

Advies

Van : mr. J. de Roos (Nysingh advocaten en notarissen)
Aan : Hoogheemraadschap De Stichtse Rijnlanden
Datum : 31 januari 2018
Betreft : Risico's strategienota Sterke Lekdijk

Hoogheemraadschap De Stichtse Rijnlanden (HDSR) staat voor de opgave om in het kader van het project Sterke Lekdijk ruim 50 kilometer primaire waterkeringen te versterken. Tijdige beschikbaarheid van de benodigde gronden is van groot belang. Tegen die achtergrond is de (concept) 'Strategienota grondverwerving Sterke Lekdijk' opgesteld. HDSR heeft mij twee vragen voorgelegd, die ik in het hierna volgende zal beantwoorden.

1. Biedt de Strategienota (en de daaraan ten grondslag liggende 'Kadernota grondzaken en vastgoed HDSR 2015-2020') voldoende juridische onderbouwing voor (het opstarten van) de grondverwerving?

Uit de Strategienota blijkt dat HDSR de te versterken primaire waterkering in eigendom wil verwerven, bij voorkeur op basis van overeenstemming, maar in het uiterste geval door middel van onteigening. De tijdelijk benodigde gronden wil HDSR in gebruik nemen op basis van overeenkomsten, maar bij het uitblijven van overeenstemming door het opleggen van een gedoogplicht ex art. 5.24 Waterwet (Wtw).

1.1. Onteigeningsnoodzaak bij dijkversterkingen in zijn algemeenheid

Onteigening is een uiterst middel ('ultimum remedium') en wordt niet noodzakelijk geacht indien de gewenste maatregelen eveneens met minder vergaande inbreuken kunnen worden gerealiseerd. Uitgangspunt is dat indien met een minder verstrekkende middel (bijvoorbeeld een overeenkomst, erfdienstbaarheid of opstalrecht) *hetzelfde* resultaat kan worden bereikt, onteigening uitsluitend mogelijk is in het geval dat over het minder verstrekkende alternatief geen overeenstemming kan worden bereikt.

Tegen die achtergrond kan men zich afvragen of onteigening ten behoeve van een dijkversterking wel noodzakelijk kan zijn, nu waterschappen beschikken over het instrument van de gedoogplichten als bedoeld in de Waterwet (en dan met name art. 5.24) en andere publiekrechtelijke instrumenten, zoals de Keur.

Tot op heden is de Kroon van oordeel dat ook bij dijkversterkingen onder omstandigheden van een noodzaak tot onteigening sprake kan zijn. De Kroon blijkt daarbij veel waarde te hechten aan beleid van het waterschap. De Kroon gaat uit van een onteigeningsnoodzaak indien uit het gevoerde beleid duidelijk blijkt dat en waarom het verkrijgen van de eigendom noodzakelijk wordt geacht en het beleid is overgenomen in het projectplan en in de zakelijke beschrijving (behorende tot de onteigeningsstukken).

Overwegingen die vaak ten grondslag liggen aan beleid dat uitgaat van het in eigendom hebben van de (primaire) waterkering zijn bijvoorbeeld, dat eigendom noodzakelijk is:

- om nu, maar ook in de toekomst, het vereiste veiligheidsniveau ten aanzien van de waterkering te kunnen garanderen;
- aangezien het van groot belang is actief en gericht beheer en onderhoud te kunnen voeren ter plaatse van de primaire waterkering;
- omdat uitsluitend dan de uniformiteit en continuïteit in geval van dijkverbeteringen gewaarborgd is, alsook de stabiliteit en duurzaamheid van de waterkering;
- om tijdig en doelmatig te kunnen optreden in geval van calamiteiten;
- voor een goede en efficiënte handhaving van de keur.
- zodat het waterschap bij zijn taakuitoefening niet afhankelijk is van de medewerking van de grondeigenaren en te allen tijde toegang heeft tot de waterkering;
- omdat het waterschap als eigenaar veel meer invloed kan uitoefenen en sturing kan geven

aan gebruik en onderhoud van de kering en daaraan strikte voorwaarden kan verbinden.

Deze overwegingen zijn onder andere terug te vinden in het KB van 7 april 2015, nr. 2015000607, Stcrt. 2015, nr. 11629 (dijkversterking Waterschap Vallei en Veluwe). Een van de rechthebbenden heeft in de gerechtelijke fase van die onteigeningsprocedure aangevoerd dat de Kroon ten onrechte voorbij is gegaan aan zijn verweer dat er minder verstreckende alternatieven zijn dan onteigening, maar dat verweer is door de rechtbank Midden-Nederland (in een niet gepubliceerd vonnis) gepasseerd.

In zijn recente arrest ter zake van de onteigening voor de Hedwigepolder heeft de Hoge Raad geoordeeld dat infrastructurele werken zich kenmerken doordat zij grootschalig zijn en mede betrekking hebben op de aanleg en het langdurige beheer van infrastructurele werken, waaronder waterkeringen waarmee de openbare veiligheid is gemoeid. Gelet daarop heeft de Kroon in redelijkheid tot het oordeel kunnen komen dat alleen de *volle eigendom* van en daarmee *volledige zeggenschap* over de gronden waarborgt dat de belangen die zijn gemoeid met het realiseren van de beoogde infrastructurele werken en het integrale beheer voldoende tot hun recht komen, aldus de Hoge Raad (HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:7, r.o. 3.6.5). Deze overwegingen van de Hoge Raad ondersteunen beleid dat uitgaat van het in (volle) eigendom hebben van primaire waterkeringen en daarmee de noodzaak tot onteigening ten behoeve van dijkversterkingen.

De nog in werking te treden Omgevingswet lijkt daarentegen afbreuk te doen aan die onteigeningsnoodzaak, omdat in die wet ook de eigendomspositie wordt geregeld van op grond van een gedoogplicht aangelegde en gewijzigde werken. Onder het huidige recht wordt met een gedoogplicht ex art. 5.24 Waterwet niet ook een opstalrecht verkregen en dus wordt de eigenaar van de (onder)grond door natrekking in beginsel ook eigenaar van het werk. In artikel 10.28 Omgevingswet is echter bepaald dat artikel 5:20, tweede lid, BW van toepassing is op werken van algemeen belang die met toepassing van een gedoogplichtbeschikking worden aangelegd, in stand gehouden, gewijzigd of verplaatst. Daarmee heeft na de inwerkingtreding van de Omgevingswet – op zijn vroegst in 2021 – te gelden dat degene die het werk aanlegt, in stand houdt, wijzigt of verplaatst eigenaar is van dat werk. De consequenties van deze bepaling zijn nog niet uitgekristalliseerd. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk wat dit betekent voor de eigendomsverhoudingen bij de enkele verbetering door bijvoorbeeld ophoging van (een gedeelte van) een dijk. Hieraan wordt in de wetsgeschiedenis en literatuur niet of nauwelijks aandacht besteed.

Kort en goed komt het erop neer dat het onder het huidige recht zeer wel mogelijk is om te onteigenen ten behoeve van een dijkversterking, mits uit het beleid van het waterschap duidelijk blijkt *dat* en *waarom* eigendomsverkrijging noodzakelijk wordt geacht en het beleid is overgenomen in het projectplan en de zakelijke beschrijving.

1.2. Onteigeningsnoodzaak in dit concrete geval

In de Strategienota is neergelegd dat het beleid van HDSR is om bij toekomstige dijkversterkingsprojecten de eigendom (van de kernzone) van primaire keringen te verwerven. Daarvoor wordt uitdrukkelijk verwezen naar de hiervoor al genoemde, door het college van dijkgraaf en heemraden op 26 augustus 2016 vastgestelde Kadernota, waarin dit beleid is neergelegd en dat (zo lees ik in de inleiding daarvan) een uitwerking vormt van het door het algemeen bestuur eerder vastgestelde grondbeleid. Dat laatste is wellicht goed om nog aan de Strategienota toe te voegen.

In de Kadernota is ten aanzien van primaire keringen in het *landelijk* gebied vermeld dat het streven is om deze in eigendom te verwerven, waarbij HDSR een aankoop zal doen als de kans zich voordoet, of als er een aanleiding voor is, bijvoorbeeld bij komende dijkversterkingsprojecten (Kadernota sub 5.2.1 Keringen). Ten aanzien van primaire keringen in het *stedelijk* gebied komt het beleid – zo begrijp ik het althans – op hetzelfde neer. Ten aanzien daarvan is vermeld dat HDSR derden niet actief zal benaderen en alleen een aankoop doet als de kans zich voordoet, bijvoorbeeld als een perceel wordt aangeboden of bij komende dijkversterkingsprojecten. Deze

formulering biedt voldoende juridische onderbouwing om over te gaan tot eigendomsverwerving, in het uiterste geval door middel van onteigening.

Voor de volledigheid merk ik op dat wel de vraag kan worden gesteld waarom op dit moment niet de gehele primaire waterkering in eigendom van HDSR is, terwijl dat kennelijk wel van groot belang is. Aan dat aspect heeft de Kroon in eerdere vergelijkbare onteigeningen echter niet of nauwelijks aandacht besteed.

Dat HDSR het verkrijgen van de eigendom van de primaire kering noodzakelijk acht, blijkt duidelijk uit de Strategienota, maar daaruit komt minder duidelijk naar voren *waarom* het hebben van eigendom noodzakelijk wordt geacht. In de Kadernota is daaromtrent het nodige terug te vinden, onder meer op pagina 8, alinea 5 en 6, en pagina 15. Het zou de Strategienota ten goede komen om ook daarin duidelijker het belang van het hebben van eigendom naar voren te laten komen. Daarvoor kunnen overwegingen uit de Kadernota worden overgenomen, wellicht aangevuld met andere veel voorkomende argumenten, zoals hiervoor (bovenaan pagina 2 van deze notitie) vermeld.

De Kadernota is, naar ik intussen heb begrepen, niet-openbaar. Daarmee is het geen beleidsregel in de zin van artikel 1:3 lid 4 Awb, waarvoor immers publicatie is vereist (4:83 jo 3:40 Awb). Uit de onteigeningsKB's ten behoeve van dijkversterkingen geeft de Kroon er geen blijk van te eisen dat grondverwervingsbeleid ook als beleidsregel in de zin van de Awb is aan te merken. De Kroon acht van belang dat het waterschap 'het beleid voert' om de ondergrond van de waterkering in eigendom te verkrijgen en merkt daarbij op dat dat beleid door de Afdeling herhaaldelijk als redelijk is bestempeld en ten grondslag heeft gelegen aan het projectplan ter uitvoering waarvan onteigend wordt. In de Afdelingsuitspraken waarnaar de Kroon verwijst (van 25 februari 2009, nr. 200800340/1, en 7 juni 2006, nr. 200505623) wordt wel gesproken van 'beleidsregels', maar daarmee staat vanzelfsprekend nog niet vast dat het tot een andere uitkomst zou hebben geleid indien dit anders was geweest. Het lijkt erop dat de Kroon schriftelijk vastgelegd beleid waarnaar in het projectplan is verwezen, voldoende acht om de noodzaak tot onteigening aan te nemen, ook als het beleid niet als beleidsregel aan te merken is. Helemaal zeker is dat echter niet. Ik zou mij daarom ook kunnen voorstellen dat ter voorkoming van discussie het beleid gepubliceerd wordt conform het bepaalde in artikel 4:83 Awb.

Mijn inschatting is dat, zeker na voormelde aanpassing/aanvulling ten aanzien van de onderbouwing van het belang van eigendom, de Strategienota en de daaraan ten grondslag liggende Kadernota voldoende juridische onderbouwing bieden voor eigendomsverwerving. Dat laat overigens onverlet dat aanpassing van bepaalde onderdelen de Strategienota ten goede zouden komen. Zonder daarmee – mede gelet op de mij voorgelegde vraagstelling – volledig te zijn, heb ik in de (concept)Strategienota opmerkingen en suggesties voor aanpassing opgenomen.

1.3. Mogelijkheid opleggen gedoogplicht

Ten aanzien van de tijdelijk benodigde gronden neemt de Strategienota tot uitgangspunt dat daarover zo nodig door middel van het opleggen van een gedoogplicht als bedoeld in artikel 5.24 van de Waterwet de beschikking wordt verkregen. De Strategienota vermeldt terecht dat een dergelijke gedoogplicht uitsluitend mag worden opgelegd wanneer de belangen van de rechthebbenden geen onteigening vorderen. De omstandigheden die in dat kader van belang zijn, zijn overigens net wat anders dan opgenomen in het huidige concept (zie daarvoor mijn suggesties voor aanpassing).

De Strategienota kan prima als juridische onderbouwing voor het opleggen van de gedoogplicht dienen. Ook hiervoor geldt dat het verstandig is om in het projectplan op te nemen dat zo nodig een gedoogplicht zal worden opgelegd ten laste van de tijdelijk benodigde gronden.

2. Welke juridische risico's zijn te voorzien?

In aanvulling op de risico's die reeds vermeld zijn in hoofdstuk 7 van de Strategienota noem ik de volgende risico's cq. aandachtspunten.

Het belangrijkste risico voor de eigendomsverwerving van de primaire kering is hiervoor al aan de orde gekomen: het ontbreken van een onteigeningsnoodzaak. Zoals gezegd, kan betwijfeld worden of onteigening ten behoeve van een dijkversterking noodzakelijk is gelet op het instrument van de gedoogplicht(en), de overige publiekrechtelijke instrumenten en de Omgevingswet. Tot nu toe wordt die noodzaak bij goed gemotiveerd beleid nog steeds aangenomen.

Voor wat betreft de tijdelijk benodigde gronden is het belangrijkste (hiervoor reeds genoemde) risico dat de belangen van een rechthebbende onteigening vorderen. Indien dat pas in een laat stadium wordt ontdekt, kan dat tot vertraging in het verkrijgen van de beschikking leiden. In de Strategienota wordt nu uitgegaan van het 'alsnog' moeten opstarten van een onteigeningsprocedure als blijkt dat de belangen onteigening vorderen. Ter voorkoming van (al te veel) vertraging zou ik mij kunnen voorstellen dat die risico's op voorhand geïnventariseerd worden, zodat tijdig de juiste strategie kan worden bepaald. Indien een dergelijk risico te voorzien is, zou dat bijvoorbeeld aanleiding kunnen geven om in een heel vroeg stadium een ontwerpbeschikking ter inzage te leggen. Indien de rechthebbende dan op goede gronden in zijn zienswijze betoogt dat zijn belangen onteigening vorderen, kunnen die gronden van meet af aan in de onteigeningsprocedure worden meegenomen.

Een ander aspect dat in dit kader aandacht verdient, is dat uitsluitend die delen van de waterkering onteigend kunnen worden waarop feitelijk werkzaamheden zullen worden verricht. Het risico bestaat dat in het projectplan slechts werkzaamheden zijn beschreven op bepaalde delen van de waterkering, terwijl HDSR ervan uitgaat dat een bepaald dijktraject in zijn geheel in eigendom verworven kan worden. De Kroon/ Corporate Dienst van Rijkswaterstaat gaat heel precies na waar precies werkzaamheden moeten worden verricht. Er moet over de juiste, te onteigenen oppervlakte onderhandeld zijn.

Een risico is dat het algemeen bestuur niet heeft ingestemd met het onteigeningsverzoek. Op pagina 10 van de Strategienota is vermeld dat alvorens tot een onteigeningsprocedure zal worden overgegaan, altijd instemming van het algemeen bestuur nodig is.

Een risico is verder dat minnelijk overeenstemming is bereikt met een rechthebbende, maar dat hij/zij uiteindelijk toch geen medewerking verleent (wanprestatie). Voor wat betreft de tijdelijk benodigde gronden is dat risico redelijk overzichtelijk, omdat een gedoogplicht zo nodig relatief snel en eenvoudig kan worden opgelegd en het instellen van rechtsmiddelen daar tegen geen schorsende werking heeft. Voor de in eigendom benodigde gronden is dat risico groter, nu met een onteigeningsprocedure veel tijd gemoeid is. Ik adviseer daarom om alle in eigendom te verwerven gronden in de onteigeningsprocedure 'mee te nemen' zo lang eigendomsoverdracht nog niet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

In de Strategienota is onderaan pagina 14 vermeld dat ernaar wordt gestreefd om tijdig voldoende strategische grond in eigendom te hebben. *'Of daadwerkelijk anticiperend of strategisch wordt aangekocht hangt af van een aantal aspecten (...). Het gaat hierbij om (...) marktwaarde of schadeloosstelling op basis van de Onteigeningswet (...).'* Indien gronden strategisch tegen volledige schadeloosstelling op onteigeningsbasis worden aangekocht, terwijl die gronden niet nodig zijn voor de dijkverbetering zelf, bestaat het risico op ongeoorloofde staatssteun.

In hoofdstuk 7 van de Strategienota is reeds (de inwerkingtreding van) de Omgevingswet en wijziging van juridische kaders als risico vermeld. In aansluiting daarop merk ik op dat zowel de onteigeningsprocedure als de gedoogplichtprocedure, ook voor wat betreft (de duur van) de procedure ingrijpend wijzigen. Daarmee dient bij de voorbereiding en de planning rekening gehouden te worden.

Met de hiervoor genoemde risico's moet vanzelfsprekend rekening worden gehouden, maar ik zou deze met het oog op de openbaarheid van de Strategienota niet (allemaal) daarin vermelden.

Advies

Van : mr. J. de Roos (Nysingh advocaten en notarissen)
Aan : Hoogheemraadschap De Stichtse Rijnlanden
Datum : 12 juni 2019
Betreft : onteigeningnoodzaak na aangepaste strategienota Sterke Lekdijk

De 'Strategienota grondverwerving Sterke Lekdijk' heeft tot doel 'voor alle deelprojecten van het project Sterke Lekdijk een consequente, zorgvuldige en rechtmatige aanpak te creëren' en vormt een nadere uitwerking van het grondbeleid van Hoogheemraadschap De Stichtse Rijnlanden (HDSR). Over het concept van de strategienota heb ik op 31 januari 2018 geadviseerd. De nota is vervolgens op bestuurlijk niveau aangepast. De vraag is nu of op basis van de strategienota onteigening mogelijk is indien minnelijk geen overeenstemming kan worden bereikt. Uit de strategienota volgt dat HDSR primaire waterkeringen in eigendom wenst te verkrijgen, maar het nieuwe stroomschema op pagina 24 maakt het onzeker of voor de versterkingsmaatregelen onteigend kan worden. Ik zal dat in het hierna volgende toelichten.

Juridisch kader: noodzaak tot onteigening vereist

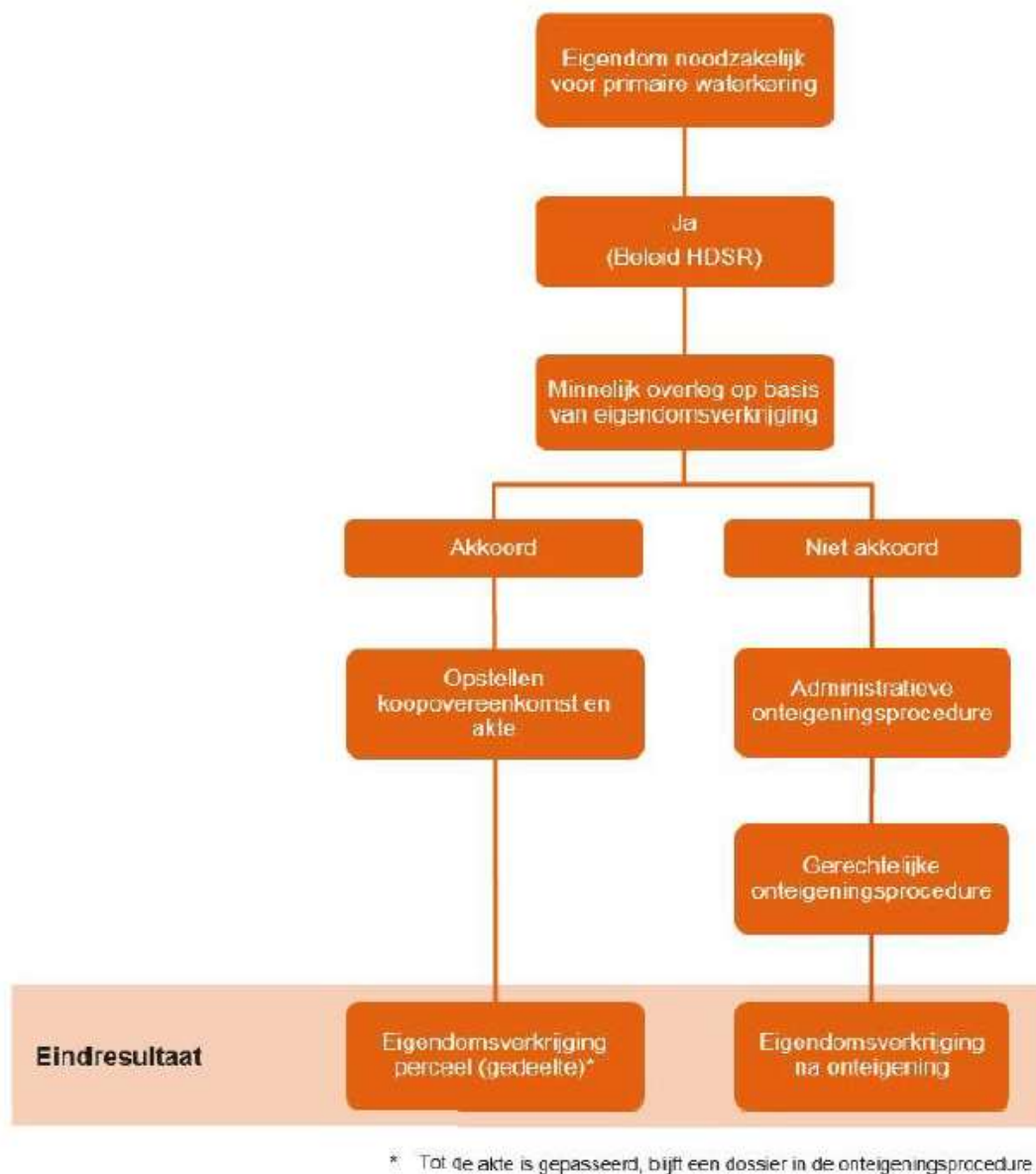
Onteigening ten behoeve van een dijkversterking is mogelijk, mits de inzet van dit instrument *noodzakelijk* is. Aangezien waterschappen over diverse andere instrumenten beschikken om maatregelen uit te voeren (zoals gedoogplichten op grond van de Waterwet en de Keur) kan betwijfeld worden of onteigening ten behoeve van dijkversterkingen überhaupt wel noodzakelijk kan zijn. Het uitgangspunt is tot op heden echter nog altijd dat onteigening 'noodzakelijk' wordt geacht indien uit het waterschapsbeleid duidelijk blijkt dat en waarom eigendomsverkrijging noodzakelijk wordt geacht. Ik heb dit nader toegelicht in mijn advies van 31 januari 2018 en volsta op dit punt graag met verwijzing daarnaar. Er zijn mij geen koninklijke besluiten of uitspraken bekend die een ander licht op de zaak werpen.

Beoordeling

Indien HDSR bij het uitblijven van minnelijke overeenstemming zou willen onteigenen ten behoeve van de uitvoering van het project Sterke Lekdijk, zal het dus moeten motiveren dat het zijn beleid is dat de eigendom van de primaire kering wordt verkregen, zo nodig door middel van onteigening. In de strategienota is hierover onder meer het volgende opgenomen:

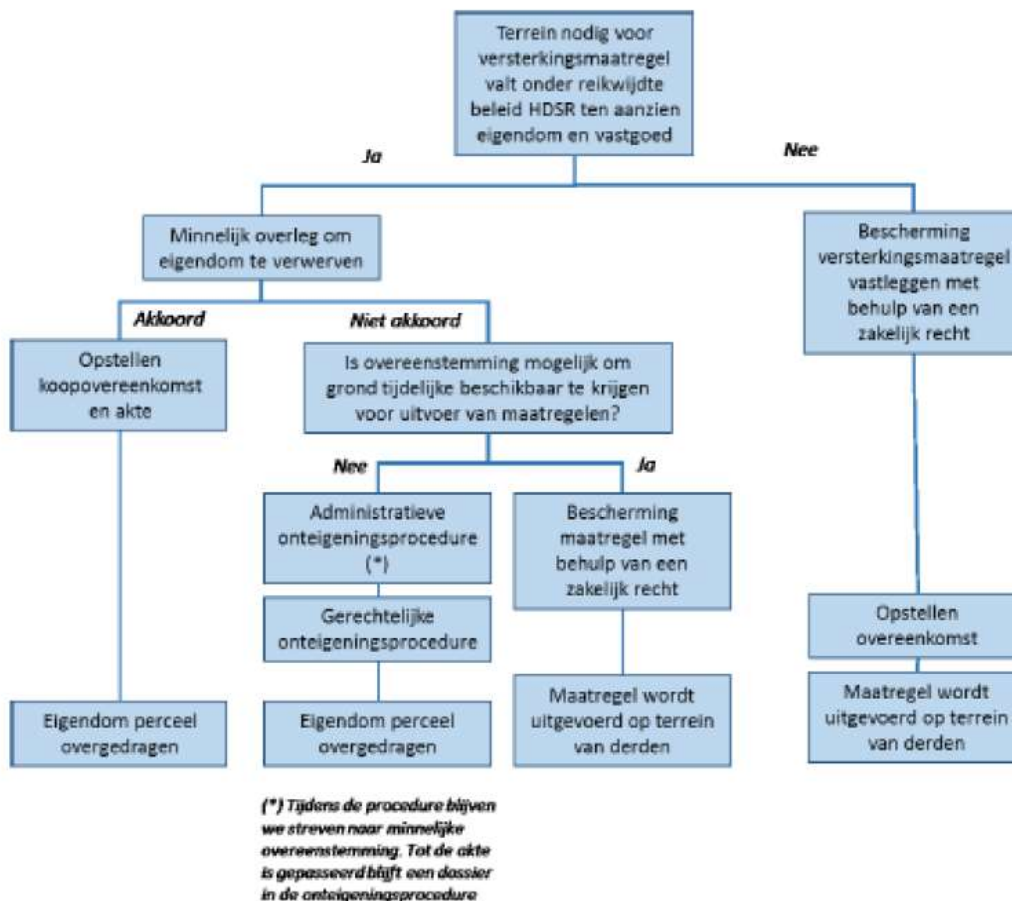
- pag. 3, 3^e alinea: *'Het huidige grondbeleid rond primaire keringen is vastgelegd in de Kadernota grondzaken en vastgoed. Hierin staat dat we bij dijkversterkingen het volledig eigendom van de primaire kering willen verwerven. Het waterschap ziet dat dit onder andere nodig is als beste garantie voor noodzakelijk en doelmatig beheer en voor toekomstige dijkversterkingen.'*
- pag. 3, 5^e alinea: *'Het is echter mogelijk dat we niet in alle gevallen tot minnelijke overeenstemming komen. Mocht dit na zorgvuldig overleg niet mogelijk blijken, dan kunnen we overgaan tot het opleggen van een gedoogplicht of inzetten van het middel van onteigening.'*
- pag. 7, 5^e alinea: *'voor de Lekdijk staat hierin opgenomen dat het waterschap streeft naar de verwerving van de 'kernzone' van de gehele primaire kering.'*
- pag. 8, 3^e alinea: *'Het verwerven van het eigendom van de primaire kering is belangrijk én noodzakelijk om nu, maar ook in de toekomst, het vereiste veiligheidsniveau ten aanzien van de waterkering te kunnen blijven garanderen. (...) We herhalen hier de argumenten van het waterschap om te streven naar eigendom: (...)*
- pag. 11, 2^e alinea: *'in groen is weergegeven voor welke delen we het eigendom nastreven en in rood waar we dat niet doen'*

Uit deze passages blijkt dat en waarom HDSR het hebben van de eigendom van de primaire keringen belangrijk acht en (dus) streeft naar eigendomsverwerving. Hieruit blijkt echter niet of dit alleen minnelijk wordt nagestreefd of dat de gronden zo nodig onteigend zullen worden. In de eerdere versie van de strategienota was het volgende schema opgenomen dat daarover duidelijkheid verschafte:



In dit stroomschema was dus opgenomen dat HDSR het verkrijgen van de eigendom van primaire waterkeringen noodzakelijk acht en dat het tot onteigening zal overgaan indien daarover minnelijk geen overeenstemming kan worden bereikt.

Dit schema is echter vervangen door het volgende schema (pag. 24):



Dit schema roept wat vragen op. Zo is niet helemaal duidelijk wat bedoeld is met de eerste vraag: 'Terrein nodig voor versterkingsmaatregel valt onder reikwijdte beleid HDSR ten aanzien eigendom en vastgoed' met 'ja' en 'nee' als mogelijke antwoorden. Daaruit leid ik af dat er ook terrein is dat wél nodig is voor versterkingsmaatregelen, maar niet onder het eigendoms- en vastgoedbeleid valt en waarvan de eigendom niet verkregen hoeft te worden. Nu het schema niet vermeldt wat er gebeurt indien het niet lukt om de beschikbaarheid/ 'bescherming van de versterkingsmaatregel' minnelijk met een zakelijk recht te regelen, lijkt de conclusie te moeten zijn dat de maatregel dan niet wordt uitgevoerd. Dit zou in een onteigeningsprocedure (ter zake van gronden die wél onder het beleid vallen) vragen kunnen oproepen. HDSR zal dan duidelijk moeten maken dat de te onteigenen gronden behoren tot het terrein dat nodig is voor de versterkingsmaatregel én onder de reikwijdte van bedoeld beleid vallen.

Een beduidend groter risico schuilt in een ander deel van het schema. Uit het schema volgt namelijk ook dat indien terrein onder het eigendom- en vastgoedbeleid valt en geen overeenstemming over eigendomsverkrijging kan worden bereikt, vervolgens eerst onderzocht wordt of overeenstemming kan worden bereikt over *tijdelijke beschikbaarheid* voor het uitvoeren van de maatregelen. Zo ja, dan kan blijkens het schema worden volstaan met een zakelijk recht. In dat geval wordt verkrijging van de (volle) eigendom van de (onder)grond kennelijk niet noodzakelijk geacht. Zo nee, dan gaat het schema uit van eigendomsverkrijging door onteigening.

Volgens dit beleid acht HDSR onteigening dus in elk geval niet noodzakelijk indien de rechthebbende bereid is de gronden tijdelijk ter beschikking te stellen en mee te werken aan de vestiging van een zakelijk recht. Zonder dat dit onderzocht is en daarvoor aanbiedingen zijn gedaan, lijkt de noodzaak tot onteigening dan ook in elk geval te ontbreken.

Pas indien duidelijk is dat de rechthebbende niet bereid is tot eigendomsoverdracht en evenmin tot het sluiten van een overeenkomst tot tijdelijk gebruik en vestiging van een zakelijk recht zal een onteigeningsprocedure worden gestart, zo volgt uit het schema. Of de Kroon en de rechter onteigening in dat geval noodzakelijk zullen achten, valt echter niet met zekerheid te zeggen. Betoogd kan worden dat HDSR in dat geval kan volstaan met oplegging van een gedoogplicht. Het effect daarvan is immers in grote mate vergelijkbaar met het effect van een overeenkomst tot tijdelijk gebruik en een zakelijk recht. Nu uit het eigen beleid van HDSR blijkt dat dat voldoende is indien de rechthebbende niet bereid is de eigendom minnelijk over te dragen, bestaat het risico dat onteigening niet noodzakelijk wordt geacht en dat de maatregel met een gedoogplicht moet worden afgedwongen in plaats van door middel van onteigening.

Conclusie en advies

Uit de strategienota volgt dat HDSR ernaar streeft de primaire waterkeringen in eigendom te verkrijgen, maar niet dat het noodzakelijk wordt geacht en dat (daarom) bij het uitblijven van minnelijke eigendomsverwerving het onteigeningsinstrument zal worden ingezet.

Integendeel, uit het stroomschema op pagina 24 blijkt dat HDSR uitsluitend overgaat tot onteigening indien ook geen afspraken kunnen worden gemaakt over tijdelijk gebruik en een zakelijk recht. Totdat duidelijk is dat daarover geen overeenstemming kan worden bereikt lijkt onteigening dus *in elk geval niet noodzakelijk* (en dus niet mogelijk). Aangezien het schema op dit punt op bestuurlijk niveau is aangepast, ga ik ervan uit dat dit een bewuste bestuurlijke keuze is geweest en in die zin een beoogde of aanvaarde consequentie.

De consequentie van de hiervoor bedoelde 'tussenstap' is echter wellicht verstrekkender dan deze op het eerste oog lijkt. Betoogd zou namelijk kunnen worden dat onteigening daardoor *in het geheel niet noodzakelijk* (en dus niet mogelijk) is, omdat HDSR kan volstaan met oplegging van een gedoogplicht. Met een gedoogplicht kan immers een vergelijkbaar resultaat bereikt worden als met een overeenkomst tot tijdelijk gebruik en een zakelijk recht.

Kortom, het schema op pagina 24 maakt het twijfelachtig of HDSR kan onteigenen voor de beoogde dijkversterkingsmaatregelen. Indien HDSR dat problematisch acht, zou het beleid op dit punt moeten worden aangepast. Uit het beleid zou dan duidelijk moeten blijken dat HDSR niet alleen streeft naar verwerving van de eigendom van (de ondergrond van) de primaire waterkering, maar dat ook noodzakelijk acht en dat derhalve onteigend wordt indien de eigendom niet minnelijk kan worden verworven.

Advies

Van : mr. E. de Groot (AKD advocaten en notarissen)
Aan : Hoogheemraadschap De Stichtse Rijnlanden
Datum : 6 januari 2020
Betreft : stroomschema in Strategienota grondverwerving Sterke Lekdijk

Het opgestelde schema ('nieuw') sluit naar ik meen beter aan op het beleid dan het 'oude' schema en is wat mij betreft ook wat duidelijker. Ten aanzien van het 'nieuwe' schema merk ik op dat de keuze voor een gedoogplichtprocedure in dat 'nieuwe' schema, de keus voor onteigening lijkt uit te sluiten. Het beleid dwingt daar niet toe nu daarin vaak wordt gewerkt met woorden als 'uitgangspunt, ligt in de rede en streven naar'. Het is aldus bezien wellicht onder omstandigheden mogelijk dat aanvankelijk ingezet is op een zakelijk recht, maar dat men in de loop van de tijd tot de conclusie komt dat onteigening in het specifieke geval toch aangewezen is. Ook kan het zijn dat normaliter gedogen zou kunnen volstaan maar dat het – gezien bijvoorbeeld aanstaande toekomstige ontwikkelingen - vanuit een oogpunt van doelmatigheid aangewezen is om toch te onteigenen. Daarom zou ik toevoegen in het schema: gedoogplichtprocedure: *tenzij onteigening om redenen als omschreven in paragraaf 2.2. is aangewezen.*