



# JURIDISCHE BORGING ALTERNATIEVE MAATREGELEN VEILIGE VECHT

## Onderzoek in opdracht van waterschap Drents-Overijsselse Delta

Contactpersoon WDOD: Hein van Middelaar, [HeinvanMiddelaar@wdodelta.nl](mailto:HeinvanMiddelaar@wdodelta.nl)

Utrecht University, Centre for Water, Oceans and Sustainability Law

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

Auteurs: M.N. Boeve, W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuijse & H.F.M.W van Rijswick (m.m.v. H. Israël)

*Definitief: 29 maart 2022*

## Inhoudsopgave

<b>1. Inleiding, aanleiding, vraagstelling en structuur</b> .....	4
1.1. Aanleiding onderzoek .....	4
1.2. Alternatieve maatregelen voor dijkversterking .....	4
1.3. Onderzoeksvragen .....	5
<b>Deel I: Juridische uitvoering en instandhouding van alternatieve maatregelen en de vergoeding van daaruit voortvloeiend nadeel</b> .....	<b>9</b>
<b>2. Alternatieve maatregelen: eindverantwoordelijkheid en relatie tot andere opgaven</b> .....	<b>10</b>
2.1. Wie is (eind)verantwoordelijk voor de alternatieve maatregelen? .....	10
2.2. Koppeling van alternatieve maatregelen met andere opgaven .....	11
2.3. Inkadering onderzoek .....	12
<b>3. Juridische titel voor verticale en horizontale waterberging op gronden van derden</b> .....	<b>13</b>
3.1 Inleiding .....	13
3.2 Noodzaak juridische titel gebruik van gronden van derden .....	13
3.3 Publiekrechtelijke titel voor gebruik van gronden van derden .....	14
3.4 Privaatrechtelijke titel voor gebruik gronden van derden .....	14
3.5 Publiek of privaat? .....	17
<b>4. Juridische uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen</b> .....	<b>18</b>
4.1 Inleiding .....	18
4.2 Typen inrichtingsmaatregelen .....	18
4.3 De besluitvorming ten aanzien van inrichtingsmaatregelen .....	20
<b>5. De regulering van grondgebruik in de te inunderen gebieden</b> .....	<b>30</b>
5.1. Regulering van het gebruik op te inunderen gronden die niet zijn aangewezen als bergingsgebied .....	30
5.2 Regulering gebruik te inunderen gronden die zijn aangewezen als bergingsgebied .....	31
5.3 Overlappende regelgeving .....	32
5.4 Onderhoudsplicht voor rechthebbenden .....	33
<b>6. Vergoedingen voor grondgebruik, de aanleg, de instandhouding en de inzet alternatieve maatregelen en de regulering van grondgebruik</b> .....	<b>34</b>
6.1 Nadeelcompensatie .....	34
6.2 Civielrechtelijke schadevergoedingsactie .....	40
6.3 Risico's bij privaatrechtelijke afspraken over vergoedingen .....	42
<b>7. Conclusies: voor- en nadelen van het gebruik van het privaatrechtelijk en publiekrechtelijk instrumentarium</b> .....	<b>48</b>
<b>Deel II: Juridische borging van de bijdrage door alternatieven aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor de primaire waterkering (prestatie-eis).</b> .....	<b>52</b>
<b>8. Inleiding</b> .....	<b>53</b>

<b>9. Samenwerking en afspraken tussen overheden; verschillende typen overeenkomsten</b> .....	53
9.1 Overeenkomsten over bijdrage in de kosten van maatregelen .....	53
9.2 Bevoegdhedenovereenkomsten .....	54
9.3 Convenanten .....	56
9.4 Waterakkoorden .....	57
9.5 Gemeenschappelijke regelingen (op basis van de Wgr) .....	58
9.6 Verplichting tot medewerking? .....	59
<b>10. Publiekrechtelijke mogelijkheden van de provincie om medewerking van gemeenten en waterschappen af te dwingen</b> .....	59
10.1 Waterspoor: provinciale instructieregels en instructies.....	59
10.2 Waterspoor Omgevingswet: provinciale instructies en instructieregels.....	60
10.3 Ruimtelijke spoor: provinciale instructies, instructieregels en reactieve aanwijzingen.....	61
10.4 Ruimtelijke spoor onder de Omgevingswet.....	66
10.5 De provincie als gebiedsregisseur: een wettelijke taak onder de Omgevingswet .....	67
10.6 Het landinrichtingsinstrumentarium van gedeputeerde staten .....	68
10.7 Bestuursovereenkomsten als alternatief instrument voor verticale beleidsdoorwerking...	69
<b>11. Afspraken tussen overheden en particulieren</b> .....	70
11.1 Inleidende opmerkingen en aandachtspunten.....	70
11.2 Overeenkomsten.....	71
11.3 Groene en Blauwe diensten.....	75
11.4 Kwalitatieve verplichting.....	76
11.5 Beperkte rechten .....	76
11.6 Vrijwillige eigendomsoverdracht (door koop of ruil).....	78
<b>12. Conclusie deel II</b> .....	80

## 1. Inleiding, aanleiding, vraagstelling en structuur

### 1.1. Aanleiding onderzoek

Uit onderzoek blijkt dat de Vechtdijken tussen Dalfsen en Zwolle onvoldoende sterk zijn om Dalfsen en Zwolle in de toekomst te beschermen tegen overstromingen. Waterschap Drents Overijsselse Delta (hierna: WDODelta) verkent van 2020 tot 2023 welke mogelijke alternatieven er zijn om de Vechtdijken te versterken voor de toekomst. Daarbij wordt niet alleen verkend op welke wijze de dijken zelf versterkt kunnen worden, maar wordt eveneens verkend welke alternatieve maatregelen binnen het stroomgebied van de Vecht zouden kunnen worden getroffen om het overstromingsrisico op het wettelijk vereiste niveau te brengen. Uit onderzoek blijkt namelijk dat ook zogenoemde ‘watersysteemmaatregelen’<sup>1</sup> daaraan kunnen bijdragen. De idee is dat dijkversterkingsmaatregelen door het treffen van dergelijke alternatieve maatregelen op sommige locaties minder ingrijpend hoeven te zijn en dat deze bovendien kunnen bijdragen aan de verwezenlijking van andere doelstellingen in het riviergebied, zoals ruimtelijke kwaliteit, natuur, recreatie en klimaatbestendigheid.

### 1.2. Alternatieve maatregelen voor dijkversterking

De combinatie van dijkversterkingen en andere maatregelen biedt de mogelijkheid om kansen en ontwikkelingen in het gebied mee te nemen en wordt momenteel door WDODelta binnen de waterveiligheidsopgave onderzocht als een kansrijk alternatief. De volgende alternatieve maatregelen worden daarbij worden in dat kader verder uitgewerkt:

#### 1) Vasthouden in stroomgebied

- Vasthouden op maaiveld in veenontginningen
- Vasthouden op maaiveld in beekdalen
- Vasthouden in haarvaten (maaibeheer Vechtstromen)

#### 2) Afremmen door vasthouden in de flanken langs de Vecht

- In de flanken bovenstrooms
- In de flanken benedenstrooms

#### 3) Rivierverruiming Dalfsen – Zwolle

- Nevengeulen

Het Utrecht University Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (hierna: UCWOSL) werd bij mail van 7 september 2021 verzocht om te onderzoeken in hoeverre en op welke wijze deze maatregelen juridisch kunnen worden geborgd, opdat deze maatregelen ook daadwerkelijk kunnen

---

<sup>1</sup> Wij hanteren in het vervolg niet de term ‘watersysteemmaatregelen’, omdat deze term gelet op wettelijke terminologie verwarring kan oproepen. De maatregelen die opdrachtgevers voor ogen hebben zijn namelijk niet alleen maatregelen die kunnen worden getroffen in het watersysteem als bedoeld in art. 1.1 lid 1 Waterwet (een samenhangend geheel van een of meer oppervlaktewaterlichamen en grondwaterlichamen, met bijbehorende bergingsgebieden, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken). Het kan ook gaan om (ruimtelijke) maatregelen buiten het watersysteem, zoals privaatrechtelijke afspraken met grondeigenaren over het gebruik van gronden voor waterberging of de ophoging van gronden om bebouwing en andere gronden te beschermen tegen (extra) inundatie, voor zover de gronden niet worden aangewezen als bergingsgebied. De kern is dat de maatregelen een alternatief zijn voor dijkversterkingsmaatregelen. Daarom zullen wij in dit rapport de term ‘alternatieve maatregelen’ hanteren.

worden ingezet om de kering aan de daarvoor geldende veiligheidsnorm te laten voldoen en als alternatief te kunnen worden uitgeruild met dijkversterkingsmaatregelen.

Tevens is verzocht om daarbij in te gaan op de gevolgen van deze juridische borging voor het recht op nadeelcompensatie of schadevergoeding voor derden die daardoor worden benadeeld. De beoogde maatregelen en daaraan gekoppelde vragen zijn nader toegelicht in een overleg op 5 oktober en 7 november 2021.

### 1.3. Onderzoeksvragen

De centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek luidt als volgt:

**Hoe kan de uitvoering, instandhouding en effectiviteit (prestatie-eis) van alternatieve maatregelen voor dijkversterkingsmaatregelen en de bijdrage die daarmee moet worden geleverd aan het voldoen aan de wettelijke veiligheidsnorm voor primaire waterkeringen juridisch worden verankerd, opdat deze alternatieve maatregelen (binnen het HWBP) kunnen worden uitgeruild met dijkversterkingsmaatregelen, en in hoeverre hebben grondgebruikers recht op vergoeding van nadeel en/of schade die daaruit voortvloeit?**

Het onderzoek bestaat uit 2 delen: I) de juridische uitvoering en instandhouding van alternatieve maatregelen en de vergoeding van daaruit voortvloeiend nadeel; en II) de juridische borging van de bijdrage die deze maatregelen moeten leveren aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor de primaire waterkering.

#### ***Deel I: Juridische uitvoering en instandhouding van alternatieve maatregelen en de vergoeding van daaruit voortvloeiend nadeel***

In het eerste deel wordt de vraag beantwoord hoe de uitvoering en instandhouding van hierboven genoemde alternatieve maatregelen juridisch kunnen worden vormgegeven en welke overheid daartoe bevoegd is. In overleg met de opdrachtgever zal verruwing als maatregel om de afvoer te vertragen daarbij buiten beschouwing blijven. Voor de maatregel rivierverruiming (nevengoulen), die al veelvuldig is toegepast, zal worden volstaan met de verwijzing naar het gebruikelijke juridische instrumentarium dat daarvoor beschikbaar is.

Bovendien wordt de vraag beantwoord of, in hoeverre en op grond waarvan grondgebruikers een recht op vergoeding van eventuele nadelige gevolgen van de uitvoering van deze alternatieven kunnen hebben en welke overheid gehouden is tot de uitkering van een eventuele vergoeding. Tot slot zal in dit deel (op hoofdlijnen) de vraag worden beantwoord wat de juridische risico's zijn van het toekennen van vergoedingen aan grondgebruikers die de hoogte te boven gaan van datgene waartoe de overheid in rechte verplicht is.

Het onderzoek naar de juridische borging van de alternatieve maatregelen zal primair gericht zijn op bovengenoemde maatregelen. Deze maatregelen hebben gemeen dat ze erop gericht zijn om in *extreme bovennormatieve situaties* water te bergen en vast te houden op *gronden gelegen buiten het watersysteem*. Dat de gronden in bovennormatieve omstandigheden inunderen, wil niet zeggen dat deze onderdeel uitmaken van het watersysteem en dat het waterschapsbestuur het water op die gronden langer mag vasthouden en/of grotere delen van gronden bewust laat inunderen om benedenstroomse waterkeringen aan de waterveiligheidsnormen te laten voldoen. De gronden die in een bovennormatieve situatie onder water lopen behoren immers niet zonder meer tot

bergingsgebied of oppervlaktewaterlichaam.<sup>2</sup> Waterstaatwerken zullen op de legger moeten worden aangewezen om deel uit te maken van het watersysteem. Het bergen en vasthouden van water binnen het watersysteem zelf is in dergelijke situaties namelijk niet meer mogelijk, omdat het watersysteem ten gevolge van de extreme bovennormatieve situatie al verzadigd is en het water daardoor buiten het watersysteem is getreden (of zou kunnen treden). Het gaat dus steeds alleen om bovennormatieve situaties (extreme situaties). Uitgangspunt is dat het treffen van alternatieve maatregelen niet leidt tot overschrijding van de normen die gelden voor de bergings- en afvoercapaciteit van het regionale watersysteem en regionale waterkeringen. Dat wil bijvoorbeeld zeggen dat een maatregel die zorgt voor een vertraging van de waterafvoer (bijv. door het afknippen van duikers), waardoor het water langer kan worden vastgehouden, niet tot gevolg mag hebben dat het watersysteem niet meer aan de daarvoor geldende normen voor de bergings- en afvoercapaciteit voldoet.

Bij het bergen en vasthouden van water zijn twee gevallen te onderscheiden:

1. Water wordt geborgen en (langer) vastgehouden buiten het watersysteem (binnendijks) op gronden die in de extreme bovennormatieve situatie reeds zijn geïnuundeerd (verticale berging); en
2. Water wordt geborgen en (langer) vastgehouden buiten het watersysteem (binnendijks) op gronden die in de extreme bovennormatieve situatie nog niet zijn geïnuundeerd (horizontale en verticale berging).<sup>3</sup>

In beide gevallen moeten *maatregelen* worden getroffen die *het watersysteem wijzigen* ten opzichte van de toestand die is omschreven in de legger in de zin van art. 5.1 lid 1 Wtw<sup>4</sup> (watersysteemmaatregelen).<sup>5</sup> Het gaat bij deze watersysteemmaatregelen bijvoorbeeld om het plaatsen van regelwerken in waterkeringen en versmalling van duikers, waarmee de waterafvoer kan worden vertraagd en het water langer kan worden vastgehouden op het maaiveld (afvoermaatregelen). Ook kan het gaan om het verlagen van ‘overgedimensioneerde’ waterkeringen, waardoor een overlaat ontstaat waarmee het water vanuit het watersysteem kan worden geborgen op binnendijkse gronden (bergingsmaatregelen) en aldaar kan worden vastgehouden door het treffen van eerdergenoemde afvoermaatregelen. Voorwaarde voor de toepassing van deze maatregel is vanzelfsprekend wel dat de waterkering ook na verlaging aan de daarvoor geldende veiligheidsnorm blijft voldoen.

Naast watersysteemmaatregelen zijn ook andere maatregelen nodig om te voorkomen dat het bergen en vasthouden van extra water op binnendijkse gronden wateroverlast oplevert voor kapitaalintensief gebruikte gronden en de zich daarop bevindende gebouwen en andere objecten (beschermingsmaatregelen). Deze beschermingsmaatregelen beogen deze buiten de te inunderen gebieden gelegen gronden, bouwwerken en objecten te beschermen tegen overstroming of wateroverlast. Bij dergelijke beschermingsmaatregelen gaat het voornamelijk om de ophoging van gronden. Met behulp van beschermingsmaatregelen wordt het te inunderen gebied fysiek begrensd

---

<sup>2</sup> Deze gronden kunnen niet behoren tot een oppervlaktewaterlichaam, omdat uit de wettelijke begripsomschrijving van het begrip oppervlaktewaterlichaam en de uitleg die de Afdeling bestuursrecht aan dit begrip heeft gegeven is vereist dat er een normaal ecosysteem in een water aanwezig is en dat het water in verbinding staat met een of meer oppervlaktewaterlichamen. Zie ABRvS 20 november 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AF0836 en ABRvS 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5629.

<sup>3</sup> Hier merken wij nog op dat verticale berging in extreme bovennormatieve situaties in veel gevallen ook horizontale berging zal opleveren.

<sup>4</sup> Art. 2.39 Ow.

<sup>5</sup> De term watersysteemmaatregel zullen wij reserveren voor maatregelen met betrekking tot het watersysteem in de zin van art. 1.1 lid 1 Wtw.

door een grondwal of -ophoging en kan de inundatie van gronden in extreme bovennormatieve situaties dus worden beperkt tot het gewenste gebied.

Het uitvoeren en in stand houden van de alternatieve maatregelen voor dijkversterkingsmaatregelen kan nadelige gevolgen hebben voor grondeigenaren in de betreffende gebieden. Zo kunnen de maatregelen tot gevolg hebben dat langduriger meer water op (grotere delen van) hun gronden wordt geborgen of vastgehouden. Ook kunnen hun gronden door de verlaging van overgedimensioneerde waterkeringen, waarbij de kering aan de wettelijke veiligheidsnorm blijft voldoen, feitelijk in mindere mate dan voorheen beschermd worden (permanente verlaging feitelijke beschermingsniveau). De vraag is in hoeverre de permanente verlaging van het feitelijke beschermingsniveau is toegelaten. Voor beide typen nadelige gevolgen geldt de vraag in hoeverre en onder welke voorwaarden grondeigenaren recht hebben op schadevergoeding of nadeelcompensatie. Overheden kunnen ook proberen vooraf en tegen een vergoeding afspraken te maken met grondeigenaren over het gebruik en de inzet van hun gronden voor de aanleg, instandhouding en de inzet van de alternatieve maatregelen. De vraag is wat juridische risico's zijn als de overheid hogere vergoedingen toekent aan grondeigenaren dan waartoe de overheid juridisch verplicht is (bijv. op grond van nadeelcompensatieregelingen).

In deel I van het onderzoek zullen de volgende onderzoeksvragen worden beantwoord:

- 1. Welke besluiten van welke bestuursorganen zijn nodig om de alternatieve maatregelen die gericht zijn op het bergen en vasthouden van water op binnendijkse gronden buiten het watersysteem uit te voeren en in stand te houden?**
- 2. In hoeverre en op grond waarvan hebben grondgebruikers recht op vergoeding van de schade die zij lijden ten gevolge van de uitvoering en instandhouding van deze alternatieve maatregelen en welke overheid dient deze schade te vergoeden?**
- 3. Wat zijn de juridische risico's van het toekennen van vergoedingen aan grondeigenaren voor de uitvoering en instandhouding van alternatieve maatregelen, voor zover de overheid daartoe niet juridisch verplicht is?**

Onderzoeksvragen 1 en 2 zullen per alternatieve maatregel worden beantwoord.

### ***Deel II: Juridische borging van de bijdrage door alternatieven aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor de primaire waterkering (prestatie-eis).***

In het tweede deel wordt de vraag beantwoord op welke wijzen juridisch kan worden vastgelegd dat de alternatieve maatregelen ook daadwerkelijk worden getroffen, worden onderhouden en voldoende effectief zijn. Dat is van belang, omdat de uitvoering van deze alternatieven de rechtvaardiging zijn voor een minder ingrijpende dijkversterking of zelfs dijkverlaging. Als de alternatieven niet worden uitgevoerd, niet worden onderhouden of gehandhaafd of onvoldoende effect sorteren, betekent dat immers dat de waterkering niet aan de veiligheidsnorm zal voldoen en dus alsnog (ingrijpender) moet worden versterkt. Van belang is dan ook dat juridisch wordt geborgd dat de alternatieve maatregelen ook op langere termijn de beoogde bijdrage - in termen van waterstandsverlaging/verkleining van de belasting - leveren aan het bereiken van de waterveiligheidsnorm voor de betreffende primaire keringen.

Uiteindelijk zal de uitvoering van een pakket van zowel dijkversterkingsmaatregelen als alternatieve maatregelen ervoor moeten zorgen dat aan de veiligheidsnorm voor de primaire waterkeringen op het betreffende traject wordt voldaan. In het kader van dit onderzoek zal de vraag worden beantwoord op welke wijze juridisch kan worden geborgd 1) dat de alternatieve maatregelen voor

dijkversterkingsmaatregelen daadwerkelijk worden uitgevoerd en in stand worden gehouden en 2) dat deze maatregelen de beoogde bijdrage aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor de primaire waterkering ook daadwerkelijk leveren.

Om deze doelen te bereiken zullen afspraken moeten worden gemaakt tussen overheden onderling en tussen overheden en private partijen. De betrokken overheden zullen afspraken moeten maken over welke overheid verantwoordelijk is voor de uitvoering en instandhouding van welke maatregel(en). Voor de uitvoering en instandhouding van het maatregelenpakket zijn voorts besluiten van verschillende overheidsorganen nodig. Ook daarover zullen overheden (juridisch afdwingbare) afspraken moeten maken, bijvoorbeeld over welke overheid op welk moment welk besluit neemt. Met private partijen (grondeigenaren, Staatsbosbeheer (SBB), Overijssels Landschap) dienen bijvoorbeeld afspraken te worden gemaakt over het gebruik van gronden, de uitvoering van maatregelen en eventueel onderhoud of de instandhouding van maatregelen. De vraag is hoe de afspraken tussen overheden onderling dan wel tussen overheden en private partijen juridisch (bindend) kunnen worden verankerd, opdat met de uitvoering van het maatregelenpakket als geheel aan de veiligheidsnorm voor de primaire waterkering wordt voldaan.

In deel II van het onderzoek zullen de volgende onderzoeksvragen worden beantwoord:

- 4. Op welke wijze(n) kan de bijdrage van alternatieve maatregelen aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor de primaire waterkeringen (prestatie-eis) en de afspraken daarover *tussen overheden onderling* juridisch (bindend) worden verankerd? Wat zijn de voor- en nadelen van de verschillende mogelijkheden?**
- 5. Op welke wijze(n) kunnen de afspraken over de bijdrage van alternatieve maatregelen aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor de primaire waterkeringen (prestatie-eis) *tussen overheden en private partijen*, zoals SBB of Landschap Overijssel, juridisch (bindend) worden verankerd? Wat zijn de voor- en nadelen van de verschillende mogelijkheden?**



## Deel I: Juridische uitvoering en instandhouding van alternatieve maatregelen en de vergoeding van daaruit voortvloeiend nadeel

## 2. Alternatieve maatregelen: eindverantwoordelijkheid en relatie tot andere opgaven

Voordat de hierboven gepresenteerde vragen kunnen worden beantwoord, is het van belang om in kaart te brengen wie (eind)verantwoordelijk is voor het treffen van de alternatieve maatregelen en wat de relatie van dergelijke maatregelen is ten opzichte van andere beleidsopgaven. Dit is van belang met het oog op de inkadering van de onderzoeksvragen en het onderzoek als zodanig. Het onderzoek richt zich immers primair op de mogelijkheden (verantwoordelijkheden en bevoegdheden) van de beheerder om de alternatieve maatregelen te (laten) uitvoeren en in stand te (laten) houden.

### 2.1. Wie is (eind)verantwoordelijk voor de alternatieve maatregelen?

De alternatieve maatregelen worden bovenstrooms genomen om een ingrijpende(re) dijkversterking benedenstrooms te voorkomen. Doel van deze maatregelen is dan ook om de benedenstrooms gelegen primaire waterkeringen aan de veiligheidsnorm te laten voldoen. Het waterschap is beheerder van deze primaire waterkeringen, zodat de maatregelen worden getroffen in het kader van de beheertaak van het waterschap. Het waterschap is dan ook eindverantwoordelijk voor de uitvoering, instandhouding en inzet van deze alternatieve maatregelen. In dit geval moeten de alternatieve maatregelen in het beheergebied van een ander waterschap worden getroffen ten behoeve van het bereiken van de veiligheidsnormen voor primaire waterkeringen in een ander waterschap. Dat betekent dat er tussen beide waterschappen afspraken moeten worden gemaakt. Op welke wijze die afspraken kunnen worden geborgd, zal in deel II aan de orde komen.<sup>6</sup>

In juridisch opzicht moet deze constructie worden onderscheiden van het beleidsconcept 'meerlaagse veiligheid' (slimme combinaties). Bij meerlaagse veiligheid dragen maatregelen uit de eerste (waterkering), de tweede (ruimtelijke maatregelen) en de derde laag (calamiteitenbestrijding) tezamen bij aan het bereiken van een overkoepelend veiligheidsdoel, namelijk het bieden van een basisbeschermingsniveau.<sup>7</sup> Het risico wordt in dit geval uitgedrukt als een individuele jaarlijkse kans om te overlijden door een overstroming. Dit risico is vastgesteld op maximaal 1/100.000 (10-5).<sup>8</sup> Dit basisbeschermingsniveau is een minimumbeschermingsniveau en lokaal of regionaal kan een hoger beschermingsniveau worden gehanteerd.<sup>9</sup> Het basisbeschermingsniveau kan echter *niet* gelijkgesteld worden met de uiteindelijk voor primaire keringen geldende veiligheidsnorm. Het basisbeschermingsniveau is een beleidsdoelstelling waarmee het gewenste beschermingsniveau wordt uitgedrukt en aan de hand waarvan de concrete veiligheidsnorm voor waterkeringen wordt berekend, waarbij maatregelen in de tweede en derde laag eveneens kunnen worden betrokken.<sup>10</sup> Anders dan bij het beleidsconcept meerlaagse veiligheid (slimme combinaties), is het in dit geval de bedoeling dat de alternatieve maatregelen worden getroffen met het oog op het bereiken van de veiligheidsnorm voor primaire waterkeringen (eerste laag) en niet ten behoeve van een zelfstandige veiligheidsdoelstelling voor de ruimtelijke ordening (tweede laag) of calamiteitenbeheer (derde laag).

---

<sup>6</sup> Daarbij kan worden gedacht aan bestuursovereenkomsten, waterakkoorden of een gemeenschappelijke regeling op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen.

<sup>7</sup> Zie uitvoeriger Gilissen, H. K., Groothuijse, F. A. G., van Doorn-Hoekveld, W., & van Rijswijk, H. F. M. W. (2017). De nieuwe systematiek van veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen: niet eenvoudiger, wel beter. Tijdschrift voor Bouwrecht, 2017(9), 946-657 en Gilissen, H. K., Groothuijse, F. A. G., Korsse, D., & van Rijswijk, H. F. M. W. (2016). Een wettelijke voorziening voor 'Slimme Combinaties': Rapportage voor het Ministerie van Infrastructuur en Milieu. Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, Utrecht University.

<sup>8</sup> Dit betekent dat iedereen in Nederland achter een primaire waterkering uiterlijk in 2050 een maximale jaarlijkse kans van 0,001 procent (= 1/100.000 = 0,00001 = 10-5) heeft om te overlijden door een overstroming.

<sup>9</sup> Zie Kamerstukken II 2015/16, 34 436, nr. 3, p. 8.

<sup>10</sup> Zie Deltaprogramma 2015 (Kamerstukken II 2014/15, 34 000 J, nr. 4 (bijlage)). Deze beleidsdoelstelling is ook expliciet opgenomen in de considerans bij de Wijzigingswet. Zie overigens ook Kamerstukken II 2011/12, 27 625, nr. 262 (Motie Van Veldhoven/Lucas, 17 april 2012).

De maatregelen worden dan ook getroffen in het kader van de uitoefening van de reguliere beheertaak van het waterschap om ervoor te zorgen dat de primaire waterkeringen in zijn beheer aan de daarvoor geldende veiligheidsnorm voldoen. Dat maakt dat de beheerder van de primaire keringen verantwoordelijk is voor de uitvoering, instandhouding en inzet van de alternatieve maatregelen en de financiering daarvan.

## 2.2. Koppeling van alternatieve maatregelen met andere opgaven

Bij het ontwerpen van de alternatieve maatregelen wordt bezien of en op welke wijze deze kunnen worden gekoppeld met andere opgaven in het gebied, zoals mogelijkheden voor natuurontwikkeling, de energietransitie, droogtebestrijding en zoetwatervoorraad voor de landbouw. Bij het koppelen van opgaven is het voor het gebruik van het juridisch instrumentarium door het waterschapsbestuur van belang dat de reikwijdte daarvan beperkt is tot de uitvoering van de wettelijke taak van het waterschap.

Het waterschapsbestuur kan zijn juridisch instrumentarium dan ook uitsluitend inzetten ten behoeve van de zorg voor het watersysteem<sup>11</sup> gericht op de doelstellingen van het waterbeheer.<sup>12</sup> Die doelstellingen zijn het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met het beschermen en verbeteren van de chemische en ecologische kwaliteit van die watersystemen en de vervulling van de op grond van deze wet aan die watersystemen toegekende maatschappelijke functies.<sup>13</sup> Voor zover de te koppelen opgaven niet tot het watersysteembeheer behoren, kan het waterschapsbestuur deze opgaven dan ook niet meenemen in de besluitvorming en zal besluitvorming van andere overheden, met name het gemeente- of provinciebestuur noodzakelijk zijn.

Indien een alternatieve maatregel bijvoorbeeld gekoppeld wordt aan de realisering van zonne- of windparken in het kader van de energietransitie, dan kan de realisering van deze zonne- of windparken niet worden meegenomen in de (project)besluitvorming van het waterschapsbestuur over de aanleg van een bergingsgebied of de wijziging van een ander waterstaatswerk.<sup>14</sup> De realisering van wind- en zonneparken met het oog op de energietransitie geschiedt immers niet met het oog op de doelstellingen van het waterbeheer en behoort daarom ook niet tot wettelijke taak van het waterschapsbestuur. Een projectbesluit van het waterschapsbestuur kan dan ook niet zien op de realisering van dergelijke zonne- en windenergieprojecten. Voor de realisering van zonne- en windparken zal in dat geval een inpassingsplan respectievelijk een projectbesluit van het provinciebestuur of een omgevingsplanwijziging respectievelijk een bestemmingsplanwijziging<sup>15</sup> van het gemeentebestuur nodig zijn. Er kan wel worden gekozen voor één besluitvormingstraject voor de beide projecten, maar in dat geval is het provinciebestuur bevoegd tot projectbesluitvorming en niet het waterschapsbestuur.

---

<sup>11</sup> Art. 2 lid 1 Wschw.

<sup>12</sup> In de Waterwet zijn deze doelstellingen opgenomen in art. 2.1 lid 1 Waterwet.

<sup>13</sup> Zie de omschrijving van het begrip 'beheer van watersystemen' in art. 1.1 lid 1 jo. bijlage Ow. Deze begripsomschrijving is grotendeels ontleend aan de begripsomschrijving van 'beheer' in art. 1.1 van de Waterwet. De volgende definitie wordt in de Omgevingswet gehanteerd: 'beheer van watersystemen: samenstel van aan watersystemen verbonden taken, gericht op het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met het beschermen en verbeteren van de chemische en ecologische kwaliteit van die watersystemen en de vervulling van de op grond van deze wet aan die watersystemen toegekende maatschappelijke functies.'

<sup>14</sup> Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de woningbouwopgave. Ook woningbouw kan het waterschapsbestuur vanwege de functionele beperking van zijn bevoegdheden niet meenemen in zijn besluitvorming.

<sup>15</sup> Het kan ook gaan om een buitenplanse afwijkingvergunning.

### 2.3. Inkadering onderzoek

Op grond van bovenstaande is duidelijk geworden dat het waterschap juridisch gezien verantwoordelijk is voor de alternatieve maatregelen, maar dat die verantwoordelijkheid zich niet uitstrekt over de realisering van buiten de beheertaak gelegen beleidsopgaven. Dit levert een belangrijke inkadering van het onderzoek op. De vraag die in dit deel centraal staat is derhalve op welke wijze het waterschapsbestuur juridisch kan borgen dat de alternatieve maatregelen worden uitgevoerd, in stand gehouden en ook daadwerkelijk (kunnen) worden ingezet. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen:

- 1) De juridisch titel voor het gebruik maken van de gronden van derden ten behoeve van de extra verticale en horizontale berging van water;
- 2) De uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen, zoals de aanleg van regelwerken (in – en uitlaatwerken), stuwen, overlaten en maatregelen die moeten voorkomen dat bebouwing of gronden bij de inzet van de alternatieve maatregelen onder water lopen (beschermingsmaatregelen), zoals ophoging van gronden of de aanleg van kades;
- 3) De inzet van de alternatieve maatregelen op het moment dat dit nodig is; en
- 4) De regulering van de gebruiksmogelijkheden van de gronden die worden ingezet voor de extra verticale en horizontale waterberging om bebouwing of andere ongewenste vormen van grondgebruik te voorkomen.

In dit deel wordt onderzocht of en in hoeverre het waterschapsbestuur zijn privaatrechtelijke en/of publiekrechtelijke bevoegdheden kan (of moet) inzetten voor de juridische borging van het gebruik van de gronden van derden door het waterschapsbestuur voor waterberging, de uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen, de daadwerkelijke inzet van alternatieve maatregelen en de regulering van het grondgebruik in inunderende gebieden. Tevens zal daarbij worden ingegaan op de vergoedingen die het waterschapsbestuur kan respectievelijk moet betalen voor de inzet van de bevoegdheden. Afsluitend zullen in dit deel voor- en nadelen van het privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke instrumentarium in kaart worden gebracht.

### 3. Juridische titel voor verticale en horizontale waterberging op gronden van derden

#### 3.1 Inleiding

In het stroomgebied van de Vecht worden uiteenlopende alternatieve maatregelen onderzocht. Zo onderzoekt men de mogelijkheid om water vast te houden in het stroomgebied (in veenontginningen en beekdalen) en in de bovenstroomse flanken langs de Vecht, Daarnaast overweegt men het nemen van rivierverruimende maatregelen (nevengeulen). Deze stroomopwaartse maatregelen beogen de afvoer- en bergingscapaciteit van het (hoofd)watersysteem te vergroten met als doel een alternatief te bieden voor dijkversterkingen stroomafwaarts.<sup>16</sup> Een aantal maatregelen voorziet in het langer vasthouden van water op gronden van derden. Het waterschapsbestuur zal daarvoor tijdelijk de gronden van derden moeten gebruiken.

#### 3.2 Noodzaak juridische titel gebruik van gronden van derden

Voor zover het waterschapsbestuur de gronden van derden wil inzetten ten behoeve van zijn beheertaak, zal het daarvoor een juridische titel voor handen moeten hebben. Aangezien bij de inzet van alternatieve maatregelen de veronderstelling is dat het watersysteem aan de geldende normen voldoet, zal de grondeigenaar de inundatie van zijn gronden ten gevolge van extreme bovennormatieve situaties, waarop het watersysteem niet berekend hoeft te zijn, in beginsel moeten dulden. Als het watersysteem aan de daarvoor geldende normen voldoet, heeft het waterschapsbestuur immers in beginsel aan zijn wettelijke zorgplicht voldaan en daarmee zijn beheertaak vervuld. Voor inundatie van gronden ten gevolge van een extreme bovennormatieve situatie is dan ook geen juridische titel vereist, tenzij die inundatie het gevolg is van een actieve overheidshandeling in het kader van calamiteitenbestrijding, zoals het doorsteken van een dijk. In dat laatste geval dient de juridische titel voor deze handeling te worden gezocht in het noodrecht.<sup>17</sup>

Een grondeigenaar hoeft de extra verticale en horizontale berging van water op zijn gronden *vanwege de inzet van alternatieve maatregelen* echter niet zonder meer te dulden. Het gebruiken van gronden van derden voor waterberging ter behartiging van de waterbeheertaak zonder juridische titel levert een onrechtmatige aantasting van zijn eigendom – en daarmee een onrechtmatige overheidsdaad – op. De schade die daarvan het gevolg is, zal door het waterschap moeten worden vergoed. De gronden van derden worden in dat geval immers ingezet om benedenstrooms gelegen waterkeringen te laten voldoen aan de daarvoor geldende veiligheidsnorm, waarvoor het waterschapsbestuur als beheerder verantwoordelijk is. Voor de rechtmatige inzet van de gronden van derden voor de extra verticale en horizontale waterberging in het kader van de inzet van alternatieve maatregelen, die worden getroffen ter voldoening aan de voor benedenstrooms gelegen waterkeringen geldende veiligheidsnormen, zal dan ook een juridische titel moeten bestaan.

Die titel kan privaatrechtelijk of publiekrechtelijk van aard zijn. De verantwoordelijke overheid kan met grondeigenaren (privaatrechtelijk) overeenkomen dat de overheid hun gronden in extreme bovennormatieve situaties tegen een bepaalde (financiële) vergoeding mag inzetten voor extra verticale en horizontale waterberging en dit in een overeenkomst vastleggen. Daarbij staat contractvrijheid van partijen voorop, met dien verstande dat de overheid wel gebonden is aan de geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.<sup>18</sup> Een grondeigenaar kan vanwege die

---

<sup>16</sup> Wij gaan er in ons onderzoek vanuit dat de beoogde maatregelen technisch haalbaar zijn en dat daarmee de wettelijke waterveiligheidsdoelstellingen binnen het gehele gebied worden behaald. Ons onderzoek beperkt zich, met andere woorden, tot de juridische uitvoeringsaspecten van deze (alternatieve) maatregelen.

<sup>17</sup> Art. 5.30 lid 1 Wtw respectievelijk art. 19.15 lid 1 Ow.

<sup>18</sup> Art. 3:14 BW.

contractsvrijheid niet op grond van het privaatrecht worden gedwongen om met de overheid afspraken te maken over de inzet van zijn gronden voor de extra verticale en horizontale waterberging. Indien een grondeigenaar daarover op vrijwillige basis geen afspraken wil maken, zal de overheid gebruik moeten maken van het ter beschikking staande publiekrechtelijk instrumentarium. Daarbij ligt het in het leven roepen van een duldplicht voor de grondeigenaar om de tijdelijke extra verticale en horizontale waterberging op zijn gronden te dulden door de aanwijzing van zijn gronden als bergingsgebied het meest voor de hand.<sup>19</sup> Zonder een duldplicht levert het gebruiken van andermans gronden voor waterberging zonder zijn toestemming een onrechtmatige aantasting van zijn eigendom op.

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht op welke wijze de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke titel kan worden verkregen die nodig is voor het rechtmatig gebruik van gronden van derden voor extra verticale en horizontale waterberging. Ook zal daarbij worden ingegaan op de relatie tussen de beide titels.

### 3.3 Publiekrechtelijke titel voor gebruik van gronden van derden

Het waterschapsbestuur kan ook een publiekrechtelijke titel verkrijgen voor het gebruik van gronden van derden voor extra verticale en horizontale waterberging. Daarvoor zullen de gronden waarop die extra waterberging moet plaatsvinden op zowel de legger als in het bestemmingsplan/omgevingsplan moeten worden aangewezen als bergingsgebied, voor zover het gaat om de extra waterberging en waterberging voor een langere periode.<sup>20</sup> De aanwijzing in het bestemmingsplan/omgevingsplan zal in beginsel door het gemeentebestuur moeten geschieden. De beheerder zal de gronden op de legger als bergingsgebied moeten aanwijzen. Als beide aanwijzingen hebben plaatsgevonden, is sprake van een bergingsgebied en geldt voor de rechthebbenden ten aanzien van de aangewezen gronden van rechtswege de plicht om de extra waterberging in tijd en ruimte te dulden, ook indien het om een alternatief voor dijkversterking benedenstrooms gaat.<sup>21</sup> De schade die rechthebbenden ten aanzien van gronden die zijn aangewezen als bergingsgebied daardoor lijden, zal het waterschapsbestuur op grond van zowel de Waterwet als de Omgevingswet moeten vergoeden.<sup>22</sup>

### 3.4 Privaatrechtelijke titel voor gebruik gronden van derden<sup>23</sup>

Het waterschapsbestuur kan een privaatrechtelijke titel voor het gebruik van gronden voor de extra verticale en horizontale waterberging van derden verkrijgen door met de rechthebbenden ten aanzien van deze gronden overeenkomsten te sluiten.<sup>24</sup> In die overeenkomsten dient enerzijds te worden vastgelegd dat de gronden in daarbij te omschrijven extreme situaties zullen inunderen, en anderzijds dat daar als wederprestatie een nader vast te stellen (schade)vergoeding tegenover wordt gesteld. De

---

<sup>19</sup> Door de aanwijzing van gronden als bergingsgebied in het bestemmingsplan/omgevingsplan en de legger geldt voor de grondeigenaar van rechtswege de plicht om tijdelijke waterberging op zijn gronden te dulden. Zie art. 5.26 Wtw/art. 10.3 lid 4 Ow.

<sup>20</sup> De Omgevingswet brengt daarin geen verandering. Voor het creëren van een plicht tot het dulden van tijdelijke waterberging zullen gronden ook onder de Omgevingswet in het omgevingsplan en op de legger in de zin van art. 2.39 Ow moeten worden aangewezen. Dat het besluit tot vaststelling van de legger niet langer vatbaar is beroep bij bestuursrechter, voor zover het de aanwijzing van een bergingsgebied betreft en dit besluit niet is aangewezen als schadeveroorzakend besluit waarop de nadeelcompensatieregeling van afd. 15.1 Ow van toepassing is, doen daaraan niet af.

<sup>21</sup> Art. 5.26 Wtw onderscheidenlijk art. 10.3 lid 4 Ow.

<sup>22</sup> Zie daarover uitgebreider par. 6.1.

<sup>23</sup> Zie daarover uitgebreider hoofdstuk 11.

<sup>24</sup> In de wetsgeschiedenis van de Waterwet wordt vermeld dat de privaatrechtelijke weg ook openstaat. Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30 818, nr. 4, p. 16 en *Kamerstukken II 2006/07*, 30 818, nr. 7, p. 39.

contractsvrijheid en wederzijdse overeenstemming gelden als voordelen van het gebruik maken van dergelijke constructies, maar daaraan kleven ook nadelen. Zo kan het waterschapsbestuur de rechthebbenden niet dwingen een dergelijke overeenkomst te sluiten en is ook de inhoud daarvan (hoe veel water, hoe veel schadevergoeding?) afhankelijk van de bereidheid tot medewerking van de betreffende rechthebbende. Bovendien zullen overeenkomsten moeten worden gesloten met alle individuele rechthebbenden van te inunderen gronden. Dit is in gebieden waarin sprake is van één grondeigenaar minder problematisch, maar dit wordt ingewikkelder naarmate er in een gebied meerdere grondeigenaren aanwezig zijn. Daarbij geldt als extra complicerende factor dat het projectdoel niet kan worden bereikt als één van de betrokken rechthebbenden weigert medewerking te verlenen, tenzij er maatregelen worden genomen die ervoor zorgen dat het land van de onwelwillende grondbezitter niet extra inundeert (nu de gronden in extreme situaties sowieso al deels onder water zullen komen te staan). Ten slotte geldt als belemmering dat overeenkomsten in beginsel een persoonsgebonden karakter hebben. Wanneer een grondeigenaar besluit zijn grond te verkopen, zal het waterschapsbestuur een nieuwe overeenkomst moeten worden gesloten met de nieuwe eigenaar.

Dit laatste kan worden ondervangen door de vestiging van een zakelijk recht (i.c. een erfdiensbaarheid) op de betreffende gronden, of door het overeenkomen van een kwalitatieve verplichting of een kettingbeding in een overeenkomst. Met deze drie instrumenten kan in algemene zin een verplichting tot het dulden van bepaalde vormen van gebruik worden gekoppeld aan een zaak, die daar vervolgens ook aan blijft 'kleven' of moet worden 'doorgegeven' aan rechtsopvolgers. Hoewel de gebruikmaking van een kettingbeding (met daaraan gekoppeld een boetebeding) niet is uitgesloten, ligt gebruikmaking van dit instrument niet erg voor de hand, aangezien dit instrument vooral lijkt te zijn bedoeld om rechtsopvolgers in een keten van rechtsopvolgers nog enige keuze te geven of en in hoeverre zij de betreffende verplichting willen doorgeven aan hun rechtsopvolgers.<sup>25</sup> Bij het vestigen van een verplichting om inundatie te dulden, liggen daarom – wat betreft het privaatrechtelijke instrumentarium – de vestiging van een erfdiensbaarheid of het overeenkomen van een kwalitatieve verplichting wellicht meer voor de hand. Er bestaan wezenlijke juridische verschillen tussen beide instrumenten, maar voor het doel van dit onderzoek zijn deze minder relevant.<sup>26</sup> Belangrijker is dat daarmee in theorie eenzelfde doel kan worden bereikt (vastleggen van een duldplicht en daarmee een geldige titel voor de berging van water op gronden van derden). Even belangrijk is dat over de keuze voor één van deze instrumenten<sup>27</sup> alsmede over de exacte inhoud van de verplichting – net als bij overeenkomsten – wilsovereenstemming met de rechthebbenden ten aanzien van de gronden noodzakelijk is. Ook moge duidelijk zijn dat gebruikmaking van dergelijke instrumenten van invloed zal zijn op de waarde van de grond en dat een compensatie (als schadevergoeding of wederdienst) dus in de rede kan liggen. Het verdient ten slotte nader onderzoek

---

<sup>25</sup> Dat maakt dit instrument minder geschikt, aangezien er dan een grote afhankelijkheid bestaat van de wil van derden om de betreffende duldplicht door te geven.

<sup>26</sup> Zo kunnen erfdiensbaarheden slechts worden gevestigd op onroerende zaken, terwijl kwalitatieve verplichtingen betrekking kunnen hebben op registergoederen (waaronder onroerende zaken). Ook zijn erfdiensbaarheden rechtstreeks 'gekoppeld' aan onroerende zaken (ze zijn 'zaaksgebonden'), terwijl kwalitatieve verplichtingen de status hebben van een overeenkomst en dus primair 'persoonsgebonden' zijn.

<sup>27</sup> Ook dit kan tot een zekere versnippering leiden, wanneer verschillende rechthebbenden slechts medewerking willen verlenen aan verschillende instrumenten.

of deze instrumenten in de praktijk daadwerkelijk geschikt zijn om verplichtingen tot het dulden van inundaties mee vast te leggen.<sup>28</sup>

Kort en goed: gebruikmaking van privaatrechtelijke instrumenten kan een alternatief bieden voor het aanwijzen van een gebied als bergingsgebied. Dit levert de nodige flexibiliteit op ten aanzien van het maken van afspraken, maar daarmee ontstaat tegelijkertijd een grote afhankelijkheid van de bereidheid tot medewerking van derden.

Als het waterschap een privaatrechtelijke titel heeft verkregen voor het gebruik van gronden voor de extra verticale en horizontale waterberging, is de vraag of die waterberging in overeenstemming is met het bestemmingsplan. Indien de gronden niet zijn bestemd voor waterberging, dan handelt het waterschapsbestuur door tijdelijk water te bergen op die gronden in strikte zin in strijd met het bestemmingsplan, omdat het bestemmingsplan dit gebruik niet toestaat. Op grond van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak verzet een bestemmingsplan zich bij wijze van uitzondering echter niet tegen kortdurend en incidenteel gebruik van het terrein in strijd met het bestemmingsplan.<sup>29</sup> In onze ogen kan worden betoogd dat deze uitzondering zich ten aanzien het vasthouden en bergen van water buiten het watersysteem zich voordoet, omdat de gronden slechts in zeer uitzonderlijke bovennormatieve situaties kortdurend voor waterberging zullen worden gebruikt.<sup>30</sup> Daarbij moet wel bedacht worden dat de Afdeling deze uitzondering strikt uitlegt, zodat het lastig is om daarover stellige uitspraken te doen.<sup>31</sup> Naar onze verwachting zal deze jurisprudentie onder de Omgevingswet worden voortgezet.

De situatie dat de het waterschapsbestuur de gronden bewust gebruikt voor het (langer) vasthouden en bergen van water op gronden ten behoeve van het bereiken van veiligheidsnorm voor benedenstrooms gelegen waterkeringen moet worden onderscheiden van de situatie waarin gronden van derden feitelijk onder water lopen als gevolg van bovennormatieve omstandigheden. In die laatste situatie gebruikt het waterschapsbestuur de gronden niet actief voor, maar is het onder water lopen van de gronden het gevolg een bovennormatieve omstandigheden, die de zorgplicht van het waterschap om deze gronden tegen wateroverlast te beschermen te boven gaan. In dat geval is naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak geen sprake van strijd met het bestemmingsplan. De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt in haar uitspraak van 21 februari 2018:

‘Het bestuur van het waterschap tracht waterberging in situaties van wateroverlast op een bepaalde wijze te reguleren, maar daarmee is niet beoogd om de bestaande gebruiksfuncties van de gronden te wijzigen in waterberging. Het gaat er slechts om dat er een bepaalde kans is dat de gronden feitelijk onder water lopen als gevolg van overvloedige regenval en een gebrek aan afvoercapaciteit in de beken

---

<sup>28</sup> Zo maakt men bij de vestiging van erfdienstbaarheden onderscheid tussen heersende en dienende erven. Hoewel er geen onduidelijkheid bestaat over de vraag wat het dienende erf zal zijn, is wel enigszins onduidelijk wat kwalificeert als het heersende erf.

<sup>29</sup> Zie bijv. ABRvS 15 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2839, r.o. 36.1.

<sup>30</sup> Een voorbeeld waarin geen beroep kon worden gedaan op deze uitzondering was aan de orde in de uitspraak van 13 april 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT3708. Het jaarlijks gedurende drie dagen intensief gebruiken van gronden met een agrarische bestemming voor een Schuttersfeest waarop duizenden bezoekers afkomen, waarbij voor het opbouwen van de kermis en de feesttent ten minste een week benodigd is en voor het afbreken ten minste enkele dagen, achtte de Afdeling niet zodanig kortdurend en incidenteel, dat dit gebruik niet in strijd was met het bestemmingsplan. Zie voor andere voorbeelden waarin de Afdeling evenmin een beroep op deze uitzondering aanvaardde: ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:182, ABRvS 13 april 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT3708, 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2859 en ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2026, ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7611 en ABRvS 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3707.

<sup>31</sup> Zie de jurisprudentie genoemd in de vorige voetnoot.



en sloten. Anders dan appellant meent, levert dit geen gebruik op dat in strijd is met de bestemming en is er alsdan geen sprake van overtreding van het bestemmingsplan.<sup>32</sup>

### 3.5 Publiek of privaat?

Het waterschap kan zowel gebruik maken van een publiekrechtelijke als een privaatrechtelijke titel om de alternatieve maatregelen op te baseren. Bij de keuze tussen de juridische titel dient echter rekening gehouden met criteria die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld, en die er kort gezegd op neer komen dat het gebruik van de privaatrechtelijke weg geen onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht mag opleveren.<sup>33</sup> Daarbij is relevant dat de Waterwet gebruikmaking van het privaatrecht niet uitsluit. Integendeel, uit de wetgeschiedenis van de Waterwet blijkt dat het gebruik van de privaatrechtelijke weg juist uitdrukkelijk is toegestaan. In de wetgeschiedenis wordt hierover het volgende opgemerkt:

‘De rechtspraak is dat, alvorens er een publiekrechtelijk besluit wordt genomen waardoor aantasting van een onroerende zaak rechtens mogelijk wordt, wordt getracht met de rechthebbenden tot minnelijke overeenstemming te komen. In dat geval gaat de schadevergoeding op in de betaalde vergoeding in het kader van een daartoe te sluiten overeenkomst. Dat kan bijvoorbeeld betreffen een overeenkomst tot vestiging van een erfdienstbaarheid of de verkoop van de betrokken grond. Toepassing van het stelsel van nadeelcompensatie staat hier niet aan in de weg en leidt ook op dat punt niet tot verandering in de bestaande rechtspraak.’<sup>34</sup>

Nu de Waterwet blijkens de wetgeschiedenis de privaatrechtelijke weg openlaat is, is het bewandelen van die weg geen onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht. Kortom, voor het verkrijgen van een titel voor ingebruikname van de gronden van derden ten behoeve van waterberging staat voor het waterschap zowel de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke weg open. Voor de aanwijzing van een bergingsgebied is echter de medewerking van het gemeentebestuur (of de provincie) in het ruimtelijk spoor noodzakelijk, aangezien een bergingsgebied in het bestemmingsplan als zodanig moet worden bestemd. Indien de aanwijzing als bergingsgebied niet mogelijk of wenselijk is, dan kan het waterschap de privaatrechtelijke weg bewandelen. Dat is niet per se ongunstig voor grondeigenaren. Bedacht moet namelijk worden dat de privaatrechtelijke weg burgers meer ruimte laat om invulling te geven aan de uiteindelijke afspraken, die slechts op basis van vrijwillige medewerking kunnen worden gemaakt. In het publiekrechtelijke spoor is de laagdrempelige toegang tot de bestuursrechter voor burgers een voordeel ten opzichte van de toegang tot de rechter in het privaatrechtelijke spoor.

---

<sup>32</sup>ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:582, AB 2018/175, m.nt. F.A.G. Groothuijse. Zie ook ABRvS 11 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4055.

<sup>33</sup>HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, AB 1990/408, m.nt. G.P. Kleijn, NJ 1991/393, m.nt. M. Scheltema.

<sup>34</sup>Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 4, p. 16 en Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 7, p. 39.

## 4. Juridische uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen

### 4.1 Inleiding

Naast het verkrijgen van een juridische titel voor het gebruik van gronden van derden voor extra verticale en horizontale waterberging in verband met de inzet van alternatieve maatregelen, zullen ter *uitvoering* van deze alternatieve maatregelen verschillende (fysieke) *inrichtingsmaatregelen* moeten worden getroffen, variërend van het aanleggen van uitlaatconstructies, de ophoging van het maaiveld, het aanleggen en/of vervangen van kunstwerken (met name stuwen), het treffen van mitigerende maatregelen (zoals omdijking van woningen), het verlagen van uiterwaarden, het graven van (neven)geulen en het verleggen van keringen. Het is voor dit onderzoek van belang om te weten hoe het treffen van deze inrichtingsmaatregelen vanuit juridische optiek moet worden gekwalificeerd. Dat is vooral van belang om te kunnen bepalen welke juridische kaders daarop van toepassing zijn en welke juridische instrumenten beheerders, dan wel andere bevoegde instanties daarbij kunnen/moeten benutten.

### 4.2 Typen inrichtingsmaatregelen

Per type alternatieve maatregel, die onderdeel uitmaakt van de *scope* van dit onderzoek, zijn hieronder de benodigde inrichtingsmaatregelen opgesomd.

#### 1) Vasthouden in stroomgebied

- Vasthouden op maaiveld in veenontginningen
  - Technische ingreep bij hoofduitstroompunt (uitlaatconstructie) om water vast te houden (kunstwerk in bestaand watersysteem)
  - Maaiveldophoging onderhoudsvrij en met behoud van bestaande functies
  - Vervanging en aanleg van stuwen
  - Behoud bestaande gemalen, aanpassing i.v.m. werkingszekerheid
  - Gevolgen: verticale (25 cm extra) en horizontale berging (groter gebied inundeert)
  - Mitigerende maatregelen voor woningen en bedrijven (omdijking, etc.)
- Vasthouden op maaiveld in beekdalen
  - Technische ingreep bij hoofduitstroompunt (uitlaatconstructie) om water vast te houden (kunstwerk in bestaand watersysteem)
  - Regelwerken om water in te laten (overlaat/inlaatwerk) en uit te laten (uitlaatconstructie).
  - Maaiveldophoging onderhoudsvrij en met behoud van bestaande functies
  - Vervanging en aanleg van stuwen
  - Behoud bestaande gemalen, aanpassing i.v.m. werkingszekerheid
  - Gevolgen: verticale (25 cm extra) en horizontale berging (groter gebied inundeert)
  - Mitigerende maatregelen voor woningen en bedrijven (omdijking, etc.)
- Vasthouden in haarvaten (maaibeheer Vechtstromen)
  - Buiten de scope van het onderzoek

#### 2) Afremmen door vasthouden in de flanken langs de Vecht

- In de flanken bovenstrooms
  - Technische ingreep bij hoofduitstroompunt (uitlaatconstructie) om water vast te houden (kunstwerk in bestaand watersysteem)

- Regelwerken om water in te laten (overlaat/inlaatwerk) en uit te laten (uitlaatconstructie).
  - Maaiveldophoging onderhoudsvrij en met behoud van bestaande functies
  - Vervanging en aanleg van stuwen
  - Behoud bestaande gemalen, aanpassing i.v.m. werkingszekerheid
  - Overlaten: Verlaging waterkeringen (met inachtneming van de voor de waterkering geldende veiligheidsnorm)
  - Gevolgen: verticale (variëren dieptes tot 3 meter) en horizontale berging (groter gebied inundeert)
  - Mitigerende maatregelen: niet zinvol in inundatiegebieden
- In de flanken benedenstrooms
    - Overlaat: verlaging bestaande (overgedimensioneerde) kering met inachtneming van de veiligheidsnormen
    - Na inzet inundatiegebied wordt dit droogmalen door gemaal
    - Mitigerende maatregelen zijn niet voorzien

### **3) Rivierverruiming Dalfsen – Zwolle**

- Nevengeulen
  - Graven nevengeulen
  - Dijkverlegging
  - Verlagen uiterwaarden

Er bestaat een overlap van de verschillende inrichtingsmaatregelen die voor de uitvoering van de verschillende alternatieve maatregelen moeten worden getroffen. Uiteindelijk gaat het daarbij om de volgende inrichtingsmaatregelen:

- Regelwerken: in- en uitlaatwerken (kunstwerken) in het bestaande watersysteem
- Maaiveldophoging onderhoudsvrij en met behoud van bestaande functies
- Vervanging en aanleg van stuwen
- Behoud bestaande gemalen, aanpassing i.v.m. werkingszekerheid
- Overlaten: Verlaging waterkeringen (met inachtneming van de voor de waterkering geldende veiligheidsnorm)
- Graven nevengeulen/verlagen uiterwaarden
- Dijkverlegging

## Inrichtingsmaatregelen en beheerhandelingen per alternatieve maatregel

	Vasthouden op maaiveld in veenontginningen	Vasthouden op maaiveld in beekdalen	Vasthouden in de flanken bovenstrooms	Vasthouden in de flanken benedenstrooms	Rivierverruiming
Regelwerken in watersysteem (in- en uitlaat)	✓	✓	✓	✓	
Maaiveldophoging behoud bestaande functies	✓	✓	✓		
Vervanging en aanleg stuwen	✓	✓	✓		
Aanpassing bestaande gemalen	✓	✓	✓		
Overlaten: verlaging waterkeringen			✓	✓	
Verleggen waterkeringen					✓
Nevengeulen					✓
Na inzet droogmalen				✓	
Mitigerende maatregelen	✓	✓			✓
Gevolgen	Verticale (+ 25 cm) en horizontale berging	Verticale (+ 25 cm) en horizontale berging	Verticale (tot 3 meter diep) en horizontale berging		

Deze inrichtingsmaatregelen kunnen weer worden onderverdeeld in inrichtingsmaatregelen die *bestaande waterstaatswerken* wijzigen, zoals de aanleg of wijziging regelwerken in het watersysteem, aanleg en vervanging van stuwen, aanpassing van bestaande gemalen, de aanleg van overlaten, verlegging van waterkeringen, het graven van nevengeulen en afgraven van uitwaarden. Andere inrichtingsmaatregelen zien *niet op de wijziging van een bestaand waterstaatswerk*. Daarbij gaat het om ophogingen van het maaiveld en andere beschermingsmaatregelen gericht op het voorkomen van ongewenste inundatie van de bebouwing of bepaalde gronden. Deze inrichtingsmaatregelen kunnen wel onderdeel uitmaken van een nog aan te leggen waterstaatswerk, indien de te inunderen gronden waarbinnen deze inrichtingsmaatregelen moeten worden getroffen, worden aangewezen als bergingsgebied.

### 4.3 De besluitvorming ten aanzien van inrichtingsmaatregelen

Voor de besluitvorming over de inrichtingsmaatregelen die buiten het bestaande watersysteem moeten worden getroffen, maakt het verschil of de binnendijkse gebieden als bergingsgebieden worden aangewezen of niet. Indien de te inunderen gebieden als *bergingsgebied* worden aangewezen, dan maken de daarbinnen gelegen inrichtingsmaatregelen immers onderdeel uit van het bergingsgebied. De inrichtingsmaatregelen zullen in dat geval onderdeel uitmaken van het projectplan respectievelijk het projectbesluit of de omgevingsvergunning (beperkingengebied waterstaatswerk) eigen dienst voor de aanleg van het bergingsgebied. Aangezien de inrichtingsmaatregelen onderdeel uitmaken van een waterstaatswerk, kan het waterschapsbestuur in dat geval met het oog op aanleg van deze inrichtingsmaatregelen ook gedoogplichten aan grondeigenaren opleggen en met het oog op het onderhoud daarvan de van rechtswege geldende gedoogplicht ten aanzien van onderhoud en herstel van waterstaatswerken jegens de grondeigenaren inroepen.

Wordt ervoor gekozen om de binnendijkse gronden *niet als bergingsgebied* aan te wijzen, dan zijn de inrichtingsmaatregelen die niet in of aan bestaande waterstaatswerken worden getroffen geen (onderdeel van een) waterstaatswerk. Het waterschapsbestuur hoeft in dat geval geen projectplan vast te stellen en kan ook geen gedoogplichten opleggen ten behoeve van de aanleg, het onderhoud of het herstel van deze inrichtingsmaatregelen.<sup>35</sup> Het waterschapsbestuur heeft dan ook geen

<sup>35</sup> Voor het waterschapsbestuur zijn er in dat geval met het oog de voorkoming van wateroverlast en overstromingen geen redenen om inrichtingsmaatregelen op deze gronden te treffen. Veronderstelling is

publiekrechtelijke instrumenten om grondeigenaren te dwingen tot medewerking aan de aanleg, het onderhoud en het herstel van deze inrichtingsmaatregelen. In dat geval zal het waterschap die medewerking via de inzet van zijn privaatrechtelijke instrumentarium moeten trachten te verkrijgen. Daarbij is het waterschap afhankelijk van de medewerking van de individuele grondeigenaren.

#### *4.3.1 Inrichtingsmaatregelen die bestaande waterstaatswerken wijzigen*

Indien de gronden niet als bergingsgebied in de zin van de Waterwet of de Omgevingswet worden aangewezen, dan zullen de verschillende (inrichtings)maatregelen die beogen het water verticaal en horizontaal te bergen en water langer vast te houden in het gebied, zoals de aanleg of wijziging van stuwen en regelwerken, de verlegging van waterkeringen, de afgraving van uiterwaarden en de aanleg van nevengeulen, wijzigingen van bestaande waterstaatswerken inhouden. Voor de uitvoering van de inrichtingsmaatregelen die moeten worden getroffen in of aan bestaande waterstaatswerken zal het waterschapsbestuur dan ook een projectplan moeten vaststellen.<sup>36</sup> Het waterschapsbestuur wijzigt daarmee immers de toestand van een waterstaatswerk ten opzichte van de in de legger omschreven (normatieve) toestand. Als het waterschapsbestuur de inrichtingsmaatregelen in of aan een bestaand waterstaatswerk uitvoert (of laat uitvoeren) in het kader van de uitoefening van zijn wettelijke taak, dan zal het waterschapsbestuur daarvoor op grond van art. 5.4 Wtw een projectplan moeten vaststellen. In dit geval worden de inrichtingsmaatregelen getroffen om waterkeringen benedenstrooms aan de veiligheidsnorm te laten voldoen, zodat de maatregelen worden uitgevoerd met het oog op de doelstellingen van het waterbeheer. Conclusie is dan ook dat de beheerder de inrichtingsmaatregelen treft ter uitoefening van zijn wettelijke taak en daarvoor een projectplan zal moeten vaststellen.

Voor zover de maatregelen worden getroffen ten aanzien van primaire waterkeringen is de versnelde en gecoördineerde projectprocedure van afd. 5.2 Wtw van toepassing. Door het verleggen van een primaire waterkering of het aanbrengen van regelwerken daarin wijzigt de legertoestand van de primaire waterkering, zodat het waterschapsbestuur als beheerder van deze keringen daarvoor een projectplan moet vaststellen. In dat geval is op de besluiten die nodig zijn voor de uitvoering van deze werken (uitvoeringsbesluiten) de versnelde en gecoördineerde projectprocedure van afd. 5.2 Waterwet van toepassing. Het projectplan zal moeten worden goedgekeurd door gedeputeerde staten. Gedeputeerde staten zijn bovendien het coördinerend orgaan in de projectprocedure voor de uitvoeringsbesluiten. In die hoedanigheid hebben zij ook de bevoegdheid om plaatsvervangend uitvoeringsbesluiten te nemen indien de oorspronkelijk bevoegde bestuursorganen niet, niet tijdig of niet overeenkomstig het projectplan beslissen. Voor zover de uitvoeringsbesluiten gecoördineerd zijn voorbereid, staat daartegen in eerste en enige aanleg beroep open op de Afdeling bestuursrechtspraak.

Anders dan voor het verleggen van primaire waterkeringen, is de versnelde gecoördineerde projectprocedure van afd. 5.2 Wtw in beginsel niet van toepassing op de aanleg of wijziging van andere waterstaatswerken, zoals het aanleggen en wijzigen van regelwerken of stuwen, het graven van

---

immers dat het watersysteem aan de daarvoor geldende normen voldoet en de gronden en zich daarop bevindende bouwwerken daarom in voldoende mate tegen wateroverlast en overstromingen zijn beschermd. Er bestaat dan ook geen noodzaak voor het waterschapsbestuur om op deze gronden met het oog op zijn beheertaak waterstaatswerken aan te leggen. Die noodzaak kan wel bestaan bij de aanwijzing van gronden als bergingsgebied in verband met het voldoen aan de veiligheidsnormen voor de benedenstrooms gelegen waterkeringen, indien bepaalde gronden en/of bebouwing moeten worden beschermd tegen inundatie ten gevolge van de inzet van het bergingsgebied.

<sup>36</sup> Het waterschapsbestuur hoeft geen projectplan vast te stellen als de wijziging van een waterstaatswerk onderdeel uitmaakt van een rijksinpassingsplan of provinciaal inpassingsplan.

nevengeulen en het verlagen van uitwaarden. Voor dergelijke activiteiten dient wel een projectplan te worden vastgesteld. Op de besluiten die nodig zijn voor de uitvoering van deze werken zijn voorts de 'normale' procedures van toepassing. Ook is voor het projectplan in dat geval geen goedkeuring van gedeputeerde staten vereist. De projectprocedure kan echter wel bij provinciale verordening van toepassing worden verklaard op de aanleg of wijziging van waterstaatswerken die vanwege de bovenlokale betekenis daarvan met spoed op gecoördineerde wijze tot stand moeten worden gebracht. In de wetsgeschiedenis van de Waterwet wordt de aanleg van een bergingsgebied als een voorbeeld van genoemd van een waterstaatswerk waarop deze procedure bij provinciale verordening van toepassing zou kunnen worden verklaard.<sup>37</sup>

Onder de Omgevingswet zal het waterschapsbestuur voor de verlegging van primaire waterkeringen een projectbesluit moeten vaststellen dat in alle gevallen zal moeten worden goedgekeurd door gedeputeerde staten. Voor de inrichtingsmaatregelen die de aanleg en wijziging van andere waterstaatswerken dan primaire waterkeringen inhouden,<sup>38</sup> heeft het waterschapsbestuur onder de Omgevingswet de keuze: of een projectbesluit vaststellen (zie hieronder) of een omgevingsvergunning eigen dienst de aanleg van een waterstaatswerk)<sup>39</sup> verlenen voor de uitvoering van deze werken.<sup>40</sup> Daarbij is van belang dat het projectbesluit een grondslag voor onteigening oplevert en de omgevingsvergunning eigen dienst niet. Wel kan het waterschapsbestuur ter uitvoering van de aanleg of wijziging van de waterstaatswerken waarvoor een omgevingsvergunning eigen dienst is of wordt verleend, gedoogplichten inzetten. Beheerders van waterstaatswerken kunnen immers gedoogplichten opleggen voor de aanleg en wijziging van waterstaatswerken en de daarmee verband houdende activiteiten.<sup>41</sup> Daarbij is van belang dat voordat de beheerder deze gedoogplicht kan opleggen, eerst moet trachten met de grondeigenaren privaatrechtelijke afspraken te maken over het gebruik van hun gronden voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken.<sup>42</sup> Ook voor het doen van onderzoek in het kader van de verlening van die vergunning, kan de beheerder gedoogplichten aan grondeigenaren opleggen.<sup>43</sup>

In de Omgevingswet wordt een aantal belangrijke wijzigingen doorgevoerd ten aanzien van projectbesluiten voor de aanleg en wijziging van waterstaatswerken. De belangrijkste worden hier kort besproken.

- Op het projectbesluit is een extra voorbereidingsprocedure van toepassing op grond waarvan het waterschapsbestuur openbaar kennis moet geven van een voornemen voor een verkenning van de opgave in de fysieke leefomgeving (i.c. het voldoen aan de veiligheidsnorm van de benedenstroom gelegen primaire waterkeringen). Eenieder kan daarvoor oplossingen

---

<sup>37</sup> *Kamerstukken II*, 2006/0730 818, nr. 3, p. 41.

<sup>38</sup> De aanleg van regelwerken (in- en uitlaatwerken), de aanleg en vervanging van stuwen, de aanleg van overlaten, de aanleg van nevengeulen, afgraving van uitwaarden, de verlegging van waterkeringen en de aanpassing van bestaande gemalen, wijzigen de legertoestand van bestaande waterstaatswerken, zodat het waterschapsbestuur daarvoor een projectplan respectievelijk een projectbesluit zal moeten vaststellen of het waterschapsbestuur een omgevingsvergunning eigen dienst (beperkingengebied waterstaatswerk) zal moeten verlenen.

<sup>39</sup> Voor zowel het aanleggen als het wijzigen van waterstaatswerken, kan op de grond van de waterschapsverordening een omgevingsvergunning worden vereist. Vgl. art. 3.2 lid 1a Modelkeur UvW. <https://www.uvw.nl/wp-content/uploads/2019/10/Keurkwartet-Modelkeur-2013.pdf>.

<sup>40</sup> Het provinciebestuur kan evenals op grond van de Waterwet bij instructieregel voorschrijven dat het waterschapsbestuur voor bepaalde (categorieën) van waterstaatswerken een projectbesluit moet vaststellen.

<sup>41</sup> Art. 2.17 lid 2 sub b Ow.

<sup>42</sup> Art. 10.11 sub b Ow. Zie daarover uitgebreider par. 4.3.3.

<sup>43</sup> Art. 2.17 lid 1 en lid 2 sub a Ow.

aandragen en verzoeken om een onafhankelijke deskundige daarnaar te laten kijken. De verkenning van de oplossingen mondt uit in een verplichte voorkeursbeslissing van het waterschapsbestuur, waartegen vanwege de politiek-bestuurlijke aard van deze beslissing geen beroep bij de bestuursrechter openstaat. Voorafgaand aan die voorkeursbeslissing moet het waterschapsbestuur een planMER maken, indien de aanleg of de wijziging van het waterstaatswerk is aangewezen als een m.e.r.-(beoordelings)plichtige activiteit. Vervolgens zal het waterschapsbestuur de voorkeursbeslissing moeten uitwerken tot een ontwerp-projectbesluit, waarvoor in voorkomende gevallen een projectMER moet worden gemaakt.

- Voor zover dat nodig is voor de uitvoering en instandhouding van het projectbesluit, zal het waterschapsbestuur de regels van het omgevingsplan in het projectbesluit rechtstreeks moeten wijzigen. Het gemeentebestuur hoeft dan ook niet (langer) het waterstaatsproject in het omgevingsplan in te passen.
- Daarnaast kan het waterschapsbestuur ervoor kiezen één of meer uitvoeringsbesluiten in het projectbesluit te integreren, waardoor de oorspronkelijk bevoegde organen hun beslissingsbevoegdheid ten aanzien van die besluiten verliezen. Wel moeten het waterschapsbestuur de bestaande beoordelingsregels en instructieregels toepassen bij het nemen van deze besluiten. De vereiste goedkeuring van gedeputeerde staten zal moeten zien op het gehele projectbesluit, dus ook op daarvan onderdeel uitmakende wijziging van het omgevingsplan en de eventueel daarin geïntegreerde uitvoeringsbesluiten.

#### *Overlaat door verlaging van overgedimensioneerde waterkeringen*

Voor het verlagen van overgedimensioneerde waterkeringen om een overlaat te creëren, hoeft de beheerder naar onze mening geen projectplan of projectbesluit vast te stellen, voor zover de waterkering daarmee in overeenstemming wordt gebracht met de legertoestand.<sup>44</sup> Wordt voor het creëren van een overlaat afgeweken van de legertoestand, dan is sprake van de wijziging van een waterstaatswerk en zal de beheerder van de kering daarvoor op grond van art. 5.4 Wtw wel een projectplan respectievelijk een projectbesluit moeten vaststellen. Indien het andere dan primaire waterkeringen betreft, kan het waterschapsbestuur in dat geval in plaats van het vaststellen van een projectbesluit ook kiezen voor het verlenen van een omgevingsvergunning eigen dienst (beperkingengebied waterstaatswerk).

#### *4.3.2 Inrichtingsmaatregelen die geen aanleg of wijziging van een waterstaatswerk betreffen*

Als de inrichtingsmaatregelen geen wijziging van een bestaand waterstaatswerk tot gevolg hebben en evenmin onderdeel uitmaken van een nieuw aan te leggen waterstaatswerk (bergingsgebied), dan is er geen sprake van de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk. Daarbij gaat het om de ophoging van gronden en andere maatregelen die bebouwing of gronden tegen ongewenste inundatie moeten beschermen (zoals kades en omdijkingen). Daarmee worden geen wijzigingen aangebracht ten opzichte van legertoestand van reeds bestaande waterstaatswerken en worden evenmin nieuwe waterstaatswerken aangelegd. Het waterschapsbestuur kan voor de verwezenlijking van deze inrichtingsmaatregelen dan ook geen projectplan respectievelijk een projectbesluit vaststellen of een omgevingsvergunning eigen dienst (beperkingengebied waterstaatswerk) verlenen. Omdat geen sprake is van de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk, beschikt het waterschapsbestuur

---

<sup>44</sup> Indien de overgedimensioneerde kering de wenselijke toestand is, zou daarvoor eigenlijk ook een projectplan moeten worden vastgesteld om de feitelijke toestand van de kering in overeenstemming te brengen met de normatieve toestand als omschreven in de legger.

evenmin over de bevoegdheid om grondeigenaren (of andere rechthebbenden) gedoogplichten op te leggen ten behoeve van de aanleg, het onderhoud of het herstel van deze inrichtingsmaatregelen.

Sterker nog, omdat het in dat geval niet gaat om het beheer van een watersysteem of onderdelen daarvan,<sup>45</sup> heeft het waterschapsbestuur geen enkele publiekrechtelijke bevoegdheid ten aanzien van de aanleg, het onderhoud en herstel van deze inrichtingsmaatregelen, terwijl deze inrichtingsmaatregelen wel nodig zijn om invulling te geven aan de op het waterschapsbestuur rustende wettelijke plicht om de benedenstrooms gelegen waterkeringen te laten voldoen aan de daarvoor geldende veiligheidsnorm. Dat betekent dat het waterschap uitsluitend van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden gebruik kan maken om te voldoen aan zijn wettelijke plicht, voor zover de inrichtingsmaatregelen geen onderdeel uitmaken van een te wijzigen of aan te leggen waterstaatswerk. In dat geval is het waterschapsbestuur afhankelijk van de bereidheid van de grondeigenaren om mee te werken aan de totstandkoming van een privaatrechtelijke regeling. Op welke wijze het waterschapsbestuur van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden gebruik kan maken, zal in deel II van dit onderzoek worden ingegaan.

Indien het waterschapsbestuur met een grondeigenaar privaatrechtelijk heeft vastgelegd dat hij de gronden mag gebruiken voor waterberging en daarop inrichtingsmaatregelen mag treffen, zal het waterschapsbestuur daarvoor de benodigde omgevingsvergunningen moeten aanvragen bij het bevoegd gezag, dat in de meeste gevallen het college van B&W zal zijn. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om omgevingsvergunningen voor buitenplanse afwijkingen van het bestemmingsplan/omgevingsplan, het kappen van bomen, etc.

Het waterschapsbestuur zou ook andere overheden kunnen verzoeken om hun publiekrechtelijke bevoegdheden in te zetten om de inrichtingsmaatregelen aan te leggen, te onderhouden en te herstellen en daarover bestuurlijke afspraken te maken. Dat ligt echter niet voor de hand, aangezien de inrichtingsmaatregelen worden getroffen ten behoeve van de wettelijke beheertaak van het waterschapsbestuur om de benedenstroom gelegen waterkeringen aan de veiligheidsnorm te laten voldoen. Die taak ligt niet bij het gemeentebestuur of het provinciebestuur. Bovendien zou het waterschapsbestuur voor de uitoefening van de deze beheertaak volledig afhankelijk worden van het gemeente- of provinciebestuur.

Daarbij komt dat het huidige ruimtelijke instrumentarium dat het gemeentebestuur (of provinciebestuur) kan inzetten slechts beperkte mogelijkheden biedt om grondeigenaren te verplichten actief uitvoering te geven aan de inrichtingsmaatregelen. Op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak kunnen in bestemmingsplannen geen *gebodsbepalingen* worden opgenomen.<sup>46</sup> Zo kan niet in een bestemmingsplan aan een grondeigenaar de verplichting worden opgelegd om het maaiveld te verhogen. Wel kunnen in bestemmingsplannen, indien dit met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk is, voorwaardelijke verplichtingen worden opgenomen. Zo'n voorwaardelijke verplichting houdt in dat een grondeigenaar nog steeds niets kan worden verplicht, behalve wanneer hij op eigen initiatief gebruik wil maken van de bouw- of gebruiksmogelijkheden geboden door het bestemmingsplan. Slechts dan is hij verplicht uit te voeren hetgeen het bestemmingsplan eist (zoals het treffen van bepaalde

---

<sup>45</sup> Art. 1.1 lid 1 Wtw verstaat onder de term 'beheer': "overheidszorg met betrekking tot en of meer afzonderlijke watersystemen of onderdelen daarvan, gericht op de in artikel 2.1 genoemde doelstellingen". Onder de term watersysteem wordt verstaan: "samenhangend geheel van een of meer oppervlaktewaterlichamen en grondwaterlichamen, met bijbehorende bergingsgebieden, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken". Deze onderdelen van het watersysteem worden in art. 1.1 Lid 1 Wtw, met uitzondering van de grondwaterlichamen, aangemerkt als waterstaatwerken.

<sup>46</sup> Zie o.a. ABRvS 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2820, ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1125



inrichtingsmaatregelen). De afhankelijkheid van het initiatief van de grondeigenaar maakt dit instrument niet geschikt voor het inzetten van het treffen van de noodzakelijke inrichtingsmaatregelen.

De Omgevingswet gaat echter meer mogelijkheden bieden. Het wordt mogelijk om in een omgevingsplan gebodsbepalingen op te nemen waarmee voor de grondeigenaar een (onvoorwaardelijke) verplichting geldt om een bepaalde maatregel te treffen met het oog op de fysieke leefomgeving, zoals een verhoging van het maaiveld. De grondslag daarvoor is art. 4.1 Omgevingswet op grond waarvan het gemeentebestuur de bevoegdheid heeft om met het oog op de doelen van de wet regels te stellen over activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving. De bevoegdheid tot het opnemen van gebodsbepalingen is niet expliciet in de Omgevingswet opgenomen, maar volgt uit het feit dat onder de Omgevingswet - anders dan onder de huidige Wro – het niet langer verplicht is om standaard gebruiksovergangsrecht in het omgevingsplan op te nemen. Met een beroep op het standaard gebruiksovergangsrecht kan een grondeigenaar onder het huidige recht immers het bestaande (legale) gebruik voortzetten. Door het weglaten van het gebruiksovergangsrecht voor gevallen waarin een gebodsbepaling is voorgeschreven, kan een grondeigenaar dus worden verplicht om bestaand legaal gebruik te wijzigen.

Het opnemen van gebodsbepalingen is vanzelfsprekend wel aan voorwaarden gebonden. In de eerste plaats zullen daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel<sup>47</sup> en het motiveringsbeginsel<sup>48</sup>, in acht moeten worden genomen.<sup>49</sup> Tevens zal moeten worden voldaan aan de *fair balance toets* die art. 1 EP EVRM voorschrijft voor overheidsinmenging in (private) eigendom.<sup>50</sup> In de tweede plaats zal de schade die de grondgebruiker ten gevolge van het opnemen van de gebodsbepaling in het omgevingsplan lijdt onder bepaalde voorwaarden voor vergoeding in aanmerking komen.<sup>51</sup> Voorstelbaar is echter dat het gebod tot het treffen van maatregelen in bepaalde gevallen evenredig en proportioneel kan zijn, zoals het ophogen van gronden en andere inrichtingsmaatregelen. De rechtmatigheid van de gebodsbepaling zal daarbij o.m. afhangen van de mate van de beperking van de gebruiksmogelijkheden, het bestaan van alternatieve minder ingrijpende maatregelen, de termijn die de grondgebruiker wordt geboden om de maatregelen te treffen en de financiële compensatie die daar tegenover staat.

Het opnemen van gebodsbepalingen kan nuttig zijn voor de gevallen waarin het wenselijk is de grondeigenaar te verplichten tot het verwezenlijken van de noodzakelijke inrichtingsmaatregelen. Dit neemt niet weg dat het waterschapsbestuur daarbij volledig afhankelijk is van het gemeentebestuur en daarover in ieder geval bestuurlijke afspraken zal moeten maken.

#### *4.3.3 Inrichtingsmaatregelen op gronden die zijn aangewezen als bergingsgebied*

Als de te inunderen gebieden echter als bergingsgebieden worden aangewezen, dan maken ook deze inrichtingsmaatregelen onderdeel uit van het bergingsgebied. In dat geval is sprake van de *aanleg* van een waterstaatswerk<sup>52</sup> en zal het waterschapsbestuur voor alle inrichtingsmaatregelen die nodig zijn voor de aanleg van het bergingsgebied, dus ook voor de daarvoor benodigde maaiveldophogingen, kades en omdijkingen, een projectplan respectievelijk een projectbesluit

---

<sup>47</sup> Art. 3:4 Awb.

<sup>48</sup> Art. 3:46 Awb.

<sup>49</sup> Zie ook *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 141-143.

<sup>50</sup> Zie ook *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 141-143.

<sup>51</sup> Art. 15.1 lid 1 onder d Ow en Afd. 15.1 Ow.

<sup>52</sup> Onder de term 'waterstaatswerk' wordt immers verstaan "oppervlaktewaterlichaam, bergingsgebied, waterkeringen ondersteunende kunstwerken"(art. 1.1 lid 1 Wtw onderscheidenlijk art. 1.1 lid 1 jo. bijlage Ow).

moeten vaststellen of het waterschap een omgevingsvergunning (beperkingengebied waterstaatswerk) eigen dienst moeten verlenen.

Onder de Omgevingswet kan de beheerder een projectbesluit vaststellen of zichzelf een omgevingsvergunning eigen dienst (beperkingengebied waterstaatswerk) verlenen om de inrichtingsmaatregelen uit te voeren. Indien het waterschapsbestuur kiest voor het projectbesluit, dan hoeft voor de uitvoering van inrichtingsmaatregelen geen wijziging van het omgevingsplan plaats te vinden. Het bevoegd gezag voor het projectbesluit moet immers het omgevingsplan rechtstreeks wijzigen voor zover dat voor de uitvoering, instandhouding en in werking hebben van het project (i.c. het bergingsgebied) nodig is. Het door het waterschapsbestuur vastgestelde projectbesluit moet worden goedgekeurd door GS.

Een andere vraag is of het waterschapsbestuur met de vaststelling van het projectbesluit ter realisering van het bergingsgebied ook bevoegd is om aan de gronden in het omgevingsplan de functie bergingsgebied toe te kennen. De Omgevingswet en aanverwante regelgeving en toelichting daarop geven daarover geen duidelijk antwoord. Hoewel dat niet helemaal is uitgesloten, is dat naar onze mening gelet op de parlementaire geschiedenis van de Waterwet en de jurisprudentie over bergingsgebieden onder het huidige recht niet erg waarschijnlijk. De aanwijzing van bergingsgebieden en de realisering van de daarvoor benodigde inrichtingsmaatregelen worden daarin namelijk als twee afzonderlijke elementen beschouwd. De aanwijzing van een bergingsgebied wordt daarin primair beschouwd als een kwestie van ruimtelijke ordening.<sup>53</sup> Daarbij zal het gemeentebestuur moeten beoordelen of de aanwijzing als bergingsgebied een evenwichtige toedeling van functies aan locaties oplevert. Dat betekent dat de ter plaatse toegestane functies in ieder geval verenigbaar moeten zijn met de aanwijzing als bergingsgebied.<sup>54</sup> Aangezien het in dit geval gaat om bovennormatieve situaties, waardoor de inundatiefrequentie zeer klein is, en het bovendien gronden betreft met een agrarische functie, zal die verenigbaarheid de waterbergingsfunctie met de bestaande planologische functies waarschijnlijk in de meeste gevallen geen problemen opleveren. Voor zover het bestemmingsplan/omgevingsplan kapitaalintensieve functies toelaat, zoals bouwblokken voor bedrijfswoningen of agrarische bedrijvigheid, kan dat anders liggen. Daarbij moet overigens niet alleen worden gekeken naar de verenigbaarheid van de waterbergingsfunctie met bestaande toegelaten functies, maar ook naar de verenigbaarheid daarvan met de onbenutte functies en gebruiksmogelijkheden die op grond van het geldende bestemmingsplan/omgevingsplan zijn toegestaan. Voor zover er sprake is van met de waterberging onverenigbare functies binnen het bergingsgebied, zullen deze functies moeten worden wegbestemd of buiten de aanwijzing van het bergingsgebied moeten worden gehouden. In het laatste geval kan het nodig zijn dat inrichtingsmaatregelen binnen het bergingsgebied moeten worden om deze functies te beschermen tegen inundatie(schade) voor het geval het bergingsgebied wordt ingezet.

Het onderscheid tussen de aanwijzing van het bergingsgebied in het bestemmingsplan/omgevingsplan en de legger enerzijds en de uitvoering van de inrichtingsmaatregelen waarop het projectplan/projectbesluit is gericht anderzijds is ook van belang voor de rechtsbeschermingsmogelijkheden tegen deze besluiten. Het projectbesluit ziet alleen op de uitvoering van de inrichtingsmaatregelen. Beroepsgronden kunnen dan ook alleen zien op die

---

<sup>53</sup> Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 44 (MvT Waterwet), waarnaar de Afdeling in haar jurisprudentie verwijst: ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3861, *MenR* 2012/106, m.nt. F.A.G. Groothuijse. Zie voor de Omgevingswet: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 614.

<sup>54</sup> ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3869, *MenR* 2012/114, m.nt. F.A.G. Groothuijse en ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3869, *MenR* 2012/114, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

inrichtingsmaatregelen en de gevolgen daarvan en niet meer van de aanwijzing van het bergingsgebied en de gevolgen daarvan. Nut en noodzaak van het bergingsgebied, de verenigbaarheid met andere ruimtelijke functies, bodemverontreiniging door achterblijvend slib, de omvang en de geografische ligging van het bergingsgebied, zijn bijvoorbeeld aspecten die aan de orde zijn bij de (planologische) aanwijzing van het bergingsgebied en kunnen niet (meer) aan de orde komen in de (beroeps)procedure tegen het projectplan/projectbesluit ter uitvoering van de inrichtingsmaatregelen.<sup>55</sup>

Onder de Omgevingswet worden op dit punt geen wijzigingen voorzien. Ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Omgevingswet wordt de aanwijzing van een bergingsgebied namelijk primair beschouwd als een kwestie van ruimtelijke ordening.<sup>56</sup> Dat betekent naar onze mening dat het waterschapsbestuur in het projectbesluit het bergingsgebied niet zelf kan aanwijzen, maar het omgevingsplan alleen met het oog op de uitvoering en instandhouding van de inrichtingsmaatregelen rechtstreeks kan wijzigen.

Aangezien de inrichtingsmaatregelen onderdeel uitmaken van het bergingsgebied, kan het waterschapsbestuur met het oog op de verwezenlijking van dergelijke maatregelen rechthebbenden ten aanzien van deze gronden bij gedoogbeschikking verplichten om de aanleg daarvan op hun gronden te dulden.<sup>57</sup> Het waterschapsbestuur kan deze gedoogplicht gelet op het evenredigheidsbeginsel alleen aan rechthebbenden opleggen als met de rechthebbende ondanks een redelijke poging daartoe geen schriftelijke overeenstemming is bereikt over het gebruik van hun gronden voor de verwezenlijking van de inrichtingsmaatregelen.<sup>58</sup> Het waterschapsbestuur zal voor de uitvoering van de inrichtingsmaatregelen dus eerst moeten proberen via de minnelijke weg met de rechthebbende tot een oplossing te komen. Het waterschapsbestuur zal dan ook moeten trachten om met de rechthebbende afspraken te maken over het gebruik van zijn gronden voor de verwezenlijking van de inrichtingsmaatregelen en deze in een overeenkomst vast te leggen. Komt het waterschapsbestuur er via de privaatrechtelijke weg niet uit met een rechthebbende, dan kan het waterschapsbestuur hem bij beschikking de plicht opleggen om de aanleg van de inrichtingsmaatregelen te dulden. Tegen die beschikking kunnen rechthebbenden bestuursrechtelijke rechtsbescherming aanwenden. Omdat het opleggen van een gedoogplicht een minder ingrijpend instrument is dan toepassing van het onteigeningsinstrument, kan worden aangenomen dat de onderhandelingsplicht bij het opleggen van een gedoogplichtbeschikking minder vergaand is.<sup>59</sup> Als het waterschapsbestuur de gedoogplicht oplegt zonder daarvoor voldoende pogingen te ondernemen om tot minnelijke overeenstemming met de rechthebbende te komen, dan is deze plicht in strijd met art. 5.24 Wtw respectievelijk art. 10.11 sub c Ow jo. art. 3:4 lid 2 Awb opgelegd en staat de beschikking waarin deze gedoogplicht is opgelegd bloot aan vernietiging door de bestuursrechter.<sup>60</sup>

Naast de onderhandelingsplicht vloeit uit het evenredigheidsbeginsel voort dat het waterschapsbestuur de gedoogplicht tot aanleg van de inrichtingsmaatregelen alleen kan opleggen voor zover het gebruik van hun gronden niet in verdergaande mate wordt belemmerd dan redelijkerwijs nodig is voor aanleg van het bergingsgebied en voor zover de belangen van de

---

<sup>55</sup> Zie bijv. ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3869, *MenR* 2012/114, m.nt. F.A.G. Groothuijse en ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3869, *MenR* 2012/114, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

<sup>56</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 614.

<sup>57</sup> Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 111.

<sup>58</sup> Art. 10.11 sub a en b Ow. Dit volgt niet met zoveel woorden uit art. 5.24 Wtw, maar volgt uit het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb). Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 111-112.

<sup>59</sup> F.A.G. Groothuijse, *Water weren -Het publiekrechtelijk instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen*, Proefschrift (2009).

<sup>60</sup> *Idem*.

rechthebbende geen onteigening vorderen.<sup>61</sup> In haar jurisprudentie heeft de Afdeling bestuursrecht handvatten gegeven voor de beoordeling van de vraag of de belangen van de rechthebbenden onteigening vorderen. De Afdeling hecht daarbij in de eerste plaats betekenis aan de omvang van de voor de uitvoering van de inrichtingsmaatregelen benodigde gronden in verhouding tot de oppervlakte van de aan de rechthebbende toebehorende gronden. Indien deze omvang te groot is, kan het waterschapsbestuur geen gedoogplicht opleggen en zal het tot onteigening moeten overgaan. Wanneer daarvan sprake is, is niet exact in een percentage uit te drukken, maar de jurisprudentie biedt wel aanknopingspunten.<sup>62</sup>

Ook als tot de conclusie wordt gekomen dat slechts een beperkt deel van de gronden van de rechthebbende benodigd is voor de uitvoering van de inrichtingsmaatregelen, dan nog kunnen volgens de jurisprudentie van de Afdeling de belangen van de rechthebbende vanwege bijzondere omstandigheden onteigening vorderen. Bij deze bijzondere omstandigheden kan gedacht worden aan een verminderde bruikbaarheid van een perceel als gevolg van de aanleg of wijziging van de inrichtingsmaatregelen op een gedeelte van dat perceel.

Voor zover het gaat om de aanleg regelwerken, stuwen of andere inrichtingsmaatregelen die gericht zijn op het vasthouden en bergen van water op de gronden van derden, levert de (tijdelijke) extra inundatie van gronden die daarvan het gevolg is geen bijzondere omstandigheid op die onteigening kan vorderen. De extra inundatie van de gronden moet de rechthebbende immers dulden op grond van een vrijwillig aangegane privaatrechtelijke overeenkomst of de publiekrechtelijke plicht om tijdelijke waterberging op de als bergingsgebied aangewezen gronden te dulden en is daarmee geen juridisch gevolg van het aanleggen van de inrichtingsmaatregelen.

In dit kader is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 29 mei 2019 van belang.<sup>63</sup> De Afdeling moest de vraag beantwoorden of ondanks de geringe omvang van de benodigde grond voor de aanleg van een stuw (0,1% van het totale grondoppervlak) de belangen van de rechthebbende ten aanzien van die grond wegens bijzondere omstandigheden niet toch onteigening vorderden. De bijzondere omstandigheid waar appelland zich op beriep was dat de bruikbaarheid van het perceel door de aanleg van een stuw vanwege vernatting dusdanig zou verminderen dat zijn belangen onteigening vorderen en het waterschapsbestuur hem daarom geen gedoogplicht had mogen opleggen. De Afdeling oordeelt echter dat het waterschapsbestuur bij de beoordeling van de vraag of de belangen van rechthebbenden onteigening vorderen alleen de gevolgen van de aanleg van een stuw zelf in aanmerking hoeft te nemen en niet naar de eventuele gevolgen die de werking van de stuw teweeg zal brengen, in dit geval het stijgende waterpeil en vernatting. Met de aanleg van de stuw en het daardoor stijgende waterpeil en de vernatting wordt immers uitvoering gegeven aan een onherroepelijk peilbesluit. Het stijgende waterpeil en de vernatting zijn dan ook het gevolg van een onherroepelijk

---

<sup>61</sup> Art. 10.11 sub c en d Ow respectievelijk art. 5.24 lid 1 Wtw.

<sup>62</sup> Zie bijvoorbeeld: ABRvS 25 juni 1990, AB 1991/228; ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668, r.o. 3 en ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, r.o. 11 en 12 (onteiening is niet aangewezen bij een benodigd grondoppervlakte van 2,26% of 2,89% van het totale grondoppervlak zonder dat de bruikbaarheid van de rest van een perceel vermindert); ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2894, r.o. 1 t/m 3 (onteiening is niet aangewezen, indien het benodigde grondoppervlakte 6,5% is van het totale grondoppervlak, en de werkzaamheden een beperkte tijdsduur van enkele maanden hebben, waarbij het niet uitmaakt dat de maximale tijdsduur niet is vastgelegd in de gedoogbeschikking); ABRvS 24 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1991, r.o. 5.3 (onteiening is niet aangewezen, indien het benodigde grondoppervlakte van 4,69% bedraagt van het totale grondoppervlak, ook al is er een maximale beperking in functionaliteit en bereikbaarheid van gronden in drie clusters van werkzaamheden van elk acht weken. Overigens hielden de gronden hun functie vóór en ná oplegging van de gedoogplicht, bleven de overige percelen en opstallen bereikbaar en werden de gebruikte gronden na afloop van de werkzaamheden weer in de oorspronkelijke staat dan wel overeenkomstig de bestemming opgeleverd). Zie: ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1719, m.nt. J. Kevelam.

<sup>63</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1719, m.nt. J. Kevelam.

peilbesluit en niet van de aanleg van de stuw als zodanig. De Afdeling ziet daarom geen aanleiding om de gevolgen die de aanleg van de stuw heeft voor de andere delen van de gronden dan de grond waarop de stuw worden aangelegd, aan te merken als bijzondere omstandigheid die onteigening vordert. Het opleggen van een gedoogplicht werd door de Afdeling dan ook rechtmatig geacht.

## 5. De regulering van grondgebruik in de te inunderen gebieden

### 5.1. Regulering van het gebruik op te inunderen gronden die niet zijn aangewezen als bergingsgebied

Indien een gebied is ingericht om te kunnen functioneren voor de berging van water in extreme bovennormatieve situaties, is het niet wenselijk dat daar vormen van grondgebruik (kunnen) plaatsvinden die niet met die functie vallen te verenigen. Zo kan het onwenselijk zijn dat in het gebied bepaalde kapitaalintensieve gewassen worden verbouwd of dat daar woningen of andere watergevoelige bouwwerken worden gebouwd. Evenzeer kan het onwenselijk zijn dat de betreffende gronden worden afgegraven of juist worden opgehoogd, of dat op een andere manier het reliëf van de bodem wordt veranderd, of andersoortige obstakels worden geplaatst. Zolang een gebied niet is aangewezen als bergingsgebied, is de beheerder niet bevoegd om regels te stellen over het grondgebruik ter plaatse, tenzij het gebied geheel of gedeeltelijk is aangewezen als 'beschermingszone' in de zin van de Waterwet.<sup>64</sup> Dit ligt voor deze gebieden echter niet voor de hand, aangezien er geen waterstaatswerk is ten aanzien waarvan die regels zouden moeten gelden. Wel kunnen afspraken over grondgebruik worden neergelegd in de hierboven besproken overeenkomsten.

In plaats van regulering door de beheerder kunnen in de ter plaatse geldende bestemmingsplannen, in verband met de aan deze gebieden gegeven bestemming (bijvoorbeeld waterstaatskundige doeleinden), regels worden opgenomen die onwenselijke vormen van grondgebruik verbieden. Deze regels zijn – en blijven – noodzakelijk zolang men de betreffende gebieden wil benutten voor waterberging. Het wijzigen of niet (voldoende) handhaven van deze regels kan betekenen dat het betreffende gebied niet langer geschikt is voor deze functie, waarmee het veiligheidsdoel dus wordt doorkruist. Het is primair aan de betrokken gemeentelijke bestuursorganen om te beoordelen of zij dergelijke regels in hun bestemmingsplannen willen opnemen. Bij de voorbereiding van een eventuele aanpassing van het betreffende bestemmingsplan zullen zij in ieder geval moeten overleggen met de waterschapsbesturen (zie ook art. 3.1.1 lid 1 Bro).

Een aanpassing van het bestemmingsplan kan tevens inhouden dat bepaald gebruik of functies moeten worden 'wegbestemd' omdat sprake is van (bestaand) onwenselijk grondgebruik met het oog op de functie van het gebied voor de berging van water in extreme bovennormatieve situaties. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid gelden hierbij wel een aantal beperkingen. De nieuwe bestemming moet gerechtvaardigd zijn en het moet aannemelijk zijn dat de nieuwe bestemming binnen de planperiode van tien jaar kan worden verwezenlijkt (en de oude bestemming wordt beëindigd), zo blijkt uit jurisprudentie.<sup>65</sup> Daarbij kan een recht op planschadevergoeding ontstaan (zie par. 6.1.2). Bovendien zijn de standaard overgangsbepalingen voor gebruik en bouwwerken van toepassing (zie art. 3.2.1 en 3.2.2 Bro) op grond waarvan, kort gezegd, legaal ononderbroken bestaand gebruik van grond en bouwwerken onder het nieuwe planologisch regime mag worden voortgezet. Het betreft wel een tijdelijke situatie, uiteindelijk is beëindiging beoogd. Het uitzicht op beëindiging binnen de planperiode hangt mede af van de medewerking van de grondeigenaar. Indien deze niet op vrijwillige basis wil meewerken, zal de gemeente aannemelijk moeten maken dat er de bereidheid is om zo nodig over te gaan tot aankoop of onteigening. Het zal in de praktijk echter veelal niet zozeer gaan om het wegbestemmen van bestaand gebruik, maar om nog niet gebruikte gebruiksmogelijkheden (die bij

---

<sup>64</sup> Onder de term 'beschermingszone' wordt verstaan: "aan een waterstaatswerk grenzende zone, waarin ter bescherming van dat werk voorschriften en beperkingen kunnen gelden".

<sup>65</sup> Zie bijv. ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2460.

benutting belemmeringen opleveren voor het beoogde gebruik van het gebied als waterberging in extreme situaties). Bij het inperken van onbenutte bouw- en gebruiksmogelijkheden hanteert de Afdeling bestuursrechtspraak een wat 'eenvoudiger' toets dan bij reeds benutte mogelijkheden, waarbij vooral relevant is dat er geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheden van het plan en er ook geen concrete plannen op dit punt zijn.<sup>66</sup>

Ook onder de Omgevingswet is het van belang dat in het omgevingsplan onwenselijke vormen van grondgebruik in het betreffende gebied worden verboden met het oog op de functie van het gebied als waterberging. Zoals in par. 3.3.2 al is benoemd, is een belangrijk verschil met het huidige recht dat onder de Omgevingswet het niet langer verplicht is om standaard gebruiksovergangsrecht in het omgevingsplan op te nemen. Dit maakt het in beginsel eenvoudiger om reeds benutte gebruiksmogelijkheden 'weg te bestemmen'. Daarbij gelden wel de in par. 3.3.2 besproken voorwaarden, waaronder het mogelijk moeten bieden van financiële compensatie. Voor het wegbestemmen van onbenutte gebruiksmogelijkheden onder de Omgevingswet zal naar verwachting de eenvoudigere toets kunnen worden voortgezet, waarbij overigens ook daar mogelijk financiële compensatie geboden moet worden.

Het waterschapsbestuur is voor de noodzakelijke aanpassing van de betreffende bestemmingsplannen/omgevingsplannen afhankelijk van de betrokken gemeentebesturen. Voorstelbaar is dat hier (ook) een rol is weggelegd voor de provincie. Het provinciebestuur kan door middel van instructies of instructieregels verplichten het omgevingsplan (of bestemmingsplan) te wijzigen, zodat de betreffende gronden geschikt zijn of blijven voor waterberging in extreme situaties. Een coördinerende rol voor de provincie ligt in dit geval voor de hand, gelet op het gemeentegrensoverschrijdende belang van de waterberging.

Ten slotte kan er behoefte bestaan aan het uitvoeren van herstel- of onderhoudswerkzaamheden. Waar op rechthebbenden op grond van art. 5.23 Wtw een wettelijke plicht rust om dergelijke maatregelen aan waterstaatswerken op hun grondgebied te dulden, bestaat een dergelijke verplichting niet in gevallen waarin geen sprake is van waterstaatswerken. Ook bestaat in dergelijke gevallen niet de bevoegdheid om derden aan te wijzen als onderhoudsplichtigen en hen bepaalde omschreven onderhoudsplichten op te leggen (art. 78 lid 2 Wschw). Afspraken hierover kunnen worden vastgelegd in de hierboven besproken overeenkomsten, met alle daaraan verbonden voor- en nadelen.

## 5.2 Regulering gebruik te inunderen gronden die zijn aangewezen als bergingsgebied

De aanwijzing van gronden als bergingsgebied betekent dat het waterschapsbestuur activiteiten van derden op deze gronden in de waterschapsverordening kan reguleren met het oog op de doelmatige werking van het bergingsgebied. Het waterschapsbestuur heeft immers de regelgevende bevoegdheid ter behartiging van de aan het waterschap opgedragen wettelijke taken. Op grond van de Waterwet in samenhang met de Waterschapswet is aan het waterschap de zorg voor het watersysteem opgedragen met het oog op de wettelijke doelstellingen voor het waterbeheer.<sup>67</sup> Aangezien bergingsgebieden onderdeel uitmaken van het watersysteem, kunnen ter bescherming en de doelmatige werking daarvan, regels in de waterschapsverordening worden opgenomen.<sup>68</sup> Om te

<sup>66</sup> Zie bijv. ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:348 en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2492. Er kan overigens mogelijk wel recht zijn op planschade.

<sup>67</sup> Art. 3.2 lid 1 jo. 2 lid 2 Wsw jo. art. 2.1 lid 1 Wsw onderscheidenlijk art. 2.17 lid 1 onder a sub 1 jo. art. 2.18 lid 2 Ow jo. art. 2 lid 2 Wsw jo. art. 1.1 lid 1 jo. Bijlage Ow.

<sup>68</sup> Art. 3.2 lid 1 jo. art. 2 lid 2 Wtw jo. art. 56 en 78 lid 1 Wsw onderscheidenlijk art. 2.17 lid 1 onder a sub 1 jo. art. 2.18 lid 2 Ow jo. art. 2 lid 2 Wsw jo. art. 1.1 lid 1 jo. Bijlage jo. art. 2.5 en art. 4.1 lid 1 Ow jo. art. 56 en 78 lid 1 Wsw.

voorkomen dat de bergingscapaciteit van het watersysteem afneemt, kunnen bijvoorbeeld bouwactiviteiten of het ophogen van gronden binnen bergingsgebieden in de waterschapsverordening worden verboden of aan een vergunningplicht worden onderworpen. Daarnaast lijkt het mogelijk om in de waterschapsverordening vormen van grondgebruik te reguleren met het oog op het beperken van toekomstige schade door de ingebruikname van het bergingsgebied.<sup>69</sup> Het waterschapsbestuur kan bijvoorbeeld de teelt van kapitaalintensieve gewassen binnen bergingsgebieden met het oog op toekomstige schadebeperking verbieden of aan een vergunningplicht onderwerpen.

### 5.3 Overlappende regelgeving

De vraag is hoe de bevoegdheid van het waterschapsbestuur om het grondgebruik binnen bergingsgebieden te reguleren in de keur/waterschapsverordening zich verhoudt tot de bevoegdheid om dit grondgebruik vanuit planologische motieven in het bestemmingsplan/omgevingsplan te reguleren. Enerzijds kan worden betoogd dat dit in het bestemmingsplan/omgevingsplan moet gebeuren, omdat de aanwijzing van het bergingsgebied primair een kwestie is van ruimtelijke ordening.<sup>70</sup> In dat kader kan worden verwezen naar de uitspraak over het inpassingsplan 'Overdiepse polder', waarin de Afdeling van oordeel is dat in het inpassingsplan met het oog op de bestemming 'Waterstaat-Waterafvoergebied' opgaande teelt in het hoogwaterseizoen kan worden verboden.<sup>71</sup> Anderzijds, heeft het waterschapsbestuur op grond van zijn regelgevende bevoegdheid de bevoegdheid om in de keur/waterschapsverordening regels te stellen met oog op de bescherming en doelmatige werking van bergingsgebieden, zodat eveneens betoogd kan worden dat regulering van grondgebruik in verband met de bescherming en doelmatige werking van het bergingsgebied in de keur/waterschapsverordening kan plaatsvinden.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft over dergelijke samenloop of overlapping van bestemmingsplanregels en sectorale regels een aantal uitspraken gedaan. Daarin oordeelt de Afdeling dat er geen regels in het bestemmingsplan kunnen worden opgenomen, voor zover die regels uitsluitend belangen beogen te beschermen die reeds in andere sectorale wet- en regelgeving (volledig) worden beschermd. Het opnemen van dergelijke regels in een bestemmingsplan naast de sectorale regels acht de Afdeling in dat geval niet noodzakelijk in verband met een goede ruimtelijke ordening en daarmee in strijd met art. 3.1 lid 1 Wro.<sup>72</sup> Deze jurisprudentielijn is mede gevormd in uitspraken over de verhouding tussen bestemmingsplanregels en regels in de keur. Op grond van deze jurisprudentie kunnen in een bestemmingsplan geen regels worden opgenomen ter bescherming van waterstaatkundige belangen die reeds door de keur worden beschermd. In het licht

---

<sup>69</sup> Vgl. Rb Middelburg 29 januari 2008, Awb 07/389, *MenR* 2008/5, nr. 29K, m.nt. P. Jong, r.o. 4.3.4, waarin de rechtbank van oordeel was dat de oprichting van nieuwe permanente bouwwerken binnen een reserveringszone van een waterkering ook met het oog op de voorkoming van financiële schade bij een toekomstige versterking van de waterkering in de keur kon worden gereguleerd.

<sup>70</sup> De MvT bij de Waterwet lijkt te impliceren dat gebruiksbepalingen in verband met de aanwijzing van bergingsgebieden in ruimtelijke spoor behoren plaats te vinden: *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 46.

<sup>71</sup> ABRvS 21 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1799, *AB* 2010/149, m.nt. A.A.J. de Gier.

<sup>72</sup> Zie ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:167, *AB* 2015/109, m.nt. F.A.G. Groothuijse, ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:328, m.nt. F.A.G. Groothuijse, ABRvS 13 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR3792, *AB* 2005/25, m.nt. F.A.G. Groothuijse en ABRvS 2 oktober 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE8249. Zie ook: F.A.G. Groothuijse, 'Bergingsgebieden uniform geregeld in de Waterwet. De aanwijzing, aanleg regulering en ingebruikname van bergingsgebieden onder de Waterwet', *TBR* 2010/158, p. 860-861 en 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 e.v. en de annotatie bij ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3869, *MenR* 2012/114 m.nt. F.A.G. Groothuijse.



van deze jurisprudentie is het verdedigbaar dat de regulering van het gebruik van gronden binnen bergingsgebieden met het oog de doelmatige werking en de instandhouding van het bergingsgebied geschiedt in de keur, zodat er geen noodzaak is om daarnaast nog regels met datzelfde oogmerk in het bestemmingsplan op te nemen. De regels van de keur waarborgen in dat geval immers een doelmatige werking en bescherming van het bergingsgebied.

#### 5.4 Onderhoudsplicht voor rechthebbenden

Indien inrichtingsmaatregelen onderdeel uitmaken van het bergingsgebied (en daarmee waterstaatswerken zijn), dan kan het waterschapsbestuur in de keur<sup>73</sup> respectievelijk de waterschapsverordening in combinatie met de onderhoudslegger in de zin van art. 78 lid 2 Wschw onderhoudsplichten opleggen aan de grondeigenaren. Ter handhaving daarvan kan de beheerder gebruik maken van zijn publiekrechtelijke handhavingsbevoegdheden (i.h.b. het opleggen van een last onder dwangsom of bestuursdwang). Zolang de inrichtingsmaatregelen niet kwalificeren als waterstaatswerk bestaat er geen publiekrechtelijke mogelijkheid om onderhoudsplichten op te leggen. Eventuele afspraken over het onderhoud en herstel van inrichtingsmaatregelen kunnen in dat geval worden neergelegd in overeenkomsten, dus via privaatrechtelijke weg. Ook de handhaving van dergelijke afspraken zal dan plaatsvinden via privaatrechtelijke weg, zo nodig door tussenkomst van de civiele rechter.

---

<sup>73</sup> Zie hoofdstuk 2 Modelkeur Unie van Waterschappen.

## 6. Vergoedingen voor grondgebruik, de aanleg, de instandhouding en de inzet alternatieve maatregelen en de regulering van grondgebruik

Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre en op grond waarvan grondgebruikers recht hebben op vergoeding van de schade die zij lijden ten gevolge van de uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen en welke overheid deze schade dient te vergoeden, is het van belang om onderscheid te maken tussen schade die wordt veroorzaakt door een *rechtmatige* handeling in het kader van het waterbeheer enerzijds en schade die wordt veroorzaakt door een *onrechtmatige* handeling anderzijds. In onderstaande paragrafen worden deze twee vergoedingsregimes beschreven en toegepast. Een derde schadevergoedingsgrondslag is te vinden in de Wet tegemoetkoming schade door rampen (WTS). Deze laten wij in dit onderzoek buiten beschouwing aangezien het onwaarschijnlijk is dat de beoogde inundatie van de betreffende gebieden zal worden aangemerkt als ‘ramp’ in de zin van deze wet en de Wet veiligheidsregio’s.

### 6.1 Nadeelcompensatie<sup>74</sup>

Overheidshandelen dat leidt tot nadeel bij derden kan ertoe leiden dat dit nadeel (gedeeltelijk) moet worden gecompenseerd. In het huidige systeem zijn er verschillende vergoedingsregimes van toepassing op specifiek overheidshandelen. Om te bepalen welk regime van toepassing is, is het van belang om te onderscheiden welke handeling de schade veroorzaakt. Hierboven is onderscheid gemaakt tussen 1) de ingebruikname van een bergingsgebied; 2) inrichtingsmaatregelen die aanleg of wijziging van waterstaatswerken betreffen, 3) inrichtingsmaatregelen die niet de aanleg of wijziging van waterstaatswerken betreffen, 4) regulering van grond, geen onderdeel uitmakend van een bergingsgebied en 5) regulering van grond, onderdeel uitmakend van een bergingsgebied. In deze paragraaf zal eerst in het algemeen het nadeelcompensatieregime en planschaderegime uiteen worden gezet, waarna ingegaan wordt op de vier typen maatregelen, waarbij de inrichtingsmaatregelen die betrekking hebben op een waterstaatswerk en maatregelen die betrekking hebben op een bergingsgebied (2 en 5) behandeld zullen worden in paragraaf 6.1.4, inrichtingsmaatregelen die geen aanleg of wijziging van een waterstaatswerk betreffen in paragraaf 6.1.5 en tenslotte maatregelen inhoudende de regulering van grond, die geen onderdeel uitmaakt van een bergingsgebied in paragraaf 6.1.6.

#### 6.1.1 Schadevergoedingsregeling in de Waterwet

Artikel 7.14, eerste lid, Waterwet luidt als volgt: *“Aan degene die als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer schade lijdt of zal lijden, wordt op zijn verzoek door het betrokken bestuursorgaan een vergoeding toegekend, voor zover de schade redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd.”*

In dit kader is het van belang dat *elke rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer* in theorie kan leiden tot een compensatieplicht op grond van dit artikel. Deze notie is belangrijk, omdat enkele andere vergoedingsregelingen zich beperken tot een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) of zelfs een limitatieve lijst van mogelijke schadeveroorzakende besluiten (Wro en de Ow). Dit betekent dat zowel schade die wordt veroorzaakt door een besluit (zoals een projectplan, een vergunning of een gedoogbeschikking) als wel door

---

<sup>74</sup> Deze paragraaf is grotendeels op een eerder advies van onze hand gebaseerd: H.K. Gilissen, W.J. van Doorn-Hoekveld & H.F.M.W. van Rijswijk, 2018 *Voorland en Veiligheid – Juridische aandachtspunten bij het betrekken van voorlanden in de beoordeling, het ontwerp en het beheer van primaire waterkeringen*, advies in opdracht van POV Voorlanden.

feitelijke handelingen (bijvoorbeeld het laten inunderen van een bergingsgebied of onderhoudswerkzaamheden) onder de reikwijdte van dit artikel valt. Met andere woorden, de reikwijdte van de vergoedingsregeling is ruim.<sup>75</sup>

Het is belangrijk om onderscheid te maken tussen verschillende soorten *schade* die een derde kan lijden als gevolg van een handeling in het waterbeheer, en wat als *schadeoorzaak* moet worden aangemerkt. Schade die zou kunnen optreden als gevolg van een rechtmatige handeling in het kader van het waterbeheer is bijvoorbeeld waardevermindering van grond, inkomensderving, derving van woongenot of omrijdschade.<sup>76</sup>

In dit geval gaat het om het langer vasthouden van water (verticaal en horizontaal) door het waterschapsbestuur op gronden van derden om aan de veiligheidsnorm voor benedenstrooms gelegen waterkeringen. Het gaat dan ook om een handeling in het kader van het waterbeheer. Voor het rechtmatig langer vasthouden van water op gronden van derden ter uitoefening van het waterbeheer heeft het waterschapsbestuur een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke titel nodig. Zonder die juridische titel is het langer vasthouden van het water (verticaal en horizontaal) op gronden van derden onrechtmatig. Indien de grondeigenaar door de aanwijzing van een bergingsgebied ten schade lijdt die niet anderszins (bijvoorbeeld privaatrechtelijk) verzekerd is, komt die schade op grond van art. 7.14 Wtw voor vergoeding in aanmerking, mits aan de daar gestelde voorwaarden wordt voldaan (zie hierna). Dat geldt op grond van art. 7.15 Wtw ook voor inundatieschade bij de inzet van het bergingsgebied, die in beginsel rechtmatig is vanwege plicht voor de grondeigenaar om tijdelijk berging van water te dulden op zijn als bergingsgebied aangewezen gronden.

In het geval een verzoek om nadeelcompensatie wordt ingediend, zal in de meeste gevallen door het bevoegd gezag (de waterbeheerder) een commissie worden ingesteld bestaande uit deskundigen of een adviseur.<sup>77</sup> Deze commissie beoordeelt of er sprake is van schade, of deze valt onder artikel 7.14 Waterwet en of deze niet redelijkerwijs voor rekening van de betrokkene behoort te blijven.

Of de schade '*niet redelijkerwijs voor rekening van de betrokkene behoort te blijven*' wordt bepaald door een aantal criteria dat de Waterwet stelt (zie hieronder). Indien wordt vastgesteld dat de schade is veroorzaakt door een rechtmatige handeling in het kader van het waterbeheer, wordt deze schade begroot door de deskundigencommissie. Deze commissie beoordeelt tevens of voldaan is aan een aantal criteria. Hierbij zijn met name de criteria voorzienbaarheid en het normaal maatschappelijk risico voor particulieren of het normaal ondernemersrisico (ook wel normaal bedrijfsrisico) voor ondernemingen van belang.

Met de *voorzienbaarheid, ook wel risicoaanvaarding* genoemd, wordt bedoeld of er, gezien vanuit de positie van een redelijk denkend en handelend burger, aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat er een, voor hem, ongunstig besluit zou worden genomen. Voor de voorzienbaarheid is het moment van investeren van belang. Dit kan zijn de koop of huur van onroerend goed of de investering in een onderneming, zoals de beslissing om een bepaald gewas te gaan telen. Indien ten tijde van de investeringsbeslissing de mogelijke negatieve ontwikkeling was neergelegd in concrete beleidsdocumenten of anderszins kenbaar was voor het publiek (bijvoorbeeld het voornemen om een besluit te nemen dat gepubliceerd is in een huis-aan-huisblad), dan wordt de betrokkene

---

<sup>75</sup> Voorland en Veiligheid, p. 16.

<sup>76</sup> Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over de schadevaststelling: Doorn-Hoekveld 2013. Dit artikel richt specifiek op nadeelcompensatie bij maatregelen bij 'droge' infrastructurele projecten, maar kan ook gedeeltelijk worden toegepast op het waterbeheer.

<sup>77</sup> De procedureregels zijn opgenomen in verordeningen van de waterschappen, zoals de Verordening Nadeelcompensatie Waterschap Drents Overijsselse Delta 2019, meer in het bijzonder artikel 4 e.v.

‘voorzienbaarheid tegengeworpen’. Dit betekent dat hij wordt geacht de mogelijke schade die volgt uit de betreffende handeling te hebben gekend en aanvaard toen hij besloot te investeren. Dit is een theoretisch criterium, het gaat er hierbij om de mogelijkheid om kennis te hebben genomen van de negatieve ontwikkeling en dus niet of de betrokkene daadwerkelijk op de hoogte was. Dit geldt alleen voor nieuwe investeringen. Bestaande bewoners of ondernemers kan geen voorzienbaarheid worden tegengeworpen bij nieuwe ontwikkelingen (aangezien zij al hadden gekocht of geïnvesteerd voordat de negatieve ontwikkeling openbaar was gemaakt).

Het *normaal maatschappelijk risico* is eveneens een zeer belangrijk criterium in dit verband. Hiermee wordt bedoeld “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 de aard en omvang van de nadelen die daaruit voortvloeien zullen zijn.”<sup>78</sup> In principe is het aan het bevoegde bestuursorgaan (naar aanleiding van het advies van de deskundigencommissie) om invulling te geven aan het normaal maatschappelijk risico. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft echter in een aantal uitspraken een richtlijn gegeven voor de hoogte van het normaal maatschappelijk risico. In een uitspraak over kustversterkingswerkzaamheden is bepaald dat “de uitvoering van kustversterkingswerkzaamheden ten behoeve van een goede en veilige kustverdediging als een normale maatschappelijke ontwikkeling in het algemeen belang te worden beschouwd.”<sup>79</sup> Een ander voorbeeld is een uitspraak van de Afdeling van 2 juli 2014, waarin de Afdeling bepaalt dat de verhoging van een dijk in beginsel moet worden beschouwd als een normale maatschappelijke ontwikkeling.<sup>80</sup> In dat geval ligt het in de rede een drempel aan te nemen van 5% van de waarde van de woning ter invulling van het normaal maatschappelijk risico. Men mag er echter niet van uitgaan dat een drempel van 5% van de waarde van het onroerend goed altijd een juiste invulling van het normaal maatschappelijk risico is. Ook zijn drempels van 15% en 20% geaccepteerd voor de invulling van het normaal ondernemersrisico bij kustversterkingswerkzaamheden.<sup>81</sup> De Afdeling heeft meerdere malen een appellant gelijk gegeven, omdat het bevoegde bestuursorgaan niet goed gemotiveerd had hoe zij het normaal maatschappelijk risico invulde. Dit is met name van belang omdat alle specifieke omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen bij de beoordeling van een nadeelcompensatieverzoek.<sup>82</sup>

Dat de gronden van de bepaalde grondeigenaren bovenstrooms worden aangewezen voor waterberging ten behoeve van het bereiken van de veiligheidsnormen voor benedenstrooms gelegen waterkeringen, ligt wat ons betreft niet per se in de lijn der verwachting vanwege de enkele omstandigheid dat er sprake is van klimaatverandering. De alternatieve maatregelen voor dijkversterking kunnen daarom in onze ogen niet zonder meer worden beschouwd als een normaal maatschappelijk risico. Deze situatie is ook niet één op één ter vergelijking met de onderhouds- of versterkingswerkzaamheden aan primaire waterkeringen, die mede vanwege klimaatverandering nodig zijn en door de Afdeling bestuursrechtspraak in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico worden gerekend. Een dijkversterking om aan de veiligheidsnorm te (blijven) voldoen, ligt naar onze

---

<sup>78</sup> Zie o.a. ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2774, r.o. 44.

<sup>79</sup> ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0631, r.o. 6.2.

<sup>80</sup> In dit specifieke geval bestond de schade uit waardevermindering door uitzichtderving. De Afdeling oordeelde dat “dat de ligging van een woning vlak bij een dijk, leidt tot een verhoogde kans op het ontstaan van uitzichtschade als gevolg van de ophoging van een dijk”: ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2396, r.o.7.

<sup>81</sup> Zie resp. ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2774 en ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2717. Het onderscheid van 5% was aannemelijk omdat het een verschil betrof tussen strandpaviljoenhouders met een huurcontract enerzijds (15%) en een viskraam, die elk jaar opnieuw een standplaatsvergunning moest aanvragen anderzijds (20%).

<sup>82</sup> ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105.

mening aanmerkelijk meer in de lijn der verwachting dan de alternatieve bovenstroomse maatregelen voor een dijkversterking die thans door het waterschap worden onderzocht.

Het criterium *'anderszins verzekerd'* kan bij de maatregelen van het vasthouden van water op agrarische gronden een rol spelen. Hierbij wordt gedacht aan de mogelijkheid dat een bepaald type schade verzekeraar is<sup>83</sup> en daarmee via een andere route vergoed wordt dan via de nadeelcompensatie. Op het moment dat civielrechtelijk afspraken zijn gemaakt, zal eventuele rechtmatig veroorzaakte schade vallen onder dit criterium en niet via nadeelcompensatie voor vergoeding in aanmerking komt.

#### *6.1.2 Planschade op grond van artikel 6.1 Wro*

Indien de beheerder niet alleen zelf gebruiksbeperkingen oplegt, maar ook gebruiksbeperkingen worden opgelegd door de wijziging van een bestemmingsplan, kan ook deze bestemmingswijziging als schadeoorzaak worden aangewezen. Dit kan het geval zijn wanneer de bestemming van de grond gewijzigd moet worden van bijvoorbeeld *'wonen'* naar *'waterstaatswerk'*.<sup>84</sup> Op schade als gevolg van, onder andere, de wijziging van een bestemmingsplan is afdeling 6.1 Wro van toepassing.

Artikel 6.1, eerste lid Wro luidt: *"Burgemeester en wethouders kennen degene die in de vorm van een inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak schade lijdt of zal lijden als gevolg van een in het tweede lid genoemde oorzaak, op aanvraag een tegemoetkoming toe, voor zover de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de aanvrager behoort te blijven en voor zover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd."*

Het tweede lid van artikel 6.1 Wro noemt een *limitatief aantal schadeveroorzakende besluiten*. Wordt de schade veroorzaakt door een ander besluit dan ogenomen in dit tweede lid, dan is de planschaderegeling niet van toepassing. Deze reikwijdte is dus beperkter dan die van de regeling in de Waterwet.

Net als in de Waterwet is het *normaal maatschappelijk risico* ook een belangrijk criterium in de Wro (artikel 6.2, eerste lid). Daarnaast is in de Wro een *minimumforfait* opgenomen ter hoogte van 2% van het inkomen onmiddellijk voor het ontstaan van de schade (bij inkomensderving), of 2% van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade (artikel 6.2, tweede lid). Schade die niet boven die 2% uitkomt, komt niet voor vergoeding in aanmerking. Hierbij is het relevant dat dit minimumpercentage alleen van toepassing is op zogenaamde *indirecte* planschade. Indirecte planschade is schade die optreedt als gevolg van een ontwikkeling op grond van een ander. Bijvoorbeeld, de uitzichtschade die ontstaat door de versterking van een dijk in de nabijheid van de woning. Is de schade het gevolg van een wijziging van het bestemmingsplan op de grond van de betrokkene zelf (*directe* planschade), dan is dit percentage niet van toepassing. Indien de gebruiksmogelijkheden of functies van gronden in het bestemmingsplan worden beperkt in verband met de aanwijzing van een bergingsgebied, dan betreft het *directe* planschade waarop het minimumforfait van 2% niet van toepassing is. In veel gevallen zullen bestaande kapitaalintensieve planologische gebruiksmogelijkheden of functies niet hoeven te worden beperkt, omdat gronden waar dergelijke gebruiksmogelijkheden of functies zijn toegestaan veelal buiten de aanwijzing van een bergingsgebied zullen worden gehouden.

---

<sup>83</sup> Zoals de *'brede weersverzekering'* voor agrariërs, waarbij schade als gevolg van hevige regenval kan worden verzekerd. Ook verzekeren sommige verzekeraars schade als gevolg van lokale overstromingen.

<sup>84</sup> Uiteraard geldt dit overeenkomstig, indien een ander ruimtelijk besluit als schadeoorzaak moet worden aangemerkt.

Los van het minimumforfait moet het bevoegd gezag ook beoordelen of de schade binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Hierbij is van doorslaggevend belang of de planologische ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd waarmee de betrokkene rekening had kunnen houden. Ook al kunnen er hoofdlijnen gedestilleerd worden uit de jurisprudentie van de Afdeling, telkens blijkt weer dat de specifieke omstandigheden van een geval van doorslaggevend belang zijn bij de beoordeling van het schadevergoedingsverzoek. Zo lijkt een drempel van 5% van de waarde van een onroerende zaak vaak als redelijk aangenomen te worden bij waterveiligheidsprojecten, men kan deze echter niet zonder nadere motivering overnemen in een besluit.

Net als bij de beoordeling van aanvragen op grond van artikel 7.14 Wtw, is het gebruikelijk om de deskundigheid van een adviseur in te schakelen bij de beoordeling van een verzoek om planschadevergoeding (art. 6.1.3.1 e.v. Bro).

### 6.1.3 Omgevingswet

De nadeelcompensatieregeling is opgenomen in afdeling 15.1. Ow. De regeling is beperkt tot een *limitatieve lijst met schadeveroorzakende besluiten* – vergelijkbaar met art. 6.1 Wro. Dit betekent een verenging van de reikwijdte ten opzichte van de regeling op grond van artikel 7.14 Wtw, omdat onder Ow de nadeelcompensatieregeling niet langer (alleen) ziet op de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer, waaronder ook feitelijke handelingen vallen, maar alleen op de in artikel 15.1 genoemde schadeoorzaken. Dit kan gevolgen hebben voor de situatie waarin overgedimensioneerde waterkeringen worden verlaagd tot de toestand zoals deze waterkeringen op de legger zijn omschreven. Indien in een dergelijk geval geen projectbesluit nodig is, is er geen schadeoorzaak als genoemd in artikel 15.1 en zou deze regeling dus ook niet van toepassing zijn.

Het *minimumforfait*, zoals thans bekend is op grond van artikel 6.2 Wro voor indirecte planschade in de vorm van waardevermindering, wordt vastgesteld op 4% (i.p.v. de huidige 2%) van de waarde van de onroerende zaak, onmiddellijk voor het ontstaan van de schade.

Ook voor de *peildatum voor het vaststellen van de schade en de actieve risicoaanvaarding* voor waardevermindering treedt er een wijziging op, deze verschuiven beiden naar achteren in tijd. Voor de schadevaststelling verschuift het moment van inwerkingtreding besluit, dat de ontwikkeling mogelijk maakt (bijvoorbeeld een bestemmingsplan) naar het concrete besluit of feitelijke activiteit (omgevingsvergunning (art. 15.3 Ow), moment van informeren bevoegd gezag (art. 15.4, lid 1 onder a Ow), of zodra met de activiteit is begonnen (art. 15.4, lid 1 onder b Ow)), in plaats van inwerkingtreding omgevingsplan. Waar thans het concreet en openbaar gemaakt beleidsvoornemen een startpunt vormt van risicoaanvaarding,<sup>85</sup> vormt dat krachtens art. 15.5 Ow voor consumenten niet meer het startpunt voor waardevermindering. Ook een investering gedaan na de vaststelling van een omgevingsplan levert in ieder geval geen actieve risicoaanvaarding op, omdat in dat plan nog niet duidelijk is in hoeverre gebruik zal worden gemaakt van de mogelijkheden die dat plan biedt.

Een ander belangrijk verschil met het huidige recht is dat *geschillen over schadevergoedingen* die rechtstreeks het gevolg zijn van gedoogplichten niet langer zullen behoren tot de competentie van de bestuursrechter, maar tot die van de *civiele rechter* krachtens art. 15.15 Ow. Ook ten aanzien van de omvang van de *schadevergoeding als gevolg van het opleggen van gedoogplichten* vindt een belangrijke wijziging plaats. Waar art. 7.14 Wtw een *volledige vergoeding van schade* die voortvloeit uit een door het waterschapsbestuur opgelegde plicht om de fysieke aanleg van een bergingsgebied

---

<sup>85</sup> Dat kan al zelfs al op een eerder moment zijn.

te gedogen niet uitsluit, maar niet vooraf verzekert,<sup>86</sup> zal deze schade op grond van de Omgevingswet volledig moeten worden vergoed (art. 10.17 lid 2 onder b jo. art. 15.14 lid 1 jo. afdeling 10.3. Ow, vgl. huidig art. 5.24 jo. art. 7.14 Wtw). Dat geldt opmerkelijk genoeg niet voor schade die voortvloeit uit de effectuering van (de van rechtswege geldende) plicht om tijdelijke waterberging in bergingsgebieden te dulden (art. 15.14 lid 1 jo. art. 10.3 lid 4 Ow, vgl. huidig art. 5.26 jo. art. 7.14 Wtw). Dit is een wettelijke duldplicht, die rechtstreeks uit de wet voortvloeit en niet bij afzonderlijke beschikking wordt opgelegd. De schade die uit dergelijke gedoogplichten voortvloeit, komt alleen voor vergoeding in aanmerking als deze uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico en voor zover de rechthebbende in vergelijking met anderen onevenredig zwaar wordt getroffen.<sup>87</sup>

#### *6.1.4 Schadevergoeding als gevolg van inrichtingsmaatregelen die bestaande waterstaatswerken wijzigen of vallen binnen een bergingsgebied*

Voor inrichtingsmaatregelen die een bestaand waterstaatswerk wijzigen (paragraaf 3.3.1) of voor maatregelen op gronden die zijn aangewezen als bergingsgebied (paragraaf 3.3.3) geldt het schadevergoedingsregime uit de Waterwet. De schade is dan het gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer, waarop artikel 7.14 Wtw van toepassing is.

Als schadeoorzaak zou kunnen worden aangemerkt de regulering van eigendom door algemene regels in de keur (gebods- of verbodsbepalingen), waardoor een eigenaar zijn gronden niet meer kan gebruiken als voorheen, een gedoogbeschikking op grond van artikel 5.23 Wtw, of een projectplan. Aangezien artikel 7.14 Wtw spreekt van de 'rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer', is het niet noodzakelijk dat de schade wordt veroorzaakt door een besluit, maar kan ook een feitelijke handeling worden aangemerkt als schadeoorzaak. Dit is met name relevant voor de maatregelen die het verlagen van overgedimensioneerde dijken inhouden. Indien voor dergelijke maatregelen geen projectplan of een projectbesluit (Ow) noodzakelijk is, namelijk in die gevallen waarin de verlaging leidt tot de toestand zoals omschreven in de legger, kan het feitelijk verlagen en daardoor het feitelijk verminderen van de bescherming van het binnendijkse gebied, als mogelijke schadeoorzaak worden aangemerkt. Dit zal onder de Omgevingswet wijzigen (zie paragraaf 6.1.3).

Voor de aanwijzing van een bergingsgebied zijn zowel de vaststelling van een projectplan door de waterbeheerder, als de wijziging van een bestemmingsplan door de gemeente noodzakelijk, waardoor er twee schadeoorzaken kunnen worden aangewezen. In een dergelijk geval zou een verzoeker zowel bij de waterbeheerder (o.g.v. artikel 7.14 Wtw) als bij de gemeente (o.g.v. artikel 6.1 Wro) om vergoeding kunnen vragen. Voor dergelijke situaties kent de Waterwet een voorrangregeling in artikel 7.16 Wtw, dat luidt: "*Afdeling 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening blijft buiten toepassing, voor zover een belanghebbende met betrekking tot de schade een beroep doet of kan doen op een schadevergoeding als bedoeld in artikel 7.14, eerste lid.*" Dit betekent dat in het geval de betrokkene zowel een beroep kan doen op de regeling van artikel 7.14 Wtw als op de regeling van artikel 6.1 Wro, de regeling van de Waterwet gevolgd moet worden.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Al is schade veroorzaakt door een gedoogplicht die leidt tot de fysieke aantasting van de zaak zelf, volgens de Afdeling in beginsel volledig vergoed dienen te worden, zie: ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, AB 2017/181, m.nt. M.H.P. Bullens.

<sup>87</sup> Zie annotatie bij ABRvS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3120, AB 2019/4, m.nt. W.J. van Doorn-Hoekveld en F.A.G. Groothuijse.

<sup>88</sup> ABRvS 26 september 201, ECLI:NL:RVS:2018:3120, AB 2019/4.

Aandacht verdient ook artikel 7.15 Wtw, waarin staat dat onder schade o.g.v. art. 7.14 mede wordt verstaan 'schade in verband met wateroverlast of overstromingen, voor zover deze het gevolg zijn van de verlegging van een waterkering of van andere maatregelen, gericht op het vergroten van de afvoer- of bergingscapaciteit van watersystemen'. Dit betekent dat schade als gevolg van het daadwerkelijk in gebruik nemen van een *bergingsgebied* artikel 7.14 Wtw onverkort van toepassing is. Dit geldt echter niet onverkort voor de ingebruikname van een *noodoverloopgebied*, aangezien dat gebied buiten het watersysteem is gelegen en dus niet is gericht op het vergroten van de afvoer- of bergingscapaciteit van watersystemen. Voor het gebruiken van een noodoverloopgebied geldt dat een apart besluit nodig is (door een andere overheidsinstantie), in tegenstelling tot het inunderen van een bergingsgebied, waarvoor de duldplicht ex art 5.26 Wtw geldt. Dit besluit dient te worden genomen op grond van het noodrecht en zou eventueel als schadeoorzaak kunnen worden aangewezen.

#### *6.1.5 Inrichtingsmaatregelen die geen aanleg of wijziging van een waterstaatswerk betreffen*

Zoals in paragraaf 3.3.2 aangegeven, kan de waterbeheerder ervoor kiezen om in plaats van het publiekrechtelijk instrumentarium gebruik te maken van het privaatrecht. In een dergelijk geval kan het waterschapsbestuur met de grondeigenaar vastleggen dat de gronden gebruikt mogen worden voor waterberging en de daarvoor benodigde inrichtingsmaatregelen. Deze mogelijkheid neemt niet weg dat verschillende planologische besluiten nodig zullen zijn, welke opgenomen zijn in de limitatieve lijst van schadeoorzaken in artikel 6.1 Wro, waarop de planschaderegeling van toepassing is. Indien in een dergelijk geval een verzoek om schadevergoeding wordt ingediend,<sup>89</sup> zal het college van Burgemeester en Wethouders op de aanvraag beslissen. Overigens kan op grond van art. 6.4a Wro een planschadeverhaalsovereenkomst worden gesloten tussen het bevoegd gezag (i.c. het college van B&W) en degene die verzoekt om een wijziging van het bestemmingsplan of een omgevingsvergunning met een planologische ontheffing (i.c. het waterschapsbestuur). Verhaal van kosten is alleen mogelijk tot het bedrag van de schadevergoeding zelf. Indien tussen het waterschapsbestuur en de gemeente over de verdeling van overige 'hogere plankosten', waaronder de kosten van de nadeelcompensatieprocedure vallen, niet via de minnelijke route overeenstemming kan worden bereikt, kan het college van B&W op grond van art. 6.8 Wro gedeputeerde staten verzoeken om een toerekeningsbesluit te nemen met betrekking tot deze kosten.

#### *6.1.6 Regulering gebruik te inunderen gronden die niet zijn aangewezen als bergingsgebied*

Voor het reguleren van het gebruik van gronden die niet zijn aangewezen als bergingsgebied en dus ook geen waterstaatswerk zijn, is, zoals beschreven in paragraaf 4.1.1, medewerking van het bevoegd gezag nodig, dat in de meeste gevallen het college van B&W van de betrokken gemeente is. Indien de schadeoorzaak is gelegen in één van de in artikel 6.1 Wro opgesomde besluiten, is het college van B&W bevoegd over de aanvraag te oordelen. Heeft het waterschapsbestuur verzocht om de wijziging van het bestemmingsplan of een omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan, dan kan een planschadeverhaalsovereenkomst worden gesloten op grond van artikel 6.4a Wro.<sup>90</sup>

## 6.2 Civielrechtelijke schadevergoedingsactie<sup>91</sup>

In het geval gekozen wordt om geen gebruik te maken van een publiekrechtelijke titel om gronden van derden te gebruiken voor waterberging, noch civielrechtelijke overeenkomsten zijn gesloten,

---

<sup>89</sup> Door een ander dan de grondeigenaar met wie de afspraken zijn gemaakt.

<sup>90</sup> Het vaststellen van een dergelijke overeenkomst blijft mogelijk onder de Omgevingswet, artikel 13.3c.

<sup>91</sup> Deze paragraaf is gebaseerd op: W.J. van Doorn-Hoekveld, H.K. Gilissen, F.A.G. Groothuise, J. Kevelam, 'Kroniek aansprakelijkheid en schadevergoeding in het waterbeheer', *Overheid & Aansprakelijkheid*, 2020/5, pp. 11-25.



maar in geval van een bovennormatieve situatie wordt besloten de gronden voor extra inundatie te gebruiken, kan de civielrechtelijke schadevergoedingsactie op grond van art. 6:162 BW een rol spelen.

Bij een dergelijke situatie kan aangesloten worden bij de civielrechtelijke jurisprudentie over wateroverlast. Schade als gevolg van wateroverlast wordt in veel gevallen over de band van het niet voldoen aan de zorgplicht<sup>92</sup> via de burgerlijke rechter beoordeeld aan de hand van de criteria van de onrechtmatige daad (6:162 Burgerlijk Wetboek). Op basis van art. 2.8 Wtw is de zorgplicht grotendeels vormgegeven in wateroverlastnormen die in de provinciale verordeningen zijn opgenomen. Deze normen hebben een juridisch bindende status. Bij de beoordeling of een waterschap in een concreet geval aan zijn zorgplicht heeft voldaan, staat sinds jaar en dag de vraag centraal of het bij de uitvoering van zijn taken 'beneden de zorg van een goed beheerder is gebleven'.<sup>93</sup> Uit de vaststaande jurisprudentie blijkt dat de zorgplicht geen absolute resultaatsverplichting is, maar een inspanningsverplichting. Bij de beoordeling of voldaan is aan deze inspanningsverplichting spelen bij die vraag de concrete omstandigheden van het geval, de verschillende bij het beleid betrokken belangen en de beperkte financiële en andere middelen een belangrijke rol. Bij een dergelijke inspanningsverplichting hoort een ruime mate van beleidsruimte, zij het dat de gedragingen van een waterschap wel degelijk aan een volle zorgvuldigheidstoetsing kunnen worden onderworpen.<sup>94</sup>

De integraliteit van het waterbeheer staat voorop: bij de beoordeling van de eisen staat voorop dat de taak van een waterschap méér omvat dan slechts de zorgplicht in verband met wateroverlast.<sup>95</sup>

De stelplicht en bewijslast om aannemelijk te maken dat het waterschap tekortgeschoten is in de zorgplicht is niet eenvoudig. Dat geldt zeker in situaties waar sprake is van extreme situaties en waarbij de dijken aan de geldende normen voldoen en het regionale watersysteem aan de normen voor waterberging voldoet. Ook dient de eiser het causaal verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging (het tekortschieten in de zorgplicht) te bewijzen. De stelplicht is nader geconcretiseerd door rechtbank Limburg. De stellingen van eisers dienen concreet in te houden 'welke oorzaak van wateroverlast op welke wijze tot de schade heeft geleid, welke maatregelen het waterschap heeft nagelaten te treffen en tot welke beperking van de schade die maatregelen zouden hebben geleid, wanneer zij waren genomen'.<sup>96</sup> Het enkele feit dat er wateroverlast heeft plaatsgevonden, betekent niet dat reeds daarom sprake zou zijn van een schending van de betreffende normen; eisers dienen dat aannemelijk te maken. Aangezien het een periode van langdurige en zeer hevige regenval betrof, kan bovendien evenmin worden aangenomen dat de schade niet zou zijn ontstaan met

---

<sup>92</sup> Voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen (Zie art. 2.1 Wtw jo. art. 1.1 (onder 'beheer') Wtw jo. art. 1 lid 2 Wsw).

<sup>93</sup> Zie HR 9 oktober 1981, NJ 1981, 332 m.nt. CJHB (Bargerbeek/Juurlink); HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319 m.nt. ARB (West-Friesland/Kaagman); en HR 9 november 2001, NJ 2002 m.nt. CJHB (Van den Berg/Oude Rijnstromen). Zie voor een uitgebreidere bespreking H.J.M. Havekes & M.J. Kraak, 'Wateroverlast en aansprakelijkheid', *TvAR* 2017-5, p. 233-234; J.J. Jacobse & R.M. Pieterse, 'Zorgen en plichten; een analyse van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast', *O&A* 2017-4 (91), p. 198-199; en H.J.M. Havekes & M.J. Kraak, 'Het regent jurisprudentie. Wateroverlast en aansprakelijkheid opnieuw bezien', *TvAR* 2018-7/8, p. 329-330.

<sup>94</sup> Zie in verband met beleidsruimte en beperkte financiële middelen J.J. Jacobse & R.M. Pieterse, 'Zorgen en plichten; een analyse van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast', *O&A* 2017-4 (91), p. 201-203.

<sup>95</sup> Havekes en Kraak bespreken de eerste twee van deze uitspraken, maar verwachtten nog een stortbui. Zie H.J.M. Havekes & M.J. Kraak, 'Het regent jurisprudentie. Wateroverlast en aansprakelijkheid opnieuw bezien', *TvAR* 2018-7/8, p. 331-333.

<sup>96</sup> Vgl. Rb. Limburg 28 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1804, r.o. 4.8 en 4.16.

(veronderstelde) volledige inachtneming van de zorgplicht. Eisers moeten dus, indien in enig geval vast komt te staan dat een beheerder is tekortgeschoten in zijn zorgplicht, aantonen dat hun schade (gedeeltelijk) dáárvan het gevolg was en niet valt af te schrijven op een beperkte normatieve capaciteit van het watersysteem.<sup>97</sup>

Deze ruime beleidsruimte van de waterbeheerder in het kader van wateroverlast, leidt er niet toe dat de extra inundatie die WDOD voorstaat, ook onder deze noemer valt 'weg te schrijven'. In het voorgestelde beleid wordt immers bewust ingezet op gebruik van gronden van derden, waarbij langdurige en extra inundatie als maatregel wordt ingezet om overstromingen elders te voorkomen. Hierbij heeft de waterbeheerder zowel publiekrechtelijke, als privaatrechtelijke instrumenten voorhanden om het gebruik van het eigendom van een derde te regelen. Indien de beheerder besluit geen gebruik te maken van deze instrumenten, dan kan dit leiden tot de inbreuk van een subjectief recht, namelijk het eigendomsrecht en daarmee tot aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW. Het verdient echter geen aanbeveling om dit aansprakelijkheidsrisico voor lief te nemen en af te zien van het inzetten van publiek- dan wel privaatrechtelijke instrumenten.

### 6.3 Risico's bij privaatrechtelijke afspraken over vergoedingen

Het bestaan van de wettelijke nadeelcompensatieregeling in de Waterwet of Omgevingswet staat aan andere vormen van compensatie niet in de weg, aangezien het vergoeden van schade voor rechtmatige veroorzaakte schade volgens deze regelingen ook anderszins verzekerd kan zijn. Zodra compensatie in een concreet geval heeft plaatsgevonden via andere weg dan op basis van een wettelijke nadeelcompensatieregeling, komt aan dergelijke regelingen in dat geval geen belang meer toe. Ook andersom geldt dat nadeel dat is gecompenseerd op basis van een nadeelcompensatieregeling niet nogmaals via een andere constructie kan worden vergoed. Met het oog op de problematiek in dit onderzoek kan het waterschap, naast nadeelcompensatie, ook met grondeigenaren in een overeenkomst een vergoedingsregeling vastleggen voor het gebruik van hun gronden voor waterberging, het aanleggen en onderhouden van inrichtingsmaatregelen en eventuele beperkingen van het gebruik van hun gronden. In beginsel heeft het waterschap daarbij contractsvrijheid. Die contractsvrijheid wordt evenwel begrensd door de regels van geschreven en ongeschreven publiekrecht,<sup>98</sup> waaronder de algemene beginselen van bestuur en de staatsteunregels.

#### 6.3.1 Gelijkheidsbeginsel

Op grond van het gelijkheidsbeginsel moeten bestuursorganen bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden gelijke gevallen gelijk behandelen.<sup>99</sup> Dat geldt ook voor het toekennen van vergoedingen aan rechthebbenden wiens gronden het waterschapsbestuur wil gebruiken voor waterberging, het aanleggen van inrichtingsmaatregelen of wiens gronden het waterschapsbestuur in verband met de waterberging wil reguleren. Voor zover derden schade lijden ten gevolge van de uitoefening publiekrechtelijke taken en bevoegdheden door het waterschapsbestuur in het kader van de verschillende maatregelen, kunnen benadeelden een beroep doen op een uniforme nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Wtw (afd. 15.1 Ow).<sup>100</sup> Bij een rechtmatige toepassing van deze regeling zal geen sprake zijn van strijd met het gelijkheidsbeginsel, aangezien benadeelden op grond van dezelfde regeling onder dezelfde (objectieve) voorwaarden recht hebben op schadevergoeding.

---

<sup>97</sup> De rechtbank Oost-Brabant heeft het kennelijk nodig geacht om wat betreft het causale verband aan het eind van de betreffende uitspraken een expliciete overweging toe te voegen.

<sup>98</sup> Art. 3:14 BW.

<sup>99</sup> Van Wijk Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 16<sup>e</sup> druk, Deventer 2014, p. 322 e.v.

<sup>100</sup> Zie par. 6.1.

Bij het privaatrechtelijk vastleggen van vergoedingsregeling met grondeigenaren zal het waterschap onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen. Bij privaatrechtelijk handelen moeten overheden immers op grond van art. 3:14 BW zowel de geschreven als de ongeschreven regels van publiekrecht in acht nemen. Aangezien het waterschap met iedere grondeigenaar afzonderlijk zal moeten worden onderhandelen over een vergoedingsregeling en deze in een overeenkomst moeten vastleggen, is het gelijkheidsbeginsel daarbij een belangrijk aandachtspunt. Op grond van dit beginsel moeten gelijke gevallen in gelijke omstandigheden gelijk worden behandeld. Het waterschap zal de afgesproken vergoedingsregelingen dan ook in het licht van het gelijkheidsbeginsel moeten motiveren. Waarom is bijvoorbeeld met een bepaalde grondeigenaar die zich (min of meer) in een vergelijkbare omstandigheid bevindt toch een wezenlijk andere gunstigere of ongunstigere vergoedingsregeling overeengekomen?

#### 6.3.4 Staatssteun

Een ander aandachtspunt voor het waterschap bij het privaatrechtelijk overeenkomen van vergoedingen met grondeigenaren die ondernemingen<sup>101</sup> zijn, is dat de vergoeding niet in strijd mag zijn met de Europeesrechtelijke staatsteunregels. Van staatsteun in zin van art. 107 lid 1 VWEU is sprake als aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- 1) de maatregel moet door de staat worden toegekend of met staatsmiddelen worden bekostigd;
- 2) de maatregel moet een voordeel verschaffen aan een onderneming of ondernemingen die economische activiteiten verrichten;
- 3) de maatregel moet selectief zijn, dat wil zeggen dat deze slechts voor bepaalde ondernemingen geldt; en
- 4) de maatregel moet het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden en de mededinging op de interne markt vervalsen of dreigen te vervalsen.

Als aan deze voorwaarden wordt voldaan, is in beginsel sprake van staatsteun. Niet iedere vorm van staatsteun is echter ongeoorloofd. Er zijn namelijk faciliteiten en vrijstellingen op grond waarvan toegekende staatsteun geoorloofd is.<sup>102</sup> Indien van staatsteun sprake is, dan moet daarvan een melding worden gemaakt bij de Europese Commissie, die zal moeten beoordelen of er sprake is van ontoelaatbare staatsteun. Als de Commissie tot die conclusie komt, dan mag de steun niet worden toegekend. Als de steun reeds is toegekend, dan zal deze moeten worden teruggevorderd en terugbetaald.<sup>103</sup> Zolang de Europese Commissie nog geen oordeel heeft gegeven over de aangemelde maatregel, mag de steunmaatregel niet ten uitvoer worden gelegd (de zogenaamde *standstill*-verplichting).

---

<sup>101</sup> Volgens het Europees Hof van Justitie is een onderneming 'elke eenheid die een economische activiteit uitvoert, ongeacht haar rechtsvorm en wijze van financiering'. Zie HvJEG 23 april 1991, C-41/90 (Htiffter), *Jur.* 1991, p. 1-1979, r.o. 21. Zie ook HvJEG 23 maart 2006, C-237/04 (Enirisorse/Sotacarbo), *Jur.* 2006, p. 1-2843, r.o. 28; HvJEG 3 maart 2005, C-172/03 (Heiser), *Jur.* 2005, p. 1-1627, r.o. 28

<sup>102</sup> In het kader van dit onderzoek zijn vooral de Catalogus GroenBlauwe diensten en de-minimisverordening van belang. Op grond van de-minimisverordening wordt steun tot €200.000 vóór aftrek van belastingen of andere heffingen over een periode van 3 belastingjaren niet aangemerkt als staatsteun, omdat deze steun niet geacht wordt de mededinging te vervalsen of het handelsverkeer tussen lidstaten op ongunstige wijze te beïnvloeden. Subsidiereregelingen die in het de catalogus BlauwGroene Diensten zijn opgenomen hoeven niet bij de Europese Commissie worden gemeld en leveren geen staatsteun op (<https://www.bij12.nl/onderwerpen/natuur-en-landschap/catalogus-groenblauwe-diensten/>). In bijlage D van de Catalogus is onder VI sub 1 is ook voor de blauwe dienst 'waterberging' een regeling opgenomen. Zie <https://www.bij12.nl/wp-content/uploads/2018/11/D-clusterbeschrijvingen-versie-EU-28-augustus-2018.pdf>

<sup>103</sup> Daarbij geldt in een verjaringstermijn van 10 jaar.

Voor zover een vergoedingsregeling wordt overeengekomen met een onderneming in de zin van art. 107 lid 1 VWEU, zal het vooral gaan om vraag of de vergoedingsregeling een selectief voordeel oplevert voor de onderneming (criterium 3). Op grond van de vergoedingsregeling worden immers van overheidswege (criterium 1) aan ondernemingen (aanspraken op) financiële middelen toegekend (criterium 2).

In het onderhavige geval is vooral van belang of de eventuele vergoedingsregelingen die met rechthebbende ondernemingen worden afgesproken een selectief voordeel voor de desbetreffende onderneming oplevert. Aan de overige criteria zal namelijk in beginsel zijn voldaan.

### *Selectief voordeel*

Er is sprake van staatssteun als een onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben gekregen. Indien de overheid marktconform handelt, wordt geen voordeel toegekend en is geen sprake van staatssteun. Ten aanzien van de vraag of een door de overheid toegekende vergoeding staatssteun oplevert, moet onderscheid worden gemaakt tussen schadevergoedingen die op grond van een publiekrechtelijke regeling worden toegekend en vergoedingen die op grond van privaatrechtelijk overeengekomen vergoedingsregelingen worden toegekend.

### *Vergoedingen op grond van een publiekrechtelijke regeling*

Schadevergoedingen die de overheid toekent op grond van een publiekrechtelijke schadevergoedingsregeling<sup>104</sup> leiden in beginsel niet tot het toekennen van een selectief voordeel aan een onderneming, voor zover de vergoeding uitsluitend dient ter compensatie van schade die het directe gevolg<sup>105</sup> is van overheidshandelen.<sup>106</sup> Daarbij is van belang dat het gaat om een rechtsplicht van de overheid om de schade die het gevolg is van haar handelen te vergoeden. Dergelijke schadevergoedingen hebben volgens het Hof van Justitie van de EU een fundamenteel ander karakter dan maatregelen van de overheid ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten.<sup>107</sup> Bij toekenning van compensatie op grond van nadeelcompensatieregeling gaat om een

---

<sup>104</sup> Het kan daarbij gaan om regelingen die de overheid verplichten tot toekenning van een volledige schadeloosstelling, zoals de Onteigeningswet, maar ook om nadeelcompensatieregelingen die de overheid verplichten tot het compenseren van nadeel dat het gevolg is van een rechtmatige overheidshandeling, zoals de planschaderegeling ex art. 6.1 Wro en nadeelcompensatieregeling ex art. 7.14 Waterwet of de nadeelcompensatieregeling ex afd. 15.1 Ow. Een rechtsplicht tot toekenning van schadevergoeding kan ook voortvloeien uit onrechtmatig overheidshandelen (art. 6:162 en 6:174 BW).

<sup>105</sup> Zie Beschikking van de Europese Commissie d.d. 16 juni 2004 inzake steunmaatregel N304/2003, C(2004) 2026 (Akzo Nobel). Volgens de Commissie moet de toegekende vergoeding het directe resultaat zijn van het overheidsingrijpen. Voor zover dat causale verband er niet is, zal al snel het vermoeden bestaan dat de overheid in zoverre niet zozeer aan haar rechtsplicht tot compensatie wilde voldoen, maar dat zij met de vergoeding andere (beleids)doelstellingen wilde nastreven.

<sup>106</sup> Besluit van de Europese Commissie van 16 juni 2004 inzake steunmaatregel N304/2003, C(2004) 2026 (Akzo Nobel). Dat kan ook worden afgeleid uit HvJ EU 27 september 1988, C-106/87, ECLI:EU:C:1988:457 en Commissiebeschikking van 9 maart 2010, PbEU 2010, L 118/45 (*Farm Dairy*). Hoewel de Hofuitspraak specifiek ziet op schadevergoeding naar aanleiding van onrechtmatig overheidshandelen, is aannemelijk dat dit ook geldt voor schadevergoedingen voor rechtmatig overheidshandelen, omdat ten aanzien daarvan op grond van het égalitébeginsel eveneens rechtsplicht tot nadeelcompensatie geldt. Zie de annotatie van M.R. Baart en M.K.G. Tjepkema bij Gerecht EU 1 juli 2010, T-62/08, ECLI:EU:T:2010:268, AB 2012/27, punt 3. Zie ook M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010, p. 727-731 en J. van Lenthe, 'Schadevergoeding of staatssteun' in: J. Procee e.a. (red.), *Warme grond* (Den Drijver-Van Rijckevorsel-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 29-39).

<sup>107</sup> HvJ EU 27 september 1988, C-106/87, ECLI:EU:C:1988:457 (*Asteris*), r.o. 23-24.

rechtsplicht van de overheid om schade die wordt geleden ten gevolge van overheidshandelen te vergoeden. In dergelijke gevallen is er geen sprake van selectieve bevoordeling, omdat alle benadeelde ondernemingen op grond van dezelfde regeling onder dezelfde voorwaarden en in gelijke mate een beroep kunnen doen op de nadeelcompensatieregeling.<sup>108</sup>

Indien het waterschapsbestuur gebruik maakt van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden om de extra waterberging te realiseren, dan kunnen benadeelden een beroep doen op de nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Waterwet of de nadeelcompensatieregeling ex afd. 15.1 Ow. In deze regelingen zijn objectieve criteria geformuleerd voor de toekenning van nadeelcompensatie.<sup>109</sup> Alle benadeelden kunnen in gelijke mate een beroep doen op deze publiekrechtelijke regeling, zodat de toekenning van nadeelcompensatie aan benadeelden overeenkomstig deze regeling in beginsel geen selectief voordeel – en daarmee dus ook geen staatsteun - zal opleveren.

#### *Vergoedingen op basis van een overeengekomen privaatrechtelijke vergoedingsregeling*

Bij het overeenkomen van vergoedingsregelingen met de individuele rechthebbenden zal het waterschap steeds moeten beoordelen of deze regelingen geen verboden staatsteun opleveren. Of een vergoedingsregeling een niet-marktconform voordeel oplevert, kan worden beoordeeld aan de hand van het zogenaamde *market-economy-operator* beginsel (MEO-beginsel). Er zijn verschillende manieren waarop kan worden bepaald of er sprake is van marktconform handelen. Eén daarvan is taxatie door een onafhankelijke deskundige voorafgaand aan de onderhandelingen tussen het waterschap en de rechthebbende, waarbij de vergoedingsregeling voor het gebruik van de grond en het opleggen van gebruiksbeperkingen door het waterschap zal moeten beoordeeld aan de hand van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria.<sup>110</sup> Op basis van deze taxatie kan worden bepaald of sprake is van een marktconforme vergoeding(sregeling).

#### *Toekenning van privaatrechtelijke vergoedingen in het kader van onderhandelingsplicht*

Ten aanzien van het toekennen van schadeloosstellingen in geval van onteigening is op grond van Europeesrechtelijke jurisprudentie bepaald dat deze vergoedingen geen staatsteun opleveren indien:

- de schadeloosstelling een evenredige compensatie vormt voor schade die de ontvanger heeft geleden als gevolg van de onteigening; en
- de toekenning van de schadeloosstelling niet selectief is. De schadeloosstelling moet voor iedere ondernemer in dezelfde omstandigheden onder gelijke voorwaarden beschikbaar zijn.<sup>111</sup>

Volgens de Europese Commissie geldt dit ook voor vergoedingen die een volledige schadeloosstelling inhouden en die in het kader van het verplichte minnelijke overleg voorafgaande aan een onteigening

---

<sup>108</sup> Zie Beschikking van de Commissie d.d. 16 juni 2004, nr. C(2004) 2026fin inzake steunmaatregel N304/2003 (Akzo Nobel). Zie In de Akzo Nobel-beschikking stelde de Commissie dan ook dat de schadevergoeding dient te worden bepaald op grond van een algemene schadevergoedingsregeling (), waarop elke gelaedeerde in gelijke mate een beroep kan doen.

<sup>109</sup> Zie par. 6.1.

<sup>110</sup> Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van art. 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, C/2016/2946, 2016/C 262/01, 19.7.2016.

<sup>111</sup> Gerecht EU 1 juli 2010, T-64/08 (Nuova Terni Industrie Chimiche SpA / Commissie), punten 59-63 en 140-141 en Besluit van de Europese Commissie van 2 oktober 2013 inzake steunmaatregel SA.32225, C(2013) 6250 (Nedalco), punt 29.

worden overeengekomen.<sup>112</sup> De toekenning van een vergoeding voor een bedrijfsverplaatsing op basis van een volledige schadeloosstelling levert volgens de Commissie in dat geval geen selectief voordeel op, indien:

1. de schadevergoeding het vergemakkelijken beoogt van de verplaatsing van een onderneming in het algemeen belang;
2. de schadevergoeding wordt berekend conform de onteigeningswetgeving;
3. het initiatief van de overheid uitgaat;
4. er is een taxatie verricht om te verzekeren dat de inkomens- en vermogenspositie gelijk blijft; en
5. er een concreet vooruitzicht is op onteigening.

Aangezien het waterschapsbestuur voorafgaand aan het opleggen van gedoogbeschikking voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken (de inrichtingsmaatregelen) eerst moet trachten met de rechthebbende tot afspraken te komen, achten wij het waarschijnlijk dat deze eisen daarop van overeenkomstige toepassing zijn. Toekenning van een volledige schadeloosstelling is geen staatssteun als de vergoeding beoogt de aanleg of wijziging van waterstaatswerken (in het algemeen belang) te vergemakkelijken. Deze vergoeding wordt berekend conform de regeling die van toepassing zou zijn als het waterschapsbestuur een gedoogplicht zou opleggen, het initiatief uitgaat van het waterschapsbestuur, er een taxatie is verricht en er concreet zicht is op het opleggen van een gedoogplicht. Dit geldt alleen wanneer de maatregelen kwalificeren als waterstaatswerken of daarvan onderdeel uitmaken (inrichtingsmaatregelen van een bergingsgebied). Of van een concreet zich op het opleggen van een gedoogplicht sprake is, zal moeten blijken uit een objectieve bron. In onze ogen zal daarvan in ieder geval sprake zijn vanaf het moment dat er een ontwerp-projectplan/projectbesluit tot aanleg van het bergingsgebied (de inrichtingsmaatregelen) ter inzage is gelegd,<sup>113</sup> aangezien voor de aanleg van het bergingsgebied (inrichtingsmaatregelen) een projectplan/projectbesluit vereist is en op grond van het ontwerp daarvan zicht is op de te treffen inrichtingsmaatregelen. Indien het waterschapsbestuur een vergoeding(sregeling) op basis van volledige schadeloosstelling wil overeenkomen met een rechthebbende, verdient het aanbeveling om in de onderhandelingen aan te geven dat er een gedoogplicht zal worden opgelegd als niet met de rechthebbende tot overeenstemming wordt gekomen en om in de overeenkomst te verwijzen naar de schadeberekening zoals deze op grond van de publiekrechtelijke schadevergoedingsregeling zou gelden.

Dit geldt niet voor de toekenning van vergoedingen voor de ingebruikname van gronden van derden op grond van een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke titel. Het waterschapsbestuur hoeft voor het gebruikmaken van gronden van derden voor waterberging namelijk geen gedoogbeschikking te nemen als deze gronden zijn aangewezen als bergingsgebied (publiekrechtelijke titel). Rechthebbenden ten aanzien van deze gronden zullen de waterberging in dat geval immers van rechtswege moeten dulden.

Worden de gronden niet als bergingsgebied aangewezen, dan heeft het waterschapsbestuur niet de bevoegdheid om aan rechthebbende bij beschikking de verplichting op te leggen om de waterberging

---

<sup>112</sup> Besluit van de Europese Commissie van 2 oktober 2013 inzake steunmaatregel SA.32225, C(2013) 6250 (Nedalco).

<sup>113</sup> Of een aanvraag om een omgevingsvergunning eigen dienst (beperkingengebied waterstaatswerk) voor de aanleg van het bergingsgebied is ingediend en het bevoegd gezag (waterschapsbestuur) van plan is om de vergunning te verlenen.

op zijn gronden te dulden en zal hij gebruik moeten maken van het privaatrecht. In dat geval gaat bovenstaande voor de toekenning privaatrechtelijke vergoedingen dan ook niet op. Overigens is het de vraag of er, gelet op de zeer lage inundatiefrequentie van deze gebieden, überhaupt wel sprake is van schade ten gevolge van de aanwijzing van de gronden als bergingsgebied, indien de schade die het gevolg is van de zeldzame ingebruikname van het bergingsgebied volledig zal worden vergoed.<sup>114</sup> Van een waardevermindering van de grond ten gevolge van louter de aanwijzing als bergingsgebied zal in dat geval niet of slechts zeer beperkt sprake zijn, is onze inschatting. Indien die aanwijzing van de gronden als bergingsgebied gepaard gaat met gebruiksbeperkingen van deze gronden, zal daar wel sprake van kunnen zijn. Voor zover die gebruiksbeperkingen voortvloeien uit de keur/waterschapsverordening of het bestemmingsplan/omgevingsplan, komt die schade op grond van de toepasselijke nadeelcompensatieregelingen<sup>115</sup> voor vergoeding in aanmerking.<sup>116</sup>

#### *6.3.5 Opstellen beleidskader voor privaatrechtelijke vergoeding(s)regelingen*

Indien het waterschap gebruik maakt van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden in het kader van de verschillende uitvoeringsmaatregelen verdient het aanbeveling om een beleidskader op te stellen waarin de uitgangspunten voor de toekenning van privaatrechtelijke vergoedingen zijn opgenomen. Op die manier kunnen uniforme en objectieve criteria worden geformuleerd die het waterschap zal hanteren bij het overeenkomen van privaatrechtelijke vergoedingsregelingen met rechthebbenden in het gebied. Dat verkleint het risico dat het waterschap handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel of de staatsteunregels. Toepassen van het beleidskader zal vanzelfsprekend niet mogen leiden tot selectieve bevoordeling van bepaalde (categorieën van) rechthebbenden, aangezien er in dat geval sprake zal zijn van strijd met het de staatsteunregels en het gelijkheidsbeginsel. Naar het oordeel van het Hof van Justitie van de EU mogen bepaalde ondernemingen door het beleidskader niet worden begunstigd ten opzichte van andere ondernemingen die zich uit het oogpunt van de doelstellingen van het beleid in een vergelijkbare situatie bevinden.<sup>117</sup> Het beleidskader mag het waterschap ook niet te veel discretionaire ruimte geven bij de toekenning van de vergoeding. Die ruimte zal moeten worden ingekaderd door objectieve criteria.<sup>118</sup> Om het risico op toekenning van staatsteun uit te sluiten kan het beleid ter goedkeuring aan de Europese Commissie kunnen worden voorgelegd. Het beleidskader voor de toekenning van privaatrechtelijke vergoedingen, zal in onze ogen niet te veel kunnen afwijken van de publiekrechtelijke schadevergoedingsregelingen. Hoe groter de afwijkingen van de publiekrechtelijke schadevergoedingsregelingen, hoe groter het risico op staatssteun zal zijn.

---

<sup>114</sup> Dat is onder de Omgevingswet nog maar de vraag, omdat het dulden van de berging van water in bergingsgebieden gaat om een van rechtswege geldende duldplicht. De Omgevingswet voorziet alleen voor schade die het gevolg is van gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd in een volledige schadeloosstelling. Dat geldt dus niet voor schade die wordt veroorzaakt door de rechtswege geldende duldplicht voor waterberging. Het is de vraag of de nadeelcompensatieregeling van de Omgevingswet daarmee uitsluit dat er in concrete gevallen een volledige schadeloosstelling wordt toegekend. De nadeelcompensatieregeling ex art 7.1 4 Wtw sluit een volledige schadeloosstelling niet uit, zo blijkt uit de wetgeschiedenis. Zie *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 63 en *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 818, nr. 4, p. 15-16.

<sup>115</sup> Art. 7.14 Wtw, art. 6.1 Wro en afd. 15.1 Ow.

<sup>116</sup> Zie ook par. 6.1.

<sup>117</sup> HvJ EU 21 december 2016, C-524/14 P, ECLI:EU:C:2016:971, punt 41.

<sup>118</sup> HvJ EU 18 juli 2013, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, r.o. 27.

## 7. Conclusies: voor- en nadelen van het gebruik van het privaatrechtelijk en publiekrechtelijk instrumentarium

Het doel van het treffen van de genoemde alternatieve maatregelen is om uiteindelijk het watersysteem als zodanig (inclusief de waterkering benedenstreams) aan de veiligheidsnorm te laten voldoen. De alternatieve systeemmaatregelen worden genomen met het oog op de doelstelling van de Waterwet of het waterbeheer (Ow), te weten het voorkomen en beperken van wateroverlast en overstromingen. Hierboven bespraken wij publiekrechtelijke (bergingsgebied) en privaatrechtelijke instrumenten (overeenkomsten, zakelijke rechten) om het genoemde bergingsdoel te bereiken. Beide typen instrumenten kunnen daartoe worden benut, maar in onze ogen bestaat een voorkeur voor het publiekrechtelijke instrumentarium, dus de aanwijzing van de te inunderen gebieden als bergingsgebied. Wij zetten de argumenten daarvoor hieronder uiteen, waarbij wij deze afzetten tegen de mogelijkheden die het privaatrechtelijke instrumentarium biedt.

### 1) Watersysteembenadering

Aangezien de extra bergingscapaciteit nodig is om het watersysteem – i.c. het benedenstroomse dijktraject – aan de veiligheidsnorm te laten voldoen, is het verdedigbaar te stellen dat deze extra bergingscapaciteit ook tot het watersysteem zelf zou moeten behoren. De beheerder(s) van het watersysteem moet(en) er immers voor zorgdragen dat het watersysteem als geheel aan de daarvoor geldende normen voldoet. Dat zou betekenen dat de gronden waarop die extra bergingscapaciteit wordt voorzien ook tot het watersysteem zelf zullen moeten behoren. Het ligt daarom vanuit een watersysteembenadering voor de hand om de gronden die worden ingezet voor extra verticale en horizontale waterberging aan te wijzen als bergingsgebied. Bergingsgebieden maken als waterstaatswerken immers onderdeel uit van een watersysteem.

### 2) Publiekrechtelijke titel voor waterberging

Met de aanwijzing van de gronden als bergingsgebied wordt een publiekrechtelijke titel verschaft om de gronden van rechthebbenden te gebruiken voor de waterberging die nodig is om de benedenstreams gelegen primaire waterkeringen te laten voldoen aan de veiligheidsnorm. Alle rechthebbenden ten aanzien van gronden in het als bergingsgebied aangewezen gebied zullen het gebruik van hun gronden voor de benodigde extra waterberging immers van rechtswege moeten dulden. Voor de aanwijzing van een bergingsgebied is het waterschapsbestuur wel afhankelijk van de medewerking van het gemeentebestuur, omdat de gronden niet alleen op de legger, maar ook in het bestemmingsplan/omgevingsplan als bergingsgebied moeten worden aangewezen. Indien een gemeentebestuur niet wil meewerken, dan kan het provinciebestuur het gemeentebestuur daartoe dwingen door middel van een instructie(regel). Deze afhankelijkheid moet wel worden genuanceerd, omdat voor het realiseren van de inrichtingsmaatregelen het waterschapsbestuur sowieso afhankelijk kan zijn de planologische medewerking van het gemeentebestuur dan wel het provinciebestuur.

Wanneer een gebied niet wordt aangewezen als bergingsgebied dient het waterschap met alle afzonderlijke rechthebbenden ten aanzien van deze gronden moet onderhandelen over de inzet van hun gronden voor waterberging. De resultaten van een eventuele succesvolle onderhandeling dienen in privaatrechtelijke overeenkomsten te worden vastgelegd. Daarbij is het waterschap afhankelijk van de bereidheid van alle rechthebbenden in een gebied om een overeenkomst met het waterschap te sluiten. Als één rechthebbende dat weigert, zal het waterschapsbestuur toch het gehele gebied als



bergingsgebied moeten aanwijzen, ook als er met alle andere rechthebbenden in hetzelfde gebied wel overeenstemming is bereikt.

### 3) Bergingsgebied is een waterstaatswerk

De aanwijzing van een gebied als bergingsgebied betekent dat de inrichtingsmaatregelen daarmee (onderdeel van) een waterstaatswerk zijn. Dit heeft drie voordelen:

- In de eerste plaats kan dat procedurele voordelen opleveren. Indien het provinciebestuur in de provinciale verordening de projectprocedure van toepassing verklaart op de aanleg van bergingsgebieden, dan kunnen de besluiten die nodig zijn voor de uitvoering van deze inrichtingsmaatregelen versneld en gecoördineerd worden voorbereid. Het projectplan moet in dat geval worden goedgekeurd door GS. Onder de Omgevingswet kan het waterschapsbestuur zelf een versnelde en gecoördineerde voorbereiding van uitvoeringsbesluiten bewerkstelligen door voor de aanleg van het bergingsgebied een projectbesluit vast te stellen. In het projectbesluit wordt voor zover nodig het omgevingsplan rechtstreeks gewijzigd en kan het waterschapsbestuur ervoor kiezen om uitvoeringsbesluiten daarin te integreren. Dit betekent wel dat de het projectbesluit moet worden goedgekeurd door GS en daaraan voorafgaand een extra voorbereidingsprocedure (voornemen en verkenning) moet worden doorlopen. Als het waterschapsbestuur niet kiest voor het projectbesluit zal het voor de realisering van de inrichtingsmaatregelen een omgevingsvergunning eigen dienst (beperkingengebied waterstaatwerk) en eventuele andere daarvoor benodigde besluiten moeten aanvragen bij het bevoegd gezag (doorgaans B&W).
- In de tweede plaats betekent de aanwijzing van een bergingsgebied dat het waterschapsbestuur ten behoeve van de uitvoering van deze inrichtingsmaatregelen op gronden van derden hen bij beschikking de plicht kan opleggen de uitvoering daarvan te dulden, mits eerst is getracht om met de rechthebbende daarover privaatrechtelijke afspraken te maken en dat niet is gelukt. Een gedoogplicht kan uitsluitend worden opgelegd als de belangen van de rechthebbenden geen onteigening vorderen. De bestuursrechter beoordeelt dit aan de hand van de omvang van de benodigde gronden voor de uitvoering van de inrichtingsmaatregel ten opzichte van de totale omvang van de gronden van de rechthebbenden, en als de omvang van de benodigde gronden gering is of er bijzondere omstandigheden zijn die alsnog onteigening vorderen. Van bijzondere omstandigheden is bijvoorbeeld sprake als ondanks de geringe omvang van de benodigde gronden de bruikbaarheid van het gehele perceel aanzienlijk wordt aangetast. Indien een gedoogplicht voor de aanleg van de inrichtingsmaatregelen kan worden opgelegd, hebben rechthebbenden die dientengevolge schade lijden op grond van de nadeelcompensatieregeling recht op een volledige schadeloosstelling.
- In de derde plaats kan het waterschapsbestuur het gebruik van de inrichtingsmaatregelen in de keur/waterschapsverordening reguleren en de in dat kader vastgestelde regels rechtstreeks en zelfstandig handhaven. Daarnaast kan het waterschapsbestuur ten behoeve van het verrichten van eventuele benodigde onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan de uitvoeringsmaatregelen gedoogplichten inroepen jegens rechthebbenden en kan het daaruit voortvloeiende nadeel worden geclaimd op grond van één uniforme wettelijke nadeelcompensatieregeling, waarbij een volledige schadeloosstelling niet verzekerd is, omdat deze gedoogplichten van rechtswege gelden. Ten slotte is het mogelijk om op grond van de keur/waterschapsverordening en de onderhoudslegger aan rechthebbenden zelf een (reguliere) onderhoudsplicht op te leggen.

Als er niet wordt gekozen voor de aanwijzing (of aanleg) van een bergingsgebied, dan zijn de inrichtingsmaatregelen die niet reeds onderdeel uitmaken van een bestaand waterstaatswerk daardoor geen (onderdeel van een) waterstaatswerk. In dat geval heeft het waterschapsbestuur dus geen publiekrechtelijke bevoegdheden om de aanleg, het onderhoud en herstel van deze maatregelen op gronden van derden juridisch af te dwingen, om ter bescherming van deze inrichtingsmaatregelen regels te stellen en te handhaven. Over dergelijke bevoegdheden dient in dat geval met alle betrokken grondeigenaren waar inrichtingsmaatregelen moeten worden getroffen afzonderlijk te worden gecontracteerd en er dienen mogelijk zakelijke rechten (i.h.b. rechten van opstal) op de gronden in het betreffende gebied te worden gevestigd. Waar dit van invloed is op de waarde van de grond of anderszins schade optreedt, dient ook over de vergoeding daarvan te worden gecontracteerd. Ook is op de besluiten die nodig zijn voor de aanleg van deze maatregelen niet de versnelde en gecoördineerde projectprocedure voor waterstaatswerken van toepassing. Het gemeente- of provinciebestuur kunnen in dat geval overigens wel kiezen voor toepassing van een gecoördineerde voorbereiding van deze besluiten.

#### 4) Regulering en handhaving

Hierboven werd reeds gewezen op de mogelijkheden van regulering en handhaving van het gebruik van inrichtingsmaatregelen. Datzelfde geldt voor de gronden die zijn aangewezen als bergingsgebied in algemene zin. De aanwijzing van een bergingsgebied betekent dat het waterschapsbestuur het grondgebruik met het oog op de bescherming en doelmatige werking van het bergingsgebied eenzijdig kan reguleren in de keur/waterschapsverordening<sup>119</sup> en die regels ook zelfstandig en rechtstreeks kan handhaven via het publiekrechtelijke handhavingsinstrumentarium.<sup>120</sup> Voor zover rechthebbende ten gevolge daarvan schade lijden, kunnen zij een beroep doen op een uniforme wettelijke nadeelcompensatieregeling (Waterwet of Omgevingswet; zie hierna). De Waterwet voorziet daarbij in een voorrangregeling op grond waarvan de nadeelcompensatieregeling van de Waterwet voorrang heeft op de planschaderegeling van de Wro, zodat de volledige afwikkeling van schade ten gevolge van de aanleg en regulering van bergingsgebieden via de Waterwet verloopt. Hoewel met rechthebbenden over gebruiksbeperkingen in verband met het gebruik van gronden voor waterberging en daartegenover staande vergoedingen ook privaatrechtelijke afspraken kunnen worden gemaakt, kan het waterschapsbestuur deze afspraken niet eenzijdig vaststellen, noch wijzigen. Bovendien zal het waterschap bij schending van deze privaatrechtelijke afspraken door derden niet zelfstandig tot nakoming van deze afspraken kunnen dwingen met (publiekrechtelijke) handhavingsinstrumenten, maar zal het de nakoming daarvan moeten afdwingen door een procedure te starten bij de civiele (kort geding) rechter.

#### 5) Uniforme nadeelcompensatieregeling

Voor het gebruiken van de gronden van rechthebbenden geldt in het geval het gebied wordt aangewezen als bergingsgebied ten slotte één uniforme wettelijke nadeelcompensatieregeling, waarmee toekenning van schadevergoedingen minder snel in strijd zal komen met het gelijkheidsbeginsel en de staatsteunregels, dan wanneer met iedere afzonderlijke rechthebbende privaatrechtelijk afspraken (moeten) worden gemaakt over een vergoedingsregeling. Contracteren met verschillende rechthebbenden kan immers leiden tot inhoudelijk uiteenlopende afspraken en

---

<sup>119</sup> Daarbij is de vraag of het gemeentebestuur daarnaast de bevoegdheid heeft om in het bestemmingsplan of omgevingsplan nog regels te stellen.

<sup>120</sup> Tegen een besluit tot handhaving van deze regels staat vanzelfsprekend bestuursrechtelijke rechtsbescherming open bij de bestuursrechter, waarbij ook de regels uit de keur/waterschapsverordening ter exceptieve toetsing aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd.

daarmee mogelijk tot rechtsongelijkheid en selectieve bevoordeling. Om dat risico te verkleinen zou het waterschap een uniform beleidskader kunnen opstellen met daarin de uitgangspunten en de voorwaarden voor het toekennen van en het maken van afspraken over privaatrechtelijke vergoedingen.

Deel II: Juridische borging van de bijdrage door alternatieven aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor de primaire waterkering (prestatie-eis).

## 8. Inleiding

Om de projectdoelen te kunnen verwezenlijken kan het nodig zijn dat afspraken worden vastgelegd tussen WDOD en andere overheden en/of particulieren. Zo zullen de te onderzoeken alternatieve maatregelen (deels) worden getroffen in het beheergebied van aangrenzend waterschap Vechtstromen ten behoeve van de beheeropgave van WDOD om de benedenstroomse waterkeringen aan de daarvoor geldende veiligheidsnorm te laten voldoen. Ook valt niet uit te sluiten dat verschillende overheden met elkaar dienen samen te werken, althans hun medewerking dienen te verlenen om de gestelde doelen te verwezenlijken. Ten slotte moet worden bedacht dat vereist is dat bij het uitvoeren van inrichtingsmaatregelen (de aanleg of wijziging van waterstaatswerken) op gronden van particulieren eerst moet worden getracht om via privaatrechtelijke weg overeenstemming te bereiken, voordat gebruik wordt gemaakt van het publiekrechtelijke instrumentarium van gedoogplichten en onteigening. In deel II van dit rapport staat daarom de vraag centraal op welke wijze(n) dergelijke afspraken juridisch (bindend) kunnen worden verankerd en wat de voor- en nadelen zijn van de verschillende mogelijkheden. In hoofdstukken 9 en 10 staan de afspraken tussen overheden centraal; in hoofdstuk 11 wordt nader ingegaan op het maken van afspraken tussen overheden en particulieren. In hoofdstuk 12 wordt afgesloten met de conclusies van Deel II.

## 9. Samenwerking en afspraken tussen overheden; verschillende typen overeenkomsten

Een geschikt instrument om afspraken tussen partijen vast te leggen is de overeenkomst. Een overeenkomst is volgens art. 6:213 lid 1 BW een meezijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere partijen een verbintenis aangaan. Ook overheden kunnen onderling en met derden overeenkomsten sluiten. Deze worden primair beheerst door het privaatrecht,<sup>121</sup> maar er bestaan ook overeenkomsten met een gemengd karakter. In overeenkomsten tussen overheden kan men bijvoorbeeld afspraken vastleggen over risico's, bevoegdheden, samenwerking, de verdeling van verantwoordelijkheden, te verrichten inspanningen of kosten.<sup>122</sup> Overheden zijn in beginsel gebonden om door hen gesloten overeenkomsten na te komen.<sup>123</sup> Er bestaan echter ook overeenkomsten waarin een bepaalde intentie jegens elkaar wordt uitgesproken en waarbij (nadrukkelijk) wordt bepaald dat deze afspraken niet in rechte afdwingbaar zijn. Kortom: er bestaan verschillende typen overeenkomsten tussen overheden en het oogmerk van de contractpartijen is leidend bij de vraag welke afspraken op welke wijze en in welke vorm worden vastgelegd. Hieronder komen verschillende typen overeenkomsten tussen overheden aan de orde.

### 9.1 Overeenkomsten over bijdrage in de kosten van maatregelen

Het kan voorkomen dat een overheid handelingen verricht die nuttig zijn voor of bijdragen aan de taakuitoefening van andere overheden, ongeacht de vraag of ook namens die andere overheden wordt gehandeld. Er kan in dergelijke gevallen aanleiding bestaan om de 'profiterende' overheden te laten delen in de kosten van bijvoorbeeld uitvoeringsmaatregelen. Dit kan structurele vormen

---

<sup>121</sup> HR 23 juni 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0834, AB 1989,551(GCN/Nieuwegein) r.o. 3.3.

<sup>122</sup> T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 190 (§12.2).

<sup>123</sup> H.E. Bröring (red.) & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 558-559.

aannemen, maar ook plaatsvinden op projectbasis. Het doel is duidelijk: de kosten van de maatregelen worden (deels) door de ene overheid aan de andere vergoed op basis van een daartoe te sluiten overeenkomst. In het onderhavige geval kunnen de betrokken waterschappen – bijvoorbeeld in het bredere kader van een waterakkoord (zie hieronder) – een overeenkomst sluiten waarin wordt bepaald dat het ene waterschap voorziet in (een deel van) de kosten ‘in ruil voor’ het profijt van de in het beheergebied van het andere waterschap te treffen maatregelen.

## 9.2 Bevoegdhedenovereenkomsten

Een bijzonder type overeenkomst is de bevoegdhedenovereenkomst. Met dit type overeenkomsten kan een overheid afspraken vastleggen over de gebruikmaking van publiekrechtelijke bevoegdheden.<sup>124</sup> Dit type overeenkomst kan een rol spelen wanneer bij de verwezenlijking van bepaalde doelen één overheid of meerdere overheden gebruik moeten maken van aan haar/hen toegekende bevoegdheden. In dat geval is een bevoegdhedenovereenkomst een geschikt instrument om daar afspraken over te maken. De bevoegdhedenovereenkomst is bijzonder, omdat het een privaatrechtelijk (namelijk het instrument van een privaatrechtelijke overeenkomst), als een publiekrechtelijk (namelijk het object waarover gecontracteerd wordt: het inzetten van een publiekrechtelijke bevoegdheid, zoals de bevoegdheid om een bestemmingsplan vast te stellen) element in zich heeft. Omdat het object van de overeenkomst ziet op het gebruikmaken van een publiekrechtelijke bevoegdheid, worden in een bevoegdhedenovereenkomst doorgaans inspanningsplichten vastgelegd, hetgeen gevolgen heeft voor de afdwingbaarheid bij de rechter. Een inspanningsverplichting verplicht de overheid immers om zich voldoende in te spannen om een bepaald resultaat te bereiken, terwijl een resultaatsverplichting de overheid verplicht tot een concreet omschreven resultaat. Als de contractpartijen dat nodig vinden, kunnen zij echter ook juridisch afdwingbare (resultaats)verplichtingen opnemen in een bevoegdhedenovereenkomst.<sup>125</sup> Doorgaans zullen in of naast een bevoegdhedenovereenkomst ook afspraken (moeten) worden gemaakt over de verdeling van kosten. In dit kader ligt een inspanningsverplichting echter veelal voor de hand, omdat bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden materieel wettelijke kaders in acht moeten worden genomen en wettelijke procedures doorlopen moeten worden met inspraak en rechtsbescherming voor burgers en belanghebbenden. Deze belangen van derden moeten worden meegewogen in de besluitvormingsprocedure, waardoor het afgesproken resultaat in de overeenkomst, niet met zekerheid daadwerkelijk gerealiseerd wordt.

Het is belangrijk te realiseren dat geschillen met betrekking tot een dergelijke overeenkomst door twee verschillende rechters beoordeeld worden. De burgerlijke rechter is bevoegd te oordelen over de overeenkomst zelf en kan bijvoorbeeld tot het oordeel komen dat één van de partijen zijn verplichtingen niet nakomt. Dan kan er sprake zijn van wanprestatie (art. 6:74 BW) en is de niet-nakomende partij gehouden tot het vergoeden van eventuele schade. Gaat het echter over het verzoek tot nakoming (het gebruikmaken van de publiekrechtelijke bevoegdheid, door het vaststellen

---

<sup>124</sup> H.E. Bröring (red.) & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 557.

<sup>125</sup> Dit neemt echter niet weg dat dit resultaat daardoor niet 100% gegarandeerd kan worden, omdat het nog steeds afhangt van, o.a., de belangenafweging in het besluitvormingsproces. Zeker in het geval een dergelijke overeenkomst wordt gesloten tussen verschillende overheden, zal de rechter laten meewegen dat een overheidspartij op de hoogte is van besluitvormingsprocessen en daardoor eveneens op de hoogte zal zijn van het feit dat het resultaat niet afgedwongen kan worden.

van het in de overeenkomst overeengekomen besluit), dan is de burgerlijke rechter niet bevoegd, omdat de bestuursrechter bevoegd is te oordelen over besluiten (artikel 8:1 jo. 1:3 Awb). Dit betekent dus dat bij een onwettig (anders dan overeengekomen) besluit, een partij voor de vraag om nakoming naar de bestuursrechter dient te gaan en - indien dat niet meer mogelijk of wenselijk is - voor schadevergoeding o.g.v. wanprestatie naar de burgerlijke rechter.<sup>126</sup>

Het feit dat er in een privaatrechtelijke overeenkomst is afgesproken dat één of meer bevoegdheden op een bepaalde wijze worden uitgeoefend, is wel een omstandigheid die bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid in de belangenafweging moet worden betrokken, zodat daar niet zonder meer aan voorbij kan worden gegaan. Het bevoegd gezag heeft een verplichting duidelijk te maken welk gewicht aan de uit een (bevoegdheden)overeenkomst voortvloeiende afspraken bij de uitoefening van de bevoegdheid is toegekend.

In de uitspraak van 29 april 2015 had de gemeente de verplichting om een bestemmingsplan ten behoeve van de ontwikkeling van de locatie Hoge Wei voor woningbouw in procedure te brengen en een inspanningsverplichting om te bevorderen dat dit besluit inclusief eventuele door inspraak tussentijds noodzakelijk geworden wijzigingen op voortvarende wijze de daartoe geëigende procedure doorloopt (r.o. 2). Vervolgens weigerde de raad het bestemmingsplan vast te stellen. De Afdeling oordeelde dat '[niet] blijkt uit het besluit welk gewicht de raad bij het maken van zijn afweging heeft toegekend aan de tussen [appellante] en de gemeente gesloten exploitatieovereenkomst [...]'. Weliswaar bevat deze overeenkomst in het bijzonder een inspanningsverplichting voor het college met betrekking tot de voorbereiding van het bestemmingsplan en laat deze, zoals verwoord in artikel 5, de bevoegdheid en publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de raad als zodanig onverlet, maar dit doet niet af aan de verplichting van de raad duidelijk te maken welk gewicht aan de uit die overeenkomst voortvloeiende afspraken bij het nemen van het bestreden besluit is toegekend.' (r.o. 7). Hierdoor was het besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid voorbereid en werd het vernietigd.<sup>127</sup>

Eveneens een niet-nagekomen verplichting had de gemeente Tubbergen. Hier ging het om een "Rood voor Rood overeenkomst", waarbij (door B&W) overeengekomen werd dat de appellant, in strijd met de "rood voor rood regeling", ter compensatie van de sanering van vrijkomende bedrijfsbebouwing het recht heeft op twee woningbouwkavels, beide ter grootte van 1.000 m<sup>2</sup>. De raad heeft de aanvraag vervolgens afgewezen, omdat vastgehouden werd aan de regeling. De Afdeling oordeelt in r.o. 2.7.2:

'Voor zover appellant een beroep doet op de door hem met de gemeente gesloten overeenkomst, overweegt de Afdeling dat, nog daargelaten dat die overeenkomst blijkens de bewoordingen daarvan voor zover het betreft het verlenen van planologische medewerking slechts een inspanningsverplichting inhoudt, een overeenkomst als de onderhavige niet kan leiden tot een verplichting van de raad aan gronden een bestemming te geven die de raad niet in overeenstemming met een goede ruimtelijke ordening zou achten. Het aanvaarden van gebondenheid van de raad aan het leggen van de bestemming zoals in de overeenkomst voorzien, zou zich niet verdragen met de door de wetgever in art. 3.1 Wro aan de raad toegekende bevoegdheid om, in het belang van een goede ruimtelijke ordening, bestemmingsplannen vast te stellen na het volgen van de daartoe in deze wet dwingend voorgeschreven en met waarborgen omklede procedure. De definitieve beslissing over de vaststelling van het bestemmingsplan kan mede afhankelijk van alle in de loop van de procedure naar

---

<sup>126</sup> HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, NJ 2011/463, m.nt. M.R. Mok, AB 2011/298, m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen, JB 2011/186, m.nt. A.M.M.M. Bots, BR 2011/180, m.nt. E.W.J. de Groot.

<sup>127</sup> ABRvS 29 april 2015, AB 2015/384, ECLI:NL:RVS:2015:1372, m.nt. P.J. Huisman

voren gekomen feiten en belangen — ook de mogelijke belangen van derden — anders uitvallen dan door het college van burgemeester en wethouders bij het sluiten van de overeenkomst is ingeschat. Dat tussen appelland en de gemeente een overeenkomst is gesloten, is wel een omstandigheid die de raad bij de vaststelling van het plan in zijn overwegingen dient te betrekken. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad dat in het onderhavige geval gedaan en is voldoende gemotiveerd waarom de raad in het geval van appelland niet van zijn beleid wenst af te wijken.<sup>128</sup>

In het onderhavige geval ligt het voor de hand dat WDOD en de betrokken gemeente(n) in aanloop op de aanwijzing van gronden als bergingsgebied reeds overeenkomen dat de betreffende gemeenten hieraan hun medewerking zullen verlenen door deze gronden op een nader te bepalen moment als zodanig te bestemmen. Ook wanneer niet wordt gekozen voor het instrument ‘berginggebied’ verdient het aanbeveling gelijkstreckende afspraken met de betrokken gemeente(n) te maken. Een bevoegdheidsovereenkomst is daarvoor een geschikt instrument. Hoewel nakoming van de overeenkomst niet volledig is te garanderen, zullen de betrokken overheden niet lichtzinnig kunnen om gaan met de overeengekomen verplichtingen, omdat de overeenkomst in ieder geval als belang betrokken zal moeten worden bij de besluitvorming (getoetst door de bestuursrechter) en er bij de burgerlijke rechter een mogelijkheid tot een vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie kan worden gestart bij niet-nakoming.

### 9.3 Convenanten

Een convenant (ook wel ‘gentlemen’s agreement’ genoemd) is een type overeenkomst die vaak voorkomt bij overheden. Bij een convenant is ten minste één van de contracterende partijen een overheid.<sup>129</sup> Ook overheden onderling kunnen convenanten met elkaar sluiten, bijvoorbeeld om wederzijdse intenties tot samenwerking jegens elkaar uit te spreken of gemeenschappelijke doelen te benadrukken. In convenanten wordt vaak bepaald dat de daarin vastgelegde afspraken niet in rechte afdwingbaar zijn.<sup>130</sup> Daarmee is het convenant een minder geschikt instrument om juridisch bindende afspraken in vast te leggen, bijvoorbeeld over de financiering van maatregelen. Toch is het niet onmogelijk om in een convenant juridisch bindende bepalingen op te nemen. Het is immers aan de partijen onderling om te bepalen in hoeverre een afspraak juridische gevolgen heeft.<sup>131</sup> Dus ook in een convenant kunnen overheden verplichtingen jegens elkaar neerleggen, afhankelijk van de bedoeling van de contractspartijen en de tekst van het convenant. In dergelijke gevallen is het wel juridisch zuiverder om te spreken van een ‘echte’ overeenkomst. Ook naar de buitenwereld toe kan dit tot verwarring leiden.

Wat daar ook van moge zijn: het is aan de contractspartijen om te bepalen welke afspraken zij vastleggen en welke ‘naam’ zij daaraan geven.<sup>132</sup> Bij de vraag of juridisch bindende afspraken

---

<sup>128</sup> ABRvS 27 juni 2012, AB 2013/346, ECLI:NL:RVS:2012:BW9520, m.nt. L.J.A. Damen

<sup>129</sup> S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2012, §5.6.3.

<sup>128</sup> H.E. Bröring (red.) & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 557.

<sup>131</sup> H.E. Bröring (red.) & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 557.

<sup>132</sup> Een bevoegdheidsovereenkomst waarin nadrukkelijk wordt bepaald dat de bepalingen daarin niet in rechte afdwingbaar zijn, kan best worden aangeduid als convenant. Evengoed kan een convenant waarin



noodzakelijk zijn, kan van belang zijn in welke mate er onderling vertrouwen tussen de betrokken partijen bestaat. Wanneer de onderlinge verhoudingen goed zijn, dan kan de voorkeur bestaan voor minder dwingende instrumenten, zoals convenanten, om de bereidheid tot medewerking in vast te leggen.

#### 9.4 Waterakkoorden

De Waterwet bevat een apart onderdeel voor interbestuurlijke samenwerking (Hoofdstuk 3, Paragraaf 2). Eén van de instrumenten voor samenwerking is het zogenoemde ‘waterakkoord’. Art. 3.7 lid 1 Waterwet bepaalt dat beheerders van binnen hetzelfde stroomgebieddistrict gelegen watersystemen, voor zover nodig met het oog op een samenhangend en doelmatig waterbeheer, waterakkoorden vaststellen waarin zij de hun beheergebied overstijgende aspecten van het beheer ten opzichte van elkaar regelen. Op grond van art. 3.7 lid 2 Waterwet kunnen ook andere overheden deelnemen aan een waterakkoord voor zover die overheden waterstaatkundige taken vervullen die niet door de betrokken beheerder(s) worden vervuld. Zo kunnen gemeenten met het oog op hun taken in het kader van het stedelijke waterbeheer aan een waterakkoord deelnemen, of provincies met het oog op hun strategische taken of grondwatertaken.

Een waterakkoord is een bestuursovereenkomst en een meezijdig publiekrechtelijk besluit als bedoeld art. 1:3 Awb.<sup>133</sup> In een waterakkoord stellen de verschillende beheerders zich ten opzichte van elkaar verantwoordelijk voor maatregelen en gedragingen, ieder vanuit hun eigen takenpakket met bijbehorende bevoegdheden.<sup>134</sup> In waterakkoorden worden doorgaans afspraken vastgelegd over de aan- en afvoer van water en de kwaliteit daarvan, zowel onder normale als onder uitzonderlijke omstandigheden. Voorts kunnen over uiteenlopende (deel)onderwerpen (op vrijwillige basis) afspraken in een waterakkoord worden neergelegd; waterakkoorden zijn vormvrij, en ook wat betreft hun inhoud zijn geen strikte eisen gesteld.<sup>135</sup> De meeste waterakkoorden bevatten ook afspraken over de verdeling van de kosten voor de uitvoering daarvan. Dat neemt niet weg dat daarnaast behoefte kan bestaan aan nadere afspraken over kosten in aanvullende overeenkomsten. Een waterakkoord is uitvoeringsgericht. Het operationaliseert beleidsmatige afspraken uit water(beheer)plannen en is gericht op concrete uitvoering. Daarin verschillen waterakkoorden van regionale bestuursakkoorden, die veelal gericht zijn op beleidsafspraken.<sup>136</sup>

Het instrument ‘waterakkoord’ biedt beheerders veel ruimte om naar eigen inzichten (juridisch bindende) afspraken te maken over de uitoefening van hun waterbeheertaken ten opzichte van elkaar. Ook in het onderhavige geval ligt het voor de hand dat WDOD afspraken maakt – voor zover dat nog niet is gebeurd of deze niet passen binnen reeds gemaakte afspraken – over de berging van ewater in het ene gebied om wateroverlast of overstromingen in het andere gebied in extreme

---

juridische verplichtingen zijn opgenomen voor die onderdelen worden aangemerkt als ‘echte’. Het moge duidelijk zijn dat het onderscheid tamelijk fluïde is en dat het karakter van de afspraken eerder een weerspiegeling zijn van de wensen en doelen van de contractspartijen.

<sup>133</sup> H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk, *Nederlands waterrecht in Europese context (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 215 (§9.4.4.8).

<sup>134</sup> W.J. Wensink, commentaar artikel 3.7 Waterwet in: J. Hofland e.a. (red.), *Milieurecht Totaal*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 1.3.

<sup>135</sup> C.W.M. van Alphen, F. Arents (red.), *Module Ruimtelijke Ordening*, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer, nr. 6320.

<sup>136</sup> 136 *Kamerstukken II 2006-07*, 30 818, nr. 3, p. 24.

situaties te voorkomen of te beperken. Het waterakkoord is daartoe een geschikt instrument en kan als basis dienen voor de voorgenomen maatregelen. Over de verdeling van de kosten van de uitvoering en instandhouding van de benodigde maatregelen kunnen eveneens afspraken worden vastgelegd, in het waterakkoord zelf of in een aparte overeenkomst.

#### 9.5 Gemeenschappelijke regelingen (op basis van de Wgr)

De Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) biedt een wettelijk kader voor interbestuurlijk samenwerking. Ook waterschappen kunnen daar gebruik van maken in verschillende constellaties, variërend van regelingen tussen waterschappen onderling (Hoofdstuk II) tot regelingen tussen gemeenten en waterschappen (Hoofdstuk V), regelingen tussen gemeenten, provincies en waterschappen (Hoofdstuk VI), en regelingen tussen provincies en waterschappen (Hoofdstuk VII). Samenwerking op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen is een meerzijdige rechtshandeling die wordt gekwalificeerd als een publiekrechtelijke overeenkomst.<sup>137</sup> Hierbij kan ook een nieuw openbaar lichaam worden ingesteld op grond van art. 8 lid 1 Wgr, dat rechtspersoonlijkheid heeft en dus zelfstandig bevoegd is om (publiekrechtelijke) rechtshandelingen te verrichten. Ook kan de samenwerking strekken tot de instelling van een gemeenschappelijk orgaan (art. 8 lid 2 Wgr), waaraan bepaalde bevoegdheden kunnen worden overgedragen, met uitzondering van de bevoegdheid tot belastingheffing en het stellen van algemeen verbindende voorschriften. Ten slotte kan de Wgr ook een basis bieden voor minder vergaande vormen van samenwerking, bijvoorbeeld op basis van bestuursovereenkomsten of convenanten.<sup>138</sup> Dit laatste wordt doorgaans aangeduid als een gemeenschappelijke regeling 'zonder meer'.

De Wgr geeft een basis voor samenwerking tussen overheden, en biedt tegelijkertijd kaders waarbinnen deze samenwerking dient plaats te vinden. De samenwerkende overheden kunnen goeddeels zelf bepalen welke samenwerkingsvorm zij kiezen en welke bevoegdheden zij daaraan wensen over te dragen. Voor de in dit onderzoek bedoelde waterbergingsmaatregelen lijkt het instellen van een openbaar lichaam niet voor de hand te liggen.<sup>139</sup> De oprichting van een gemeenschappelijk orgaan – een lichtere variant zonder rechtspersoonlijkheid en met alleen een dagelijks bestuur – is eventueel wel een optie. Ook kan worden gedacht aan een zogenoemde gemeenschappelijke regeling 'zonder meer', waarbij geen bevoegdhedenoverdracht plaatsvindt, maar wel afspraken worden vastgelegd over het gebruik van bevoegdheden. Zodoende kan de Wgr een wettelijke basis vormen voor uiteenlopende convenanten, intentieverklaringen, bevoegdhedenovereenkomsten en andere afspraken tussen overheden. Door gebruik te maken van deze mogelijkheid kan duidelijkheid worden verschaft over de publiekrechtelijke status van de gemaakte afspraken. Voor het overige bepalen de contractpartijen zelf waarover zij contracteren en in hoeverre de afspraken juridisch bindend zijn. Samenwerkingsovereenkomsten die onder de Wgr zijn gesloten zijn publiekrechtelijk van aard. Zij hebben verder vanuit juridisch oogpunt geen bijzondere status ten opzichte van hun niet op de Wgr gebaseerde evenknieën, zij het dat daarop wel bepalingen van de Wgr (bijvoorbeeld met betrekking tot geschillenbeslechting) van toepassing (kunnen) zijn.

---

<sup>137</sup> O. Laan, 'Samenwerking op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen', *VGR* 2011/3, p. 58.

<sup>138</sup> O. Laan, 'Samenwerking op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen', *VGR* 2011/3, p. 59-60.

<sup>139</sup> Het is niet onmogelijk om bijvoorbeeld voor het beheer van het te inunderen gebied en de daar gelegen waterstaatswerken een regeling te treffen, waarbij bevoegdheden worden overgedragen aan een in te stellen lichaam of orgaan. Wij zouden dat echter niet aanbevelen.

## 9.6 Verplichting tot medewerking?

Uit bovenstaande volgt dat overheden verschillende instrumenten kunnen benutten om samen te werken en onderling in meer of mindere mate juridisch bindende afspraken kunnen vastleggen. Net als bij het sluiten van overeenkomsten tussen particulieren, gelden bij overeenkomsten tussen overheden de contractsvrijheid en wilsovereenstemming als uitgangspunt. Contractspartijen bepalen zelf waarover zij in welke vorm contracteren en zij kunnen niet worden gedwongen om tegen hun wil bepaalde verplichtingen aan te gaan. Indien een partij niet wil meewerken aan de totstandkoming van een overeenkomst, kan dat aan de uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen in de weg staan. Wanneer bijvoorbeeld een gemeente weigert afspraken te maken met het waterschap over de uitoefening van haar bevoegdheden die nodig zijn voor het uitvoeren van alternatieve maatregelen (bijvoorbeeld de aanwijzing van een bergingsgebied in een bestemmingsplan), dan kan de gemeente daartoe privaatrechtelijk niet worden gedwongen.

## 10. Publiekrechtelijke mogelijkheden van de provincie om medewerking van gemeenten en waterschappen af te dwingen

Wanneer een waterschap en/of een gemeente niet vrijwillig wil meewerken aan de uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen, kan het provinciebestuur hen daartoe juridisch dwingen door middel van de inzet van hun interbestuurlijk instrumentarium. Het provinciebestuur heeft op grond van de huidige Waterwet en Wro en onder de toekomstige Omgevingswet juridische instrumenten om de uitoefening van taken en bevoegdheden door het waterschapsbestuur en het gemeentebestuur te sturen, in te kaderen en soms zelfs de bevoegdheid om in plaats van het gemeentebestuur te treden. Met het oog op de waarborging van de uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen verdient het aanbeveling om ook de provincie in een bestuursovereenkomst te betrekken, waarin de provincie aangeeft dat zij, voor zover mogelijk, haar interbestuurlijk instrumentarium zal inzetten, indien decentrale overheden die partij zijn bij de overeenkomst hun taken of bevoegdheden niet conform de overeenkomst uitoefenen. In dit hoofdstuk zullen de instrumenten worden besproken die het provinciebestuur kan inzetten. Dat is niet nodig als de provincie op voorhand aangeeft dat het de alternatieve maatregelen zelf zal uitvoeren met het haar ter beschikking staande instrumentarium. Ook dit instrumentarium zal in dit hoofdstuk worden besproken.

### 10.1 Waterspoor: provinciale instructieregels en instructies

Het provinciebestuur heeft juridische instrumenten om de uitoefening van taken en bevoegdheden van het waterschapsbestuur te sturen en in te kaderen. Daartoe verschaft de Waterwet het provinciebestuur – evenals de Wro – de bevoegdheid om instructieregels vast te stellen en instructies te geven. Deze bevoegdheden zien niet op specifieke waterschapsbesluiten, maar op de uitoefening van taken en bevoegdheden van het waterschapsbestuur in het kader van het waterbeheer in algemene zin. Instructieregels kunnen alleen worden gesteld met betrekking tot de voorbereiding, vaststelling, wijziging en inhoud van door waterschapsbesturen vast te stellen plannen, besluiten en waterakkoorden.

De instructiebevoegdheid kan breder worden ingezet. Instructies kunnen namelijk zien op de uitoefening van taken en bevoegdheden door het waterschapsbestuur in algemene zin. Het gaat daarbij niet alleen om het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen door de waterschapsbesturen, maar ook om het verrichten van feitelijke handelingen in het kader van het waterbeheer. De instructie- en instructieregelbevoegdheid van het provinciebestuur in de Waterwet heeft dan ook een ruimere reikwijdte dan de instructie- en instructieregelbevoegdheid die het provinciebestuur op grond van de Wro heeft, aangezien deze laatste bevoegdheden uitsluitend kunnen zien op de vaststelling van bestemmingsplannen en de verlening van buitenplanse afwijkingsvergunningen (zie hierna).

Het provinciebestuur kan de instructie- en instructieregelbevoegdheid uitsluitend inzetten met het oog op een samenhangend en doelmatig regionaal waterbeheer. Deze bevoegdheden worden dus begrensd door een criterium dat het provinciebestuur veel beoordelingsruimte biedt. De bestuursrechter zal het gebruik daarvan door het provinciebestuur dan ook terughoudend toetsen. Bij het ontwikkelen en uitvoeren van alternatieve maatregelen zijn twee waterschappen betrokken, al was het maar omdat deze maatregelen worden getroffen in het ene waterschap ten behoeve van de beheeropgave van het andere waterschap om de primaire waterkeringen in zijn beheer aan de geldende normen te laten voldoen. Daarbij is de samenhang binnen het watersysteem en een doelmatige samenwerking tussen de betrokken waterschappen van groot belang. Met het oog daarop zal het niet lastig zijn voor het provinciebestuur de inzet van zijn instructie- en instructieregelbevoegdheid te motiveren, al zal de noodzaak daarvoor (in het concrete geval) wel moeten worden onderbouwd.

In het kader van de ontwikkeling en uitvoering van de alternatieve maatregelen kan het provinciebestuur waterschapsbesturen met behulp van een instructie of een instructieregel verplichten om bepaalde gronden als bergingsgebied in de legger op te nemen. Ook kan het provinciebestuur een waterschapsbestuur hiermee verplichten om een projectplan vast te stellen voor aanleg of wijziging van bepaalde waterstaatswerken en/of inrichtingsmaatregelen. Indien een waterschapsbestuur een provinciale instructie niet, niet tijdig of niet naar behoren opvolgt, dan kunnen GS daarin namens het waterschapsbestuur en ten laste van het waterschap voorzien.<sup>140</sup>

Indien het provinciebestuur ervoor kiest om de alternatieve maatregelen zelf uit te voeren door daarvoor een inpassingsplan vast te stellen – al dan niet met toepassing van de provinciale coördinatie-regeling –, dan hoeft het waterschapsbestuur, voor zover het de aanleg of wijziging van waterstaatswerken betreft, geen projectplan vast te stellen.<sup>141</sup> Wel zal het waterschapsbestuur voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk een watervergunning moeten verlenen,<sup>142</sup> tenzij bij toepassing van de coördinatie-regeling is bepaald dat deze vergunning door GS zal worden verleend.<sup>143</sup>

## 10.2 Waterspoor Omgevingswet: provinciale instructies en instructieregels

Onder de Omgevingswet behoudt het provinciebestuur de bevoegdheid om instructies en instructieregels te stellen ten aanzien van de uitoefening van taken en bevoegdheden door het

---

<sup>140</sup> Art. 3.12 lid 4 Wtw. Indien GS plaatsvervangend optreden, moet zij dit melden aan de minister van I en W.

<sup>141</sup> Art. 5.4 lid 6 Wtw.

<sup>142</sup> Het aanleggen of wijzigen van waterstaatswerken is op grond van de keur doorgaans verboden zonder door het waterschapsbestuur verleende vergunning. Zie art. 3.2a Modelkeur Unie van Waterschappen 2013.

<sup>143</sup> Art. 3.33 lid 3 Wro.

waterschapsbestuur. Daarbij moeten GS het subsidiariteitsvereiste van art. 2.3 lid 2 sub b Ow in acht nemen op grond waarvan GS uitsluitend een instructie kunnen geven als dat nodig is voor een doelmatige en doeltreffende uitoefening van de taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet of de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting.

De instructiebevoegdheid blijft vrijwel ongewijzigd. GS kunnen het waterschapsbestuur een instructie geven over de uitoefening van taken en bevoegdheden, indien dat nodig is voor een samenhangend en doelmatig regionaal waterbeheer.<sup>144</sup> Daarnaast kunnen GS het waterschapsbestuur een instructie geven over een projectbesluit, indien dat nodig is voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.<sup>145</sup> Deze uitbreiding van de instructiebevoegdheid van GS hangt samen met de bevoegdheid van het waterschapsbestuur om in het projectbesluit het omgevingsplan rechtstreeks te wijzigen, voor zover dat nodig is voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk waarvoor het waterschapsbestuur een projectbesluit heeft vastgesteld.<sup>146</sup> Indien het waterschapsbestuur die instructieregels of instructies niet in acht neemt, dan kunnen GS in plaats daarvan de bevoegdheid of taak waarop de instructie uitoefenen.<sup>147</sup>

De instructieregelbevoegdheid ziet niet op besluiten en plannen in algemene zin, maar uitsluitend op de waterschapsbesluiten die uitdrukkelijk in art. 2.23 lid 1 Ow zijn genoemd. Het betreft waterbeheerprogramma's, waterschapsverordeningen, maatwerkvoorschriften, projectbesluiten van het waterschapsbestuur, leggers in de zin van art. 2.39 Ow (thans art. 5.1 Wtw) en peilbesluiten. Voor zover het gaat om het stellen van een instructieregel over waterschapsverordeningen, wordt aangegeven dat deze bevoegdheid alleen kan zien op de daarin op te nemen of opgenomen regels over uitoefening van de waterschapstaak,<sup>148</sup> zoals regels over een op te nemen of opgenomen vergunningplicht in de zin van art. 5.3 Ow. Daarnaast kunnen instructieregels worden gesteld over de uitoefening van beheertaken ten aanzien van de watersystemen (of onderdelen daarvan) die bij het waterschap in beheer zijn.<sup>149</sup>

Ook onder de Omgevingswet kan het provinciebestuur het waterschapsbestuur ten aanzien van de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden met betrekking tot het uitvoeren en instandhouden van de alternatieve maatregelen instructies geven of daarover instructieregels vaststellen. Daarmee kan het provinciebestuur juridisch bindend de uitoefening van taken en bevoegdheden van het waterschapsbestuur ter uitvoering van de alternatieve maatregelen sturen.

### 10.3 Ruimtelijke spoor: provinciale instructies, instructieregels en reactieve aanwijzingen

Het provinciebestuur heeft ook juridische instrumenten om in het kader van het planologische spoor de gemeentelijke planologische besluitvorming in te kaderen, te sturen of zelfs naar zich toe te trekken. Het gaat dan om het stellen van bindende instructieregels of het geven van bindende instructies over de inhoud van bestemmingsplannen. Deze bevoegdheden heeft het provinciebestuur alleen, indien provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken. Deze bevoegdheidsclausulering geeft het provinciebestuur een ruime mate van

---

<sup>144</sup> Art. 2.33 lid 2 sub c Ow.

<sup>145</sup> Art. 2.33 lid 2 sub d Ow.

<sup>146</sup> Art. 5.52 lid 1 Ow.

<sup>147</sup> Art. 2.36 lid 1 sub a jo. art. 2.33 Ow.

<sup>148</sup> Art. 2.17 Ow.

<sup>149</sup> Art. 2.17 Ow.

beoordelingsruimte, die door de bestuursrechter wordt gerespecteerd. De Afdeling overweegt bijvoorbeeld in haar uitspraak van 4 juli 2018 ten aanzien van het begrip ‘provinciaal belang’:

‘Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, bij uitspraak van 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4732, is voor het antwoord op de vraag of een belang een provinciaal belang is, bepalend of het belang zich leent voor behartiging op provinciaal niveau vanwege de daaraan klevende bovengemeentelijke aspecten.’<sup>150</sup>

In dit geval is het niet lastig te onderbouwen dat met het uitvoeren en instandhouden van de alternatieve maatregelen (tevens) een provinciaal belang gemoeid is, omdat daarmee een gemeentegrensoverschrijdend gebied wordt beschermd tegen wateroverlast en overstromingen en deze maatregelen bovendien in meerdere gemeente zullen moeten worden uitgevoerd en instandgehouden. Zowel het karakter van het belang van bescherming tegen wateroverlast en overstromingen als de betrokkenheid van de meerdere gemeenten (en waterschappen), maken dat er in dit geval sprake is van een provinciaal belang. Dat doet er niet aan af dat dit belang ook een gemeentelijk en/of zelfs een rijksbelang kan zijn. De verantwoordelijkheid voor veel vraagstukken, waaronder ook de bescherming tegen wateroverlast en overstromingen,<sup>151</sup> zijn veelal niet exclusief toebedeeld aan één overheidslaag, maar aan meerdere overheidslagen tezamen. Er wordt in dat verband wel gesproken van complementaire taken.<sup>152</sup> Voor de aanwending van de provinciale interbestuurlijke instrumenten uit de Wro hoeft dus geen sprake te zijn van een exclusief provinciaal belang, het kan tevens gaan om een complementair provinciaal belang.<sup>153</sup>

Een ander argument voor de stelling dat het in dit geval gaat om een provinciaal belang is ook gelegen in de rol die de provincie als regionale gebiedsregisseur speelt. Als regionaal gebiedsregisseur heeft de provincie de taak om er zorg voor te dragen dat gemeente- en waterschapsbesturen hun taken en bevoegdheden in het kader van de ontwikkeling van de fysieke leefomgeving, waarvan de alternatieve maatregelen ook onderdeel uitmaken, op elkaar afstemmen. Hoewel deze taak in de huidige wetgeving nog niet uitdrukkelijk aan de provincie is toegekend, maar uit de toelichting blijkt dat de provincie de taak wel wordt toebedacht, zal deze coördinerende taak onder de Omgevingswet uitdrukkelijk worden verankerd en krijgt het provinciebestuur ook juridische instrumenten om invulling aan die taak te geven. Juist bij gebiedsontwikkelingen of projecten waarbij meerdere gemeenten en waterschappen een rol spelen heeft de provincie de taak om de uitoefening van taken en bevoegdheden door de bestuursorganen van deze overheden te coördineren en op elkaar af te stemmen. Ook deze regierol van de provincie maakt naar ons oordeel dat in de (effectieve) uitvoering van de alternatieve maatregelen voor dijkversterking een provinciaal belang kan zijn gelegen. Voorwaarde is natuurlijk wel dat de provincie de alternatieve maatregelen beleidsmatig omarmt en de uitvoering daarvan ook als een provinciaal belang beschouwt.

---

<sup>150</sup> ABRvS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2233, AB 2018/342, m.nt. R. Kegge.

<sup>151</sup> Zie ABRvS 21 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1799, AB 2010/149, m.nt. A.A.J. de Gier. In deze uitspraak ging het om een provinciaal inpassingsplan ‘De Overdiepe polder’. De Afdeling overweegt in deze uitspraak: ‘Gelet op de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de Wro, moet ook de provincie geacht worden terzake van het realiseren van een adequate hoogwaterbescherming een eigen belang en taak te hebben, complementair aan die van de rijksoverheid.’

<sup>152</sup> *Kamerstukken I* 2005/06, 28 916, C, p. 4.

<sup>153</sup> Zie o.m. ABRvS april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1799, AB 2010/149, m.nt. A.A.J. de Gier en recenter ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, AB 2021/14, m.nt. M. van Zanten.

Met behulp van de instructie- en instructieregelbevoegdheid kan het provinciebestuur het gemeentebestuur in juridische zin verplichten om de vereiste planologische medewerking te verlenen aan de uitvoering van de alternatieve maatregelen. Het provinciebestuur kan door het vaststellen van een instructieregel of het geven van een proactieve instructie het gemeentebestuur namelijk juridisch verplichten om gronden als bergingsgebied te bestemmen en/of de uitvoering en instandhouding van inrichtingsmaatregelen op bepaalde gronden in het bestemmingsplan toe te staan. Ook kan een instructieregel of een instructie het gemeentebestuur verplichten tot het wegbestemmen van onbenutte gebruiksmogelijkheden die het geldende bestemmingsplan biedt, maar die onverenigbaar zijn met de bergende functie.<sup>154</sup> Het verschil tussen een instructie en instructieregel is dat een instructie gericht is op een concreet geval op een concrete locatie en is gericht tot een bestuursorgaan van een specifieke gemeente, terwijl instructieregels gelden voor een onbepaald aantal gevallen en gericht zijn tot een onbepaalde groep van gemeentelijke bestuursorganen.

Anders dan een proactieve aanwijzing, kan een instructieregel ook uitsluitend een werende of beschermende functie hebben. Dat wil zeggen dat de instructieregel bestaande legale gebruiksmogelijkheden die het geldende bestemmingsplan biedt ongemoeid laat en alleen betrekking heeft op planologische wijzigingen van na de inwerkingtreding van de instructieregel. Met dergelijke instructieregels kan het provinciebestuur voorkomen dat gemeentebesturen door de wijziging van een bestemmingsplan of verlening van een buitenplanse afwijkingsvergunning op de gronden met een bergende functie ruimtelijke ontwikkelingen toestaan die onverenigbaar zijn met de bergende functie die aan de gronden is toebedacht (of toebedeeld), zoals (grootschalige) bebouwing, mestopslag- en verwerking (vergiftiging), etc. In dat geval wordt ook wel gesproken van de eerbiedigende werking van een instructieregel.<sup>155</sup>

Indien het gemeentebestuur de instructieregels bij de vaststelling van een bestemmingsplan of de verlening van een buitenplanse afwijkingsvergunning niet in acht neemt, kunnen GS door het geven van een reactieve aanwijzing voorkomen dat deze besluiten in werking treden, voor zover deze besluiten in strijd zijn met één of meer instructieregels<sup>156</sup> of ander provinciaal beleid.<sup>157</sup> GS zullen dan wel in hun zienwijzen kenbaar moeten hebben gemaakt dat het ontwerp-besluit of onderdelen daarvan in strijd zijn met het provinciale belang. Die zienwijzen en de redenen voor het geven van de reactieve aanwijzing zullen daarbij voldoende in elkaars verlengde moeten liggen. Tegen de reactieve aanwijzing staat voor belanghebbenden beroep in eerste en enige aanleg bij de Afdeling bestuursrechtspraak open. Naast een reactieve aanwijzing geven, kan de provincie ter behartiging van

---

<sup>154</sup> Een instructieregel kan er niet toe leiden dat het gemeentebestuur bestaand legaal gebruik moet wegbestemmen. Zie ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2982, AB 2015/440, m.nt. D. Korsse.

<sup>155</sup> Of een instructieregels een eerbiedigende werking heeft of verplicht tot aanpassing van geldende bestemmingsplannen, zal moeten blijken uit de wijze waarop de instructieregels is geformuleerd. Zie: ABRvS 9 september 2015, AB 2015/439, m.nt. D. Korsse.

<sup>156</sup> De reactieve aanwijzing moet wel in het concrete geval noodzakelijk zijn om het aan de orde zijnde provinciale belang te beschermen. Zie artikel 3.8 lid 6 Wro jo. artikel 4.2 lid 1 Wro. Zie ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2480, BR 2017/94, m.nt. R.S. Wertheim.

<sup>157</sup> De reactieve aanwijzing ook worden gegeven in andere gevallen waarin een provinciaal ruimtelijk relevant belang, bijvoorbeeld blijkend uit een structuurvisie, een reactieve aanwijzing noodzakelijk maken. Zie ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9621, AB 2011/347, m.nt. A.A.J. de Gier, BR 2011/155, m.nt. H.J. Breeman & R.J.G. Bäcker.

het provinciale belang als belanghebbende<sup>158</sup> ook bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden tegen de wijziging van het bestemmingsplan of de verlening van de afwijkingsvergunning in strijd met het provinciale belang. Indien de instructieregel waarmee het planologische besluit in strijd is, niet bij wijze van exceptieve toetsing door de rechter buiten toepassing wordt gelaten of onverbindend wordt verklaard, dan zal de rechter het planologisch besluit wegens strijdigheid met de instructieregel in beginsel vernietigen.<sup>159</sup>

Hoewel het gemeentebestuur de instructieregels in acht moet nemen bij de vaststelling van een bestemmingsplan en een buitenplanse afwijkingsvergunning, kan er in de provinciale verordening voor bijzondere omstandigheden een ontheffingsbevoegdheid voor GS worden opgenomen.<sup>160</sup> Op grond van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak moet van de ontheffingsmogelijkheid terughoudend gebruik worden gemaakt en moeten de bijzondere omstandigheden zijn gelegen in de ruimtelijke kwaliteit van de ontwikkeling waarvoor de ontheffing is gevraagd.<sup>161</sup> GS kunnen dan ook alleen in uitzonderlijke gevallen gebruik maken van deze ontheffingsbevoegdheid.

#### *Provinciaal inpassingsplan en coördinatieregeling*

Het provinciebestuur kan de planologische regeling en/of uitvoering van de alternatieve maatregelen ook geheel naar zich toe trekken door een inpassingsplan vast te stellen. Het inpassingsplan wijzigt het geldende bestemmingsplan, omdat het geacht wordt onderdeel uit te maken van het bestemmingsplan, tenzij in het inpassingsplan bepaald is dat geldende bestemmingsplannen binnen het plangebied hun werking behouden.<sup>162</sup> Op het inpassingsplan zijn dezelfde materiële en procedurele bepalingen van toepassing als op het gemeentelijke bestemmingsplan,<sup>163</sup> met dien verstande dat het inpassingsplan wordt vastgesteld door PS en zij dit alleen kunnen indien een provinciaal belang dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maakt.<sup>164</sup> In een inpassingsplan kunnen gronden bijvoorbeeld als bergingsgebied worden aangewezen, inrichtingsmaatregelen mogelijk worden gemaakt en kunnen gebruiksmogelijkheden van de grond worden beperkt in verband met de daaraan toegekende bestemming 'berginggebied'.<sup>165</sup> Van belang is dat de gemeenteraad vanaf het moment van terinzagelegging van het inpassingsplan gedurende tien jaar, tenzij in het inpassingsplan anders is bepaald, niet langer bevoegd is voor de gronden waarop het inpassingsplan ziet een bestemmingsplan vast te stellen.<sup>166</sup>

Naast de planologische inbedding van de alternatieve maatregelen kan het provinciebestuur ook de uitvoering van de alternatieve maatregelen zelf naar zich toe trekken. In dat geval is er sprake van een

---

<sup>158</sup> Art. 1:2 lid 2 Awb.

<sup>159</sup> Daaraan kan het relativiteitsvereiste aan in de weg staan als de instructieregels kenbaar niet is beoogd de belangen van de belanghebbende die zich op de strijdigheid van het planologische besluit met de desbetreffende instructieregel beroep. Zie art. 8:69a Awb.

<sup>160</sup> Art. 4.1a Wro.

<sup>161</sup> Zie onder meer ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2651, r.o. 4.8, en ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1424, r.o. 18.5.

<sup>162</sup> Art. 3.26 lid 3 Wro.

<sup>163</sup> Art. 3.26 lid 2 Wro.

<sup>164</sup> Eventueel kunnen PS in een inpassingsplan de verlening van omgevingsvergunningen voor bouw-, aanleg-, en sloopactiviteiten naar zich toe trekken. Zie art. 3.26 lid 4 Wro.

<sup>165</sup> Zie over de verhouding met de regulering van activiteiten binnen bergingsgebieden op grond van de keur paragraaf 5.3.

<sup>166</sup> Art. 3.26 lid 4 Wro.



provinciaal project en kunnen PS besluiten om daarop de provinciale coördinatie­regeling van de Wro<sup>167</sup> toe te passen. In dat geval worden de vaststelling van een provinciaal inpassingsplan en besluiten die nodig zijn voor de uitvoering van deze maatregelen, zoals een watervergunning voor het wijzigen van een waterstaatswerk of een omgevingsvergunning voor bouwen, gecoördineerd voorbereid volgens de coördinatie­regeling van de Wro. Op de gecoördineerde voorbereiding van uitvoeringsbesluiten is afdeling 3.4 Awb van toepassing<sup>168</sup> en het beroep tegen deze besluiten en het inpassingsplan wordt geconcentreerd bij de Afdeling bestuursrechtspraak, die in eerste en enige aanleg op de beroepen beslist. PS kunnen in het besluit tot toepassing van de provinciale coördinatie­regeling bepalen dat GS de uitvoeringsbesluiten nemen.<sup>169</sup> Gaan PS daartoe niet over, dan kunnen GS de uitvoeringsbesluiten plaatsvervangend nemen, indien de oorspronkelijk bevoegde bestuursorganen niet of onvoldoende meewerken. Wegens dringende redenen kunnen decentrale regels van gemeenten en waterschappen buiten toepassing worden gelaten, voor zover de verwezenlijking van een onderdeel van het provinciale beleid, in dit geval de alternatieve maatregelen, onevenredig door deze regels wordt belemmerd.<sup>170</sup>

### *Vorbereidingsbescherming*

Vooruitlopend op de vaststelling van instructieregels, het geven van een instructie en het vaststellen van een inpassingsplan kan het provinciebestuur een voorbereidingsbesluit nemen waarmee zij kunnen voorkomen dat onbenutte gebruiksmogelijkheden die op grond van het geldende bestemmingsplan zijn toegestaan, voordat het bestemmingsplan met het oog op de instructieregel is gewijzigd door de grondeigenaar worden gerealiseerd, waarmee het doel van de in voorbereiding zijnde instructieregel of instructie kan worden doorkruist. Een voorbereidingsbesluit kan ook met het oog op de vaststelling van een provinciaal inpassingsplan worden genomen.<sup>171</sup> Een voorbereidingsbesluit heeft tot gevolg dat aanvragen om een omgevingsvergunning voor bouwen en het realiseren van werken en werkzaamheden die niet op grond van het geldende bestemmingsplan moeten worden geweigerd, moeten worden aangehouden.

Het voorbereidingsbesluit met betrekking tot de vaststelling van een instructieregel en de daaruit voortvloeiende aanhoudingsplicht vervalt bij inwerkingtreding van de instructieregel, maar uiterlijk na zes maanden.<sup>172</sup> Aangezien het geldende bestemmingsplan op dat moment nog van kracht is, kunnen grondeigenaren dus nog steeds de daarin geboden onbenutte gebruiksmogelijkheden benutten en daarmee het doel van de provinciale instructieregel alsnog doorkruisen. Om dat te voorkomen kunnen PS in de verordening naast de instructieregels ook rechtstreeks werkende regels voor grondgebruikers opnemen.<sup>173</sup> Deze regels kunnen grondgebruikers verbieden om het bestaande gebruik van de grond te wijzigen en zijn een toetsingskader voor beslissingen op aanvragen voor omgevingsvergunningen voor het bouwen van bouwwerken en het verrichten van werken en werkzaamheden.<sup>174</sup> De

---

<sup>167</sup> Par. 3.6.2 Wro.

<sup>168</sup> Art. 3.33 lid 4 jo. art. 3.31 lid 3 Wro.

<sup>169</sup> Art. 3.33 lid 3 Wro.

<sup>170</sup> Art. 3.33 lid 7 Wro.

<sup>171</sup> Een dergelijk voorbereidingsbesluit heeft dezelfde werking als een voorbereidingsbesluit dat met het oog op de vaststelling van een bestemmingsplan wordt genomen.

<sup>172</sup> Voor een voorbereidingsbesluit dat ten behoeve van een instructie wordt genomen gelden dezelfde regels (en dus ook dezelfde vervaltermijn van 1,5 jaar) als een voorbereidingsbesluit dat wordt genomen ten behoeve van de wijziging van een bestemmingsplan. Zie art. 4.2 lid 3 jo. art. 3.7 Wro.

<sup>173</sup> Art. 4.1 lid 3 Wro.

<sup>174</sup> Art. 2.10 lid 1 sub c Wabo jo. art. 4.1 lid 3 Wro en art. 2.11 lid 1 jo. Art. 4.1 lid 3 Wro.

rechtstreeks werkende regels blijven gelden totdat de instructieregel in het bestemmingsplan is geïmplementeerd. Daarna zijn deze regels niet meer nodig en vervallen ze van rechtswege.

Het nemen van een voorbereidingsbesluit is aan te raden, indien het geldende bestemmingsplan nog onbenutte gebruiksmogelijkheden bevat die de verwezenlijking van de toekomstige bestemming (waterberging) kunnen belemmeren en om die reden in het nieuwe bestemmingsplan zullen worden wegbestemd. Het voorbereidingsbesluit zorgt ervoor dat van die gebruiksmogelijkheden (tijdelijk) geen gebruik kan worden gemaakt gedurende de voorbereiding van het nieuwe planologische regime.

### *Planschade*

Indien een instructieregel de gemeenteraad verplicht tot wijziging van het geldende bestemmingsplan, dan zal de schade die daaruit voortvloeit in eerste instantie voor rekening van de gemeente komen, omdat het besluit tot vaststelling van een instructieregel in het kader van de planschaderegeling niet is aangemerkt als een schadeveroorzakend besluit. In dat geval zal de wijziging van het bestemmingsplan ter implementatie van de instructieregel het schadeveroorzakende besluit in de zin van planschaderegeling zijn. B&W zullen dan ook bevoegd gezag zijn voor het beslissen op verzoeken om planschade. De daarmee gepaard gaande (hogere) kosten zal de gemeente doorgaans op de provincie willen verhalen, omdat zij met de implementatie van de instructieregel in het bestemmingsplan uitvoering hebben gegeven aan provinciaal beleid. Voor zover in een provinciale verordening gedurende de implementatietermijn van een instructieregels in het bestemmingsplan rechtstreeks burgers bindende regels worden opgenomen om te voorkomen dat grondeigenaren gebruik maken van onbenutte gebruiksmogelijkheden die het geldende bestemmingsplan biedt, is sprake van een schadeveroorzakend besluit in de zin van art. 6.1 lid 2 sub e Wro. Grondeigenaren die ten gevolge van deze extern werkende regels schade lijden, kunnen deze dan ook op grond van art. 6.1 lid 1 Wro bij B&W claimen.

Evenals het bestemmingsplan zelf is de het inpassingsplan aangewezen als een schadeveroorzakend besluit in de zin van art. 6.1 lid 1 Wro. Op een verzoek om planschade dat voortvloeit uit een inpassingsplan zijn niet B&W, maar GS bevoegd te beslissen.<sup>175</sup>

### 10.4 Ruimtelijke spoor onder de Omgevingswet

De instrumenten waarover het provinciebestuur onder de Omgevingswet beschikt om de gemeentelijke ruimtelijke besluitvorming te sturen of in te kaderen zijn grotendeels vergelijkbaar met het instrumentarium onder het huidige recht. Ook onder de Omgevingswet heeft het provinciebestuur de bevoegdheid om instructies en instructieregels te stellen waarbij, zoals eerder aangegeven bij het waterspoor onder de Omgevingswet, het subsidiariteitsvereiste van art. 2.3 lid 2 Ow in acht moet worden genomen. GS kunnen aan de gemeenteraad een bindende instructie geven over het stellen van regels in een omgevingsplan als dat nodig is 'met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties' (art. 2.33 lid 2 onder a Ow).<sup>176</sup> Dit criterium is in zekere zin een voortzetting van het bekende criterium 'goede ruimtelijke ordening', waarbij het gaat om op een zo goed mogelijke wijze verdelen, inrichten en benutten van de fysieke leefomgeving. PS hebben onder

---

<sup>175</sup> Art. 6.6 lid 1 jo. Art. 2.6 lid 1 Wro.

<sup>176</sup> Als voorbeeld wordt in de MvT genoemd 'een instructie voor één of een beperkt aantal provincies of gemeenten met de opdracht om voor de realisatie van een waterbergingsgebied een specifieke functieaanduiding of beperkende gebruiksbepalingen in de omgevingsverordening respectievelijk het omgevingsplan op te nemen.' *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3, p. 109.

de Omgevingswet de bevoegdheid om instructieregels te stellen in de omgevingsverordening over de inhoud en motivering van het omgevingsplan. Deze kunnen onder meer worden gesteld over de in het omgevingsplan op te nemen of opgenomen regels die zijn of moeten worden gesteld met het oog op een 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties' (art. 2.22 lid 1 jo. 2.23 Ow). Net als onder het huidige recht kan het provinciebestuur dus het gemeentebestuur via instructies of instructieregels bijvoorbeeld verplichten om gronden als bergingsgebied te bestemmen. Ook de eerder besproken mogelijkheid voor GS om een reactieve aanwijzing te geven indien het gemeentebestuur de instructieregels niet in acht neemt bij het vaststellen van een omgevingsplan blijft bestaan onder de Omgevingswet, zij het dat deze bevoegdheid onder de Omgevingswet is omgedoopt tot 'reactieve interventie' (art. 16.21 Ow). Met een reactief interventiebesluit kunnen GS bepalen dat het betreffende onderdeel van het plan niet langer deel uitmaakt van het vastgestelde of gewijzigde omgevingsplan. Het provinciaal inpassingsplan komt niet terug onder de Omgevingswet, maar wordt opgevolgd door het projectbesluit. Het projectbesluit kan worden ingezet voor de realisering van projecten van provinciaal belang. Vergelijkbaar met het inpassingsplan wijzigt het projectbesluit het omgevingsplan met regels die nodig zijn voor het uitvoeren en in werking hebben of in stand houden van het project (art. 5.52 lid 1 Ow), waarbij het provinciebestuur ervoor kan kiezen om de benodigde uitvoeringsbesluiten te integreren in het projectbesluit (art. 5.52 lid 2 Ow). Ook heeft het provinciebestuur de bevoegdheid om het oog op de vaststelling van instructieregels, instructies en projectbesluiten een voorbereidingsbesluit te nemen. Op grond daarvan kan het provinciebestuur tijdelijk (gedurende max 1,5 jaar) regels in het geldende omgevingsplan opnemen. Daarmee kan worden voorkomen dat gedurende de voorbereiding van besluiten gericht op de uitvoering van alternatieve maatregelen onbenutte gebruiksmogelijkheden die het geldende omgevingsplan biedt en die de toekomstige besluiten kunnen belemmeren, kunnen worden benut.

#### 10.5 De provincie als gebiedsregisseur: een wettelijke taak onder de Omgevingswet

Provincies dragen op het bovengemeentelijke en (inter)regionale niveau een verbindende en regisserende verantwoordelijkheid voor de fysieke leefomgeving, rekening houdend met de primaire verantwoordelijkheid van (samenwerkende) gemeenten en de functionele verantwoordelijkheid van de (samenwerkende) waterschappen.<sup>177</sup> Vooralsnog is de rol als gebiedsregisseur nog niet wettelijk verankerd. In de Omgevingswet is de gebiedsgerichte coördinatie van de overheidszorg nadrukkelijk als wettelijke taak van de provincie opgenomen vanwege de belangrijke verantwoordelijkheid die de provincie draagt voor de bescherming en de verbetering van de fysieke leefomgeving.<sup>178</sup> Op grond van art. 2.18 lid 1 sub a Ow heeft het provinciebestuur de taak om, met inachtneming van het subsidiariteitsvereiste van art. 2.3 lid 2 Ow de uitoefening van taken en bevoegdheden door gemeente- en waterschapsbesturen gebiedsgericht te coördineren. Om deze taak te kunnen vervullen voorziet de Omgevingswet ook in juridische instrumenten om deze taak te kunnen vervullen. Het provinciebestuur kan immers op grond van art. 2.23 lid 1 sub b Ow instructieregels stellen over de uitoefening van taken en bevoegdheden van waterschapsbesturen en gemeentebesturen ter uitvoering van zijn in art. 2.18 Ow toebedeelde coördinerende taak. Het provinciebestuur kan met het oog op de afstemming en coördinatie van de uitoefening van taken en bevoegdheden van bij de

---

<sup>177</sup> De rol van de provincie als gebiedsregisseur komt in verschillende beleidsdocumenten en bestuursakkoorden naar voren. Zie bijvoorbeeld het Bestuursakkoord 2011–2015 tussen Rijk, IPO, VNG, UvW, p. 4, de Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte 2012, p. 11 en het regeerakkoord Rutte II, 'Bruggen slaan', *Kamerstukken II* 2012/13, 33 410, nr. 15, p. 39.

<sup>178</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 78, 113 en 416.

alternatieve maatregelen betrokken gemeente- en waterschapsbesturen, de instructieregelbevoegdheid inzetten.

#### 10.6 Het landinrichtingsinstrumentarium van gedeputeerde staten

Naast het reguliere instrumentarium heeft het provinciebestuur nog een bijzonder instrument waarmee het de inrichting van het landelijk gebied kan verbeteren in overeenstemming met de functies die aan de desbetreffende locaties zijn toegeedeeld.<sup>179</sup> Het betreft het landinrichtingsinstrument dat thans is opgenomen in de Wet inrichting landelijk gebied (hierna: Wilg) en dat in grote lijnen ook is overgenomen in het hoofdstuk 12 van de Omgevingswet. Het landinrichtingsinstrument zou ook (mede) kunnen worden ingezet ter uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen. Voorwaarde is dat de gewenste functies aan de locaties reeds zijn toebedeeld in het bestemmingsplan/omgevingsplan. Indien gedeputeerde staten met betrekking tot een gebied overgaan tot landinrichting, dan moeten zij een daartoe een landinrichtingsprogramma<sup>180</sup> vaststellen, waarin de noodzakelijke maatregelen en voorzieningen voor de landinrichting in moeten worden opgenomen.<sup>181</sup> Het gaat daarbij in ieder geval om het treffen van maatregelen en voorzieningen van openbaar nut, waaronder de wijziging van waterstaatswerken.<sup>182</sup> Gedeputeerde staten moeten het landinrichtingsprogramma en in voorkomende gevallen het inrichtingenbesluit uitvoeren.<sup>183</sup> Gefaseerde uitvoering is mogelijk.<sup>184</sup> Handelingen en activiteiten die de landinrichting kunnen belemmeren moeten zoveel mogelijk worden voorkomen vanaf de ter inzagelegging van het inrichtingsprogramma.<sup>185</sup> Ook mag de waarde van kavels niet veranderen na de bekendmaking van het inrichtingsprogramma, tenzij dit het gevolg is van een activiteit die nodig is voor de normale bedrijfsvoering.<sup>186</sup>

Ook hebben gedeputeerde staten de bevoegdheid om ter uitvoering van het inrichtingsprogramma een instructie te geven aan andere bestuursorganen, zoals het waterschaps- of het gemeentebestuur (m.u.v. rijksorganen) over de in dat kader uit te voeren werkzaamheden ten aanzien van waterstaatswerken of andere voorzieningen van openbaar nut.<sup>187</sup>

Het landinrichtingsprogramma kan ook voorzien in de toedeling van eigendom, het beheer en onderhoud van voorzieningen van openbaar nut. In dat geval moeten gedeputeerde staten een inrichtingsbesluit nemen.<sup>188</sup> Het beheer en onderhoud van waterstaatswerken kan in dat

---

<sup>179</sup> Zie hoofdstuk 12 Ow en de Wet inrichting landelijk gebied (hierna: Wilg).

<sup>180</sup> Het inrichtingsprogramma en het inrichtingenbesluit vervangen het inrichtingsplan in de zin van art. 17 Wilg. Tegen het landinrichtingsprogramma staat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.

<sup>181</sup> Art. 3.14a Ow.

<sup>182</sup> Zie art. 12.8 Ow.

<sup>183</sup> Art. 12.16 e.v. Ow. Vgl. hoofdstuk 8 Wilg.

<sup>184</sup> Art. 12.17 lid 1 Ow.

<sup>185</sup> Art. 12.5 Bal bevat een zorgplicht die door middel van een maatwerkvoorschrift door gedeputeerde staten nader kan worden geconcretiseerd (art. 12.6 Bal). Ingevolge art. 35 lid 1 Wilg zijn handelingen en activiteiten die de landinrichting ernstig belemmeren verboden behoudens ontheffing van gedeputeerde staten.

<sup>186</sup> Art. 12.7 Bal. Met een maatwerkvoorschrift kunnen gedeputeerde staten hiervan worden afgeweken (art. 12.6 Bal). Vgl. art. 35 lid 2 Wilg.

<sup>187</sup> Afd. 12.3 Ow. Vgl. Hoofdstuk 8 titel 2 Wilg. Voor de uitvoering van deze werkzaamheden geldt voor de grondeigenaren een gedoogplicht van rechtswege. Zie art. 10.10b t/m art. 10.10e Ow. Vgl. art. 22 en 41 Wilg.

<sup>188</sup> Afd. 12.2 Ow. Vgl. hoofdstuk 6 Wilg.

inrichtingsbesluit niet worden toegedeeld, omdat de Waterwet en de Omgevingswet reeds in een regeling voor de toedeling van het beheer van waterstaatswerken voorziet.<sup>189</sup>

Gedwongen herverkaveling kan ook deel uitmaken van de landinrichting. In dat geval moeten gedeputeerde staten een ruilbesluit nemen waarin de herverkaveling wordt vastgelegd.<sup>190</sup> Bij de toedeling heeft iedere grondeigenaar aanspraak op een verkrijging van een recht van dezelfde aard als hij had vóór de herverkaveling.<sup>191</sup> Voor zover dat niet mogelijk is, staat daar een financiële vergoeding tegenover.<sup>192</sup> Ook pachters hebben aanspraak op verkrijging van een recht van dezelfde aard als hij had vóór de herverkaveling.<sup>193</sup> Bestaande pachverhoudingen blijven zoveel mogelijk in stand. Indien dat in het belang van de herverkaveling noodzakelijk is, kunnen in een ruilbesluit pachtverhoudingen worden opgeheven en nieuwe worden gevestigd.<sup>194</sup>

Gedeputeerde staten moeten gelijktijdig met de vaststelling van een inrichtingsprogramma een inrichtingsbesluit vaststellen,<sup>195</sup> indien er eigendom, beheer of onderhoud van voorzieningen van openbaar nut worden toegedeeld en/of herverkaveling wordt toegepast. Tegen zowel het inrichtingsbesluit als het ruilbesluit, waarin de herverkaveling wordt vastgelegd, staat bestuursrechtelijke rechtbescherming open. De wettelijke regeling voorziet ook in een regeling voor de verrekening van de verschillen in oppervlakte, hoedanigheid of gebruiksfunctie tussen de ingebrachte kavels en de toegewezen kavels.<sup>196</sup>

De provincie draagt de kosten van de inrichting van het een gebied, voor zover die kosten niet door andere openbare lichamen of grondeigenaren worden gedragen.<sup>197</sup>

#### 10.7 Bestuursovereenkomsten als alternatief instrument voor verticale beleidsdoorwerking

Met een bestuursovereenkomst kunnen overheden afspraken maken over de wijze waarop zij hun taken en bevoegdheden uitoefenen in het kader van de uitvoering en instandhouden van de alternatieve maatregelen. Bestuursovereenkomsten tussen provincie en gemeente of waterschap kunnen ook worden ingezet als alternatief voor verticale beleidsdoorwerking met behulp van instructies of instructieregels.<sup>198</sup> Voordeel daarvan is dat een overeenkomst niet eenzijdig wordt opgelegd, maar gebaseerd is op wederzijdse overeenstemming. Dat kan het draagvlak voor de uitvoering van de alternatieve maatregelen versterken. Daarnaast biedt de bestuursovereenkomst een grote mate van flexibiliteit, omdat deze in ruime mate vormvrij is. Eventueel kunnen bestuursovereenkomsten en instructies of instructieregels naast elkaar worden ingezet, in die zin dat het feit dat er een bestuursovereenkomst geldt, niet zonder meer de bevoegdheid om instructies te geven of instructieregels te stellen beperkt. Wel zullen eventuele bevoegdhedenovereenkomsten als één van de belangen bij de inzet van instructies of instructieregels moeten worden betrokken. De

---

<sup>189</sup> *Kamerstukken II 2018/19 35 133*, nr. 3, p. 144-145. De regering zag geen aanleiding voor een afwijkende regeling.

<sup>190</sup> Afd. 12.4 Ow. Vgl. hoofdstuk 8 titel 3 Wilg. Onder de Wilg maakte de herverkaveling onderdeel uit van het inrichtingsplan.

<sup>191</sup> Art. 12.26 Ow.

<sup>192</sup> Art. 12.31 en art. 12.33 Ow.

<sup>193</sup> Art. 12.27 Ow.

<sup>194</sup> Art. 12.28 Ow.

<sup>195</sup> Het is raadzaam om op de voorbereiding van het inrichtingsprogramma en het inrichtingsbesluit afdeling 3.5 Awb (samenhangende besluiten) toe te passen.

<sup>196</sup> Par. 12.4.3 Ow: het besluit geldelijke regelingen.

<sup>197</sup> Art. 13.8 Ow.

<sup>198</sup> *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3, p. 112.

provinciale interbestuurlijke instrumenten (instructieregels en instructies) kunnen – binnen de daarvoor geldende wettelijke kaders - ook gebruikt worden om hetgeen decentrale overheden in een bestuursovereenkomst hebben afgesproken bij waterschappen en gemeenten publiekrechtelijk af te dwingen. Bestuurovereenkomsten kunnen niet worden ingezet als alternatief voor rechtstreeks burgers bindende regels of voorschriften, aangezien het legaliteitsbeginsel zich daartegen verzet.

## 11. Afspraken tussen overheden en particulieren

### 11.1 Inleidende opmerkingen en aandachtspunten

Overheden kunnen privaatrechtelijk handelen, maar zij zijn niet altijd vrij om de privaatrechtelijke weg in plaats van de publiekrechtelijke weg te kiezen, vooral niet wanneer die publiekrechtelijke weg met meer juridische waarborgen is omgeven. De keuzemogelijkheid voor het gebruik van het privaatrecht kan dus zijn begrensd. Dit kan expliciet of impliciet volgen uit de wet of wetgeschiedenis, maar kan ook zijn bepaald in de jurisprudentie.<sup>199</sup> Uit het *Windmill*-arrest volgt dat een overheid niet privaatrechtelijk mag handelen als dit publiekrechtelijke instrumenten “*op onaanvaardbare wijze doorkruist*.”<sup>200</sup> Als er een geschikter publiekrechtelijk instrument bestaat waarmee eenzelfde doel kan worden bereikt, dan moet in beginsel dat instrument worden ingezet. Voordat wordt overgegaan tot gebruikmaking van het privaatrechtelijke instrumentarium, is het dus raadzaam om zich eerst een goed beeld te vormen van de beschikbare publiekrechtelijke instrumenten. In het onderhavige onderzoek komt hieraan vooral belang toe bij de hierboven besproken vraag hoe verplichtingen tot het dulden van inundatie juridisch kunnen of moeten worden verankerd. Wij hebben hierboven reeds aangegeven dat in dat geval de publiekrechtelijke weg van het ‘bergingsgebied’ belangrijke voordelen biedt.

In sommige gevallen volgt juist uit het wettelijke systeem dat eerst de privaatrechtelijke weg zal moeten worden bewandeld, voordat gebruik kan worden gemaakt van (vaak meer ingrijpende) publiekrechtelijke instrumenten, zoals het opleggen van duldplichten of onteigening. Dit is met name het geval waar het de aanleg of wijziging van waterstaatswerken op particuliere gronden betreft. Mocht toch de noodzaak blijken te bestaan dat publiekrechtelijke instrumenten moeten worden ingezet, dan bestaan er ook beperkingen in de keuzeruimte. Zo mag een gedoogplicht slechts worden opgelegd, indien de belangen van rechthebbenden onteigening niet vorderen (art. 5.24 Wtw).<sup>201</sup> Zodra er geen wezenlijke mogelijkheden meer overblijven om de grond te gebruiken, zoals deze werd gebruikt, dan ligt onteigening in de rede. Dit is afhankelijk van hoeveel oppervlakte nodig is bij gebruik van de gedoogplicht, en eventuele bijzondere omstandigheden.<sup>202</sup>

Een waterschap is verder aan te merken als een ‘functioneel bestuur’, het kan dan ook geen afspraken maken die verder strekken dan het vervullen van waterschapstaken.<sup>203</sup> Daarnaast zijn er praktische verschillen wanneer voor de privaatrechtelijke route wordt gekozen. Bij het opstellen van

---

<sup>199</sup> H.E. Bröring (red.) & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht 1: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 544.

<sup>200</sup> HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393 (*Windmill*), r.o. 3.2.

<sup>201</sup> ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2894, r.o. 3.1.

<sup>202</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1719, r.o. 3.2.

<sup>203</sup> A.G. Bregman, A.Z.R. Koning & R.W.J.J. de Win, *Juridisch Handboek Gebiedsontwikkeling*, 's-Gravenhage: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2017, p. 28.

voorwaarden moet bijvoorbeeld ook een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen publiekrechtelijke 'vergunningvoorschriften' of privaatrechtelijke 'afspraken'.<sup>204</sup> Tot slot is de overheid ook bij privaatrechtelijke handelingen op grond van art. 3:14 BW gebonden aan de geschreven en ongeschreven regels van het publiekrecht.<sup>205</sup>

De volgende inventarisatie zal diverse privaatrechtelijke instrumenten behandelen, van minder naar meer ingrijpend. Ook zal bij elk instrument besproken worden met welk specifiek oogmerk als bedoeld in Deel I het kan worden ingezet, te weten: verkrijging van een juridische titel voor gebruikmaking van de gronden, de uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen, de daadwerkelijke inzet van de alternatieve maatregelen en de regulering van gebruiksmogelijkheden.

## 11.2 Overeenkomsten

De overeenkomst is bij uitstek het middel om privaatrechtelijk te handelen, ook voor een overheid.<sup>206</sup> De 'gewone' overeenkomst is ex art. 6:213 BW een meerzijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens elkaar een verbintenis aangaan. Hierin kunnen afspraken en verplichtingen worden vastgelegd. Overeenkomsten zijn in beginsel vormvrij. Voorts kan met elke (rechts)persoon een overeenkomst worden aangegaan: Staatsbosbeheer, Landschap Overijssel, Stichting Groene en Blauwe Diensten Overijssel of individuele burgers.

Hierna komen enkele specifieke typen overeenkomsten aan bod. Deze zien met name op het gebruik van grond (van particuliere landeigenaren, Staatsbosbeheer of Landschap Overijssel), maar kunnen ook relevant zijn voor afspraken in het kader van het onderhoud. Er wordt een korte beschrijving gegeven, de voor- en nadelen worden benoemd, en aangegeven wordt hoe dit binnen het huidige beleidskader past.

### *a. Overeenkomst met kettingbeding*

Een kettingbeding is een voorwaarde in de overeenkomst die verplicht eenzelfde voorwaarde op te nemen in de overeenkomst met een toekomstige verkrijger.<sup>207</sup> Hierdoor wordt een beding als het ware doorgegeven bij elke overdracht. Dit biedt echter geen absolute garantie, een partij kan het kettingbeding doorbreken door het niet in de toekomstige overeenkomst op te nemen. Om dit te voorkomen zit er vaak een boeteclausule in het kettingbeding. Van derdenwerking is echter geen sprake. Voordeel is dat een waterschap hiermee een verplichting om iets te 'doen' kan opnemen in de overeenkomst, dit is minder goed mogelijk bij een kwalitatieve verplichting of de erfdienstbaarheid (zie hierna).

### **Voordelen:**

- Het beding gaat in principe mee over bij overdracht van de grond;
- Biedt meer – maar geen absolute – zekerheid dat een overeenkomst ook wordt opgevolgd door toekomstige verkrijgers;

<sup>204</sup> ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:219, AB 2015/133 m.nt. A. Drahmman, r.o. 6.1.

<sup>205</sup> Waaronder de geschreven en ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur en de grond- en mensenrechten.

<sup>206</sup> H.E Bröring (red.) & K.J. de Graaf (red.), Bestuursrecht 1: Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 544.

<sup>207</sup> W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 39.

- Kan een actieve plicht tot 'doen' bevatten.

**Nadelen:**

- Geen derdenwerking;
- Het kettingbeding kan op straffe van een boete (voor zover dat in de overeenkomst is bepaald) doorbroken worden. In de praktijk is de boete veelal zo hoog, dat het beding niet gemakkelijk ontbonden kan worden.

**Fase:** de overeenkomst met kettingbeding kan fungeren als privaatrechtelijke titel voor gebruik van gronden (voor waterberging). Daarnaast kan een kettingbeding zien op een actieve plicht tot 'doen', en daarmee eventueel instandhouding van de inrichtingsmaatregelen beheersen. Voor de regulering van gebruiksmogelijkheden van de grond is een kettingbeding niet geschikt.

*b. Beheerovereenkomsten en bruikleen*

Een beheerovereenkomst stelt het waterschap – of een private partij – in staat een perceel te beheren. In de overeenkomst kan worden vastgelegd dat er werkzaamheden worden verricht, bijvoorbeeld het vasthouden van water. Een beheerovereenkomst is niet als bijzondere vorm in de wet omschreven.

Bruikleen is een mogelijkheid als de landeigenaar bereid is zonder betaling of tegenprestatie (*om niet*) zijn perceel in bewaring te geven. In dat geval is er sprake van de bijzondere overeenkomst van bruikleen, geregeld in art. 7A:1777 BW. Bij dit type overeenkomst gelden dan ook niet de normale regels van huur, zoals de strenge voorwaarden van opzegging. Wel moet de lener als '*een goed huisvader*' zorgen voor het perceel (aldus art. 7A:1781 lid 1 BW). Grote ingrepen in het landschap kunnen dus buiten deze zorgplicht vallen. In de overeenkomst moeten dan ook duidelijke afspraken worden gemaakt over wat de bruikleen omvat.

**Voordelen:**

- Relatief zelfstandige mate van zeggenschap over de zaak;
- Strenge regels van huur gelden niet.

**Nadelen:**

- Geen derdenwerking;
- Maatregelen kunnen te ingrijpend zijn om nog te spreken van 'beheer'.

De gebruiks-/beheerovereenkomst ziet dus op tijdelijke situaties en geringe ingrepen of activiteiten, wat het niet geschikt maakt voor ingrijpende (inrichtings)maatregelen.

**Fase:** De beheerovereenkomst is een privaatrechtelijke titel om perceel te beheren. Daarbij biedt de beheerovereenkomst een grote ruimte om uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen te treffen: zo kan het waterschap zelf regelwerken uitvoeren op gronden in de hoedanigheid van 'beheerder'.

*c. Onderhoudsovereenkomsten*



Een onderhoudsovereenkomst schept de verplichting een goed te onderhouden, in ruil voor een vergoeding. Gebruik van deze overeenkomst kan raadzaam zijn indien uniforme en grootschalige instandhouding is gewenst, of om landeigenaren te helpen in hun onderhoud. Dit middel kan dan ook het beste gebruikt worden voor de instandhouding en onderhoud van alternatieve maatregelen, niet voor regels omtrent het gebruik van gronden.

**Voordelen:**

- Partij ontvangt een vergoeding voor het onderhoud;
- De partij kan naar eigen goeddunken het onderhoud uitvoeren.

**Nadelen:**

- Regelt enkel instandhouding van het stuk grond, maar biedt in beginsel geen zeggenschap over het beheer;
- Schept zorgplicht voor onderhoud grond.

**Fase:** in de onderhoudsovereenkomst kan de uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen worden geregeld. Een zelfstandige titel voor beheer van gronden is het echter niet. Ook wordt de regulering van de gebruiksmogelijkheden niet direct beheerd door een onderhoudsovereenkomst, maar biedt wel zekerheid dat gronden en eventuele inrichtingsmaatregelen goed onderhouden worden.

*d. Huurovereenkomsten*

Huur is ex art. 7:201 BW de overeenkomst waarbij de ene partij, de verhuurder, zich verbindt aan de andere partij, de huurder, een zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie. Ook een stuk grond kan verhuurd worden, bijvoorbeeld om te gebruiken als waterberging. Wel kan er overlap ontstaan met pacht, zoals bedoeld in art. 7:311 BW. In de overeenkomst moet dit onderscheid duidelijk gemaakt worden.

**Voordelen:**

- Snelle manier om beschikking over stuk land te verkrijgen voor bepaalde of onbepaalde tijd;
- Bij huur van terreinen gelden minder strenge regels dan bij huur van woningen.

**Nadelen:**

- Huur biedt niet altijd ruimte om zelfstandig grootschalige maatregelen te treffen;
- Kan rechtskarakter van pacht verkrijgen, en daarmee een strengere regime bij opzegging.

**Fase:** Een huurovereenkomst is een juridische titel voor het gebruikmaken van gronden, al dan niet voor een tijdelijke periode. Daarbij biedt de huurovereenkomst beschikking over grond van derden, waarin ook afspraken kunnen worden gemaakt over de uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen. De daadwerkelijke inzet van de alternatieve maatregelen is echter afhankelijk van de vraag of het waterschap ten tijde van de waterberging huurder is. Indien dat niet zo is, bestaat er geen grondslag voor inzet van de alternatieve maatregelen op basis van een huurovereenkomst.

*e. Vaststellingsovereenkomsten*

Een vaststellingsovereenkomst ex art. 7:900 BW biedt ruimte aan partijen om onderling overeen te komen wat rechtens tussen hen geldt. Met andere woorden: partijen kunnen op papier zetten wat hun rechten en plichten zijn. Deze overeenkomst is relevant als er onduidelijkheid bestaat over toepassing van een bepaald instrument, of men een potentieel conflict wil vermijden. De vaststellingsovereenkomst biedt dan ruimte om preventief tot een akkoord te komen, of tot een schikking tijdens een lopend conflict.

**Voordelen:**

- Voorkomt potentiële conflicten en onzekerheden;
- Grote vrijheid wat vastgelegd en/of afgesproken kan worden, waaronder schadevergoedingen en uitvoering van maatregelen.

**Nadelen:**

- Vereist per geval een unieke vaststellingsovereenkomst;
- Vereist een grote mate van nauwkeurigheid in het opstellen van de voorwaarden.

**Fase:** de vaststellingsovereenkomst regelt de rechtpositie tussen partijen: dit is niet zonder meer een zelfstandige titel voor gebruikmaking van gronden van derden. Wel kan de vaststellingsovereenkomst afspraken vastleggen over de uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen, afhankelijk van de inhoud.

*f. Conclusie*

Een overeenkomst kan op veel verschillende manieren worden vormgegeven, waarbij de wet soms bijzondere regels stelt voor een bepaald type overeenkomst. In een overeenkomst kunnen afspraken worden gemaakt over gebruik, bevoegdheden, vergoedingen, tijdsduur en onderhoud van alternatieve maatregelen. Deze afspraken zijn juridisch bindend en in zoverre ook afdwingbaar bij de rechter. Een overeenkomst ziet echter slechts op de betrokken partijen en geldt niet zonder meer voor derden. Daarmee zijn contractuele verplichtingen minder sterk dan goederenrechtelijke of de meeste publiekrechtelijke middelen.

Alle hiervoor genoemde overeenkomsten hebben gemeen dat de eigendom bij de landeigenaar blijft. Overeenkomsten zijn slechts contractueel bindend; mocht een eigenaar zijn afspraken niet nakomen, dan kan moeilijk in het eigendomsrecht zelf worden ingegrepen. Bij ingrijpende alternatieve maatregelen kan het waterschap dan ook niet zelfstandig actie ondernemen zonder tussenkomst van een rechter.

Het privaatrecht biedt veel ruimte en vrijheid voor afspraken, maar maakt de onderhandelingspositie van de overheid ook minder sterk. Ook dient er per geval een afwegingskader gemaakt te worden om een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht te voorkomen.

Tot slot wordt opgemerkt dat ook bij onteigening of vrijwillige eigendomsoverdracht een combinatie van privaatrechtelijke middelen mogelijk is. Daarbij kan een compromis worden gesloten tussen de belangen van het waterschap en die van private partijen. Zo kan het waterschap een stuk land kopen, maar dit verhuren aan de oorspronkelijke eigenaar, of een andere overeenkomst sluiten. Wel moeten

in een dergelijke afspraak duidelijk de risico's worden benoemd van een alternatieve maatregel: zoals schade aan gewassen of een beperking in het huurgenot bij gebruik van het land als waterberging.

Volgens de Handleiding Grondbeleid 2020 zijn de meeste overeenkomsten enkel geschikt bij tijdelijk gebruik. Het is dus afhankelijk van het karakter van de alternatieve maatregel of dit middel het meest geschikt is.

### 11.3 Groene en Blauwe diensten

Een bijzondere vorm van afspraken kan bestaan in de overeenkomst betreffende 'groenblauwe diensten' (ook wel 'groene en blauwe diensten' genoemd). Het groene staat hierbij voor natuur, het blauwe voor water. Deze groenblauwe diensten hebben een bovenwettelijk karakter (er worden meer maatregelen genomen dan wettelijk verplicht is) en zien op de maatschappelijke verbetering van natuur en water. Grondeigenaren kunnen aanbieden groenblauwe diensten te verrichten op hun land, het waterschap kan deze diensten vervolgens afnemen tegen een relatief lage vergoeding. Een overeenkomst waarin de groenblauw dienst wordt vormgegeven heeft vaak het karakter van een onderhoudsovereenkomst. Ook bestaan er collectieven die de groenblauwe diensten behartigen: De Stichting Groene en Blauwe Diensten Overijssel ligt in het onderhavige geval daarbij het meeste voor de hand.<sup>208</sup> Groenblauwe diensten moeten echter wel zijn goedgekeurd door de Europese Commissie in de 'Catalogus groenblauwe diensten.' Hiermee worden regels gesteld om (verboden) staatssteun te voorkomen.

Door middel van groenblauwe diensten kan het onderhoud en beheer van de alternatieve maatregelen mogelijk geregeld worden. Dit is echter niet altijd mogelijk en hangt af van de specifieke activiteit die verricht wordt. In de Handleiding Grondbeleid van WDOD staat bijvoorbeeld het volgende vermeld: "*De samenwerking met particulieren, zoals het onderhoud van waterbergingen, is géén blauwe dienst, het onderhoud kan niet als bovenwettelijk worden aangemerkt omdat de eigenaar volgens de Keur verplicht is de berging te onderhouden.*"<sup>209</sup> Het waterschap kan dus niet elke samenwerking als een groene- of blauwe dienst kwalificeren, dat kan bijvoorbeeld niet als er een wettelijke plicht bestaat tot onderhoud.

#### **Voordelen:**

- Het onderhoud van de mogelijke alternatieve maatregelen wordt gewaarborgd;
- Vaak voor lange tijd en tegen een relatief lage vergoeding verzekerd van onderhoud;

#### **Nadelen:**

- Vereist een 'bovenwettelijke' activiteit: als een activiteit valt binnen de wettelijke verantwoordelijkheid van een particulier is een groenblauwe dienst niet mogelijk;
- Moet voldoen aan Europese (staatsteun)regelgeving;

**Fase:** de groenblauwe diensten bieden primair waarborging van de instandhouding (en eventueel aanleg) van de benodigde inrichtingsmaatregelen, maar enkel voor zover deze 'bovenwettelijk' zijn.

---

<sup>208</sup> <https://www.sgbdo.nl/>

<sup>209</sup> Handleiding Grondbeleid 2020 Waterschap Drents Overijsselse Delta, p. 42.

De groenblauwe diensten vormen geen zelfstandige privaatrechtelijke titel voor gebruikmaking van gronden van derden, noch de inzet van alternatieve maatregelen wanneer dit nodig is.

#### 11.4 Kwalitatieve verplichting

Een kwalitatieve verplichting is een bijzondere overeenkomst krachtens art. 6:252 BW. De kwalitatieve verplichting als zodanig is een overeenkomst, maar ziet op een toebehorend registergoed. In de praktijk is dit registergoed meestal een stuk grond. De kwalitatieve verplichting wordt hierbij als het ware vastgehecht aan het registergoed, en blijft daar bij verkrijging door een derde aan gekoppeld. Hoewel het verschillende rechtsvormen betreft, is de kwalitatieve verplichting qua oogmerk vergelijkbaar met een kettingbeding. Een kwalitatieve verplichting heeft wel een sterkere werking, omdat het is opgesteld met een notariële akte en wordt ingeschreven in de openbare registers. Een kwalitatieve verplichting kan dan ook niet zomaar doorbroken worden en geldt ook voor toekomstige eigenaren van het registergoed. Net als een kettingbeding kan een kwalitatieve verplichting wel worden ontbonden. De kwalitatieve verplichting stelt dat een partij iets moet dulden of moet nalaten, bijvoorbeeld het gebruik van grond als waterberging. Dat maakt de kwalitatieve verplichting een geschikt middel om te gebruiken bij overeenkomsten met grondeigenaren. Een kwalitatieve verplichting is echter niet geschikt om verplichtingen tot een 'doen' in het leven te roepen.

##### **Voordelen:**

- De kwalitatieve verplichting gaat over op toekomstige verkrijgers;
- De verplichting kan eigenaren dwingen een maatregel te dulden.

##### **Nadelen:**

- Notariële akte en inschrijving in de openbare registers is vereist;
- Een kwalitatieve verplichting ziet enkel op een 'dulden of niet doen', en kan dus geen actieve verplichting tot een 'doen' scheppen;
- De kwalitatieve verplichting blijft contractueel van aard en niet goederenrechtelijk.

**Fase:** Een kwalitatieve verplichting vormt een privaatrechtelijke titel voor een overeenkomst. Een kwalitatieve verplichting kan de inzet van de alternatieve maatregelen effectueren, bijvoorbeeld door voor grondeigenaren een verplichting in het leven te roepen om waterberging te dulden. Daarbij reguleert een kwalitatieve verplichting de gebruiksmogelijkheden van gronden in zoverre dat een toekomstige verkrijger gebonden is aan dezelfde kwalitatieve verplichting.

#### 11.5 Beperkte rechten

Beperkte rechten verschillen van contractuele overeenkomsten, omdat zij goederenrechtelijk van aard zijn. Deze beperkte rechten zien in beginsel op zaken, in de praktijk veelal een perceel grond. Een beperkt recht heeft een sterker juridisch karakter dan een overeenkomst, nu dit recht op een zaak zelf ziet. Dit betekent dat een eigenaar niet zomaar van zijn verplichting afkomt, het beperkte recht blijft met de zaak verbonden, ook na overdracht. Ook bij eventuele verkoop van een perceel grond blijft een beperkt recht gelden tegenover derden, en kan door rechthebbend tegenover de koper worden ingeroepen. Het goederenrechtelijk karakter van een beperkt recht strekt dus ook verder dan een puur contractuele verbintenis. In het kader van de alternatieve maatregelen zullen er twee beperkt rechten besproken worden: de erfdienstbaarheid en het recht van opstal.

### ***Erfdienstbaarheden***

Een erfdienstbaarheid ex art. 5:70 BW is een last, waarmee een onroerende zaak – het dienende erf – ten behoeve van een andere onroerende zaak – het heersende erf – is bezwaard. Krachtens art. 5:71 BW srekt een erfdienstbaarheid tot een ‘dulden’ of een ‘niet doen’. Zo kan het het dulden van de uitvoering van bepaalde (onderhouds)maatregelen betreffen of wellicht het bergen van water, of juist het voorkomen dat bepaalde activiteiten worden uitgevoerd. Daarnaast kan de mogelijkheid in het leven worden geroepen tot het “aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die voor de uitoefening van die erfdienstbaarheid nodig zijn, mits deze gebouwen, werken en beplantingen zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf zullen bevinden.” Deze plichten tot een ‘doen’ zijn dus mogelijk, maar zijn wel beperkt. Aan een erfdienstbaarheid kan een onderhoudsverplichting zijn gekoppeld, voor zover dit in het belang van het dienende erf nodig is (art. 5:75 lid 3 BW).

#### **Voordelen:**

- Een erfdienstbaarheid heeft zaaksgevolg, en geldt daarmee ook tegen derden;
- Met een erfdienstbaarheid kan een last op een stuk grond worden gevestigd, zonder dat meteen het gehele stuk land moet worden gekocht.

#### **Nadelen:**

- Een notariële akte en inschrijving in de openbare registers is vereist;
- Een erfdienstbaarheid bevat in beginsel slechts een ‘dulden’ of ‘niet doen’, geen actieve verplichting, zoals het uitvoeren van inrichtingsmaatregelen.

**Fase:** een erfdienstbaarheid vormt een privaatrechtelijke titel voor een dulden op een perceel, en daarmee ‘gebruik’ van grond van derden. Daarmee kan de erfdienstbaarheid potentieel de inzet van waterberging effectueren. De instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen valt onder een erfdienstbaarheid, de uitvoering van inrichtingsmaatregelen niet zonder meer. Bij toepassing van dit instrument kan het in het onderhavige geval overigens nog wel onduidelijk zijn wat als heersend erf dient te worden aangemerkt.

### ***Recht van opstal***

Het recht van opstal bevat het recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen.<sup>210</sup> Normaal is de eigenaar van een stuk grond ook eigenaar van alles wat op/onder het land gebouwd wordt (natrekking). Met een recht van opstal wordt dit eigendom als het ware doorbroken: de grond blijft eigendom van de landeigenaar, maar de opstal wordt eigendom van een andere partij.

Dit recht is dus met name relevant wanneer er gebouwen of werken worden geplaatst op andermans grond. Het vasthouden van water als zodanig valt niet onder het recht van opstal. Wel kan dit recht relevant zijn bij de aanleg van een dijk, omdat een dijk doorgaans wel als een ‘opstal’ wordt gekwalificeerd.<sup>211</sup> Ook bij de aanleg van andere (kunst)werken kan een recht van opstal wenselijk zijn, als het waterschap de eigendom wil behouden.

---

<sup>210</sup> Art. 5:101 BW.

<sup>211</sup> HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief r.o. 4.4.4 & 4.4.5.

**Voordelen:**

- Een recht van opstal heeft zaaksgevolg, en geldt daarmee ook tegen derden
- De eigendom van de opstal behoort toe aan een ander partij (bijvoorbeeld het waterschap) dan de eigenaar van de grond;
- Met een recht van opstal kan een last op een stuk grond worden gevestigd, zonder dat meteen het gehele stuk land moet worden gekocht.

**Nadelen:**

- Een notariële akte en inschrijving in de openbare registers is vereist;
- Het recht van opstal ziet alleen op gebouwen of werken, niet op waterberging of verruiming van een rivier.

**Fase:** een recht van opstal biedt een concrete titel voor gebruikmaking van de grond van derden. Daarbij vormt het opstalrecht een grondslag voor de uitvoering en instandhouding van de benodigde inrichtingsmaatregelen (voor zover het opstallen betreft), maar ligt voor de inzet van waterberging niet voor de hand. Als het opstalrecht ten gunste van het waterschap is gevestigd, kan het daarmee de gebruiksmogelijkheden van de grond reguleren. Het recht van opstal kan ook worden verleend aan de huidige eigenaar van grond en gebouwen, waarbij het waterschap de grond koopt en de eigenaar een recht van opstal verleent voor het aanwezig hebben van (bepaalde) opstallen, zoals gebouwen.

### 11.6 Vrijwillige eigendomsoverdracht (door koop of ruil)

Eigendom is het meest omvattende recht dat een (rechts)persoon op een zaak kan hebben, aldus art. 5:1 lid 1 BW. Dit betekent dat de eigenaar het sterkste recht heeft in het goederenrecht, en daarmee de meeste zeggenschap. Bovendien maakt de positie van eigenaar dat zelfstandig overeenkomsten kunnen worden aangegaan, zoals de verhuur van de grond. Naar aanleiding van een aankoop van een perceel of kavel wordt de eigendom daarvan door de huidige eigenaar (verkoper) overgedragen aan de nieuwe eigenaar (koper).

Wel bestaan er risico's bij de positie van eigenaar. Zo kan er een beperkt recht rusten op een perceel en blijft dit gelden bij de overdracht. Dit vereist goed onderzoek voordat een perceel wordt aangekocht. Daarnaast is de eigenaar verantwoordelijk voor het perceel, zoals voor het onderhoud.

**Voordelen:**

- Sterke positie van eigenaar, en daarmee zeggenschap over wat er met de grond gebeurt;
- Eigenaar van grond kan zelfstandig overeenkomsten aangaan;
- Bij vrijwillige overdracht komt geen dwang of onteigening in beeld;

**Nadelen:**

- Een notariële akte en inschrijving in de openbare registers is vereist;
- Een stuk land kan bezwaard zijn met een hypotheek of ander beperkt recht, bij koop blijven deze rechten gelden (in iedere koopakte wordt echter standaard een bepaling opgenomen dat het goed vrij van rechten overgedragen dient te worden);
- Vaak grote kosten verbonden aan koop en overdracht;
- Risico's van waardevermindering grond en aansprakelijkheid voor onderhoud.

**Fase:** bij koop wordt het waterschap (of een andere partij) de volledige eigenaar van de grond; daarmee vormt het de titel voor een vrijwillige overdracht. Door de grote mate van zeggenschap kan dan zelf beslist worden over de uitvoering en instandhouding van de inrichtingsmaatregelen, en wanneer de alternatieve maatregelen worden ingezet. Bovendien kan als eigenaar onwenselijke gebruik van de grond door derden wettelijk worden beschermd. Eigendom is immers het meest omvattende recht op een zaak.

### **Vrijwillige kavelruil**

Een alternatief voor koop van grond is ruil op vrijwillige basis. De wet biedt hiervoor een bijzonder instrument: de vrijwillige kavelruil, zoals geregeld in de Wet inrichting landelijk gebied (Wilg). Krachtens art. 85 Wilg is een vrijwillige kavelruil “een overeenkomst waarbij drie of meer eigenaren zich verbinden bepaalde, hun toebehorende onroerende zaken samen te voegen, de gegeven massa op bepaalde wijze te verkavelen en onder elkaar bij notariële akte te verdelen.” De kavelruilovereenkomst is een geldige titel voor eigendomsoverdracht.

De vrijwillige kavelruil wordt bij overeenkomst vastgelegd, en heeft in zoverre een privaatrechtelijk karakter. Het waterschap kan, mits grondeigenaar, dus ook zelf participeren in een vrijwillige kavelruil. Hierbij is de ruil vrijgesteld van overdrachtsbelasting, wat een fiscaal voordeel is. De provincie kan vrijwillige kavelruil in het landelijk gebied ondersteunen met subsidies voor bijvoorbeeld de proces- en ruikkosten en notaris- en kadasterkosten, voor zover de kavelruil bijdraagt aan provinciale doelen voor het landelijk gebied. Wel zijn er bepaalde grenzen aan een vrijwillige kavelruil, zoals een minimumaantal ruilers en de voorwaarden van art. 31a Besluit inrichting landelijk gebied.

De vrijwillige kavelruil komt ook terug in de Omgevingswet.<sup>212</sup> Volgens de MvT bij de Aanvullingswet Grondeigendom past kavelruil ‘bij een interactieve aanpak van overheidsbeleid, waarbij plannen in nauw overleg met alle betrokkenen worden ontwikkeld en uitgevoerd.’<sup>213</sup>

### **Voordelen:**

- Geschiedt op vrijwillige basis, dus zonder dwang door de overheid, zodat er veel draagvlak ontstaat;
- Meerdere kavels kunnen zo in één keer opnieuw worden ingericht;
- Besparing overdrachtsbelasting;
- Snel en eenvoudig proces.<sup>214</sup>

### **Nadelen:**

- Op vrijwillige basis, en kan dus niet worden afgedwongen;
- Vereist een minimumaantal deelnemers voordat dit middel kan worden ingezet;
- Kan niet worden ingezet binnen de bebouwde kom, bij woningbouw en andere uitzonderingen.<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> Afdeling 12.6 Ow.

<sup>213</sup> *Kamerstukken II* 35 133, 2018/19, 35 133, nr. 3, p. 155.

<sup>214</sup> Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 11 (Evaluatierapport Wilg), p. 16.

<sup>215</sup> Onder de Omgevingswet wordt vrijwillige kavelruil ook binnen de bebouwde kom mogelijk gemaakt.

**Fase:** de gevolgen van vrijwillige kavelruil zijn afhankelijk van de vraag of het waterschap ook (mede) eigenaar wordt van een kavel. Als dit niet het geval is bestaat er geen zelfstandige titel voor gebruikmaking, uitvoering/instandhouding, inzet en regulering van de grond.

## 12. Conclusie deel II

In Deel II van dit onderzoek is onderzocht op welke wijzen de bijdrage van alternatieve maatregelen aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor primaire waterkeringen en de afspraken daarover tussen overheden onderling en tussen overheden en private partijen juridisch bindend kunnen worden verankerd. Overheden kunnen in beginsel hun privaatrechtelijke bevoegdheden daarvoor aanwenden. Zij zijn bij hun privaatrechtelijk handelen naast het privaatrecht ook gebonden aan het publiekrecht. Overheden kunnen geen gebruik maken van het privaatrecht, indien dit de publiekrechtelijke weg op onaanvaardbare wijze doorkruist.

De overheden die betrokken zijn bij de uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen kunnen in privaatrechtelijke overeenkomsten afspraken vastleggen over de uitoefening van taken en bevoegdheden en over de verdeling van de kosten van maatregelen. Voordeel daarvan is dat een overeenkomst in hoge mate vormvrij is, zodat de betrokken overheden hun afspraken naar eigen wensen en inzichten in een privaatrechtelijke (bestuurs)overeenkomst kunnen neerleggen. Ook de juridische aard (of hardheid) van de afspraken (inspanningsverplichting of resultaatsverplichting) bepalen de contractpartijen zelf. De contractsvrijheid van partijen levert in die zin een voordeel op, maar kent als nadeel dat betrokken overheden niet kunnen worden verplicht om (onderling) overeenkomsten te sluiten. Het sluiten van overeenkomsten betreft immers een meerzijdige rechthandeling waarbij wilsovereenstemming is vereist.

Indien een contractspartij zijn afspraken niet nakomt, kan nakoming worden afgedwongen via de burgerlijke rechter, tenzij in de overeenkomst is bepaald dat deze niet in rechte afdwingbaar is. Dat laatste is bij bestuurovereenkomsten regelmatig het geval, maar enkel wanneer contractspartijen dat expliciet met elkaar afspreken. De civiele rechter zal uiteindelijk moeten bepalen of er sprake is van wanprestatie en welke uitleg aan de overeenkomst moet worden gegeven. In geval van wanprestatie kan de niet-nakomende partij worden veroordeeld tot vergoeding van de schade die daarvan het gevolg is.

Hoewel overheden in een bevoegdhedenovereenkomst afspraken kunnen maken over de uitoefening van taken en bevoegdheden, zoals over vaststellen van bestemmingsplannen of verlenen van vergunningen met oog op een bergingsgebied, is niet gegarandeerd dat deze ook dadwerkelijk kunnen worden nagekomen. Het publiekrecht kan daaraan in de weg staan. Zo kan het wettelijke kader daaraan bij nader inzien in de weg staan, of kan het toepasselijke wettelijke kader na het sluiten van de bevoegdhedenovereenkomst zijn gewijzigd waardoor nakoming van de betreffende overeenkomst onmogelijk is geworden. Ook is het mogelijk dat belangen van derden die bij het sluiten van de overeenkomst nog niet (goed) in beeld waren, zodat het evenredigheidsbeginsel aan de uitvoering daarvan in de weg kan staan. Het publiekrechtelijke kader kan er dan ook toe leiden dat een bevoegdhedenovereenkomst uiteindelijk toch niet kan worden nagekomen. De in overeenkomsten neergegelege afspraken dienen te worden betrokken in relevante besluitvormingsprocessen, maar de uitkomst daarvan kan alsnog zijn dat aan de overeenkomst geen



uitvoering kan worden gegeven wegens zwaarder wegende belangen. Indien er daardoor sprake is van wanprestatie, zal slecht recht op schadervergoeding bestaan, maar daarmee is de overeenkomst nog niet nagekomen.

Het verdient aanbeveling dat de in casu betrokken overheden afspraken over de gebruikmaking van hun bevoegdheden vastleggen in bevoegdhedenovereenkomsten. Indien er bijzondere wettelijke structuren daartoe bestaan, dan verdient het aanbeveling daarvan gebruik te maken. Zo lighet in het onderhavige geval voor de hand dat de betrokken waterschappen hun afspraken over de uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen in een waterakkoord vastleggen. Onder de Omgevingswet zal deze specifieke bestuursovereenkomst niet terugkeren, maar dat laat overlet dat de afspraken op eenzelfde wijze in een ‘reguliere’ bestuursovereenkomst kunnen worden vastgelegd. Waterakkoorden zijn immers bijzondere (wettelijke) typen bestuursovereenkomsten. Voor zover de medewerking van gemeenten is benodigd – in casu het in bestemmingsplannen aanwijzen van gronden als ‘bergingsgebied’ –, ligt het voor de hand dat de betrokken waterschappen met de betreffende gemeenten bevoegdhedenovereenkomsten sluiten die daarop toezien.

Ook kan worden overwogen om de samenwerking publiekrechtelijk vorm te geven door met alle of enkele betrokken overheden een gemeenschappelijke regeling op grond van Wet gemeenschappelijk regelingen in het leven te roepen. Dat kan op verschillende manieren met verschillende intensiteit van samenwerking. Het oprichten van een nieuw openbaar lichaam met rechtspersoonlijkheid en een eigen bestuur ligt daarbij niet voor hand. De oprichting van een gemeenschappelijk orgaan, een lichtere variant zonder rechtspersoonlijkheid en met alleen een dagelijks bestuur, is eventueel wel een optie. Aan het gemeenschappelijk orgaan kunnen door deelnemende overheden bevoegdheden worden overgedragen, met uitzondering van de bevoegdheid tot vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, zodat overdracht van de bestemmingsplan- of omgevingsplanbevoegdheid is uitgesloten. De bevoegdheid tot vaststelling van een projectplan zou bijvoorbeeld wel aan een gemeenschappelijk orgaan kunnen worden overdragen. De projectbesluitbevoegdheid kan niet worden overgedragen, voor zover daarmee de regels van een omgevingsplan worden aangepast. Daarnaast kunnen in het kader de Wgr ook alleen bestuursovereenkomsten worden gesloten (gemeenschappelijke regeling ‘zonder meer’), dus zonder dat er een openbaar lichaam of een gemeenschappelijk orgaan wordt opgericht en zonder overdracht van bevoegdheden.

Een bestuursovereenkomst is geschikt om afspraken over de uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen vast te leggen. Indien een betrokken overheid niet wil contracteren of de bestuursovereenkomst niet nakomt, zullen publiekrechtelijke instrumenten moeten worden ingezet om de vereiste medewerking daadwerkelijk te verkrijgen. Aangezien waterschappen en gemeenten niet hiërarchisch onderschikt zijn, hebben zij geen publiekrechtelijke instrumenten om elkaar te dwingen tot medewerking. De provincie daarentegen beschikt ten aanzien van zowel gemeente- als waterschapsbesturen over juridische instrumenten om die medewerking af te dwingen (instructies en instructieregels), en indien nodig om desnoods zelf plaatsvervangend in die medewerking te voorzien. In de hoedanigheid van regionaal gebiedsregisseur – een taak die in de Omgevingswet ook wettelijk wordt verankerd – ligt het ook voor de hand dat het provinciebestuur van die instrumenten gebruik maakt, indien gemeente- en/of waterschapsbesturen zich niet houden aan gemaakte afspraken of

geen medewerking willen verlenen. Daarvoor is vanzelfsprekend wel vereist dat het provinciebestuur de alternatieve maatregelen omarmt en zijn instrumentarium daarvoor wil inzetten.

Ook kan het provinciebestuur de uitvoering en instandhouding van alternatieve maatregelen geheel naar zich toe trekken door daarvoor een inpassingsplan vast te stellen (eventueel in combinatie met van toepassing verklaring van de provinciale coördinatieregeling). Onder de Omgevingswet kan het provinciebestuur daartoe een projectbesluit vaststellen. Het provinciebestuur kan daarbij in tegenstelling tot het waterschapsbestuur ook doelstellingen buiten het waterbeheer meenemen, zoals natuur- of recreatieontwikkeling. Eventueel kan het provinciebestuur daarnaast het landinrichtingsinstrument inzetten als de alternatieve maatregelen onderdeel zouden uitmaken van de herinrichting van het landelijk gebied. Dat geeft het provinciebestuur onder meer de bevoegdheid de noodzakelijke maatregelen en voorzieningen te (laten) treffen, te beslissen over de toedeling van eigendom, het beheer en onderhoud van voorzieningen van openbaar nut, en om tot (gedwongen) herverkaveling over te gaan.

In hoofdstuk 11 zijn verschillende privaatrechtelijke instrumenten besproken om de bijdrage van alternatieve maatregelen aan het bereiken van de veiligheidsnorm voor primaire waterkeringen en de afspraken daarover tussen overheden en private partijen juridisch te verankeren. Daarbij zijn ook de voor- en nadelen geschetst van deze instrumenten en is kort toegelicht in welke fase deze privaatrechtelijke instrumenten zouden kunnen worden ingezet. Welk privaatrechtelijk instrument in een concreet geval kan worden ingezet, hangt onder meer af van de omstandigheden van het geval, zoals de bereidheid van grondeigenaren om een overeenkomst met een bepaalde inhoud (of vorm) sluiten en de weging van de voor- en nadelen van de verschillende privaatrechtelijke instrumenten door het waterschap. Aangezien wij in Deel I de aanbeveling hebben gedaan om te zorgen voor een publiekrechtelijke titel voor de berging van water in de betreffende gebieden (via de aanwijzing van bergingsgebieden), zal gebruikmaking van privaatrechtelijke instrumenten vooral zien op de inrichting en instandhouding van die gebieden.<sup>216</sup>

Voor zover het waterschap gebruik wil maken van het privaatrecht om afspraken met grondeigenaren over het gebruik van hun grond vast te leggen en zij daaraan ook hun medewerking willen verlenen, genieten zakelijke (of beperkte) rechten, zoals het recht van opstal en een erfdienstbaarheid<sup>217</sup> de voorkeur. Beperkte rechten zijn immers zaaksgebonden, waardoor deze rechten door vervreemding van de grond niet tenietgaan en blijven rusten op de grond. De toekomstige eigenaren moeten met andere woorden op de grond rustende zakelijke rechten respecteren. Daarnaast worden beperkte rechten in de openbare registers ingeschreven (en zijn zij daarmee dus publiekelijk kenbaar), zijn beperkte rechten (in beginsel) zelfstandig overdraagbaar en te belasten met een ander beperkt recht (met uitzondering van een recht van erfdienstbaarheid).

Persoonsgebonden afspraken (privaatrechtelijke verbintenissen) over het gebruik van de grond zijn in beginsel niet zaaksgebonden en gaan bij vervreemding van de grond dan ook niet per definitie over op rechtsopvolgers. Het waterschap zal met nieuwe grondeigenaren dan opnieuw afspraken moeten

---

<sup>216</sup> Dat neemt niet de weg dat ook het privaatrecht een titel voor waterberging op private gronden kan verschaffen, zij het dat daaraan de besproken nadelen kleven, met name rondom de wilsovereenstemming.

<sup>217</sup> Bij de vestiging van erfdienstbaarheden kan in casu overigens wel onduidelijkheid ontstaan over de vraag wat als heersend erf dient te worden aangemerkt.

maken over het gebruik van hun gronden. Dit kan worden ondervangen door kwalitatieve verplichting overeen te komen. Dergelijke verplichtingen zijn een 'tussenvorm' tussen verbintnissen en beperkte rechten. Het zijn geen beperkte rechten, maar een bijzondere overeenkomsten, omdat deze door middel van een notariële akte worden ingeschreven in de openbare registers, waarmee de verplichting iets te dulden of niet zaaksgevolg heeft en daarmee overgaat op rechtsopvolgers. Echter, omdat een kwalitatieve verplichting een overeenkomst is en geen beperkt recht, geldt daarvoor het contractenrecht. Een kwalitatieve verplichting kan als overeenkomst bijvoorbeeld ontbonden worden als de verplichting niet nagekomen wordt. Dit is anders bij beperkte rechten. Deze kunnen immers uitsluitend tenietgaan op de door de wet omschreven wijzen. Een eenmaal gevestigd beperkt recht gaat over het algemeen dan ook minder snel teniet dan een kwalitatieve verplichting.

In deel I zijn reeds uitvoerig de publiekrechtelijke instrumenten geschetst waarmee het waterschapsbestuur grondgebruikers juridisch kan dwingen tot medewerking aan de uitvoering en instandhouding van de alternatieve maatregelen. Daarin is ook al aangegeven dat de publiekrechtelijke borging van de medewerking van grondeigenaren voordelen biedt ten opzichte van de privaatrechtelijke borging daarvan. Eén belangrijk voordeel van de inzet van de het publiekrechtelijk instrumentarium is dat het waterschap daarbij niet afhankelijk is van de medewerking van de grondeigenaar, terwijl dat bij de inzet van privaatrechtelijk instrumentarium wel het geval is. Slechts wat betreft de uitvoering van maatregelen is het waterschap primair aangewezen op het privaatrechtelijke instrumentarium; in de andere 'fasen' (titel voor berging, regulering gebruiksmogelijkheden) is gebruikmaking van privaatrechtelijke instrumenten een keuzemogelijkheid (die wij niet aanbevelen, tenzij daar een goede reden voor bestaat). Hieronder geven wij een beknopt overzicht:

1. Voor verkrijging van de juridische titel om de gronden van derden in te zetten voor waterberging geniet de aanwijzing van een bergingsgebied de voorkeur boven het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten met grondeigenaren. Als het waterschap toch van het privaatrechtelijk instrumentarium gebruik zou willen maken, biedt de kwalitatieve verplichting juridisch de meeste waarborgen, omdat deze verplichting ook voor rechtsopvolgers geldt en wordt ingeschreven in de openbare registers. Een beperkt recht is in dit geval niet mogelijk, omdat het niet gaat om het hebben van opstallen op gronden van derden, maar van tijdelijke waterberging. Een erfdiensbaarheid op grond waarvan het water op het diende erf geduld zou moeten worden, is naar onze mening ook lastig denkbaar, omdat onduidelijk is ten behoeve van welk heersend erf de tijdelijke berging van water op het dienende erf geduld zou moeten worden.
2. De verkrijging van de juridische titel voor het realiseren van inrichtingsmaatregelen (als onderdeel van het bergingsgebied), kan publiekrechtelijk plaatsvinden door het opleggen van een gedoogplicht voor de aanleg (of wijziging) van deze werken. Voordat hiertoe wordt overgegaan, moet het waterschap getracht hebben om met de grondeigenaren privaatrechtelijke afspraken te maken over het gebruik van de grond voor de aanleg of wijziging van deze werken. In dat geval zal het waterschap dus sowieso moeten onderzoeken welke privaatechtelijk instrument daarvoor het meest geschikt is. Het vestigen van een opstalrecht biedt in dat geval de meeste juridische waarborgen, aangezien dit een beperkt (zaaksgebonden) recht betreft. Door het vestigen van een recht van opstal ten aanzien van de inrichtingsmaatregelen (werken) die op de gronden van derden worden aangelegd, kan het waterschap bewerkstelligen dat het eigenaar wordt van die werken.

3. De regulering van grondgebruik met het oog op waterberging kan als volgt worden vormgegeven. Indien de gronden zijn aangewezen als bergingsgebied kan het waterschapsbestuur en/of het gemeentebestuur het gebruik van de grond met het oog op de bescherming en de doelmatige werking van het bergingsgebied publiekrechtelijk reguleren en zelf direct handhaven. Dat biedt de meeste juridische waarborgen; wij bevelen daarom aan om gebruik te maken van deze mogelijkheid. Als daarvan wordt afgezien, dan kan het waterschap (of een andere overheid) ook in privaatrechtelijke overeenkomsten met grondeigenaren afspraken maken over het gebruik van de grond. Daarvoor zijn geen geschikte beperkte rechten voor het waterschap beschikbaar, zodat in deze gevallen de verplichting voor de grondeigenaren om hun gronden niet op een bepaalde wijze te gebruiken het best juridisch kan worden gewaarborgd door middel van een kwalitatieve verplichtingen, omdat deze verplichtingen zaaksgevolg hebben.