

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

NOTITIE

W.J.W. Engelhart en M.W. Holtkamp

Advocaten

Archimedeslaan 61

Postbus 85005

3508 AA Utrecht

T +31 30 2595572

F +31 30 2595505

M +31 65 3322804

E walterengelhart@vbk.nl en

merelholtkamp@vbk.nl

www.vbk.nl

Voor : het college van burgemeester en wethouders
van de gemeente Utrecht

Datum : 15 maart 2021

Dossier : 305659/51342231.1

Betreft : Advies met betrekking tot uitgifte begraafplaats

1 INLEIDING EN VRAAGSTELLING

1.1 In de gemeente Utrecht hebben enkele (moslim)organisaties de wens geuit voor een (eigen) islamitische begraafplaats. Het college van B&W heeft hiervoor reeds een verkenning uitgevoerd (resulterende in een startnotitie) en de resultaten hiervan zijn in december 2020 met de gemeenteraad gedeeld. Van belang is dat uit de verkenning een deel van de gemeentelijke begraafplaats Tolsteeg als voorkeurslocatie uit de bus is gekomen. Voorts is in de startnotitie aangegeven dat er een nader juridisch onderzoek komt naar hoe de normen uit de Wet op de lijkbezorging moeten worden vertaald in het vervolgproces.

1.2 In deze notitie wordt ingegaan op de juridische mogelijkheden van het (laten) realiseren van een islamitische begraafplaats in de gemeente. Aandacht wordt besteed aan het proces dat met een organisatie moet worden doorlopen om tot de realisatie van de begraafplaats te komen. Hierbij is van belang om op te merken dat het proces dat in deze notitie wordt geschetst, niet alleen voor islamitische organisaties geldt, maar voor alle initiatiefnemers.

2 HET RECHT VAN (NIET-)KERKGENOOTSCHAPPEN OP GROND VAN DE WET OP DE LIJKBEZORGING

2.1 De Wet op de lijkbezorging (Wlb) beschrijft twee soorten begraafplaatsen: gemeentelijke en bijzondere. Gemeentelijke (algemene) begraafplaatsen zijn in eigendom en gebruik van een gemeente. Een gemeente moet ten minste één gemeentelijke begraafplaats hebben. Bijzondere (particuliere) begraafplaatsen worden aangelegd en in stand gehouden door een 'kerkgenootschap', dan wel door een privaatrechtelijke rechtspersoon of natuurlijk persoon (bijvoorbeeld een stichting of een (adellijke) familie).

Rechten van kerkgenootschappen

2.2 De Wlb geeft een kerkgenootschap (of een samenwerkingsverband van kerkgenootschappen)¹ meer rechten en mogelijkheden om een eigen begraafplaats te realiseren en te exploiteren dan

¹ Zie Artikel 37, tweede lid, van de Wlb waarin dit als volgt is geformuleerd: "Onder kerkgenootschap wordt mede verstaan [...] een rechtspersoon, in het leven geroepen door een of meer kerkgenootschappen [...]"

niet-kerkgenootschappen. Artikel 38 en 39 Wlb geven aan (alle) kerkgenootschappen de mogelijkheid om de volgende keuze te maken:

- a. Een recht op het hebben van een (eigen) bijzondere begraafplaats voor eigen rekening en risico (artikel 38), OF
- b. Op verzoek de beschikbaarheid krijgen over een deel van de gemeentelijke begraafplaats (voor rekening en risico van de gemeente) (artikel 39).

- 2.3 Het is aan het kerkgenootschap of zij een beroep wil doen op de Wlb en zo ja welke keuze ze dan maakt tussen artikel 38 en 39 Wlb. Het is duidelijk dat de keuze een verschil in verantwoordelijkheid kent: bij optie a dient de kerk de begraafplaats voor eigen rekening en risico te exploiteren, en bij optie b ligt deze verantwoordelijkheid bij de gemeente.
- 2.4 Indien een kerkgenootschap haar eigen bijzondere begraafplaats wil (optie a) en geen eigenaar van de benodigde grond is en dit wel wil zijn, dan moet de gemeente er zorg voor dragen dat het kerkgenootschap de grond op redelijke voorwaarden in eigendom kan verwerven (artikel 40 Wlb).² De Wlb laat overigens ook toe dat de grond in erfpacht wordt uitgegeven wanneer een kerkgenootschap daarmee instemt.
- 2.5 Artikel 38 van de Wlb geeft een kerkgenootschap recht op een redelijk deel van de begraafplaatsgrond zoals deze in verhouding staat met het aantal (levende) leden van dit kerkgenootschap in de gemeente. Het moet gaan om een redelijk deel van de grond die bestemd is als begraafplaats in de gemeente. Als het kerkgenootschap reeds de kerkelijke begraafplaats(en) heeft gerealiseerd, waar zij op grond van de Wlb recht op heeft, en de kerkelijke begraafplaats 'vol' raakt vanwege de keuzes van het kerkgenootschap bij het beheren ervan, dan maakt het kerkgenootschap o.i. niet (steeds) opnieuw aanspraak op een nieuw stuk grond op grond van artikel 38 Wlb. Dit geldt bijvoorbeeld als het kerkgenootschap ervoor kiest om geloofsgenoten van buiten de gemeente op haar begraafplaats een laatste rustplaats te geven, maar (wellicht) ook in het geval een kerkgenootschap kiest voor het hanteren van eeuwigdurende grafcrust.³
- 2.6 Wanneer van dat kerkelijk recht geen gebruik wordt gemaakt, kan het kerkgenootschap de gemeente verzoeken om een deel van de gemeentelijke begraafplaats te gebruiken (optie b). De gemeente heeft in dat geval de taak om het beheer, het onderhoud en de administratie te voeren en in overleg te treden met het kerkgenootschap om afspraken te maken over o.a. de inrichting, de afscheiding en het gebruik van het betreffende deel van de begraafplaats (artikel 39 Wlb).

² Het is beleid van de gemeente Utrecht om gronden met een maatschappelijke bestemming (waaronder ook begraafplaatsen) in erfpacht uit te geven. Wanneer een kerkgenootschap verzoekt om de grond in vol eigendom te krijgen, dan dient hieraan op grond van de Wlb medewerking te worden verleend. Omdat dit in afwijking is van het gemeentelijk beleid, dient voor de overdracht van de grond in vol eigendom een (apart) raadsbesluit te worden genomen.

³ Een en ander staat los van het gegeven dat de Wlb de gemeenteraad ook de bevoegdheid geeft om op verzoek toe te staan dat een bepaald kerkgenootschap meer of grotere begraafplaatsen heeft dan de omvang waar het kerkgenootschap recht op heeft, maar dan moet de gemeente ervoor zorgen dat dit niet ten koste gaat van de rechten van andere kerkgenootschappen. Bovendien is van belang te benadrukken dat het toestaan van grotere kerkelijke begraafplaats een *bevoegdheid* en geen *verplichting* van de gemeenteraad is.

Rechten van niet-kerkgenootschappen

- 2.7 Niet-kerkgenootschappen hebben geen bijzondere rechten volgens de Wlb. Zij hebben dus niet dezelfde aanspraak op een eigen begraafplaats of een deel van de gemeentelijke begraafplaats als kerkgenootschappen.
- 2.8 Niet-kerkgenootschappen kunnen wel een verzoek bij de gemeenteraad indienen voor de aanleg van een particuliere begraafplaats (artikel 40 van de Wlb), maar de gemeenteraad kan dit verzoek (gemotiveerd) afwijzen. De gemeenteraad beschikt hierbij over beleidsruimte. De jurisprudentie van de bestuursrechter laat zien dat de gemeenteraad hier een belangenafweging moet maken tussen de belangen van de initiatiefnemer en de (schaarse) grond die binnen een gemeente beschikbaar is voor alle verschillende functies.
- 2.9 Overigens kunnen wij ons voorstellen dat de hiervoor bedoelde belangenafweging van de gemeenteraad anders kan uitpakken in de situatie dat er zich geen kerkgenootschap zou melden om voor een bepaalde geloofsgemeenschap een aparte begraafplaats te realiseren. Wij achten het voorstelbaar dat de gemeenteraad in die situatie wel bereid is om grond aan te wijzen voor een particuliere (bijzondere) begraafplaats. Wanneer dit aan de orde zou zijn dan is echter wel van belang dat die procedure dan – omdat er geen kerkgenootschap is met bijzondere rechten – op een transparante manier wordt georganiseerd.

3 HET RECHT OP DE BESCHIKKING VAN EEN DEEL VAN DE GEMEENTELIJKE BEGRAAFPLAATS (ARTIKEL 39 WLB)

- 3.1 Wanneer een kerkgenootschap besluit een beroep te doen op artikel 39 Wlb (optie b) veronderstelt artikel 39 Wlb dat hier een schriftelijke reactie van het college van B&W op komt. Deze reactie kwalificeert dan als een besluit als bedoeld in artikel 42 van de Wlb, wat betekent dat hier rechtsbescherming tegen open staat (eerst administratief beroep bij de provincie en vervolgens beroep in twee instanties bij de bestuursrechter). Voor een uitgebreidere beschrijving van de rechtsbescherming op grond van de Wlb verwijzen wij naar hoofdstuk 6 van deze notitie. Van belang is om op te merken dat het besluit van het college waarmee het recht op een deel van de gemeentelijke begraafplaats wordt geeffectueerd, pas in werking treedt wanneer dit besluit onherroepelijk is geworden (artikel 88 Wlb).
- 3.2 Opmerkelijk is wel dat er ons geen voorbeelden in de jurisprudentie bekend zijn waar een beroep op artikel 39 Wlb centraal stond. Meer in het algemeen vragen wij ons af of elders in het land bij het ter beschikking stellen van een deel van de gemeentelijke begraafplaats voor een bepaald kerkgenootschap, de hiervoor beschreven (formeel juridische) procedure is dan wel wordt gevolgd.
- 3.3 Overigens is nog van belang op te merken dat de gemeenteraad conform de Wlb de 'Beheersverordening gemeentelijke begraafplaatsen Utrecht 2012' heeft vastgesteld. In artikel 25 van deze verordening is een aparte regeling opgenomen voor het deel van de gemeentelijke begraafplaats dat ter beschikking is gesteld aan (een) kerkgenootschap(pen). Zo is hierin opgenomen dat het college van B&W nadere regels kan stellen die afwijken van bepaalde artikelen van de Beheersverordening. Voor de rest dient het 'kerkelijke vak' wel te voldoen aan de gemeentelijke regels.

- 3.4 Op een tweetal gemeentelijke begraafplaatsen in Utrecht zijn op dit moment al Islamitische begraafvakken aanwezig. Voor zover bekend zijn deze begraafvakken niet gerealiseerd op basis van artikel 39 Wlb. In zoverre kunnen deze bestaande begraafvakken niet worden toegerekend aan een kerkgenootschap.

4 ROL VAN DE GEMEENTE BIJ (OPRICHTING VAN EEN) BIJZONDERE BEGRAAFPLAATS (ARTIKEL 38 WLB)

- 4.1 Het is een recht van een kerkgenootschap om een eigen begraafplaats te 'claimen'. Als het kerkgenootschap kiest voor het hebben van een (eigen) bijzondere begraafplaats en geen eigen geschikte grond heeft, dan geeft de wet een taak aan de gemeente. De gemeente (de gemeenteraad) wijst een geschikt stuk grond aan. Het stuk grond is geschikt als het:

1. Door de gemeenteraad is aangewezen en het de juiste bestemming heeft, en
2. Wanneer het als zodanig is ingericht of geschikt gemaakt is; en
3. Wanneer toestemming voor ingebruikneming is verleend door het college van B&W (artikel 25, 40 en 41 Wlb).

- 4.2 De gemeente (het college van B&W) dient ervoor te zorgen dat het kerkgenootschap onder *redelijke voorwaarden* het stuk grond in eigendom (dan wel erfpacht als het kerkgenootschap hiermee instemt) kan verwerven. De gemeente mag op basis daarvan aan kerkgenootschappen (onder meer) betaling van een redelijk bedrag voor het stuk grond vragen.

Hierbij wordt opgemerkt dat op grond van de 'Beleidsregel toepassing Wet Bibob 2018 gemeente Utrecht voor religieuze instellingen voorafgaande aan een vastgoedtransactie een screening zal plaatsvinden.

- 4.3 De gemeente heeft na de uitgifte van de grond dan verder geen (financiële) rol meer in de exploitatie van de begraafplaats. Ons advies aan de gemeente is ook om niet meer verantwoordelijkheid dan dit naar zich toe te trekken.

Toelichting: in de startnotitie is als een uitgangspunt opgenomen dat de gemeente in co-creatie met de beoogde exploitant een uitwerkingsplan opstelt en ook verder dat de afspraken zijn gebaseerd op een "groeimodel".

Ook omdat er geen wettelijk recht bestaat op een dergelijk 'organisatorisch groeimodel' raden wij aan om hiermee op te passen en om de relatie zuiver te houden. Bij een keuze voor een eigen bijzondere begraafplaats voor eigen rekening en risico hoort ook dat sprake is van zelfstandigheid van de exploitant.

5 DE PROCEDURE ROND DE OPRICHTING VAN EEN BIJZONDERE BEGRAAFPLAATS (ARTIKEL 38 WLB)

- 5.1 In de Wlb zijn de contouren van de procedure rond de oprichting van een kerkelijke begraafplaats opgenomen. Overigens geldt voor de aanleg van een particuliere begraafplaats dezelfde procedure, behalve natuurlijk dat er in dat geval geen recht bestaat op een deel van de begraafplaatsgrond.

- 5.2 Als een kerkgenootschap haar recht claimt op een eigen begraafplaats dan staat de Wlb naar onze mening niet toe dat het kerkgenootschap voor het kunnen verkrijgen van haar grondpositie in competitie moet (door een biedingsproces of anderszins) met niet-kerkgenootschappen.

- 5.3 Stel dat er meerdere kerkgenootschappen een verzoek indienen bij de gemeente, dan geldt dat de Wlb elk kerkgenootschap een 'eigen' recht geeft op een deel van de begraafplaatsgrond in de gemeente, zoals redelijk is gelet op de hoeveelheid gelovigen die is aangesloten bij het kerkgenootschap.

Stap 1: Voorbereiding

- 5.4 Ontvangst van een verzoek van een kerkgenootschap die een beroep doet op haar recht uit artikel 38 Wlb. Het houdt een verzoek in voor de aanleg van een bijzondere (kerkelijke) begraafplaats ex artikel 40 Wlb.

Stap 2: Raadsbesluit ex artikel 40 Wlb

- 5.5 Bij een raadsbesluit wijst de gemeenteraad een geschikte locatie aan als bijzondere begraafplaats voor een kerkgenootschap. De locatie Tolsteeg is een geschikte locatie.
- 5.6 De gemeenteraad kan verzoeken van niet-kerkgenootschappen, gemotiveerd afwijzen.

Stap 3: Overeenkomst

- 5.7 De gemeente en het kerkgenootschap sluiten een overeenkomst over de gronduitgifte. In principe gaat het om overdracht van vol eigendom van de grond, maar ook uitgifte in erfpacht is mogelijk als het kerkgenootschap hiermee akkoord gaat. De gemeente kan eventueel voorwaarden voor gebruik in de overeenkomst vastleggen.
- 5.8 Voor deze privaatrechtelijke rechtshandeling is het college van B&W bevoegd (art. 160 Gemeentewet). De tekeningsbevoegdheid ligt bij burgemeester (art. 170 Gemeentewet).

Stap 4: Besluit B&W

- 5.9 Voordat een begraafplaats in gebruik wordt genomen voor begravingen moet het college van B&W hier toestemming voor geven door het nemen van een besluit tot het in gebruik nemen (artikel 41 Wlb). Er wordt dan door het college van B&W getoetst of de bijzondere begraafplaats aan de wettelijke voorwaarden (administratie/inrichting/etc.) voldoet. Dit besluit moet sowieso genomen worden voordat de begraafplaats in bedrijf kan worden genomen.

6 RECHTSBESCHERMING EN INWERKINGTREDING BESLUITEN

- 6.1 Voor het raadsbesluit en het collegebesluit (stap 2 en stap 4) geldt op grond van de Wlb een bijzondere beroepsprocedure, het administratief beroep. De stappen in deze beroepsprocedure zijn als volgt:
1. Administratief beroep bij gedeputeerde staten van de provincie Utrecht (hierna: 'GS') (artikel 42 lid 1 Wlb. i.c.m. afdeling 7.3 Awb). GS is dan het beroepsorgaan.
 2. Beroep bij de bestuursrechter tegen het besluit van GS (artikel 7:1, 8:1 en 8:6 Awb)
 3. Hoger beroep tegen uitspraak van de bestuursrechter in eerste aanleg bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- 6.2 **Belangrijk!** De Wlb stelt dat het raadsbesluit en/of collegebesluit niet in werking treedt zolang de beroepsprocedure loopt (artikel 88 Wlb). De besluiten treden daarmee pas in werking wanneer zij onherroepelijk zijn. Hoewel het lastig is om in de lengte van de beroepsprocedure te voorspellen (omdat deze uit meerdere fases kan bestaan) kan worden aangehouden dat de redelijke termijn wordt geacht te zijn overschreden voor het beroep bij GS en de rechtbank (tezamen) wanneer er twee jaar is verstreken en dat er voor een hoger beroep nogmaals twee jaar bij zou kunnen komen. De 'schorsing' geldt voor alle hiervoor besproken stappen van de beroepsprocedure. Omdat er – voordat een bijzondere begraafplaats in gebruik kan worden genomen – twee besluiten op grond van de Wlb moeten worden genomen (het raadsbesluit ex artikel 40 en het collegebesluit ex artikel 41 Wlb) – bestaat er ook twee keer de kans dat een beroepsprocedure wordt gestart.

7 CONCLUSIE

- 7.1 De Wlb geeft kerkgenootschappen het recht om de volgende keuze te maken:
- Een recht op het hebben van een (eigen) bijzondere begraafplaats voor eigen rekening en risico (de gemeente moet daarvoor een redelijk deel van de begraafplaatsgrond beschikbaar stellen) (artikel 38), OE
 - Op verzoek de beschikbaarheid krijgen over een deel van de gemeentelijke begraafplaats (voor rekening en risico van de gemeente) (artikel 39).
- 7.2 Niet-kerkgenootschappen hebben deze rechten niet.
- 7.3 De procedure om te komen tot realisatie van de kerkelijke begraafplaats start met een verzoek van de kerkgenootschap en vervolgens een raadsbesluit om de geschikte locatie aan te wijzen. Dan wordt de privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot de grond gesloten tussen de gemeente en het kerkgenootschap. De procedure eindigt met een besluit van het college van B&W met betrekking tot de ingebruikneming van de begraafplaats. Tegen het raadsbesluit en collegebesluit staat (administratief) beroep open in drie instanties en de besluiten treden pas in werking wanneer zij onherroepelijk zijn.
- 7.4 Wanneer een kerkgenootschap een verzoek doet om de beschikbaarheid te krijgen van een deel van de gemeentelijke begraafplaats dient het college van B&W een besluit te nemen op dit verzoek. Ook tegen dit besluit staat (administratief) beroep open in drie instanties en het besluit treedt pas in werking wanneer het onherroepelijk is.
- 7.5 Gelet op het voorgaande adviseren wij het volgende:
- De gemeente moet ingekomen verzoeken op grond van de Wlb behandelen volgens de daarvoor in de wet gestelde procedure. Kerkgenootschappen beschikken daarbij over bijzondere rechten waar het gemeentebestuur rekening mee heeft te houden.
 - Op het moment dat nog niet duidelijk is welk verzoek een bepaalde (kerkelijke) organisatie heeft beoogd te doen, dan is het raadzaam hen in de gelegenheid te stellen om het verzoek te verduidelijken.
 - Het is uiteindelijk aan de (kerkelijke) organisatie welk verzoek het wenst te doen en het gemeentebestuur moet alsdan beoordelen of sprake is van een verzoek als bedoeld in artikel 38, 39 of 40 van de Wlb.

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

- Wanneer duidelijk is dat een kerkgenootschap een beroep doet op artikel 38 Wlb, dan raden wij een "groei-model" af. Een en ander in afwijking van de startnotitie waarin was opgenomen dat de gemeente in co-creatie met de beoogde exploitant van de bijzondere begraafplaats een uitwerkingsplan zal opstellen. Bij een keuze voor een eigen bijzondere begraafplaats voor eigen rekening en risico hoort ook dat sprake is van zelfstandigheid van de exploitant.
- Op het moment dat er geen kerkgenootschap een verzoek als bedoeld in artikel 38 of 39 Wlb indient, en het de wens is dat een (islamitische) begraafplaats in de gemeente wordt gerealiseerd, dan adviseren wij dat er voor de uitgifte van de grond een transparante procedure wordt georganiseerd die voldoet aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Walter Engelhart en Merel Holtkamp
