

Oplegnotitie juridische analyse van de verdiepte ligging te Vught

In opdracht van het ministerie van Infrastructuur en Milieu heeft AKD in september 2015 een onafhankelijke juridische analyse opgesteld, waarin de juridische risico's van variant V3 en variant V3 Oost Verkort in het kader van de Tracéwetprocedure in kaart zijn gebracht. Deze analyse kunt u in dit document teruglezen.

Waarom deze juridische analyse?

Voor het Programma Hoogfrequent Spoorvervoer (PHS) tussen Meteren en Boxtel zullen de twee doorgaande sporen naar Eindhoven deels verdiept worden aangelegd. Staatssecretaris Mansveld heeft op basis van het Informatiedocument Programma Hoogfrequent Spoorvervoer Meteren – Boxtel op 17 juni 2014 de V3 als voorkeursvariant gekozen.

Bij de uitwerking van de voorkeursvariant V3 is tevens onderzoek gedaan naar de oplossing 'definitief spoor naast het bestaande spoor'. Die uitwerking heeft geleid tot variant V3 Oost Verkort. De verdiepte ligging is bij deze variant ongeveer 300 meter korter dan variant V3 en ligt ten oosten van het huidige spoor. Daardoor is er geen tijdelijk spoor nodig. De verschuiving van de verdiepte ligging in variant V3 Oost Verkort leidt tot de sloop van een groter aantal panden ten oosten van het huidige spoor dan in variant V3. Deze oostelijke verschuiving zorgt mogelijk voor extra herontwikkelingskansen om de ruimtelijke kwaliteit rondom de verdiepte ligging te verbeteren.

Om bestuurders van het ministerie van Infrastructuur & Milieu, de provincie Noord-Brabant en de gemeente Vught een zorgvuldige keuze te kunnen laten maken zijn vier rapporten opgesteld:

- milieueffectenrapportage (MER),
- consultatie bij de bewoners van Vught,
- gebiedsvisie spoorzone,
- en deze juridische analyse.

Het rapport begint met een korte samenvatting van de bevindingen van AKD. Hierna volgt de onderbouwing hiervan. Na een omschrijving van het juridisch kader wordt ingegaan op de gestelde vragen ten aanzien van de juridische haalbaarheid van beide varianten en worden ook andere risico's in het kader van de Tracéwetprocedure nader bekeken.

MEMO



VERTROUWELIJK

DATUM 22 september 2015
262716.19680 hbo/edg/vdv/hs

KOPIE AAN

VAN H.X. Botter, E.W.J. de Groot,
J.A.M. van der Velden
Advocaten
TELEFOON +31 88 2535963
FAX +31 88 2535934
E-MAIL jvandervelden@akd.nl

ONDERWERP Juridische Analyse varianten verdiepte ligging Vught

Inleiding

Voor de sporaanpassing tussen Meteren en Boxtel in het kader van het Programma Hoogfrequent Spoor (PHS) wordt een (ontwerp-)tracébesluit (en MER) voorbereid. Dit is een uitvloeisel van de op 4 juni 2010 door het kabinet genomen Voorkeursbeslissing PHS die erin voorziet dat de capaciteit van het spoor op het traject Meteren – Boxtel ten behoeve van de herroutering van het goederenvervoer en de toename van het aantal reizigerstreinen wordt uitgebreid door middel van een zuidwestboog bij Meteren (aftakking van de Betuweroute), viersporigheid tussen 's-Hertogenbosch en Vught en een vrije kruising bij Vught (van het spoor vanuit Tilburg over de sporen van en naar Eindhoven). Vervolgens is een variantenstudie uitgevoerd op basis waarvan de Staatssecretaris op 17 juni 2014 een voorkeursvariant heeft vastgesteld.

Voor het tracédeel in Vught is gekozen voor een verdiepte ligging van de sporen van en naar Eindhoven over een lengte van circa 1.610 meter die vanuit noordelijke richting gezien net voor de aftakking van de sporen van en naar Tilburg begint en eindigt voorbij de kruising met de Molenstraat (variant V3). De aanleiding voor een verdiepte ligging was naar wij begrijpen met name gelegen in het opheffen van de barrièrewerking van het spoor en het voorkomen/beperken van visuele hinder als gevolg van geluidschermen langs het spoor. Omdat deze verdiepte ligging ongeveer op de plaats van de bestaande sporen zal komen te liggen, is voor de uitvoering noodzakelijk dat gedurende de bouwperiode van circa vijf jaar tijdelijke sporen worden aangelegd ten westen van de huidige sporen. Voor de uitvoering van deze variant zullen naar verwachting 18 panden (3 woningen en 15 bedrijven) gesloopt moeten worden.

Bij de nadere uitwerking van deze voorkeursvariant V3 is tevens onderzoek gedaan naar een verdiepte ligging ten oosten van de bestaande sporen, waardoor er geen tijdelijke sporen aangelegd hoeven te worden. Wel zullen er bij de uitvoering van deze variant veel

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening: NL28INGB0678001677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 30/2012 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

AKD:#8266165v8

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 2 van 27

meer panden gesloopt moeten worden, namelijk naar verwachting 93 woningen, 17 bedrijven en 37 appartementen (in 2 complexen). Om de kosten van deze oostelijke variant ongeveer gelijk te laten zijn aan die van variant V3 is deze aan de zuidzijde ongeveer 300 meter korter. Deze variant wordt aangeduid als uitvoeringsvariant V3 Oost Verkort.

Op 17 december 2015 willen Rijk, provincie en gemeente een bestuurlijke voorkeur uitspreken voor een van beide uitvoeringsvarianten. Deze voorkeur zal gebaseerd worden op de dan beschikbare m.e.r.-informatie, de resultaten van een gerichte consultatie onder de betrokken doelgroepen in Vught en een uit te werken gebiedsvisie waarin de kansen voor gebiedsontwikkeling van beide varianten onderbouwd zullen worden. De bestuurlijke voorkeursvariant zal vervolgens worden uitgewerkt in het ontwerp-tracébesluit. In het bijbehorende MER zullen beide varianten onderzocht en beschreven worden.

Vraagstelling

In het kader van deze te maken bestuurlijke keuze zijn vragen gerezen over de juridische haalbaarheid van een keuze voor V3 Oost Verkort en V3. Om die reden zijn aan ons de volgende vragen ter beantwoording voorgelegd.

1. Geef – in het licht van de door de Staatssecretaris aan haar besluit ten grondslag te leggen belangenafweging – een onderbouwde analyse van de mogelijke juridische risico's voor de Tracéwetprocedure alsook de risico's voor de administratieve en eventueel gerechtelijke onteigeningsprocedure, in het geval de bestuurlijke voorkeur wordt uitgesproken voor variant V3 Oost Verkort, afgezet tegen de risico's van een keuze voor variant V3.
2. Ga vervolgens in op de mogelijkheden om de geconstateerde risico's te beperken.

Daarbij is tevens aangegeven welke aspecten wij in elk geval bij onze analyse zouden moeten betrekken, zoals:

- de informatie uit de zogenaamde Koepelnotitie van 26 mei 2015 en het feit dat de Staatssecretaris op 17 juni 2014 een voorkeur heeft uitgesproken voor variant V3,
- de mate van beleidsvrijheid, gelet op zowel het aantal te amoveren panden als de beschikbare m.e.r.-informatie,
- de vraag of de Koepelnotitie voldoende informatie bevat om een keuze voor een van beide varianten voldoende zorgvuldig en gemotiveerd te kunnen maken, mede gelet op het feit dat de m.e.r.-procedure ten tijde van de keuze nog niet zal zijn afgerond,
- het feit dat de verdiepte ligging louter een inpassingsmaatregel is ten faveure van de omgeving in relatie tot het aantal te amoveren woningen,
- het aspect bouwhinder,
- het feit dat in beide varianten een aantal woningen/panden tijdelijk onbereikbaar en/of onbewoonbaar zal zijn, mede in relatie tot de sociale structuur/samenhang die daarmee mogelijk wordt doorbroken,

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 3 van 27

- de vraag of er voorzien zal moeten worden in vervangende, gelijkwaardige woonruimte, gelet op het aantal woningen dat (definitief of tijdelijk) onbewoonbaar zal zijn,
- de ruimtelijke kwaliteit en stedenbouwkundige kansen die ontstaan door de sloop van woningen, met name aan de oostzijde van het spoor in variant V3 Oost Verkort,
- de Bestuursovereenkomst PHS: Vught van juni 2015 (Stcrt. 2015, nr. 15080).

Opzet van onze analyse

Hierna geven wij eerst een korte samenvatting van onze bevindingen die wij vervolgens nader onderbouwen. Daarbij geven wij het juridisch kader weer, voor zover dat betrekking heeft op de Tracéwet en op jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over tracébesluiten. Vervolgens gaan wij bij de beantwoording van de vragen eerst in op de juridische risico's van beide varianten in het kader van de Tracéwetprocedure. In dat verband zien wij namelijk belangrijke verschillen in die risico's. Bij dat deel van de beantwoording maken wij om te beginnen een aantal algemene opmerkingen over de belangenafweging in het kader van een TB. Vervolgens zullen wij bezien of het meest in het oog springende verschil tussen beide varianten, namelijk dat er bij variant V3 Oost Verkort veel meer panden/woningen verworven/onteigend moeten worden dan bij variant V3, ertoe leidt dat reeds daarom in redelijkheid voor variant V3 gekozen zou moeten worden. Daarna bespreken wij de overige risico's voor de Tracéwetprocedure en komen wij tot enkele conclusies over deze risico's. Daarbij zullen wij ook ingaan op de mogelijkheden om deze risico's te beperken. Omdat de risico's in de onteigeningsprocedure niet zo zeer onderscheidend zijn maar (in meer of mindere mate) bij beide varianten aan de orde komen, gaan wij daarop in het tweede deel van deze analyse afzonderlijk in.

Korte samenvatting van onze bevindingen

Wat de risico's voor de Tracéwetprocedure betreft, kunnen onze bevindingen als volgt kort worden samengevat. Voor een nadere onderbouwing verwijzen wij naar de verdere inhoud van deel A. van onze analyse en de conclusies en aanbevelingen bij kantnummer 31.

- Bij de vaststelling van een tracébesluit bestaat een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid, mede omdat in de vereiste belangenafweging naast ruimtelijke belangen ook politieke en bestuurlijke inzichten een belangrijke rol (kunnen) spelen.
- In het kader van die belangenafweging is relevant dat het in dit geval gaat om uitvoeringsvarianten van een mitigerende maatregel (verdiepte ligging) die beide zelf ook hinder veroorzaken. De nadelige gevolgen die belanghebbenden ondervinden van de te kiezen variant, zullen primair afgewogen moeten worden tegen het doel van de verdiepte ligging: opheffen/mitigeren barrièrewerking en visuele hinder van geluidschermen.
- Er is naar onze mening op dit moment (met de Koepelnotitie van 26 mei 2015) nog onvoldoende gedetailleerde (m.e.r.-)informatie beschikbaar, met name over de aard

en omvang van de hinder die elk van beide varianten zal veroorzaken en daarmee over hun voor- en nadelen, om een gemotiveerde keuze te kunnen maken.

- Het feit dat variant V3 Oost Verkort een (veel) grotere inbreuk maakt op het eigendomsrecht leidt er naar onze mening niet toe dat dwingend voor variant V3 gekozen moet worden. Dit aspect zal wél een belangrijke rol (moeten) spelen in de vereiste belangenafweging. Een keuze voor variant V3 Oost Verkort lijkt ons om deze reden kwetsbaarder dan een keuze voor variant V3. Daarbij kan ook de mening van de afzonderlijke eigenaren van belang zijn.
- Bij een keuze voor variant V3 Oost Verkort zullen de voordelen van die variant (beperken van tijdelijke hinder (geen tijdelijk spoor) en stedenbouwkundige voordelen) op zijn minst moeten opwegen tegen de nadelen (veel meer te verwerven/amoveren panden en meer/langere geluidschermen). Daarvoor is, zoals gezegd, nader onderzoek nodig naar de precieze aard en omvang van de voor- en nadelen van beide varianten, tenzij nu al duidelijk zou zijn dat de voordelen van variant V3 Oost Verkort nimmer zullen kunnen opwegen tegen de nadelen.
- Relevant voor de belangenafweging lijkt ons in dat kader dat een nadeel van variant V3 Oost Verkort, namelijk meer en/of langere geluidschermen, afbreuk doet aan de reden om voor een verdiepte ligging te kiezen.
- Aan mogelijke voordelen voor gebiedsontwikkeling, wat een voordeel van variant V3 Oost Verkort zou zijn, kan naar onze mening slechts betekenis toekomen in de belangenafweging, indien deze voldoende concreet en (planologisch en financieel) uitvoerbaar zijn. Daartoe lijkt een door de gemeenteraad vastgestelde structuurvisie (of gelijkwaardig document) ons een vereiste.
- Het feit dat bij de keuze door de Staatssecretaris op 17 juni 2014 en in de Bestuursovereenkomst van juni 2015 variant V3 als voorkeursvariant c.q. uitgangspunt is aangewezen, maakt naar onze mening niet dat thans niet meer voor uitvoeringsvariant V3 Oost Verkort gekozen zou kunnen worden.

De risico's in de onteigeningsprocedure zijn bij beide varianten (in meer of mindere mate) aan de orde en daarmee niet zo zeer onderscheidend voor de keuze tussen beide varianten. In zoverre verwijzen wij naar de inhoud van deel B. van deze analyse.

Eén aspect noemen wij hier expliciet, omdat dit specifiek bij variant V3 Oost Verkort aan de orde is. Het betreft artikel 38 van de onteigeningswet (Ow) dat bepaalt dat de eigenaar van een gebouw, indien een gedeelte daarvan onteigend moet worden, kan vorderen dat het gehele gebouw onteigend wordt. Bij variant V3 Oost Verkort is aangegeven dat 37 appartementen in twee appartementencomplexen niet meer bewoonbaar zullen zijn en die delen van de complexen daarom aangekocht of onteigend moeten worden. Indien de (gezamenlijke) eigenaar(s) van die complexen een beroep zou(den) doen op artikel 38 Ow, zullen echter de volledige complexen verworven of onteigend moeten worden. Het lijkt ons zinvol om dit aspect in de afweging te betrekken.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 5 van 27

Juridisch kader

a. Tracéwet

1. Het wettelijk kader voor de vaststelling van een tracébesluit (hierna: TB) wordt gevormd door (hoofdstuk III van) de Tracéwet (hierna: Tw). In artikel 10 Tw is bepaald wat een TB ten minste moet bevatten, terwijl artikel 11 Tw bepaalt dat op de voorbereiding van een TB afdeling 3.4 Awb van toepassing is, met dien verstande dat zienswijzen naar voren gebracht kunnen worden door een ieder. Per 1 januari 2012 is de Tracéwet (Tw) gewijzigd (Stb. 2011, 595 en 649). Gelet op het overgangsrecht bij deze wetswijziging in samenhang met het besluit van de Minister van Infrastructuur en Milieu van 13 december 2012 (Stcrt. 2012, nr. 25926) zijn hoofdstuk II, artikel 9, eerste lid, voor zover het de termijnstelling betreft, en artikel 10, vierde lid, van de gewijzigde Tracéwet echter niet van toepassing op het onderhavige project. Dat betekent dat er geen startbeslissing is of zal worden genomen als bedoeld in artikel 2 Tw, waarin is bepaald op welke manier de verkenning zal worden uitgevoerd. Evenmin is er om die reden sprake van een structuurvisie als bedoeld in artikel 4 juncto artikel 2, lid 4 Tw.

b. Jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

2. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over tracébesluiten is een aantal standaardoverwegingen te vinden die van belang zijn voor deze analyse. Daarom geven wij deze hierna weer.
3. Over de tracékeuze, inclusief nut en noodzaak en alternatieven, overweegt de Afdeling in steeds ongeveer dezelfde bewoordingen:

"De vaststelling van een tracébesluit vergt een belangenafweging, waarbij, naast ruimtelijke belangen, ook politieke en bestuurlijke inzichten een belangrijke rol spelen. Bij deze afweging, waarbij ook de voor- en nadelen van alternatieven dienen te worden betrokken, heeft de minister beleidsvrijheid. De rechter heeft niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. De rechter kan slechts concluderen dat de door de minister te maken belangenafweging in strijd is met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb, wanneer de betrokken belangen zodanig onevenwichtig zijn afgewogen, dat de minister niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Hieruit volgt wat betreft de rechtmatigheid van de keuze van de minister voor de in het tracébesluit voorziene wijziging van de (...)infrastructuur dat onvoldoende is dat wordt gewezen op andere mogelijk aanvaardbare oplossingen, maar dat aannemelijk moet worden gemaakt dat de keuze van de minister redelijke gronden ontbeert." (zie onder andere AbRvS 5 augustus 2015, 201409071/1, AbRvS 1 oktober 2014, 201309459/1, AbRvS 16 juli 2014, 201311551/1, AbRvS 26 februari 2014, 201307986/1, AbRvS 27 december 2012, 201205043 en AbRvS 7 november 2012, 201110075/1 en 201201853/1)

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 6 van 27

4. Over bouwhinder komen in verschillende uitspraken overwegingen van de volgende strekking voor:

"De bouwwerkzaamheden leiden voor omwonenden tot hinder. (Appellanten) hebben echter niet aannemelijk gemaakt dat de hinder zodanig is dat de staatssecretaris hieraan een groter gewicht had moeten toekennen dan aan de belangen die met de realisering van het tracébesluit zijn gemoeid. De wijze van uitvoering van het tracébesluit is in deze procedure niet aan de orde." (zie AbRvS 26 februari 2014, 201307986/1)

En:

"Het tracébesluit betreft de vaststelling van een ruimtelijke keuze. Bouwwerkzaamheden en het gebruik van tijdelijke werkterreinen zijn onvermijdelijk bij de realisering van onverschillig welke planologische ingreep van een project als hier aan de orde. De gevolgen die gepaard gaan met de werkzaamheden (...) zijn gevolgen die betrokken moeten worden bij de belangenafweging omtrent een tracébesluit, maar betreffen voor het overige details over de uitvoering daarvan. Deze hoeven niet te worden opgenomen in het tracébesluit." (zie AbRvS 27 december 2012, 201205043/1, AbRvS 7 november 2012, 201110075/1 en 201201853/1, AbRvS 4 januari 2012, 201104518/1 en 201111577/1)

5. Argumenten die blijkens de jurisprudentie in dit verband een rol kunnen spelen bij deze belangenafweging, zijn de mededeling van de minister dat gedurende de bouwwerkzaamheden maatregelen getroffen zullen worden om de hinder zoveel mogelijk te beperken, al dan niet op basis van contractuele afspraken met de aannemer over de wijze van uitvoering, bijvoorbeeld werken volgens de Minder-Hinder aanpak. Vervolgens toetst de Afdeling of de minister zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat op voorhand niet vaststaat dat de uitvoering van de bouwwerkzaamheden onvermijdelijk leidt tot onaanvaardbare hinder (zie recent AbRvS 16 september 2015, 201409043/1).
6. Over de schadelijke gevolgen die een TB kan hebben voor belanghebbenden, met name bedrijven waarvan de bedrijfsvoering wordt beïnvloed, blijkt uit de jurisprudentie:

"De Afdeling overweegt dat op de staatssecretaris de verplichting rust om voorafgaand aan de vaststelling van een tracébesluit te onderzoeken op welke wijze de nadelige gevolgen hiervan voor betrokkenen kunnen worden beperkt. De complexiteit van het proces van het vinden en verwerven van een vervangende locatie voor een te verplaatsen bedrijf kan, indien daarvoor wordt gekozen, echter met zich brengen dat de exacte vervangende locatie ten tijde van het vaststellen van het tracébesluit nog niet voorhanden is." (zie AbRvS 24 maart 2010, 200806140/1 en AbRvS 17 mei 2006, 200505660/1)

En:

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 7 van 27

"Bij de beoordeling van de vraag of verweerder het tracébesluit in redelijkheid heeft kunnen vaststellen, dient onder meer te worden betrokken of verweerder heeft onderzocht welke schade mogelijk kan optreden en of hierbij sprake is van zodanige schade dat deze zwaarder zou moeten wegen dan het belang dat is gediend met de aanleg van (het tracé)."

(AbRvS 3 augustus 2005, 200402809/1, AbRvS 29 december 2004, 200400010/1 en AbRvS 17 maart 2004, 200300807/1)

En:

"Gelet hierop (dat gebruik zal moeten worden beëindigd en verweerder niet uitsluit dat appellanten in aanmerking komen voor nadeelcompensatie) is de Afdeling van oordeel dat verweerder, met het oog op een zorgvuldige belangenafweging, voorafgaand aan de vaststelling van het tracébesluit, zoals hij ook heeft gedaan ten aanzien van andere onevenredig getroffen bedrijven, had moeten onderzoeken op welke wijze de nadelige gevolgen voor appellanten kunnen worden beperkt. Daarbij kan worden gedacht aan ondersteuning bij de verplaatsing van het bedrijf en het aanbieden van vervangende huisvesting tegen gebruikelijke voorwaarden."

(AbRvS 17 maart 2004, 200300807/1)

7. In de genoemde uitspraak van 24 maart 2010 komt ook de volgende overweging voor over een onderzoek naar verschillende uitvoeringsvarianten voor de aanpassing van met het tracé doorsneden, lokale infrastructuur:

"Eén van de gehanteerde beoordelingscriteria voor de te kiezen variant was het aantal te verwijderen gebouwen. Bij de beschrijving van de gekozen variant staat in dit verband in de milieueffectenstudie (...) vermeld welke gebouwen dienen te worden verwijderd, waarbij ook de bebouwing (van appellanten) is opgenomen. Hoewel de gekozen variant tot gevolg heeft dat meer gebouwen dienen te worden verwijderd, heeft de staatssecretaris toch voor deze variant gekozen, nu deze wat milieuaspecten betreft de voorkeur verdient boven de andere varianten en omdat deze variant meer ruimte biedt voor een mogelijke verbreding van de (weg). Geen aanleiding bestaat voor het oordeel dat de belangen van (appellanten) onvoldoende zijn betrokken bij de besluitvorming omtrent de omlegging van de (weg). De omstandigheid dat andere varianten minder belastend zijn voor (appellanten) geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de staatssecretaris bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen kiezen voor de in het Tracébesluit opgenomen variant voor de omlegging van de (weg)."

Beantwoording van de vragen

A. Risico's in de Tracéwetprocedure

a. Algemeen

8. Vooropgesteld dient te worden dat uit de hiervoor genoemde jurisprudentie volgt dat de

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 8 van 27

minister of staatssecretaris bij de vaststelling van een TB over een ruime mate van beleids- en beoordelingsvrijheid beschikt, mede omdat in de vereiste belangenafweging naast ruimtelijke belangen ook politieke en bestuurlijke inzichten een belangrijke rol (kunnen) spelen. Uiteraard zullen de keuzes die in het kader van het TB gemaakt worden, steeds deugdelijk gemotiveerd moeten worden (zie artikel 3:46 Awb), terwijl de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het TB niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (zie artikel 3:4, lid 2 Awb). Dit laatste zal door de bestuursrechter terughoudend getoetst worden, maar het is moeilijk om in algemene zin en op voorhand aan te geven wanneer een besluit deze evenredigheidstoets niet meer kan doorstaan. Of in de woorden van Van Buuren (T&C Awb, aantekening 6 bij artikel 3:4): *"Het is aan de minister om alle verschillende betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. De rechter kan slechts concluderen dat deze afweging in strijd is met lid (2) van het artikel, wanneer de betrokken belangen zodanig onevenwichtig zijn afgewogen, dat de minister niet in redelijkheid tot dat besluit heeft kunnen komen. Bij deze toetsing heeft de rechter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan deze belangen moet worden toegekend naar eigen inzicht vast te stellen."*

9. In het kader van deze belangenafweging is naar onze mening in de eerste plaats relevant dat de voorliggende keuze tussen de beide uitvoeringsvarianten V3 en V3 Oost Verkort niet wordt ingegeven door belangen van verkeers- of vervoerskundige aard die aanleiding zijn om de onderhavige wijzigingen aan te brengen aan de landelijke spoorweg tussen Meteren en Boxtel, waarvoor ingevolge artikel 8 Tw een TB vereist is. Anders geformuleerd: de doelstellingen van PHS kunnen ook behaald worden zonder dat er bij Vught voor een verdiepte ligging - in welke uitvoeringsvariant dan ook - gekozen wordt, maar de keuze voor een verdiepte ligging is ingegeven door de wens om de negatieve gevolgen van PHS (met name het rijden van meer (goederen)treinen door Vught) vooral in de vorm van barrièrewerking en visuele hinder van geluidschermen voor de omgeving te mitigeren. De verdiepte ligging is dus een mitigerende maatregel en deze maatregel kan op verschillende manieren worden uitgevoerd. Tot de met dit onderdeel van het TB te dienen doelen behoort dus primair het zoveel mogelijk voorkomen of beperken van barrièrewerking en visuele hinder. In het kader van de evenredigheidstoets zullen de nadelige gevolgen die belanghebbenden ondervinden van de in het TB op te nemen uitvoeringsvariant V3 of V3 Oost Verkort, dus ook primair tegen dit doel moeten worden afgewogen.
10. In dat verband is vervolgens relevant dat de beide uitvoeringsvarianten zelf ook hinder voor de omgeving tot gevolg zullen hebben. Bij variant V3 wordt die hinder vooral veroorzaakt door het tijdelijke spoor dat tijdens de bouw van de verdiepte ligging (gedurende circa vijf jaar) ten westen van het bestaande spoor zal liggen. Bij variant V3 Oost Verkort is er geen sprake van een tijdelijk spoor, maar bestaat de hinder voor de omgeving vooral uit het feit dat het (definitieve) spoor verder naar het oosten zal komen te liggen dan bij variant V3. Daarvoor zullen niet alleen veel meer woningen/panden verworven/onteigend en geamoveerd moeten worden, maar dit zal ook voor meer geluidhinder en trillingen kunnen

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 9 van 27

zorgen, zij het deels bij andere omwonenden dan bij variant V3 het geval is. Voor zover bij variant V3 Oost Verkort de eerstelijns bebouwing geamoveerd moet worden om de verdiepte ligging te kunnen realiseren, zal de permanente (geluid- en trilling)hinder immers vooral ervaren worden bij de huidige tweedelijns bebouwing die dan alsnog eerstelijns bebouwing wordt, maar bij variant V3 afgeschermd wordt door de huidige, te handhaven eerstelijns bebouwing. Daarnaast komt het spoor bij variant V3 Oost Verkort ook op plaatsen waar geen woningen/panden verworven/geamoveerd worden verder naar het oosten en daardoor dichter bij woningen te liggen. Bij beide varianten zal tijdens de bouw een aantal panden niet bereikbaar en daardoor tijdelijk niet bewoonbaar/buikbaar zijn. In variant V3 Oost Verkort zullen tenslotte ook meer en/of langere geluidschermen nodig zijn dan in variant V3. De (voor- en) nadelen van beide varianten zullen dus niet alleen anders van aard zijn (tijdelijke of definitieve hinder versus amoveren van panden), maar deels ook door andere belanghebbenden ervaren worden (hinder van tijdelijk spoor bij V3 met name aan de westzijde, hinder in eindsituatie bij eerstelijns (bij V3 en bij V3 Oost Verkort) of tweedelijns (bij V3 Oost Verkort) bebouwing aan de oostzijde, amoveren van panden in verschillende omvang met name aan de oostzijde). Om een zorgvuldige en goed gemotiveerde keuze te kunnen maken tussen beide varianten is er naar onze mening daarom in elk geval een gedetailleerde beschrijving van de voor- en nadelen van beide varianten vereist, zodat de in het geding zijnde belangen zorgvuldig tegen elkaar kunnen worden afgewogen. De op dit moment (met de Koepelnotitie van 26 mei 2015) beschikbare (m.e.r.-)informatie is in onze visie nog onvoldoende gedetailleerd en geeft daarom nog onvoldoende inzicht om die afweging deugdelijk onderbouwd te kunnen maken.

11. Dat zou mogelijk anders kunnen zijn, indien het feit dat variant V3 Oost Verkort tot het amoveren c.q. aankopen/onteigenen van veel meer panden leidt dan variant V3, op zich al aanleiding zou zijn om dwingend voor variant V3 te kiezen. Daarom zullen wij die vraag eerst beantwoorden.

b. Leidt beperktere inbreuk op eigendomsrecht tot dwingende keuze voor variant V3?

12. Hiervoor bleek al dat er bij variant V3 Oost Verkort in potentie veel meer woningen zullen moeten worden onteigend dan bij variant V3. Het lijkt er dan ook op dat variant V3 Oost Verkort een grotere inbreuk maakt op het in artikel 1 van het Eerste Protocol (hierna: EP) bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) neergelegde recht op ongestoord genot van eigendom en het in artikel 8 EVRM opgenomen recht op eerbiediging van de eigen woning. De vraag rijst allereerst of dit aspect moet worden meegenomen in de belangenafweging?

De inbreuk op artikel 1 EP en 8 EVRM moet worden meegenomen in de belangenafweging

13. Wij menen dat dit het geval is. Dat volgt onder meer uit een arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Europese Hof) van 10 november 2004, zaaknr.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 10 van 27

46117/99 (inzake Taskin e.a. / Turkije). Dit arrest had betrekking op een gestelde schending van artikel 8 van het EVRM. In het kader van de vraag of Turkije dit artikel had overtreden overwoog het Europese Hof onder meer het navolgende:

'The Court reiterates that, according to its settled case-law, whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect for the interests of the individual as safeguarded by Article 8 (see, mutatis mutandis, McMichael v. the United Kingdom, judgment of 24 February 1995, Series A no. 307-B, p. 55, § 87). It is therefore necessary to consider all the procedural aspects, including the type of policy or decision involved, the extent to which the views of individuals were taken into account throughout the decision-making process, and the procedural safeguards available (see Hatton and Others, cited above, § 104). However, this does not mean that decisions can only be taken if comprehensive and measurable data are available in relation to each and every aspect of the matter to be decided. Where a State must determine complex issues of environmental and economic policy, the decision-making process must firstly involve appropriate investigations and studies in order to allow them to predict and evaluate in advance the effects of those activities which might damage the environment and infringe individuals rights and to enable them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake.'

Het Europese Hof benadrukt dus dat er – hoewel artikel 8 EVRM daar geen melding van maakt – wel degelijk procedurele vereisten voortvloeien uit dit artikel.¹ Er bestaat namelijk een verplichting om voorafgaand aan planologische besluitvorming onderzoek te doen naar de gevolgen voor de door artikel 8 EVRM beschermde belangen van burgers. Het doen van dit onderzoek is weer – zo overweegt het Europese Hof - van belang voor de overheid om een *fair balance* tot stand te kunnen brengen tussen de betrokken belangen. Bij deze betrokken belangen gaat het enerzijds om de door artikel 8 EVRM beschermde belangen van burgers in de omgeving en anderzijds om de belangen die gediend zijn met de activiteiten.²

14. Er bestaat dus – gelet op het hierboven besproken arrest – een verplichting om voorafgaand aan de besluitvorming onderzoek te doen naar de gevolgen van het toestaan van activiteiten voor de door artikel 8 EVRM beschermde belangen (waaronder: de eerbiediging van de woningen van burgers). In de literatuur is bepleit dat een dergelijke verplichting eveneens geldt voor de invloed van besluitvorming op de door artikel 1 EP beschermde belangen van omwonenden (lees: ongestoord genot van eigendom).³ Dit is echter – voor zover bij ons bekend - nog niet expliciet in de jurisprudentie aan de orde gekomen.

¹ Zie ook: EHRM 14 februari 2012, Hardy en Maïlle/VK, zaaknummer 3196507 (r.o. 219); EHRM 2 november 2006, Giacomelli / Italie, zaaknummer 59909/00 (r.o. 82).

² Sanderink, 'Het EVRM en het materiële omgevingsrecht' (diss), Deventer: Kluwer 2015, p. 199.

³ Sanderink, 'Het EVRM en het materiële omgevingsrecht' (diss), Deventer: Kluwer 2015, p. 201.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 11 van 27

15. Gelet op het voorgaande, zal op basis van de jurisprudentie van het Europese Hof (en overigens ook op basis van artikel 3:2 Awb) onderzocht moeten worden wat de gevolgen zijn van de keuze voor variant V3 of variant V3 Oost Verkort voor de in artikel 8 EVRM en in artikel 1 EP beschermde belangen. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat in dat kader tevens wordt onderzocht hoe de (individuele) eigenaren staan tegenover de toekomstige aantasting van de voornoemde belangen (vinden ze het een probleem om hun woning te verkopen?). Deze aspecten zullen naar ons oordeel vervolgens ook moeten worden meegenomen in de ter zake te maken belangenafweging (anders is de onderzoeksplicht immers zinledig).
16. Dat gezegd hebbend, zal in het onderhavige geval dus eerst onderzoek moeten worden gedaan naar de gevolgen van iedere variant voor de belangen die worden beschermd door artikel 8 EVRM en artikel 1 EP. Dit is – als wij het goed zien – al grotendeels gebeurd. Er is namelijk al – per variant – inzichtelijk gemaakt hoeveel gebouwen er moeten worden verworven/onteigend. Dit onderzoek leidde tot de conclusie dat er bij variant V3 aanmerkelijk minder woningen moeten worden verworven/onteigend dan bij variant V3 Oost Verkort. Bij variant V3 worden de door artikel 8 EVRM en artikel 1 EP beschermde belangen derhalve minder zwaar aangetast. Daarbij past nog wel de kanttekening dat het bedoelde onderzoek naar wij begrepen in zoverre nog niet volledig is dat nog geen definitief beeld bestaat van het aantal woningen dat, hoewel niet nodig voor de realisatie van het werk zelf, verworven dient te worden, omdat er (tijdelijk of permanent) geen sprake meer is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Dit is naar wij begrepen bijvoorbeeld de reden dat in variant V3 Oost Verkort 37 appartementen onbewoonbaar worden geacht en dus geamoveerd moeten worden, maar of en zo ja, voor hoeveel (andere) woningen dat (in beide varianten) ook nog geldt, is nog niet bekend. Dat zal alsnog onderzocht en vastgesteld moeten worden. Hetzelfde geldt voor de vraag naar de consequenties van de aantasting van de sociale structuur als gevolg van het amoveren van woningen/panden. Wij komen daarop hierna nog terug.

Vanuit de beperking van de aantasting van eigendomsrecht heeft variant V3 de voorkeur

17. Het thans bekende grote verschil in te amoveren/onteigenen panden levert naar ons oordeel een argument op om voor variant V3 te kiezen. Dat volgt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de Afdeling van 19 februari 2014 (201306287/1/R6). In die uitspraak stond de vraag centraal of de desbetreffende planwetgever in redelijkheid had kunnen kiezen voor de zogenoemde oostelijke variant. De Afdeling meende dat zulks het geval was en dat de planwetgever in dat kader onder meer waarde had mogen hechten aan het feit dat bij de voornoemde variant de minste grondeigenaren zouden worden geraakt. Ook in diverse andere zaken werd de keuze voor een bepaalde variant eveneens – met succes – deels gefundeerd op het feit dat de bewuste variant een klein(er) grondbeslag had (waardoor er minder grond hoefde te worden aangekocht).⁴

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 12 van 27

18. De vraag rijst of men ook kan betogen dat er bewust is gekozen voor een variant waarbij in potentie de meeste personen zullen worden onteigend, omdat dit ertoe leidt dat een groot aantal personen verzekerd is van een volledige schadeloosstelling en niet slechts van een – eventuele – tegemoetkoming in planschade of nadeelcompensatie. In dit verband wordt ook wel eens gezegd dat ‘onteigend worden erg is, maar niet onteigend worden nog veel erger’.
19. Enigszins in lijn met dit uitgangspunt heeft het Europese Hof in zijn arrest van 29 maart 2011 bepaald dat er in sommige gevallen een soort – zij het indirect – recht bestaat om ‘onteigend’ te worden en in dat kader een verzekerde schadevergoeding te krijgen.⁵ In het voormelde arrest stelde een echtpaar dat de Poolse Staat in strijd handelde met artikel 1 EP, omdat zij – zonder dat daar een schadevergoeding tegenover stond – door overheidshandelen gedurende lange tijd geen reëel genot van hun eigendom zouden hebben. Het Europese Hof overwoog ter zake onder meer dat:

'75. In the context of restrictions on the development of land resulting from a development plan, the availability of a claim to have the property purchased by the authorities is a relevant factor to consider (see Phocas v. France, cited above, § 60). In the present case, the domestic law did not provide a procedure by which the applicants could assert before a judicial body their claim for expropriation and require the authorities to purchase their property (see, mutatis mutandis, Skibiński v. Poland, cited above, §§ 34-39 and 94-95, 14 November 2006, concerning owners who were threatened with expropriation of their property at an undetermined point in the future). Consequently, the Court finds that the applicants were deprived of any means of compelling the State authorities to expropriate their property (see Immobiliare Saffi v. Italy [GC], no. 22774/93, § 56, ECHR 1999-V). In the assessment of the proportionality of the measures complained of, the lack of such a procedure weighs considerably against the authorities.(..)

79. Furthermore, the Court observes that the interference with the applicants' right to the peaceful enjoyment of their possessions began on 4 May 1987 and has apparently persisted to the present day. The considerable length of time for which the applicants have had to put up with the interference at issue is another element in the Court's assessment of the proportionality of the measures complained of. In addition, the applicants' situation was compounded by the state of uncertainty in which they found themselves, in view of the continued impossibility of developing their property or having it expropriated.

⁴ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 7 augustus 2013, zaaknr. 201301454/1/R6 (r.o. 15.2), ABRvS 11 december 2011, nrs. 201011757/1/R1 en 201012728/1/R1 (r.o. 2.81.1) en ABRvS 6 juli 2011, nr. 201009980/1/M2 (r.o. 2.17.1.).

⁵ EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99 m.nt. M.K.G. Tjepkema en T. de Jong (Potomski en Potomska / Polen). Zie ook EHRM 7 december 2010, RvdW 2011, 1575 (Tarnawczyk/Polen) en EHRM 6 november 2007, zaaknr. 22531/05 (Bugajny / Polen)Wet

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 13 van 27

80. Having regard to all the foregoing factors, the Court finds that the fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the right of property was upset and that the applicants had to bear an excessive burden. There has accordingly been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention.'

Het Hof overweegt dus dat een Staat ervoor moet zorgen dat er een juridische procedure voorhanden is die de burger een handvat geeft om – onder omstandigheden – de aankoop van eigendom door de overheid af te dwingen, waardoor een aanspraak op schadevergoeding ontstaat. Voor het Poolse echtpaar bestond die mogelijkheid niet, terwijl zij door de inbreuk al zeer lange tijd geen reëel genot van hun eigendom hadden. Dit leidde tot een schending van artikel 1 EP.

20. Het hierboven behandelde arrest lijkt voeding te bieden aan de gedachte dat er onder omstandigheden een soort recht op onteigening bestaat. In Nederland is deze gedachte bijvoorbeeld terug te vinden in artikel 38 van de onteigeningswet (hierna: 'Ow'). Op basis van dat artikel kan een persoon in bepaalde situaties met succes vorderen dat de onteigenaar het overblijvende deel van zijn perceel/gebouw eveneens overneemt.
21. Daarnaast komt het uitgangspunt dat grondeigenaren in sommige gevallen recht hebben om onteigend te worden, terug bij de mogelijkheid om diverse typen gedoogplichten op te leggen. Zo kan er bijvoorbeeld geen gedoogplicht worden opgelegd ten behoeve van de aanleg en instandhouding van lokale spoorweginfrastructuur (waarvan overigens in casu geen sprake is) indien 'het belang van de grondeigenaar onteigening vordert'. Dit volgt uit artikel 7 Wet Lokaal Spoor (dat op 1 december 2015 in werking treedt).⁶
22. Er bestaat dus een algemeen gedeelde opvatting dat personen - onder bepaalde hele specifieke omstandigheden - min of meer het recht hebben om onteigend te worden en in dat kader een volledige schadeloosstelling te krijgen. Het feit dat er bij de variant V3 Oost Verkort meer mensen een volledige schadeloosstelling zullen krijgen, levert naar ons oordeel echter *geen* argument op om voor die variant te kiezen. De schadeloosstelling wordt namelijk slechts verkregen doordat een persoon 'onvrijwillig'⁷ zijn eigendom moet afstaan. Dit laatste (het *onvrijwillig* moeten afstaan, waaruit is af te leiden dat de betreffende persoon het eigendomsrecht prefereert boven de hinder) moet juist zoveel mogelijk worden voorkomen.

⁶ Zie ook het vergelijkbare artikel 5.24 van de Waterwet. In dit kader zal worden gekeken naar het deel van de grond waarop de gedoogplicht betrekking heeft en de mate waarin de grond onbruikbaar wordt. Zie naar analogie: *Wijting* 1999, p. 18, *Coenen* 1999, p. 69-71, *Hof Amsterdam* 30 november 1955, *NJ* 1956, 459, *Hof Den Haag* 30 maart 1961, *Stcrt.* 1961, nr. 69, *ABRvS* 19 juni 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:CA3668* en *ABRvS* 24 juli 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:431*.

⁷ *Bewoners werken in de regel slechts mee aan minnelijke verwerving, omdat ProRail het instrument van onteigening als stok achter de deur heeft.*

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 14 van 27

23. Concluderend kan derhalve worden gesteld dat vanuit de beperking van de aantasting van het eigendomsrecht variant V3, waarin aanzienlijk minder objecten hoeven te worden verworven dan in variant V3 Oost Verkort, de voorkeur verdient. Dit zou slechts anders kunnen komen te liggen indien is komen vast te staan dat een meerderheid van diegenen wiens recht wordt aangetast daartegen geen bezwaar hebben omdat dit hen de mogelijkheid biedt onteigend te worden en om aldus aan hinder te ontkomen.

Er kan wellicht nog steeds voor variant V3 Oost Verkort worden gekozen

24. Het voorgaande laat – blijkens de jurisprudentie van de Afdeling - onverlet dat het nog steeds mogelijk is om te kiezen voor de variant waarbij de meeste objecten moeten worden verworven, mits deze variant zich op andere punten en daarmee ook per saldo positief onderscheidt.⁸
25. Dat gezegd hebbend, kan er naar onze mening dus slechts voor variant V3 Oost Verkort worden gekozen, indien deze variant op bepaalde punten zodanig beter is dan variant V3 dat alles afwegende in redelijkheid de voorkeur uitgaat naar variant V3 Oost Verkort. De regionale partijen hebben in dit kader gewezen op het feit dat variant V3 Oost Verkort 'stedenbouwkundige voordelen' zou hebben en een 'beperking van de tijdelijke bouwverlast' teweegbrengt. Wij zouden ons echter kunnen voorstellen dat het lastig zal zijn om te motiveren dat deze voordelen in verhouding staan tot het substantieel aantal extra woningen dat moet worden geamoveerd indien er wordt gekozen voor variant V3 Oost Verkort. Bovendien geldt dat variant V3 Oost Verkort, zoals al aangegeven, ook op tenminste één ander aspect slechter scoort dan variant V3, namelijk wat betreft de omvang van de benodigde geluidschermen (effecten op landschap en ruimtelijke kwaliteit). Het argument dat er bij de verdiepte varianten minder geluidschermen nodig zijn dan bij de maaiveldvarianten was volgens de variantennota echter juist een van de bepalende factoren voor de keuze voor een verdiepte variant. Dat maakt dat ook dat nadeel van variant V3 Oost Verkort ten opzichte van variant V3 naar onze mening "goed gemaakt" zal moeten worden door de voordelen van variant V3 Verkort Oost, wil er in redelijkheid voor die variant gekozen kunnen worden.⁹ Een keuze voor variant V3 Oost Verkort is naar ons oordeel derhalve 'kwetsbaarder' dan een keuze voor variant V3.
26. Dit zou – als gezegd - mogelijk anders kunnen zijn, indien een (substantiële) meerderheid van de betreffende eigenaren zou verklaren geen bezwaar te hebben tegen of zelfs

⁸ ABRvS 16 juli 2014, nr. 201311551/1/R6 en ABRvS 24 maart 2010, 200806140/1/R1.

⁹ Bovendien is in de Notitie Reikwijdte en Detailniveau aangegeven dat in de m.e.r.-studie alle lengtevarianten van V1 t/m V5+, zoals weergegeven in figuur 3.1, onderzocht zullen worden, terwijl de bestuurlijke keuze nu lijkt in te houden dat slechts de uitvoeringsvarianten V3 en V3 Oost Verkort in het MER (in detail) aan de orde zullen komen. Aldus zal variant V3 Oost Verkort ook niet meer goed vergeleken kunnen worden met andere lengtevarianten. Ook dat kan een risico opleveren, indien een belanghebbende daar in beroep op wijst.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 15 van 27

voorstander te zijn van verkoop/onteigening van hun te amoveren pand. Om die reden is de voor ons nog onbekende uitkomst van de aangekondigde consultatie van belanghebbenden (en dus meer specifiek van de betrokken eigenaren) een relevante factor.¹⁰ Daarbij merken wij voor de goede orde nog op dat de uitkomst van deze consultatie van de individuele eigenaren ook tot gevolg kan hebben dat de beleidsvrijheid van de staatssecretaris om voor variant V3 te kiezen wordt verkleind. Indien een overgrote meerderheid van de eigenaren inderdaad zou verklaren geen bezwaar te hebben tegen of zelfs voorstander te zijn van verkoop/onteigening, zal dat gegeven immers ook in de belangenafweging betrokken moeten worden.

c. (Overige) risico's van elk van beide varianten

27. Zoals wij hiervoor (sub 10) al aangaven, zijn de voor- en nadelen van beide varianten verschillend van aard en worden deze ook door andere belanghebbenden ervaren. Bovendien zullen de positieve en negatieve effecten van beide varianten per tracédeel verschillend (kunnen) zijn. De enkele vergelijking van het aantal gehinderden in elk van beide varianten lijkt ons daarom onvoldoende om een keuze op te baseren. In onze visie is een meer gedetailleerde inventarisatie en kwantificering van de effecten, zowel tijdelijk als permanent, noodzakelijk dan op dit moment met de Koepelnotitie (voor ons kenbaar) beschikbaar is, ten einde te kunnen voldoen aan het bepaalde in de artikelen 3:2 en 3:4 Awb. Meer specifiek gaat het dan om de beantwoording van vragen als hoeveel mensen/panden ondervinden er in welke omvang hinder als gevolg van het tijdelijke spoor aan de westzijde (kwantificering van een voordeel van V3 Oost Verkort)? Voor hoeveel (extra) mensen/panden en in welke omvang zal er in variant V3 Oost Verkort alsnog permanente (geluid- en/of trilling)hinder optreden bij de eerste- of tweedelijnsbebouwing aan de oostzijde (kwantificering van een nadeel van V3 Oost Verkort)? Hoeveel woningen zullen er (in beide varianten) als gevolg van onaanvaardbare tijdelijke hinder of tijdelijke onbereikbaarheid tijdens de bouw dan wel als gevolg van onaanvaardbare permanente hinder (geen aanvaardbaar woon- en leefklimaat) tijdelijk of definitief onbewoonbaar worden? Hoe kijken de rechthebbenden aan tegen verwerving? In hoeverre tast het amoveren van panden (in beide varianten) de sociale structuur van een bepaalde straat zodanig aan dat ook de resterende, geïsoleerd rakende woningen, mede gelet op de mate van hinder die deze ondervinden, in redelijkheid niet meer gehandhaafd kunnen worden?¹¹ Nadat is vastgesteld hoeveel woningen/panden bij elk van beide varianten om de verschillende redenen aangekocht/geamoveerd moeten worden en dus hoeveel mensen er (tijdelijk of definitief) zullen moeten verhuizen, kan ook dat aspect in de afweging worden betrokken. Wij kunnen ons namelijk voorstellen dat het als nadeel van een variant wordt

¹⁰ Voor de goede orde wijzen wij erop dat het standpunt van de afzonderlijke eigenaren over al of niet onteigend willen worden beïnvloed kan worden door het antwoord op de vraag hoe groot de kans is dat zij voor nadeelcompensatie in aanmerking komen.

¹¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 14 februari 2014, nr. 201207400/1/R6, met name sub 18-19.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 16 van 27

beoordeeld, indien er zoveel mensen zouden moeten verhuizen dat er binnen (een kleine afstand van) de gemeente Vught niet voldoende vervangende woonruimte beschikbaar is. Tenslotte kan ook blijken dat de kosten van een variant (substantieel) afwijken van de aanvankelijke inschatting, indien er (veel) meer woningen aangekocht/geamoveerd blijken te moeten worden dan waarvan tot nu toe werd uitgegaan. Ook dat aspect zal dan alsnog een rol kunnen spelen in de afweging. Een en ander maakt het op zich al moeilijk om een deugdelijke, objectieve belangenafweging uit te voeren en is daarmee een risico, ongeacht welke variant gekozen wordt. Dat is nog eens te meer het geval nu de bestuurlijke keuze al gepland is voordat het MER (en daarmee de gedetailleerde informatie) gereed zal zijn.

28. Zoals al aangegeven is het onderzoeken van variant V3 Oost Verkort vooral ingegeven door twee voordelen die deze variant zou hebben ten opzichte van variant V3, namelijk geen hinder als gevolg van een tijdelijk spoor aan de westzijde en stedenbouwkundige voordelen (mogelijkheden voor gebiedsontwikkeling). Om in redelijkheid voor variant V3 Oost Verkort te kunnen kiezen zullen deze voordelen tenminste moeten opwegen tegen de nadelen (veel meer te amoveren panden en meer of langere geluidschermen). Een belangrijke vraag die in dat kader aan de orde is, is of en zo ja, onder welke omstandigheden in een TB inderdaad betekenis mag worden toegekend aan mogelijke voordelen voor gebiedsontwikkeling buiten het infrastructurele werk waarin dat TB voorziet? Voor de goede orde merken wij op dat het hierbij niet gaat om de landschappelijke en/of stedenbouwkundige inpassing van het werk als zodanig (dat zal in beide varianten in het TB afgewogen en geregeld moeten worden), maar om de vraag of (extra) mogelijkheden voor gebiedsontwikkeling in de omgeving van het werk die zich bij variant V3 Oost Verkort zouden (kunnen) voordoen, in de afweging mogen worden betrokken? In de wet en de jurisprudentie vinden wij geen concreet antwoord op deze vraag. Bij het juridisch kader kwam echter al wel aan de orde dat de Tw momenteel voorziet in de mogelijkheid om bij de startbeslissing, waarin naast de aard van het te verkennen probleem ook de ruimtelijk relevante ontwikkelingen in het gebied moeten worden beschreven, te bepalen dat een structuurvisie zal worden vastgesteld. Hoewel deze bepalingen, gelet op het overgangsrecht, in casu niet van toepassing zijn, lijkt daaruit wel te mogen worden afgeleid dat de wetgever een structuurvisie het aangewezen instrument vindt om de relatie tussen de voorgenomen infrastructurele ingreep en ruimtelijke ontwikkelingen in de omgeving te onderzoeken en vast te stellen. Ook los van de Tw zijn wij van mening dat de bedoelde stedenbouwkundige voordelen op zijn minst voldoende concreet en uitvoerbaar zullen moeten zijn om een rol te kunnen spelen in de belangenafweging, zeker nu deze voordelen zullen moeten opwegen tegen het nadeel van aanzienlijk meer te amoveren en te onteigenen panden. Daarbij is niet alleen de hiervoor al beschreven inbreuk op het eigendomsrecht van belang, maar ook het feit dat het amoveren van panden als zodanig alleen nog maar een aantasting van de bestaande stedenbouwkundige structuur veroorzaakt. Van een voordeel zal in onze visie echter pas sprake zijn, indien vaststaat dat de kansen voor herontwikkeling van de ruimte die door dat amoveren beschikbaar komt, ook daadwerkelijk benut zullen worden. Daartoe zal niet alleen duidelijk moeten zijn welke invulling er aan het vrij te komen gebied zal worden gegeven,

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 17 van 27

maar ook dat dit (planologisch en financieel) uitvoerbaar is. Gelet op een en ander komt het ons voor dat er tenminste sprake zal moeten zijn van een door de gemeenteraad vast te stellen structuurvisie (of daaraan gelijkwaardig beleidsdocument) waarin de beoogde gebiedsontwikkeling wordt beschreven en van een financiële onderbouwing wordt voorzien, wil er sprake zijn van een voldoende concreet argument om de eventuele keuze voor variant V3 Oost Verkort (mede) op te baseren. Of de inhoud van die gemeentelijke structuurvisie vervolgens voldoende zwaarwegend is om (samen met andere voordelen van die variant) op te wegen tegen de genoemde nadelen van variant V3 Oost Verkort kunnen wij niet beoordelen. Dat is een bestuurlijke afweging.

29. Dat variant V3 al als voorkeursvariant is aangewezen, vinden wij geen doorslaggevend argument om te betogen dat er reeds om die reden niet meer voor variant V3 Oost Verkort gekozen zou kunnen worden. Bij die keuze van een voorkeursvariant ging het immers om de vraag of een maaiveld- of een verdiepte variant de voorkeur heeft en indien voor een verdiepte variant zou worden gekozen, welke omvang deze dan zou moeten hebben? Nadat aanvankelijk voor variant V3 is gekozen, is bij de nadere uitwerking van die voorkeursvariant een alternatieve wijze van uitvoering in beeld gekomen in de vorm van uitvoeringsvariant V3 Oost Verkort. Mede omdat ook in het Informatiedocument d.d. 16 juni 2014 ten behoeve van besluitvorming over de variantenkeuze al is aangegeven dat het zinvol zou zijn om in het vervolgproces naar het vaststellen van MER/OTB ook een definitief verdiept spoor ten oosten van de bestaande spoorbaan te onderzoeken, indien voor een verdiepte ligging zou worden gekozen, staat het besluit van de staatssecretaris van 17 juni 2014 naar onze mening op zich niet aan een keuze voor uitvoeringsvariant V3 Oost Verkort in de weg. Aandachtspunt daarbij is wel dat de vraag gesteld kan worden of ook voor V3 als voorkeursvariant zou zijn gekozen, indien deze variant op dat moment al in de vorm van uitvoeringsvariant V3 Oost Verkort had voorgelegen? Met andere woorden, zouden de verschillen tussen de uitvoeringsvarianten V3 en V3 Oost Verkort de keuze van de voorkeursvariant zodanig beïnvloed hebben dat voor een andere voorkeursvariant gekozen zou zijn? Op zich kunnen wij die vraag niet beantwoorden, maar daarbij is, zoals al aangegeven, wel van belang dat variant V3 Oost Verkort tot gevolg heeft dat er meer of langere geluidschermen nodig zijn dan bij variant V3, terwijl minder/kortere geluidschermen juist één van de redenen was om voor een verdiepte variant te kiezen. Er bestaat dus een risico dat een belanghebbende zal stellen dat de keuze voor voorkeursvariant V3 niet meer voldoende onderbouwd is, indien alsnog voor uitvoeringsvariant V3 Oost Verkort gekozen wordt, omdat in dat geval mogelijk beter voor variant V2 of V4 gekozen had kunnen worden. Omdat deze varianten, naar wij begrepen hebben, in het MER (anders dan in de NRB was aangekondigd¹²) niet meer in detail op hun (milieu)effecten onderzocht zullen worden, zal het echter moeilijk zijn om uitvoeringsvariant V3 Oost Verkort alsnog goed af te wegen tegen de varianten V2 en V4. Ook dat kan een risico inhouden.

¹² Zie voetnoot 9.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 18 van 27

30. Ook het feit dat in de Bestuursovereenkomst van juni 2015 is uitgegaan van variant V3, lijkt ons niet prohibitief voor een keuze van uitvoeringsvariant V3 Oost Verkort. Gelet op de inhoud van de Bestuursovereenkomst (artikel 3) is er naar onze mening in dat geval wel sprake van een scopewijziging, waartoe conform de regeling in artikel 7 van de Bestuursovereenkomst besloten zou moeten worden. Als er op bestuurlijk niveau (unaniem) tot een scopewijziging besloten wordt, lijkt de Bestuursovereenkomst zich daartegen niet te verzetten.

d. Conclusies en aanbevelingen

31. Op basis van het voorafgaande komen wij tot de volgende conclusies over de risico's in de Tracéwetprocedure en doen wij daarbij de volgende aanbevelingen:

(i) De op dit moment beschikbare (m.e.r.-)informatie (Koepelnotitie van 26 mei 2015) is in onze visie nog onvoldoende gedetailleerd en geeft daarom nog onvoldoende inzicht om deugdelijk onderbouwd een keuze tussen beide varianten te kunnen maken. Dat risico wordt nog vergroot door het voornemen om nog voordat (de informatie uit) het MER beschikbaar is een bestuurlijke keuze te maken voor een in het OTB uit te werken voorkeursvariant (zie hiervoor sub 10 en 27).

Om die reden bevelen wij aan om eerst alsnog alle benodigde informatie te verzamelen, alvorens een bestuurlijke keuze te maken tussen beide varianten. Zo lang die informatie niet beschikbaar is, is het ook niet goed mogelijk om de juridische risico's voor de Tracéwetprocedure in te schatten c.q. aan te geven hoe die risico's zo veel mogelijk gemitigeerd kunnen worden.

(ii) Vanwege de (veel) grotere inbreuk die variant V3 Oost Verkort op het eigendomsrecht maakt dan variant V3, is eerstgenoemde variant naar onze mening kwetsbaarder. Dit leidt er echter niet zonder meer toe dat niet alsnog voor variant V3 Oost Verkort gekozen zou kunnen worden. In het kader van de daarvoor vereiste belangenafweging zal ook nog nauwkeuriger in beeld gebracht moeten worden hoeveel panden er om verschillende redenen verworpen/onteigend zullen moeten worden. Ook de opvattingen van de individuele eigenaren hierover spelen een rol in die belangenafweging (zie hiervoor sub 12 t/m 26). Wij bevelen daarom aan om alsnog gedetailleerd in beeld te brengen welke panden er (bij beide varianten) om de verschillende redenen aangekocht/onteigend moeten worden. Daarnaast lijkt het aangewezen om de individuele eigenaren te vragen naar hun standpunt over verkoop/onteigening.

(iii) Een keuze voor variant V3 Oost Verkort lijkt ons slechts mogelijk, indien deugdelijk onderbouwd kan worden dat de voordelen daarvan (meer dan) opwegen tegen de nadelen. Naast het sub (ii) genoemde nadeel van een (veel) grotere inbreuk op het eigendomsrecht geldt tevens dat er bij variant V3 Oost Verkort meer/langere geluidschermen nodig zijn dan bij variant V3. Ook dat nadeel zal dus "goed gemaakt" moeten worden (zie hiervoor sub 28).

Indien uit de thans te verzamelen nadere informatie (gebiedsvisie, consultatie van belanghebbenden en aanvullende m.e.r.-informatie) duidelijk zou worden dat de (mogelijke)

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 19 van 27

voordelen van variant V3 Oost Verkort nimmer zullen kunnen opwegen tegen de nadelen van deze variant, kunnen wij ons wel voorstellen dat, al voordat het MER zal zijn afgerond, gekozen kan worden voor variant V3.

(iv) Een van de redenen om voor variant V3 Oost Verkort te kiezen vormen de (grotere) stedenbouwkundige voordelen (mogelijkheden voor gebiedsontwikkeling) die deze variant zou hebben ten opzichte van variant V3. Naar onze mening kan dit argument slechts een rol spelen in de belangenafweging, indien die voordelen/mogelijkheden voldoende concreet en uitvoerbaar zijn. Dat betekent naar onze mening dat er sprake moet zijn van een door de gemeenteraad vastgestelde structuurvisie (of vergelijkbaar document), waaruit blijkt dat de bedoelde mogelijkheden (planologisch en financieel) uitvoerbaar zijn (zie hiervoor sub 28).

Indien de wens bestaat om een keuze voor variant V3 Oost Verkort inderdaad (mede) te onderbouwen door (grotere) stedenbouwkundige voordelen (mogelijkheden voor gebiedsontwikkeling), is een gemeentelijke structuurvisie aangewezen.

(v) Het feit dat de staatssecretaris op 17 juni 2014 al een keuze heeft gemaakt voor variant V3 is naar onze mening geen doorslaggevend argument om niet meer voor V3 Oost Verkort te kunnen kiezen. Wel vormt het sub (iii) al genoemde nadeel van langere/meer geluidschermen in dit verband (mogelijk) een extra risico (zie hiervoor sub 29).

Het lijkt zinvol om bij een keuze voor variant V3 Oost Verkort te onderbouwen waarom dit niet tot een andere uitkomst van de op 17 juni 2014 gemaakte variantenkeuze zou hebben geleid.

(vi) Dat in de Bestuursovereenkomst van juni 2015 variant V3 als uitgangspunt is genomen maakt een keuze voor variant V3 Oost Verkort evenmin onmogelijk, mits (unanieme) besluitvorming over een scopewijziging plaatsvindt conform de Bestuursovereenkomst (zie hiervoor sub 30).

B. Onteigeningsrechtelijke risico's die (grotendeels) voor beide varianten gelden

32. ProRail zal – ongeacht voor welke uitvoeringsvariant er zal worden gekozen – bepaalde gronden moeten verwerven teneinde het project te kunnen realiseren. Indien ProRail er niet in slaagt om alle benodigde gronden minnelijk aan te kopen, dan rest haar niets anders dan tot onteigening over te gaan. De vraag is gerezen wat de onteigeningsrechtelijke risico's zijn bij het onderhavige project en hoe deze kunnen worden beperkt.

- Er ontstaat vertraging indien het TB wordt vernietigd door de Afdeling

33. Bij de beantwoording van deze vraag stellen wij voorop dat er allereerst problemen kunnen ontstaan in de onteigeningsrechtelijke procedure op het moment dat het TB – dat de planologische grondslag vormt voor de onteigening – wordt vernietigd. Het is namelijk nog niet geheel duidelijk of de Kroon in die situatie de benodigde gronden nog wel ter onteigening zal willen aanwijzen.¹³ Die bereidheid zal er naar onze verwachting in ieder

¹³ Er kan alsdan in ieder geval een beroep worden gedaan op KB 25 februari 2012, nr. 12.000400, Stcrt. 2 april 2012,

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 20 van 27

geval niet bestaan indien er – na de vernietiging van het TB door de Afdeling – een nieuw OTB ter inzage moet worden gelegd. In voorkomend geval zal ProRail een nieuw onteigeningsverzoek moeten indienen, hetgeen tot een vertraging van ten minste één jaar zal leiden. In zoverre is het hiervoor onder A. gestelde dus ook relevant voor de onteigeningsprocedure.

34. Ook indien de Kroon het onteigeningsverzoek toewijst, zorgt de vernietiging van het TB ervoor dat ProRail pas later zal beschikken over alle voor het project benodigde gronden. ProRail kan de onteigeningsdagvaarding namelijk slechts uitbrengen op het moment dat er (weer) een vastgesteld TB voorhanden is, terwijl het onteigeningsvonnis pas kan worden ingeschreven (waarna de eigendom overgaat) als dit TB onherroepelijk is geworden.¹⁴

- Er kan niet worden onteigend omdat niet alle percelen de juiste aanduiding hebben

35. Een ander risico voor de onteigeningsprocedure ontstaat indien het TB weliswaar in stand blijft, maar dat besluit geen, althans niet de juiste, aanduiding projecteert op de voor het project benodigde percelen.¹⁵ In dit kader benadrukken wij dat ProRail niet succesvol tot onteigening kan overgaan van percelen die op de kaarten van het TB geen of de verkeerde aanduiding hebben gekregen. In dat geval correspondeert het onteigeningsverzoek (meer specifiek: het daaraan gehechte plan voor het werk) namelijk niet met de gekozen planologische grondslag (lees: het TB).
36. Wij adviseren – gelet op het voorgaande – om goed te controleren of alle percelen de juiste aanduiding hebben gekregen. Het voert te ver om reeds in dit stadium (nu er nog geen definitieve keuze is gemaakt voor een variant) op perceelniveau aan te geven welke aanduiding aldaar moet worden geprojecteerd. De kans is echter groot dat op deze percelen – zowel bij variant V3 als bij variant V3 Oost Verkort – sprake zal zijn van één van de navolgende vijf standaardsituaties (niet limitatief bedoeld):

(i): op het perceel bevindt zich een gebouw (woning of bedrijfspand) dat ligt binnen de spoorzone en om die reden moet worden gesloopt;

(ii) op het perceel is een gebouw (woning of bedrijfspand) gelegen dat binnen de bouwzone is gesitueerd en moet worden gesloopt voor de aanleg van een werkterrein / bouwweg;

(iii) op het perceel staat een woning die moet worden verworven omdat de werkzaamheden ten behoeve van het werk leiden tot tijdelijke ontoelaatbare hinder en/of tijdelijke onbereikbaarheid van het pand;

4849 (ProRail / Utrecht en Houten).

¹⁴ Zie artikel 21a en 21b van de Tw.

¹⁵ Als er klaarblijkelijk een verkeerde aanduiding is gehanteerd, bijvoorbeeld groenvoorziening in plaats van spoor, dan leidt dit uiteraard in de planologische procedure ook al tot problemen.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 21 van 27

(iv) op het perceel (dat buiten de bouwzone ligt) bevindt zich een woning die permanent niet langer kan worden bewoond en tegen die achtergrond een nieuwe functie moet krijgen;

(v) op het perceel is een gebouw gesitueerd dat slechts deels wordt geraakt door het werk.

Wij zullen thans – per situatie – bezien of deze kan worden ondervangen in het TB en zo ja, op welke manier dat kan geschieden.

(i) op het perceel bevindt zich een gebouw (woning of bedrijfspand) dat ligt binnen de spoorzone en om die reden moet worden gesloopt

37. Te beginnen met de situatie dat een gebouw binnen de spoorzone ligt en moet worden geamoveerd omdat de grond nodig is om het werk op te realiseren. Deze situatie kan - gelet op artikel 10, eerste lid, onder a, Tw – worden opgenomen in het TB.

(ii) op het perceel is een gebouw (woning of bedrijfspand) gelegen dat binnen de bouwzone is gesitueerd en moet worden gesloopt voor de aanleg van een werkterrein/bouwweg

38. De tweede standaardsituatie is dat een woning/pand binnen de bouwzone ligt en moet worden geamoveerd in verband met een aan te leggen bouwweg/werkterrein dat tijdelijk benodigd is om het werk te kunnen uitvoeren. Ook deze situatie valt onder de reikwijdte van artikel 10 van de Tw en kan dus worden opgenomen in het TB. In dit kader is relevant dat in december 2011 onderdeel d is toegevoegd aan het eerste lid van artikel 10 Tw. Dit onderdeel luidt als volgt.

'Artikel 10

1. Het tracébesluit bevat ten minste (..)

d. een beschrijving van de tijdelijke maatregelen en de tijdelijk te treffen voorzieningen die nodig zijn voor de verwezenlijking van de voorgenomen aanleg of wijziging van een hoofdweg, landelijke spoorweg of hoofdvaartweg.'

Een TB moet dus ingaan op – en kan dus tevens zien op – eventuele tijdelijke voorzieningen die nodig zijn voor de aanleg/wijziging van een landelijke spoorweg.

39. In de wetsgeschiedenis (TK 2010-2011, 32377, nr. 7) is dit als volgt toegelicht:

'Vrijwel alle tracébesluiten bevatten tijdelijke maatregelen, zoals bouwwegen en werkterreinen. Zonder de beschikking over die gronden kan het werk niet gemaakt worden. Na voltooiing van de werkzaamheden worden de tijdelijke maatregelen en voorzieningen ongedaan gemaakt en herleeft in beginsel de oude bestemming. In de praktijk wordt regelmatig de vraag aan de orde gesteld of het niet verstandig is om expliciet in de (nieuwe) Tracéwet te bepalen dat het tracébesluit ook

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 22 van 27

betrekking kan hebben op de gronden nodig voor tijdelijke werkzaamheden (...) Het is verstandig om daar waar in de praktijk twijfels zijn over de uitleg van de Tracéwet die duidelijkheid te verschaffen door in de wet zelf op te nemen dat tijdelijke maatregelen en voorzieningen voor het maken van het werk onderdeel kunnen zijn van het tracébesluit.

In de praktijk was er dus twijfel of zaken als werkterreinen en bouwwegen wel in een TB konden worden opgenomen.¹⁶ Met de invoering van het voorgestelde onderdeel d aan artikel 10 lid 1 Tw is deze twijfel weggenomen: een TB kan op basis van dat onderdeel een aanduiding bevatten voor gronden die tijdelijk benodigd zijn als werkterrein of bouwweg.

(iii) op het perceel staat een woning die moet worden verworven, omdat de werkzaamheden ten behoeve van het werk leiden tot tijdelijke ontoelaatbare hinder en/of tijdelijke onbereikbaarheid

40. De derde standaardsituatie houdt verband met het feit dat het werk – naar wij hebben vernomen – slechts kan worden uitgevoerd indien bepaalde (buiten de bouwzone gelegen) woningen tijdelijk niet worden bewoond. Wij menen dat verdedigd kan worden dat deze standaardsituatie eveneens kan worden ondervangen in het TB. Het tijdelijk (in verband met ontoelaatbare hinder of onbereikbaarheid) niet in de woning mogen of kunnen komen zou namelijk een tijdelijke maatregel kunnen zijn als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Tw. In dit kader is van belang dat in de wetsgeschiedenis bij dat artikel nadrukkelijk de optie wordt opengelaten dat er andere ‘tijdelijke maatregelen’ zijn dan slechts het voor de hand liggende aanleggen van bouwwegen/gebruik van grond als werkterrein. Daarbij komt dat het feit dat bepaalde woningen tijdelijk niet worden bewoond essentieel is voor het kunnen uitvoeren van het werk.
41. Er kan dus – gelet op het voorgaande – worden betoogd dat de derde standaardsituatie valt onder de reikwijdte van artikel 10 Tw en dus ook kan worden opgenomen in het TB.
42. Wat in ieder geval *niet* in het TB mag worden opgenomen, zijn planologische voorschriften over het gebruik van grond/gebouwen.¹⁷

(iv) op het perceel (dat buiten de bouwzone ligt) bevindt zich een woning die permanent niet langer kan worden bewoond en tegen die achtergrond een nieuwe functie moet krijgen

43. Hiervoor werd ingegaan op de situatie dat de woningen gedurende de werkzaamheden niet mogen of kunnen worden bewoond. Het is echter ook mogelijk dat – en nu komt de

¹⁶ Zie ook ABRvS 19 januari 2011, nr. 201005925/1 (tracébesluit Spooruitbreiding Schiphol – Amsterdam – Almere – Lelystad) waarin werd geoordeeld dat een tijdelijke bouwweg niet in een TB mocht worden opgenomen, omdat dit niet was te herleiden tot artikel 10 Tw.

¹⁷ Fortgens 2013 (T&C Ruimtelijk bestuursrecht), aant. bij artikel 13 Tracéwet.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 23 van 27

vierde categorie in beeld - (buiten de bouwzone gelegen) woningen permanent niet langer kunnen worden bewoond en om die reden een andere functie moeten krijgen.

44. Om dit in het TB op te nemen, zal er een aanduiding moet worden gehanteerd die erop neerkomt dat een pand permanent niet meer kan worden gebruikt als woning. Zoals al aangegeven, lijkt het echter niet mogelijk te zijn om in een TB planologische gebruiksvoorschriften op te nemen.¹⁸ Dit brengt met zich dat het naar ons oordeel niet mogelijk is om in het TB een nieuwe functie aan een woning toe te kennen (bijvoorbeeld 'kantoor'). Wij zouden ons dan ook kunnen voorstellen dat wordt volstaan met de aanduiding 'woningen die moeten worden verworven/onteigend omdat het werk permanent ontoelaatbare hinder veroorzaakt'. Vervolgens kan in het bestemmingsplan – dat binnen een jaar na het onherroepelijk worden van het TB moet worden vastgesteld¹⁹ – een nieuwe functie worden toegekend aan de bewuste woningen.

(v) op het perceel is een gebouw gesitueerd dat slechts deels wordt geraakt door het werk

45. De laatste standaardsituatie ziet op een gebouw dat slechts deels door het werk wordt geraakt. In voorkomend geval kan de eigenaar van dat gebouw ex artikel 38 Ow het ertoe leiden dat ProRail het resterende deel van zijn gebouw ook moet overnemen. De vraag rijst of de staatssecretaris daar al op moet anticiperen in het TB in de zin dat het gehele gebouw de aanduiding 'te amoveren' dient te krijgen.
46. Bij de beantwoording van deze vraag hebben wij aansluiting gezocht bij een uitspraak van de Afdeling van 18 augustus 2010 (zaaknr. 200901943/1/R1). Daaraan lagen de navolgende feiten ten grondslag.
47. De gemeente Westland was voornemens om een wegtracé aan te leggen dat onder meer dwars door een potplantenbedrijf liep. In het desbetreffende bestemmingsplan was een gedeelte van het voornoemde bedrijf (lees: waar het wegtracé was geprojecteerd) om die reden 'wegbestemd'. De betrokken ondernemer kon zich daar niet mee verenigen. Hij meende namelijk dat zijn gehele bedrijf moest worden wegbestemd. Uiteindelijk werd dit aspect voorgelegd aan de Afdeling. Deze oordeelde ter zake als volgt.

2.5.1. De Afdeling verstaat het aangevoerde als zijnde gericht tegen de begrenzing van het plan. Gelet op de systematiek van de WRO komt de raad in beginsel een grote mate van beleidsvrijheid toe bij het bepalen van de begrenzingen van een bestemmingsplan. Deze vrijheid strekt echter niet zo ver dat de raad een begrenzing kan vaststellen die in strijd met een goede ruimtelijke ordening moet worden geoordeeld of anderszins in strijd is met het recht. In hetgeen [appellant sub 1] en

¹⁸ Fortgens 2013 (T&C Ruimtelijk bestuursrecht), aant. bij artikel 13 Tracéwet. Het feit dat niet alles in het TB mag worden opgenomen volgt overigens ook impliciet uit artikel 27 Tracéwet.

¹⁹ Zie artikel 13, lid 10 Tracéwet.

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 24 van 27

anderen hebben aangevoerd ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat het college zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vastgestelde planbegrenzing niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. Daarbij is van doorslaggevende betekenis dat de vertegenwoordiger van de raad ter zitting heeft toegezegd dat zal worden overgegaan tot verwerving van het gehele bedrijf van [appellant sub 1] en anderen inclusief de bedrijfswoning op minnelijke basis dan wel op basis van artikel 38 van de Ontheeningswet.

De Afdeling lijkt dus te stellen dat de begrenzing van het plangebied – dwars door een bedrijf – in beginsel in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. De reden daarvoor was – zo nemen wij aan – dat het (na de realisering van het werk) overblijvende gedeelte van het bedrijf redelijkerwijs niet meer dezelfde volwaardige functie zou kunnen vervullen als voorheen. Van een dergelijke situatie was sprake in de hierboven geschetste casus. Normaal gesproken zou het gehele bedrijf dan ook moeten worden wegbestemd. In het betreffende geval liet de Afdeling de planwetgever echter 'ontsnappen', omdat ter zitting was toegezegd dat zou worden overgegaan tot verwerving van het gehele bedrijf.

48. Wij adviseren – indachtig het voorgaande – om op een gebouw dat na de realisering van het werk niet meer dezelfde volwaardige functie kan hebben in het geheel de aanduiding 'te amoveren' te projecteren.
49. Indien wij het voorgaande toepassen op een appartementencomplex, dan zal dus moeten worden bezien of het resterende gedeelte van dit gebouw – nadat het ten behoeve van het project benodigde gedeelte is afgebroken – nog dezelfde volwaardige gebruikswaarde heeft. Dat zal waarschijnlijk niet het geval zijn op het moment dat bijvoorbeeld een groot deel van een gemeenschappelijke ruimte (hierna: de GR) verdwijnt (met daarin gezamenlijke keuken) dan wel er essentiële voorzieningen geraakt worden die een functie hebben voor het geheel. In voorkomend geval zullen naar ons oordeel tevens de appartementen waarvan de bewoners gebruik mogen maken van die GR de aanduiding 'te amoveren' moeten krijgen.
50. Indien het resterende gedeelte van het appartementencomplex wel dezelfde volwaardige gebruikswaarde houdt, dan kan naar ons oordeel worden volstaan met het projecteren van een aanduiding op het deel van het gebouw dat daadwerkelijk benodigd is voor het project.
51. Dit laat echter onverlet dat ProRail in bepaalde gevallen desondanks het gehele appartementencomplex moet verwerven. Zulks heeft te maken met artikel 38, eerste lid Ow. Dit artikellid luidt als volgt.

1. Gebouwen, van welke een gedeelte onteigend wordt, moeten, op de vordering des eigenaars bij zijne conclusie, in art. 24 genoemd, door de onteigenende partij geheel worden overgenomen.

52. De eigenaar van een gedeeltelijk in de onteigening betrokken gebouw kan dus in de

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 25 van 27

gerechtelijke onteigeningsprocedure (meer specifiek: in zijn conclusie van antwoord) vorderen dat de onteigenaar het resterende gedeelte van het gebouw ook overneemt.

53. Voor wat betreft de vraag wie de artikel 38 Ow-vordering kan instellen, is relevant dat een persoon geen belang heeft om die vordering in te stellen met betrekking tot een gedeelte van een gebouw dat niet bij hem in eigendom is. Dat gezegd hebbend, komt artikel 38 Ow dus pas in beeld indien een persoon zowel eigenaar is van het onteigende als van een overblijvend gedeelte van het appartementencomplex.
54. Wij weten niet wat de eigendomssituatie is van de appartementencomplexen die worden geraakt door het project. Er zijn in dit kader – zo menen wij – twee scenario's mogelijk. Wij gaan daar nu op in.
55. De eerste situatie is aan de orde indien één persoon of instelling eigenaar is van het gehele appartementencomplex (bijvoorbeeld een woningcorporatie of een projectontwikkelaar). Deze persoon heeft wel belang om te vorderen dat ProRail tevens ex artikel 38 Ow het (bij hem in eigendom zijnde) resterende deel van het appartementencomplex moet overnemen. ProRail zou zich tegen deze vordering kunnen verweren door te stellen dat het overblijvende deel van het appartementencomplex nog gewoon volledig zijn gebruikswaarde behoudt. De vraag rijst of een dergelijk verweer tegen een vordering om het overblijvende deel van het appartementencomplex ex artikel 38 Ow over te nemen succesvol zal zijn.
56. Bij de beantwoording van die vraag hebben wij aansluiting gezocht bij een arrest van de Hoge Raad van 18 januari 1922, NJ 1922, 325 (Van der Toren / Den Haag). Deze kwestie had betrekking op het volgende.
57. De gemeente Den Haag moest - om het door haar voorgestane werk uit te voeren - beschikken over (de grond die was gelegen onder) een gedeelte van de trap naar een oudhollandse patriciërswooning. De eigenaar van dit huis meende dat – nu een deel van zijn gebouw (lees: de trap naar de voordeur) werd onteigend – hij ex artikel 38 Ow kon vorderen dat de gemeente Den Haag tevens de rest van zijn huis moest overnemen. De gemeente Den Haag betrok daartegen de stelling dat artikel 38 Ow niet zag op een dergelijke situatie. Uiteindelijk werd dit aspect aan de Hoge Raad voorgelegd. Deze overwoog ter zake het navolgende.

'dat de door de Rechtbank gemaakte onderscheiding tusschen gedeelten van gebouwen, op welke artikel 38, 1e lid der Onteigeningswet wel, en andere op welke voornoemd artikel niet van toepassing zou zijn, in de wet geen steun vindt;

dat deze toch in het eerste lid van artikel 38 zonder eenige beperking en afgescheiden van de vraag, of het overblijvende deel al dan niet in staat is om in den bestaanden omvang van de gebruiksbehoeften te voldoen, aan den eigenaar van een gebouw, van hetwelk een gedeelte

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 26 van 27

onteigend wordt, het recht toekent om de overname door de onteigenende partij van het gehele gebouw te vorderen;

dat er te minder aanleiding bestaat op dit recht eenige uitzondering toe te laten, daar het tweede en derde lid van hetzelfde artikel ingeval van gedeeltelijke onteigening van erven soortgelijk recht slechts onder bepaalde omstandigheden geven en de wetgever, in tegenstelling met deze, bij gebouwen dus kennelijk de voornoemde bevoegdheid altijd heeft willen toekennen, op grond, dat bij gebouwen de eigenaar, ook bij het ontvangen der in artikel 41 bepaalde vergoeding wegens waardevermindering van het niet-onteigende gedeelte, mogelijk niet geheel zou worden schadeloos gesteld en van hem, zoo hij hiermede geen genoegen neemt, niet kan worden gevergd, dat hij met een verminkt gebouw zal blijven zitten'

58. De Hoge Raad overweegt dus dat het voor wat betreft de toepassing van artikel 38 Ow niet uitmaakt of de eigenaar met het overblijvende gedeelte van de woning in zijn gebruiksbehoefte kan voorzien. De wetgever heeft – zo onderstreept de Hoge Raad – aan de eigenaar van een gebouw altijd de bevoegdheid willen toekennen om te vorderen dat het overblijvende gedeelte van het bij hem in eigendom zijnde gebouw eveneens wordt overgenomen.
59. Indien er dus sprake is van één eigenaar van het gehele appartementencomplex, dan kan deze dus naar ons oordeel – indachtig het hierboven behandelde arrest – altijd met succes vorderen dat ProRail ex artikel 38 Ow het overblijvende deel eveneens overneemt. Het feit of het overblijvende (in casu: een deel van het appartementencomplex) nog dezelfde gebruikswaarde heeft, speelt dus slechts een rol in het planologische traject (zie hiervoor), maar niet bij de vraag of een artikel 38 Ow-vordering kan worden ingesteld.
60. Volledigheidshalve merken wij nog op dat de eigenaar van het appartementencomplex geen gebruik hoeft te maken van zijn bevoegdheid om te vorderen dat het overblijvende wordt overgenomen. Hij kan er ook voor kiezen om het overblijvende te behouden en de eventuele waardevermindering daarvan vergoed te krijgen.
61. De tweede mogelijkheid betreft de situatie dat het appartementencomplex is onderverdeeld in verschillende appartementsrechten. De bewoners hebben dan een aandeel in de eigendom van het complex en de daaronder gelegen grond alsmede een exclusief gebruiksrecht met betrekking tot een specifiek gedeelte van het gebouw en de grond (vgl artikel 5:106 BW). Dit roept de vraag op of een bewoner (die voor een deel (mede)eigenaar is van de grond onder het complex en het gebouw) met succes ex artikel 38 Ow kan vorderen dat ProRail alle overige grond/het gebouw eveneens overneemt (waarvan hij ook deels eigenaar is). Wij kunnen daar geen eenduidig antwoord op geven nu hier geen jurisprudentie over beschikbaar is.²⁰ Wel nemen wij aan dat een beroep op artikel 38 Ow zal

²⁰ HR 29 maart 2013, NJB 2013/805 beantwoordt deze vraag naar ons oordeel niet expliciet. Wij menen wel dat in HR

DATUM 22 september 2015
ONS KENMERK 262716.19680 hbo/edg/vdv/hs
PAGINA 27 van 27

slagen, indien alle appartementseigenaren gezamenlijk vorderen dat het gehele complex onteigend wordt.

62. Tot zover de bespreking van de standaardgevallen. Het is – zoals gezegd – belangrijk om telkens de juiste aanduiding te kiezen in het TB teneinde geen problemen te krijgen in de onteigeningsprocedure. Daarnaast lijkt het ons aangewezen om er in de te maken afweging rekening mee te houden dat bij variant V3 Oost Verkort het risico bestaat dat de eigenaren van de twee appartementencomplexen een beroep zullen doen op artikel 38 Ow.

Hugo Botter, Egbert de Groot en Jos van der Velden
AKD