



Utrecht Centre for Water,  
Oceans and Sustainability Law

---

## Juridische facilitering multifunctioneel gebruik primaire waterkeringen

Opdrachtgever: Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier

Contactpersoon: Ilona Evers



*Helderse Zeewering*

**Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law**

Departement Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht

Newtonlaan 201, 3584 BH Utrecht

Dr. mr. G.M. van den Broek, dr. mr. M.N. Boeve, dr. mr. F.A.G. Groothuijse, dr. mr. P.J. van der Plank

Prof.dr. H.F.M.W. van Rijswijk, m.m.v. W. Sommer en N. de Boer

contactpersoon: mr. dr. F.A.G. Groothuijse

[F.A.G.Groothuijse@uu.nl](mailto:F.A.G.Groothuijse@uu.nl)

Tel: 030-2537066

Definitieve versie: 30 maart 2018



## Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen .....	5
<b>1. Inleiding .....</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Aanleiding tot het onderzoek .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Doelstelling.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3 Hoofdvragen .....</b>	<b>8</b>
<b>1.4 Opzet rapport .....</b>	<b>9</b>
<b>2. Waterspoor .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Inleiding .....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 Regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen in de Keur .....</b>	<b>11</b>
<b>2.3 Wijze van reguleren: watervergunning en algemene regels .....</b>	<b>14</b>
<b>2.4 Afwentelen extra kosten multifunctioneel gebruik waterkering op gebruiker .....</b>	<b>17</b>
<b>2.5 Instructieregels en instructies.....</b>	<b>22</b>
<b>2.6 Huidige belemmeringen voor multifunctioneel gebruik op grond van de Keur .....</b>	<b>23</b>
2.6.1 Vergunningplicht in de Keur .....	23
2.6.1.1 Beleidsregels ontheffingen waterkeringen 2007.....	23
2.6.1.2 Ontwerp Beleidsregels watervergunningen 2017 .....	25
2.6.1.3 Algemene regels in de Keur .....	26
<b>2.7 Overlappende regulering multifunctioneel gebruik Noordzee .....</b>	<b>26</b>
<b>2.8 Tussenconclusie waterspoor .....</b>	<b>29</b>
<b>3. Ruimtelijk spoor .....</b>	<b>33</b>
<b>3.1 Inleiding .....</b>	<b>33</b>
<b>3.2 Bestemmingsplan: bestemmingen .....</b>	<b>33</b>
<b>3.3 Bestemmingsplan: regels met het oog op de bestemming .....</b>	<b>34</b>
<b>3.4 Instructieregels en instructies: Barro en provinciale ruimtelijke verordening Noord-Holland.....</b>	<b>35</b>
3.4.1 Barro .....	35
3.4.2 Provinciale ruimtelijke verordening Noord-Holland.....	35
<b>3.5 Verhouding waterspoor en ruimtelijk spoor: bescherming van waterkeringen in het bestemmingsplan? .....</b>	<b>36</b>
<b>3.6 Tijdelijke omgevingsvergunning .....</b>	<b>40</b>
<b>3.7 Regulering van multifunctioneel gebruik door andere wet- en regelgeving .....</b>	<b>41</b>
<b>3.8 Conclusie .....</b>	<b>42</b>
<b>4. Omgevingswet en regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen...</b>	<b>45</b>
<b>5. Privaatrechtelijke regulering multifunctioneel gebruik waterkeringen .....</b>	<b>47</b>
<b>5.1 Doelstelling.....</b>	<b>47</b>
5.1.1 Het opstalrecht .....	48
5.1.2 Regulering gebruik of wegneming van aangebrachte bebouwing .....	48

5.1.3	<i>Betalingsverplichting</i> .....	49
5.1.4	<i>Nadelen aan regulering van het gebruik van de dijk middels een opstalrecht</i> .....	50
5.1.5	<i>Verschil tussen een opstalrecht en een erfpachtrecht</i> .....	50
5.1.6	<i>Opvolgend verkrijgers</i> .....	50
5.1.7	<i>Recht op vergoeding na einde erfpachtrecht of opstalrecht</i> .....	51
5.1.8	<i>Eigendom vereist voor het vestigen van een zakelijk recht van opstal of erfpacht</i> .....	51
5.1.9	<i>Contractenrecht</i> .....	52
5.1.10	<i>Voordelen regulering middels contractenrecht</i> .....	52
5.1.11	<i>Nadelen</i> .....	52
5.1.12	<i>Aansprakelijkheid</i> .....	53
<b>5.2</b>	<b>Verhouding publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten</b> .....	<b>54</b>
5.2.1	<i>Onaanvaardbare doorkruising</i> .....	54
5.2.2	<i>Misbruik van bevoegdheid</i> .....	56
<b>5.3</b>	<b>Conclusie gebruik privaatrechtelijke instrumenten</b> .....	<b>58</b>
<b>6.</b>	<b>Nadeelcompensatie op grond van de Waterwet</b> .....	<b>61</b>
<b>6.1</b>	<b>Risicoaanvaarding</b> .....	<b>61</b>
	<b>Risicoaanvaarding</b> .....	<b>61</b>
<b>6.2</b>	<b>Geen publiekrechtelijke beperking van het recht om te verzoeken om nadeelcompensatie</b> .....	<b>64</b>
<b>6.3</b>	<b>Normaal maatschappelijk risico</b> .....	<b>65</b>
<b>6.4</b>	<b>Causaal verband</b> .....	<b>66</b>
<b>6.5</b>	<b>Conclusie</b> .....	<b>68</b>
<b>7.</b>	<b>Twee cases voor multifunctioneel gebruik van (primaire) waterkeringen</b> .....	<b>71</b>
<b>7.1</b>	<b>Prefab vakantiehuisjes</b> .....	<b>71</b>
7.1.1	<i>Publiekrechtelijk kader</i> .....	72
7.1.2	<i>Privaatrechtelijk kader</i> .....	74
7.1.3	<i>Nadeelcompensatie</i> .....	75
<b>7.2</b>	<b>Hotel</b> .....	<b>76</b>
7.2.1	<i>Publiekrechtelijk kader</i> .....	76
7.2.2	<i>Privaatrechtelijk kader</i> .....	77
7.2.3	<i>Nadeelcompensatie</i> .....	77
<b>8.</b>	<b>Beantwoording van de onderzoeksvragen</b> .....	<b>79</b>
<b>9.</b>	<b>Conclusies en aanbevelingen</b> .....	<b>91</b>
<b>9.1</b>	<b>Publiekrechtelijke bevoegdheden en instrumentarium voor HHNK</b> .....	<b>91</b>
<b>9.2</b>	<b>Privaatrechtelijke bevoegdheden en instrumenten voor HHNK</b> .....	<b>92</b>
<b>9.3</b>	<b>Afstemming publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden en instrumenten</b> .....	<b>93</b>
<b>9.4</b>	<b>Nadeelcompensatie</b> .....	<b>94</b>
<b>9.5</b>	<b>Afstemming met het ruimtelijke spoor</b> .....	<b>94</b>

## Lijst van gebruikte afkortingen

art.	artikel
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
Amvb	Algemene maatregel van bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Barro	Besluit algemene regels ruimtelijke ordening
Bmwk 2009	Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
Bro	Besluit ruimtelijke ordening
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gst.	De Gemeentestem
Hrl	Habitatrichtlijn
HHNK	Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
KB	Koninklijk Besluit
Keur	Keur Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier 2016
Krw	Kaderrichtlijn Water
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
Rb.	Rechtbank
Stb.	Staatsblad
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WRO	Wet op de ruimtelijke ordening (oud)
Wsw	Waterschapswet
Wtb	Waterbesluit
Wtr	Waterregeling
Wtw	Waterwet



# **1. Inleiding**

## **1.1 Aanleiding tot het onderzoek**

Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier is beheerder van verschillende primaire en regionale waterkeringen. In de meeste gevallen is HHNK ook eigenaar van deze keringen. Met name in de stedelijke gebieden zijn de waterkeringen al ingenomen door bebouwing en allerlei andere activiteiten. Echter, binnen de grenzen van de waterkeringen (en de aangrenzende beschermingszones) geldt van oudsher een restrictief beleid waar het gaat om het toestaan van activiteiten die niet ten dienste staan van de waterkering. Door de vele voorwaarden en beperkingen die dit restrictieve beleid stelt aan ontwikkelingen in, op, boven en nabij waterkeringen is multifunctioneel gebruik van de waterkeringen momenteel niet of vrijwel onmogelijk. Waterstaatkundig verantwoorde beweiding/graswinning en bijvoorbeeld wandelroutes worden wel toegestaan alsmede ontwikkelingen van geringe omvang bijvoorbeeld steigertjes.

Vanuit de maatschappij en gemeenten worden steeds meer initiatieven en ontwikkelingen geopperd waaraan dit restrictieve beleid in de weg staat. Met dit onderzoek wordt onderzocht in hoeverre een multifunctioneel gebruik van de waterkeringen die HHNK in beheer heeft mogelijk is onder de harde voorwaarde dat het wettelijke beschermingsniveau handhaafbaar is door HHNK en gewaarborgd blijft en dit voor HHNK of andere overheden - nu en in de toekomst - geen (risico op) extra kosten met zich brengt. De wens om onder deze voorwaarden multifunctioneel gebruik toe te staan, komt onder meer tot uitdrukking in de Deltavisie en het Waterprogramma van HHNK.<sup>1</sup>

## **1.2 Doelstelling**

Doelstelling van het onderzoek is een verkenning van de juridische mogelijkheden van HHNK – zowel publiekrechtelijk als beheerder als privaatrechtelijk in de hoedanigheid van eigenaar van een kering - om een multifunctioneel gebruik van zijn waterkeringen te verkennen, waarbij voorop staat dat de veiligheid van de keringen geborgd blijft en de extra kosten van het multifunctionele gebruik van de kering voor huidig en toekomstig beheer en toekomstige dijkversterkingen niet voor rekening van HHNK komen. De uitkomsten van het onderzoek zullen kunnen dienen als de bouwstenen voor een eventueel op te stellen algemeen beleidskader waarin een set van spelregels worden gegeven die HHNK hanteert bij de beoordeling van ontwikkelingen in, op, boven en nabij waterkeringen die geen verband houden met de waterkerende functie van deze keringen (multifunctioneel gebruik). Ook zouden de resultaten van het onderzoek kunnen dienen als input voor de pilotprojecten die HHNK wil starten, zoals de Helderse Zeewering.

---

<sup>1</sup> Zie Waterprogramma HHNK 2016-2021, p. 16-17.

### **1.3 Hoofdvragen**

In dit onderzoek worden de volgende hoofdvragen beantwoord:

- 1. In hoeverre en op welke wijze kunnen bestaande juridische belemmeringen voor een multifunctioneel gebruik van waterkeringen worden weggenomen zonder dat de uitvoering van wettelijke beheertaak van HHNK nu en in de toekomst wordt belemmerd en zonder dat dit extra kosten voor HHNK met zich brengt?**
- 2. In hoeverre en op welke wijze kan HHNK de belangen die gemoeid zijn met het multifunctioneel gebruik van waterkeringen een rol laten spelen bij het al dan niet toestaan van dat multifunctionele gebruik?**
- 3. In hoeverre en op welke wijze kan HHNK juridisch borgen dat de extra kosten die het gevolg zijn van het multifunctioneel gebruik van keringen, o.m. voor het beheer van de kering en voor toekomstige dijkversterkingen, worden gedragen door degene(n) die profijt hebben van het multifunctioneel gebruik, opdat deze kosten niet voor rekening van HHNK komen? Hierbij wordt de bestaande praktijk van het hoogheemraadschap betrokken, dat in watervergunningen en privaatrechtelijke overeenkomsten het risico op toekomstige verwijdering bij de vergunninghouder/contractspartij wordt gelegd. Ook zullen de mogelijkheden van fondswerving en het stellen van financiële voorwaarden aan de watervergunning ter dekking van de extra kosten worden onderzocht.**

Bij de beantwoording van deze vragen zullen zowel de publiekrechtelijke mogelijkheden van HHNK als de privaatrechtelijke mogelijkheden die HHNK als eigenaar van een waterkering heeft, worden betrokken.

Ook zal de rol van het ruimtelijke ordeningsrecht dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening het gebruik van de grond reguleert moeten worden betrokken, omdat het multifunctionele gebruik van kering ook in het ruimtelijke spoor zal moeten worden toegestaan en de vraag zich aandient in hoeverre in dat spoor eveneens voorwaarden en beperkingen kunnen worden gesteld voor het multifunctionele gebruik van de kering en hoe zich dat dan verhoudt tot de beperkingen en voorwaarden die HHNK in het waterspoor daaraan kan stellen.

Onder multifunctioneel gebruik wordt verstaan: al dan niet tijdelijk gebruik van een waterstaatswerk dat niet ten dienste staat van de waterkerende functie van de kering. Onder dit gebruik vallen objecten en bouwwerken, zoals woningen, bedrijfsbebouwing, straatmeubilair, kiosken etc., maar ook gebruik in enge zin (anders dan bouwen), zoals grondbewerkingen, begrazing, weiden, verhardingen, tuinen, graven, egaliseren, maaien, planten van bomen, etc.

Onder de extra kosten voor HHNK worden alle kosten begrepen die moeten worden gemaakt om het multifunctioneel gebruik van waterkeringen mogelijk te maken. Zonder uitputtend te zijn, vallen onder deze kosten onder meer de kosten die gemoeid zijn met het (toekomstig) beheer en onderhoud van de waterkering dat ten gevolge van het multifunctionele gebruik van kering moet worden aangepast. Ook de eventuele door HHNK op grond van art. 7.14 Wtw uit te keren schadevergoeding of nadeelcompensatie voor schade die derden lijden ten gevolge van de uitoefening van taken en bevoegdheden door HHNK, zoals de uitvoering van onderhoud- en herstel van waterkeringen en de versterking



of verlegging van waterkeringen in de toekomst, worden uitdrukkelijk onder deze extra kosten begrepen.

De resultaten zullen bij wijze van 'botsproef' worden toegepast op 2 verschillende casus.

#### **1.4 Opzet rapport**

De opzet van dit rapport is als volgt. Het rapport bestaat uit 5 onderdelen.

In **deel A** komt het publiekrechtelijk kader aan de orde. In hoofdstuk 2 komen de publiekrechtelijke mogelijkheden en belemmeringen voor de regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen voor HHNK en voor het verhalen of voorkomen van de extra kosten voor HHNK die met multifunctioneel gebruik gepaard gaan aan de orde. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op het planologische regulering van de multifunctioneel gebruik van waterkeringen en op de verhouding daarvan met de regulering van het multifunctioneel gebruik van waterkeringen op grond van het waterspoor. In hoofdstuk 4 worden kort de meest relevante wijzigingen die de in voorbereiding zijnde Omgevingswet met zich zal brengen voor de publiekrechtelijke regulering van het multifunctioneel gebruik van waterkeringen.

In **deel B** zullen vervolgens de privaatrechtelijke mogelijkheden en belemmeringen voor de regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen besproken (hoofdstuk 5).

In **deel C** zal worden onderzocht in hoeverre degenen die multifunctioneel gebruik maken van waterkeringen recht hebben op nadeelcompensatie ten gevolge van de versterking van de waterkering en op welke wijze HHNK dat recht kan beperken (hoofdstuk 6).

In **deel D** zal het voorgaande aan de hand van 2 casus worden geïllustreerd (hoofdstuk 7).

**Deel E** bevat de beantwoording van de onderzoeksvragen (hoofdstuk 8) en de aanbevelingen en conclusies (hoofdstuk 9).



## **Deel A Publiekrecht**

In deel A worden de publiekrechtelijke mogelijkheden en beperkingen van regulering van het multifunctionele gebruik van waterkeringen onderzocht. Daarbij wordt ingegaan op zowel de mogelijkheden en belemmeringen van het juridisch instrumentarium op grond van de waterregelgeving (hoofdstuk 2) als op het ruimtelijk instrumentarium en de verhouding tussen het ruimtelijke en het waterspoor (hoofdstuk 3). Tot slot van dit deel komen de belangrijkste wijzigingen die de Omgevingswet met zich brengt voor de publiekrechtelijke regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen (hoofdstuk 4).

## **2. Waterspoor**

### **2.1 Inleiding**

In dit hoofdstuk wordt gezien in hoeverre en op welke wijze het waterschapsbestuur multifunctioneel gebruik van waterkeringen kan reguleren op grond van de publiekrechtelijke bevoegdheden die hem op grond van de Waterwet en de Waterschapswet te beschikking staan. In paragraaf 2.2 wordt in dat kader de reikwijdte van de regelgevende bevoegdheid van het waterschapsbestuur besproken. In paragraaf 2.3 wordt gezien welke vormen de regulering in de waterschapskeur kan aannemen, waarna in paragraaf 2.4 wordt onderzocht welke publiekrechtelijke mogelijkheden het waterschapsbestuur heeft om de extra kosten van het multifunctioneel gebruik van waterkeringen af te wentelen op degene die de waterkering multifunctioneel gebruikt. Paragraaf 2.5 bespreekt de bevoegdheden die Rijk en provincie hebben om de regelgevende en vergunningverlenende bevoegdheid van het waterschapsbestuur in te kaderen of te begrenzen. In paragraaf 2.6 wordt onderzocht welke belemmeringen de huidige Keur voor multifunctioneel gebruik van waterkeringen bevat. Het beheer van waterkeringen kan (deels) overlappen met het rijksbeheer van oppervlaktewaterlichamen. Aangezien de rijksregels die voor rijksoppervlaktewaterlichamen gelden ook het multifunctioneel gebruik van waterkeringen kunnen beperken, zal daarop in paragraaf 2.7 eveneens worden ingegaan. Dit hoofdstuk wordt in paragraaf 2.8 afgesloten met een conclusie.

### **2.2 Regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen in de Keur**

Het waterschapsbestuur heeft de bevoegdheid regels te stellen voor zover hij dat nodig acht ter behartiging van de aan het waterschap opgedragen taken en voor zover hetzelfde onderwerp met hetzelfde oogmerk niet reeds op grond van hogere regelgeving uitputtend is gereguleerd.<sup>2</sup> Voor zover de zorg voor watersystemen (of onderdelen daarvan) niet aan het Rijk is opgedragen, dient de zorg voor het watersystemen (of onderdelen daarvan) in beginsel bij reglementaire verordening aan de waterschappen te worden opgedragen.<sup>3</sup> De zorg voor het watersysteem dient op grond van art. 2.1 lid 1 gericht te zijn op de doelstellingen van de Waterwet. Die doelstellingen betreffen:

---

<sup>2</sup> Art. 56 en 78 Wsw. Het waterschapsbestuur heeft deze regelgevende bevoegdheid ingevolge art. 59 Wsw niet voor zover een onderwerp met hetzelfde motief door hogere regelgeving is gereguleerd, zoals bijvoorbeeld lozingen op regionale oppervlaktewaterlichamen, die op grond van art. 6.2 Wtw uitputtend zijn gereguleerd.

<sup>3</sup> Art. 3.2 Wtw jo. art. 2 lid 2 Wsw.

- a. voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met
- b. bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en
- c. vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.

Voor zover het beheer van watersystemen of onderdelen daarvan niet aan het Rijk is toegekend,<sup>4</sup> zal het provinciebestuur het beheer daarvan dus in beginsel aan het HHNK moeten toekennen.<sup>5</sup> Ten aanzien van de watersystemen of onderdelen die in beheer bij HHNK zijn heeft het waterschapsbestuur de bevoegdheid om multifunctioneel gebruik daarvan met het oog op de doelstellingen van de Waterwet in de waterschapsverordening te reguleren, tenzij hogere regelgeving een onderwerp met hetzelfde motief uitputtend reguleert.<sup>6</sup> Lozingen op oppervlaktewaterlichamen – ook die in beheer zijn van HHNK – worden op grond van art. 6.2 Wtw of bij amvb uitputtend op rijksniveau gereguleerd, zodat de regelgevende bevoegdheid daar geen betrekking op kan hebben. Multifunctioneel gebruik van watersystemen of onderdelen daarvan die in beheer zijn van het Rijk worden met het oog op de doelstellingen van de Waterwet op grond van hoofdstuk 6 Wtw gereguleerd.

#### *Reikwijdte doelstellingen Waterwet*

Publiekrechtelijke regulering van multifunctioneel gebruik van primaire waterkeringen door het waterschapsbestuur is uitsluitend mogelijk met het oog op de doelstellingen van de Waterwet. Van belang is dan ook om te bezien wat de reikwijdte van deze doelstellingen is.

#### *a) Waterveiligheid*

Voor primaire waterkeringen betreft de normering de veiligheidsnormen die op grond van art. 2.2 Wtw zijn vastgesteld in Bijlage I en IA Wtw. De normering voor de regionale waterkeringen is vastgesteld bij of krachtens provinciale verordening.<sup>7</sup> Deze normering is voor de verschillende waterkeringstrajecten in de legger vertaald in de normatieve eisen wat betreft ligging, vorm, afmeting en constructie van de waterkering. Het waterschapsbestuur dient er zorg voor te dragen dat de waterkeringen worden beheerd en onderhouden overeenkomstig de in de legger omschreven toestand van de waterkering. Dat betekent dat zij onderhoud- of herstelwerkzaamheden moeten (laten) plegen indien de feitelijke toestand van de waterkeringen afwijkt van de in de legger omschreven toestand.

Daarnaast zal het waterschapsbestuur met het oog op de voor de waterkeringen geldende veiligheidsnormen activiteiten moeten reguleren die daarop een negatieve invloed kunnen hebben. Deze activiteiten worden in dit onderzoek ook wel aangeduid met de term 'multifunctioneel gebruik'. Multifunctioneel gebruik van de waterkering zal het waterschapsbestuur dan ook alleen kunnen toestaan, indien dat verenigbaar is met de veiligheidsnorm die voor de desbetreffende waterkering geldt. In die zin vormt de veiligheidsnorm een ondergrens voor het toestaan van multifunctioneel gebruik van

<sup>4</sup> Zie art. 3.1 jo. 3.1 en 3.2 jo. Bijlage II en III Wtb.

<sup>5</sup> Zie art. 5 lid 1 en 2 Reglement van bestuur voor het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier 2008

<sup>6</sup> Gebruik van waterstaatswerken in beheer bij het waterschap kan met het oog op internationale verplichtingen of bovenregionale belangen ingevolge art. 6.5 en art. 6.6 lid 1 Wtw ook bij of krachtens amvb plaatsvinden.

<sup>7</sup> Zie art. 2.1 jo. bijlage 1 Waterverordening Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier 2009.

waterkeringen. Multifunctioneel gebruik van waterkeringen zal ook dan moeten worden gereguleerd in de Waterschapskeur met het oog op de veiligheid die de waterkering volgens de veiligheidsnorm moet bieden. Absolute voorwaarde voor het toestaan van multifunctioneel gebruik van de waterkering is dan ook dat dit gebruik er niet toe mag leiden dat de veiligheidsnorm voor waterkering (verder) wordt overschreden. De regulering van multifunctioneel gebruik in de Waterschapskeur kan verschillende vormen aannemen: een algemeen verbod, een verbod behoudens vergunning, algemene regels al dan niet gecombineerd met een meldingsplicht en maatwerkvoorschriftbevoegdheden.

#### *b) Waterkwaliteit*

Multifunctioneel gebruik van waterkeringen dat gevolgen heeft voor de chemische en ecologische kwaliteit van het watersysteem, wordt voor zover het lozingen op het oppervlaktewaterlichaam betreft gereguleerd door de vergunningplicht van art. 6.2 Wtw of de vergunning vervangende regels uit het Activiteitenbesluit en het Besluit lozen buiten inrichtingen.<sup>8</sup> Indien het multifunctionele gebruik geen directe lozing op het oppervlaktewaterlichaam inhoudt, maar wel gevolgen kan hebben voor de chemische of ecologische kwaliteit van het watersysteem, zoals verontreiniging veroorzaakt door uitspoeling of verwaaiing of fysieke ingrepen, kunnen deze gevolgen wel op grond van de Waterschapskeur worden gereguleerd. Verontreiniging anders dan door lozingen worden immers niet uitputtend gereguleerd door art. 6.2 Wtw. Of multifunctioneel gebruik dat gevolgen heeft voor de chemische en ecologische waterkwaliteit van het watersysteem – al dan niet onder voorwaarden- kan worden toegestaan zal het waterschapsbestuur moeten beoordelen aan de hand van de chemische en ecologische waterkwaliteitseisen die voor het desbetreffende watersysteem gelden. Deze waterkwaliteitseisen zijn opgenomen in het Bkmw 2009 en uitgewerkt in de water- en beheerplannen.

#### *c) Vervulling van maatschappelijke functies van watersystemen*

Voor zover het doelstellingen ten aanzien van waterveiligheid<sup>9</sup> en waterkwaliteit<sup>10</sup> betreft wordt die reikwijdte gemarkeerd door concrete normen,<sup>11</sup> terwijl dat voor de vervulling van maatschappelijke functies van watersystemen niet het geval is. Voor zover in waterplannen al maatschappelijke functies aan watersystemen of onderdelen daarvan zijn toegekend, wordt de vervulling van deze functies veelal niet wettelijk genormeerd.<sup>12</sup> Sterker nog, op grond van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak lijken de maatschappelijke functies van watersystemen – in ieder geval als weigeringsgrond voor watervergunning - te

---

<sup>8</sup> Deze vergunningvervangende regels zijn vastgesteld op grond van art. 6.2 lid 1 sub b jo. art. 6.6 Wtw.

<sup>9</sup> Zie art. 2.2 Wtw, art. 2.4 Wtw jo. art. 2.1 Waterverordening HHNK 2009 en art. 2.8 Wtw jo. art. 2.2 Waterverordening HHNK 2009.

<sup>10</sup> Art. 2.10 jo. art. 5.1 Wm jo. Bkmw 2009.

<sup>11</sup> Voor de waterkwaliteitsdoelstellingen wijzen wij nog op de mogelijkheid om in bepaalde gevallen onder de in de Krw gestelde voorwaarden ten behoeve van multifunctioneel gebruik af te wijken van de waterkwaliteitsdoelstellingen.

<sup>12</sup> Zoals al is opgemerkt is het stellen van normen voor de functie vervulling van watersystemen bij amvb of provinciale verordening ingevolge art. 2.11 Wtw wel mogelijk.

moeten worden afgeleid uit de feitelijke situatie,<sup>13</sup> terwijl uit de Waterwet en de toelichting in onze ogen kan worden afgeleid dat maatschappelijke functies expliciet in een strategisch waterplan aan het watersysteem moeten worden toegekend.<sup>14</sup> De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft tot gevolg dat niet altijd op voorhand duidelijk is of een watersysteem een bepaalde maatschappelijke functie vervult of niet. Met het oog op de reikwijdte van de (beheer)taken en bevoegdheden van het waterschapsbestuur is deze rechtsonzekere situatie in onze ogen ongewenst, maar vooralsnog is dit vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Dat zou betekenen dat het waterschapsbestuur indien het multifunctioneel gebruik van de waterkering wil faciliteren, dit gebruik met het oog op de vervulling van maatschappelijke functies van het watersysteem in de Waterschapskeur kan reguleren. Daarbij is van belang dat dit multifunctionele gebruik gekwalificeerd wordt als een maatschappelijke functie van het watersysteem, of meer specifiek de waterkering. Bij voorkeur worden die maatschappelijke functies van het watersysteem in het regionale waterplan, of voor zover dit plan aanvullende functietoekenning in het beheerplan toestaat, in het beheerplan aan het watersysteem toegekend, zodat er geen twijfel kan bestaan over de vraag of het watersysteem (of een onderdeel daarvan) de desbetreffende maatschappelijke functie al dan niet heeft.

Wanneer een waterkering bijvoorbeeld een verkeersfunctie of recreatiefunctie (heeft of) is toegekend, dan kunnen activiteiten die vervulling van de verkeersfunctie van de waterkering aan kunnen tasten, zoals het plaatsen van bouwwerken op de waterkering, mede met het oogmerk van deze maatschappelijk functievervulling, worden gereguleerd op grond van de Keur, voor zover dit onderwerp niet met hetzelfde motief uitputtend in hogere regelgeving is gereguleerd.<sup>15</sup>

Voor zover multifunctioneel gebruik niet samenvalt met de maatschappelijke functievervulling van het watersysteem (of een daarvan onderdeel uitmakende waterkering), kunnen de belangen die gemoeid zijn met dat multifunctionele gebruik geen rol spelen bij de regulering van het gebruik van de waterkering door het waterschapsbestuur.

### **2.3 Wijze van reguleren: watervergunning en algemene regels**

Voor zover er op grond van de Waterschapskeur een voorafgaande toestemming voor multifunctioneel gebruik van een waterkering of aangrenzende beschermingszone van het waterschapsbestuur is vereist, is deze toestemming van rechtswege een watervergunning in de zin van de Waterwet.<sup>16</sup> Afhankelijk van de gevolgen van het multifunctionele gebruik voor de waterkering kan voor verschillende reguleringsvormen worden gekozen. Bij de ingrijpendere gevolgen voor de waterkering ligt het voor de hand om te werken met een vergunningenstelsel, zodat het waterschapsbestuur van te voren kan toetsten of het multifunctionele gebruik van de waterkering in overeenstemming is met de doelstellingen van de Waterwet en zo nodig voorschriften aan de watervergunning kan verbinden.

---

<sup>13</sup> Zie bijvoorbeeld: ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2357, AB 2014/351, m.nt. H.F.M.W van Rijswijk, ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2154, *Men R* 2015/152, m.nt. Van der Vlist en AB 2016/151, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

<sup>14</sup> Zie art. 2.11, art. 4.1 lid 3 onder c en art. 4.4 lid 2 onder a Wtw en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 318, nr. 3, p. 37 en 87.

<sup>15</sup> Zoals de Wegenverkeerswet 1998 of de Wegenwet.

<sup>16</sup> Art. 1.1 lid 1 Wtw en art. 6.13 Wtw.

Indien het aangevraagd multifunctioneel gebruik van de waterkering onverenigbaar is met de doelstellingen van de Waterwet moet de watervergunning op grond van art. 6.21 Wtw worden geweigerd. De vergunning kan niet op andere gronden worden geweigerd.<sup>17</sup> Bij een beslissing op de aanvraag om een watervergunning zal het waterschapsbestuur in de eerste plaats moeten beoordelen of het multifunctionele gebruik verenigbaar is met de waterkeringsbelangen en de veiligheidsnormering die daaraan uitdrukking geven. Daarnaast moet het waterschapsbestuur beoordelen of het aangevraagde multifunctionele gebruik verenigbaar is met de andere twee doelstellingen van de Waterwet, te weten: de ecologische en chemische kwaliteitsdoelstellingen voor het watersysteem<sup>18</sup> en de vervulling van maatschappelijke functies van het desbetreffende watersysteem. Volgens vaste jurisprudentie gaat het bij de vervulling van maatschappelijk functies om de feitelijke situatie. De maatschappelijke functies hoeven dan ook niet uitdrukkelijk aan het watersysteem te zijn toegekend.<sup>19</sup> Bovendien kan het ook gaan om functies van watersystemen die niet bij het waterschap in beheer zijn.<sup>20</sup>

Evenals de doelstellingen voor waterveiligheid en waterkwaliteit, kunnen de doelstellingen met betrekking tot de vervulling van maatschappelijke functies van watersystemen worden geconcretiseerd in normen, mits deze maatschappelijke functies in de strategische waterplannen zijn toegekend.<sup>21</sup> Deze doelstellingen en normen zijn voor de desbetreffende watersystemen verder uitgewerkt in de beheerplannen van de watersysteembeheerders – in casu het beheerplan van HHNK - en de waterplannen van Rijk en provincie. Aan deze plannen moet de watervergunning voor multifunctioneel gebruik op grond van art. 6.1a Wtb worden getoetst.

Is het multifunctionele gebruik van een waterkering – al dan niet door het verbinden van voorschriften of beperkingen aan de watervergunning - niet onverenigbaar met de doelstellingen van de Waterwet, dan *moet* de vergunning worden verleend. Of multifunctioneel gebruik bij vergunning kan worden toegestaan, hangt dan ook af van de reikwijdte van het belangenkader of het toetsingskader voor de watervergunning.

Indien het waterschapsbestuur in plaats van een vergunningplicht kiest voor het stellen van algemene regels voor het reguleren van multifunctioneel gebruik van waterkeringen, geldt daarvoor hetzelfde belangenkader. Algemene regels moeten immers eveneens worden vastgesteld met het oog op de doelstellingen van de Waterwet, zodat deze regels moeten voorkomen dat er onverenigbaarheid met de doelstellingen van de Waterwet ontstaat. Indien het multifunctionele gebruik van de waterkering tot gevolg heeft dat de in de legger

---

<sup>17</sup> Zie o.m. ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4559, AB 2012/242, m.nt. A. van Hall, ABRvS 14 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:750, AB 2013/318, m.nt. H.F.M.W van Rijswijk en ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:302, AB 2017/93, m.nt. F.A.G. Groothuijse. Dat wil wat ons betreft overigens nog niet zeggen dat andere dan waterstaatkundige belangen niet in de belangenafweging kunnen worden betrokken, aangezien deze belangen op grond van art. 3:4 Awb bij het verbinden van voorschriften en beperkingen wel degelijk een rol zouden kunnen spelen. Zie de annotaties bij Rb. Limburg 11 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6167, *Men R* 2014/141, m.nt. F.A.G. Groothuijse, ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:302, AB 2017/93, m.nt. F.A.G. Groothuijse en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 318, nr. 3, p. 59.

<sup>18</sup> Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009.

<sup>19</sup> Zie ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2999, AB 2018/47, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk, ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:302, AB 2017/93, m.nt. F.A.G. Groothuijse, ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2154, AB 2016/151, m.nt. H.F.M.W van Rijswijk, ABRvS 25 juni 2014, AB 2014/351, m.nt. H.F.M.W van Rijswijk, Rb. Limburg 11 juli 2014, *Men R* 2014/141, m.nt. F.A.G. Groothuijse

<sup>20</sup> Zie ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2999, AB 2018/47, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk, ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2154, AB 2016/151, m.nt. H.F.M.W van Rijswijk.

<sup>21</sup> Zie art. 2.11 Wtw. Voor de rijkswateren worden deze norm vastgesteld bij of krachtens amvb. Voor de regionale wateren wordt deze normen vastgesteld bij of krachtens provinciale verordening.

omschreven toestand wijzigt, dan zal dat multifunctionele gebruik naar ons oordeel aan een vergunningplicht moeten worden onderworpen, omdat derdebelanghebbenden anders bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt onthouden. Tegen de wijziging van de legger staat namelijk geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.<sup>22</sup>

### *Voorschriften en beperkingen aan de watervergunning*

Zoals reeds is opgemerkt, moet de watervergunning voor multifunctioneel gebruik worden geweigerd indien dit gebruik onverenigbaar is met de doelstellingen van de Waterwet. Wanneer die onverenigbaarheid echter kan worden weggenomen door het stellen van voorschriften en/of beperkingen als bedoeld in art. 6.20 Wtw, dan kan de watervergunning niet worden geweigerd. De beperkingen en voorschriften zullen in de eerste plaats kunnen bestaan uit de verplichting om compenserende of mitigerende maatregelen te treffen, waardoor er geen onverenigbaarheid ontstaat met de veiligheidsnorm die voor de kering geldt, de waterkwaliteitseisen die voor het oppervlaktewater gelden of met de vervulling van de (feitelijke) maatschappelijke functies van het watersysteem, waaronder ook de waterkering. Die voorschriften kunnen zien op de wijze waarop het vergunde multifunctionele gebruik wordt uitgevoerd. In vergunningvoorschriften kunnen met het oog op stabiliteit van de waterkering bijvoorbeeld technische eisen of voorzieningen worden voorgeschreven of kan worden voorgeschreven op welke wijze de bouw- of andere werkzaamheden moeten worden uitgevoerd. De beperkingen waaronder een watervergunning kan worden verleend zien onder meer op plaats, tijd en omvang van het vergunde multifunctionele gebruik.<sup>23</sup>

Hoewel de niet-waterstaatkundige belangen van derden op grond van art. 6.21 Wtw niet kunnen leiden tot een weigering van de watervergunning, zal het bevoegd gezag met die belangen bij het stellen van voorschriften en beperkingen op grond van art. 3:4 Awb rekening moeten houden. Dit wordt ook in de memorie van toelichting met zoveel woorden gezegd:

*‘Voor de volledigheid zij nog opgemerkt dat de bevoegdheid om voorschriften of beperkingen aan een vergunning te verbinden ook kan worden aangewend ter bescherming van de belangen van derden; zij is niet beperkt tot de belangen van het waterbeheer of de bijzondere belangen, bedoeld in de artikelen 6.7 en 6.18. Dit volgt reeds uit artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht, dat een afweging van de rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen voorschrijft. Een vergunning mag weliswaar niet worden geweigerd omwille van de belangen van derden (tenzij dat uitdrukkelijk als weigeringsgrond is opgenomen), maar met de belangen van derden dient wel rekening te worden gehouden waar het gaat om de wijze waarop de te vergunnen handeling zal worden uitgevoerd en de in verband daarmee aan de vergunning te verbinden voorschriften.’<sup>24</sup>*

De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt echter in haar jurisprudentie te suggereren dat ook bij het stellen van voorschriften en beperkingen uitsluitend de doelstellingen van de Waterwet

---

<sup>22</sup> Art. 8:5 Awb jo. Bijlage 2 art. 1 Awb.

<sup>23</sup> *Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 123.*

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 123.*



kunnen worden betrokken en dat met andere belangen geen rekening kan worden gehouden.

Aan een watervergunning kunnen uitsluitend voorschriften en beperkingen worden verbonden voor zover dat nodig is in verband met de doelstellingen van de Waterwet of voor zover dat nodig is om onevenredige gevolgen voor derden te voorkomen. Het bevoegd gezag mag immers geen verdergaande inbreuk op de rechten en vrijheden van burgers maken dan nodig is voor de behartiging van het algemene belang dat de wet beoogt te beschermen.<sup>25</sup>

## **2.4 Afwentelen extra kosten multifunctioneel gebruik waterkering op gebruiker**

### *Voorschriften watervergunning*

In het kader van dit onderzoek is het de vraag in hoeverre voorschriften aan een watervergunning voor multifunctioneel gebruik van de kering kunnen worden verbonden op grond waarvan de extra kosten die gemoeid zijn met dit multifunctionele gebruik voor rekening van de vergunninghouder kunnen worden gelaten. Op grond van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is dit tot op zekere hoogte mogelijk. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in haar uitspraak van 8 oktober 2008 immers een vergunningvoorschrift geaccepteerd op grond waarvan een ter plaatse van een primaire waterkering vergund werk op kosten van de vergunninghouder dient te worden verwijderd dan wel aangepast, indien de toekomst een verhoging van de primaire waterkering noodzakelijk mocht zijn. De Afdeling overweegt ten aanzien van het beroep tegen dit vergunningvoorschrift het volgende:

*‘Krachtens artikel 21, tweede lid, van de Keur kunnen ter bescherming van de bij de waterstaatstaken betrokken belangen aan een ontheffing voorschriften worden verbonden. Het standpunt van het dagelijks bestuur dat onder deze belangen mede mag worden gerekend zijn financiële belang, in die zin dat de aanwezigheid van de losstoep bij het uitvoeren van de toekomstige dijkverzwaring geen extra kosten met zich mee mag brengen, is niet onredelijk. In dit verband is van belang dat ten tijde van de verlening van de ontheffing bekend was dat dijkverzwaring van de Wilhelminahaven op middellange termijn aan de orde is en met het voorschrift wordt beoogd zoveel mogelijke opties voor de in de toekomst noodzakelijke dijkverzwaring open te houden.*

*Anders dan Groningen Seaports betoogt, staat artikel 21, derde lid, van de Keur niet in de weg aan het verbinden van voorwaarde 5 aan de ontheffing. Voorwaarde 5 laat onverlet dat het waterschap de ontheffing zal dienen in te trekken of wijzigen als de losstoep ter plaatse van de primaire zeedijk moet worden verwijderd of aangepast vanwege een door het dagelijks bestuur noodzakelijk geachte verhoging van de primaire waterkering.*

*De voorwaarde leidt niet tot een onaanvaardbare inperking van de in artikel 22 van de Keur neergelegde mogelijkheid om voor toekenning van schadevergoeding in*

---

<sup>25</sup> Zie art. 3:3 en art. 3:4 lid 2 Awb.

*aanmerking te komen. Groningen Seaports heeft de losstoep aangelegd als onderdeel van de huidige primaire waterkering en heeft aldus het reële risico aanvaard dat de losstoep op termijn, in verband met de noodzaak tot dijkverzwaring, zal moeten worden verwijderd of aangepast. Tevens is van belang dat het voorschrift is beperkt tot de kosten voor verwijdering of aanpassing van de losstoep en de mogelijkheid voor Groningen Seaports openlaat om, na intrekking of wijziging van de verleende ontheffing, ter zake van ander nadeel een verzoek om schadevergoeding in te dienen.*<sup>26</sup>

Hoewel deze uitspraak ziet op het recht van vóór de inwerkingtreding van de Waterwet, zijn er geen redenen om aan te nemen dat bovenstaande overweging onder vigeur van de huidige wet- en regelgeving inhoudelijk anders zou luiden. Op grond van de Waterwet kunnen er immers ook ter bescherming van de waterstaatstaken betrokken belangen voorschriften aan de watervergunning worden verbonden. Tot die belangen behoren naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak dus ook de financiële belangen van het waterschap om de extra kosten die het vergunde multifunctionele gebruik met zich brengt bij toekomstige dijkversterkingen te voorkomen.

Aan de watervergunning voor multifunctioneel gebruik van een primaire waterkering of een aangrenzende reserveringszone kan de vergunninghouder, gelet op deze jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, worden verplicht het vergunde multifunctionele gebruik van de waterkering te saneren of aan te passen. Dat de Afdeling bestuursrechtspraak in dat kader van belang acht dat in casu ten tijde van de verlening van de ontheffing de dijkverzwaring in dit geval op de middellange termijn wordt voorzien, zal daarvoor naar ons oordeel geen hoge drempel opwerpen. Nog afgezien van de vraag wat onder de middellange termijn moet worden verstaan, is zal vrijwel iedere waterkering op termijn moeten worden versterkt. Wanneer het waterschapsbestuur ter motivering van een vergunningvoorschrift dat verplicht om een bouwwerk op eigen kosten te verwijderen stelt dat de desbetreffende waterkering op termijn zal moeten worden versterkt, zal de bestuursrechter naar ons oordeel niet snel tot de conclusie komen dat een dergelijk voorschrift onredelijk is.

Ook uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak ten aanzien van de aanwijzing van de reserveringszones (of het profiel van de vrije ruimte) kan immers worden afgeleid dat het waterschapsbestuur op grond van zijn regelgevende bevoegdheid reserveringszones kan aanwijzen, waarbinnen activiteiten die een toekomstige dijkversterking kostbaarder of lastiger uitvoerbaar kunnen maken, kunnen worden gereguleerd.<sup>27</sup> Aangezien het waterschapsbestuur deze bevoegdheid uitsluitend kan uitoefenen ten behoeve van doelstellingen van de Waterwet, kan daaruit worden afgeleid dat de voorkoming of de beperking van extra kosten of belemmeringen voor toekomstige dijkversterkingen een belang is dat tot die doelstellingen behoort. Meer in het bijzonder gaat het dan om de

<sup>26</sup> ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7246, AB 2008/333, m.nt. Alfred van Hall.

<sup>27</sup> Zie o.m. ABRvS 9 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7106, AB 2010/211, m.nt. Alfred van Hall, waarin de Afdeling het beleid van de het waterschapsbestuur dat binnen het profiel van de vrije ruimte (tot 2100) met het oog op toekomstige dijkversterkingen geen nieuwbouw toestaat niet onredelijk geacht. In vergelijkbare zin: ABRvS 8 juni 20011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ7482, MenR 2011/188, F.A.G. Groothuijse. Zie ook: ABRvS 28 januari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO2427, AB 2004/116, m.nt. Alfred van Hall. in deze uitspraak oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak dat het vrijhouden van het profiel van de vrije ruimte ten behoeve van dijkverbetering een waterstaatkundig belang is. Zie uitgebreider: G.M. van den Broek, F.A.G. Groothuijse en H.F.M.W. van Rijswijk, Juridische analyse "Ruimte voor dijken" in: *Hoogheemraadschap Schieland en Krimpenerwaard, Pilot ruimtelijk instrumentarium dijken*, Rotterdam 2016, p. 53-54.

doelstelling ten aanzien van de voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen.

Dat het waterschapsbestuur een vergunningvoorschrift aan de watervergunning kan verbinden op grond waarvan de vergunninghouder het bouwwerk dient te verwijderen wanneer dat in verband met een toekomstige dijkversterking noodzakelijk is, doet er niet aan af dat het waterschapsbestuur de watervergunning voor het multifunctionele gebruik in dat geval zal moeten intrekken of wijzigen.<sup>28</sup> Ten gevolge daarvan kan de vergunninghouder naast de aanpassing of sanering van het multifunctionele gebruik schade lijden, die op grond van de nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Wtw voor vergoeding in aanmerking komt. In een vergunningvoorschrift zal een beroep op de nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Wtw dan ook niet kunnen worden uitgesloten. Vanzelfsprekend zal bij de beslissing op een verzoek om nadeelcompensatie ten gevolge van de intrekking of wijziging van de watervergunning voor het multifunctionele gebruik ten gevolge van een toekomstige dijkversterking of een beperking van het vergunde multifunctionele gebruik ten gevolge van onderhoudswerkzaamheden een rol spelen in hoeverre die intrekking of beperking behoort tot het normaal maatschappelijk risico en/of voorzienbaar was op het moment van aanvang van dat multifunctionele gebruik (zie hoofdstuk 6).

Conclusie is dan ook dat HHNK met het oog op de vermindering van extra kosten van toekomstige dijkversterkingen ten gevolge van het toestaan van multifunctioneel gebruik kan reguleren, maar dat daarmee niet kan worden voorkomen dat de gebruiker/vergunninghouder een beroep doet op de nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Wtw. In hoeverre recht op nadeelcompensatie bestaat moet worden beoordeeld aan de hand van de daarvoor geldende criteria.

Voor de beantwoording van de vraag of het waterschap – aanvullend of in plaats van de publiekrechtelijke regulering van multifunctioneel gebruik – in de hoedanigheid van eigenaar van de grond in een privaatrechtelijke overeenkomst voorwaarden kan stellen die betrekking hebben op de extra kosten die het multifunctionele gebruik met zich brengt, is de jurisprudentie over een “onaanvaardbare doorkruising” of “misbruik van bevoegdheid” bepalend (zie paragraaf 5.2).

### *Tijdelijke watervergunning*

De watervergunning voor het multifunctionele gebruik kan voor bepaalde termijn worden verleend, wanneer dit noodzakelijk is in verband met de doelstellingen van de Waterwet. Nu daaronder blijkens het voorgaande ook het financiële belang van de beheerder om toekomstige kosten van dijkversterkingsmaatregelen zoveel mogelijk te beperken, kan worden geschaard, is het mogelijk om met het oog daarop slechts een tijdelijke watervergunning te verlenen. Wel zal in verband met de rechtszekerheid moeten worden bepaald voor welke termijn de vergunning wordt verleend. Voordeel van een tijdelijke watervergunning is dat deze na afloop van termijn waarvoor deze is verleend van rechtswege vervalt en dus niet hoeft te worden ingetrokken. Aangezien het vervallen van

---

<sup>28</sup> Het bevoegd gezag kan ingevolge art. 6.22 lid 4 Wtw slechts tot intrekking van watervergunning overgaan, voor zover niet kan worden volstaan met wijziging of aanvulling van de aan de vergunning verbonden voorschriften of beperkingen.

vergunning bij verlening al vaststaat, bestaat er ook geen recht op nadeelcompensatie als deze na afloop van de geldingsduur van rechtswege vervalt.

### *Financiële voorwaarden aan de watervergunning*

Aan publiekrechtelijke toestemmingen, zoals de watervergunning, kunnen onder bepaalde voorwaarden ook financiële voorwaarden worden verbonden. Die voorwaarden kunnen in twee vormen aan de vergunning worden verbonden:

- Als voorwaarde vooraf om de watervergunning te verkrijgen; en
- Als betalingsverplichting die als vergunningvoorschrift aan de watervergunning is verbonden.

Op grond van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak<sup>29</sup> is het verbinden van financiële voorwaarden aan een toestemming aanvaardbaar wanneer aan 4 criteria wordt voldaan:

1. Met de betaling wordt een rechtstreekse bijdrage geleverd aan het doel van de wettelijke regeling;
2. De verlening van de vergunning dient te nopen tot het heffen van een geldbedrag;
3. De hoogte van het bedrag is rechtstreeks gerelateerd aan de aantasting die de vergunde handeling heeft op het belang dat wettelijke regeling beoogt te beschermen; en
4. Er is niet een andere, uit het oogpunt van rechtsbescherming meer aanvaardbare manier om een bijdrage te verlangen ten behoeve van het door de wet beschermde belang.

Met een betalingsverplichting zal rechtstreeks moeten worden bijgedragen aan de doelstellingen van de Waterwet. Onder die doelstellingen valt ook het financiële belang van HHNK om de toekomstige kosten van de aanpassingen van waterkering te beperken. Problematisch is echter dat de omvang van de betalingsverplichting op het moment van vergunningverlening nog niet goed is in te schatten. Wat de extra kosten zijn die het multifunctionele gebruik tot gevolg zal hebben indien de waterkering wordt versterkt of verlegd, zal immers pas in de toekomst blijken als duidelijk is hoe die aanpassing er precies uit zal komen te zien en welke extra kosten dit met zich zal brengen. Naar ons oordeel is het om die reden niet mogelijk om financiële voorwaarden aan de watervergunning te verbinden, voor zover daarmee wordt beoogd de extra kosten van een toekomstige aanpassing van de waterkering neer te leggen bij de vergunninghouder. Aan voorwaarde 3 zou dan immers niet voldaan zijn. Daarbij komt nog dat de kosten voor het watersysteembeheer via de watersysteemheffing worden verhaald volgens de regels van hoofdstuk XVII van de

---

<sup>29</sup> ABRvS 1 februari 1995, *Gst.* 1995, 7013/8, m.nt. Van Goorden. Zie ook ABRS 27 september 2006, *Gst.* 2007, 50 m.nt. R.A.C.M. Lamers onder nr. 49, ABRS 4 augustus 1998, *BR* 1999, 223 en *JB* 1998, 218 m.nt. H.J. Simon, ABRvS 30 augustus 1985, *AB* 1986/243, ABRvS 3 april 1998, *AB* 1998/241, m.nt. Drupsteen. Zie ook: R.A.C.M. Lamers, De parkeercompensatie als financiële voorwaarde in het bestuursrecht, *Gst.* 2007/49.

Waterschapswet. Het is dan ook niet is uitgesloten dat een aan de watervergunning verbonden betalingsverplichting ter dekking van extra kosten van het multifunctionele gebruik bij toekomstige dijkversterkingen de regeling van de watersysteemheffing doorkruist en daarmee in strijd komt met de onder 4 genoemde voorwaarde.

### *Verhaal extra onderhoudskosten*

De extra onderhoudskosten die het gevolg zijn van het vergunde multifunctionele gebruik zouden op verschillende wijze door HHNK kunnen worden verhaald op degenen die deze kosten veroorzaken.

1. De extra onderhoudskosten kunnen in de eerste plaats worden verhaald via de watersysteemheffing (art. 117 Wsw). De onderhoudskosten zijn immers verbonden aan de zorg voor het watersysteem, in het bijzonder de zorg voor de waterkering. Op grond van de watersysteemheffing kunnen de kosten niet op de individuele multifunctionele gebruiker worden verhaald, maar uitsluitend op alle belastingplichtigen genoemd in art. 117 lid 1 Wsw, te weten ingezetenen en rechthebbenden die genot hebben ten aanzien van onroerende zaken.<sup>30</sup>
2. Kostenverhaal door het verbinden van een financiële voorwaarde aan de watervergunning (art. 6.20 Wtw). De vraag is echter of de verlening van de vergunning noopt tot het heffen van een geldbedrag. Betoogd kan worden dat het extra onderhoud (in natura) namelijk ook kan worden opdragen aan de vergunninghouder. Een ander juridisch risico is dat de extra onderhoudskosten ook door middel van watersysteemheffing kunnen worden verhaald. Uit de watersysteemheffing kan het waterschapsbestuur de kosten voor het watersysteembeheer, waaronder het onderhoud van primaire waterkeringen, immers verhalen op de alle ingezetenen. Omdat de regeling van de watersysteemheffing in meer waarborgen voor de burger voorziet, onder meer ten aanzien van tariefstelling, is het verbinden van een betalingsverplichting ter dekking van de kosten van het extra onderhoud aan de watervergunning in onze ogen waarschijnlijk niet mogelijk (zie de eerder genoemde criteria).
3. Het heffen van rechten (retributie) voor het genot van een door het waterschapsbestuur verstrekte dienst is ook een mogelijkheid, voor zover het verrichten van extra onderhoud kan worden gezien als een door HHNK verrichte dienst aan de individuele multifunctionele grondgebruiker (art. 115 lid 1 onder b Wsw). Daar kan over worden getwijfeld, omdat het extra onderhoud in ieder geval ook het algemeen belang dient. Indien met het extra onderhoud zowel een individueel belang als een algemeen belang wordt gediend, kunnen alleen rechten worden geheven als het individualiseerbaar belang overheerst.<sup>31</sup> Dat is naar ons oordeel niet op voorhand duidelijk, zodat de juridische houbaarheid van deze wijze van kostenverhaal onzeker is. Een beperking van dit instrument is bovendien dat alleen rechten kunnen worden geheven als de dienst door de rechthebbende multifunctionele gebruiker gewenst is.<sup>32</sup>
4. Ook kan het waterschapsbestuur op grond van de regelgevende bevoegdheid in de Keur in samenhang met de onderhoudslegger ex art. 78 lid 2 Wsw een onderhoudsplicht aan degenen die multifunctioneel gebruikmaken van de

<sup>30</sup> Daarbij wordt met betrekking tot onroerende zaken wordt onderscheid gemaakt tussen natuurterreinen, andere ongebouwde onroerende zaken en gebouwde onroerende zaken.

<sup>31</sup> Vgl. o.m. HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4105, *BNB* 2011/257 en HR 7 mei 1997, *BNB* 1997/208, ECLI:NL:HR:1997:AA2090, m.nt. Van Leijenhorst en HR 31 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5642, *BNB* 1994/205.

<sup>32</sup> Vgl. HR 15 juli 1986, *BNB* 1986/267.

waterkering een onderhoudsplicht op te leggen, voor zover het multifunctionele gebruik extra onderhoud oplevert.<sup>33</sup> Het buitengewone onderhoud van waterkeringen overeenkomstig de legger ex art. 5.1 Wtw kan op grond van art. art. 2.1 jo. art. 2.3 Keur HHNK 2016 aan derden worden opgedragen. Deze onderhoudsplicht kan grond van art. 1.2 Keur HHNK 2016 aan grondeigenaren, zakelijk gerechtigden en grondgebruikers worden opgelegd. Voor zover het extra onderhoud het gevolg is van het multifunctionele gebruik is dat ook niet onredelijk. Het waterschapsbestuur kan deze onderhoudsplicht tegen vergoeding voor de derden uitvoeren.<sup>34</sup> Op die manier kunnen de extra kosten van het multifunctionele gebruik worden verhaald op degenen die multifunctioneel gebruik maken van de waterkering. Beperking daarbij is ons inziens dat het waterschap niet tegen de wil van onderhoudsplichtigen het extra onderhoud namens hen en op hun kosten kan uitvoeren, terwijl het waterschap het wenselijk acht dat het buitengewone onderhoud van primaire waterkeringen in eigen hand wil houden.

5. Kostenverhaal via het privaatrecht, zoals via een overeenkomst of in de vestigingsakte van een opstalrecht of recht van erfpacht, zal al snel een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht opleveren.<sup>35</sup> De extra kosten kunnen immers ook via de watersysteemheffing worden verhaald. Zij het dat die kosten niet uitsluitend kunnen worden verhaald op degenen die de extra onderhoudskosten veroorzaakt. Zie uitgebreider over onaanvaardbare doorkruising paragraaf 5.2.

## 2.5 Instructieregels en instructies

Op basis van de Waterwet bestaat voor zowel het Rijk als voor de provincie de bevoegdheid om instructiegels te stellen. Voor de provincie betreft dit de bevoegdheid om bij of krachtens provinciale verordening regel te stellen met het oog op een samenhangend en doelmatig regionaal waterbeheer met betrekking tot de voorbereiding, vaststelling, wijziging, en inhoud van door besturen van waterschappen vast te stellen plannen, besluiten of waterakkoorden.<sup>36</sup> Van deze bevoegdheid is door de provincie Noord-Holland tot dusver geen gebruik gemaakt maar dit staat er niet aan in de weg dat algemene regels een potentiële belemmering vormen voor of randvoorwaarden kunnen stellen aan het reguleren van multifunctioneel gebruik van waterkeringen.

Voor het Rijk betreft het de bevoegdheid om wanneer internationale verplichtingen of bovenregionale belangen dat noodzakelijk maken, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen met betrekking tot de voorbereiding, vaststelling, wijziging en inhoud van door besturen van provincies of waterschappen in het kader van het waterbeheer vast te stellen plannen, besluiten of waterakkoorden. In het Waterbesluit zijn

---

<sup>33</sup> Derdebelanghebbenden, waaronder de in de onderhoudslegger aangewezen onderhoudsplichtigen, kunnen bestuursrechtelijke rechtsbescherming aanwenden tegen de onderhoudslegger. Het betreft namelijk een concreterend besluit van algemene strekking, waarin de onderhoudsplichtigen van waterstaatswerken aangewezen waarvoor de in de Keur een onderhoudsverplichting is opgenomen.

<sup>34</sup> Op grond van art. 113 lid 2 Wsw (oud) werden de bijdragen die in de plaats traden van de onderhoudsplicht met omslagen gelijkgesteld. Met inwerkingtreding van de Wet modernisering waterschapsbestel (*Stb.* 2007, 208) is dit tweede lid vervallen, omdat dit lid niets toevoegde. Duidelijk is dat het waterschap voor het uitvoeren van een onderhoudsplicht een privaatrechtelijke nota moet versturen naar de onderhoudsplichtige namens wie de onderhoudsplicht wordt uitgevoerd en dat het daarbij niet gaat om het heffen van belasting. Zie *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 601, nr. 3, p. 53.

<sup>35</sup> HR 26 januari 1990 (Windmill), *AB* 1990/408. Zie paragraaf 5.2.

<sup>36</sup> Art. 3.11 Wtw.

vooral nog geen rijksinstructieregels opgenomen, met uitzondering van de verplichting van art. 6.1a Wtb voor het bevoegd gezag om bij het verlenen van de watervergunning rekening te houden met de toepasselijke waterplannen en beheerplannen. Voorts bestaat er voor zowel provincie als Rijk de bevoegdheid om een concrete aanwijzing te geven omtrent de uitvoering van bevoegdheden of taken van waterschappen.<sup>37</sup> Ook deze bevoegdheden kunnen een potentiële belemmering vormen voor of randvoorwaarden stellen aan het reguleren van multifunctioneel gebruik van waterkeringen.

## **2.6 Huidige belemmeringen voor multifunctioneel gebruik op grond van de Keur**

### **2.6.1 Vergunningplicht in de Keur**

Ingevolge art. 3.2 lid 1 Keur HHNK 2016 (hierna: Keur) is het verboden om zonder watervergunning van het bestuur gebruik te maken van een waterstaatswerk of bijbehorende beschermingszones anders dan in overeenstemming met de waterhuishoudkundige functie door daar een hele reeks in art. 3.2 lid 1 Keur genoemde handelingen uit te voeren. Hierbij kan gedacht worden aan ontgravingen, het verrichten van boringen, het aanbrengen van beschoeiingen, bouwen op een waterkering of het aanbrengen van beplantingen.<sup>38</sup> Bij al deze handelingen is het uitgangspunt dat ze niet in overeenstemming zijn met de waterhuishoudkundige functie die de provincie dan wel het hoogheemraadschap aan het waterstaatswerk heeft toegekend. In het geval van waterkeringen in beheer bij het hoogheemraadschap moet worden uitgegaan van een waterkerende of mede waterkerende functie.<sup>39</sup> Ingevolge lid 4 van art. 3.2 Keur kan het bestuur aan een watervergunning het voorschrift verbinden dat de houder van die vergunning een betaling of andere compensatie verricht. Dit is een uitwerking van de in art. 6.20 Waterwet genoemde bevoegdheid tot het kunnen verbinden van voorschriften en beperkingen aan een watervergunning. Deze paragraaf is ook van toepassing op verordeningen die door het waterschapsbestuur krachtens de Waterschapswet zijn vastgesteld.<sup>40</sup>

#### **2.6.1.1 Beleidsregels ontheffingen waterkeringen 2007**

Voor toekenning van de watervergunning voor het gebruik van waterstaatswerken wordt de aanvraag ingevolge art. 3.2 ev. Keur beoordeeld aan de hand van de Beleidsregels Keurontheffingen. In deze regels wordt onderscheid gemaakt tussen aanvragen die zien op (I) kabels en leidingen, (II) bouwen, (III) overige (bouw)werken, (IV) beplanting, (V) ophoging wegen en paden en (VI) het innemen van ligplaatsen. In het kader van het multifunctioneel gebruik van *primaire waterkeringen* behandelen wij deze punten achtereenvolgend.

#### Kabels en leidingen

Zowel vanuit waterkeringtechnisch als beheertechnisch oogpunt vormen kabels en leidingen volgens het huidige beleid een bezwaar. Onder meer het lek raken van leidingen, het verkeerd aanleggen van leidingen en de verstoringen van waterstaatswerken bij aanleg en reparatie van kabels en leidingen zijn tot dit bezwaar de grootste aanleiding. Blijkens het toetsingskader voor de aanleg van leidingen en kabels in primaire keringen is dit gebruik in

<sup>37</sup> Art. 3.12 lid 1 Wtw jo. art. 3.12 lid 1 Wtw

<sup>38</sup> Toelichting bij art. 3.2 lid 1 Keur Hollands Noorderkwartier 2016.

<sup>39</sup> Art. 1.1 sub I Keur Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier 2016.

<sup>40</sup> Art. 6.13 Wtw.

een bepaalde mate mogelijk. De criteria zien voornamelijk op de manier van aanleg, de plaats in de waterkering en het aanleveren van gegevens en bescheiden. Binnen het huidige beleid is de aanleg van kabels en leidingen evenwel mogelijk.

### Bouwen

Voor bouwen op primaire waterkeringen, dan wel in de bijbehorende beschermingszone, geldt er een behoorlijk strikt beleid. Waterkeringstechnische factoren die zich tegen bouw verzetten zijn stabiliteit, erosie en piping.<sup>41</sup> Ook vanuit beheertechisch oogpunt bestaan er bezwaren. Zo bemoeilijkt bebouwing de schouw, en maakt het inspectie zelfs onmogelijk. Daarnaast vormt bebouwing een fysieke belemmering bij toekomstige dijkverbeteringen en kan het daarnaast sterk kostenverhogend zijn. Binnen de geldende toetsingscriteria voor bebouwing op harde primaire waterkeringen wordt er onderscheid gemaakt tussen bebouwingsvrije dijkstrekkingen en dijkstrekkingen met aaneengesloten bebouwing. Voor bebouwingsvrije dijkstrekkingen geldt dat er nagenoeg geen ruimte bestaat voor multifunctioneel gebruik van primaire waterkeringen. In beginsel wordt er geen nieuwbouw toegestaan en slechts voor waterstaatkundige werken en voor (dijk)wegen is uitzondering mogelijk. Voor vernieuwbouw, waarbij het gaat om vergroting van grondoppervlakte tot 20% van incidentele bebouwing, bestaat ruimte indien verplaatsing van de bebouwing tot buiten de contouren van profiel 2100 niet mogelijk is, de uitbreiding niet naar de dijk gericht is en deze niet voorbij de bestaande doorgaande gevellijn komt. Voor zover de vergunning/ontheffing ziet op een dijkstrekking met aaneengesloten bebouwing bestaat iets meer ruimte voor multifunctioneel gebruik van de primaire kering. In beginsel wordt nieuwbouw niet toegestaan tenzij bestaande aanliggende bebouwing ook in de beschermingszone en/of het profiel van vrije ruimte staat en geen tekenen erop wijzen dat dit zal veranderen. Daarnaast moet de standzekerheid van de waterkering gewaarborgd blijven en mag de bebouwing niet voorbij de gevellijn worden geplaatst. Uit het bovenstaande blijkt dat bebouwing die niet ten dienste staat aan de waterkerende functie van waterkeringen bijna niet mogelijk is op basis van het huidige beleid. Slechts in de gevallen dat er reeds bebouwing aanwezig is op of om de waterkering heen is er in sommige gevallen ruimte voor nieuwbouw of vernieuwbouw.

### Overige bouwwerken

Voor overige (bouw)werken zoals steigers, taludtrappen, verkeersvoorzieningen en afrasteringen bestaat er per soort bouwwerk een toetsingskader. Daarnaast bestaat er een algemeen toetsingskader op grond waarvan het hoogheemraadschap zelf bepaalde handeling onderneemt wanneer het een ontheffing verleent. Onder specifieke voorwaarden is de aanleg van bovengenoemde bouwwerken evenwel mogelijk.

### Bepantingen

Voor bepantingen is de belangrijkste belemmering dat er geen nieuwe aanplant van nieuwe bomen en struiken wordt toegestaan, tenzij de kering een grote overdimensie heeft. Aan het bepalen van deze overdimensie ligt een geotechnische onderbouwing van het hoogheemraadschap aan ten grondslag. Wat hieronder wordt verstaan blijkt niet uit de beleidsregels.

---

<sup>41</sup> Beleidsregels keurontheffingen 2007.



### Wegen en paden

Ook voor het ophogen en/of aanvullen en aanleg van wegen en paden gelden beperkingen in de beleidsregels. Wanneer een aanvrager van plan is om dergelijke wegen of paden aan te leggen of op te hogen moet onder meer aan een aantal onderzoeksverplichtingen voldaan worden, mag de doorlatendheid van de waterkering niet worden vergroot en mogen er geen in de waterkering verankerde of ingegraven verkeersremmende constructies worden opgenomen.

### Ligplaatsen

Het uitgangspunt bij ligplaatsen is dat er geen ontheffing wordt verleend voor nieuwe ligplaatsen langs waterkeringen. Slechts wanneer het aantal ligplaatsen niet wordt vergroot en de nieuwe situatie leidt tot verbetering van de veiligheid en de beheersbaarheid ten opzichte van de huidige situatie. Daarnaast bestaat er in bepaalde gevallen een uitzonderingsmogelijkheid wanneer in het bestemmingsplan een mogelijkheid tot het afmeren van woonboten is opgenomen.

#### **2.6.1.2 Ontwerp Beleidsregels watervergunningen 2017**

Op 18 augustus 2017 zijn ontwerpbeleidsregels ten aanzien van watervergunningen vastgesteld. Deze zullen op den duur het huidige toetsingskader voor vergunningen en ontheffingen vervangen. De verschillen met het huidige beleid zullen hieronder kort worden besproken.

Het hoogheemraadschap hanteert ten aanzien van medegebruik/multifunctioneel gebruik twee typen regels: algemene regels, of verboden behoudens vergunningplicht. Naarmate een gebruik meer invloed op de in de bij het hoogheemraadschap in beheer zijnde keringen kan hebben zal uit moeten worden gegaan van een verbod behoudens vergunningplicht of zelfs een algeheel verbod. Een uitzondering is mogelijk wanneer er sprake is van zwaarwegende maatschappelijke belangen en als er geen redelijke alternatieve locatie voor het multifunctionele gebruik beschikbaar is. In de duingebieden wordt uitgegaan van het Bestaand Bebouwd Gebied (BBG) zoals deze zijn neergelegd in de structuurvisie van de provincie.<sup>42</sup> Buiten deze gebieden geldt in beginsel een verbod op medegebruik behoudens een vergunningplicht.

### Bouwen

Ook in de nieuwe beleidsregels zal er maar in zeer beperkte mate ruimte bestaan voor het bouwen van bouwwerken. Het onderscheid tussen bebouwingsvrije dijkstrekkings en dijkstrekkings met aaneengesloten bebouwing blijft bestaan in die zin dat multifunctioneel gebruik eigenlijk alleen in het laatste geval vergund wordt. Daarnaast blijft bestaande bebouwing gedoogd tenzij dit onverenigbaar zou kunnen zijn met de veiligheidsnormen voor de waterkering. Of hiervan sprake is wordt van geval tot geval beoordeeld.<sup>43</sup>

### Kabels en leidingen

---

<sup>42</sup> Zie: Structuurvisie Noord-Holland 2040

<sup>43</sup> Beleidsnota Waterkeringen 2012-2017, p. 77

Ook voor het aanleggen van kabels en leidingen blijft een verbod behoudens vergunningplicht bestaan. Wel wordt de procedure door het hoogheemraadschap zo ingericht dat het mogelijk is voor alle betrokken kabelexploitanten om één watervergunning aan te vragen.

### Agrarisch medegebruik

Beweiding met vee in of op primaire keringen wordt mogelijk gemaakt buiten het stormseizoen van 15 oktober tot 15 april. Op regionale keringen is beweiding het hele jaar mogelijk. Het uitgangspunt bij vergunningverlening is dat er maximaal tien dieren per hectare worden toegestaan.

### Beplanting

In het nieuwe beleid blijft als uitgangspunt gelden dat nieuwe aanplant van bomen niet wordt toegestaan. Alleen wanneer waterkeringen een grote overcapaciteit hebben worden bomen gedoogd.

### Wegen

Wegen worden beheerd conform het Wegenbeleidsplan 2012-2017. Daarnaast worden nieuwe wegen alleen toegestaan zolang de waterstaatkundige belangen van de kering zich daartegen niet verzetten. In de beleidsregels is hiertoe een toetsingskader opgenomen dat overeenkomt met dat van het huidige beleid.

De totale set aan beleidsregels overziend kan gesteld worden dat er voor multifunctioneel gebruik van primaire ruimte nog steeds beperkte ruimte bestaat. In een aantal gevallen is dat gezien de waterkerende functie van de keringen noodzakelijk.

#### **2.6.1.3 Algemene regels in de Keur**

Krachtens art. 3.9 Keur kan het bestuur voor de handelingen bedoeld in art. 3.2 - 3.6 Keur en art. 3.11 Keur algemene regels stellen. Deze regels kunnen *mede* inhouden een vrijstelling van de vergunningplicht of een algeheel verbod voor het verrichten van bepaalde handelingen. Ook kan er een meldingsplicht worden opgelegd en kunnen er maatwerkvoorschriften worden opgelegd met het oog op de bescherming van het watersysteem. Door het bestuur is van deze bevoegdheid gebruik gemaakt in het de Algemene regels bij de Keur Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier 2016. Nagenoeg alle vrijstellingen zien op beschermingszone B van de waterkering. Dit betekent dat de vergunningplicht in de kernzone van waterkering onverkort van toepassing is. Multifunctioneel gebruik op en in de primaire keringen blijft dus buiten schot.

## **2.7 Overlappende regulering multifunctioneel gebruik Noordzee**

Afhankelijk van de locatie van het multifunctionele gebruik, kan dit gebruik ook gereguleerd zijn door rijksregels. Het waterstaatswerk 'Noordzee' wordt namelijk aan de landzijde begrensd door de duinvoet – en wanneer deze ontbreekt vanaf de buitenkruinlijn van de waterkering.<sup>44</sup> De Noordzee is in beheer bij het Rijk. Multifunctioneel gebruik binnen de begrenzing van het rijksoppervlaktewaterlichaam 'Noordzee' wordt gereguleerd op grond

<sup>44</sup> Art. 3.1 lid 2 jo. art. 3.3 onder a Wtb jo. art. 3.4 Wtr.

van art. 6.5 sub c Waterwet jo. art. 6.13 Waterbesluit. Voor het realiseren van bouwwerken is beginsel een watervergunning van de Minister van I en W vereist.

De minister heeft ten aanzien van beslissingen op aanvragen om watervergunningen voor activiteiten in de Noordzee (als bedoeld in art. 6.14 Waterbesluit) beleidsregels vastgesteld in de Beleidslijn Kust (2007).<sup>45</sup> Deze is inmiddels vervangen door de Beleidslijn Kust 2015, maar omdat daaraan vooralsnog geen uitvoering wordt gegeven, zal daarop vooralsnog niet worden ingegaan. De Beleidslijn Kust (2007) is erop gericht de kustlijn te handhaven en zoveel mogelijk verharding te voorkomen. De Beleidslijn Kust maakt onderscheid in beleid voor bestaand bebouwd gebied, beleid voor onbebouwd gebied en beleid voor semipermanente bouwwerken op het strand. Daarnaast geeft de handreiking een aantal voorwaarden dat van toepassing is afhankelijk van de aard en de locatie van de voorgenomen ingreep. De volgende algemene voorwaarden met betrekking tot waterveiligheid zijn van toepassing ten aanzien van ingrepen in zones waar waterstaatswetgeving van toepassing is:

- Er is geen sprake van feitelijke belemmering van het meegroeien met de zeespiegel, van de kustlijn zorg of van de versterking van het zandige kustfundament. De wijze waarop mogelijke consequenties worden ondervangen, is helder vooraf geregeld (bijvoorbeeld in vergunningvoorschriften);
- Er is sprake van een zodanige situering, ontwerp en uitvoering van de ingreep dat voldaan wordt aan 'zacht waar het kan, hard waar het moet';
- Er is geen sprake van een feitelijke belemmering van het onderhoud, de huidige veiligheid of de toekomstige versterking van de primaire waterkering inclusief de ruimte nodig voor 200 jaar zeespiegelstijging. De wijze waarop mogelijke consequenties worden ondervangen, is helder vooraf geregeld;
- Indien de beheerder van de primaire waterkering het waterschap is, dient te worden voldaan aan de eisen van de Keur (en legger).

In bestaand bebouwd gebied zijn onder bovengenoemde voorwaarden activiteiten en ingrepen toegestaan (ja, mits-benadering). In onbebouwd gebied binnen het kustfundament zijn ingrepen en activiteiten in beginsel niet toegestaan, tenzij het om in de Beleidslijn genoemde kleine ingrepen gaat die niet van invloed zijn op de waterveiligheid,<sup>46</sup> activiteiten die per saldo positief bijdragen aan een zandig kustfundament, voorzieningen van openbaar belang, werken ten behoeve van de waterstaatkundige functie van het kustfundament en zaken van groot openbaar belang voor zover deze niet onder de hiervoor genoemde categorieën vallen (nee, tenzij-benadering). Bovendien zullen alle bovengenoemde ingrepen en activiteiten moeten voldoen aan de algemene voorwaarden. De Beleidslijn stelt geen nadere voorwaarden aan de bouw van strandpaviljoens en andere tijdelijke bouwwerken op

---

<sup>45</sup> *Kamerstukken II* 2006–2007, 30 195, nr. 22. De Beleidslijn Kust (2007) is onder het Nationale Waterplan 2009-2015 gecontinueerd. Zie Nationale Waterplan 2009-2015, p. 133 en 136.

<sup>46</sup> Als kleine ingrepen worden aangemerkt: tijdelijke en seizoensgebonden activiteiten, activiteiten waarvoor geen omgevingsvergunning voor bouwen is vereist (art. 2 en 3 Bijlage II Besluit omgevingsrecht), een eenmalige uitbreiding van bestaande gebouwen met 10% en vervangende nieuwbouw en een functieverandering van bestaande bebouwing. Een aantal van deze kleine en tijdelijke ingrepen zijn inmiddels vergunningvrij op grond van art. 6.13 lid 2 jo. art. 6.12 lid 2 onder f Wtb jo. art. 6.12 Wtr. Wel moet in dat geval worden voldaan aan de algemene regels van art. 6.15 Wtb jo. art. 6.8 Wtr.

het strand, omdat het waterveiligheidsbelang reeds door de waterschappen wordt uitgewerkt in hun beheerplannen, Keuren, leggers en beleids(regels).<sup>47</sup>

Geen watervergunning is vereist voor multifunctioneel gebruik van de Noordzee dat op grond van art. 6.12 Waterregeling vanwege hun ondergeschikte betekenis vergunningvrij is. Het betreft de volgende vormen van multifunctioneel gebruik:

- a.** het in de periode van 1 april tot 1 oktober plaatsen van bouwborden en het opslaan van materiaal en materieel om een werk of onderhoud te kunnen uitvoeren in, op, boven, over of onder de Noordzee;
- b.** evenementen die niet langer duren dan drie maanden;
- c.** het maken van zandbanketten op het strand ten behoeve van niet-permanente bebouwing mits deze maximaal 6 meter +NAP hoog zijn en niet breder zijn dan 25 meter kustdwars, gemeten boven op het banket vanaf het duinfront met inachtneming van het gestelde in het tweede lid;<sup>48</sup>
- d.** het oprichten en in stand houden van niet-permanente bebouwing in de periode van 1 april tot 1 oktober;
- e.** het verplaatsen van zand op het strand, anders dan bedoeld in onderdeel c, tot een hoeveelheid van maximaal 20m<sup>3</sup> per strekkende meter,<sup>49</sup> en
- f.** andere activiteiten die vanwege de aard, beperkte omvang of korte duur naar het oordeel van de beheerder geen nadelige invloed hebben op het waterstaatkundige beheer.<sup>50</sup>

De activiteiten genoemd onder a tot en met e zijn alleen vergunningvrij indien deze worden uitgevoerd in de zone tussen de duinvoet en de laagwaterlijn. Vergunningvrije bouwwerken moeten ingevolge art. 6.14 Wtw worden gemeld bij de minister van I en W en daarvoor gelden bovendien de algemene regels van art. 6.15 Wtb. Handelingen moeten op grond van art. 6.15 lid 1 onder a Wtb zodanig worden gesitueerd en uitgevoerd dat er geen nadelige gevolgen optreden voor het veilig en doelmatig gebruik van het oppervlaktewaterlichaam overeenkomstig de daaraan toegekende functies, voor de ecologische toestand van het oppervlaktewaterlichaam en voor het kustfundament. Deze regels zijn uitgewerkt in art. 6.15 Wtr. Met betrekking tot een aantal aspecten, zoals situering, hoogte, waterdoorlatendheid, periode van uitvoering, kan de minister van I en W maatwerkvoorschriften stellen ter voorkoming van de nadelige gevolgen voor het veilig en doelmatig gebruik van de Noordzee en het kustfundament.

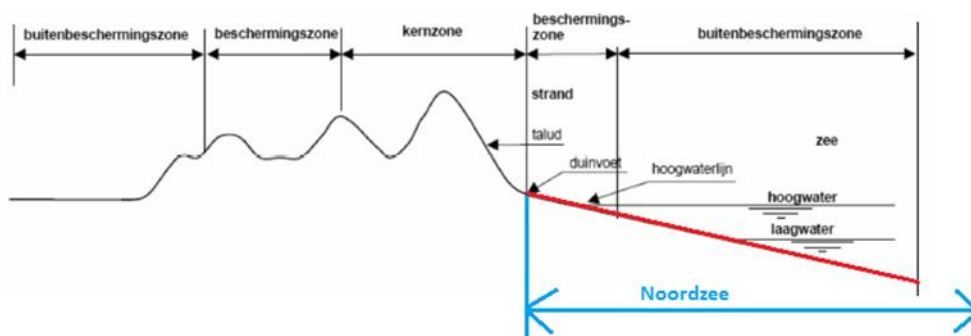
---

<sup>47</sup> *Kamerstukken II 2006/07*, 30 195, nr. 22, p. 15.

<sup>48</sup> Zandverplaatsingen als bedoeld in het eerste lid, onderdelen c en e, worden binnen één kalenderjaar niet gecombineerd uitgevoerd.

<sup>49</sup> Zandverplaatsingen als bedoeld in het eerste lid, onderdelen c en e, worden binnen één kalenderjaar niet gecombineerd uitgevoerd.

<sup>50</sup> Ingevolge art. 6.12a Wtr betreft het activiteiten die vanwege de aard, beperkte omvang of korte duur naar het oordeel van de beheerder geen nadelige invloed hebben op het waterstaatkundig beheer.



Waar de Noordzee en een primaire waterkering of een beschermings- of reserveringszone overlappen, wordt het multifunctionele gebruik gereguleerd door zowel de Keur als de Waterwet. In dat geval is de minister van I en W op grond van art. 6.17 Wtw als hoogste gezag bevoegd om op de watervergunning te beslissen, tenzij de minister en het waterschap onderling anders overeenkomen.<sup>51</sup> Het bevoegd gezag dient het bestuursorgaan dat zijn beslissingsbevoegdheid verliest in de gelegenheid te stellen om advies uit te brengen over de vergunningaanvraag (en in voorkomende gevallen de ontwerp-vergunning).<sup>52</sup>

Het beheer van de waterkeringen kan ook overlappen met het beheer van andere rijksoppervlaktewaterlichamen dan de Noordzee.<sup>53</sup> Regulering van het multifunctionele gebruik van waterkeringen kan in dat geval overlappen met de regulering van deze rijkswateren. Dat wil zeggen dat naast de Keur van HHNK op grond van art. 6.5 sub c Wtw jo. art. 6.12 Wtb ook een watervergunning van de minister van I en W is vereist voor het gebruik maken van een rijksoppervlaktewaterlichaam. Voor de waterstaatkundig minder ingrijpende activiteiten genoemd in art. 6.12 lid 2 Wtb<sup>54</sup> is geen vergunning vereist, maar gelden op grond van art. 6.15 Wtb algemene regels, die verder zijn uitgewerkt in de 6.8 en art. 6.9 Waterregeling.

## 2.8 Tussenconclusie waterspoor

Het waterschapsbestuur kan op grond van zijn regelgevende bevoegdheid multifunctioneel gebruik van waterkeringen en aangrenzende beschermingszones reguleren, voor zover het waterschapsbestuur oordeelt dat dit noodzakelijk is voor de aan het waterschap opgedragen taak. Die taak omvat onder meer het beheer van watersystemen of onderdelen die bij HHNK in beheer zijn in beheer zijnde watersystemen met het oog op de doelstellingen van art. 2.1 Wtw: voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen en waterschaarste, in

<sup>51</sup> Art. 6.17 Wtw.

<sup>52</sup> Art. 6.17 lid 3 Wtw.

<sup>53</sup> Het gaat dan bijvoorbeeld om het Amsterdam-Rijnkanaal of het Noordzeekanaal. Zie art. 3.1 lid 1 Wtw jo. art. 3.1 Wtb jo. bijlage II Wtb. De Beleidsregels grote rivieren zijn in het beheergebied van HHNK niet van toepassing.

<sup>54</sup> De vergunningvrije activiteiten van ondergeschikt belang in de zin van art. 6.12 lid 2 sub f Wtb worden in art. 6.11 Wtr aangewezen. Het tweede lid beperkt de vergunningvrije activiteiten voor kanalen.

samenhang met de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en de vervulling van maatschappelijke functies van watersystemen.

Voor het multifunctionele gebruik lozingen op een oppervlaktewaterlichaam tot gevolg hebben, kan het waterschapsbestuur daarover geen regels stellen, omdat lozingen uitputtend op grond van de vergunningplicht ex art. 6.2 Wtw of bij amvb zijn gereguleerd. Wel is het waterschapsbestuur in beginsel het bevoegd gezag voor verlening watervergunningen voor lozingen op regionale oppervlaktewateren alsmede de handhaving van deze vergunningplicht en de algemene regels die voor deze lozingen bij amvb zijn gesteld.

Zowel de regelgevende bevoegdheid<sup>55</sup> als vergunningverlenende bevoegdheid<sup>56</sup> van het waterschapsbestuur worden begrensd door de doelstellingen van de Waterwet. De reikwijdte van de doelstellingen van de Waterwet bepaalt dan ook mogelijkheden om multifunctioneel gebruik van waterkeringen (en aangrenzende beschermingszones) te reguleren. Met het oog op waterveiligheid kan multifunctioneel gebruik door het waterschapsbestuur worden gereguleerd. Sterker nog, het waterschapsbestuur zal er bij de regulering van multifunctioneel gebruik zorg voor moeten dragen dat het multifunctioneel gebruik uitsluitend wordt toegestaan onder de voorwaarden dat de veiligheidsnormering voor de waterkering niet (verder) wordt overschreden. Tot de waterveiligheidsdoelstelling behoren ook de financiële belangen van het waterschap die gemoeid zijn met toekomstige dijkversterkingen, zodat het waterschapsbestuur multifunctioneel gebruik van de waterkering met het oog daarop kan reguleren. Multifunctioneel gebruik kan dan ook publiekrechtelijk worden toegestaan onder de voorwaarden dat dit gebruik bij de uitvoering van toekomstige dijkversterkingen geen extra kosten voor het waterschap met zich brengt. Dit laat de mogelijkheid van multifunctionele gebruiker van de waterkering om na de intrekking of de wijziging van de toestemming voor het multifunctioneel gebruik van de waterkering een verzoek om nadeelcompensatie in te dienen bij het waterschapsbestuur onverlet. Of dat nadeelcompensatieverzoek kans van slagen heeft, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de vraag in hoeverre er sprake is van voorzienbaarheid en/of normaal maatschappelijk risico.<sup>57</sup>

Met het oog op een toekomstige dijkversterking kan multifunctioneel gebruik bij vergunning ook slechts voor een bepaalde termijn worden toegestaan. Voordeel daarvan is dat na afloop van de termijn het multifunctionele gebruik niet langer is toegestaan en er vanwege de voorzienbaarheid daarvan geen recht op nadeelcompensatie bestaat. Het verdient aanbeveling om in een tijdelijke vergunning op te nemen dat na afloop van termijn eventuele bouwwerken en andere werken op kosten van de vergunninghouder worden verwijderd. Wanneer het multifunctionele gebruik eerder dan vergunde termijn moet worden gestaakt, zal de vergunning moeten worden ingetrokken en heeft de vergunninghouder in beginsel wel recht op nadeelcompensatie (zie hoofdstuk 6).

Het multifunctioneel gebruik van de waterkering zal daarnaast verenigbaar moeten zijn met de ecologische kwaliteitseisen die voor het aanliggende en het deels overlappende oppervlaktewaterlichaam gelden. Ter bescherming van de ecologische waterkwaliteit kunnen aan de watervergunning ook voorschriften en beperkingen worden verbonden.

---

<sup>55</sup> Art. 56 en art. 78 Wsw jo. 3.2 Wtw jo. 2 lid 2 Wsw jo. art. 2.1 Wtw.

<sup>56</sup> Via art. 6.21 Wtw.

<sup>57</sup> Zie daarvoor hoofdstuk 6.

Daarbij mogen de kwaliteitselementen aan de hand waarvan die ecologische toestand van het oppervlaktewaterlichaam wordt bepaald niet in toestandsklasse achteruit gaan, behoudens een gerechtvaardigd beroep een uitzonderingsgrond van de Krw.

Of een watersysteem een of meer maatschappelijke functies heeft, moet volgens de Afdelingsjurisprudentie worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke situatie. Indien een waterkering of een watersysteem waarvan die kering onderdeel uitmaakt een maatschappelijke functie vervult, kan multifunctioneel gebruik met het oog daarop worden gereguleerd. Het toestaan van multifunctioneel gebruik van de waterkering kan er ook toe leiden dat de waterkering een nieuwe maatschappelijke functie krijgt. Wanneer bijvoorbeeld de aanleg van een strandje op een deel van de waterkering en het gebruik daarvan wordt toegestaan, dan kan de waterkering door ingebruikname van het strandje een recreatieve functie krijgen. Andere activiteiten op de waterkering kunnen in dat geval mede ter bescherming van de recreatieve functie worden gereguleerd. Een aanmeervoorziening voor de scheepvaart op de locatie waar het strandje is gelegen of in de nabijheid daarvan kan bijvoorbeeld worden geweigerd in verband met de recreatieve functie die de waterkering (en het oppervlaktewaterlichaam) heeft.

#### *Geen financiële voorwaarden ter bestrijding van toekomstige meerkosten*

Aan watervergunning kunnen geen financiële voorwaarden worden verbonden ter bestrijding van toekomstige kosten die HHNK moet maken ter uitvoering van de zorg voor het watersysteem. Ten eerste omdat deze toekomstige kosten op het moment van vergunningverlening nog niet goed in te schatten zijn. In de tweede plaats zou dit de wettelijke regeling van de watersysteemheffing (art. 117 Wsw), die ter bestrijding van onder meer deze kosten in het leven is geroepen, wel eens kunnen doorkruisen.

#### *Bestaande belemmeringen multifunctioneel gebruik*

De huidige Keur en beleidsregels staan slechts zeer beperkt multifunctioneel gebruik toe. De Keur en de beleidsregels zullen moeten worden aangepast indien het waterschapsbestuur meer multifunctioneel gebruik van waterkeringen willen toestaan.

#### *Instructieregels*

De regelgevende en vergunningverlenende bevoegdheid van het waterschapsbestuur kan worden ingekaderd en beperkt door instructies en instructieregels van provincie en Rijk. Vooralnog zijn dergelijke instructieregels niet vastgesteld, met uitzondering van art. 6.1a Wtb op grond waarvan het bevoegd gezag bij het verlenen van de watervergunning rekening moet houden met de waterplannen en beheerplannen.

Wanneer een primaire waterkering water vanuit rijksoppervlaktewaterlichamen keert, dan maakt de primaire waterkering deels ook onderdeel uit van het rijksoppervlaktewaterlichaam. In zoverre wordt multifunctioneel gebruik niet alleen gereguleerd door het waterschapsbestuur, maar ook door de regels die met het oog op doelstellingen van Waterwet voor de rijksoppervlaktewaterlichamen zijn gesteld. Alvorens multifunctioneel gebruik van de waterkering toe te staan, zal het waterschapsbestuur dan ook moeten bezien in hoeverre en onder welke voorwaarden de rijksregels dit gebruik toestaan of de rijksbeheerder dit gebruik toestaat. Dat zal mede afhankelijk zijn van het beleid ten aanzien

van waterveiligheid (Beleidsregels Kust), het beleid ten aanzien van de verbetering en bescherming van de ecologische toestand van het rijksoppervlaktewaterlichaam en de maatschappelijke functies van het rijksoppervlaktewaterlichaam. Daarbij is nog van belang dat indien bij overlappend beheer een watervergunning is vereist voor het gebruik van zowel de bij het waterschap in beheer zijnde waterkering als het rijksoppervlaktewaterlichaam, de minister van I en W het bevoegd gezag is voor de watervergunning.



### **3. Ruimtelijk spoor**

#### **3.1 Inleiding**

Het multifunctionele gebruik zal niet alleen op grond van de Keur en eventueel de Waterwet moeten zijn toegestaan, maar ook op grond van het bestemmingsplan (of een beheersverordening). Voor alle gronden binnen het gemeentelijke grondgebied dient immers een bestemmingsplan of een beheersverordening te zijn vastgesteld, waarin de gebruiksmogelijkheden van de grond juridisch worden vastgelegd. Dat gebeurt door het toekennen van bestemmingen aan de grond en het stellen van regels in verband met die bestemmingen. Bestemmingen kunnen uitsluitend aan de grond worden toegekend ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.<sup>58</sup>

Wat een goede ruimtelijke ordening is, wordt niet door de wet nader omschreven. De gemeenteraad zal moeten bepalen welke vormen van ruimtegebruik op welke locatie kunnen worden toegestaan en welke vormen van ruimtegebruik juist moeten worden geweerd. Het streven is daarbij gericht op het zodanig situeren en reguleren van gebruiksfuncties ten opzichte van elkaar dat er een goede ruimtelijke structuur ontstaat waarmee zoveel mogelijk tegemoet wordt gekomen aan de maatschappelijke behoeften binnen dat gebied. Die maatschappelijke behoeften stellen eisen aan de ruimtelijke inrichting van een gebied, niet alleen aan de hoeveelheid beschikbare ruimte voor een dergelijke behoefte, maar ook de wijze waarop deze behoeften zich tot elkaar verhouden.

De bijzondere eisen die een gebruiksfunctie van de grond aan de omgeving stelt en de bijzondere invloed die gebruiksfunctie op de omgeving heeft, worden situeringskenmerken genoemd.<sup>59</sup> De toekenning van situeringskenmerken aan gebruiksfuncties geschiedt door de gemeenteraad op grond van de gewenste ruimtelijke structuur of inrichting van een bepaald gebied. Recreatief gebruik van de grond stelt bijvoorbeeld zowel bijzondere eisen aan grondgebruik, zoals voldoende verkeers- en parkeercapaciteit in de nabijheid, maar heeft daarop ook bijzondere invloed, zoals een bepaalde mate van geluidhinder en verkeersaantrekkende werking.

#### **3.2 Bestemmingsplan: bestemmingen**

Met het toedelen van bestemmingen aan de grond wordt de gewenste ruimtelijke structuur juridisch verankerd. In de doeleindenomschrijving dient per bestemming te worden omschreven voor welk doel of welke doeleinden de grond mag worden gebruikt. De verschillende gebruiksdoeleinden van de grond zijn uitsluitend te onderscheiden vanwege hun *bijzondere invloed op de omgeving of de bijzondere eisen die een gebruiksdoeleind stelt aan de omgeving*.<sup>60</sup> Gebruik van de grond is dan ook uitsluitend toegestaan indien dat

---

<sup>58</sup> Art. 3.1 lid 1 Wro.

<sup>59</sup> P. van der Ree, *Met woord en kaart, Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling*, Den Bosch 2000, p. 357-358.

<sup>60</sup> Het gebruiksdoeleind woondoeleinden stelt eisen aan de omgeving, namelijk dat ter plaats van gronden met die bestemming een aanvaardbaar woon- en leefklimaat kan worden gewaarborgd. Deze eisen kan de situering van andere gebruiksdoeleinden uitsluiten of beperken. In de directe nabijheid van een woonbestemming zal dan ook geen zware industrie kunnen worden gesitueerd in verband met de negatieve milieugevolgen die deze industrie heeft op het woon- en leefklimaat ter plaatse van de gronden met een woonbestemming.

gebruik door het bestemmingsplan ook is toegestaan. Dat geldt voor zowel het gebruik van de grond als waterkering als voor het multifunctionele gebruik.

Waterkeringen, aangrenzende beschermingszones en reserveringszones hebben een bijzondere invloed op de omgeving, aangezien niet alle vormen van grondgebruik vanwege de aanwezigheid van de waterkering en daaraan grenzende beschermingszones (en reserveringszones) zijn toegestaan. De aanwezigheid van waterkeringen en de daarvoor aangewezen beschermings- en reserveringszones beïnvloeden de gebruiksmogelijkheden van de gronden en zijn daarmee ruimtelijk relevant en zullen dan ook een daarop toegesneden bestemming moeten krijgen. Zonder een dergelijke bestemming is het gebruik van de grond als waterkering niet toegestaan zonder omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan. Doorgaans zullen de gronden waarop waterkeringen zijn gelegen in bestemmingsplannen een waterstaatkundige bestemming hebben.

In een bestemmingsplan kunnen aan de grond ook meerdere bestemmingen worden toegekend die naast elkaar gelden (dubbelbestemmingen), mits deze met elkaar verenigbaar zijn en de onderlinge relatie tussen de dubbelbestemmingen uit de bestemmingsplanregeling blijkt.<sup>61</sup> Gronden waarop een waterkering is gelegen kunnen naast de bestemming 'Waterkering' bijvoorbeeld de dubbelbestemmingen 'Verkeersdoeleinden' en 'Cultuurhistorische waarden' hebben. Deze bestemmingen zijn niet per definitie onverenigbaar met elkaar, maar de onderlinge verhoudingen tussen deze bestemmingen moeten in de bestemmingsregeling wel worden geregeld.

### **3.3 Bestemmingsplan: regels met het oog op de bestemming**

Met het oog op de in het bestemmingsplan opgenomen bestemmingen kunnen in het bestemmingsplan regels worden gegeven omtrent het gebruik van de grond en de zich daar bevindende bouwwerken. Deze regels kunnen uitsluitend worden gegeven voor zover dat nodig is om te voorkomen dat de gronden minder geschikt worden voor de verwezenlijking van een bestemming of om een reeds verwezenlijkte bestemming te handhaven en te beschermen (art. 3.1 lid 1 Wro). Daarbij kan worden gedacht aan een verbod om te bouwen of een verbod om andere werken en werkzaamheden te verrichten die de bestemming nadelig kunnen beïnvloeden, zoals het graven in, het ophogen of verharderen van gronden. Daarnaast kunnen regels in het bestemmingsplan worden opgenomen die nodig zijn om de bestemming goed te laten aansluiten op omliggende bestemmingen.<sup>62</sup> Die regels kunnen de vorm aannemen van een voorwaardelijke verplichting op grond waarvan een grondgebruiker is toegestaan om een bepaalde gebruiksfunctie te realiseren onder de voorwaarde dat bepaalde maatregelen of voorzieningen worden getroffen die in verband met een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk zijn.

---

<sup>61</sup> Zie bijv. ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1855.

<sup>62</sup> Zie P. van der Ree, *Met woord en kaart, Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling*, Den Bosch 2000, p. 358-359. Zie ook par. 2.2.1.

### **3.4 Instructieregels en instructies: Barro en provinciale ruimtelijke verordening Noord-Holland**

#### **3.4.1 Barro**

Voor zover gronden waar primaire waterkeringen en aangrenzende beschermingszones zijn gelegen geen daarop toegesneden bestemming hebben, verplichten art. 2.3.3 Barro binnen het kustfundament en art. 2.11.2 Barro daarbuiten de gemeenteraad om bij de eerstvolgende herziening van het bestemmingsplan de gronden een daarop toegesneden bestemming of gebiedsaanduiding toe te kennen.<sup>63</sup> Bovendien is een wijziging van het bestemmingsplan met betrekking tot deze gronden uitsluitend mogelijk voor zover bij de verwezenlijking daarvan geen belemmeringen kunnen ontstaan voor het onderhoud, de instandhouding of de versterking van de primaire waterkering<sup>64</sup> en de instandhouding of versterking van zandige deel van het kustfundament.<sup>65</sup>

Afhankelijk van de locatie waar het multifunctionele gebruik van primaire waterkering wordt toegestaan kunnen ook andere instructieregels van het Barro gelden. Voor zover die locatie bijvoorbeeld is gelegen binnen een vrijwaringszone voor rijksvaarwegen of binnen het Waddengebied gelden eveneens instructieregels uit het Barro.<sup>66</sup>

#### **3.4.2 Provinciale ruimtelijke verordening Noord-Holland**

Evenals op Rijksniveau kan de provincie algemene regels stellen over de inhoud van bestemmingsplannen en de inhoud van de toelichting van bestemmingsplannen. In de provinciale ruimtelijke verordening van de Provincie Noord-Holland (maart 2017)<sup>67</sup> zijn de volgende relevante bepalingen opgenomen over de regulering van regionale waterkeringen in het bestemmingsplan:

#### **Artikel 30 Regionale waterkeringen**

*1 Voor zover een bestemmingsplan mede betrekking heeft op regionale waterkeringen, zoals aangegeven op kaart 8 en de digitale verbeelding ervan, voorziet het bestemmingsplan in bescherming van de waterkerende functie door op deze functie toegesneden bestemmingen en regels en voorziet het bestemmingsplan tevens in een vrijwaringzone aan weerszijden van de waterkeringen opdat reconstructies van de waterkeringen niet onmogelijk worden gemaakt. Deze lokaal benodigde vrijwaringzones worden overgenomen van de hoogheemraadschappen.*

*2 Afwijken van de vrijwaringzone, als bedoeld in het eerste lid, is mogelijk indien hierover blijkens de toelichting bij het bestemmingsplan overeenstemming is bereikt tussen betrokken gemeenten, waterbeheerder en provincie.*

---

<sup>63</sup> Art. 2.11.2 Barro. Het Barro spreekt van gebiedsaanduiding 'Vrijwaringszone – dijk'. Deze bewoordingen sluiten niet aan bij de termen die de Waterwet gebruikt. De Waterwet kent uitsluitend de begrippen 'beschermingszone' en '(primaire) waterkering'. Dit heeft vermoedelijk te maken met het SVBP2012, dat de standaarden aangeeft voor aanduidingen en bestemmingen op de (digitale) verbeelding.

<sup>64</sup> Art. 2.3.4 sub a Barro en 2.11.3 Barro.

<sup>65</sup> Art. 2.3.4 sub b Barro.

<sup>66</sup> Zie voor de instructieregels met betrekking tot rijksvaarwegen titel 2.1 Barro en voor instructieregels met betrekking tot de Waddenzee en het waddengebied titel 2.5 Barro.

<sup>67</sup> Beschikbaar via: [https://www.noordholland.nl/Onderwerpen/Ruimtelijke\\_inrichting/Structuurvisie\\_en\\_PRV](https://www.noordholland.nl/Onderwerpen/Ruimtelijke_inrichting/Structuurvisie_en_PRV).

## Artikel 31 Strandzoning

- 1. Een bestemmingsplan voorziet niet in bestemmingen en regels die nieuwe jaarrond aanwezige gebouwen mogelijk maken in de kustzone zoals aangeduid op kaart 8 en op de digitale verbeelding ervan.*
- 2 Van het bepaalde in het eerste lid zijn uitgezonderd jaarrond strandpaviljoens, jaarrond sport- paviljoens, jaarrond reddingsbrigadegebouwen in de als strandzoning aangeduide gebieden op kaart 8 en op de digitale verbeelding daarvan.*

Ingevolge deze provinciale instructieregels dient de gemeenteraad dus o.a. bestemmingen en regels in het bestemmingsplan vast te stellen met het oog op de bescherming van de waterkerende functie van de waterkering. Het is de vraag of deze instructieregel wel verbindend is gelet op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak over de verhouding tussen de mogelijkheden van regulering van de bescherming van de waterkering in de Keur en in het bestemmingsplan (zie hierna par. 3.5).

### **3.5 Verhouding waterspoor en ruimtelijk spoor: bescherming van waterkeringen in het bestemmingsplan?**

Multifunctioneel gebruik van een waterkering wordt gereguleerd vanuit zowel waterspoor als vanuit het ruimtelijke spoor. Dat roept de vraag op hoe beide sporen zich tot elkaar verhouden. Het bestemmingsplan en de waterschapskeur hebben ieder hun eigen belangenkader en dienen volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling *doorgaans* dan ook niet dezelfde doelen. Het bestemmingsplan heeft een goede ruimtelijke ordening ten doel en coördineert de verschillende belangen tot een harmonisch geheel dat een grotere waarde vertegenwoordigt dan het dienen van die belangen afzonderlijk. De Keur daarentegen wordt vastgesteld ter behartiging van de aan het waterschap opgedragen de zorg voor watersystemen gericht op de doelstellingen van art. 2.1 Wtw. Bij het vaststellen van de Keur en besluiten die daarop zijn gebaseerd hoeven de belangen bij de bescherming van bepaalde waarden, zoals natuurwaarden, naar het oordeel van de Afdeling dan ook niet in dezelfde mate betrokken te worden als bij de vaststelling en uitvoering bestemmingsplanregels.<sup>68</sup>

Wanneer een ruimtelijk relevant belang echter reeds wordt beschermd door de Waterschapskeur, zal bij de vaststelling van een bestemmingsplan dan ook moeten worden onderzocht in hoeverre bestemmingsregels, waaronder aanlegvergunningstelsels, toegevoegde waarde hebben ten opzichte van die waterregelgeving. Is die toegevoegde waarde er niet, dan zijn die bestemmingsplanregels niet nodig met het oog op een goede ruimtelijke ordening en kunnen dergelijke regels niet in het bestemmingsplan worden opgenomen. Regels ter bescherming van waterkeringen kunnen dan ook niet in een bestemmingsplan worden opgenomen, omdat de Keur reeds in de bescherming van deze belangen voorziet. Naast de regels in de Waterschapskeur hebben dergelijke planregels

---

<sup>68</sup> ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7071, ABRvS 2 november 2011, *JM* 2012/13, m.nt. R van Bommel en ABRvS 19 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT8598, ABRvS 17 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO0291 en ABRvS 2 oktober 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE8249, r.o. 2.12.1.1.

immers geen toegevoegde waarde en zijn dus ook niet nodig met het oog op een goede ruimtelijke ordening.

Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak kunnen in een bestemmingsplan dan ook geen regels worden opgenomen ter bescherming van een waterkering, voor zover deze regels uitsluitend strekken tot bescherming van waterstaatkundige belangen die reeds door de Keur worden beschermd.<sup>69</sup> In haar uitspraak van 11 februari 2015 overweegt de Afdeling daarover het volgende:

*'De Keur voorziet ter plaatse van de dubbelbestemming 'Waterstaat-Waterkering' reeds in de bescherming van het waterstaatkundige belang. Hoewel niet is uitgesloten dat andere ruimtelijk relevante belangen kunnen nopen tot het opnemen van een regeling zoals die is opgenomen in artikel 19, lid 19.2, onder c, en 19.3.1 van de planregels, is in dit geval uit het plan noch de toelichting daarop, noch uit het verhandelde ter zitting, waar nader is toegelicht dat deze regeling zo moet worden gelezen dat uitsluitend wordt getoetst aan het waterstaatkundige belang, gebleken waarom naast deze bescherming in de Keur deze regeling in het plan moet worden opgenomen om te voorzien in de bescherming van het waterstaatkundige belang. De raad heeft niet aannemelijk gemaakt dat met deze regeling is beoogd te voorzien in de bescherming van andere belangen dan die door de Keur worden beschermd.'*

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de raad onvoldoende heeft gemotiveerd dat het opnemen van de regeling in artikel 19, lid 19.2, onder c, en 19.3.1, van de planregels nodig is ter bescherming van andere belangen dan die reeds door de Keur worden beschermd.

Het betoog slaagt.<sup>70</sup>

Een herhaling van dit oordeel is te vinden in de uitspraak van 15 juli 2015, waarin de Afdeling overweegt:

*'Het bouw-, gebruiks- en aanlegverbod behoudens afwijking als vastgelegd in artikel 32 van de planregels strekt tot de bescherming van waterstaatkundige belangen. Het beschermingsbereik van deze regeling stemt in zoverre overeen met het beschermingsbereik van de vergunningplicht krachtens artikel 6.5 van de Waterwet gelezen in samenhang met artikel 6.12, eerste lid, van het Waterbesluit. De bestreden planregeling is materieel gezien een vertaling van de "Beleidsregels grote rivieren" in het bestemmingsplan. De raad heeft niet nader toegelicht waarom naast de vergunningplicht krachtens de Waterwet ook de regeling van artikel 32, lid 32.2.1 tot en met lid 32.6.3 van de planregels noodzakelijk is ter bescherming van waterstaatkundige belangen. De raad heeft evenmin inzichtelijk gemaakt dat met deze planregeling is beoogd te voorzien in de bescherming van andere belangen dan die door de vergunningplicht krachtens de Waterwet worden beschermd. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat het bestreden besluit, wat betreft artikel 32, lid*

<sup>69</sup> Zie ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2254, ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:328, AB 2015/179, ABRvS 13 oktober 2004, AB 2005/25 en ABRvS 2 oktober 2002 ECLI:NL:RVS:2002:AE8249. Voor uitgebreidere bespiegelingen over de relatie tussen bestemmingsplan en keur kan o.m. worden verwezen naar: F.A.G. Groothuijse, 'Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen' (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2009, p. 279 en de annotatie bij ABRvS 25 april 2012, MenR 2012, 114.

<sup>70</sup> ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:328, AB 2015/179, r.o. 9.4.

*32.2.1 tot en met lid 32.6.3 van de planregels, niet berust op een deugdelijke motivering. Het betoog slaagt.'*

In deze uitspraak ging het niet om de Waterschapskeur die reeds in de bescherming van de waterstaatkundige belangen voorzag, maar de Waterwet in samenhang met het Waterbesluit en de Beleidsregels grote rivieren.

Uit deze en eerdere jurisprudentie kan worden afgeleid dat de Afdeling voor wat betreft de bescherming van waterkeringen in wezen voorrang verleent aan het waterspoor boven het ruimtelijke spoor.<sup>71</sup> Aangezien met de ruimtelijke reservering voor toekomstige dijkversterkingen of -verleggingen eveneens een waterstaatkundig belang is gemoeid, zal de regulering van het grondgebruik met het oog daarop niet in het bestemmingsplan kunnen plaatsvinden, voor zover dit reeds in de Keur (of de Waterwet) is gereguleerd. Verdedigbaar is dat dit ook het geval is als de ruimtelijke reservering niet heeft plaatsgevonden in de Keur, omdat de bescherming van de primaire waterkering, mede met het oog op de toekomst, een taak is van het waterschap, zodat het waterschap ook verantwoordelijk is voor de ruimtelijke reservering voor toekomstige dijkversterkingen.

Voor zover het niet gaat om de bescherming van de waterkering, maar om de bescherming van maatschappelijke functies van het watersysteem kan die toegevoegde waarde er wel degelijk zijn, omdat de waterregelgeving niet beoogt de maatschappelijke functies van het watersysteem uitputtend te reguleren. Vanwege het verschil in afwegingskader zullen de belangen die gemoeid zijn met de maatschappelijke functies van het watersysteem bij de vaststelling van een bestemmingsplan niet in dezelfde mate betrokken hoeven te worden als bij de vaststelling van de Keur of de verlening van een watervergunning. In het bestemmingsplan en de Keur kunnen naar ons oordeel dan ook, ieder vanuit het eigen belangenkader, regels worden gesteld ter bescherming van de bij de maatschappelijke functies betrokken belangen. Voor de bescherming van waterafhankelijke natuurwaarden heeft de Afdeling dit ook al met zoveel woorden uitgemaakt.<sup>72</sup> Vanzelfsprekend verdient het aanbeveling om de belangenafweging in het waterspoor en het ruimtelijke spoor zoveel mogelijk op elkaar af te stemmen.

*Invloed waterspoor op ruimtelijk spoor*

Nu uit de jurisprudentie van de Afdeling lijkt te kunnen worden afgeleid dat waterstaatkundige belangen, op grond van de Keur dienen te worden gereguleerd en niet (tevens) in het ruimtelijke spoor, is het de vraag op welke wijze de regulering van

---

<sup>71</sup> Hoewel de beide recente uitspraken er op lijken te wijzen dat dit lijn van de Afdeling is, zijn er ook uitspraken van eerdere datum waarin de Afdeling wel lijkt te aanvaarden dat er regels ter bescherming van waterstaatkundige bestemming in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen, ook al worden die waterstaatkundige belangen al door de Keur beschermd. Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3436, waarin het ging om een provinciale proactieve aanwijzing aan de gemeenteraad om een vrijwaringszone op te nemen en daarin regels ter bescherming van de waterkering op te nemen. Wij vragen ons af of provinciale belangen in dit geval een proactieve aanwijzing met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken, omdat de regionale waterkeringen (inclusief vrijwaringszone) al worden beschermd door de Waterschapskeur. In een andere uitspraak van de Afdeling (ABRvS 28 mei 2014 ECLI:NL:RVS:2014:1947) wordt niet duidelijk of de vrijwaringszone ook al door de Keur wordt gereguleerd en is dat ook niet uitdrukkelijk door appellant aangevoerd. Het provinciebestuur zou overigens ook het waterschapsbestuur door middel van een instructieregel kunnen verplichten tot het opnemen van vrijwaringszones ten behoeve van de regionale waterkeringen.

<sup>72</sup> Zie de in voetnoot 68 genoemde jurisprudentie.

waterstaatsbelangen in het waterspoor doorwerkt naar de besluitvorming in het ruimtelijke spoor.

De jurisprudentie van de Afdeling betekent naar ons oordeel niet dat waterkeringen in een bestemmingsplan niet als zodanig kunnen worden bestemd. Integendeel, een waterstaatkundige bestemming is nodig, omdat het gebruik van de grond voor waterstaatkundige doeleinden in planologische zin moet zijn toegestaan. Voor een bestemming 'Reserveringszone' of 'Vrijwaringszone' is dat echter niet het geval, omdat deze bestemming uitsluitend werend van karakter is en naar zijn aard niet kan worden gerealiseerd. Art. 2.3.4 en art. 2.11.2 Barro verplichten echter tot het opnemen van de aanduiding 'vrijwaringszone'. Met het oog op deze vrijwaringszone kunnen, gelet op de hiervoor besproken jurisprudentie geen regels in het bestemmingsplan worden gesteld, zodat de verplichting op reserveringszones als zodanig te bestemming in juridisch opzicht weinig toevoegt. Hoewel nieuwe bestemmingsplannen met betrekking tot gronden met de bestemming 'Waterkering' of 'Vrijwaringszone waterstaatswerk' op grond van art. 2.3.4. Barro en art. 2.11.3 Barro uitsluitend grondgebruik (incl. bebouwing) mogen toestaan, voor zover daardoor geen belemmeringen kunnen ontstaan voor het onderhoud, de instandhouding of de versterking van de primaire waterkering, betekent dat niet dat er ook regels met het oog op deze bestemmingen moeten worden opgenomen. Zoals reeds is opgemerkt kunnen geen regels ter bescherming van waterstaatkundige belangen worden opgenomen, voor zover deze reeds op grond van waterregelgeving (uitputtend) worden beschermd.<sup>73</sup>

Dit betekent wel dat bij ieder nieuw planologisch besluit dat multifunctioneel grondgebruik op gronden met een waterkering en daaraan grenzende beschermingszones toestaat, zal moeten worden onderzocht, of, en zo ja, onder welke voorwaarden en beperkingen dat multifunctionele grondgebruik (incl. bebouwing) op grond van de keur in combinatie met de geldende beleidsregels kan worden toegestaan. Voor zover er voor multifunctioneel gebruik een watervergunningplicht geldt, zal de vraag of multifunctioneel gebruik kan worden toegestaan in grote mate afhankelijk zijn van het beleid dat het waterschapsbestuur bij de vergunningverlening hanteert. Dat beleid kan het waterschapsbestuur in beleidsregels of in een ander beleidsdocument of plan hebben neergelegd. Is op voorhand duidelijk dat de keur of beleidsregels aan een ruimtelijke ontwikkeling die in het bestemmingsplan of een ander ruimtelijk besluit wordt mogelijk gemaakt in de weg staat, dan zal het ruimtelijke besluit dat het multifunctionele grondgebruik toestaat op voorhand niet uitvoerbaar zijn. Op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is een bestemmingsplan of onderdeel daarvan waarvan op voorhand duidelijk is dat het onuitvoerbaar is onrechtmatig vastgesteld en zal in zoverre worden vernietigd. Of en in hoeverre een ruimtelijk besluit dat multifunctioneel gebruik toestaat uitvoerbaar is, zal aan de orde moeten komen bij het bestuurlijk overleg en de motivering van het besluit waarbij op de waterhuishoudkundige gevolgen van het besluit zal moeten worden ingegaan.<sup>74</sup> In dat kader hebben de

---

<sup>73</sup> Zie de vorige voetnoot. In ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2254 had de gemeenteraad in het bestemmingsplan de Beleidsregels grote rivieren overgenomen als bestemmingsplanregels voor het uitoefenen van een binnenplanse afwijkingsmogelijkheid voor activiteiten binnen het rivierbed.

<sup>74</sup> Zie art. 3.1.6 lid 1 onder b Bro en art. 5.20 Bor jo. art. 3.1.6 lid 1 onder b Wabo.

waterschappen en gemeenten in het Bestuursakkoord Water afgesproken dat het procesinstrument 'watertoets' wordt ingezet.<sup>75</sup>

Waterschap en gemeente zullen duidelijke afspraken moeten maken over de ruimtelijke ontwikkelingen die op waterkeringen en aangrenzende beschermings- en reserveringszones nog kunnen worden toegestaan en onder welke voorwaarden. Daarbij heeft het waterschap uiteindelijk het laatste woord, omdat voor deze ruimtelijke ontwikkelingen veelal nog een toestemming van het waterschapsbestuur nodig is. Zonder die toestemming kan de ruimtelijke ontwikkeling niet rechtmatig worden gerealiseerd. Aan die toestemming kunnen zo nodig voorschriften en beperkingen worden verbonden.<sup>76</sup>

Bij de vaststelling van het bestemmingsplan dient aannemelijk te zijn dat de in het bestemmingsplan neergelegde bestemmingen binnen de planperiode van tien jaar worden gerealiseerd. Bestemmingsplannen moeten immers volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak binnen de planperiode uitvoerbaar zijn.<sup>77</sup> De keur en het beleid ten aanzien van het gebruik van waterkeringen en aangrenzende beschermingszones zijn dan ook uitgangspunt bij het vaststellen van bestemmingsplannen voor gronden waar waterkeringen en aangrenzende beschermings- en reserveringszones zijn gelegen.

### **3.6 Tijdelijke omgevingsvergunning**

Indien het beoogde multifunctionele gebruik van de waterkering niet in overeenstemming is met het vigerende bestemmingsplan kan in plaats van een bestemmingsplanherziening ook een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan worden aangevraagd (art. 2.1 lid 1 onder c Wabo). Ook hier geldt het vereiste dat geen strijd mag ontstaan met het vereiste van een goede ruimtelijke ordening en kunnen rijks en/of provinciale instructieregels van toepassing zijn. De activiteit als bedoeld in art. 2.1 lid 1 onder c Wabo is een zogenoemde 'voortdurende activiteit'.<sup>78</sup> Uit art. 2.23 Wabo blijkt dat een omgevingsvergunning voor een voortdurende activiteit ook voor een beperkte duur kan worden verleend. Voordeel is, net als bij de tijdelijke watervergunning, dat de tijdelijke omgevingsvergunning van rechtswege vervalt en dus niet hoeft te worden ingetrokken. Er is dan ook geen recht op nadeelcompensatie. In de Wabo is geen maximale termijn gesteld voor de geldingsduur van de vergunning en ook is bevoegdheid niet nader ingeperkt tot bepaalde gevallen. De Wabo kent dus in beginsel geen belemmering om een tijdelijke omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan te verlenen voor multifunctioneel gebruik van de waterkering. In de omgevingsvergunning kan daarbij worden bepaald dat aangewezen voorschriften gedurende een bepaalde termijn van kracht blijven nadat de vergunning gelding heeft verloren. De wetgever beoogde evenwel niet dat deze

---

<sup>75</sup> Zie het Bestuursakkoord Water (2011) te downloaden op: <https://www.helpdeskwater.nl/onderwerpen/wetgeving-beleid/bestuursakkoord/> en Handreiking Watertoetsproces 3: samenwerken aan water in ruimtelijke plannen, te downloaden op: [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

<sup>76</sup> Art. 6.20 Wtw. Zie daarover uitgebreider par. 2.2.1.2.

<sup>77</sup> Zie bijvoorbeeld: ABRvS 3 juni 2015, *JM* 2015/102, m.nt. Blokvoort, ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1698, ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF1002 en ABRvS 7 mei 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD1089. Art. 3.1.6 lid 1 sub f Bro verplicht dan ook in de plantoelichting inzicht te geven in de uitvoerbaarheid van het plan.

<sup>78</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 36.



bevoegdheid ruim wordt ingezet.<sup>79</sup> Bovendien is van belang dat, zoals hierboven is aangegeven, uit jurisprudentie volgt dat wanneer de belangen waarop de omgevingsvergunning voor afwijken ziet volledig overlappen met de belangen die kunnen worden gereguleerd in het waterspoor er in beginsel geen ruimte is voor regulering via het ruimtelijke spoor. Dit zal ook gelden voor de omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan. De tijdelijkheid van de omgevingsvergunning zal dus met het oog op andere belangen dan de waterbelangen moeten worden beargumenteerd, voor zover deze belangen al uitputtend in het waterspoor worden gereguleerd.<sup>80</sup> De mogelijkheden voor een tijdelijke omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan lijken derhalve beperkt.

Voorts zal voor te realiseren tijdelijke bouwwerken op de waterkering veelal een omgevingsvergunning voor bouwen nodig zijn (art. 2.1 lid 1 onder a Wabo). Het bouwen van een bouwwerk is een aflopende activiteit. Wanneer het bouwwerk is gerealiseerd is de activiteit waarop de vergunning betrekking heeft immers afgerond. Van belang is dat de Wabo bij een dergelijke (aflopende) omgevingsvergunning voor bouwen van een tijdelijk bouwwerk de mogelijkheid biedt om te bepalen dat de vergunninghouder na het verstrijken van een bij de vergunning aangegeven termijn verplicht is de voor de verlening van de omgevingsvergunning bestaande toestand te herstellen (art. 2.23a lid 1 Wabo).

### **3.7 Regulering van multifunctioneel gebruik door andere wet- en regelgeving**

Multifunctioneel gebruik van waterkeringen wordt niet alleen gereguleerd vanuit het waterspoor en het ruimtelijke spoor, maar kan ook worden gereguleerd door andere wet- en regelgeving. Indien het multifunctionele gebruik beschermde diersoorten verstoort of significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied dan wordt dit gebruik ook gereguleerd door de Wet natuurbescherming. Deze wet- en regelgeving kan aan de uitvoering van het multifunctioneel gebruik van waterkeringen in de weg staan. Aangezien de toepasselijkheid van de wet- en regelgeving afhankelijk is het multifunctionele gebruik en de locatie waar dit wordt uitgevoerd, zal op deze specifieke wet- en regelgeving niet nader worden ingegaan. Deze specifieke wet- en regelgeving kan overigens over de boeg van het uitvoerbaarheidsvereiste dat voor bestemmingsplannen geldt, wel indirect een rol spelen in de ruimtelijke besluitvorming. Voor gebiedsbescherming kan die doorwerking directer zijn, omdat voor bestemmingsplannen die voorzien in gebruiksmogelijkheden met mogelijk significante gevolgen een Natura 2000-gebied moet worden onderworpen aan de habitattoets ex art. 6 lid 3 en 4 Hrl.<sup>81</sup>

Welke vormen van multifunctioneel gebruik van waterkeringen onder welke voorwaarden kunnen worden toegestaan, is afhankelijk van verschillende wettelijke kaders, die verschillende belangen beogen te beschermen en die door verschillende overheden worden

---

<sup>79</sup> Zie *Kamerstukken II* 2006/7, 30 844, nr. 8, p. 9 waarin onder meer wordt opgemerkt: 'De rechtszekerheid zou er niet mee zijn gediend als eenmaal verleende toestemmingen standaard na een x-aantal jaren zouden komen te vervallen.'

<sup>80</sup> Daarbij is overigens ook van belang dat het bevoegd gezag op de grondslag van de vergunningaanvraag moet beslissen. Indien een omgevingsvergunning voor onbeperkte duur is aangevraagd, zal deze derhalve goed gemotiveerd moeten worden geweigerd met het oog op een ruimtelijke (in de praktijk zal dit veelal al in het vooroverleg aan de orde zijn).

<sup>81</sup> Zie art. 2.7 lid 1 jo. art. 2.8 Wnb.

uitgevoerd. Het verdient dan ook aanbeveling om tezamen met de betrokken overheden een integraal beleidskader te ontwikkelen aan de hand waarvan kan worden bepaald of een bepaalde vorm van multifunctioneel gebruik kan worden toegestaan en onder welke voorwaarden.

### **3.8 Conclusie**

Het multifunctionele gebruik van de waterkering zal niet alleen op grond van de keur en eventueel de Waterwet moeten zijn toegestaan, maar ook op grond van het bestemmingsplan. Instructieregels in het Barro en in de provinciale ruimtelijke verordening begrenzen de reguleringsmogelijkheden van de waterkering in het bestemmingsplan. Het Barro verplicht er toe de gronden waar primaire waterkeringen en aangrenzende beschermingszones zijn gelegen een daarop toegesneden bestemming of gebiedsaanduiding toe te kennen in het bestemmingsplan. Een wijziging van het bestemmingsplan met betrekking tot deze gronden is alleen mogelijk voor zover bij de verwezenlijking daarvan geen belemmeringen kunnen ontstaan voor het onderhoud, de instandhouding of de versterking van de primaire waterkering en de instandhouding of versterking van zandige deel van het kustfundament.<sup>82</sup>

De provinciale instructieregels van de provincie Noord-Holland verplichten de gemeenteraad er toe o.a. bestemmingen en regels in het bestemmingsplan vast te stellen met het oog op de bescherming van de waterkerende functie van de waterkering. Het is echter de vraag of deze provinciale instructieregel verbindend is. Regulering van multifunctioneel gebruik kan ook plaatsvinden in het ruimtelijk spoor, meer in het bijzonder in het bestemmingsplan en/of instructieregels in het Barro en de provinciale ruimtelijke verordening (paragraaf 4).

Uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan worden afgeleid dat voor wat betreft de bescherming van waterkeringen regulering in het waterspoor de voorkeur heeft en voorrang heeft boven regulering in het ruimtelijke spoor. Dit geldt bijvoorbeeld voor de ruimtelijke reservering voor toekomstige dijkversterkingen of -verleggingen. Voor zover het niet gaat om de bescherming van de waterkering, maar om de bescherming van maatschappelijke functies van het watersysteem kan er wel een toegevoegd waarde zijn voor regulering in het ruimtelijk spoor omdat de waterregelgeving de maatschappelijke functies van het watersysteem niet uitputtend beoogt te reguleren. Vanwege het verschil in afwegingskader zullen de belangen die gemoeid zijn met de maatschappelijke functies van het watersysteem bij de vaststelling van een bestemmingsplan niet in dezelfde mate betrokken hoeven te worden als bij de vaststelling van de keur of de verlening van een watervergunning. In het bestemmingsplan en de keur kunnen naar ons oordeel dan ook, ieder vanuit het eigen belangenkader, regels worden gesteld ter bescherming van de bij de maatschappelijke functies betrokken belangen. We adviseren in overleg te treden over de juiste afstemming tussen regulering in het waterspoor en het ruimtelijk spoor met in het bijzonder de gemeente waar een multifunctionele kering is voorzien. Dit overleg kan bijvoorbeeld plaatsvinden in het kader van de watertoets, die in het kader van de voorbereiding van ruimtelijke besluiten moet worden verricht.

---

<sup>82</sup> Zie art. 2.3.4. Barro en art. 2.11.3 Barro

Naast planologische wet- en regelgeving, kan het multifunctioneel gebruik van waterkeringen afhankelijk van het soort gebruik, de locatie en de gevolgen van dat gebruik op de omgeving nog worden gereguleerd door andere omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving, zoals de natuurbeschermingswetgeving.

De vraag of en welk multifunctioneel gebruik van de waterkering is toegestaan en onder welke voorwaarden is afhankelijk van de ter plaatse geldende wettelijke kaders die beogen verschillende belangen te beschermen en die door verschillende overheden worden uitgevoerd. Met het oog op het creëren van duidelijkheid naar de omgeving over de multifunctionele gebruiksmogelijkheden van de waterkeringen (en aangrenzende beschermingszones), verdient het naar ons oordeel dan ook aanbeveling om gezamenlijk met alle betrokken overheden een integraal beleidskader te ontwikkelen waaruit kan worden afgeleid welke vormen van multifunctioneel gebruik van waterkeringen (en aangrenzende beschermingszones) zijn toegestaan. Omdat de toepasselijke wettelijke kaders per locatie kunnen verschillen, kan dat beleidskader per locatie verschillen.



## 4. Omgevingswet en regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen

In deze paragraaf zal kort op de belangrijkste wijzigingen worden ingegaan die de inwerkingtreding van de Omgevingswet met zich zullen brengen voor de regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen. Voorop kan worden gesteld dat zich daarbij geen wezenlijke wijzigingen zullen voordoen. Regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen in beheer van het waterschap zal op een vergelijkbare wijze in de waterschapsverordening kunnen plaatsvinden. De regelgevende bevoegdheid van het waterschapsbestuur zal immers niet wijzigen. Voor zover er een vergunningplicht voor multifunctioneel gebruik in de waterschapsverordening is opgenomen, zal dit niet langer een watervergunning zijn, maar een omgevingsvergunning voor een wateractiviteit. Het waterschapsbestuur blijft voor deze vergunning het bevoegd gezag en ook het toetsingskader zal inhoudelijk niet wijzigen. Onverenigbaarheid met de huidige doelstellingen van art. 2.1 Wtw zullen ook dwingende weigeringsgrond vormen voor omgevingsvergunning voor een wateractiviteit.

Ten aanzien van de doelstelling 'vervulling van maatschappelijke functies van het watersysteem' vindt echter wel een wijziging plaats ten opzichte van de huidige situatie. De Omgevingswet stelt namelijk buiten twijfel dat maatschappelijke functies daadwerkelijk aan watersystemen moeten worden toegekend in waterprogramma's. In het juni-concept van de Invoeringswet is dit voor wat betreft het *passieve* beheer echter weer ongedaan gemaakt, zodat bij de toepassing van het toetsingskader voor de verlening van omgevingsvergunning voor multifunctioneel gebruik van een waterkering - evenals thans het geval is - moet worden bezien of het watersysteem feitelijk maatschappelijke functies vervult.<sup>83</sup>

Alleen ten aanzien van de *actieve* beheertaak<sup>84</sup> van het waterschapsbestuur geldt dus dat deze beheertaak beperkt is tot in de waterplannen toegekende maatschappelijke functies aan watersystemen. Dat betekent bijvoorbeeld dat het waterschapsbestuur een projectbesluit kan nemen ten behoeve van uitdrukkelijk aan het watersysteem toegekende maatschappelijke functies van een watersysteem,<sup>85</sup> maar niet ten behoeve van een niet uitdrukkelijke toegekende maatschappelijke functie.

- Een relevante wijziging is dat onder de Omgevingswet beschermings- en reserveringszones niet langer in de legger worden aangewezen, maar onderdeel uitmaken van het beperkingengebied voor een waterstaatswerk waarbinnen een vergunningplicht of algemene regels gelden. Het beperkingengebied en de regels die daarbinnen gelden moet worden aangewezen in de waterschapsverordening. Dit heeft tot gevolg dat tegen de aanwijzing van het beperkingengebied onderdeel uitmaakt van een algemeen verbindend voorschrift en daartegen dan ook geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming zal openstaan. De directe bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de aanwijzing van beschermings- en reserveringszones zal dan ook komen te vervallen. Daartegen kan dus alleen indirect bij wijze van

---

<sup>83</sup> Zie Hoofdstuk 1, art. BU van het Juni-concept Invoeringswet Omgevingswet dat art. 5.24 lid 1 onder c Ow wijzigt en MvT, p. 159-160.

<sup>84</sup> Vgl. het huidige art. 5.3 Wtw.

<sup>85</sup> Art. 5.44 lid 1 en 3 jo. art. 2.17 lid 1 sub a jo. art. 1.1 lid 1 jo. Bijlage onderdeel A, Omgevingswet zoals deze komt te luiden als het Juni-concept van de Invoeringswet Ow ongewijzigd in werking treedt.

exceptieve toetsing tegen op worden gekomen, zoals de omgevingsvergunning voor multifunctioneel gebruik binnen deze beperkingengebieden.<sup>86</sup>

De relatie tussen de waterschapsverordening en het omgevingsplan zal naar ons oordeel evenmin een wezenlijke wijziging ondergaan. Weliswaar zal het bestemmingsplan, evenals alle andere gemeentelijke regels met betrekking tot de fysieke leefomgeving grotendeels opgaan in het omgevingsplan, maar de regels ter bescherming van het regionale watersysteem en de primaire waterkeringen zullen op grond van de regelgevende bevoegdheid ex art. 56 en 78 Wsw in de waterschapsverordening worden opgenomen. De waterschapsverordening zal niet worden geïntegreerd in het omgevingsplan, maar blijft zelfstandig naast het omgevingsplan bestaan. De relatie tussen het omgevingsplan en de waterschapsverordening zal door de inwerkingtreding van de Omgevingswet dan ook niet wijzigen. De huidige jurisprudentielijn van de Afdeling op grond waarvan geen regels in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen ter bescherming van waterstaatsbelangen die reeds (uitputtend) door de waterschapsverordening worden beschermd, zal naar ons oordeel dan ook na inwerkingtreding van de Omgevingswet onverkort blijven gelden. Dat betekent dat ook in het omgevingsplan geen regels zullen kunnen worden opgenomen ter bescherming van waterstaatsbelangen die reeds door de waterschapsverordening (uitputtend) worden beschermd.

Bij een evenwichtige toedeling van functies aan locaties in het omgevingsplan zal rekening moeten worden gehouden met de randvoorwaarden die daaraan vanuit de waterschapsverordening worden gesteld. In het kader van de watertoets, die ook bij de vaststelling van het omgevingsplan door de waterbeheerder zal blijven worden uitgevoerd, kan het waterschap toetsen of met die waterstaatkundige randvoorwaarden voldoende rekening is gehouden.

---

<sup>86</sup> Zie ook Pilot Ruimtelijk instrumentarium dijken, Ruimte voor dijken, p.117-119.

## 5. Privaatrechtelijke regulering multifunctioneel gebruik waterkeringen

### 5.1 Doelstelling

Multifunctioneel gebruik van waterkeringen kan niet alleen publiekrechtelijk, maar ook privaatrechtelijk gereguleerd worden. Met name het recht van erfpacht en het recht van opstal zijn functionele instrumenten om gebruik en/of bebouwing van bijvoorbeeld dijken mogelijk te maken, waarbij HHNK zeggenschap kan behouden over de manier waarop het gebruik en de bebouwing plaatsvindt. Ook kunnen, zoals in het navolgende besproken zal worden, regelingen getroffen kunnen worden, om - indien bijvoorbeeld onderhoud of behoud van de dijk dit vraagt - de bebouwing aan te passen of te vorderen dat het verwijderd wordt. Tevens zal ingegaan worden op de vraag of een zakelijk recht nodig is om multifunctioneel gebruik van waterkeringen te reguleren of dat een en ander ook door middel van het contractenrecht geregeld kan worden. Tot slot zal ingegaan worden op de vraag of HHNK aansprakelijk kan zijn voor schade die ontstaat door eventueel aangebrachte bebouwing.

### Hoofdvragen

De volgende vragen zullen beantwoord worden:

1. Welke zakenrechtelijke rechten kunnen uitgegeven worden, zodat HHNK zeggenschap behoudt over de dijk, indien gebruik en bebouwing van de dijk mogelijk gemaakt wordt?
2. Is het mogelijk het gebruik van de dijk te beëindigen, indien onderhoud of behoud van de dijk dit vereist?
3. Is regulering van het gebruik in te roepen tegen eventueel opvolgend gebruikers van de dijk?
4. Kan regulering van het gebruik door middel van het contractenrecht bewerkstelligd worden?
5. Hoe zit het met aansprakelijkheid, indien bebouwing van een dijk toegestaan wordt door HHNK?

### **5.1.1 Het opstalrecht**

Indien een andersluidende regeling ontbreekt, wordt een grondeigenaar eveneens eigenaar van op die grond aangebrachte gebouwen en bouwwerken.<sup>87</sup> Dit wordt 'natrekking' genoemd. Slechts indien naar uiterlijke verschijningsvorm de gebouwen of bouwwerken een zeer tijdelijk karakter hebben, blijft de eigendom van de aangebrachte gebouwen of bouwwerken bij degene die ze op de grond geplaatst heeft. Deze regel wordt echter zeer restrictief uitgelegd. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan een bouwkeet, die gedurende bouwwerkzaamheden ergens geplaatst wordt.

Gezien de mogelijkheid dat eventuele bebouwing van de dijk verwijderd dient te worden als dit nodig is, bijvoorbeeld ter versteviging van de dijk, kan men zich voorstellen dat de bebouwing bestaat uit zogenaamde modulaire bouw, of 'prefab-bouw'.<sup>88</sup> Een belangrijk voordeel van deze bouw is dat het eenvoudig te plaatsen en te verplaatsen is. Ten onrechte wordt vaak gedacht dat gebouwen en bouwwerken die voor een aantal jaar geplaatst worden, niet onroerend zijn en daardoor niet nagetrokken worden door de eigendom van de grond. Ook gebouwen en bouwwerken die slechts voor een aantal jaar geplaatst worden, kunnen nagetrokken worden door de eigendom van de grond. Om deze reden is het van belang om, indien bebouwing van de dijk gewenst is c.q. wordt toegestaan, na te denken over mogelijkheden dat de eigendom van de bebouwing niet bij HHNK komt te liggen.

Het Burgerlijk Wetboek geeft met de vestiging van een opstalrecht<sup>89</sup> de mogelijkheid natrekking te doorbreken. Door de vestiging van een opstalrecht wordt het derhalve mogelijk dat de eigendom van het gebouw of bouwwerk bij iemand anders ligt dan bij de grondeigenaar. Voor HHNK betekent dit zij de eigendom van de dijk kunnen behouden, maar dat iemand anders eigenaar wordt van hetgeen op deze dijk gebouwd wordt. Zo kan een projectontwikkelaar bijvoorbeeld de eigendom verkrijgen van een hotel dat gebouwd wordt op de dijk.<sup>90</sup>

### **5.1.2 Regulering gebruik of wegneming van aangebrachte bebouwing**

Stel dat HHNK medewerking verleent aan bebouwing van een aan hen in eigendom toebehorende dijk door een opstalrecht te vestigen, maar bijvoorbeeld door een noodzakelijke versteviging van de dijk op een zeker moment wegneming of aanpassing van het gebouwde vereist is, is dit op te nemen bij de vestiging van het opstalrecht?

Ja, dit is mogelijk. Het opstalrecht komt tot stand door het opmaken van een notariële akte die ingeschreven wordt in de daartoe bestemde openbare registers. In deze notariële akte – de vestigingsakte – kunnen de bevoegdheden die de opstaller heeft tot het gebruiken, aanbrengen en het wegnemen van de gebouwen, bouwwerken (en beplantingen) beperkt worden.<sup>91</sup> Het is om die reden bij de totstandkoming van een opstalrecht mogelijk:

1. regels op te nemen over het gebruik en/of het aanbrengen van de bebouwing, en

---

<sup>87</sup> Op grond van art. 3:3 BW is grond onroerend en eveneens de daarmee duurzaam verenigde gebouwen en werken. Art. 5:20 lid 1 sub e BW bepaalt dat de eigenaar van de grond in beginsel tevens eigenaar is van de met de grond duurzaam verenigde gebouwen en werken.

<sup>88</sup> In hoofdstuk 7 wordt bij wijze van illustratie een dergelijke casus uitgewerkt.

<sup>89</sup> Art. 5:101 BW.

<sup>90</sup> In de bespreking d.d. 4 december 2017 werd als voorbeeld van bebouwing van de dijk een hotel genoemd. Om die reden zal dit ook in het navolgende als voorbeeld gebruikt worden.

<sup>91</sup> Art. 5:102 BW.



2. op te nemen dat onder nader te bepalen omstandigheden de op de dijk aangebrachte bebouwing weggenomen dient te worden.

Op deze manier behoudt HHNK de mogelijkheid onder nader te bepalen omstandigheden, afbraak van de bebouwing te vorderen. Belangrijk hierbij is dat in de notariële akte precies geformuleerd wordt in welke situaties wegneming of wijziging van de bebouwing door HHNK gevorderd kan worden. Ook kunnen eventuele vergoedingsverplichtingen of termijnen voor aanzegging van de wegneming hierbij vastgelegd worden of afgesproken worden dat hiervoor juist geen vergoedingsplicht voor HHNK bestaat.

### **5.1.3 Betalingsverplichting**

Stel dat bebouwing van de dijk leidt tot hogere (onderhouds)kosten voor HHNK? Is verhaal van deze kosten op de opstaller mogelijk?

Bij de vestiging van een opstalrecht is het mogelijk de verplichting op te leggen om op al dan niet regelmatige terugkerende tijdstippen een geldsom te laten betalen door degene die het gebouw of bouwwerk aanbrengt (de opstaller). Deze vergoeding wordt 'retributie' genoemd.<sup>92</sup> Het is derhalve mogelijk voorafgaand aan de bebouwing een verplichting tot betaling van een geldsom op te leggen, maar het is ook mogelijk een maandelijks of jaarlijkse betalingsverplichting op te leggen. Op basis van een risicoanalyse kan een inschatting gemaakt worden van eventuele extra kosten die bebouwing van een dijk met zich zou brengen, waarmee rekening kan worden gehouden bij het bepalen van de hoogte van de retributie. Ook kan een gedeelte van de retributie gereserveerd worden voor de extra onderhoudskosten.

De gelden die middels de retributie ontvangen worden, zouden bijvoorbeeld gereserveerd kunnen worden voor toekomstig onderhoud van de dijk of mogelijk in de toekomst te betalen nadeelcompensatie ten gevolge van de dijkverzwaring.

#### *Duur en einde van het opstalrecht*

Er zijn verschillende mogelijkheden om het recht van opstal teniet te doen gaan:

1. Het opstalrecht kan gevestigd worden voor een bepaalde tijd. Bij verloop van de tijd waarvoor het gevestigd wordt, gaat het recht van rechtswege teniet;
2. Het opstalrecht kan ook teniet gaan door vervulling van een voorwaarde waaronder het recht is gevestigd. Hierbij kan men denken aan de situatie dat behoud van de dijk zou vereisen dat de bebouwing weggenomen wordt. Een zodanige voorwaarde (of voorwaarden) zal bij totstandkoming van het opstalrecht nader gepreciseerd dienen te worden.
3. Tot slot is het mogelijk een opzeggingsbevoegdheid voor HHNK op te nemen in de vestigingsakte, wat HHNK de bevoegdheid geeft om (onder nader te bepalen voorwaarden) het recht op te zeggen.<sup>93</sup>

Indien hierover niets opgenomen is in de vestigingsakte, blijft het bouwwerk bij het einde van het opstalrecht staan en wordt HHNK door natrekking eigenaar van het bouwwerk. In de

---

<sup>92</sup> Art. 5:101 lid 3 BW. Deze verplichting dient opgenomen te worden in de akte van vestiging van het opstalrecht.

<sup>93</sup> Art. 5:104 lid 2 BW jo 5:87 BW.

vestigingsakte van het opstalrecht kan opgenomen worden dat de opstaller bij het einde van het opstalrecht het recht (of de verplichting) heeft de aangebrachte bebouwing (en beplantingen) weg te halen om de onroerende zaak in oude toestand terug te brengen.

#### **5.1.4 Nadelen aan regulering van het gebruik van de dijk middels een opstalrecht**

De mate waarin het gebruik van de opstal beperkt wordt in de vestigingsakte, heeft uiteraard invloed op de mate waarin het aantrekkelijk is voor bijvoorbeeld een projectontwikkelaar om een dijk te bebouwen. Hierbij speelt met name de financierbaarheid van het opstalrecht een rol; de vraag is in hoeverre een bank bereid is financiering te verlenen voor een opstalrecht dat bijvoorbeeld slechts voor een beperkte tijd gevestigd is. De financierbaarheid van opstalrechten is echter te casuïstisch om hierover uitspraken te doen. De financiering is zeker niet onmogelijk, maar in het licht van het bovenstaande is het belangrijk mee te nemen dat over het algemeen geldt dat een verregaande inperking van opstalrecht in de vestigingsakte, een negatieve invloed heeft op de financierbaarheid ervan.

#### **5.1.5 Verschil tussen een opstalrecht en een erfpachtrecht**

Uit de inleiding blijkt dat naast het vestigen van een opstalrecht het recht van erfpacht ook een instrument kan zijn om gebruik van een dijk te reguleren. Het verschil met een opstalrecht is dat een recht van erfpacht niet leidt tot doorbreking van natrekking. HHNK blijft in die situatie vanwege de natrekking eigenaar van de bebouwing. Een recht van erfpacht is een recht waarmee het *gebruik* van een onroerende zaak (in dit geval de dijk) aan een andere partij dan HHNK gegeven wordt. Indien het gaat om het bebouwen van een dijk, ligt onzes inziens regulering door middel van het vestigen van een opstalrecht voor de hand. Het kan echter ook zijn dat HHNK een gedeelte van een dijk in gebruik wil geven zonder dat sprake is van het plaatsen van bebouwing. In dat geval zou regulering van dit gebruik door middel van het vestigen van een recht van erfpacht raadzaam zijn.

Ook voor het uitgeven van grond in erfpacht geldt dat beperkingen aan het gebruik gesteld kunnen worden, gelijkend aan de hierboven besproken beperkingen die gesteld kunnen worden bij de vestiging van een opstalrecht. Zo is het onder meer mogelijk een financiële vergoeding af te spreken die de erfpachter op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen voor het recht van erfpacht dient te betalen (canon),<sup>94</sup> het gebruik van de grond door de erfpachter te reguleren,<sup>95</sup> kan de duur van het recht van erfpacht beperkt worden,<sup>96</sup> is het mogelijk te bepalen dat het recht van erfpacht opgezegd kan worden door HHNK<sup>97</sup> en is het, zoals hierna besproken zal worden, mogelijk te bepalen dat het recht van erfpacht niet zonder toestemming van HHNK overgedragen kan worden aan een opvolgend verkrijger.

#### **5.1.6 Opvolgend verkrijgers**

Voor het tot stand komen van zowel een recht van opstal als een recht van erfpacht is inschrijving van de vestigingsakte in de openbare registers vereist.<sup>98</sup> Dit heeft tot gevolg dat alle afspraken die omtrent het zakelijk recht gemaakt zijn, openbaar zijn en ook voor opvolgend verkrijgers van het zakelijk recht inzichtelijk zijn. Alle bepalingen in de

---

<sup>94</sup> Art. 5:85 lid 2 BW.

<sup>95</sup> Art. 5:89 BW.

<sup>96</sup> Art. 5:86 BW.

<sup>97</sup> Art. 5:88 BW.

<sup>98</sup> Op grond van art. 3:98 jo 3:89 BW.

vestigingsakte die goederenrechtelijke werking hebben, gaan bij overdracht van het zakelijke recht van rechtswege over op een opvolgend verkrijger.

Voor beide rechten is het mogelijk een bepaling in de vestigingsakte op te nemen dat het zakelijke recht niet overgedragen kan worden zonder toestemming van HHNK. Dit is raadzaam, omdat dit het mogelijk maakt dat bij een eventuele overdracht van het zakelijke recht nog een keer expliciet bepaald kan worden dat de gemaakte afspraken ook gelden voor een opvolgend verkrijger. Ook is het op dat moment mogelijk bestaande afspraken te wijzigen of nieuwe afspraken overeen te komen. Zo wordt de situatie voorkomen dat een opvolgend verkrijger niet op de hoogte zou zijn van de gemaakte afspraken, bijvoorbeeld omtrent het gebruik.

Indien een toestemmingsbepaling voor overdracht opgenomen is, kan geen overdracht van het recht plaatsvinden zonder toestemming van HHNK. Anders gezegd: een overdracht zonder dat hiervoor toestemming is gegeven door HHNK sorteert geen effect.

#### **5.1.7 Recht op vergoeding na einde erfpachtrecht of opstalrecht**

Wanneer hierover niets opgenomen wordt in de vestigingsakte heeft de erfpachter of opstaller na het einde van het zakelijke recht, recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf of door zijn rechtsvoorganger zijn aangebracht.<sup>99</sup> De wet bepaalt echter ook dat het mogelijk is om in de vestigingsakte op te nemen dat de erfpachter of opstaller geen vergoedingsrecht toekomt bij het einde van het recht. De gevallen waarin dit kan staan genoemd in de wet.<sup>100</sup> Twee van de in de wet genoemde situaties zijn voor HHNK interessant:

- 1) indien de grond een andere bestemming had dan woningbouw is het mogelijk in de vestigingsakte op te nemen dat er geen sprake is van een vergoedingsrecht na het einde van het recht.
- 2) Ook is het mogelijk in de vestigingsakte op te nemen dat de zakelijkgerechtigde geen vergoedingsrecht toekomt voor zover de gebouwen, werken en beplantingen *onverplicht* waren aangebracht *en* ze bij het einde van de erfpacht weggenomen mogen worden.

Ook om deze reden is het onzes inziens raadzaam bij bebouwing van de dijk gebruik te maken van relatief eenvoudig te verplaatsen bebouwing, zoals prefab-bouw of modulaire bouw en de zakelijk gerechtigde te verplichten bij het einde van het recht de bebouwing weg te nemen.<sup>101</sup>

#### **5.1.8 Eigendom vereist voor het vestigen van een zakelijk recht van opstal of erfpacht**

Belangrijk bij het bovenstaande is dat voor de vestiging van zowel een opstalrecht als een recht van erfpacht het noodzakelijk is dat HHNK eigenaar is van de dijken. Indien HHNK geen eigenaar is van de dijk, is het niet mogelijk een recht van opstal of een recht van erfpacht te vestigen.

---

<sup>99</sup> Art. 3:99 BW en 3:105 jo 3:99 BW.

<sup>100</sup> Art. 3:99 lid 2 BW.

<sup>101</sup> De mogelijkheid om een verplichting tot wegneming van de bebouwing op te nemen in de vestigingsakte wordt overigens afgeleid uit het feit dat art. 5:89 lid 3 BW bepaalt: "voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald."

### **5.1.9 Contractenrecht**

Tot nu toe zijn de mogelijkheden besproken een recht van erfpacht of een recht van opstal te vestigen. Regulering van het gebruik van de dijk zou ook plaats kunnen vinden middels het contractenrecht. Zo is het mogelijk de grond van een stuk dijk door middel van een huurovereenkomst aan een derde in gebruik te geven. De voor-, maar met name nadelen hiervan zullen in het navolgende besproken worden.

### **5.1.10 Voordelen regulering middels contractenrecht**

Regulering van het gebruik van een dijk zou ook plaats kunnen vinden met behulp van het contractenrecht. Het contractenrecht wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, maar kent een grote mate van vrijheid voor partijen, zodat in een huurovereenkomst bijvoorbeeld nadere beperkingen van het gebruik neergelegd kunnen worden. Daarbij kan een vergoeding voor het bijzonder gebruik plaatsvinden door middel van een afgesproken huurbetaling. Voor de totstandkoming van een overeenkomst is geen notariële tussenkomst vereist, wat als voordeel heeft dat zo een overeenkomst relatief snel tot stand kan komen, in vergelijking tot het tot stand komen van een zakelijk recht van opstal of erfpacht.

### **5.1.11 Nadelen**

Toch zouden wij terughoudend zijn om regulering van het gebruik van een dijk door middel van het contractenrecht te adviseren. Het kent namelijk een aantal belangrijke nadelen, die in het navolgende besproken zullen worden.

Een zakelijkrecht kan dienen tot zekerheid ten opzichte van een bank. Dit betekent dat de financiering door een bank bij de uitgifte van een recht van erfpacht en een recht van opstal een belangrijke mogelijkheid biedt om ten opzichte van de bank zekerheid tot terugbetaling van het geleende geld te bieden in de vorm van een hypotheekrecht op het zakelijke recht. Deze mogelijkheid biedt een huurovereenkomst niet.

In tegenstelling tot een huurovereenkomst wordt de inhoud van het recht van opstal en het recht van erfpacht beheerst door hetgeen opgenomen is in de vestigingsakte en niet door uitleg van wat partijen bedoelden en de redelijkheid en billijkheid. Dit heeft als achtergrond dat de vestigingsakte van een zakelijk recht ingeschreven is in de openbare registers. Dit betekent dat bijvoorbeeld de beperkingen aan het gebruik die in de openbare registers staan leidend zijn en het niet zo is dat men een beroep kan doen op het argument dat partijen eigenlijk iets anders hadden bedoeld bij de totstandkoming van het zakelijke recht. Dit biedt aan alle partijen meer zekerheid. Bij een huurovereenkomst is de letterlijke tekst van de huurovereenkomst minder van belang omdat de redelijkheid en billijkheid tevens van belang zijn bij de uitleg van hetgeen opgenomen is in de huurovereenkomst. Op grond van het Haviltex-arrest<sup>102</sup> is bij de uitleg van overeenkomsten ook van belang wat partijen in de gegeven opstandigheden over en weer van elkaar verwachtten. Dat betekent dat bij een geschil omtrent de uitleg van een bepaling in een huurovereenkomst de letterlijke tekst niet altijd leidend is. Dit kan onzekerheid meebrengen voor de positie van HHNK ten opzichte van een eventuele huurder.

---

<sup>102</sup> ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981, 635 (Haviltex).

Ook ten aanzien van de aansprakelijkheid zijn er verschillen bij gebruik van het contractenrecht versus de vestiging van een zakelijk recht, zoals hierna zal blijken.

#### **5.1.12 Aansprakelijkheid**

Het Burgerlijk Wetboek kent in art. 6:174 BW een bepaling omtrent de aansprakelijkheid van de bezitter van een opstal. Het bepaalt dat indien een gebouw of (bouw)werk dat niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen en hierdoor zich een gevaar verwezenlijkt voor personen of zaken (stoffelijke voorwerpen), de 'bezitter' van het gebouw of (bouw)werk in beginsel<sup>103</sup> aansprakelijk is voor de ontstane schade. De vraag rijst wie te gelden heeft als de 'bezitter' indien op een dijk een gebouw of bouwwerk is aangebracht?

Bij een erfpachtrecht bepaalt de wet expliciet dat de erfpachter (de gebruiker) de bezitter is en derhalve aansprakelijk is. Indien een opstalrecht is gevestigd, is de opstaller eigenaar van het gebouw of (bouw)werk dat hij op de dijk bouwt, zodat ook in dit geval de opstaller aansprakelijk is voor schade die het gebouw of bouwwerk berokkend aan personen of aan stoffelijke objecten.

Bij een huurovereenkomst geldt dat indien de huurder een gebouw of bouwwerk aanbrengt op de dijk, de eigendom van dit gebouw door natrekking ligt bij HHNK. Indien dit door de huurder aangebrachte gebouw of bouwwerk op enige wijze schade berokkent aan een persoon of zaak, is HHNK in beginsel aansprakelijk voor deze schade. Het is mogelijk om in de huurovereenkomst een bepaling op te nemen dat de huurder deze eventuele schade dient te vergoeden aan HHNK, indien de huurder echter niet voldoende kapitaalkrachtig is de schade te betalen, zijn er voor HHNK geen verhaalsmogelijkheden. Ook om deze reden verdient regulering door middel van de vestiging van een zakelijk recht onzes inziens aanbeveling.

Op het bovenstaande geldt nog een belangrijke aanvulling:

Art. 6:174 BW bepaalt expliciet dat bij openbare wegen en waterstaatswerken de aansprakelijkheid voor het in goede staat verkeren hiervan ligt bij het overheidslichaam. Dat betekent dat een onderscheid gemaakt dient te worden tussen schade die ontstaan is doordat de dijk niet in goede staat verkeert en daardoor schade berokkent aan de bebouwing, en de situatie dat de dijk wel in goede staat verkeert, maar het gebouw of bouwwerk dat op de dijk staat schade berokkent. In het eerste geval kan HHNK wel aansprakelijk zijn voor de schade die het op de dijk gebouwde gebouw of bouwwerk berokkent aan een persoon of een zaak. De schade dient dan veroorzaakt zijn door het niet goed onderhouden van de dijk. Dit geldt zowel in de situatie dat er een zakelijk recht is gevestigd als wanneer regulering middels het contractenrecht geschiedt. In het tweede geval – de dijk is wel in goede staat, maar het gebouw waarvan HHNK geen bezitter is berokkent schade aan iemand, is op grond van art. 6:174 BW, zoals gezegd, de bezitter aansprakelijk voor de veroorzaakte schade.

---

<sup>103</sup> Bespreking van de uitzonderingen op deze regel zullen op dit moment niet nader besproken worden, omdat dit onzes inziens te ver strekt.

## 5.2 Verhouding publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten

In de vorige paragraaf werd geconcludeerd, dat het waterschap als eigenaar verschillende privaatrechtelijke bevoegdheden heeft, waaronder de vestiging van een opstalrecht een erfpachtrecht, om het multifunctionele gebruik van waterkeringen te reguleren. In hoofdstuk 2 werd geconstateerd dat het waterschap als bestuursorgaan eveneens verschillende bevoegdheden heeft om het multifunctionele gebruik van waterkeringen te reguleren, maar dan via het publiekrecht.

De vraag of het waterschap via het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden (als eigenaar) het multifunctioneel gebruik van waterkeringen kan reguleren wanneer daartoe ook publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, moet worden beantwoord aan de hand van de jurisprudentie over “onaanvaardbare doorkruising” of “misbruik van bevoegdheid”. Deze privaatrechtelijke bevoegdheden staan slechts ter beschikking van de overheid wanneer deze volgens het privaatrecht toekomen aan het betrokken openbaar lichaam, dus de rechtspersoon. Meestal gaat het dan om het eigendomsrecht.<sup>104</sup>

De jurisprudentie over onaanvaardbare doorkruising is ontwikkeld in de zogenaamde Windmill-doctrine.<sup>105</sup> De jurisprudentie over “misbruik van bevoegdheid” is neergelegd in het arrest Amsterdam-Geschiere.<sup>106</sup> De keuze tussen beide jurisprudentie-sporen wordt bepaald aan de hand van de belangen die worden behartigd met het privaatrechtelijke optreden van de overheid. Daarbij is van belang dat het waterschap bij de gebruikmaking van privaatrechtelijke instrumenten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen.<sup>107</sup>

### 5.2.1 Onaanvaardbare doorkruising

De vraag of de overheid als eigenaar van gronden ter behartiging van de specifieke belangen waarvoor bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend ook - aanvullend of in plaats daarvan - gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden, wordt beantwoord aan de hand van de Windmill-criteria:

*“Het gaat hier om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet o.m. worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door*

<sup>104</sup> Kamerstukken II 2006/07, 30818, nr. 3, p. 11.

<sup>105</sup> HR 26 januari 1990 (Windmill), AB 1990/408.

<sup>106</sup> HR 5 juni 2009 (Amsterdam/Geschiere), AB 2009/327.

<sup>107</sup> Zie art. 3:13 en art. 3:14 BW.

*gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg”.*<sup>108</sup>

De conclusie in het Windmill-arrest luidde dat de regeling van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist wanneer de Staat, die als beheerder van een oppervlaktewater aan die wet de bevoegdheid ontleende tot het verlenen van vergunning voor en het instellen van heffingen terzake van lozingen in dat water van in die wet bedoelde stoffen, *op grond van zijn eigendom van dat water* bevoegd zou zijn om die lozing afhankelijk te stellen van zijn al dan niet, of eventueel slechts tegen betaling te verlenen (privaatrechtelijke) toestemming.

Het Windmill-arrest betekent niet, dat het gebruik van privaatrechtelijke regulering in het geheel niet meer mogelijk is. Uit het arrest K&A Lelystad blijkt dat gemeenten als eigenaar ruime bevoegdheden hebben om in gronduitgifteovereenkomsten voorwaarden te stellen aan het gebruik van gronden.<sup>109</sup> Dit is bevestigd in het Chidda-arrest.<sup>110</sup>

*“Bij de beoordeling van het tegen r.o. 4.15 van het hof gerichte onderdeel 1 moet worden vooropgesteld dat, zoals het hof ook, terecht in cassatie niet bestreden, tot uitgangspunt heeft genomen, de WRO niet in de weg staat aan het opnemen van*

*voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond wordt beperkt of verboden, respectievelijk kan worden beperkt of verboden, dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is (HR 8 juli 1991, nr. 14290, NJ 1991, 691).”*

Wat betekent deze jurisprudentie voor de vraag of de overheid als rechtspersoon via het privaatrecht, op grond van het eigendomsrecht, voorwaarden mag stellen aan het multifunctioneel gebruik van waterkeringen, ter behartiging van de belangen op grond waarvan de Waterwet ook publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals de watervergunning, heeft toegekend?

De Waterwet bevat geen (expliciet) verbod voor overheden om als eigenaar gebruik te maken van privaatrechtelijke bevoegdheden op grond van het eigendomsrecht. Evenmin is jurisprudentie bekend op basis waarvan moet worden geconcludeerd dat privaatrechtelijke regulering door de overheid op basis van het eigendomsrecht een onaanvaardbare doorkruising betekent van de Waterwet. Er is uit de Waterwet geen eenduidig antwoord af te leiden op de voornoemde vraag. In die situatie moet beoordeeld worden of sprake zou kunnen zijn van een onaanvaardbare doorkruising van de Waterwet.

Wanneer in de Waterwet in combinatie met de Waterschapswet aan het waterschap als bestuursorgaan publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend om specifieke belangen te behartigen, bijvoorbeeld via de watervergunning, kan niet zomaar in plaats daarvan gebruik worden gemaakt van privaatrechtelijke instrumenten om dezelfde belangen te behartigen. In dat geval kan sprake zijn van een onaanvaardbare doorkruising van de Waterwet.

---

<sup>108</sup> HR 26 januari 1990 (Windmill), AB 1990/408, ro. 3.2.

<sup>109</sup> HR 8 juli 1991, AB 1991/659.

<sup>110</sup> HR 24 december 2004, AB 2005/58.

Uit het Windmill-arrest kan worden afgeleid dat bij de beoordeling of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising wordt meegewogen op welke wijze en in welke mate de belangen van de burgers zijn beschermd. Bovendien is van belang of bij gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Deze elementen wijzen in de richting van een voorkeur voor regulering van multifunctioneel gebruik van een waterkering in de watervergunning, indien daarmee een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als met de privaatrechtelijke bevoegdheid. Wanneer regulering via het privaatrecht – net als in de ruimtelijke ordening – een jarenlang bestaande praktijk is, zou echter analoog aan het arrest K&A Lelystad kunnen worden betoogd dat de wetgever een dergelijke praktijk kennelijk niet heeft willen verbieden en dus (impliciet) toestaat. Dit staat echter niet vast.

Op basis van het voorgaande adviseren wij om, waar dat mogelijk is, in ieder geval gebruik te maken van publiekrechtelijke bevoegdheden om multifunctioneel gebruik te reguleren. Daarmee wordt discussie over een mogelijke onaanvaardbare doorkruising voorkomen. Dat betekent echter niet dat het waterschap als eigenaar in het geheel geen gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden.

### **5.2.2 Misbruik van bevoegdheid**

De doorkruisings-doctrine laat onverlet dat de overheid als eigenaar parallel aan eventuele publiekrechtelijke bevoegdheden haar (financieel-economische) eigenaarsbelangen mag behartigen door gebruik te maken van privaatrechtelijke bevoegdheden. De Hoge Raad maakt expliciet onderscheid tussen de publiekrechtelijke bevoegdheden die bij of krachtens de wet zijn toegekend, met het oog op de behartiging van specifieke publiekrechtelijke belangen door een bestuursorgaan en de privaatrechtelijke bevoegdheden die overheid (de publiekrechtelijke rechtspersoon) toekomen op basis van het eigendomsrecht. De financieel-economische belangen die voortvloeien uit de eigenaarspositie van de overheid mogen immers – doorgaans, maar dat is mede afhankelijk van het wettelijke toetsingskader- niet meegewogen worden bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Dit uitgangspunt komt duidelijk tot uitdrukking in het arrest Rijnland/Götte:

*“Vooropgesteld wordt dat onderdeel 1.1 van het middel terecht tot uitgangspunt neemt dat de publiekrechtelijke bevoegdheid ontheffing te verlenen van het verbod in de Keur voor het hebben van werken zoals een steiger, moet worden onderscheiden van de privaatrechtelijke bevoegdheid toestemming te geven voor het gebruik van het water en de waterbodem waarop de steiger rust. Het verbod en de bevoegdheid tot het verlenen van ontheffing daarvan zijn immers gebaseerd op de taak van het Waterschap met betrekking tot de waterstaatsbelangen van zijn gebied en zijn gereguleerd in de desbetreffende publiekrechtelijke regelgeving (de Keur). De verlening van de ontheffing geschiedt na afweging van de bij de ontheffing betrokken belangen tegen de belangen die verband houden met de bescherming van de waterstaatkundige verzorging van het beheersgebied van het Waterschap. De bevoegdheid tot het geven van privaatrechtelijke toestemming is gebaseerd op het eigendomsrecht van het Waterschap en ziet op het bijzondere gebruik van het water en de waterbodem door derden — dat wil zeggen ander gebruik dan overeenkomstig zijn publieke bestemming — en de (eventueel) daaraan te verbinden voorwaarden zoals het betalen van een vergoeding. Het aanleggen en hebben van een steiger is een dergelijk bijzonder gebruik. Het Waterschap was niet reeds op grond van het verlenen van de ontheffing gehouden om privaatrechtelijke toestemming tot dat bijzondere*



*gebruik te geven, nu de ontheffing slechts geweigerd kan worden in verband met de waterstaatkundige belangen die door het betrokken verbod van de Keur beschermd worden. Genoemd onderscheid brengt dan ook mee dat een verleende ontheffing niet zonder meer een privaatrechtelijke toestemming tot een bepaald bijzonder gebruik impliceert.*"<sup>111</sup>

In het arrest Rijnland/Götte werd door de Hoge Raad aanvaard dat het Hoogheemraadschap een privaatrechtelijke gebruiksvergoeding mocht vragen voor het (bijzondere) gebruik<sup>112</sup> van het water en de waterbodem waarop een steiger rust. Daarbij woog de Hoge Raad mee dat de gebruiksvergoeding werd gebaseerd op een marktconform eigendommenbeleid en dat de positie van de tegenpartij door het aangaan van de privaatrechtelijke gebruiksregeling niet onredelijk werd verzwaaard.

In het arrest Amsterdam/Geschiere ziet de Hoge Raad in beginsel ook ruimte voor een privaatrechtelijke toestemming naast een publiekrechtelijk vergunningvereiste.<sup>113</sup> Het gevaar is echter dat de overheid als eigenaar activiteiten die niet geweigerd kunnen worden op grond van het publiekrechtelijke vergunningstelsel alsnog gaat verbieden door privaatrechtelijk toestemming te weigeren. Om te voorkomen dat de overheid op die manier misbruik maakt van haar bevoegdheid als eigenaar, bepaalt de Hoge Raad dat de publiekrechtelijke vergunning als uitgangspunt moet worden genomen bij de uitoefening van de eigenaarsbevoegdheden. Een weigering van de privaatrechtelijke toestemming wordt gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW, tenzij sprake is zwaarwegende belangen aan de kant van de overheid. Daarbij is nog wel van belang dat van zwaarwegende belangen niet zal kunnen worden gesproken indien deze belangen op grond van het belangenkader van de Waterwet in samenhang met de Waterschapswet reeds in de publiekrechtelijke besluitvorming (bij de vergunningverlening) konden worden betrokken. Deze belangen worden geacht in de publieke besluitvorming te zijn meegewogen.

In navolging van Jurgens wijzen wij erop dat in de zaak Amsterdam/Geschiere sprake was van een weigering van de privaatrechtelijke toestemming, waardoor het gebruik van de publiekrechtelijke vergunning volledig werd gefrustreerd. Het stellen van privaatrechtelijke voorwaarden of het vereisen van een privaatrechtelijke gebruiksvergoeding hoeft in dat licht niet per definitie te kwalificeren als 'misbruik van bevoegdheid'. Dat geldt temeer wanneer deze privaatrechtelijke voorwaarden worden gerechtvaardigd door zwaarwegende belangen aan de kant van de overheid, voor zover die belangen niet reeds bij de vergunningverlening konden worden betrokken.<sup>114</sup>

Ten aanzien van het privaatrechtelijk bedingen van een betalingsverplichting door HNNK voor het gebruik van de eigendom door middel van het vestigen van een opstalrecht,

---

<sup>111</sup> HR 9 november 2012 (Rijnland/Götte), AB 2013/1 en JB 2013/3.

<sup>112</sup> Normaal gebruik van openbare zaken overeenkomstig de openbare bestemming heeft de eigenaar (i.c. HNNK) te dulden, zodat *normaal gebruik* sowieso niet door middel van privaatrechtelijke eigendomsbevoegdheden kan worden gereguleerd. Zie o.m. HR 5 juni 1992, NJ 1992/539 (Spaanse water-arrest) en HR 17 januari 1941, NJ 1942/644 (Parlevinker-arrest). Bij multifunctioneel gebruik van waterkeringen gaat zal het doorgaans gaan om *bijzonder gebruik*, zodat regulering door middel van de privaatrechtelijke eigendomsbevoegdheden in beginsel wel mogelijk is, mits geen sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht of van misbruik van bevoegdheden en de algemeen beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen. Zie voor het onderscheid tussen normaal en bijzonder gebruik van openbare zaken uitgebreider: H.Ph.J.A.M. Hennenkens, De Hoge Raad koersvast, De verhouding publiek-/privaatrecht in zware storm, Gst. 2013/32, par 2.2.

<sup>113</sup> HR 5 juni 2009 (Amsterdam/Geschiere), AB 2009/327.

<sup>114</sup> G.T.J.M. Jurgens, Onaanvaardbare doorkruising of misbruik van bevoegdheid? Een systematische benadering van de verhouding tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk overheidshandelen, O&A 2011/38.

erfpachtrecht of huurrecht kan nog worden opgemerkt dat de regeling van de publiekrechtelijke regeling van de precariobelasting ex art. 114 Wsw niet wordt doorkruist. De wetgever heeft met de bevoegdheid voor het waterschap om precariobelasting te heffen voor het hebben van voorwerpen in, op of boven de eigen grond namelijk niet de bedoeling gehad om privaatrechtelijke afspraken over het gebruik van de grond, waaronder ook het bedingen van een vergoeding daarvoor, uit te sluiten.<sup>115</sup> De publiekrechtelijke weg is met andere woorden in zoverre dus niet exclusief.<sup>116</sup>

Gelet op art. 3:13 BW en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die HHNK ingevolge art. 3:14 BW ook bij privaatrechtelijk handelen in acht moet nemen, zal die vergoeding niet zodanig hoog of bezwaarlijk mogen zijn, dat het publiekrechtelijk toegestane gebruik in feite illusoir wordt. Zolang de vergoeding een marktconform niveau niet overstijgt, is daarvan geen sprake.

### 5.3 Conclusie gebruik privaatrechtelijke instrumenten

Regulering van multifunctioneel gebruik van keringen kan eveneens aanvullend worden gereguleerd in het privaatrechtelijke spoor. HHNK handelt dan als eigenaar van de kering. Normaliter wordt de eigenaar van de grond ook eigenaar van de op de grond aangebrachte gebouwen en bouwwerken. Het gaat in het privaatrechtelijke spoor om de vestiging van zakelijke rechten zoals een opstalrecht of een recht van erfpacht, of regulering via het contractenrecht. Voor het tot stand komen van zowel een recht van opstal als een recht van erfpacht is inschrijving van de (notariële) vestigingsakte in de openbare registers vereist. Dit heeft tot gevolg dat alle afspraken die omtrent het zakelijk recht gemaakt zijn, openbaar zijn, zodat eventuele beperkingen van het gebruik van de dijk ook voor eventuele opvolgend verkrijgers kenbaar zijn. Voor beide rechten is het mogelijk een bepaling in de vestigingsakte op te nemen dat het zakelijke recht niet overgedragen kan worden zonder toestemming van HHNK. Dit is raadzaam, omdat dit het mogelijk maakt dat bij een eventuele overdracht van het zakelijke recht nog een keer expliciet bepaald kan worden dat de gemaakte afspraken ook gelden voor een opvolgend verkrijger. Ook is het op dat moment mogelijk bestaande afspraken te wijzigen of nieuwe afspraken overeen te komen. Zo wordt de situatie voorkomen dat een opvolgend verkrijger niet op de hoogte zou zijn van de gemaakte afspraken, bijvoorbeeld omtrent het gebruik. Indien een toestemmingsbepaling voor overdracht opgenomen is, kan geen overdracht van het recht plaatsvinden zonder toestemming van HHNK.

De vestiging van een **opstalrecht** (paragraaf 5.1) maakt het mogelijk om regels op te nemen over het gebruik en/of het aanbrengen van de bebouwing, en op te nemen dat onder nader te bepalen omstandigheden de op de dijk aangebrachte bebouwing weggenomen dient te worden. Op deze manier behoudt HHNK de mogelijkheid onder nader te bepalen

---

<sup>115</sup> Zie Rb. Noord-Holland 21 mei 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:4751, *Belastingblad* 2014/503, m.nt. G. Groenewegen en Hof Den Haag 17 februari 2015, *AB* 2015/460 m.nt. G.A. van der Veen & A.H.J. Hofman. Zie ook

<sup>116</sup> Zie A.W.P. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief. Een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, *Expertisecentrum Gemeenterecht van de VNG*, Den Haag 2010, p. 62. Zie ook: P.J. Huisman, *Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (I)*, huidige positionering en recente ontwikkelingen, *WPNR* 2018, nr. 7181, p. 147.

omstandigheden, afbraak van de bebouwing te vorderen. Belangrijk hierbij is dat in de notariële akte precies geformuleerd wordt in welke situaties wegneming of wijziging van de bebouwing door HHNK gevorderd kan worden. Ook kunnen eventuele vergoedingsverplichtingen of termijnen voor aanzegging van de wegneming hierbij vastgelegd worden of kan afgesproken worden dat hiervoor juist geen vergoedingsplicht voor HHNK bestaat.

Het opstalrecht kan worden gevestigd voor een bepaalde tijd, vanwege een bepaalde vooraf vastgelegde voorwaarde (bijvoorbeeld een noodzakelijke dijkversterking) of door middel van een opgenomen opzeggingsbevoegdheid. In de vestigingsakte kan ook worden opgenomen dat de opstaller bij het einde van het opstalrecht het recht (of de verplichting) heeft de aangebrachte bebouwing (en beplantingen) weg te halen om de onroerende zaak in oude toestand terug te brengen

De mate waarin het gebruik op grond van het opstalrecht beperkt wordt in de vestigingsakte, heeft uiteraard invloed op de mate waarin het aantrekkelijk is voor bijvoorbeeld een projectontwikkelaar om een dijk te bebouwen. Hierbij speelt met name de financierbaarheid van het opstalrecht een rol; de vraag is in hoeverre een bank bereid is financiering te verlenen voor een opstalrecht dat bijvoorbeeld slechts voor een (zeer) beperkte tijd gevestigd is. De financierbaarheid van opstalrechten is echter te casuïstisch om hierover meer concrete uitspraken te doen. De financiering is zeker niet onmogelijk, maar in het licht van het bovenstaande is het belangrijk mee te nemen dat over het algemeen geldt dat een verregaande inperking van opstalrecht in de vestigingsakte, een negatieve invloed heeft op de financierbaarheid ervan.

Bij het vestigen van een **erfpachtrecht** (paragraaf 6.15) blijft HHNK door natrekking eigenaar van de op de kering geplaatste gebouwen of bouwwerken, omdat alleen het gebruik van de dijk aan een ander wordt gegeven. Ook voor het uitgeven van grond in erfpacht geldt dat beperkingen aan het gebruik gesteld kunnen worden, gelijkend aan de hierboven besproken beperkingen die gesteld kunnen worden bij de vestiging van een opstalrecht. Zo is het onder meer mogelijk het gebruik van de grond door de erfpachter te reguleren, kan de duur van het recht van erfpacht beperkt worden, is het mogelijk te bepalen dat het recht van erfpacht opgezegd kan worden door HHNK en is het mogelijk te bepalen dat het recht van erfpacht niet zonder toestemming van HHNK overgedragen kan worden aan een opvolgend verkrijger.

Regulering van het gebruik van een dijk zou ook plaats kunnen vinden met behulp van **het contractenrecht (paragraaf 6.1.9)**. Het contractenrecht wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, maar kent een grote mate van vrijheid voor partijen, zodat in een huurovereenkomst bijvoorbeeld nadere beperkingen van het gebruik neergelegd kunnen worden. Daarbij kan een vergoeding voor het bijzondere gebruik plaatsvinden door middel van een afgesproken huurbetaling. Voor de totstandkoming van een overeenkomst is geen notariële tussenkomst vereist, wat als voordeel heeft dat zo een overeenkomst relatief snel tot stand kan komen, in vergelijking tot het tot stand komen van een zakelijk recht van opstal of erfpacht. Wij adviseren echter om terughoudend te zijn het gebruik van een dijk door middel van het contractenrecht te reguleren. Het kent namelijk een aantal belangrijke nadelen. Een zakelijk recht kan dienen tot zekerheid ten opzichte van een bank. Dit betekent dat de financiering door een bank bij de uitgifte van een recht van erfpacht en een recht van opstal een belangrijke mogelijkheid biedt om ten opzichte van de bank zekerheid tot

terugbetaling van het geleende geld te bieden in de vorm van een hypotheekrecht op het zakelijke recht. Deze mogelijkheid biedt een huurovereenkomst niet. In tegenstelling tot een huurovereenkomst wordt de inhoud van het recht van opstal en het recht van erfpacht beheerst door hetgeen opgenomen is in de vestigingsakte en niet door uitleg van wat partijen bedoelden en de redelijkheid en billijkheid. Dit heeft als achtergrond dat de vestigingsakte van een zakelijk recht ingeschreven is in de openbare registers. Dit betekent dat bijvoorbeeld de beperkingen aan het gebruik die in de openbare registers staan leidend zijn en het niet zo is dat men een beroep kan doen op het argument dat partijen eigenlijk iets anders hadden bedoeld bij de totstandkoming van het zakelijke recht. Dit biedt aan alle partijen meer zekerheid. Bij een huurovereenkomst is de letterlijke tekst van de huurovereenkomst minder van belang omdat de redelijkheid en billijkheid tevens van belang zijn bij de uitleg van hetgeen opgenomen is in de huurovereenkomst. Dit kan onzekerheid meebrengen voor de positie van HHNK ten opzichte van een eventuele huurder. Ook ten aanzien van de aansprakelijkheid zijn er verschillen bij gebruik van het contractenrecht versus de vestiging van een zakelijk recht (zie paragraaf 6.1.12)

Het BW en de jurisprudentie stellen echter grenzen aan het gebruik van het privaatrecht door HHNK: de publiekrechtelijke weg mag niet op een onaanvaardbare wijze worden doorkruist (Windmill), HHNK mag zijn privaatrechtelijke bevoegdheden niet misbruiken (art. 3:13 BW) en moet daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (art. 3:14 BW). Wat betekent dit voor de vraag of de overheid als rechtspersoon via het privaatrecht, op grond van het eigendomsrecht, voorwaarden mag stellen aan het multifunctioneel gebruik van waterkeringen?

Wij adviseren om, waar de wetgeving ter behartiging van specifieke belangen aan het waterschap als bestuursorgaan publiekrechtelijke bevoegdheden toekent om multifunctioneel gebruik te reguleren, van deze publiekrechtelijke bevoegdheden gebruik te maken. Daarmee wordt discussie over een mogelijke onaanvaardbare doorkruising door gebruik van privaatrechtelijke instrumenten voorkomen.

Dat betekent echter niet dat het waterschap als eigenaar in het geheel geen gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. Een waterschap mag immers als eigenaar een privaatrechtelijk toestemming met een redelijke (marktconforme) gebruiksvergoeding verlangen voor het bijzonder gebruik van zijn eigendommen.

Wanneer voor het desbetreffende bijzondere gebruik een publiekrechtelijke toestemming, zoals een vergunning, is verleend, kan het volledig weigeren van de privaatrechtelijke toestemming worden gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheid, tenzij de weigering wordt gerechtvaardigd door zwaarwegende (financieel-economische) belangen aan de kant van de overheid. Voor zover het belangen betreft die ook in het publiekrechtelijke spoor bij vergunningverlening hadden kunnen (en moeten) worden betrokken, zal van dergelijke zwaarwegende belangen doorgaans geen sprake zijn.

## Deel C: Nadeelcompensatie

### 6. Nadeelcompensatie op grond van de Waterwet

Onder de extra kosten die moeten worden gemaakt om het multifunctioneel gebruik van waterkeringen mogelijk te maken, worden ook begrepen de kosten van de nadeelcompensatie die op grond van art. 7.14 Waterwet moet worden uitbetaald. Er moet in dit opzicht onderscheid worden gemaakt tussen een recht op nadeelcompensatie van de initiatiefnemer van het toegestane multifunctioneel gebruik van de waterkering en de kosten van nadeelcompensatie die mogelijk aan derden moet worden uitgekeerd. Voor de laatstgenoemde kosten van nadeelcompensatie, die moeten worden uitgekeerd aan derden, bevat art. 7.17, eerste lid Waterwet een voorziening, op grond waarvan de kosten ten laste kunnen worden gelegd bij de initiatiefnemer van het project:

*“Indien de door een bestuursorgaan uit hoofde van artikel 7.14 vergoede schade voortvloeit uit een op aanvraag genomen besluit, kan het bestuursorgaan deze schade bij beschikking in rekening brengen bij de aanvrager van dat besluit.”*

#### 6.1 Risicoaanvaarding

##### Risicoaanvaarding

Het is vaste jurisprudentie dat schade redelijkerwijs ten laste van de aanvrager behoort te blijven, wanneer sprake is van risicoaanvaarding. Het criterium van de risicoaanvaarding ziet op de vraag, welke risico's een koper of investeerder ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst of het nemen van een investeringsbeslissing heeft aanvaard of moet worden geacht te hebben aanvaard. Uitgangspunt is, dat een koper de risico's van een nadelige wijziging van de (juridische) situatie heeft aanvaard, wanneer deze wijziging voorzienbaar was op de datum dat de koopovereenkomst werd gesloten of de investeringsbeslissing werd genomen.<sup>117</sup>

Of sprake is van voorzienbaarheid wordt beoordeeld aan de hand van de vraag of ten tijde van de aankoop door de overheid een concreet beleidsvoornemen ter openbare kennis was gebracht, dat een redelijk denkend en handelend koper aanleiding kon geven om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie in de toekomst in nadelig opzicht zou kunnen veranderen.<sup>118</sup>

De algemene bekendmaking van een beleidsdocument is een absolute voorwaarde om risicoaanvaarding te mogen aannemen. Indien een overheidsinstantie niet kan aantonen dat een beleidsvoornemen ter openbare kennis is gebracht, kan de koper of investeerder geen risicoaanvaarding worden verweten.<sup>119</sup> Wanneer een beleidsdocument, zoals een structuurvisie, slechts in een openbare (raads)vergadering of tijdens

<sup>117</sup> ABRvS 1 augustus 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5515 ; ABRvS 5 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG3375; ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4893

<sup>118</sup> ABRvS 26 september 2001, AB 2001, 379; ABRvS 17 augustus 2005, AB 2006, 164 m.nt. G.M. van den Broek; ABRvS 6 mei 2004, BR 2004, p. 1046. ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7731

<sup>119</sup> ABRvS 8 september 2004, BR 2005, p. 46.

informatiebijeenkomsten is behandeld en niet ter inzage is gelegd, wordt er geen voorzienbaarheid aangenomen.<sup>120</sup> De formele status van een beleidsdocument is niet relevant: bepalend is slechts of het document ter inzage heeft gelegen.<sup>121</sup>

In recente jurisprudentie lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak in het kader van de toepassing van de actieve risicoaanvaarding strengere eisen te stellen aan de publicatie van een concreet beleidsvoornemen. Om op grond van een concreet beleidsvoornemen voorzienbaarheid te kunnen aannemen, moet een redelijk denkend en handelend koper uit de publicatie kunnen begrijpen op welk gebied dat beleidsvoornemen betrekking heeft, wat de zakelijke inhoud ervan is, en dat hij van de inhoud ervan kan kennisnemen.<sup>122</sup> De publicatie in het lokale huis-aan-huisblad voldoet niet aan de gestelde eisen wanneer de zakelijke inhoud van het besluit daarin niet is weergegeven.<sup>123</sup>

Het is in de praktijk een belangrijke, maar lastige vraag hoe concreet een beleidsvoornemen moet zijn om aanleiding te kunnen geven tot voorzienbaarheid. Niet is vereist dat een beleidsvoornemen zodanig concreet is dat een koper hiermee volledig rekening kan houden.<sup>124</sup> Zo overwoog de Afdeling dat de precieze situering en omvang van een nadelige (planologische) ontwikkeling ten tijde van de aankoop nog niet behoeven vast te staan.<sup>125</sup> Evenmin is vereist dat ten tijde van de aankoop reeds definitief vaststaat dat de voorgenomen ontwikkeling zal worden uitgevoerd.<sup>126</sup> Dat de wenselijkheid van een overheidsmaatregel nog nader moet worden onderzocht of aan nadere besluitvorming onderworpen is, behoeft evenmin een beletsel te zijn voor het aannemen van voorzienbaarheid, zij het dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een beperkte voorzienbaarheid.<sup>127</sup> De algemene lijn in de jurisprudentie is, dat voor het aannemen van voorzienbaarheid niet is vereist, dat een beleidsvoornemen volledig en in detail is uitgewerkt. Evenmin is vereist dat verwezenlijking van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel volledig en onherroepelijk vaststaat, of dat de omvang van de nadelige gevolgen met nauwkeurigheid kan worden bepaald.<sup>128</sup>

Geconcludeerd wordt dat het voor een bestuursorgaan mogelijk is om voorzienbaarheid te creëren, door een beleidsdocument ter inzage te leggen, waarin bepaalde onderhoudsmaatregelen of een onderhoudsprogramma is aangekondigd. In dat geval wordt risicoaanvaarding verondersteld.

Uit de jurisprudentie blijkt dat ook andere omstandigheden, die meer gelegen zijn in het handelen van de benadeelde zelf, aanleiding kunnen geven tot het aannemen van risicoaanvaarding. Uit de hiervoor weergegeven overwegingen in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaak Groningen Seaports kan worden afgeleid dat degene die (multifunctionele) activiteiten verricht als onderdeel van een primaire

---

<sup>120</sup> ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:N:RVS:2012:BY0372; ABRvS 19 december 2012, ECLI:N:RVS:2012:BY6653).

<sup>121</sup> ABRvS 27 juli 2005, AB 2006, 163.

<sup>122</sup> ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:N:RVS:2014:3715; ABRvS 28 september 2016, ECLI:N:RVS:2016:2582; ABRvS 23 november 2016, ECLI:N:RVS:2016:3134.

<sup>123</sup> ABRvS 26 november 2014, ECLI:N:RVS:2014:4239; ABRvS 23 november 2016, ECLI:N:RVS:2016:3134; In ABRvS 17 mei 2017, ECLI:N:RVS:2017:1293.

<sup>124</sup> ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 444.

<sup>125</sup> ABRvS 14 april 2004/LJN AO7470; ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, 594.

<sup>126</sup> ABRvS 26 september 2001, AB 2001, 379.

<sup>127</sup> Zie ABRvS 26 januari 2005, nr. 200403474 en ABRvS 29 augustus 1996, AB 1997, 434 m.nt. G.M. van den Broek.

<sup>128</sup> ABRvS 30 juni 2010, ECLI:N:RVS:2010:BM9640; ABRvS 15 maart 2017, ECLI:N:RVS:2017:676.

waterkering, terwijl bekend is dat dijkverzwaring op middellange termijn aan de orde is, het reële risico aanvaardt dat hij zijn activiteiten op termijn, in verband met de noodzaak tot dijkverzwaring, zal moeten staken of aanpassen.<sup>129</sup> In het kader van de beoordeling van een nadeelcompensatieclaim zal sprake zijn van ‘risicoaanvaarding’. Uit de hierboven geciteerde overwegingen in de Afdelingsuitspraak van 8 oktober 2008 gaat het ook om een “veronderstelde vorm” van risicoaanvaarding. De aanleiding voor het aannemen van risicoaanvaarding is in die zaak gelegen in het handelen van de investeerder zelf. Door een losstoep aan te leggen als onderdeel van een bestaande primaire waterkering, wordt hij geacht het risico te hebben aanvaard dat de losstoep op termijn, in verband met de noodzaak tot dijkverzwaring, zal moeten worden verwijderd of aangepast.

De koper kan niet alleen door een concreet beleidsvoornemen, maar ook op andere wijze of door andere partijen op de hoogte zijn gesteld van de betreffende voorgenomen overheidsmaatregelen. In deze gevallen is er sprake van een meer expliciete of bewuste vorm van risicoaanvaarding. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde bijvoorbeeld in haar uitspraak van 18 september 2013 dat sprake was van risicoaanvaarding, nu de aanvrager ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst voor zijn eigen woning door de verkoper op de hoogte was gesteld van zijn plannen om bebouwing te realiseren in een nabijgelegen gebied en de aanvrager destijds als koper de consequenties van het realiseren van die plannen in de koopovereenkomst had aanvaard.<sup>130</sup> Uit de jurisprudentie blijkt bovendien dat risicoaanvaarding kan worden gebaseerd op correspondentie met de gemeente.<sup>131</sup>

Geconcludeerd kan worden dat het in de jurisprudentie mogelijk wordt geacht om in een overeenkomst het risico op een toekomstige wijziging of aanpassing van het multifunctionele gebruik neer te leggen bij de initiatiefnemer van het project.

Uit de jurisprudentie kan bovendien worden afgeleid dat een opzeggingsbeding in de algemene voorwaarden voor opstaluitgifte of in de vestigingsakte van het opstalrecht leidt tot risicoaanvaarding. Uit HR 31 oktober 2014 blijkt dat het is toegestaan om een beding in de algemene voorwaarden voor opstaluitgifte op te nemen, op basis waarvan tussentijds opzeggen van een recht van opstal, indien het algemeen belang dit vordert, is toegestaan. In de conclusie schrijft de A-G mr. E.B. Rank-Berenschot:

*‘Zo behoudt, bij wijze van voorbeeld, een waterschap op deze manier de mogelijkheid om in geval van waterstaatkundige noodzaak eenvoudig weer over de grond te kunnen beschikken. In wezen gaat het hierbij primair om een van meet af aan beoogde geclausuleerde uitgifte van voor het Hoogheemraadschap en zijn publieke taak belangrijke dijkgrond, te weten voor een beperkte termijn en onder de voorwaarde dat het recht, indien het algemeen belang zulks vordert, door de eigenaar kan worden opgezegd als bedoeld in art. 5:87 lid 3, tweede volzin, BW. De grondeigenaar is in beginsel gerechtigd het door hem afgestane recht slechts onder een dergelijke clausulering aan de ander te gunnen.’<sup>132</sup>*

De bevoegdheid om een beding op te nemen op basis waarvan tussentijdse opzegging mogelijk is in verband met het algemeen belang, heeft ook consequenties voor de omvang

<sup>129</sup> ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7246, AB 2008/333, m.nt. Alfred van Hall.

<sup>130</sup> ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1159.

<sup>131</sup> ABRvS 16 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2079, Vaals, TBR 2008/74; ABRvS 28 september 2016, AB 2016/399).

<sup>132</sup> HR 31 oktober 2014, NJ 2015/13 m.nt. P.C.E. van Wijmen.

van de schadevergoeding bij tussentijdse beëindiging van het opstalrecht. Aangezien de grondeigenaar zich al bij de vestiging van het opstalrecht de bevoegdheid tot tussentijdse beëindiging mag voorbehouden, is de beperkgerechtigde daarvan ook al vanaf de vestiging van het opstalrecht op de hoogte. Van Wijmen schrijft in zijn annotatie bij dit arrest:

*“De beperktgerechtigde weet dit dus al van stond af aan, zo kan men hem toevoegen; hij aanvaardt het opzeggingsrisico op voorhand, in de wetenschap dat de grondeigenaar gebruik kan maken van deze mogelijkheid.”<sup>133</sup>*

Hieruit kan worden afgeleid dat risicoaanvaarding kan worden aangenomen indien een opzeggingsbeding is opgenomen in de algemene voorwaarden voor opstaluitgifte of in de vestigingsakte van het opstalrecht.

## **6.2 Geen publiekrechtelijke beperking van het recht om te verzoeken om nadeelcompensatie**

Overigens kan door een voorschrift in een vergunning of een clause in een overeenkomst aan een benadeelde nimmer het recht worden ontnomen om op een later tijdstip (alsnog) een aanvraag om nadeelcompensatie in te dienen. Dit kan worden afgeleid uit een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 6 december 2017:

*“In de overwegingen van de verleende vergunning staat, kort weergegeven, dat indien werkzaamheden aan de stuw zullen plaatsvinden dan wel de stuw geheel verplaatst zal worden, de eventuele kosten die dat voor WKC Borgharen met zich zal brengen, in beginsel niet gecompenseerd zullen worden.*

*Anders dan de rechtbank heeft overwogen, is het bovenstaande geen op zelfstandig rechtsgevolg gericht onderdeel van het besluit. Zoals de minister terecht betoogt, is beantwoording van de vraag of WKC Borgharen bij werkzaamheden aan of verplaatsing van de stuw aanspraak zou kunnen maken op financiële compensatie, thans niet aan de orde. Dit maakt geen onderdeel uit van de aanvraag en is evenmin deel van het dictum van het besluit.”<sup>134</sup>*

Uit deze Afdelingsuitspraak kan (impliciet) worden afgeleid dat het voor een benadeelde initiatiefnemer mogelijk blijft om een aanvraag om nadeelcompensatie in te dienen. Het recht om een aanvraag om nadeelcompensatie in te dienen, kan door een vergunningvoorschrift of overeenkomst niet worden ontnomen. Echter, bij de inhoudelijke beoordeling van de aanvraag zal een vergunningvoorschrift, overeenkomst, opzeggingsbeding, concreet beleidsvoornemen of correspondentie - dan wel een combinatie van deze documenten - aanleiding kunnen geven voor het oordeel dat sprake is van risicoaanvaarding. In zoverre kan in het kader van de beoordeling van een aanvraag om nadeelcompensatie betekenis toekomen aan een voorschrift of voorwaarde inhoudende dat een initiatiefnemers het risico op toekomstige verwijdering of aanpassing van de toegestane activiteit heeft aanvaard.

---

<sup>133</sup> HR 31 oktober 2014, NJ 2015/13 m.nt. P.C.E. van Wijmen.

<sup>134</sup> ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3353.



Bovendien zal de schade die het gevolg is van mogelijke toekomstige werkzaamheden of dijkversterkingen onder het normale maatschappelijke risico kunnen worden gebracht (zie hierna § 6.3.3).

### 6.3 Normaal maatschappelijk risico

In Toelichting bij art. 7.14 Waterwet wordt ten aanzien van het normale maatschappelijke risico het volgende opgemerkt:

*“Als normaal maatschappelijk risico worden aangemerkt algemene maatschappelijke ontwikkelingen en nadelen waarmee men rekening kan houden, ook al is nog niet bekend welke vorm en omvang een ontwikkeling zal hebben, waar en wanneer zij zal plaatsvinden, of wat aard en omvang van de nadelen die eruit voort vloeien zullen zijn”.*<sup>135</sup>

Deze passage is te herkennen in de definitie van het normale maatschappelijke risico in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. De Afdeling bestuursrechtspraak omschrijft in recente nadeelcompensatiejurisprudentie het normale maatschappelijke risico als volgt:

*“Bij het normaal maatschappelijk risico gaat het om algemene maatschappelijke ontwikkelingen en nadelen waarmee men rekening kan houden, ook al bestaat geen zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze zich zal concretiseren en de omvang van de nadelen die daaruit eventueel zullen voortvloeien”.*

Uit de omschrijving van de Afdeling bestuursrechtspraak kan worden afgeleid dat het moet gaan om ontwikkelingen die passen binnen het ‘normale verwachtingspatroon’ of het ‘normale patroon van verwachtingen en risico’s van een burger of ondernemer. Voorbeelden uit de jurisprudentie zijn verkeersmaatregelen of de tijdelijke hinder ten gevolge van wegwerkzaamheden of werkzaamheden ter verwezenlijking van een nieuw planologisch regime. Het gaat om ontwikkelingen waarmee men in zijn algemeenheid rekening dient te houden, zonder dat deze voor het concrete geval zijn neergelegd in overheidsbeleid of -besluitvorming.

Uit de Toelichting op art. 7.14 Waterwet kan worden afgeleid dat dijkversterking een normale ontwikkeling betreft, zodat de schade in beginsel ten laste van benadeelde behoort te blijven.<sup>136</sup> Dit standpunt wordt bevestigd in de jurisprudentie.<sup>137</sup>

Van Hall schrijft in zijn annotatie bij de uitspraak Groningen Seaports:

---

<sup>135</sup> Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 133.

<sup>136</sup> Kamerstukken II, 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 134.

<sup>137</sup> ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:163, AB 2013/299, m.nt. Gilissen en *M en R* 2014/5, m.nt. F.A.G. Groothuijse, ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198, AB 2015/184, m.nt. Tjepkema, ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2396, Rb. Noord-Holland 8 augustus 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:8481.

*“ (...) het bedrijf kiest bewust voor deze plek, weet ook van de voortdurende plicht van beheerder om keringen op genormeerde hoogte te houden en zal baten en lasten ongetwijfeld goed hebben gewogen.”<sup>138</sup>*

Echter, ook wanneer een nadelige ontwikkeling in beginsel een normale maatschappelijke ontwikkeling betreft, kan het zijn dat de uitwerking in een concrete situatie uitstijgt boven het normale maatschappelijke risico. In dit opzicht dient onderscheid gemaakt te worden tussen de ontwikkeling waarmee in abstracto rekening moet worden gehouden en de concrete effecten van de schadeveroorzakende maatregel in het specifieke geval. Dit kan leiden tot het oordeel dat de schade niet geheel tot het normaal maatschappelijk risico van de aanvrager behoort. De vraag of de schade uitstijgt boven het normale maatschappelijke risico, dient naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak te worden bepaald met inachtneming van alle omstandigheden van het geval:

*“De vraag of de gevolgen van een overheidshandeling al dan niet buiten het normale maatschappelijke risico vallen, moet echter worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval, waaronder de omvang van de schade. Van een boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgend nadeel kan sprake zijn als een maatregel weliswaar als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden aangemerkt, maar een individueel belang ten gevolge van een zodanig maatregel zodanig zwaar wordt getroffen dat het uit die maatregel voortvloeiende nadeel redelijkerwijs niet ten laste van de betrokkenen dient te blijven.”<sup>139</sup>*

De conclusie is, dat onderhoudswerkzaamheden, dijkversterkingen en/of kustversterkingen in de jurisprudentie in beginsel als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd die in de lijn der verwachtingen ligt. Wanneer een initiatiefnemer een project ontwikkelt in de directe nabijheid van een dijk, zal de schade in beginsel voor zijn rekening blijven. Dit is anders wanneer in een individueel geval sprake is van bijzondere omstandigheden. Te denken valt aan een situatie waarin de werkzaamheden veel langer duren dan gepland of waarin de werkzaamheden plotseling, zonder aankondiging plaatsvinden, of wanneer het nadeel relatief omvangrijk is.<sup>140</sup> In een dergelijk geval kan een korting worden toegepast op het schadebedrag dat voor vergoeding in aanmerking komt.

## **6.4 Causaal verband**

Uit de nadeelcompensatiejurisprudentie kan voorts worden afgeleid, dat in die gevallen waarin een overeenkomst wordt opgezegd in verband met de uitvoering van een infrastructureel project door de overheid en door het opzeggen van de overeenkomst door een derde schade wordt geleden, de oorzaak van de schade rechtstreeks is gelegen in het opzeggen van de overeenkomst. De schade kan niet worden toegerekend aan de uitvoering van het overheidsproject, ondanks het feit dat het project wordt verwezenlijkt ter behartiging

<sup>138</sup> ABRvS 8 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF7246, AB 2008/333, m.nt. Alfred van Hall.

<sup>139</sup> ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:163, AB 2013/299, m.nt. Gilissen.

<sup>140</sup> Zie B.P.M. van Ravels, Hoe groot is het normale maatschappelijke risico?, NTB 2014/2.

van een algemeen belang. Een voorbeeld geeft de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 9 juni 2004:

*Eneco stelt schade te hebben geleden als gevolg van het onherroepelijke tracébesluit HSL-Zuid. Eneco heeft destijds distributie-overeenkomsten gesloten met 142 tuinders in de Overbuurtse Polder (gemeente Bleiswijk en gemeente Bergschenhoek) inzake de levering van gas, elektriciteit, warmte en CO2. De bedrijfspercelen van acht van de tuinders zijn vanwege de aanleg van de HSL-Zuid in der minne verworven door NS Railinfrabeheer B.V. Deze acht tuinders hebben vervolgens de door hen met Eneco gesloten distributieovereenkomsten opgezegd. Nu het tracébesluit HSL-Zuid volgens Eneco heeft geleid tot de aankoop van de betrokken bedrijfspercelen, wenst zij vergoeding van schade in de vorm van verminderde opbrengsten van leveranties, schade in de vorm van desinvesteringen betreffende het leidingstelsel, schade samenhangend met de gewijzigde rentabiliteit van de gepleegde investeringen en advieskosten en deskundigenkosten.*

(...)

*Het feit dat de HSL-Zuid wordt aangelegd met het oog op het algemeen belang en het gaat om schadevergoeding naar aanleiding van rechtmatige daad, rechtvaardigt dat sprake dient te zijn van een rechtstreeks causaal verband tussen het schadeveroorzakend handelen en de gestelde schade. Dat strookt ook met de tekst en toelichting van het tracébesluit HSL-Zuid en de Verordening in onderlinge samenhang gelezen. Daaruit blijkt dat slechts is voorzien in vergoeding van schade die het rechtstreeks gevolg is van het onherroepelijk tracébesluit en daaruit rechtstreeks voortvloeiende besluiten en uitvoeringshandelingen. Weliswaar is sprake van een verband tussen – enerzijds - de aanleg van de HSL-Zuid, de aankoop door NS Railinfrabeheer BV van de gronden en opstallen van de acht betrokken tuinders en de daaropvolgende opzegging door deze tuinders van de met Eneco gesloten distributieovereenkomsten, en - anderzijds - de door Eneco gestelde schade. Van een rechtstreeks causaal verband tussen het tracébesluit en deze schade is evenwel geen sprake. De schade is het directe gevolg van de opzegging van de overeenkomsten.<sup>141</sup>*

Een vergelijkbaar oordeel gaf de Afdeling bestuursrechtspraak bij uitspraak van 12 januari 2011, in een situatie waar de gemeente Haarlem zelf de huurovereenkomst met de exploitant van een jachthaven had opgezegd in verband met de aanleg van de Schoterbrug door de gemeente. De huurovereenkomst betrof een perceel waarop door benadeelde een jachtwerf werd geëxploiteerd. Na het opzeggen van de huurovereenkomst had benadeelde tot de ontruiming van het perceel nog enkele jaren de tijd om het bedrijf te verplaatsen of op de minst bezwarende wijze te beëindigen. De Afdeling overweegt:

*“Dat het voornemen om de Schoterbrug aan te leggen tot het opzeggen van de huurovereenkomst heeft geleid, brengt niet mee dat dit voornemen grond voor de gevraagde nadeelcompensatie oplevert. Verder is het gestelde nadeel niet het gevolg van het besluit van 31 mei 2007 of de feitelijke uitvoering van het werk, maar van de opzegging van de huurovereenkomst, zodat het college het verzoek om*

---

<sup>141</sup> ABRvS 9 juni 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP1102, BR 2004/164.

*nadeelcompensatie reeds vanwege het ontbreken van rechtstreeks oorzakelijk verband terecht heeft afgewezen.”*

Uit de jurisprudentie kan het volgende worden geconcludeerd. Wanneer een waterschap in verband met noodzakelijke dijkversterkingen een overeenkomst opzegt of een opstalrecht beëindigt, is de oorzaak van de schade door de feitelijke werkzaamheden die in de tijd volgen op deze opzegging, direct gelegen in het opzeggen van de overeenkomst of het opstalrecht. In dat geval is de benadeelde immers geen gerechtigde meer op het moment dat de schadeveroorzakende werkzaamheden aanvangen. Er is dan geen rechtstreeks causaal verband met de werkzaamheden die het opzeggen van de overeenkomst of het opstalrecht noodzakelijk maakten.

Gelet op deze jurisprudentie, verdient het aanbeveling om in de overeenkomst of vestigingsakte een beding op te nemen, op basis waarvan de bevoegdheid om de overeenkomst of het opstalrecht op te zeggen, wordt voorbehouden indien het algemeen belang dit vereist. Het verdient voorts aanbeveling om – zo mogelijk – een ruime opzegtermijn in acht te nemen voordat de schadeveroorzakende werkzaamheden feitelijk aanvangen.

Deze jurisprudentie kan echter niet zonder meer worden toegepast op de situatie waarin voor het multifunctionele gebruik van een waterkering zowel een privaatrechtelijke toestemming als een publiekrechtelijke vergunning noodzakelijk is. In deze situatie moeten (formeel) zowel de privaatrechtelijke toestemming als de publiekrechtelijke vergunning worden opgezegd respectievelijk ingetrokken teneinde het recht op het gebruik van de waterkering geheel te beëindigen. Opzeggen van privaatrechtelijke toestemming voordat de publiekrechtelijke vergunning is ingetrokken levert naar ons oordeel een misbruik van bevoegdheid op.<sup>142</sup> De schade die ontstaat door beëindiging van het recht om gebruik te maken van de waterkering wordt in dat geval veroorzaakt door twee *samenlopende schadeoorzaken*: de opzegging van de privaatrechtelijke toestemming en de intrekking van de publiekrechtelijke vergunning. Een verzoek om nadeelcompensatie wegens het intrekken van de watervergunning kan niet zonder meer worden afgewezen vanwege ontbreken van causaal verband omdat de privaatrechtelijke toestemming al is ingetrokken.

## **6.5 Conclusie**

Geconcludeerd kan worden dat de extra kosten die voortvloeien uit de aan derden toe te kennen schadevergoedingen op grond van art. 7.14 Waterwet, via de watervergunning geheel of gedeeltelijk ten laste kunnen worden gebracht van de initiatiefnemer van het multifunctionele gebruik (art. 7.17 Waterwet).

Wanneer een vergunning moet worden ingetrokken en het gebruik moet worden beëindigd, heeft de initiatiefnemer op grond van art. 7.14 Waterwet het recht om een aanvraag om nadeelcompensatie in te dienen ter vergoeding van zijn schade. Opzegging van een privaatrechtelijke toestemming voordat de publiekrechtelijke toestemming is ingetrokken, levert naar ons oordeel misbruik van bevoegdheid op. Het recht op nadeelcompensatie kan

---

<sup>142</sup> Zie paragraaf 5.2.2.

in onze ogen dan ook niet worden ontnomen door de intrekking van de privaatrechtelijke toestemming door HHNK.

Bij de beoordeling van een aanvraag om nadeelcompensatie komt betekenis toe aan de risicoaanvaarding en het normaal maatschappelijk risico. Het is mogelijk om onder meer via de vestigingsakte van het opstalrecht, via de publicatie van concrete beleidsvoornemens en via de watervergunning voorzienbaarheid te creëren, op basis waarvan de initiatiefnemer bij aanvang van het project het risico van schade wordt geacht te hebben aanvaard.

Bovendien is het in de jurisprudentie aanvaard dat dijkversterkingen worden beschouwd als normale maatschappelijke ontwikkelingen die – in beginsel - in de lijn der verwachtingen liggen wanneer een initiatiefnemer activiteiten start in de directe nabijheid van een waterkering. De schade van de initiatiefnemer zal om die reden ten minste voor een gedeelte onder het normaal maatschappelijk risico worden gebracht.



## Deel D: Casus

### 7. Twee cases voor multifunctioneel gebruik van (primaire) waterkeringen

In deze paragraaf worden twee cases uitgewerkt aan de hand van hetgeen in dit onderzoek is besproken. Ten eerste zal een casus worden besproken inhoudende een project dat relatief eenvoudig en voordelig te verplaatsen is. Ten tweede wordt de realisering van een hotel besproken dat juist niet zo makkelijk valt af te breken en waarmee dan ook veel hogere kosten gemoeid gaan. Zowel het privaatrechtelijke als het publiekrechtelijke kader worden besproken.

#### 7.1 Prefab vakantiehuisjes

Een lokale projectontwikkelaar komt met het idee om prefab vakantiewoningen te plaatsen aan de Oosterdijk in de buurt van Enkhuizen. Dergelijke huizen zijn relatief eenvoudig te plaatsen binnen het tijdsbestek van enkele dagen. Na plaatsing van de woning en aansluiting op het gas/water/licht kunnen de huisjes betrekkelijk snel in gebruik genomen worden. Ook een in de nabije toekomst geplande dijkverhoging/versterking vormt geen grote bezwaren voor toestaan van deze bebouwing, Immers kunnen de woningen eenvoudig worden afgebroken en elders weer opnieuw worden neergezet. De initiatiefnemer van het project is voornemens om de huisjes te realiseren op gronden die in eigendom zijn bij het hoogheemraadschap. Hiertoe vraagt hij de benodigde toestemmingen aan waaronder ook een watervergunning bij HHNK.



bron: [www.ecoplus-bouw.nl](http://www.ecoplus-bouw.nl)

Hieronder wordt het privaot- en publiekrechtelijk kader voor regulering van dit gebruik nader uitgewerkt.

### **7.1.1 Publiekrechtelijk kader**

#### *Waterspoor*

Het oprichten van prefab-huisjes is een activiteit die niet verenigbaar is met de waterhuishoudkundige functie van de primaire kering. Hiertoe moet er ingevolge art. 3.2 lid 1 Keur HHNK 2016 een watervergunning worden aangevraagd bij het dagelijks bestuur van het hoogheemraadschap. De vergunning moet en kan alleen worden geweigerd als de plaatsing en gebruik van de prefab-huisjes onverenigbaar is met de doelstellingen van de Waterwet. Daarbij zal nog wel moeten worden onderzocht of die onverenigbaarheid door middel van het verbinden van voorschriften of beperkingen aan de watervergunning kan worden weggenomen.

- Dit betekent dat de plaatsing en het gebruik van de prefab-huisjes er niet toe mogen leiden dat veiligheidsnormen die voor de waterkering gelden (verder) zullen worden overschreden. Indien nodig, kunnen met het oog daarop technische en constructieve eisen worden gesteld. Tot deze belangen behoort ook het financiële belang, dat de aanwezigheid van de prefab-huizen bij het uitvoeren van toekomstige dijkversterkingen geen extra kosten met zich mag brengen, zodat vergunninghouder verplicht kan worden om deze bouwwerken te verwijderen vanwege een door het waterschapsbestuur noodzakelijk geachte dijkversterking.
- Ook zullen de plaatsing en het gebruik van prefab-huisjes er niet toe mogen leiden dat de chemische of ecologische kwaliteitseisen die voor het watersysteem gelden (verder) worden overschreden, waarbij een (verdere) overschrijding ecologische kwaliteitseisen in dit voorbeeld, waaronder ook hydromorfologische eisen aan het watersysteem, waarschijnlijk een belangrijkere rol spelen dan de chemische kwaliteitseisen.
- Tot slot zal moeten worden beoordeeld in hoeverre de prefab-huisjes verenigbaar zijn met de maatschappelijke functies die het watersysteem in feitelijke zin heeft. Wanneer het watersysteem ter plaatse van de aangevraagd prefab-huisjes bijvoorbeeld een recreatieve functie heeft, omdat op de waterkering en het oppervlaktewater op die locatie als zwemstrandje wordt gebruikt, dan kan dat reden zijn om de watervergunning te weigeren. Indien deze functie niet aan het watersysteem is toegekend, zal om van een maatschappelijke functie te kunnen spreken toch van een zekere frequentie van dat gebruik sprake moeten zijn en zal dat gebruik ook legaal moeten zijn.

Afhankelijk van de termijn waarop dijkversterkingswerkzaamheden worden voorzien, is het ook mogelijk om een tijdelijke watervergunning te verlenen voor het plaatsen en gebruiken van de prefab-huisjes op de waterkering met de verplichting om na afloop van deze termijn de prefab-huisjes ter verwijderen. In de watervergunning zal gelet op de rechtszekerheid moeten worden vermeld voor welke termijn de vergunning wordt verleend. Het verdient aanbeveling om die termijn af te stemmen op de termijn waarbinnen een dijkversterking wordt voorzien. Na het verlopen van deze termijn moeten de prefab-huisjes zijn verwijderd en bestaat voor de eigenaren van deze huisjes geen recht op nadeelcompensatie. Tussentijds kan watervergunning wel worden ingetrokken of gewijzigd wanneer dat gelet op de doelstellingen van Waterwet nodig is, maar dan is nadeelcompensatie niet uitgesloten.



Wijziging kan overigens ook een verlenging voor een bepaalde termijn inhouden, indien de voorziene dijkversterking langer op zich laat wachten.

Dat de watervergunning slechts getoetst mag worden aan de doelstellingen van de Waterwet, betekent naar ons oordeel echter niet dat er geen aanvullende voorwaarden in de vergunning kunnen worden opgenomen. Ingevolge art. 3:4 Awb moet het bevoegd gezag bij de verlening van de vergunning immers rekening houden met de andere bij de verlening van de vergunning betrokken belangen, waaronder de belangen van derden.

In geval van overlappend beheer, zullen de prefab-huisjes ook op grond van de regels die zijn gesteld ter bescherming van de rijkswaterstaatswerken moeten zijn toegestaan. Wanneer de prefab-huisjes bijvoorbeeld zowel in de Noordzee als op de waterkering of in de aangrenzende beschermingszone worden opgericht, zullen de prefab-huisjes ook moeten voldoen aan de vergunningplicht en/of de regels die gelden voor de Noordzee.<sup>143</sup>

#### *Verhalen extra kosten*

Voor zover het gebruik extra onderhoudskosten met zich brengt, kan het waterschapsbestuur deze via de watersysteemheffing verhalen. Uit hoofdstuk 2, paragraaf 2.7 van dit onderzoek blijkt dat het mogelijk is om de eventuele extra onderhoudskosten die ontstaan door de realisering van de prefab-huisjes kunnen worden verhaald op de gebruikers van deze prefab-huisjes door hem een onderhoudsplicht op te leggen, die hen verplicht om de waterkering overeenkomstig de legger te onderhouden. Tegen betaling van een vergoeding kan het hoogheemraadschap het onderhoud ook voor de onderhoudsplichtige verrichten. HHNK kan echter niet tegen de wil van de gebruiker (en/of zakelijk gerechtigde) de onderhoudsplicht namens en op kosten van hem uitvoeren.

Voor zover men de kosten van een toekomstige dijkverzwaring wil verhalen is dit via de publiekrechtelijke weg deels mogelijk. De financiële belangen van HHNK kunnen namelijk worden meegenomen bij de verlening van de watervergunning, zodat de eigenaren van de prefab-huisjes kunnen worden verplicht om de huisjes in geval van een dijkversterking op eigen kosten te verwijderen. Daarmee kan echter niet worden uitgesloten uit dat de eigenaren van de prefab-huisjes een verzoek om nadeelcompensatie indienen bij het waterschapsbestuur (zie voor nadeelcompensatie paragraaf 1.3).

Het is niet mogelijk om door middel van het verbinden van een betalingsverplichting aan de watervergunning voor de oprichting van de prefab-huisjes toekomstige extra kosten die HHNK in de toekomst zal moeten maken te dekken, omdat die extra kosten op het moment van vergunningverlening lastig zijn in te schatten. Bovendien zou dit een doorkruising op kunnen opleveren van de watersysteemheffing die het waterschapsbestuur overeenkomstig de Waterschapswet heft ter bestrijding van kosten die verbonden zijn aan de voor de zorg voor het watersysteem. In het geval als het bovenstaande waarbij de bebouwing betrekkelijk eenvoudig te verplaatsen is, zal het verwijderen echter relatief weinig kosten met zich mee brengen.

#### *Ruimtelijk spoor*

De prefab-huisjes zullen niet alleen op grond van het waterspoor moeten zijn toegestaan, maar ook op grond van het bestemmingsplan. Indien de prefab-huisjes in strijd zijn met het bestemmingsplan, zal ofwel het bestemmingsplan moeten worden aangepast dan wel een

---

<sup>143</sup> Zie daarvoor art. 6.5 sub c Wtw jo. art. 6.13 Wtb.

omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan moeten worden verleend. In beide gevallen is een 'goede ruimtelijke ordening' het toetsingskader, dat nader kan zijn ingevuld door instructieregels van het Rijk (Barro) en het provinciebestuur (provinciale verordening) of wettelijke eisen, zoals de Wet geluidhinder. Binnen deze planologische randvoorwaarden bepaalt uiteindelijk het gemeentebestuur of, en zo ja, onder welke voorwaarden het bouwen en gebruiken van de prefab-huisjes planologisch aanvaardbaar is. De omliggende bestemmingen en de ter plaatse aanwezige ruimtelijk relevante waarden zijn daarbij van groot belang. Een omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan kan ook tijdelijk voor een termijn van maximaal 10 jaar worden verleend.

Indien permanente bewoning van de prefab-huisjes ongewenst is, zou het gemeentebestuur in het bestemmingsplan aan de gronden een recreatieve bestemming kunnen geven en kunnen bepalen dat de huisjes niet permanent mogen worden bewoond. Het waterschapsbestuur heeft die mogelijkheid niet omdat die gebruiksbepaling niet is terug te voeren op de doelstellingen van de Waterwet.

In het bestemmingsplan kunnen op grond van jurisprudentie van de Afdeling geen regels worden opgenomen ter bescherming van de waterkering, omdat deze regels niet nodig zijn ten behoeve van de daarop toegesneden waterstaatkundige bestemming. De waterkering wordt immers al beschermd door de regels van de keur van HHNK.

#### *Andere omgevingsrechtelijke wet- en regelgeving*

Naast het ruimtelijke en het waterspoor kunnen afhankelijk van de locatie ook nog andere omgevingsrechtelijke regels van toepassing zijn, zoals de Wet natuurbescherming.

#### **7.1.2 Privaatrechtelijk kader**

Voor het realiseren van de prefab-huisjes op de waterkering die in eigendom is bij het HHNK lijkt het ons raadzaam om een opstalrecht te vestigen. Hierdoor wordt voorkomen dat de huisjes door natrekking eigendom worden van HHNK. Het stellen van voorwaarden aan het gebruik van de waterkering in de vestigingsakte is niet mogelijk met het oog op de doelstellingen van de Waterwet, omdat in dat geval de publiekrechtelijke bevoegdheid om met het oog op die doelstellingen gebruik van de waterkering te reguleren op een onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.

In de vestigingsakte van het opstalrecht kan wel worden opgenomen dat het opstalrecht kan worden opgezegd wanneer een in de vestigingsakte te bepalen omstandigheid zich voordoet. Deze omstandigheid zou kunnen zijn dat de waterkering waarop de bebouwing is geplaatst verzwakt moet worden ter vervulling van de publieke taak van het hoogheemraadschap. Daarnaast kan HHNK een betalingsplicht voor de opstaller of gebruiker van de waterkeringen opnemen in de vestigingsakte. Deze retributie kan eenmalig, maar ook periodiek worden opgelegd en moet wel redelijk (marktconform) zijn. De hieruit verkregen gelden zouden door het hoogheemraadschap gereserveerd kunnen worden met het oog op de extra kosten die het onderhoud of het verzwaren van de dijk in de toekomst mee zouden kunnen brengen. Opmerking verdient dat de bovenstaande voorwaarden een stevige inperking van het opstalrecht kunnen betekenen. Dit kan ertoe leiden dat het voor een initiatiefnemer lastiger wordt om de financiering voor het project rond te krijgen of voor hem minder interessant is.

Voor het tot stand komen van een opstalrecht is inschrijving nodig in de openbare registers. Hierdoor is ook voor opvolgende verkrijgers duidelijk welke afspraken gemaakt zijn, en behoort het ook tot de mogelijkheden dat in vestigingsakte wordt opgenomen dat het opstalrecht slechts met goedkeuring van HHNK kan worden overgedragen.

Wanneer een opstalrecht eindigt, heeft de opstaller in principe recht op een vergoeding van de waarde van de nog aanwezige bouwwerken op de onroerende zaak. Dit kan voorkomen worden in twee gevallen. Ten eerste wanneer de grond waarop het opstalrecht gevestigd een andere bestemming heeft dan woningbouw heeft en ten tweede wanneer de werken onverplicht zijn aangebracht en ze bij het einde van het opstalrecht weggenomen kunnen worden. De tweede grond is vooral in deze situatie van belang. Immers is het relatief eenvoudig voor de initiatiefnemer om de prefab-huisjes weer weg te halen, waardoor HHNK geen vergoeding hoeft te betalen. Na de dijkverzwaring zouden mogelijk weer nieuwe afspraken gemaakt kunnen worden voor terugplaatsing van de bebouwing. Ten slotte heeft het vestigen van een zakelijk recht zoals een opstalrecht het voordeel dat de aansprakelijkheid voor het bouwwerk bij de opstaller ligt, dit is alleen anders wanneer de schade is ontstaan door ontoereikend onderhoud van de waterkering door HHNK.

### **7.1.3 Nadeelcompensatie**

De extra kosten die voortvloeien uit het toestaan van multifunctioneel gebruik kunnen mede de kosten voor nadeelcompensatie omvatten. Blijkens paragraaf 6.2 van dit onderzoek is het niet mogelijk om het recht van een particulier om een verzoek tot nadeelcompensatie in te dienen uit te sluiten. Wel wordt een verzoek tot nadeelcompensatie van een derde dan wel de initiatiefnemer beoordeeld aan de hand van twee leerstukken die de omvang van de schadevergoeding reduceren: risicoaanvaarding en normaal maatschappelijk risico. Wanneer een initiatiefnemer een project realiseert op of in een waterkering waarvan een concreet beleidsvoornemen bestaat om deze binnen een bepaalde termijn te versterken, aanvaardt hij het risico dat hij ten gevolge van die dijkversterking zijn activiteit zal moeten staken of aanpassen. Hiertoe is het raadzaam voor HHNK om een zo groot mogelijke voorzienbaarheid te creëren voor de bij haar in beheer zijnde waterkeringen. Dit kan onder meer door het vastleggen van versterkingsprojecten in concrete beleidsvoornemens, maar ook door het opnemen van een bevoegdheid tot tussentijdse opzegging van het opstalrecht in de vestigingsakte. Door in een vergunningvoorschrift op te nemen dat de werken op eigen kosten zullen moeten worden verwijderd als de dijk binnen niet afzienbare tijd wordt versterkt, kan HHNK eveneens voorzienbaarheid creëren. Ondanks het feit dat een benadeelde geen afstand kan doen van zijn recht om een verzoek tot nadeelcompensatie in te dienen, kan de hoogte van de uit te keren schadevergoeding door middel van het creëren van voorzienbaarheid wel aanzienlijk worden ingeperkt. Zoals gezegd speelt ook het normaal maatschappelijk risico een rol bij het toewijzen van een schadeclaim. In beginsel komt de schade die het gevolg is van een normale ontwikkeling waar men in zijn algemeenheid rekening mee dient te houden voor rekening van de initiatiefnemer. Een dijkverzwaring is zo'n ontwikkeling. Of in dit concrete geval ook alle schade voor rekening van de initiatiefnemer komt is echter maar de vraag. Er kunnen namelijk omstandigheden zijn waardoor de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt. Op grond van de jurisprudentie dient deze vraag te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval waaronder ook de hoogte van de schade. In casu kan gesteld worden dat de schade meevalt, omdat de prefab-huizen eenvoudig zijn te demonteren en te verplaatsen.

## 7.2 Hotel

Egmond aan Zee is een populaire badplaats aan de Hollandse kust die het hele jaar door veel toeristen trekt. Dit is ook de heer Atsma niet ontgaan. Atsma is een middelgrote projectontwikkelaar die al een aantal hotels en restaurants heeft ontwikkeld. Nu is hij voornemens om in het duingebied ten noorden van Egmond een ruim opgezet hotel te realiseren waar men in alle rust kan genieten van het prachtige uitzicht op de Noordzee. De locatie voor het te realiseren gebied grenst direct aan de primaire waterkering in het beheer bij hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier. Ook het eigendom van het gebied ligt bij het hoogheemraadschap. Hoe kan HHNK in casu omgaan met het toestaan van dit multifunctionele gebruik?



### 7.2.1 Publiekrechtelijk kader

Zoals hierboven ook al aan de orde kwam is voor het bouwen van een bouwwerk, niet in overeenstemming met de waterkerende functie van de primaire kering, vereist dat er een watervergunning bij het dagelijks bestuur van HHNK aangevraagd wordt. Deze vergunning kan en moet alleen worden geweigerd als het bouwen van het hotel onverenigbaar is met de doelstellingen van de Waterwet, te weten de veiligheidsnormen, de in de beheerplannen uitgewerkte waterkwaliteitseisen en de (feitelijke) maatschappelijke functies van het watersysteem. De vergunning kan dus alleen worden verleend onder de voorwaarden dat de bouw en exploitatie van het hotel in overeenstemming is met de voor de waterkering geldende veiligheidsnormen. Ook kan de vergunninghouder worden verplicht om het hotel in geval van een toekomstig noodzakelijk geachte dijkversterking op eigen kosten te verwijderen of aan te passen. De extra kosten die gemoeid gaan met het onderhoud van de primaire kering voor rekening van de vergunninghouder komen voor zover deze het gevolg zijn van de activiteit die de vergunninghouder gaat uitvoeren op de kering, kunnen voor rekening van de vergunninghouder worden gebracht door de onderhoudsplicht in zoverre aan de hoteleigenaar toe te bedelen. HHNK kan dit onderhoud namens de hoteleigenaar uitvoeren en daarvoor een factuur sturen. HHNK kan echter niet tegen de wil van de hoteleigenaar de onderhoudsplicht namens en op zijn kosten uitvoeren. Ook zou het waterschapsbestuur een vergunning voor een bepaalde termijn kunnen verlenen voor het hotel, maar de vraag is of dat in geval van een permanent hotel wel een business case oplevert voor potentiële hotelexploitanten, en zo ja, of deze de financiering daarvoor rond krijgt.

### **7.2.2 Privaatrechtelijk kader**

HHNK kan in de hoedanigheid van eigenaar van de waterkering privaatrechtelijk contracteren over het bijzonder multifunctioneel gebruik van de kering. Het verdient aanbeveling dat HHNK een opstalrecht vestigt voor de bouw van het hotel. In de vestigingsakte kunnen onder meer voorwaarden worden opgenomen over het gebruik van het hotel, het eindigen van het opstalrecht en de te betalen retributie. De opbrengsten uit de retributie zou door HHNK gereserveerd kunnen worden voor de eventuele extra kosten die op HHNK komen te rusten ten gevolge van de versterking van de waterkering. In de vestigingsakte kunnen geen gebruiksvoorwaarden met het oog op de doelstellingen van de Waterwet worden opgenomen. Deze voorwaarden kan het waterschapsbestuur immers op grond van de Waterwet ook aan de watervergunning verbinden, zodat dit een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke weg zou betekenen. In de vestigingsakte kan wel worden opgenomen dat de opstaller het hotel na opzegging van het opstalrecht verwijdert. Hoewel dit ook als vergunningvoorschrift aan de vergunning kan worden verbonden, wordt de publiekrechtelijke weg daardoor niet doorkruist, omdat HHNK deze voorwaarde vanuit zijn eigenaarsbelang opneemt. Door opzegging van het opstalrecht zou HHNK immers door natrekking eigenaar worden van het hotel. Wel is het van belang dat in de notariële akte nauwkeurig wordt omschreven in welke gevallen het opstalrecht kan worden opgezegd. Ook HHNK in de vestigingsakte bepalen dat er na opzegging van het opstalrecht geen vergoedingsplicht bestaat voor HHNK. Dit kan in het geval er geen sprake is van een bestemming die woningbouw toestaat of wanneer de aangebrachte bebouwing onverplicht is aangebracht en deze bij het einde van het opstalrecht weggenomen mag worden. De verplichting om de bebouwing op eigen kosten weg te nemen is in het geval van de vestiging van het hotel problematisch, omdat daarmee hoge kosten gemoeid zijn. Daardoor is het nadeel van bovenstaande voorwaarden dat deze zo beperkend kunnen zijn dat het voor een projectontwikkelaar niet aantrekkelijk zal zijn om zijn project op de dijk te realiseren.

### **7.2.3 Nadeelcompensatie**

Het recht om een verzoek tot nadeelcompensatie in te dienen kan door het waterschapsbestuur niet worden uitgesloten. Wel kan HHNK er zelf actief aan bijdragen dat de hoogte van het toe te kennen bedrag aan nadeelcompensatie aanzienlijk wordt ingeperkt. Immers komt bij de beoordeling van een aanvraag om nadeelcompensatie betekenis toe aan de leerstukken van risicoaanvaarding en normaal maatschappelijk risico. Hiertoe is van belang dat HHNK onder meer via de vestigingsakte van het opstalrecht, via de publicatie van concrete beleidsvoornemens en via voorschriften van de watervergunning voorzienbaarheid kan creëren voor de initiatiefnemer. Op basis van deze voorzienbaarheid wordt de initiatiefnemer van het project geacht het risico op schade te hebben aanvaard. Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie dat een dijkverzwaring wordt beschouwd als een normale maatschappelijke ontwikkeling die in de lijn der verwachtingen zou moeten liggen wanneer een initiatiefnemer een project realiseert in de directe nabijheid van een waterkering. In het geval als het onderhavige gaat het waarschijnlijk om een aanzienlijk schadebedrag, mocht het hotel moeten worden afgebroken ten dienste van onderhoud aan de primaire waterkering. Niet met zekerheid valt te zeggen in hoeverre deze schade zou kunnen uitstijgen boven het normale maatschappelijke risico. In de jurisprudentie is bepaald dat dit afhangt van de omstandigheden van het geval waaronder ook de omvang van de schade. Betoogd kan worden dat het in dit geval in principe gaat om een in de lijn der

verwachtingen gelegen ontwikkeling, maar dat hierdoor het individuele belang van de initiatiefnemer zo zwaar wordt getroffen dat het nadeel redelijkerwijs niet geheel voor zijn rekening zou moeten komen.

## Deel E: Conclusies en aanbevelingen

### 8. Beantwoording van de onderzoeksvragen

#### Inleiding

In dit onderzoek wordt een aantal vragen van HHNK over de mogelijkheden en belemmeringen ten aanzien van het multifunctioneel gebruik van waterkeringen beantwoord. Het gaat daarbij in het bijzonder om de vraag hoe tegemoet gekomen kan worden aan de maatschappelijke vraag naar multifunctioneel gebruik van keringen enerzijds en de randvoorwaarden die HHNK wil stellen dat ten eerste het wettelijke beschermingsniveau handhaafbaar is en gewaarborgd blijft en ten tweede dat dit multifunctionele gebruik voor HHNK of andere overheden - nu en in de toekomst - geen extra kosten met zich brengt.

Bij de beantwoording van deze vragen zijn zowel de publiekrechtelijke mogelijkheden van HHNK als de privaatrechtelijke mogelijkheden die HHNK als eigenaar van een waterkering heeft, betrokken. Voor een illustratie van deze mogelijkheden zijn twee fictieve cases uitgewerkt: multifunctioneel gebruik van een waterkering door gebruik van een prefab vakantiehuis en een hotel.

Hierna volgt eerst een antwoord op de onderzoeksvragen. Daarbij wordt verwezen naar de relevante paragrafen uit het hoofdrapport waar de materie uitvoeriger wordt besproken.

Wij hanteren de volgende definities bij de beantwoording van de onderzoeksvragen.

*Multifunctioneel gebruik:* al dan niet tijdelijk gebruik van een waterstaatswerk dat niet ten dienste staat van de waterkerende functie van de kering.

*Extra kosten voor HHNK:* alle kosten die moeten worden gemaakt om het multifunctioneel gebruik van waterkeringen mogelijk te maken, waaronder onder meer de kosten die gemoeid zijn met het (toekomstig) beheer en onderhoud alsmede door HHNK op grond van art. 7.14 Wtw uit te keren schadevergoeding of nadeelcompensatie.

**1. In hoeverre en op welke wijze kan HHNK de belangen die gemoeid zijn met het multifunctioneel gebruik van waterkeringen een rol laten spelen bij het al dan niet toestaan van dat multifunctionele gebruik?**

Het toestaan van het multifunctionele gebruik van waterkeringen dient in de eerste plaats te passen binnen de reikwijdte en het toetsingskader van de Waterwet. Het waterschapsbestuur heeft de bevoegdheid om multifunctioneel gebruik met het oog op de *doelstellingen van de Waterwet* in de waterschapsverordening te reguleren, tenzij hogere regelgeving een onderwerp met hetzelfde motief uitputtend reguleert. Het multifunctionele gebruik mag niet onverenigbaar zijn met de doelstellingen van de Waterwet en ook regulering door middel van een vergunningplicht, algemene regels en eventuele voorschriften en beperkingen is alleen mogelijk met het oog op deze doelstellingen. Het gaat daarbij om:

- a) voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met
- b) bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen, en
- c) vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen (paragraaf 2.2).

Multifunctioneel gebruik van de waterkering zal in de praktijk met name mogelijk zijn indien dat verenigbaar is met de veiligheidsnorm die voor de desbetreffende waterkering geldt en dient te worden gereguleerd in de waterschapskeur (zie verder bij onderzoeksvraag 2 voor de wijze van regulering). Tot de waterveiligheidsdoelstelling behoort ook het financiële belang dat HHNK heeft bij het beperken van de kosten voor toekomstige dijkversterkingen. Bij het toestaan van multifunctioneel gebruik zal ook moeten worden onderzocht of dit gebruik van invloed is op de chemische of ecologische kwaliteit van het watersysteem. Het lastigste criterium betreft de doelstelling dat de zorg voor watersystemen de maatschappelijke functies van watersystemen dient te vervullen. Het zijn met name de maatschappelijke functies van watersystemen die de reikwijdte en het toetsingskader enerzijds diffuus maken, maar anderzijds ook een zekere beleidsvrijheid bieden. Dat is de reden waarom wij adviseren deze functies duidelijk vast te leggen. Er is discussie mogelijk over de vraag of de maatschappelijke functies van het watersysteem moeten worden neergelegd in het regionale waterplan of het beheerplan van het waterschap. Vooralsnog is dit op grond van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet verplicht, maar wij adviseren desalniettemin dit wel te doen omdat er dan geen onduidelijkheid kan bestaan over de opvatting van het waterschap – bij voorkeur in overleg met provincie en rijk – welke maatschappelijke functies het watersysteem – waaronder de waterkering – dient te vervullen. Daarbij gaat het niet alleen om de watersystemen in beheer van het waterschap, maar ook bijvoorbeeld van het Rijk, zoals langs de Noordzeekust (paragraaf 2.6)

Het strikte toetsingskader van de Waterwet leidt er toe dat niet-waterstaatkundige belangen van derden niet kunnen leiden tot het weigeren van een toestemming voor een multifunctionele kering, maar wij merken op dat op grond van artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht het bevoegd gezag bij het stellen van voorschriften en beperkingen wel rekening dient te houden met andere belangen van derden (paragraaf 2.3).

Hoe het multifunctionele gebruik door het waterschap kan worden gereguleerd volgt bij de beantwoording van onderzoeksvraag 2.



Het waterschapsbestuur kan publiekrechtelijk multifunctioneel gebruik alleen reguleren in de Keur met het oog op de doelstellingen van de Waterwet. Voor zover multifunctioneel gebruik – eventueel onder beperkende voorwaarden - niet onverenigbaar is met die doelstellingen, kan het waterschapsbestuur dat gebruik op grond van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden niet tegenhouden. Indien het waterschap eigenaar van de waterkering is, zal een privaatrechtelijke weigering van dat multifunctioneel gebruik van de waterkering misbruik van bevoegdheid opleveren. Dat is alleen anders indien het waterschap zich kan beroepen op zwaarwegende (financieel economische) belangen. Het privaatrecht biedt het HHNK dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid om multifunctioneel gebruik dat het waterschapsbestuur publiekrechtelijk niet kan weigeren, te weren. Het ruimtelijke spoor biedt het gemeentebestuur vanwege het ruime belangenkader van ‘een goede ruimtelijke ordening’ meer publiekrechtelijke mogelijkheden om de vormen van multifunctioneel gebruik van waterkeringen die het waterschapsbestuur publiekrechtelijk niet kan weren, te reguleren. Indien HHNK invloed wil uitoefenen op de vormen van multifunctioneel gebruik van waterkeringen die het waterschapsbestuur publiekrechtelijk niet kan weren, zal in overleg moeten worden getreden met het gemeentebestuur.

**2. In hoeverre en op welke wijze kunnen bestaande juridische belemmeringen voor een multifunctioneel gebruik van waterkeringen worden weggenomen zonder dat de uitvoering van wettelijke beheertaak van HHNK nu en in de toekomst wordt belemmerd en zonder dat dit extra kosten voor HHNK met zich brengt?**

Bij de beantwoording van deze onderzoeksvraag behandelen we het kostenaspect bij onderzoeksvraag 3.

Het waterspoor

Zowel de regelgevende bevoegdheid als vergunningverlenende bevoegdheid van het waterschapsbestuur worden begrensd door de doelstellingen en het bijbehorende toetsingskader van de Waterwet. De reikwijdte van de Waterwet bepaalt dan ook mogelijkheden om multifunctioneel gebruik van waterkeringen (en aangrenzende beschermingszones) te reguleren.

Bestaande publiekrechtelijke juridische belemmeringen binnen het waterspoor vloeien met name voort uit het toetsingskader van de Waterwet (zie onder 1), eventuele instructieregels van rijk of provincie en de wijze waarop HHNK het gebruik van waterkeringen in de keur en bijbehorende beleidsregels heeft gereguleerd.

Het Rijk en de provincie hebben voornamelijk geen gebruik gemaakt van hun bevoegdheid om regels te stellen ten aanzien van multifunctionele keringen. Het verdient aanbeveling in overleg te treden met Rijk en provincie om te achterhalen of zij op termijn wel gebruik willen maken van deze bevoegdheid. Daarbij kan ook worden gevraagd onder welke omstandigheden zij denken gebruik te maken van hun bevoegdheid een aanwijzing te geven wanneer HHNK toestemming wil geven voor multifunctionele keringen, zodat met deze rijks- of provinciale voorwaarden rekening kan worden gehouden (paragraaf 2.4).

De belangrijkste belemmeringen vloeien voort uit de regelgeving van HHNK zelf (paragraaf 2.5). Is het multifunctionele gebruik van een waterkering – al dan niet door het verbinden van voorschriften of beperkingen aan de watervergunning - niet onverenigbaar met de

doelstellingen van de Waterwet en zoals nader uitgewerkt in de keur alsmede de maatschappelijke functies van het watersysteem in kwestie, dan *moet* de vergunning worden verleend. Op dit moment is de regulering in de keur vrij strikt en biedt nauwelijks mogelijkheden voor multifunctioneel gebruik, met beperkte uitzonderingen voor kabels en leidingen, vernieuwbouw, en onder beperkingen voor wegen en paden en ligplaatsen. Momenteel maakt HHNK gebruik van een vergunningplicht, een ontheffing en bestaat de mogelijkheid tot het stellen van algemene regels.

Wil HHNK multifunctionele gebruik van keringen toestaan dan adviseren we bij ingrijpende gevolgen voor de kering gebruik te maken van het instrument vergunning. Bij weinig ingrijpende gevolgen kan gebruik worden gemaakt van algemene regels. Voor beide instrumenten geldt hetzelfde toetsingskader (zie de beantwoording van vraag 1).

Aan een watervergunning kunnen uitsluitend voorschriften en beperkingen worden verbonden voor zover dat nodig is in verband met de doelstellingen van de Waterwet of voor zover dat nodig is om onevenredige gevolgen voor derden te voorkomen. De beperkingen en voorschriften die aan een vergunning kunnen worden verbonden betreffen:

- de verplichting om compenserende of mitigerende maatregelen te treffen, waardoor er geen onverenigbaarheid ontstaat met de veiligheidsnorm die voor de kering geldt, de waterkwaliteitseisen die voor het oppervlaktewater gelden of met de vervulling van de (feitelijke) maatschappelijke functies van het watersysteem.
- de voorschriften kunnen zien op de wijze waarop het vergunde multifunctionele gebruik wordt uitgevoerd, voor zover deze worden gesteld ten behoeve van de vervulling van maatschappelijke functies van watersystemen.
- in vergunningvoorschriften kunnen met het oog op stabiliteit van de waterkering bijvoorbeeld technische eisen of voorzieningen worden voorgeschreven of kan worden voorgeschreven op welke wijze de bouw- of andere werkzaamheden moeten worden uitgevoerd.
- de beperkingen waaronder een watervergunning kan worden verleend zien onder meer op plaats, tijd en omvang van het vergunde multifunctionele gebruik
- uit jurisprudentie volgt dat een vergunningvoorschrift waarbij een vergund werk op kosten van de vergunninghouder dient te worden verwijderd dan wel aangepast dient te worden indien toekomstige versterkingen aan de kering dit noodzakelijk maken mogelijk is (paragraaf 2.7). Bij een toekomstige dijkversterking is het veelal noodzakelijk de verleende vergunning in te trekken of te wijzigen. Hierbij kan voor de vergunninghouder een recht op nadeelcompensatie ontstaan. Of dat nadeelcompensatieverzoek kans van slagen heeft, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de vraag in hoeverre er sprake is van voorzienbaarheid en/of normaal maatschappelijk risico.
- een vergunning voor multifunctioneel gebruik kan ook tijdelijk worden verleend. In dat geval is het nodig een concrete termijn aan te geven. Een recht op nadeelcompensatie na afloop van de termijn bestaat in dat geval in beginsel niet. Het verdient aanbeveling om in een tijdelijke vergunning op te nemen dat na afloop van

termijn eventuele bouwwerken en andere werken op kosten van de vergunninghouder worden verwijderd. Wanneer het multifunctionele gebruik eerder dan vergunde termijn moet worden gestaakt, zal de vergunning moeten worden ingetrokken en heeft de vergunninghouder in beginsel wel recht op nadeelcompensatie.

- Aan een vergunning kunnen onder bepaalde voorwaarden ook financiële voorwaarden worden verbonden. Zie hiervoor de beantwoording van onderzoeksvraag 3.

### Het ruimtelijk spoor

Het multifunctionele gebruik van de waterkering zal niet alleen op grond van de keur en eventueel de Waterwet moeten zijn toegestaan, maar ook op grond van het bestemmingsplan.

Instructieregels in het Barro en in de provinciale ruimtelijke verordening begrenzen de reguleringsmogelijkheden van de waterkering in het bestemmingsplan.

Het Barro verplicht er toe de gronden waar primaire waterkeringen en aangrenzende beschermingszones zijn gelegen een daarop toegesneden bestemming of gebiedsaanduiding toe te kennen in het bestemmingsplan. Een wijziging van het bestemmingsplan met betrekking tot deze gronden is alleen mogelijk voor zover bij de verwezenlijking daarvan geen belemmeringen kunnen ontstaan voor het onderhoud, de instandhouding of de versterking van de primaire waterkering en de instandhouding of versterking van zandige deel van het kustfundament.

De provinciale instructieregels van de provincie Noord-Holland verplichten de gemeenteraad er toe o.a. bestemmingen en regels in het bestemmingsplan vast te stellen met het oog op de bescherming van de waterkerende functie van de waterkering. Het is echter de vraag of deze provinciale instructieregel verbindend is.

Uit jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan worden afgeleid dat voor wat betreft de bescherming van waterkeringen regulering in het waterspoor de voorkeur heeft en voorrang heeft boven regulering in het ruimtelijke spoor. Dit geldt bijvoorbeeld voor de ruimtelijke reservering voor toekomstige dijkversterkingen of -verleggingen. Voor zover het niet gaat om de bescherming van de waterkering, maar om de bescherming van maatschappelijke functies van het watersysteem kan er wel een toegevoegd waarde zijn voor regulering in het ruimtelijk spoor omdat de waterregelgeving de maatschappelijke functies van het watersysteem niet uitputtend beoogt te reguleren. Vanwege het verschil in afwegingskader zullen de belangen die gemoed zijn met de maatschappelijke functies van het watersysteem bij de vaststelling van een bestemmingsplan niet in dezelfde mate betrokken hoeven te worden als bij de vaststelling van de keur of de verlening van een watervergunning. In het bestemmingsplan en de keur kunnen naar ons oordeel dan ook, ieder vanuit het eigen belangenkader, regels worden gesteld ter bescherming van de bij de maatschappelijke functies betrokken belangen. We adviseren in overleg te treden over de juiste afstemming tussen regulering in het waterspoor en het ruimtelijk spoor met in het bijzonder de gemeente waar een multifunctionele kering is voorzien. Dit overleg kan plaatsvinden in het kader van de watertoets, die in het kader van de voorbereiding van ruimtelijke besluiten moet worden verricht. Ook kan met betrekking tot het overleg met de gemeente op de mogelijkheid

worden gewezen om bij de omgevingsvergunning voor bouwen van een tijdelijk bouwwerk op de waterkering te bepalen dat de vergunninghouder na het verstrijken van een bij die vergunning aangegeven termijn verplicht is de voor de verlening van de omgevingsvergunning bestaande toestand te herstellen.

### De toekomst: de Omgevingswet

De inwerkingtreding van de Omgevingswet zal voor de regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen geen ingrijpende gevolgen hebben. Regulering van multifunctioneel gebruik van waterkeringen in beheer van het waterschap zal op een vergelijkbare wijze in de waterschapsverordening kunnen plaatsvinden. De regelgevende bevoegdheid van het waterschapsbestuur zal immers niet wijzigen. Voor zover er een vergunningplicht voor multifunctioneel gebruik in de waterschapsverordening is opgenomen, zal dit niet langer een watervergunning zijn, maar een omgevingsvergunning voor een wateractiviteit. Het waterschapsbestuur blijft voor deze vergunning het bevoegd gezag en ook het toetsingskader zal inhoudelijk niet wijzigen. Onverenigbaarheid met de huidige doelstellingen van art. 2.1 Wtw zullen ook een dwingende weigeringsgrond vormen voor omgevingsvergunning voor een wateractiviteit.

Ten aanzien van de doelstelling 'vervulling van maatschappelijke functies van het watersysteem' vindt echter wel een wijziging plaats ten opzichte van de huidige situatie. De Omgevingswet stelt namelijk buiten twijfel dat maatschappelijke functies daadwerkelijk aan watersystemen moeten worden toegekend in waterprogramma's. Wij adviseren om hierop vast te anticiperen door dat ook onder het geldende wettelijke regime alvast zo te regelen. In het juni 2017-concept van de Invoeringswet is dit voor wat betreft het *passieve beheer* echter weer ongedaan gemaakt, zodat bij de toepassing van het toetsingskader voor de verlening van omgevingsvergunning voor multifunctioneel gebruik van een waterkering - evenals thans het geval is - moet worden bezien of het watersysteem feitelijk maatschappelijke functies vervult.

Ten aanzien van de *actieve beheertaak* van het waterschapsbestuur geldt dat deze beheertaak beperkt is tot in de waterplannen toegekende maatschappelijke functies aan watersystemen. Dat betekent bijvoorbeeld dat het waterschapsbestuur een projectbesluit kan nemen ten behoeve van uitdrukkelijk aan het watersysteem toegekende maatschappelijke functies van een watersysteem, maar niet ten behoeve van een niet uitdrukkelijke toegekende maatschappelijke functie.

Een relevante wijziging is dat onder de Omgevingswet beschermings- en reserveringszones niet langer in de legger worden aangewezen, maar onderdeel uitmaken van het beperkingengebied voor een waterstaatswerk waarbinnen een vergunningplicht of algemene regels gelden. Het beperkingengebied en de regels die daarbinnen gelden moet worden aangewezen in de waterschapsverordening.

De relatie tussen de waterschapsverordening en het omgevingsplan zal naar ons oordeel geen wezenlijke wijziging ondergaan. De regels ter bescherming van het regionale watersysteem en de primaire waterkeringen zullen op grond van de regelgevende bevoegdheid ex art. 56 en 78 Wsw in de waterschapsverordening worden opgenomen en niet in het omgevingsplan. De huidige jurisprudentielijn van de Afdeling op grond waarvan geen regels in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen ter bescherming van

waterstaatkundige belangen die reeds (uitputtend) door de waterschapsverordening worden beschermd, zal naar ons oordeel dan ook na inwerkingtreding van de Omgevingswet onverkort blijven gelden.

Bij een evenwichtige toedeling van functies aan locaties in het omgevingsplan zal rekening moeten worden gehouden met de randvoorwaarden die daaraan vanuit de waterschapsverordening worden gesteld. In het kader van de watertoets, die ook bij de vaststelling van het omgevingsplan door de waterbeheerder zal blijven worden uitgevoerd, kan het waterschap toetsen of met die waterstaatkundige randvoorwaarden voldoende rekening is gehouden.

### Het privaatrechtelijke spoor

Regulering van multifunctioneel gebruik van keringen kan eveneens aanvullend worden gereguleerd in het privaatrechtelijke spoor. HHNK handelt dan als eigenaar van de kering. Normaliter wordt de eigenaar van de grond ook eigenaar van de op de grond aangebrachte gebouwen en bouwwerken. Het gaat in het privaatrechtelijke spoor om de vestiging van zakelijke rechten zoals een opstalrecht of een recht van erfpacht, of regulering via het contractenrecht. Voor het tot stand komen van zowel een recht van opstal als een recht van erfpacht is inschrijving van de (notariële) vestigingsakte in de openbare registers vereist. Dit heeft tot gevolg dat alle afspraken die omtrent het zakelijk recht gemaakt zijn, openbaar zijn, zodat eventuele beperkingen van het gebruik van de dijk ook voor eventuele opvolgend verkrijgers kenbaar zijn. Voor beide rechten is het mogelijk een bepaling in de vestigingsakte op te nemen dat het zakelijke recht niet overgedragen kan worden zonder toestemming van HHNK. Dit is raadzaam, omdat dit het mogelijk maakt dat bij een eventuele overdracht van het zakelijke recht nog een keer expliciet bepaald kan worden dat de gemaakte afspraken ook gelden voor een opvolgend verkrijger. Ook is het op dat moment mogelijk bestaande afspraken te wijzigen of nieuwe afspraken overeen te komen. Zo wordt de situatie voorkomen dat een opvolgend verkrijger niet op de hoogte zou zijn van de gemaakte afspraken, bijvoorbeeld omtrent het gebruik. Indien een toestemmingsbepaling voor overdracht opgenomen is, kan geen overdracht van het recht plaatsvinden zonder toestemming van HHNK.

De vestiging van een **opstalrecht** (paragraaf 6.1) maakt het mogelijk om regels op te nemen over het gebruik en/of het aanbrengen van de bebouwing, en op te nemen dat onder nader te bepalen omstandigheden de op de dijk aangebrachte bebouwing weggenomen dient te worden. Op deze manier behoudt HHNK de mogelijkheid onder nader te bepalen omstandigheden, afbraak van de bebouwing te vorderen. Belangrijk hierbij is dat in de notariële akte precies geformuleerd wordt in welke situaties wegneming of wijziging van de bebouwing door HHNK gevorderd kan worden. Ook kunnen eventuele vergoedingsverplichtingen of termijnen voor aanzegging van de wegneming hierbij vastgelegd worden of kan afgesproken worden dat hiervoor juist geen vergoedingsplicht voor HHNK bestaat.

Het opstalrecht kan worden gevestigd voor een bepaalde tijd, vanwege een bepaalde vooraf vastgelegde voorwaarde (bijvoorbeeld een noodzakelijke dijkversterking) of door middel van een opgenomen opzeggingsbevoegdheid. In de vestigingsakte kan ook worden opgenomen dat de opstaller bij het einde van het opstalrecht het recht (of de verplichting) heeft de

aangebrachte bebouwing (en beplantingen) weg te halen om de onroerende zaak in oude toestand terug te brengen

De mate waarin het gebruik op grond van het opstalrecht beperkt wordt in de vestgingsakte, heeft uiteraard invloed op de mate waarin het aantrekkelijk is voor bijvoorbeeld een projectontwikkelaar om een dijk te bebouwen. Hierbij speelt met name de financierbaarheid van het opstalrecht een rol; de vraag is in hoeverre een bank bereid is financiering te verlenen voor een opstalrecht dat bijvoorbeeld slechts voor een (zeer) beperkte tijd gevestigd is. De financierbaarheid van opstalrechten is echter te casuïstisch om hierover meer concrete uitspraken te doen. De financiering is zeker niet onmogelijk, maar in het licht van het bovenstaande is het belangrijk mee te nemen dat over het algemeen geldt dat een verregaande inperking van opstalrecht in de vestigingsakte, een negatieve invloed heeft op de financierbaarheid ervan.

Bij het vestigen van een **erfpachtrecht** (paragraaf 6.15) blijft HHNK door natrekking eigenaar van de op de kering geplaatste gebouwen of bouwwerken, omdat alleen het gebruik van de dijk aan een ander wordt gegeven. Ook voor het uitgeven van grond in erfpacht geldt dat beperkingen aan het gebruik gesteld kunnen worden, gelijkend aan de hierboven besproken beperkingen die gesteld kunnen worden bij de vestiging van een opstalrecht. Zo is het onder meer mogelijk het gebruik van de grond door de erfpachter te reguleren, kan de duur van het recht van erfpacht beperkt worden, is het mogelijk te bepalen dat het recht van erfpacht opgezegd kan worden door HHNK en is het mogelijk te bepalen dat het recht van erfpacht niet zonder toestemming van HHNK overgedragen kan worden aan een opvolgend verkrijger.

Regulering van het gebruik van een dijk zou ook plaats kunnen vinden met behulp van **het contractenrecht (paragraaf 6.1.9)**. Het contractenrecht wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, maar kent een grote mate van vrijheid voor partijen, zodat in een huurovereenkomst bijvoorbeeld nadere beperkingen van het gebruik neergelegd kunnen worden. Daarbij kan een vergoeding voor het bijzondere gebruik plaatsvinden door middel van een afgesproken huurbetaling. Voor de totstandkoming van een overeenkomst is geen notariële tussenkomst vereist, wat als voordeel heeft dat zo een overeenkomst relatief snel tot stand kan komen, in vergelijking tot het tot stand komen van een zakelijk recht van opstal of erfpacht. Wij adviseren echter om terughoudend te zijn het gebruik van een dijk door middel van het contractenrecht te reguleren. Het kent namelijk een aantal belangrijke nadelen. Een zakelijk recht kan dienen tot zekerheid ten opzichte van een bank. Dit betekent dat de financiering door een bank bij de uitgifte van een recht van erfpacht en een recht van opstal een belangrijke mogelijkheid biedt om ten opzichte van de bank zekerheid tot terugbetaling van het geleende geld te bieden in de vorm van een hypotheekrecht op het zakelijke recht. Deze mogelijkheid biedt een huurovereenkomst niet. In tegenstelling tot een huurovereenkomst wordt de inhoud van het recht van opstal en het recht van erfpacht beheerst door hetgeen opgenomen is in de vestigingsakte en niet door uitleg van wat partijen bedoelden en de redelijkheid en billijkheid. Dit heeft als achtergrond dat de vestigingsakte van een zakelijk recht ingeschreven is in de openbare registers. Dit betekent dat bijvoorbeeld de beperkingen aan het gebruik die in de openbare registers staan leidend zijn en het niet zo is dat men een beroep kan doen op het argument dat partijen eigenlijk iets anders hadden bedoeld bij de totstandkoming van het zakelijke recht. Dit biedt aan alle partijen meer zekerheid. Bij een huurovereenkomst is de letterlijke tekst van de huurovereenkomst minder van belang omdat de redelijkheid en billijkheid tevens van belang

zijn bij de uitleg van hetgeen opgenomen is in de huurovereenkomst. Dit kan onzekerheid meebrengen voor de positie van HHNK ten opzichte van een eventuele huurder. Ook ten aanzien van de aansprakelijkheid zijn er verschillen bij gebruik van het contractenrecht versus de vestiging van een zakelijk recht (zie paragraaf 6.1.12).

- 3. In hoeverre en op welke wijze kan HHNK juridisch borgen dat de extra kosten die het gevolg zijn van het multifunctioneel gebruik van keringen, o.m. voor het beheer van de kering en voor toekomstige dijkversterkingen, worden gedragen door degene(n) die profijt hebben van het multifunctioneel gebruik, opdat deze kosten niet voor rekening van HHNK komen? Hierbij wordt de bestaande praktijk van het hoogheemraadschap betrokken, dat in watervergunningen en privaatrechtelijke overeenkomsten het risico op toekomstige verwijdering bij de vergunninghouder/contractspartij wordt gelegd. Ook zullen de mogelijkheden van fondswerving en het stellen van financiële voorwaarden aan de watervergunning ter dekking van de extra kosten worden onderzocht.**

#### Financiële voorschriften in de vergunning

Aan de vergunning voor het multifunctioneel gebruik van een kering kunnen financiële voorschriften worden verbonden. Op grond van de jurisprudentie zijn hier voorwaarden aan verbonden, waaronder de voorwaarde dat de betalingsverplichting rechtstreeks moet bijdragen aan de doelstellingen van de Waterwet, waar ook het financiële belang van HHNK onder valt. Het probleem bij deze mogelijkheid om toekomstige kosten bij de vergunninghouder neer te leggen is dat duidelijk moet zijn wat de toekomstige meerkosten vanwege het multifunctionele gebruik precies zijn. Dit is op het moment van vergunningverlening nog niet duidelijk. Evenmin is duidelijk hoe een dergelijke financiële voorwaarde in de vergunning zich verhoudt tot de watersysteemheffing. Aangezien deze financiële voorwaarde wordt gesteld in het kader van de zorg voor het watersysteem, is niet uitgesloten dat dit een onaanvaardbare doorkruising oplevert van de watersysteemheffing (art. 117 Wsw).

#### Onderhoud door de vergunninghouder op grond van de Waterschapswet

Naast voorschriften in vergunningen of algemene regels kan gewezen worden op de mogelijkheid de extra onderhoudskosten die moeten worden gemaakt vanwege het multifunctionele gebruik bij de vergunninghouder te leggen op grond van de onderhoudsplicht op grond van de Waterschapswet. Het waterschap kan dit onderhoud ook namens en op kosten van de gebruiker uit te voeren.

#### Nadeelcompensatie (Hoofdstuk 6)

Wanneer een vergunning moet worden ingetrokken en het gebruik moet worden beëindigd, heeft de initiatiefnemer op grond van art. 7.14 Waterwet het recht om een aanvraag om nadeelcompensatie in te dienen ter vergoeding van zijn schade.

Bij de beoordeling van een aanvraag om nadeelcompensatie komt betekenis toe aan de risicoaanvaarding en het normaal maatschappelijk risico. Het is mogelijk om onder meer via

de vestigingsakte van het opstalrecht, via de publicatie van concrete beleidsvoornemens en via de watervergunning voorzienbaarheid te creëren, op basis waarvan de initiatiefnemer bij aanvang van het project het risico van schade wordt geacht te hebben aanvaard.

Bovendien is het in de jurisprudentie aanvaard dat dijkversterkingen worden beschouwd als normale maatschappelijke ontwikkelingen die – in beginsel - in de lijn der verwachtingen liggen wanneer een initiatiefnemer activiteiten start in de directe nabijheid van een waterkering. De schade van de initiatiefnemer zal om die reden ten minste voor een gedeelte onder het normaal maatschappelijk risico worden gebracht.

De extra kosten die voortvloeien uit de aan derden toe te kennen schadevergoedingen kunnen op grond van art. 7.14 Waterwet, via de watervergunning geheel of gedeeltelijk ten laste worden gebracht van de initiatiefnemer van het multifunctionele gebruik (art. 7.17 Waterwet).

### Privaatrecht

Bij de vestiging van een opstalrecht is het mogelijk de verplichting op te leggen om op al dan niet regelmatige terugkerende tijdstippen een geldsom (retributie) te laten betalen door degene die het gebouw of bouwwerk aanbrengt. Deze retributie kan worden opgelegd zowel voorafgaand aan de bebouwing als in de vorm van een maandelijks of jaarlijkse betalingsverplichting. Op basis van een risicoanalyse kan een inschatting gemaakt worden van eventuele extra kosten die bebouwing van een dijk met zich zou brengen, waarmee rekening kan worden gehouden bij het bepalen van de hoogte van de retributie. Ook is het mogelijk om de gelden die middels de retributie ontvangen worden, te reserveren voor eventuele uit te keren nadeelcompensatie ten gevolge van een toekomstige versterking van de dijk.

Hetzelfde geldt indien de grond uitgegeven wordt in erfpacht. Door middel van een canonverplichting kan aan een erfpachter een betalingsverplichting opgelegd worden op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen.

Wanneer hierover niets opgenomen wordt in de vestigingsakte heeft de erfpachter of opstaller na het einde van het zakelijke recht, recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, die door hemzelf of door zijn rechtsvoorganger zijn aangebracht. HHNK kan echter in de akte opnemen dat er geen vergoedingsrecht is, namelijk:

- 1) indien de grond een andere bestemming had dan woningbouw is het mogelijk in de vestigingsakte op te nemen dat er geen sprake is van een vergoedingsrecht na het einde van het recht; en
- 2) voor zover de gebouwen, werken en beplantingen onverplicht waren aangebracht en ze bij het einde van de erfpacht weggenomen mogen worden.



#### **4. Geen volledig vrije keuze tussen publiekrechtelijk of privaatrechtelijk spoor**

HHNK is niet geheel vrij om te kiezen tussen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke instrumenten. Er zijn twee leerstukken die van invloed op deze keuze. De vraag of het waterschap via het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden (als eigenaar) het multifunctioneel gebruik van waterkeringen kan reguleren wanneer daartoe ook publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, moet worden beantwoord aan de hand van de jurisprudentie over “onaanvaardbare doorkruising” (paragraaf 6.2.1) of “misbruik van bevoegdheid” (paragraaf 6.2.2). De privaatrechtelijke bevoegdheden staan slechts ter beschikking van de overheid wanneer deze volgens het privaatrecht toekomen aan het betrokken openbaar lichaam, dus de rechtspersoon. Meestal gaat het dan om het eigendomsrecht.

De jurisprudentie over onaanvaardbare doorkruising is ontwikkeld in de zogenaamde Windmill-doctrine. Uit het Windmill-arrest kan worden afgeleid dat bij de beoordeling of sprake is van een onaanvaardbare doorkruising wordt meegewogen op welke wijze en in welke mate de belangen van de burgers zijn beschermd. Bovendien is van belang of bij gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid. Deze elementen wijzen in de richting van een voorkeur voor regulering van multifunctioneel gebruik van een waterkering in de watervergunning, indien daarmee een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als met de privaatrechtelijke bevoegdheid. Wanneer regulering via het privaatrecht – net als in de ruimtelijke ordening – een jarenlang bestaande praktijk is, zou echter kunnen worden betoogd dat de wetgever een dergelijke praktijk kennelijk niet heeft willen verbieden en dus (impliciet) toestaat. Dit staat echter niet vast. Op basis van het voorgaande adviseren wij om, waar dat mogelijk is, gebruik te maken van publiekrechtelijke bevoegdheden om multifunctioneel gebruik te reguleren. Daarmee wordt discussie over een mogelijke onaanvaardbare doorkruising voorkomen. Dat betekent echter niet dat het waterschap als eigenaar in het geheel geen gebruik mag maken van haar privaatrechtelijke bevoegdheden.

De jurisprudentie over “misbruik van bevoegdheid” is neergelegd in het arrest Amsterdam-Geschiere. De doorkruisings-doctrine laat onverlet dat de overheid als eigenaar parallel aan eventuele publiekrechtelijke bevoegdheden haar (financieel-economische) eigenaarsbelangen mag behartigen door gebruik te maken van privaatrechtelijke bevoegdheden. De Hoge Raad maakt expliciet onderscheid tussen de publiekrechtelijke bevoegdheden die bij of krachtens de wet zijn toegekend, met het oog op de behartiging van specifieke publiekrechtelijke belangen door een bestuursorgaan en de privaatrechtelijke bevoegdheden die de overheid toekomen op basis van het eigendomsrecht. De financieel-economische belangen die voortvloeien uit de eigenaarspositie van de overheid mogen doorgaans niet meegewogen worden bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Zo mag een waterschap een privaatrechtelijke gebruiksvergoeding vragen voor het (bijzondere) gebruik van het water en de waterbodem waarop een steiger rust. Daarbij is van belang dat de gebruiksvergoeding wordt gebaseerd op een marktconform eigendommenbeleid en dat de positie van de tegenpartij door het aangaan van de privaatrechtelijke gebruiksregeling niet onredelijk wordt verzwaaard. Er is ook enige ruimte voor een privaatrechtelijke toestemming naast een publiekrechtelijk vergunningvereiste. Het gevaar is echter dat de overheid als eigenaar activiteiten die niet geweigerd kunnen worden op grond van het publiekrechtelijke vergunningstelsel alsnog gaat verbieden door privaatrechtelijk toestemming te weigeren. Om te voorkomen dat de overheid op die manier

misbruik maakt van haar bevoegdheid als eigenaar, dient de publiekrechtelijke vergunning als uitgangspunt te worden genomen bij de uitoefening van de eigenaarsbevoegdheden. Een weigering van de privaatrechtelijke toestemming wordt gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW, tenzij sprake is zwaarwegende belangen aan de kant van de overheid die niet reeds in de publiekrechtelijke belangenafweging hadden kunnen worden betrokken.

Dat betekent echter niet dat het waterschap als eigenaar in het geheel geen gebruik mag maken van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden. Een waterschap mag immers als eigenaar een privaatrechtelijk toestemming met specifieke voorwaarden of een gebruiksvergoeding verlangen voor het bijzondere gebruik van haar eigendom, mits de publiekrechtelijke weg niet onaanvaardbaar wordt doorkruist. Wanneer voor het desbetreffende bijzondere gebruik een publiekrechtelijke toestemming, zoals een vergunning, is verleend, kan het volledig weigeren van de privaatrechtelijke toestemming worden gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheid, tenzij de weigering wordt gerechtvaardigd door zwaarwegende (financieel-economische) belangen aan de kant van de overheid.

## **9. Conclusies en aanbevelingen**

Indien HHNK multifunctioneel gebruik van haar keringen wil toestaan dan staan haar verschillende mogelijkheden ter beschikking dit gebruik te reguleren op een wijze die zorg draagt dat aan de veiligheidsdoelstelling wordt voldaan en dat het risico op extra kosten ten gevolge van dit multifunctionele gebruik zo klein mogelijk is. Het gaat daarbij om eigen instrumenten op grond van de Waterwet en de Waterschapswet, in het bijzonder de keur, alsmede mogelijkheden op grond van het privaatrecht. Daarnaast is de afstemming van eigen bevoegdheden van HHNK met bevoegdheden van andere overheden op grond van de Wro van belang. Hierna volgen de belangrijkste conclusies en aanbevelingen ten aanzien van de publiekrechtelijke bevoegdheden van HHNK, de privaatrechtelijke bevoegdheden van HHNK, de gecombineerde inzet van publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden en de mogelijke betekenis van te vergoeden nadeelcompensatie voor het toestaan van een multifunctioneel gebruik van keringen. Afgerond wordt met enige opmerkingen over de afstemming van het water- en het ruimtelijk spoor.

### **9.1 Publiekrechtelijke bevoegdheden en instrumentarium voor HHNK**

Multifunctioneel gebruik kan door het waterschapsbestuur uitsluitend publiekrechtelijke worden gereguleerd in de keur met het oog op de doelstellingen van art. 2.1 lid 1 Waterwet.

Het waterschap heeft een zekere beleidsvrijheid om te bepalen in hoeverre multifunctionele keringen worden toegestaan en onder welke voorwaarden. Die beleidsvrijheid wordt begrensd door de doelstellingen van de Waterwet en de maatschappelijke functies die aan het watersysteem zijn toegekend in nationale en regionale waterplannen en waterbeheerplannen, alsmede de daarbij behorende beleidsregels. Bij het bepalen of en onder welke voorwaarden multifunctioneel gebruik van keringen kan worden toegestaan is van belang dat ook het financiële belang dat HHNK heeft bij het beperken van de kosten voor toekomstige dijkversterkingen deel uitmaakt van de waterveiligheidsdoelstelling. Ook bij het toekennen van maatschappelijke functies bestaat een zekere mate van beleidsvrijheid (bij rijk, provincie en waterschap), alhoewel de rechter het feitelijke gebruik van een watersysteem doorslaggevend acht voor de bepaling welke maatschappelijke functies het watersysteem vervult. Daarom adviseren wij duidelijkheid te verschaffen in de geëigende planvormen van iedere overheid over deze maatschappelijke functies.

Indien HHNK besluit multifunctioneel gebruik van haar keringen toe te staan verdient het aanbeveling dit multifunctionele gebruik door middel van een vergunningplicht te reguleren, zodat vooraf door het waterschapsbestuur kan worden getoetst of het voorgenomen multifunctionele gebruik kan worden toegestaan, en zo ja, onder welke voorwaarden.

Multifunctioneel gebruik van waterkeringen kan alleen worden toegestaan onder de voorwaarden dat 1) dit gebruik niet leidt tot een (verdere) overschrijding van de voor de waterkering geldende veiligheidsnorm, waarbij het financiële belang van HHNK kan worden meegewogen; 2) dit gebruik niet leidt tot een (verdere) overschrijding van de voor het watersysteem geldende chemische en ecologische waterkwaliteitseisen beoordeeld aan de hand van de geldende water- en beheerplannen; en 3) dit gebruik niet onverenigbaar is met de maatschappelijke functies die het watersysteem feitelijk heeft. Met het oog daarop kunnen voorschriften en beperkingen aan de watervergunning worden verbonden.

Aan een watervergunning kan een voorschrift worden verbonden op grond waarvan:

1. (bouw)werken op kosten van de vergunninghouder moeten worden verwijderd, indien dat nodig is voor de uitvoering van dijkversterkingen. Dat laat onverlet dat de watervergunning zal moeten worden ingetrokken of gewijzigd ten gevolge waarvan de vergunninghouder schade kan lijden die op grond van de nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Wtw in aanmerking kan komen;
2. de vergunning slechts geldt voor een bepaalde termijn, waarbij na afloop van de termijn de verplichting voor de vergunninghouder wordt opgenomen om (bouw)werken op eigen kosten ter verwijderen. Na afloop van termijn vervalt de vergunning van rechtswege en bestaat er geen recht op nadeelcompensatie. Het verdient aanbeveling de duur van de gelding van de vergunning af te stemmen op de termijn waarbinnen een dijkversterking wordt voorzien.
3. Aan de vergunning voor het multifunctioneel gebruik van een kering kunnen financiële voorschriften worden verbonden. Op grond van de jurisprudentie zijn hier voorwaarden aan verbonden, waaronder de voorwaarde dat de betalingsverplichting rechtstreeks moet bijdragen aan de doelstellingen van de Waterwet, waar ook het financiële belang van HHNK onder valt. Het probleem bij deze mogelijkheid om toekomstige kosten bij de vergunninghouder neer te leggen is dat duidelijk moet zijn wat de toekomstige meerkosten vanwege het multifunctionele gebruik precies zijn. Ook is onduidelijk hoe een financiële verplichting in de vergunning zich verhoudt tot de watersysteemheffing.

Wanneer multifunctioneel gebruik niet langer verenigbaar is met de doelstellingen van de Waterwet, moet de watervergunning worden ingetrokken, tenzij die onverenigbaarheid kan worden weggenomen door wijziging van de watervergunning. Intrekking of wijziging van de watervergunning ertoe lijden dat HHNK nadeelcompensatie moet betalen aan de vergunninghouder.

Extra onderhoudskosten die het multifunctionele gebruik van de waterkering tot gevolg kan hebben, kunnen worden verhaald door de onderhoudsplicht van het waterstaatwerk deels bij de gebruiker neer te leggen en dit onderhoud namens en op kosten van de gebruiker uit te voeren.

## **9.2 Privaatrechtelijke bevoegdheden en instrumenten voor HHNK**

Op privaatrechtelijk handelen door HHNK zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing (art. 3:14 BW). Multifunctioneel gebruik van een waterkering is bijzonder gebruik van een openbare zaak dat HHNK in de hoedanigheid van eigenaar van de kering niet zonder meer hoeft te dulden. Indien HHNK eigenaar is van de waterkering waarop het multifunctioneel gebruik wil bestaan dat bestaat uit het oprichten van bebouwing, verdient het aanbeveling om een opstalrecht te vestigen. Daarmee wordt voorkomen dat HHNK door middel van natrekking eigenaar wordt, kan HHNK een periodieke retributie vragen voor het gebruik van zijn eigendom, het gebruik of het aanbrengen van bebouwing reguleren en gelden de gemaakte afspraken over het opstalrecht ook voor rechtsopvolgers.

Er zijn drie manieren voor HHNK om het opstalrecht teniet te doen. Dit betreft 1) Het opstalrecht voor bepaalde tijd vestigen, waardoor het na verloop van deze tijd van rechtswege vervalt; 2) Het opstalrecht onder de ontbindende voorwaarde (bijvoorbeeld bij de vaststelling van het projectplan voor de dijkversterking); en 3) Het opnemen van de bevoegdheid voor HHNK in de vestigingsakte om onder bepaalde voorwaarden het opstalrecht op te zeggen. In de vestigingsakte kan worden opgenomen dat de opstaller aangebrachte bebouwing en beplanting van de waterkering verwijderd nadat het opstalrecht is geëindigd.

Indien HHNK eigenaar is van de waterkering en het gaat uitsluitend om multifunctioneel gebruik van de waterkering dat bestaat uit gebruik zonder bebouwing, dan verdient het aanbeveling een recht van erfpacht te vestigen ten behoeve van de gebruiker. Evenals bij het vestigen van een recht van opstal kan HHNK het gebruik van de waterkering reguleren, een erfpachtvergoeding vragen, kan de duur van het recht op vergelijkbare wijze worden beperkt en gelden vastgelegde afspraken over het erfpachtrecht ook te aanzien van rechtsopvolgers.

### **9.3 Afstemming publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden en instrumenten**

Voor zover HHNK de bevoegdheid heeft om publiekrechtelijk op grond van de Waterschapswet in samenhang met de Waterwet het multifunctionele gebruik van waterkeringen te reguleren is het privaatrechtelijk reguleren van multifunctioneel gebruik naar alle waarschijnlijkheid niet mogelijk. Dit levert (waarschijnlijk) een onaanvaardbare doorkruising van de Waterwet op.

Met het oog op de doelstellingen van de Waterwet kan HHNK het gebruik van waterkeringen dan ook niet privaatrechtelijk reguleren, omdat het waterschapbestuur daartoe op grond van het publiekrecht de bevoegdheid heeft en privaatrechtelijke regulering van het gebruik van waterkeringen (waarschijnlijk) een onaanvaardbare doorkruising daarvan zou opleveren.

Het verdient dan ook aanbeveling om het multifunctioneel gebruik van waterkeringen in ieder geval publiekrechtelijk zo sluitend mogelijk te reguleren, zodat daarop kan worden teruggevallen als een privaatrechtelijke beding door de rechter onverhoopt nietig zou worden verklaard wegens een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht.

Voor het multifunctionele gebruik van een waterkering kan HHNK op grond van zijn eigendomsbevoegdheden privaatrechtelijke een marktconforme vergoeding bedingen. Dit levert geen onaanvaardbare doorkruising op van de regeling over precariobelasting (art. 114 Wsw) en ook geen misbruik van bevoegdheid op. Indien HHNK het multifunctionele gebruik van een waterkering uitdrukkelijk privaatrechtelijk heeft toegestaan en dat gebruik uit hoofde van zijn eigendomsrecht dus niet kan weren, is het heffen van precariobelasting niet mogelijk.

Evenmin levert het bedingen van een redelijke (marktconforme) privaatrechtelijke vergoeding door HHNK voor het gebruik van zijn eigendommen een doorkruising op van de regeling voor de watersysteemheffing. HHNK vraagt deze vergoeding immers in de hoedanigheid van eigenaar van de kering en niet in de hoedanigheid van beheerder. De watersysteemheffing ziet daar niet op, zodat van een doorkruising van de Waterschapswet in dat geval überhaupt geen sprake is.

## **9.4 Nadeelcompensatie**

Voor zover verlening van de watervergunning voor multifunctioneel gebruik van een waterkering schade bij derden tot gevolg heeft en het waterschapsbestuur op grond van art. 7.14 Wtw tot nadeelcompensatie moet overgaan, kan de uit te keren nadeelcompensatie op grond van art. 7.17 lid 1 Wtw worden verhaald op de vergunninghouder.

Dijkversterkingen worden in de jurisprudentie aangemerkt als een normaal maatschappelijke ontwikkelingen die in beginsel in de lijn der verwachtingen liggen, zodat de schade ten gevolge van dijkversterkingen in ieder geval deels onder het normaal maatschappelijk risico zijn te brengen.

Het verdient aanbeveling om – bijvoorbeeld in het beheerplan van HHNK - vroegtijdig aan te kondigen dat een waterkering binnen een bepaalde termijn zal moeten worden versterkt, zodat voorzienbaarheid daarvan voor toekomstige gebruikers van de waterkering in het leven wordt geroepen. De wettelijke plicht tot betaling van nadeelcompensatie ten gevolge van de dijkversterking kan daardoor worden voorkomen of zoveel mogelijk worden beperkt. Omdat voorzienbaarheid van een toekomstige dijkversterking ook in het leven kan worden geroepen door een opzeggingsclausule in verband met de toekomstige dijkversterking in een privaatrechtelijke overeenkomst, verdient het aanbeveling voor HHNK om een dergelijke opzeggingsclausule met opzeggingstermijn in privaatrechtelijke overeenkomsten over het multifunctioneel gebruik van waterkeringen op te nemen.

Opzegging van een privaatrechtelijke toestemming voordat de publiekrechtelijke toestemming is ingetrokken, levert naar ons oordeel misbruik van bevoegdheid op. Het recht op nadeelcompensatie kan dan ook niet worden ontnomen door de intrekking van de privaatrechtelijke toestemming door HHNK.

## **9.5 Afstemming met het ruimtelijke spoor**

Naast de eigen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bevoegdheden van HHNK is het ruimtelijk spoor van belang, waar de bevoegdheden zijn toegekend aan rijk, provincie en gemeente. Door middel van overleg en advisering – onder meer in het kader van de watertoets – dient het beleid en het gebruik van instrumenten op grond van het waterbeheer en de ruimtelijke ordening op elkaar te worden afgestemd. Waterstaatkundige belangen dienen op grond van de keur te worden gereguleerd en niet (tevens) in het bestemmingsplan. Wel kunnen in het bestemmingsplan en de keur, ieder vanuit het eigen belangenkader, regels worden gesteld ter bescherming van de bij de maatschappelijke functies van het watersysteem betrokken belangen.

Het verdient aanbeveling dat waterschap en gemeente duidelijke afspraken maken over de ruimtelijke ontwikkelingen die op waterkeringen en aangrenzende beschermings- en reserveringszones nog kunnen worden toegestaan en onder welke voorwaarden. Daarbij heeft het waterschap uiteindelijk het laatste woord, omdat voor deze ruimtelijke ontwikkelingen veelal nog een toestemming van het waterschapsbestuur nodig is. Zonder die toestemming kan de ruimtelijke ontwikkeling niet rechtmatig worden gerealiseerd.

De vraag of en welk multifunctioneel gebruik van de waterkering is toegestaan en onder welke voorwaarden is vaak niet alleen afhankelijk van het waterspoor en het ruimtelijke

spoor, maar ook van andere ter plaatse geldende wettelijke regelingen die beogen verschillende belangen te beschermen en die door verschillende overheden worden uitgevoerd. Met het oog op het creëren van duidelijkheid naar de omgeving over de multifunctionele gebruiksmogelijkheden van de waterkeringen (en aangrenzende beschermingszones), verdient het naar ons oordeel dan ook aanbeveling om gezamenlijk met alle betrokken overheden een integraal beleidskader te ontwikkelen waaruit kan worden afgeleid welke vormen van multifunctioneel gebruik van waterkeringen (en aangrenzende beschermingszones) zijn toegestaan. Omdat de toepasselijke wettelijke kaders per locatie kunnen verschillen, kan ook dat beleidskader per locatie verschillen.