

VERTROUWELIJK/TEN BEVOEGE VAN INTERN BERAAD
PER E-MAIL
Gemeente Overbetuwe
T.a.v. de heer C. van Oevelen
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 / Spuitzones / Advies

DATUM: 23 september 2010
ONZE REF: 204451/MT/mt
UW REF:

Geachte heer Van Oevelen,

Recent heeft u ons verzocht de adviezen van mr. Lam van Hekkelman advocaten & notarissen ter zake van de vermeende spuitzones op de percelen van de heer Barten en mevrouw Jansen-Slebus te beoordelen. Voorts heeft u ons de vraag voorgelegd of een eventuele spuitzone in het kader van de bestemmingsplan-procedure kan worden genegeerd. Hierna treft u mijn bevindingen aan.

Inleiding

Voorname adviezen dateren van 7 september 2010 en 16 september jl., hierna ook te noemen: "de adviezen". In het advies van 7 september 2010 is ingegaan op de vermeende spuitzone op het perceel van de heer Barten. Het advies van 16 september jl. heeft betrekking op de vermeende spuitzone op het perceel van mevrouw Slebus.

Ten aanzien van beide percelen wordt geconcludeerd dat er voor de gemeenteraad geen belemmeringen zijn om het bestemmingsplan "Valburg, Molenzicht" ongewijzigd vast te stellen. Voor wat betreft het perceel van Barten komt mr. Lam tot de conclusie dat ongeacht of er ter plaatse een fruitboomgaard aanwezig is, er geen spuitzone geldt. Die conclusie wordt ook getrokken ten aanzien van het perceel van Slebus. Aan die conclusie wordt echter toegevoegd dat voor zover er ter plaatse wel een fruitboomgaard aanwezig zou zijn, waarbij zou worden aangenomen dat deze wordt bespoten, er op grond van bijzondere omstandigheden met een kleinere spuitzone dan 50 meter kan worden volstaan.

Spuitzone

Uit vaste jurisprudentie blijkt dat de Afdeling een afstand van 50 meter tussen burgerwoningen en fruitteelt aanvaardbaar acht. Ik wijs ter illustratie op een uitspraak van de Afdeling van 31 maart 2010 (zaaknummer 200904633/1):

Apeldoorn

Arnhem

Zwolle

Velperweg 10
6824 BH Arnhem
Postbus 9220
6800 KA Arnhem
tel. 026 - 3 575 757
fax 026 - 4 424 942
info@nysingh.nl
www.nysingh.nl

aangesloten bij:
TAGLaw

De Stichting Derdengelden
Nysingh advocaten voert het
beheer over de gelden die
cliënten aan het advocaten-
kantoor hebben toevertrouwd.

bankrelatie van de Stichting:
ABN Amro 48 82 55 953

BTW NL8124.01.207.B01
IBAN: NL66ABNA0488255953
BIC: ABNANL2A

*Nysingh advocaten-notarissen
N.V. is gevestigd in Apeldoorn
en ingeschreven in het handels-
register onder nr. 08118371.
Alle diensten en (andere) werk-
zaamheden 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 beroepsaansprakelijkheids-
verzekering 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.*

“Ten aanzien van de in acht te nemen spuitzone (...) wordt overwogen dat er geen wettelijke bepalingen zijn inzake de minimaal aan te houden afstanden tussen boomgaarden waarin met bestrijdingsmiddelen kan worden gespoten en nabijgelegen woningen en tuinen. Het college [van GS van Gelderland] hanteert in de provinciale toetsingspraktijk de vuistregel dat tussen gevoelige functies en agrarische bedrijvigheid in de fruitsector in het algemeen een minimale afstand van 50 meter dient te worden aangehouden in verband met een eventuele schadelijke blootstelling aan gewasbeschermingsmiddelen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...) is toepassing van de vuistregel om een afstand aan te houden van 50 meter tussen gevoelige functies en agrarische bedrijvigheid in de fruitsector waarbij gewasbeschermingsmiddelen worden gebruikt, in het algemeen niet onredelijk.” [toevoeging mijnerzijds, MT].

Zoals terecht in de adviezen is opgemerkt, kan onder bijzondere omstandigheden een kleinere of grotere afstand dan 50 meter zijn aangewezen. Ik wijs ter zake op een uitspraak van de Afdeling van 23 september 2009 (zaaknummer 200900570/1):

“Op grond van de jurisprudentie wordt een afstand van 50 meter als spuitzone aanvaardbaar geacht, zij het dat de specifieke omstandigheden van een geval kunnen leiden tot het accepteren van een kleinere afstand (...). Vermindering van de afstand van 50 meter kan aanvaardbaar zijn vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval en na afweging van alle betrokken belangen. De door [appellante] genoemde afstand in de VNG-brochure kan hierbij geen rol spelen, aangezien de VNG-brochure geen richtlijnen geeft voor een aan te houden afstand bij het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen bij open teelt.”

Ik wijs er voorts op dat genoemde afstand van 50 meter niet alleen van toepassing is op boomgaarden die bedrijfsmatig worden geëxploiteerd, maar ook op hobbymatige teeltactiviteiten. In een uitspraak van de Afdeling van 24 februari 2010 (zaaknummer 200905405/1) wordt immers het volgende overwogen:

“Voorzover het college van burgemeester en wethouders met betrekking tot het hobbymatig gebruik (...) verwijst naar de uitspraak van de Afdeling van 23 september 2009 in zaak nr. 200900570/1, overweegt de Afdeling dat uit deze uitspraak niet volgt dat het enkele feit dat sprake is van hobbymatige teelt aanleiding geeft voor het oordeel dat in dergelijke gevallen geen spuitzone behoeft te worden aangehouden. Afgezien van een situatie waarin de bijzondere omstandigheden van het geval rechtvaardigen dat een kleinere afstand aangehouden mag worden, geldt de afstand van 50 meter die het college als vaste gedragslijn aanhoudt derhalve in beginsel niet uitsluitend voor bedrijfsmatige teelt, maar evenzeer voor hobbymatige teeltactiviteiten.”

Hieruit volgt dat ook ingeval van hobbymatige teeltactiviteiten onder bijzondere omstandigheden een spuitzone met een kleinere afstand dan 50 meter aanvaardbaar kan zijn.

Planologische mogelijkheid

Ik deel de opvatting in de adviezen dat de vraag of er sprake is van een spuitzone afhangt van het antwoord op de vraag of op grond van het bestemmingsplan ter plaatse teeltactiviteiten mogen worden verricht. Ik wijs ter illustratie op de uitspraak van de Afdeling van 23 september 2009:

“Het enkele feit dat het gebruik van de aan het perceel grenzende percelen (nog) niet duidelijk is, betekent niet dat reeds hierom geen spuitzone dient te worden aangehouden, dan wel dat deze beperkt kan blijven tot 30 of zelfs tot 5 meter (...). Ook de ligging van percelen met een woonbestemming op 20 dan wel 100 meter afstand van de aangrenzende percelen betekent niet dat op die percelen geen vorm van tuinbouw kan plaatsvinden waarbij gewasbeschermingsmiddelen kunnen worden gebruikt. Niet is voorgeschreven dat op de aangrenzende percelen alleen bedrijfsmatige tuinbouw dient plaats te vinden, zodat ook bijvoorbeeld een boomgaard als hobbymatige teelt toelaatbaar is. Ook daarbij is het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen niet uitgesloten.”

Vigerend bestemmingsplan

Op 1 oktober 2009 is het bestemmingsplan “Valburg” in werking getreden. OP grond van dit bestemmingsplan rust op de gronden van Barten en Slebus de bestemming “Agrarisch”.

De als "Agrarisch" aangewezen gronden zijn ingevolge artikel 3.1 van de planregels bestemd voor de uitoefening van grondgebonden veehouderijbedrijven, glastuinbouwbedrijf en evenementen, een en ander met de bijbehorende voorzieningen.

Op grond van artikel 3.4.1 van de planregels valt onder strijdig gebruik in de zin van artikel 7.10 Wro in ieder geval het gebruik van de gronden en/of opstallen binnen de bestemming "Agrarisch" ten behoeve van boom en/of fruitteeltbedrijven. Hieruit volgt dat het ter plaatse niet is toegestaan om (bedrijfsmatig) een fruitboomgaard te exploiteren. Gelet op artikel 3.1 van de planregels is het mijns inziens evenmin toegestaan om op de gronden van Barten en Slebus, hierna ook te noemen: "de betreffende gronden", hobbymatige teeltactiviteiten uit te oefenen.

Overgangsrecht

De vraag rijst of er ten aanzien van het gebruik van de betreffende gronden een beroep kan worden gedaan op het overgangsrecht in het bestemmingsplan "Valburg". Ingevolge artikel 25.2.1 van de planregels mag het gebruik van gronden dat bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van het vigerende bestemmingsplan (1 oktober 2009) en hiermee in strijd is, worden voortgezet.

U deelde mij mede dat er door Barten recent nieuwe fruitbomen zijn aangeplant. Zoals opgemerkt is het gelet op de vigerende bestemming niet toegestaan om de betreffende gronden te gebruiken om ter plaatse een bedrijfsmatige fruitboomgaard te exploiteren of hobbymatige teeltactiviteiten te verrichten. Voor wat betreft de nieuwe fruitbomen biedt het overgangsrecht enkel uitkomst, indien de nieuwe bomen al aanwezig waren op het moment van inwerkingtreding van het vigerende bestemmingsplan. Als dat niet het geval is, dan biedt het overgangsrecht voor die nieuwe fruitbomen geen soelaas.

Als de gronden van Barten en Slebus op het moment van inwerkingtreding van het vigerende bestemmingsplan werden gebruikt voor bedrijfsmatige exploitatie van een fruitboomgaard of voor hobbymatige teeltactiviteiten, dan mag dat gebruik gelet op (de tekst van) het overgangsrecht worden voortgezet. Uit de aan mij ter hand gestelde stukken blijkt niet of er op 1 oktober 2009 sprake was (en thans nog steeds is) van een bedrijfsmatige exploitatie van een fruitboomgaard of van hobbymatige fruitteeltactiviteiten. Als er op de peildatum sprake was van een bedrijfsmatige exploitatie van een fruitboomgaard of van hobbymatige fruitteeltactiviteiten, dan dient in beginsel rekening te worden gehouden met de aanwezigheid van een spuitzone op de betreffende gronden.

Een met de vigerende bestemming strijdig gebruik, mag overigens niet worden geïntensiveerd/vergroot. Ingevolge artikel 25.2.2 van de planregels is het immers verboden het met het bestemmingsplan strijdige gebruik (als bedoeld in artikel 25.2.1 van de planregels) te (laten) veranderen in een ander met dat plan strijdige gebruik, tenzij door deze verandering de afwijking naar aard en omvang wordt verkleind.

Ik merk op dat – zoals u bekend – de standaardregeling omtrent gebruik als bedoeld in artikel 3.2.2 van het Besluit ruimtelijk ordening (Bro) niet volledig is overgenomen in het vigerende plan. Dat neemt niet weg dat de wél in het bestemmingsplan opgenomen standaardbepalingen (uit het Bro) rechtskracht hebben gekregen. Ik wijs op de Nota van Toelichting op het Bro, waarin onder meer is opgemerkt:

"Bij de opzet van paragraaf 3.2 is gekozen voor standaardbepalingen die, behoudens expliciet toegelaten afwijkingen, in elk bestemmingsplan of de herziening daarvan moeten worden opgenomen. Een andere mogelijkheid zou zijn geweest de in dat hoofdstuk opgenomen bepalingen van kracht te doen zijn voor alle bestemmingsplannen zonder dat deze in het bestemmingsplan worden overgenomen. (...).

Het niet of niet juist overnemen van deze standaardbepalingen in het bestemmingsplan heeft tot gevolg dat er aan het plan een gebrek kleeft dat in rechte kan worden aangevochten wegens strijd met het recht."

Uit deze passages kan mijns inziens worden afgeleid dat enkel de in het bestemmingsplan opgenomen (standaard)bepalingen van betekenis zijn voor het toepasselijke overgangsrecht. Het Bro heeft ter zake geen aanvullende werking (vergelijk Van Buuren e.a., “Van WRO naar Wro”, Ibr 2008, p. 81: “Denkbaar was geweest dat de wetgever ervoor had gekozen om de standaardregels rechtstreeks op basis van het Bro te laten gelden, maar dat is niet het geval.”).

Gelet op het bovenstaande valt het gebruik dat op 1 oktober 2009 van de betreffende percelen werd gemaakt dus onder het overgangsrecht.

Ik merk hierbij wel op dat mij nog geen jurisprudentie bekend is, waaruit blijkt wat er rechtens geldt indien de standaardbepalingen uit het Bro niet (volledig) in een bestemmingsplan zijn overgenomen. De vraag naar de reikwijdte van het in het bestemmingsplan opgenomen overgangsrecht is overigens niet (meer) relevant, indien het gebruik van de betreffende gronden reeds was toegestaan op grond van het voorheen geldende bestemmingsplan.

Feitelijke situatie

Voor de vraag of er in onderhavige kwestie door Barten en Slebus met succes een beroep zou kunnen worden gedaan op het overgangsrecht, is onder meer van belang wat de aard en omvang van het gebruik van de betreffende gronden was ten tijde van de inwerkingtreding van het vigerende bestemmingsplan. Indien op het moment van inwerkingtreding van het geldende bestemmingsplan ter plaatse bedrijfsmatig een fruitboomgaard werd geëxploiteerd of hobbymatige teeltactiviteiten werden verricht, dan mag dat gebruik worden voortgezet. Voor zover niet (geheel) duidelijk is wat het gebruik was/is, is het zinvol dit (alsnog) te (laten) onderzoeken (daarover hieronder meer). Mijns inziens geldt hetzelfde voor het al dan niet bespuiten van de fruitbomen.

Hoewel in de adviezen onder meer wordt aangenomen dat de fruitbomen van Barten en Slebus niet worden bespoten, vraag ik mij af in hoeverre dat onderzocht en juist is. Voor beantwoording van de vraag of de bomen worden bespoten en wat een aanvaardbare omvang van de spuitzone is, is onderzoek noodzakelijk. De Afdeling overweegt in voornoemde uitspraak van 24 februari 2010 met betrekking tot het verrichten van onderzoek het volgende:

“Niet in geschil is dat in het plandeel waaraan het college goedkeuring heeft onthouden, op aanzienlijk kortere afstand dan 50 meter van de boomgaard op het perceel van [appellant] woningen waren voorzien. Op de raad rustte derhalve de verplichting om afwijking van deze vuistregel van 50 meter nader te onderbouwen in het plan.

Door het college van burgemeester en wethouders [van Beuningen] is in de schriftelijke uiteenzetting aangekondigd dat door de Universiteit van Wageningen onderzoek zou worden gedaan naar de omvang van de spuitzone rondom de desbetreffende boomgaard. Ter zitting is van de zijde van de gemeente meegedeeld dat deze onderzoeksopdracht is ingetrokken. Daarmee staat vast dat ten behoeve van het plan geen onderzoek is gedaan naar de wijze en frequentie van bespuiten en andere specifieke omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de omvang van de spuitzone van deze boomgaard en de mogelijke gezondheidsrisico's voor de bewoners van de nieuwe woningen in het plangebied.”

[toevoegingen mijnerzijds, MT].

Hieruit volgt dat het van belang is om de feitelijke situatie – ten tijde van de inwerkingtreding van het bestemmingsplan “Valburg” – in kaart te brengen. Mede aan de hand van de resultaten van zo'n onderzoek kunnen conclusies worden getrokken omtrent de aard en omvang van het gebruik van de gronden (is er sprake van een fruitboomgaard/fruitteelt en zo ja, betreft het bedrijfsmatige of hobbymatige activiteiten), het al dan niet bespuiten van de boomgaarden (wordt er gespoten, en zo ja op welke wijze en met welke frequentie) en de mogelijke gezondheidsrisico's voor de bewoners van de nieuwe woningen in het naastgelegen plangebied.

Wordt met het oog op een bestemmingsplanprocedure onvoldoende onderzoek verricht naar spuitzones, dan is niet uitgesloten dat een vaststellingsbesluit – mits het in rechte wordt aangevochten – wordt vernietigd. Ik wijs ter zake wederom op de uitspraak van de Afdeling van 24 februari 2010:

“Nu [appellant] de aannames omtrent zijn boomgaard van het college van burgemeester en wethouders [van Beuningen] heeft weerlegd en kennelijk geen navraag is gedaan bij [appellant] of anderszins onderzoek is verricht naar de feitelijke situatie met betrekking tot de boomgaard, heeft het college [van GS van Gelderland] zich terecht op het standpunt gesteld dat de afwijking van de aan te houden afstand van 50 meter in dit geval onvoldoende is onderbouwd.

De verwijzing door het college van burgemeester en wethouders naar de uitspraak van de Afdeling van 24 april 2002 in zaak nr. 200004634/1 [waar ook in de adviezen naar wordt verwezen] leidt niet tot een ander oordeel. Die uitspraak betreft geen vergelijkbaar geval, omdat het in die zaak ging om een perceel met heesters, welke blijkens het verhandelde ter zitting minder frequent en gedurende een kortere periode per jaar worden bespoten dan fruitbomen. Daarnaast was in die zaak sprake van handmatig bespuiten, terwijl [appellant] zijn boomgaard machinaal bespuit. Het betoog faalt in zoverre.”

[toevoegingen en onderstreping mijnerzijds, MT].

Bijzondere omstandigheden

Indien en voor zover de gronden van Barten en Slebus worden gebruikt voor (bedrijfsmatige of hobbymatige) fruitteelt en dat gebruik op grond van het overgangsrecht mag worden voortgezet, dan rijst de vraag of er sprake is van een spuitzone van 50 meter.

Zoals opgemerkt kunnen de bijzondere omstandigheden van het geval rechtvaardigen dat een kleinere afstand dan 50 meter aanvaardbaar is. Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat in het kader van die bijzondere omstandigheden onder meer van belang kunnen zijn de feitelijke situatie met betrekking tot de boomgaard, de wijze en de frequentie van het bespuiten van de boomgaard en de mogelijke gezondheidsrisico's voor de bewoners van de nieuwe woningen. Ik kan mij voorstellen dat in het kader van mogelijke gezondheidsrisico's (ook) van belang is welk soort gewasbeschermingsmiddel gebruikt wordt.

In de adviezen wordt ten aanzien van de bijzondere omstandigheden gewezen op een uitspraak van de Afdeling van 24 april 2002. U dient er gelet op de Afdelingsuitspraak van 24 februari 2010 rekening mee te houden dat in onderhavige kwestie – waarin net als in laatstgenoemde uitspraak sprake is van fruitbomen – geen 'gebruik' kan worden gemaakt van eerstgenoemde uitspraak. De Afdeling concludeert immers dat de uitspraak van 24 april 2002 geen vergelijkbaar geval betreft, omdat het in die zaak ging om een perceel met heesters, welke kennelijk minder frequent en gedurende een kortere periode per jaar worden bespoten dan fruitbomen.

Of er in onderhavige kwestie bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die de conclusie rechtvaardigen dat er geen rekening hoeft te worden gehouden met een spuitzone of dat een spuitzone van minder dan 50 meter aanvaardbaar is, kan zonder (nader) onderzoek moeilijk worden onderbouwd. Als blijkt dat op betreffende gronden slechts een gering aantal fruitbomen staat, deze bomen verwaarloosd/verwilderd zijn en niet worden bespoten, dan kan op grond van de jurisprudentie van de Afdeling worden onderbouwd dat geen rekening hoeft te worden gehouden met een spuitzone op de betreffende percelen.

Tot besluit

Op basis van de ter hand gestelde stukken kom ik tot de conclusie dat het gebruik van de gronden van Barten en Slebus (op 1 oktober 2009) op grond van het overgangsrecht kan worden voortgezet. Dit betekent dat als de betreffende gronden op de peildatum werden gebruikt voor bedrijfsmatige of hobbymatige fruitteelt, dat gebruik mag worden voortgezet. In beginsel dient dan rekening te worden gehouden met een spuitzone van 50 meter. Niettemin kunnen bijzondere omstandigheden van het geval rechtvaardigen dat een kleinere afstand mag worden aangehouden.

De vraag óf er op de betreffende gronden op 1 oktober 2009 een fruitboomgaard aanwezig was/is en zo ja, of er sprake was/is van bedrijfsmatige of hobbymatige fruitteelt, kan op basis van de beschikbare informatie (enkele luchtfoto's van de betreffende gronden) naar mijn smaak niet deugdelijk worden onderbouwd. (Nader) onderzoek zal dat moeten uitwijzen.

Door het verrichten van (nader) onderzoek kan bovendien worden vastgesteld of in voorkomend geval sprake is van bijzondere omstandigheden, die maken dat geen spuitzone in acht hoeft te worden genomen, of dat er weliswaar een spuitzone aanwezig is, maar dat mag worden volstaan met een (veel) kleinere afstand dan 50 meter.

Als blijkt dát er op de grond van Barten en/of Slebus een spuitzone aanwezig is, dan dient de vraag te worden beantwoord of een spuitzone in het licht van de bestemmingsplanprocedure kan worden genegeerd. Mijns inziens kan dat. Ter toelichting strekt het volgende.

Het ontwerp-bestemmingsplan "Valburg, Molenzicht" heeft ter inzage gelegen. De termijn om zienswijzen kenbaar te maken is reeds verstreken. Barten en Slebus hebben geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een zienswijze omtrent het ontwerpplan in te dienen.

Voor zover Barten en Slebus van mening waren geweest dat het ontwerpplan onvoldoende rekening houdt met de fruitteelt op hun grond of er anderszins geen sprake is van een goede ruimtelijke ordening/goed woon- en leefklimaat, dan had het op de weg van Barten en Slebus gelegen om tijdig zienswijzen kenbaar te maken. Nu zij dat niet gedaan hebben, staat er voor Barten en Slebus gelet op artikel 6:13 Awb geen beroep open tegen het besluit omtrent (ongewijzigde) vaststelling van het bestemmingsplan (vergelijk: AbRS 22 december 1997, Gst. 2002/6603). Dit is slechts anders voor zover de gemeenteraad bij de vaststelling van het plan daarin wijzigingen aanbrengt ten opzichte van het ontwerp, of Barten en/of Slebus redelijkerwijs niet kan worden verweten niet tijdig een zienswijze naar voren te hebben gebracht omtrent het ontwerpplan (Vz. AbRS 15 maart 2010, zaaknummer 200909488/2: geen rechtvaardiging is gelegen in de omstandigheid dat iemand vanwege ziekte niet in staat was een zienswijze in te dienen).

Ik hoop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Indien u naar aanleiding van mijn bevindingen vragen heeft, dan verneem ik dat graag van u.

Met vriendelijke groet,



Mark Tunnissen