

HEKKELMAN & ADVOCATEN NOTARISSEN

HEKKELMAN ADVOCATEN N.V.

PRINS BERNHARDSTRAAT 1

(HOEK ORANJESINGEL 51)

POSTBUS 1094

6501 BB NIJMEGEN

WWW.HEKKELMAN.NL

KDO Vastgoedontwikkeling
t.a.v. de heer N. Gerritsen
Postbus 38
6650 AA DRUTEN

PER E-MAIL n.gerritsen@kdobv.nl

Nijmegen, 7 september 2010

Ons kenmerk : 20102120 TL/rw
Inzake : KDO/Barten
Doorkiesnummer : 024-3828385
Direct faxnummer : 024-3828372
E-mail : t.lam@hekkelman.nl

Geachte heer Gerritsen,

Op 26 augustus 2010 bespraken wij de voortgang van het bestemmingsplan "Valburg, Molenzicht" (hierna: "*het bestemmingsplan*"). U heeft geconstateerd dat de heer Barten en mevrouw Slebus doende zijn fruitbomen aan te planten op hun percelen aan de Tielsestraat te Valburg. Voorts zouden zij bij de gemeente aandacht gevraagd hebben voor de spuitzones rond deze bomen. Volgens hen is er sprake van een boomgaard en zou er een spuitzone gelden van 50 meter. Enkele geplande woningen zouden in de spuitzone gesitueerd zijn. U vermoedt dat Barten en Slebus de gemeenteraad willen bewegen vanwege de beweerdelijke spuitzone niet tot vaststelling van het bestemmingsplan over te gaan.

Tegen deze achtergrond heeft u mij verzocht uw juridische positie in beeld te brengen. Mijn bevindingen treft u hierna aan.

1. Ontbreken zienswijzen

U deelde mij mede dat noch de heer Barten, noch mevrouw Slebus, noch enig andere mogelijk belanghebbende een zienswijze heeft ingediend tegen het ontwerpbestemmingsplan waarin de beweerdelijke aanwezigheid van een spuitzone aan de orde is gesteld. Dit betekent dat de gemeenteraad niet gehouden is in het kader van de vaststelling van het bestemmingsplan een overweging te wijden aan de beweerdelijke spuitzone. Als Barten c.s. dat aan de orde hadden willen stellen, hadden zij tijdig een zienswijze moeten indienen. Van belang is dat degenen die geen zienswijze hebben ingediend ook niet de mogelijkheid hebben om tegen het besluit omtrent de vaststelling van het bestemmingsplan beroep in te stellen bij de Afdeling. Het kan en

mag uiteraard niet zo zijn dat thans via de achterdeur alsnog getracht wordt een zienswijze in te dienen. Daarmee zou het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht, dat erop neerkomt dat alleen degenen die tijdig rechtsbeschermingsmiddelen aanwenden toegang tot de bestuursrechter hebben, doorkruist worden.

Reeds om deze reden ben ik van mening dat de beweerdelijke spuitzone bij het besluit omtrent vaststelling van het bestemmingsplan geen rol mag spelen.

2. Spuitzone

Voor zover daarover onverhoopt anders zou worden geoordeeld, zal ik hierna stilstaan bij de vraag of er inderdaad sprake is van een spuitzone.

2.1 Spuitzone in beginsel 50 meter, echter afwijken is mogelijk

In geen enkele wettelijke regeling zijn afstanden vastgelegd die in acht genomen moeten worden bij woningbouw ten opzichte van boomteelt of fruitteelt. Zo biedt de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden geen concrete normen voor minimaal aan te houden afstanden tussen gronden waarop geteeld mag worden en nabijgelegen woningen.

Er is wel een aantal buitenwettelijke documenten waarin beschermingsafstanden zijn neergelegd. Deze documenten mogen in beginsel niet worden genegeerd, zo blijkt uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: *“de Afdeling”*). De buitenwettelijke normen kleuren de beleids- en beoordelingsvrijheid van de overheid in. De Afdeling heeft de (onder andere door gedeputeerde staten van Gelderland gehanteerde) afstand van 50 meter tussen burgerwoningen en fruitteelt aanvaard. De Afdeling acht de toepassing van een spuitzone van 50 meter in beginsel niet onredelijk.¹ In de uitspraak van de Afdeling van 11 februari 2009² overweegt de Afdeling dat zowel de provincie Gelderland als de gemeente Geldermalsen *“zich in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat een afstand van 50 meter toereikend kan worden geacht om risico’s voor de volksgezondheid als gevolg van het gebruik van bestrijdingsmiddelen te voorkomen dan wel voldoende te beperken.”*

Aangezien de afstand van 50 meter geen wettelijke basis heeft, kan onder omstandigheden een kleinere of grotere afstand aangewezen zijn. Op grond van de jurisprudentie dient onderzocht te worden of er bijzondere omstandigheden zijn die ertoe nopen dat een kleinere afstand dan 50 meter wordt gehanteerd. De Afdeling overwoog in de uitspraak van 23 juni 2004³ het volgende:

“(…) De Afdeling is echter van oordeel dat verweerder had dienen te onderzoeken of, gelet op de betrokken belangen, sprake was van bijzondere omstandigheden die noopten tot afwijking van de

¹ Zie bijvoorbeeld AbRvS 23 juni 2004, zaaknummer 200400297/1 (www.raadvanstate.nl).

² Zaaknummer 200706723/1 (www.raadvanstate.nl)

³ Zaaknummer 200400297/1 (www.raadvanstate.nl)

in de vuistregel neergelegde indicatieve afstand van 50 meter. Verweerder heeft dit miskend. (...)."

Gelet op de aard van de teelt en overige feitelijke omstandigheden kan volgens jurisprudentie van de Afdeling een kortere afstand gehanteerd worden indien aannemelijk is dat er geen gezondheidsrisico's optreden.

2.2 Planologische mogelijkheden zijn bepalend

Of er sprake is van een spuitzone hangt af van het antwoord op de vraag of op grond van het bestemmingsplan ter plaatse teelt- en kweekactiviteiten mogen worden uitgeoefend.

In een uitspraak van 13 juni 2007⁴ formuleert de Afdeling het aldus:

"(...) De al dan niet aanwezige agrarische activiteiten op het perceel van appellanten laten naar het oordeel van de Afdeling echter onverlet dat ter plaatse nog immer een bedrijfsmatige, agrarische bestemming rust, zodat daar bedrijfsmatige activiteiten kunnen worden verricht, nog daargelaten dat appellanten hebben gesteld dat zij voorheen ter plaatse een fruit- en vervolgens bloementeelbedrijf hebben uitgeoefend en ook nu nog doende zijn hun agrarische activiteiten nieuw leven in te blazen. (...)"

(NB: de laatste passage aangaande het 'nieuw leven inblazen van agrarische activiteiten' wordt door de Afdeling in aanmerking genomen omdat dit planologisch was toegestaan. Zoals ik in de volgende paragraaf 'overgangsrecht' zal bespreken is een dergelijke intensivering op de percelen van de heer Barten en mevrouw Slebus niet mogelijk.

(Onderstreping en toevoeging mijnerzijds, TL).

Dit betekent dat moet worden getoetst of Barten c.s. op basis van het bestemmingsplan op hun percelen rechtmatig een fruitboomgaard mogen exploiteren.

2.2.1 Het vigerende bestemmingsplan

Op grond van het vigerende bestemmingsplan "Valburg" (in werking getreden op 1 oktober 2009) zijn de percelen van Barten c.s. bestemd als "Agrarisch". Op grond van artikel 3.4.1 van de planregels valt onder strijdig gebruik binnen de bestemming "Agrarisch" in elk geval het gebruik van de gronden en/of opstallen ten behoeve van boom- en/of fruitteeltbedrijf. Dit betekent dat de exploitatie van een fruitboomgaard ter plaatse niet is toegestaan.

Voor zover Barten c.s. zouden beweren dat geen sprake is van bedrijfsmatige exploitatie, maar dat zij hobbymatig fruit telen, wijs ik erop dat er ook in die benadering sprake is van strijd met het bestemmingsplan. Immers, een hobbymatig gebruik sluit aan bij een bestemming burgerwoning en past niet in de bestemming 'Agrarisch' die ter plaatse vigeert. De als "Agrarisch" aangewezen gronden zijn namelijk op grond van artikel 3.1 van de planvoorschriften enkel bestemd voor de uitoefening van grondgebonden veehouderijbedrijven, glastuinbouwbedrijven en evenementen.

⁴ Zaaknummer 200606431/1 (www.raadvanstate.nl)

2.2.2 Overgangsrecht

Voor zover Barten c.s. zouden stellen dat sprake is van gebruik dat op grond van het overgangsrecht mag worden voortgezet, is het volgende van belang.

Artikel 25.2.1 van het vigerende bestemmingsplan bepaalt dat het gebruik op het tijdstip van inwerkingtreding van het bestemmingsplan (1 oktober 2009), dat hiermee in strijd is, mag worden voortgezet. Een beroep op het overgangsrecht zou slechts in beeld komen als de fruitbomen ter plaatse reeds op 1 oktober 2009 aanwezig waren. Dit is niet het geval. U heeft immers geconstateerd dat de fruitbomen recent zijn aangeplant. Voor zover gesteld zou worden dat er al een fruitboomgaard aanwezig was, geldt dat gebruik dat onder het overgangsrecht valt niet mag worden geïntensiveerd. De nieuwe fruitbomen zullen in de beoordeling dus niet mogen worden betrokken. Conform mijn advies heb ik burgemeester en wethouders inmiddels verzocht tegen het strijdige gebruik handhavend op te treden. Een kopie van het handhavingsverzoek heb ik voor de volledigheid aan dit advies gehecht.

Als de nieuw aangeplante fruitbomen buiten beschouwing worden gelaten, kan niet worden volgehouden dat sprake is van een fruitboomgaard. Op basis van de foto's die u mij ter hand heeft gesteld, stel ik vast dat ter plaatse eerder sprake is van een wildernis dan van een fruitboomgaard. Ik hecht een aantal foto's aan dit advies. Op basis van deze foto's is het uitermate onwaarschijnlijk dat de wildernis pas sinds 1 oktober 2009 is ontstaan. Er lijkt veeleer sprake van verwaarlozing gedurende vele jaren.

Op basis van het vorenstaande kan aan een beroep op het overgangsrecht niet worden toegekomen. De vraag of en in hoeverre het op grond van het voorheen geldende bestemmingsplan was toegestaan ter plaatse een fruitboomgaard te exploiteren, laat ik daarom verder rusten.

3. Bijzondere omstandigheden; geen spuitzone

Voor zover geoordeeld zou worden dat zich op het perceel van Barten c.s. een fruitboomgaard bevindt waartegen niet handhavend kan (moet) worden opgetreden, rijst de vraag of dat ook betekent dat sprake is van een spuitzone van 50 meter. Naar mijn stellige overtuiging is dat niet het geval. Ter toelichting strekt het navolgende.

De Afdeling heeft in een aantal uitspraken op grond van *feitelijke* omstandigheden een kleinere spuitzone dan 50 meter aanvaardbaar geacht, als er door de *feitelijke* omstandigheden ook op een kleinere afstand dan 50 meter sprake was van een goed woon- en leefklimaat. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Afdeling van 13 mei 2009⁵ waarin de Afdeling overweegt dat de *feitelijke* (afwijkende) manier van het spuiten van bloembollen verschil maakt in de aan te houden afstand. Op grond van de jurisprudentie blijken de omvang van de kweek- en teeltactiviteiten van belang, evenals de frequentie en de manier van spuiten (het toepassen

⁵ Zaaknummer 200801516/1 (www.raadvanstate.nl)

van bestrijdingsmiddelen). Hieronder zal ik deze jurisprudentie bespreken en aangeven waarom deze van toepassing is op de percelen van Barten c.s.

3.1 Geen/zeer geringe omvang teeltactiviteiten

Op basis van de foto's staat vast dat er geen sprake is van een fruitboomgaard die regelmatig wordt onderhouden en die regelmatig wordt bespoten. Daarbij komt dat het vigerende bestemmingsplan eraan in de weg staat dat intensivering van het gebruik plaatsvindt. Ook het verrichten van spuitactiviteiten, die op de peildatum niet werden verricht, dient als een intensivering te worden aangemerkt en is daarom niet toegestaan. Onder deze omstandigheden is van een spuitzone geen sprake.

Ik verwijs in dit verband naar de uitspraak van de Afdeling van 24 april 2002⁶ waarin de Afdeling overwoog dat een perceel met heesters (*callicarpa*) een dusdanig geringe omvang had, ongeveer 600 m², dat geen sprake was van een boomgaard waarvoor een afstand van 50 meter in acht genomen zou moeten worden. Een afstand van 25 meter, in plaats van 50 meter, tussen de heesters en de woningbouw vond de Afdeling voldoende. De met fruitbomen vergelijkbare hoogte maakte dit niet anders. Verder overwoog de Afdeling dat het TNO-onderzoeksrapport *"Emissie van gewasbeschermingsmiddelen uit boomgaarden naar de lucht"* waarin een afstand van 50 meter wordt aangehouden, alléén geldt voor boomgaarden die machinaal worden gespoten door met een spuit- of neveltoestel op een trekvoertuig door de boomgaard te rijden. Appellanten bespoten de heesters enkel handmatig. Het spuiten vond bovendien slechts in een beperkt deel van het jaar plaats, te beginnen vanaf eind september. Intensivering van de spuitactiviteiten in de toekomst viel redelijkerwijs niet te verwachten. Onder deze omstandigheden vond de Afdeling een afstand van 25 meter afdoende om te zorgen voor een goed woon- en leefklimaat. De Afdeling overwoog als volgt:

*"(...) Er zijn geen wettelijke bepalingen inzake de minimaal aan te houden afstanden tussen gronden waarop bomen en andere gewassen in de open lucht worden gekweekt en nabijgelegen burgerwoningen. Evenmin is onderzoek gedaan naar de emissies van gewasbeschermingsmiddelen specifiek voor heesters. In het deskundigenbericht wordt gewezen op een TNO-onderzoeksrapport "Emissie van gewasbeschermingsmiddelen uit boomgaarden naar de lucht" (hierna: het TNO-rapport), dat in opdracht van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke ordening en Milieubeheer is gemaakt en op 12 april 1994 is verschenen. Volgens het deskundigenbericht zijn de resultaten van dit onderzoek ook in deze zaak relevant, omdat de *callicarpa* weinig in hoogte verschilt van fruitbomen. Uit het TNO-rapport kan worden opgemaakt dat er onder omstandigheden volgens normale landbouwpraktijken tot 40 meter vanaf de perceelsgrens een duidelijke invloed kan zijn van de druppelvormige emissie van gewasbeschermingsmiddelen. (...) De Afdeling is evenwel van oordeel dat geen aanleiding bestaat om het TNO-rapport op dit geval van toepassing te achten. Hoewel *callicarpa* in hoogte overeenkomt met fruitbomen, betreft het hier geen boomgaard maar een perceel heesters van geringe omvang, namelijk ongeveer 600 m². Bovendien heeft het TNO-rapport betrekking op machinaal spuiten door een spuit- of neveltoestel met een trekvoertuig door de boomgaard te rijden, terwijl appellanten sub 2 de *callicarpa* handmatig bespuiten. Het spuiten door appellanten*

⁶ Zaaknummer 200004634/1, LJN AE1845 (www.rechtspraak.nl)

sub 2 vindt voorts slechts in een beperkt deel van het jaar plaats, te beginnen vanaf eind september. Intensivering van de spuitactiviteiten in de toekomst valt redelijkerwijs niet te verwachten. Onder deze omstandigheden bestaat geen grond voor het oordeel dat verweerders in dit geval niet in redelijkheid de afstand tussen het perceel met onbedekte teelt van appellanten sub 2 en de bebouwingsgrens in het plangebied toereikend hebben kunnen achten (...)."
(Onderstrepingen mijnerzijds, TL)

Dat er in de hiervoor besproken casus volstaan kon worden met een kleinere afstand wil niet zeggen dat dat in uw geval ook aan de orde is. Aangezien er niet wordt/mag worden gespoten, is van een spuitzone geheel geen sprake.

3.2 Conclusie bijzondere omstandigheden

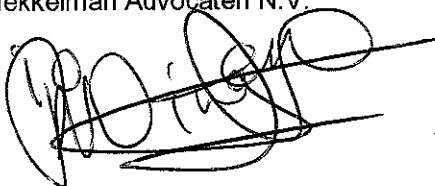
Voor zover er ter plaatse een fruitboomgaard aanwezig zou zijn (hetgeen op goede gronden betwist kan worden) geldt dat er sprake is van bijzondere omstandigheden die zodanig zijn dat geen rekening behoeft te worden gehouden met een spuitzone. Er is immers geen sprake van een fruitboomgaard die wordt bespoten. Het is bovendien niet mogelijk de bedrijfsvoering aldus te wijzigen dat er alsnog wordt gespoten, omdat er dan strijdigheid met het bestemmingsplan ontstaat. Aangezien geen rekening gehouden hoeft te worden met een spuitzone, is de gemeenteraad (vooral nu hierover geen zienswijzen zijn ingediend) niet gehouden in het kader van de vaststelling van het bestemmingsplan een overweging te wijden aan de beweerdelijke spuitzone.

4. Afsluiting

Op grond van het voorgaande ben ik van mening dat er geen belemmeringen zijn voor de gemeenteraad om het bestemmingsplan ongewijzigd vast te stellen:

- a. er zijn geen zienswijzen met betrekking tot de beweerdelijke spuitzone ingediend;
- b. er is geen sprake van een fruitboomgaard op de percelen van Barten c.s., zodat er geen spuitzone geldt;
- c. voor zover er wel een fruitboomgaard zou zijn, geldt dat deze niet wordt, en niet mag worden bespoten, zodat er sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan er geen spuitzone geldt.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.



T.E.P.A. Lam
advocaat

Bijlagen: 2