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

Hekkelman advocaten | notarissen

College van burgemeester en wethouders
van de gemeente Tubbergen
Postbus 30
7650 AA TUBBERGEN

Nijmegen, 22 september 2020

**Ons kenmerk**
Tubbergen/Advies RvR-beleid
20201182 - 1968011/1 - TL

**Telefoonnummer**
024 - 382 83 38

**E-mail**
t.lam@hekkelman.nl

**Faxnummer**
024 - 382 83 88

**Betreft**
Second opinion RvR-beleid

Geacht college,

U heeft mij gevraagd een second opinion uit te brengen over de vraag of het juridisch toelaatbaar is om publiekrechtelijke rechtspersonen uit te sluiten van deelname aan het 'Rood-voor-Roodbeleid'. Hierna treft u mijn second opinion aan.

## 1. Inleiding en vraagstelling

Op 15 december 2014 heeft de gemeenteraad de 'Beleidsnotitie Rood voor rood met gesloten beurs 2014' (hierna: *'het RvR-beleid'*) vastgesteld. Het RvR-beleid houdt, voor zover hier relevant, in dat een woning in het buitengebied gerealiseerd mag worden als tegelijkertijd landschapontsierende bebouwing wordt gesloopt en overige verbeteringen van de ruimtelijke kwaliteit plaatsvinden.

De gemeenteraad heeft, in zijn vergadering van 29 juni 2020, een motie aangenomen waarin hij aan burgemeester en wethouders heeft opgedragen om 'in de eerst volgende raadsvergadering de raad voor te stellen om publieke partijen van deelname aan het Rood voor Rood beleid uit te sluiten en daarbij bestuurlijke en juridische consequenties in beeld te brengen'. Achtergrond daarvan is dat de provincie als eigenaar van in de gemeente Tubbergen gelegen gronden woningen in het buitengebied wil (laten) realiseren.

In het raadsvoorstel van 11 augustus 2020, dat tijdens de raadsvergadering van 1 september 2020 aan bod is gekomen, vermelden burgemeester en wethouders dat het niet mogelijk is om 'publieke deelnemers' uit te sluiten van deelname aan het RvR-beleid. Samengevat wordt daarvoor in het raadsvoorstel de volgende onderbouwing gegeven:

Hekkelman advocaten en notarissen is de handelsnaam waaronder Hekkelman Advocaten N.V. (KvK nr. 09170462) en Hekkelman Notarissen N.V. (KvK nr. 09170507), beide statutair gevestigd te Nijmegen, ieder voor eigen rekening werken. Op onze dienstverlening zijn van toepassing de algemene voorwaarden (zie www.hekkelman.nl) waarin onder andere een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen.

> *"In het kader van een goede ruimtelijke ordening mogen bij de afweging om het bestemmingsplan wel of niet vast te stellen alleen ruimtelijke belangen worden afgewogen. Voorts gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waardoor een onderscheid tussen het type aanvrager niet gerechtvaardigd is.".*

Het raadsvoorstel is ingetrokken, omdat de gemeenteraad een second opinion op bovenstaand standpunt wil.

## 2. Second opinion

### 2.1. *Rood-voor-Roodbeleid: inhoud, doel en toepassingsbereik*

Artikel 2.1.6 van de Omgevingsverordening van de provincie Overijssel luidt als volgt:

> *"1. Bestemmingsplannen voor de Groene Omgeving kunnen – met in achtneming van het bepaalde in artikel 2.1.3 en artikel 2.1.4 en het bepaalde in artikel 2.1.5 – voorzien in nieuwvestiging en grootschalige uitbreidingen van bestaande functies in de Groene Omgeving, uitsluitend indien hier sociaal-economische en/of maatschappelijke redenen voor zijn én er is aangetoond dat het verlies aan ecologische en/of landschappelijke waarden in voldoende mate wordt gecompenseerd door investeringen ter versterking van ruimtelijke kwaliteit in de omgeving.*
>
> *2. Lid 1 is niet van toepassing op de bedrijfsontwikkeling en nieuwvestiging van agrarische bedrijven en op zelfstandige opstelling van zonnepanelen.*
>
> *3. In aanvulling op het gestelde onder 1 geldt voor nieuwe ontwikkelingen die plaatsvinden op gronden die vallen binnen het ontwikkelingsperspectief Ondernemen met Natuur en Water en die niet zijn aangeduid als Natuurnetwerk Nederland (NNN), geldt de voorwaarde dat de compensatie door investeringen ter versterking van ruimtelijke kwaliteit in de omgeving gericht dienen te zijn op de versterking van de kwaliteit van natuur, water en landschap.".*

In bovenstaand artikel is een regeling over de beoogde kwaliteitsimpuls in de 'Groene Omgeving' vastgelegd. De regeling is onder meer van toepassing op het realiseren van nieuwe woningen in het buitengebied. De regeling is verder uitgewerkt in (onder meer) het RvR-beleid van de gemeente.

Uit het RvR-beleid volgt dat een deelnemer aan dit beleid onder voorwaarden (sloop van bedrijfsbebouwing en overige verbeteringen van de ruimtelijke kwaliteit) woningen mag realiseren. De gedachte achter het beleid is dat de deelnemer met de opbrengst van de bouwkavel de sloopkosten en de investering in de ruimtelijke kwaliteit betaalt. Het hoofddoel van het RvR-beleid is het verbeteren van de ruimtelijke kwaliteit van het landelijke gebied.

In artikel 3.2 van het RvR-beleid is het toepassingsbereik daarvan vastgelegd. Daaruit blijkt dat het RvR-beleid niet persoonsgebonden is. Een deelnemer kan ook een publiekrechtelijke rechtspersoon (zoals de provincie, zie artikel 2:1 van het Burgerlijk Wetboek) zijn.

De gemeenteraad wil het toepassingsbereik van het RvR-beleid beperken door publiekrechtelijke rechtspersonen van deelname uit te sluiten. In het amendement dat u mij ter hand heeft gesteld, lees ik dat de gemeenteraad voor het uitsluiten van deelname van publiekrechtelijke rechtspersonen de volgende redenen heeft:

> *"In zijn motie van 29 juni 2020 overweegt de raad:*
> - *dat het tegengaan van verstening en verstedelijking van het buitengebied in het algemeen een belang is van publieke partijen;*
> - *dat publieke belangen in beginsel met publieke middelen dienen te worden gefinancierd;*
> - *dat financiering van kwaliteitsimpulsen in het landelijk gebied met compensatiewoningen niet het geëigende middel is om versterking van ruimtelijke kwaliteit door publieke partijen na te streven.".*

Voor een beperking van de reikwijdte van het RvR-beleid, zou dit beleid gewijzigd vastgesteld moeten worden.

Is dat juridisch mogelijk?

> NB. Ik richt mij op de vraag of het *juridisch* mogelijk is de provincie van het RvR-beleid uit te sluiten. Ik wijs erop dat het RvR-beleid een uitwerking van een provinciale regeling lijkt te zijn. Dat de provincie van diezelfde regeling geen gebruik zou mogen maken, kan de interbestuurlijke verhoudingen op spanning zetten.

2.2. *Juridisch kader: binding aan gelijkheids- en specialiteitsbeginsel*

Het RvR-beleid is vastgesteld ter uitwerking van artikel 2.1.6 van de Omgevingsverordening. Het RvR-beleid wordt (onder meer) toegepast als een aanvraag om een wijziging van het bestemmingsplan of om een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan[1] wordt ingediend waarbij wordt voorzien in (bijvoorbeeld) een woning in het buitengebied (de Groene Omgeving).

Aan de gemeenteraad komt bij de toepassing van artikel 2.1.6 van de Omgevingsverordening (bij de vaststelling van een bestemmingsplan / beslissing op een aanvraag omgevingsvergunning om af te wijken van een bestemmingsplan) beleidsruimte toe. De gemeenteraad kan deze beleidsruimte inkleuren door middel van beleidsregels (zie titel 4.4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: *'de Awb'*)). Het vaststellen van beleidsregels komt de voorspelbaarheid, transparantie en rechtsgelijkheid in het algemeen ten goede. (Goed) beleid voorkomt willekeur en draagt eraan bij dat vergelijkbare gevallen gelijk behandeld worden.

[1] Zie artikel 1.2.1 van de Omgevingsverordening, waaruit volgt dat onder een 'bestemmingsplan' tevens moet worden verstaan: 'omgevingsvergunningen waarbij met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onderdeel a, onder 3 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) wordt afgeweken van het geldende bestemmingsplan of de geldende beheersverordening'.

De gemeenteraad is ook bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden, en dus ook bij de vaststelling van beleidsregels die als kader voor de uitoefening van die bevoegdheden fungeren, gebonden aan het geschreven en ongeschreven recht. Daaronder worden mede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het gelijkheidsbeginsel) en het specialiteitsbeginsel verstaan.

Hoewel mij geen rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: *'de Afdeling'*) bekend is die één-op-één vergelijkbaar is, zou het mijns inziens in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het specialiteitsbeginsel (dat voor een deel in de artikelen 3:3 en 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: *'de Awb'*) is uitgewerkt) zijn om publiekrechtelijke rechtspersonen uit te sluiten van het RvR-beleid, en in lijn met dat beleid te weigeren op aanvraag van de provincie een bestemmingsplan vast te stellen of een omgevingsvergunning te verlenen. Ik licht dat hierna toe.

2.3. *Gelijkheidsbeginsel*

Het gemeentebestuur moet bij de uitoefening van (discretionaire) bevoegdheden overeenkomstig (onder meer) het gelijkheidsbeginsel handelen. De eerste vraag die rijst is of dit beginsel ook in een zuiver publiekrechtelijke verhouding opgaat, dus tussen bestuursorganen en/of publiekrechtelijke rechtspersonen onderling. Ik beantwoord die vraag bevestigend.

Hoofdstuk 2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: *'de Awb'*) gaat over verkeer tussen burgers en bestuursorganen. In de Awb is geen expliciete regeling vastgelegd voor, kort gezegd, het 'verkeer tussen bestuursorganen onderling'. Volgens de wetgever is dat niet nodig. Daaraan legt de wetgever de volgende redenering ten grondslag:

> *"Evenmin is een afzonderlijke regeling nodig voor rechtsverhoudingen tussen overheden. Indien een bestuursorgaan zich bijvoorbeeld als aanvrager van of derde-belanghebbende bij een vergunning tegenover een ander bestuursorgaan op een beleidsregel beroept, heeft eerstgenoemd bestuursorgaan evenzeer aanspraak op rechtszekerheid en gelijke behandeling als een burger in een vergelijkbare positie.".*[2] [Onderstreping mijnerzijds, TL]

Uit bovenstaand citaat uit de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat de wetgever van oordeel is dat een afzonderlijke regeling voor rechtsverhoudingen tussen overheden niet nodig is; een bestuursorgaan/publiekrechtelijke rechtspersoon kan zich, ook al is dat niet expliciet geregeld, jegens een ander bestuursorgaan/publiekrechtelijke rechtspersoon op het gelijkheidsbeginsel beroepen.

In de praktijk komt het overigens nauwelijks voor dat in zuiver publiekrechtelijke verhoudingen een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt gedaan. Eén van de schaarse voorbeelden is de uitspraak van de Afdeling van 4 juli 2018 over de reactieve aanwijzing van gedeputeerde staten van Noord-Brabant ten aanzien van een bestemmingsplan in de gemeente Gemert-Bakel. In die uitspraak beriep de raad zich jegens gedeputeerde staten op het gelijkheidsbeginsel. Volgens de raad zouden gedeputeerde staten bij de

---

[2] *Kamerstukken II* 1993/94, 27000, nr. 3, p. 126.

toepassing van de rood-voor-roodregeling verschillend omgaan met vergelijkbare gevallen. Ik citeer de relevante overwegingen:

> *"12. Voorts wijst Financieel Advies B.V. op een viertal woningen aan de overzijde van de Doonheide en op situaties in Uden en Zundert waarbij de provincie Noord-Brabant geen bijdrage heeft gevraagd die wat betreft hoogte vergelijkbaar was met de ruimte-voor-ruimte-regeling.*
>
> *Ook de raad stelt dat het college binnen de provincie verschillend omgaat met woningen die worden toegevoegd in het stedelijk zoekgebied. De raad wijst daarbij op een locatie aan de Irenestraat in St. Willebrord. In die, volgens de raad vergelijkbare situatie, zou het college geen bijdrage hebben gevraagd analoog aan die op grond van de ruimte-voor-ruimte-regeling zou moeten worden vergoed. De wel gevraagde bijdrage komt volgens het college overeen met de kosten die gemoeid zijn met het groen inrichten van beide bouwblokken.*
>
> *13. Over de door Financieel Advies B.V. en de raad gemaakte vergelijkingen met andere woningbouwmogelijkheden overweegt de Afdeling dat voor zover deze situaties overeenkomen met de onderhavige het college zich op het standpunt heeft gesteld dat hij niet kan uitsluiten dat hij in zoverre ten onrechte geen reactieve aanwijzing heeft gegeven, en het college in ieder geval wil voorkomen dat een dergelijke omissie zich opnieuw voordoet. Het college heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat het gelijkheidsbeginsel er niet toe noopt dat het college gehouden is thans wederom af te zien van het geven van een reactieve aanwijzing.".*[3] [Onderstreping mijnerzijds, TL]

Ik stel vast dat het gelijkheidsbeginsel ook geldt in een relatie die een puur publiekrechtelijk karakter kent.

Dit betekent concreet dat de provincie een beroep kan doen op het gelijkheidsbeginsel jegens het gemeentebestuur.

Dat kan zij overigens niet reeds bij de vaststelling van beleidsregels waarin zij wordt uitgesloten van deelname aan het RvR-beleid. De betreffende beleidsregels zijn immers niet voor bezwaar en beroep vatbaar.[4] Wel kan de provincie in een procedure tegen de weigering van het gemeentebestuur een bestemmingsplan vast te stellen of een omgevingsvergunning te verlenen, waarbij onder verwijzing naar het RvR-beleid is geoordeeld dat de provincie niet voor deelname in aanmerking komt, een beroep op het gelijkheidsbeginsel doen.

Het feit dat de provincie zich kan beroepen op het gelijkheidsbeginsel kan beroepen, wil uiteraard niet zeggen dat het beroep daarop succesvol zal zijn. Daarvoor is ook nodig dat de provincie aannemelijk kan maken dat 1) het gemeentebestuur gelijke gevallen ongelijk behandelt, 2) zonder daarvoor een objectieve rechtvaardiging te hebben, lees: het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

---

[3] AbRS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2233.
[4] Artikel 8:3, eerste lid en onder a, van de Awb.

Er is, gelet op het doel van het RvR-beleid, mijns inziens geen sprake van een objectieve rechtvaardiging voor het maken van onderscheid tussen private of publiekrechtelijke (rechts)personen. Een deelnemer aan het RvR-beleid mag woningen realiseren indien hij voldoet aan de gestelde voorwaarden. Het RvR-beleid heeft als hoofddoel het verbeteren van de ruimtelijke kwaliteit in het landelijke gebied. Ook publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen aan de gestelde voorwaarden voldoen en tegelijkertijd de doelen van het RvR-beleid nastreven. Daarvan uitgaande valt niet in te zien waarom een private partij wel, en een publieke partij niet voor deelname aan het RvR-beleid in aanmerking zou komen.

Ik concludeer dat een eventueel beroep van de provincie op het gelijkheidsbeginsel kansrijk is.

2.4. *Specialiteitsbeginsel*

Ook zou het uitsluiten van publiekrechtelijke rechtspersonen van het RvR-beleid in strijd kunnen komen met het specialiteitsbeginsel, dat (deels) is uitgewerkt in de artikelen 3:3 en 3:4 van de Awb. Op grond van artikel 3:3 van de Awb gebruikt een bestuursorgaan zijn bevoegdheid niet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend (verbod op misbruik van bevoegdheid / *détournement de pouvoir*). In artikel 3:4, eerste lid, van de Awb is verder vastgelegd dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt (plicht tot het betrekken van rechtstreeks betrokken belangen).

Het gemeentebestuur zal bij de vaststelling van een bestemmingsplan of bij het nemen van een besluit over een aanvraag om af te wijken van het bestemmingsplan moeten beoordelen of de voorziene planologische ontwikkeling in overeenstemming is met het criterium van 'een goede ruimtelijke ordening' (waarvan de toets aan het ruimtelijk relevante RvR-beleid onderdeel uitmaakt). Met het oog op dat criterium zijn deze bevoegdheden aan het gemeentebestuur toegekend.[5] Het gemeentebestuur mag deze bevoegdheden enkel voor dat doel aanwenden.

Als de gemeentebestuur de provincie uitsluit van het RvR-beleid, en als gevolg daarvan weigert een bestemmingsplan vast te stellen of een omgevingsvergunning te verlenen, zullen daaraan dus *ruimtelijke* motieven ten grondslag moeten liggen.[6] Ik zie (met het amendement van de raad) niet in dat voor uitsluiting van publiekrechtelijke rechtspersonen ruimtelijk relevante argumenten bestaan. Als de gemeenteraad publiekrechtelijke rechtspersonen zou uitsluiten van deelname aan het RvR-beleid, zou dit dus leiden tot een niet ruimtelijk relevant onderscheid tussen publiekrechtelijke rechtspersonen en private (rechts)personen. Dat zou in strijd zijn met het specialiteitsbeginsel (en artikel 3.1 van de Wro / artikel 2.12 van de Wabo).

---

[5] Zie artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening (bestemmingsplan) en artikel 2.12 van de Wabo (omgevingsvergunning afwijken bestemmingsplan).
[6] Zie bijvoorbeeld: AbRS 22 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE2832; AbRS 6 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3765.

## 3. Conclusie

De gemeente mag de provincie niet van de RvR-regeling uitsluiten. De uitsluiting zal wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel en het specialiteitsbeginsel (dat deels in de artikelen 3:3 en 3:4 van de Awb is uitgewerkt) geen stand houden.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.

i.o.

Tycho Lam
advocaat