhankelijk van het oordeel van de Afdeling, want ook al zou het gebrek zich lenen voor toepassing van de bestuurlijke lus, dan nog geldt dat de Afdeling niet verplicht maar bevoegd is om gebruik te maken van de bestuurlijke lus. Daar komt bij dat het onvolledig overnemen van de standaardregeling uit het Bro geen deel uitmaakt van het geschil in beroep.

Uit de Nota van Toelichting op het Bro (Staatsblad 2008, 145, p. 37) lijkt te volgen dat het niet of niet juist overnemen van de standaardbepalingen in het bestemmingsplan, tot gevolg heeft dat er aan het plan een gebrek kleeft dat in rechte *kan* worden aangevochten wegens strijd met het recht. Dit is in onderhavige planprocedure echter niet gebeurd.

Gelet op het voorgaande kan niet worden uitgesloten dat de Afdeling geen gebruik zal maken van de bestuurlijke lus.

2. Bestemmingsplan herzien

Het enkel herzien van het vastgestelde bestemmingsplan "Valburg" leidt naar mijn mening niet tot het gewenste resultaat. Een herziening heeft immers betrekking op de toekomst en werkt niet terug. Op dit moment geniet Van Ginkel bescherming van de overgangsrechtelijke bepalingen zoals opgenomen in het bestemmingsplan "Valburg". Deze overgangsrechtelijke bepalingen kunnen met een enkele planherziening niet ongedaan worden gemaakt. Er kunnen alleen nieuwe of andere bepalingen gaan gelden vanaf het moment dat de herziening in werking treedt.

3. Bestemmingsplan intrekken

Volgens Van Buuren e.a. laat de Wet ruimtelijke ordening (Wro) ruimte voor twijfel bij beantwoording van de vraag of de gemeenteraad bevoegd is om een bestemmingsplan in te trekken (Van Buuren e.a., *Van WRO naar Wro*, 2008, p. 112-113). Ten aanzien van de mogelijkheid om een bestemmingsplan in te trekken merken Van Buuren e.a. het volgende op:

"(...) Anders dan de WRO bevat [de Wro] op dit punt geen uitdrukkelijke bepaling. Volgens artikel 35 WRO kon de gemeenteraad besluiten een bestemmingsplan geheel of gedeeltelijk in te trekken. Op grond van hetzelfde artikel moest daartoe de bestemmingsplanprocedure worden doorlopen. De Wro bevat evenwel geen bepaling die de raad tot intrekking bevoegd maakt, laat staan dat zij regelt welke procedure in dat geval moet worden gevolgd. Het probleem is dat niet duidelijk is wat het rechtsgevolg is van een intrekking van een bestemmingsplan. Herleeft dan het oude plan waarvan mag worden aangenomen dat het was vervallen bij de inwerkingtreding van het nieuwe (later ingetrokken) plan? Wat in ieder geval wel mogelijk lijkt, is dat een gemeenteraad een bestemmingsplan dat is vastgesteld, onafhankelijk van de vraag of het al dan niet in werking is getreden, ook tijdens het beroep op de rechter al dan niet gedeeltelijk herzieet."

Naar de mening van Van Buuren e.a. lijkt te kunnen worden verdedigd dat de intrekking van een bestemmingsplan (wel) mogelijk is indien er sprake is van een gelijktijdige herziening van het bestemmingsplan (Van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, zevende druk 2009, p. 119-120):

"(...) Verdedigd kan worden dat aan een afzonderlijke en als zodanig aangeduide intrekkingsbevoegdheid onder de Wro ook geen behoefte bestaat. Blijkens artikel 3.1 Wro moet immers voor het gehele grondgebied van de gemeente een bestemmingsplan gelden. Een intrekking van een bestemmingsplan zonder dat sprake is van een gelijktijdige herziening daarvan zou tot gevolg hebben dat er ter plaatse geen bestemmingsplan zou gelden. Dat laat de wet niet toe. Zo bezien, kan worden betoogd dat een intrekkingsbevoegdheid naast de herzieningsbevoegdheid niet nodig is."

Ten aanzien van de vraag of de gemeenteraad een wijziging in een bestemmingsplan hangende de planprocedure zonder verdere procedure mag aanbrengen, of dat daarvoor de bestemmingsplanprocedure opnieuw moet worden gevolgd, hebben Van Buuren e.a. zich op het standpunt gesteld dat de hele planprocedure (opnieuw) moet worden gevolgd, ook bij een relatief kleine herziening hangende beroep. Wellicht dat een uitzondering zou kunnen worden gemaakt voor het herstel van kennelijke vergissingen in de regels of op de plankaart (Van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, zevende druk 2009, p. 120).

Ik betwijfel overigens of laatstgenoemde optie soelaas biedt voor onderhavige kwestie, aangezien de overgangsrechtelijke bepalingen in het bestemmingsplan reeds in werking zijn getreden. Die bepalingen dienen in mijn optiek eerst 'ongedaan' te worden gemaakt, voordat herstel van die bepalingen mogelijk is. Dit zou betekenen dat enkel tot intrekking en herziening kan worden overgegaan door middel van een nieuwe bestemmingsplanprocedure.

Gelet op het voorgaande zou dus kunnen worden overwogen om het bestemmingsplan "Valburg" (gedeeltelijk) in te trekken onder gelijktijdige (gedeeltelijke) herziening van het bestemmingsplan. Aangezien over zo'n intrekking en herziening (onder de Wro) geen jurisprudentie bekend is, zal moeten worden afgewacht of de Afdeling een dergelijke handelwijze sanctioneert. Het (gedeeltelijk) intrekken van het plan onder gelijktijdige herziening ervan is dus niet zonder risico; er bestaat geen zekerheid of langs die weg het beoogde resultaat wordt bereikt.

4. Verzoek tot aanvulling

Ik verwacht dat een aan de Afdeling gericht verzoek in de pleitnota om de regels in het bestemmingsplan aan te vullen, niet tot het beoogde succes zal leiden. Indien voor deze optie zou worden gekozen, dan dient er naar mijn smaak in ieder geval een verzoek aan de Afdeling aan vooraf te zijn gegaan om (al dan niet met toepassing van de bestuurlijke lus) de regeling van het overgangsrecht aan te passen conform artikel 3.2.2 Bro.

Als een dergelijk verzoek eerst in de pleitnota wordt opgenomen, dan moet er rekening mee worden gehouden dat de Afdeling het verzoek passeert omdat het te laat naar voren is gebracht.

Tot besluit

Gelet op het bovenstaande zou kunnen worden geprobeerd om de Afdeling reeds voor de zitting (schriftelijke) te verzoeken de overgangsrechtelijke bepalingen in het bestemmingsplan aan te vullen conform de regeling in het Bro, al dan niet door gebruik te maken van de bestuurlijke lus. Tijdens de zitting bij de Afdeling zou dan op dit verzoek kunnen worden gewezen.

Een andere optie is het (gedeeltelijk) intrekken van het bestemmingsplan onder gelijktijdige herziening ervan om langs die weg te proberen de overgangsrechtelijke bepalingen in het bestemmingsplan aan te passen.

Evenals de optie om de Afdeling te verzoeken de overgangsrechtelijke bepalingen in het bestemmingsplan (al dan niet door middel van de bestuurlijke lus) aan te vullen conform de regeling in het Bro, geldt ook voor de optie van intrekking en herziening dat niet duidelijk is of de Afdeling dit toelaat. In zoverre kleef aan beide opties een risico.

Als u vragen heeft naar aanleiding van het bovenstaande dan verneem ik dat graag. Uiteraard ben ik bereid om zonodig nog een nadere toelichting te geven.

Hartelijke groet,



Mark Tunnissen