

Schadevergoeding ten gevolge van bergingsgebieden: een juridisch labirint

mr. W.J. van Doorn-Hoekveld en mr. dr. F.A.G. Groothuijse¹

1. Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Waterwet in 2009 is het bergingsgebied als juridische figuur geïntroduceerd.² Die wet voorziet sindsdien ook in een provinciale normering van de bergings- en afvoercapaciteit van regionale watersystemen. Doordat bergingsgebieden onderdeel uitmaken van de regionale watersystemen,³ kan de aanwijzing en aanleg van een bergingsgebied een efficiënte oplossing zijn voor de beheerder van een regionaal watersysteem als de bergingscapaciteit van dat watersysteem niet of niet meer aan de provinciale normen voldoet.

Aangezien bergingsgebieden incidenteel en tijdelijk worden ingezet voor de berging van water, kunnen de daartoe aangewezen gronden gedurende de tijd dat deze niet als bergingsgebied worden ingezet worden gebruikt voor andere doeleinden, zoals landbouw. Doorgaans zullen relatief laag gelegen gronden die kapitaalextensief worden gebruikt, worden aangewezen als bergingsgebied, omdat het water daar van nature al naartoe stroomt en de schade ten gevolge van de inzet van het bergingsgebied zo beperkt mogelijk blijft. Vanuit het perspectief van de beheerder kan de aanwijzing en aanleg van bergingsgebieden weliswaar een relatief goedkope oplossing zijn om de bergingscapaciteit van het regionale watersysteem te vergroten, maar voor de grondeigenaar die wordt geconfronteerd met de aanwijzing van zijn gronden als bergingsgebied kan dat aanzienlijke schade tot gevolg hebben. Grondeigenaren wier gronden als bergingsgebied zijn aangewezen moeten de berging van water op hun gronden namelijk van rechtswege dulden.⁴ Bovendien kunnen ze te maken krijgen met andere eigendomsbeperkingen ten gevolge van de aanwij-

zing van het bergingsgebied, zoals de regulering van het grondgebruik.

In deze bijdrage zullen wij benadeelden de juridische weg wijzen die zij kunnen of moeten bewandelen om de schade die zij ten gevolge van de aanwijzing, de aanleg en de inzet van bergingsgebieden ondervinden, vergoed te kunnen krijgen. Die weg is niet kaarsrecht, maar kent verschillende T-splittingen, bochten en obstakels. Enige juridische navigatie in het schadevergoedingslabirint is dan ook geen overbodige luxe.

De belangrijkste oorzaak van dit 'labirint' is dat een bergingsgebied uit verschillende juridische elementen bestaat, die scherp van elkaar moeten worden onderscheiden: de aanwijzing, de aanleg, en de ingebruikname van het bergingsgebied en de regulering van het grondgebruik.⁵ Het onderscheid tussen de drie eerstgenoemde elementen heeft de Afdeling gemaakt in een uitspraak, waarin zij vanwege de onduidelijkheid over met het oog op bergingsgebieden te nemen besluiten en te volgen procedures ter voorlichting aan de bestuurspraktijk een en ander nader heeft uitgelegd. Hoewel de Afdeling slechts drie juridische elementen onderscheidt, kan daaraan naar ons oordeel de regulering van het grondgebruik aan toe worden gevoegd.⁶ Aangezien deze vier elementen ook als afzonderlijke schadeoorzaken kunnen worden aangemerkt, is dit onderscheid ook voor de schadevergoedingsvraagstuk van belang. Extra complicerende factor is dat voor de aanwijzing van bergingsgebieden zowel een planologisch besluit van het gemeentebestuur als een waterstaatkundig besluit van het waterschapsbestuur nodig is, zodat de schade ten gevolge van de aanwijzing kan worden verhaald op grond van art. 6.1 Wro⁷ en art. 7.14

1. Willemijn Van Doorn-Hoekveld en Frank Groothuijse zijn beiden verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht.

2. Zie daarover: F.A.G. Groothuijse, Bergingsgebieden uniform geregeld in de Waterwet. De aanwijzing, aanleg, regulering en ingebruikname van bergingsgebieden onder de Waterwet, *TBR* 2010/158.

3. Zie art. 1.1 lid 1 Wtw.

4. Art. 5.26 Wtw.

5. Zie ABRvS 25 april 2012, AB 2012/178 m.nt. Alfred van Hall, *M en R* 2012/106, m.nt. F.A.G. Groothuijse en *TBR* 2012/183, m. nt. G.J.M. de Jager. Zie ook ABRvS 25 april 2012, *M en R* 2012/114., m.nt. F.A.G. Groothuijse.

6. Zie de annotatie bij: ABRvS 25 april 2012, *M en R* 2012, 114, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

7. Zie voor planschade onder meer: G.M. van den Broek, 'De toekomst van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht. Ruime reikwijdte van de regeling – beperkte toekenning van schadevergoeding!', *TO* 2012/04, p. 95-107, J.W. van Zundert, 'Bouwrecht, Ontwikkelingen in planschade en nadeelcompensatie',

Wtw.⁸ Ook bij de regulering van het grondgebruik binnen bergingsgebieden op grond van het bestemmingsplan en de keur kunnen beide schadevergoedingsregelingen van toepassing zijn, waarbij de vraag naar de relatie tussen beide regelingen rijst. Weliswaar voorziet art. 7.16 Wtw in een voorrangregeling, maar deze lijkt in de jurisprudentie van de Afdeling te worden genegeerd.

Wij zullen benadeelden niet alleen trachten te navigeren door het juridische doolhof naar de schadevergoeding ten gevolge van de aanwijzing, de aanleg, de ingebruikname en de regulering van bergingsgebieden, tevens willen wij in deze bijdrage bezien of, en zo ja, op welke wijze de juridische complexiteit van dat doolhof kan worden teruggebracht. Benadeelden zouden hun weg naar schadevergoeding toch ook zonder navigatie moeten kunnen vinden.

2. Bergingsgebied: vier elementen, vier schadeoorzaken

Om te kunnen bepalen met welke schade grondeigenaren te maken kunnen krijgen en op grond van welke wettelijke regelingen deze voor vergoeding in aanmerking komt, moet onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende elementen/fases:

1. de aanwijzing van een gebied tot bergingsgebied in de legger en in een planologisch besluit;
2. de aanleg en inrichting van het bergingsgebied, waarvoor de beheerder op grond van art. 5.4 Wtw een projectplan moet vaststellen;
3. de feitelijke ingebruikstelling van het bergingsgebied, die door de grondeigenaar van rechtswege moet worden geduld;
4. de regulering van het grondgebruik ten behoeve van het bergingsgebied.

Ad 1) Een bergingsgebied is volgens de definitie van art. 1.1 lid 1 Wtw: *'een krachtens de Wro voor waterstaatkundige doeleinden bestemd gebied, niet zijnde een oppervlaktewaterlichaam of onderdeel daarvan, dat dient ter verruiming van de bergingscapaciteit van een of meer watersystemen en ook als bergingsgebied op de legger is opgenomen.'* Zoals reeds is opgemerkt, geldt binnen bergingsgebieden een plicht voor grondeigenaren om waterberging op hun gronden te dulden. Door de aanwijzingen van een bergingsgebied in het planologische besluit en de legger wordt dan ook de plicht voor de grondeigenaar in het leven geroepen om de tijdelijke berging van water op zijn gronden te dulden. Daardoor kan de grondeigenaar

schade lijden, aangezien zijn gronden ten gevolge van de aanwijzing als bergingsgebied in waarde kunnen dalen. De vraag is dan of de planologische aanwijzing of de aanwijzing in de legger als schadeoorzaak moet worden aangemerkt of dat beide besluiten schadeveroorzakend zijn. Het antwoord op deze vraag is van belang voor de toepasselijke schadevergoedingsregeling(en): is dat art. 6.1 Wro, art. 7.14 Wtw of beide? Daarnaast is de vraag wat de betekenis van de voorrangregeling van art. 7.16 Wtw in dit verband is.

Ad 2) Voor feitelijke realisering van een bergingsgebied moeten veelal ook inrichtingsmaatregelen worden getroffen, zoals de plaatsing van een in- en uitlaatwerk, de aanleg van vluchtwegen, de omdijkingen van het bergingsgebied of van de binnen het bergingsgebied gelegen bouwwerken, etc. Voor het treffen van deze fysieke inrichtingsmaatregelen zal de beheerder een projectplan in de zin van art. 5.4 Wtw moeten vaststellen. Het projectplan is een besluit in de zin van de Awb, omdat zonder het projectplan het waterstaatswerk (i.c. het bergingsgebied) niet mag worden aangelegd of gewijzigd. Nut en noodzaak van het bergingsgebied, verenigbaarheid met andere ruimtelijke functies, de omvang en de geografische ligging van het bergingsgebied,⁹ de aanvaardbaarheid van eventuele schadelijke gevolgen van de ingebruikname van het bergingsgebied¹⁰ kunnen bij de vaststelling van het projectplan niet aan de orde komen, omdat daarover bij de aanwijzing in het planologische besluit en/of in de legger wordt beslist. Bij de vaststelling van het projectplan gaat het uitsluitend nog om de keuzes die de beheerder heeft gemaakt met betrekking tot de concrete inrichting van het bergingsgebied, waaronder de Afdeling ook de frequentie en mate van inundatie van het bergingsgebied verstaat.¹¹ Schade die het gevolg is van de concrete inrichting van het bergingsgebied, vloeit voort uit het projectplan. Deze schade komt op grond van art. 7.14 Wtw voor vergoeding in aanmerking. Indien voor de uitvoering van het projectplan de medewerking van grondeigenaren is nodig is, bijvoorbeeld voor de plaatsing van een in- en uitlaatwerk, kan deze worden afgedwongen door middel van het opleggen van een gedoogplicht, voor zover de belangen van de grondeigenaren geen onteigening vorderen.¹² Ook de schade die voortvloeit uit het opleggen van deze gedoogplicht komt op grond van art. 7.14 Wtw voor vergoeding in aanmerking.

Ad 3) Voor de feitelijke ingebruikname van het bergingsgebied is geen besluit van de beheerder meer nodig, aangezien er voor de grondeigenaar op grond van art. 5.26 Wtw van rechtswege een duldplicht voor waterberging geldt. Wel kan er voor

BR 2015/47 en P.J.J. van Buuren, 'Nieuwe regels over planschadevergoeding in de Wro', TBR 2008/28.

8. Zie over de nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Wtw uitgebreider: G.M. van den Broek en F.A.G. Groothuijse, 'De schadevergoedingsregeling in de Waterwet', *O&A* 2008, p. 146-158. Zie meer specifiek over deze regeling met betrekking tot bergingsgebieden: B.M.P. van Ravels, 'Bergingsgebieden, schadevergoeding en de Waterwet', in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.), *Weids Water. Opstellen over waterrecht, Den Haag 2006*, p. 207-251.

9. ABRvS 25 april 2012, *M en R* 2012, 114 m.nt. F.A.G. Groothuijse (ECLI:NL:RVS:2012:BW3869).

10. Zie r.o. 5 van ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1800.

11. Zie r.o. 38.5 van ABRvS 31 oktober 2012, *AB* 2013/135 m.nt. W.J. van Doorn-Hoekveld.

12. Art. 5.24 Wtw.

de ingebruikname een feitelijke handeling van de beheerder nodig zijn, zoals de bediening van een inlaatwerk. Dat is niet altijd het geval, omdat sommige bergingsgebieden bij een bepaalde waterstand vanzelf inunderen. De schade die het gevolg is van de ingebruikname van het bergingsgebied komt op grond van art. 7.14 Wtw voor vergoeding in aanmerking. Die schade voor de grondeigenaar bestaat in ieder geval uit de tijdelijke onmogelijkheid om zijn gronden te kunnen gebruiken. Daarnaast kan de ingebruikname van het bergingsgebied schade aan gewassen en bodem¹³ tot gevolg hebben. De kosten die een grondeigenaar heeft moeten maken om schade te beperken of te herstellen, kan ook onder deze schade worden begrepen.

Art. 7.14 Wtw sluit volledige schadevergoeding niet uit, maar verzekert ook geen volledige vergoeding in geval van inundatie. Deze onzekerheid kan een waardedrukkend effect hebben op gronden, aangezien een potentiële koper niet op voorhand weet of hij zijn toekomstige inundatieschade volledig vergoed krijgt.¹⁴ Daardoor zal de schadevergoeding als gevolg van de aanwijzing van het gebied hoger kunnen uitvallen, dan wanneer een potentiële koper zekerheid heeft over het feit dat hij de toekomstige inundatieschade volledig vergoed krijgt. Enkele waterschappen hebben een regeling in het leven geroepen waarin de vergoedingssystematiek voor inundatieschade is uitgewerkt, waarmee meer zekerheid wordt geboden over de omvang van de uit te keren schadevergoeding. Hiermee is de rechtszekerheid van eigenaren van gronden die aangewezen zijn als bergingsgebied gediend. Tevens zou het kunnen betekenen dat de gronden door de aanwijzing als bergingsgebied minder in waarde dalen, aangezien vooraf is voorzien in duidelijkheid over de compensatie van toekomstige inundatieschade. Ad 4) Ten behoeve van de doelmatige werking en bescherming van het bergingsgebied kan het grondgebruik binnen het bergingsgebied worden gereguleerd. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het beperken van bebouwingmogelijkheden en/of teeltmogelijkheden van bepaalde (kostbare) gewassen. Dergelijke beperkingen kunnen in een keur worden opgenomen, aangezien deze beperkingen met het oog op de aan het waterschap opgedragen taak – voorkoming en beperking van wateroverlast – worden gesteld.¹⁵ In zoverre geschiedt regulering van het grondgebruik in het kader van het waterbeheer, zodat de schade die daaruit voortvloeit op grond van de schaderegeling van art. 7.14 Wtw voor vergoeding in aanmerking komt. De vraag is even-

wel of in een bestemmingsplan met hetzelfde oogmerk regels kunnen worden opgenomen, maar dan met het oog op de aan de grond toegekende waterstaatkundige bestemming, ook al bestaat die mogelijkheid om regels omtrent het grondgebruik op te nemen in een keur.¹⁶ Voor zover regulering van het grondgebruik in verband met het bergingsgebied in het bestemmingsplan mogelijk zou zijn, kan de daaruit voortvloeiende schade worden vergoed op grond van art. 6.1 Wro. Ook bij de regulering van grondgebruik binnen bergingsgebieden is mogelijk sprake van een samenloop van de schadevergoedingsregelingen van art. 7.14 Wtw en art. 6.1 Wro. Voor zover beide regelingen van toepassing (kunnen) zijn, is ook hier de betekenis van de voorrangregeling van art. 7.16 Wtw van belang.

Voor het volgen van de juiste weg naar schadevergoeding, zal de benadeelde dus moeten vaststellen welk van de bovenstaande elementen de schade veroorzaakt. Voor zover de schade voortvloeit uit de in het projectplan opgenomen inrichtingsmaatregelen (2) en de ingebruikname van het bergingsgebied (3), is de te bewandelen weg duidelijk. Om deze schade vergoed te krijgen, zal de benadeelde op grond van art. 7.14 Wtw een verzoek tot schadevergoeding moeten indienen bij de beheerder van het bergingsgebied. Voor de aanwijzing van het bergingsgebied (1) en de regulering van het grondgebruik in verband met het bergingsgebied (4), is het volgen van de juiste weg minder duidelijk. Deze onduidelijkheid wordt veroorzaakt doordat er verschillende besluiten van verschillende bestuursorganen als schadeoorzaak in aanmerking komen. In beide gevallen kunnen zowel planologische als waterhuishoudkundige besluiten als schadeoorzaak in beeld komen. Dat roept de vraag op of de benadeelde de weg van art. 6.1 Wro of de weg van art. 7.14 Wtw moet volgen of dat hij de keuze heeft tussen beide wegen. Alvorens op deze problematiek in te gaan, is het van belang om de verschillen en overeenkomsten van beide regelingen op een rijtje te zetten.

3. Overeenkomsten en verschillen tussen afdeling 6.1 Wet ruimtelijke ordening en paragraaf 7.3 Waterwet

In de vorige paragraaf zijn de twee relevante schaderegelingen meerdere malen genoemd, maar wat is nu precies het onderscheid tussen beiden en is het voor de praktijk überhaupt relevant welke regeling gevolgd wordt bij de beoordeling van schade die het gevolg is van bergingsgebieden? Alhoewel de schaderegeling van de Waterwet en de Wet ruimtelijke ordening inmiddels dichter naar elkaar zijn gegroeid, is er wel degelijk onderscheid tussen beide regelingen. In deze paragraaf zullen eerst kort de overeenkomsten, zoals de grondslag in het égalitébeginsel, risicoaanvaarding, voordeelverrekening

13. Schade aan de bodem kan ontstaan doordat na de ingebruikname van het bergingsgebied vervuild slijb achterblijft.

14. Zie F.A.G. Groothuysse, '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. 418.

15. Zie art. 56 en 78 lid 1 jo. art. 2 jo. art. 1 lid 2 Waterschapswet.

16. Zie art. 3.1 lid 1 Wro.

en eigen schuld worden toegelicht, waarna de belangrijkste verschillen tussen afd. 6.1 Wro en afd. 7.3 Wtw worden besproken.

3.1. Overeenkomsten

3.1.1. Grondslag in het *égalité*beginsel

Aangezien zowel afdeling 6.1 Wro als paragraaf 7.3 Wtw gebaseerd zijn op het *égalité*beginsel, dienen voor een volledig begrip eerst een aantal woorden worden gewijd aan dit Franse beginsel (voluit: '*égalité devant les charges publiques*'). Het ziet op een gelijke verdeling van de openbare lasten.¹⁷ Deze openbare lasten mogen niet op één enkele burger of een beperkte groep burgers of bedrijven rusten, maar moeten gelijkelijk over de samenleving worden verdeeld. In dit kader vergoedt de overheid *onevenredig* zware schade veroorzaakt door een handeling in het openbaar belang. Of schade kan worden beschouwd als *onevenredig* zwaar, hangt onder andere af van de vereisten van de abnormale last (het normaal maatschappelijk risico) en de speciale last. De speciale last ziet op het feit dat de schade moet drukken op een enkeling of een beperkte groep burgers of bedrijven. Dit wordt getoetst door een referentiegroep aan te wijzen van burgers of bedrijven die zich in een gelijkwaardige situatie bevinden als de verzoeker. Als de verzoeker beduidend meer schade lijdt dan degenen in de referentiegroep is voldaan aan het vereiste van de speciale last.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken:

In tijden van extreem hoogwater steekt de beheerder van een gebied een dijk door om overstroming van stedelijk gebied te voorkomen. Daardoor komen landbouwgronden van een agrariër onder water te staan ten gevolge waarvan hij schade lijdt. Aan de beslissing om de dijk door te steken ligt ten grondslag dat de totale schade vele malen groter zou zijn geweest als de dijk niet was doorgestoken en het stedelijk gebied was overstroomd. Door het doorsteken van de dijk in het algemeen belang heeft de beheerder de agrariër met een *onevenredig* zware last opgezadeld. Ervan uitgaande dat het doorsteken van de dijk gelet op de noodsituatie op zichzelf rechtmatig is, heeft de agrariër in dit geval op grond van het *égalité*beginsel recht op compensatie van het door hem geleden nadeel.¹⁸

Voor zover de schade die het gevolg is van een rechtmatige overheidsdaad behoort tot het normaal maatschappelijk risico, komt deze op grond van vaste jurisprudentie niet voor vergoeding in

aanmerking, omdat deze redelijkerwijs ten laste dient te blijven van degene die om schadevergoeding verzoekt.¹⁹ De vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico is in de eerste plaats aan het bestuursorgaan bij wie om schadevergoeding wordt verzocht. Het bestuursorgaan komt daarbij beoordelingsvrijheid toe, maar zal de vaststelling van normaal maatschappelijk risico deugdelijk moeten onderbouwen. De bestuursrechter zal de beslissing om het verzoek om schadevergoeding op rechtmatigheid toetsen, waarbij onder meer aan het *égalité*beginsel zal worden getoetst. Voor de wijze waarop het normaal maatschappelijk risico moet worden beoordeeld, hanteert de Afdeling in haar jurisprudentie inmiddels min of meer een standaardoverweging:

*'De vraag of schade tot het normale maatschappelijke risico behoort, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang is onder meer of de ontwikkeling als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in de zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. In dit verband komt betekenis toe aan de mate waarin de ontwikkeling naar haar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gevoerde beleid past. Omstandigheden die verder van belang kunnen zijn, zijn de afstand van de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden tot de onroerende zaak van de aanvrager en de aard en de omvang van het door de ontwikkeling veroorzaakte nadeel.'*²⁰

3.1.2. Risicoaanvaarding, eigen schuld en voordeelverrekening

Ook als de (*égalité*)schade niet tot het normaal maatschappelijk risico behoort, betekent dat niet dat de schade ook volledig voor vergoeding in aanmerking komt. Immers, schade die het gevolg is van een ontwikkeling die voor een koper van gronden of bouwwerken ten tijde van de aankoop voorzienbaar was, blijft voor risico van de koper. Volgens vaste jurisprudentie dient voorzienbaarheid van een ontwikkeling te worden beoordeeld aan de hand van de vraag of ten tijde van de aankoop van een onroerende zaak voor een redelijk denkend en handelend koper aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de ontwikkeling voor

17. Voor meer over het *égalité*beginsel verwijzen wij naar M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*, Kluwer, 2010 en W.J. van Doorn-Hoekveld, *Schadevergoeding*, in: H.J.M. Havekes en P.J. de Putter (eds), *Wegwijzer Waterwet*, Kluwer, 2014.

18. Vgl. ABRvS 23 juli 2003, AB 2004/275, m.nt. NV.

19. Zie daarover uitgebreider: B.M.P. van Ravels, 'Hoe groot is het normale maatschappelijke risico?', *NTB* 2014/2.

20. Zie o.m. ABRvS 19 februari 2014, zaaknr. 2013066707/1/A2 en ABRvS 10 juli 2013, nr. 201207038/1/A2.

hem in nadelig opzicht zou veranderen.²¹ Daarbij dient hij rekening te houden met beleidsvoornemens waarvan openbaar kennis is gegeven, waarbij niet is vereist dat het beleidsvoornemen een formele status heeft, zodat ook masterplannen, structuurschetsen, ontwerpvisies e.d. voorzienbaarheid kunnen bewerkstelligen.²² Voor zover sprake is van een op het moment van investeren voorzienbare ontwikkeling, wordt de koper geacht de waardevermindering van de aangekochte gronden of bouwwerken die het gevolg is van die ontwikkeling in de aankoopprijs te hebben verdisconteerd en komt waardevermindering dus niet voor nadeelcompensatie in aanmerking. In dat geval spreekt men van actieve risicoaanvaarding.

Naast actieve risicoaanvaarding, kan ook passieve risicoaanvaarding het recht op nadeelcompensatie beperken. Van passieve risicoaanvaarding is sprake in het geval een bepaalde nadelige ontwikkeling voor een benadeelde voorzienbaar is en de benadeelde desondanks niets heeft ondernomen om zijn belangen veilig te stellen. Als bijvoorbeeld uit structuurvisies, waterplannen of beheerplannen blijkt dat de gronden in de nabije toekomst zullen worden aangewezen als bergingsgebied en de agrariër wiens gronden dit betreft de bestaande gebruik- en/of bebouwingmogelijkheden niet binnen een redelijke termijn benut, kan de desbetreffende agrariër passieve risicoaanvaarding worden tegengeworpen. Hij heeft onvoldoende actie ondernomen om zijn belangen veilig te stellen.

Indien een benadeelde ten gevolge van de uitoefening van een schadeveroorzakende handeling naast nadelen ook voordelen geniet, mogen deze voordelen in mindering mogen worden gebracht op de uit te keren nadeelcompensatie. Indien een dijkhuisje ten gevolge van een dijkverhoging in waarde daalt vanwege het verlies van uitzicht over de rivier, dan mag, voor zover er recht op nadeelcompensatie bestaat, de verbeterde bescherming tegen overstromingen van het dijkhuisje en de waardeverhoging die dat tot gevolg heeft worden verrekend met de waardedaling door het verlies aan uitzicht.²³ Beide nadeelcompensatieregelingen voorzien in een zogenaamde 'anderszins verzekerd-clausule' op grond waarvan schade die op grond van de desbetreffende regeling in aanmerking komt, toch niet wordt vergoed, omdat vergoeding van deze schade al op een andere manier verzekerd is. Dit kan het

geval zijn, indien een gedupeerde planschadevergoeding heeft gekregen voor de waardedaling van zijn gronden vanwege de aanwijzing van het bergingsgebied in het bestemmingsplan en daarnaast een verzoek doet om schadevergoeding op grond van art. 7.14 Wtw.

3.2. De belangrijkste verschillen

Sinds de wijziging van de WRO naar de Wro in 2008 is de planschadevergoedingsregeling gebaseerd op het égalitébeginsel. Met deze wijziging is het planschaderecht toegegroeid naar het algemene nadeelcompensatieregime, alhoewel de planschaderegeling geen volledige codificatie van het égalitébeginsel is, wat onder andere blijkt het de afwezigheid van het criterium van de speciale last.²⁴ Zoals reeds uit de voorgaande paragraaf volgt, zal bij toepassing van beide regelingen moeten worden beoordeeld in hoeverre de schade binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Voor indirecte planschade kent de regeling van de Wro echter een minimumforfait op grond waarvan in ieder geval twee procent van de waarde van het onroerende goed of het inkomen van de benadeelde voor rekening blijft van de benadeelde die schade lijdt ten gevolge van een wijziging van het planologische regime op een ander perceel dan zijn eigen perceel (indirecte planschade). Bij de aanwijzing van bergingsgebieden en regulering van het grondgebruik daarbinnen speelt het minimumforfait niet, omdat de schade wordt veroorzaakt door een wijziging van het planologische regime op het eigen perceel (directe planschade).

Een belangrijk verschil tussen de beide regelingen is dat art. 6.1 lid 2 Wro een limitatief aantal schadeveroorzakende besluiten aanwijst. Andere planologische besluiten die mogelijk schade tot gevolg hebben dan die in art. 6.1 lid 2 Wro genoemd zijn, komen niet voor vergoeding op grond van die regeling in aanmerking. Art. 7.14 Wtw daarentegen heeft een vele ruimere reikwijdte: schade ten gevolge van de rechtmatige uitoefening van een bevoegdheid of taak in het kader van het waterbeheer komt voor vergoeding in aanmerking. Hiermee worden ook feitelijke handelingen onder de reikwijdte van de schaderegeling van de Waterwet gebracht.

De Waterwet kent geen procedurele regels. Voor de procedure moet worden teruggegrepen op de verordeningen van de waterschappen en de Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014. De procedurele aspecten van planschade zijn opgenomen in afdeling 6.1 van het Besluit ruimtelijke ordening.

Daarnaast kennen de nadeelcompensatieregelingen een verschillende regeling met betrekking tot de verjaring van het recht op nadeelcompensatie. De aanspraak op schadevergoeding op grond van

21. De koper dient daarbij rekening te houden met het voor hem meest ongunstige scenario. Zie o.m. ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7497; ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4938; ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4939.

22. Zie o.m. ABRvS 22 april 2009, nrs. 200807292/1, 200807297/1/H2 en 200807301/1/H2 en ABRvS 17 augustus 2005, AB 2006/164, m.nt. G.M. van den Broek.

23. Vgl. ABRvS 4 december 2004, AB 2003/91 m.nt. AvH. Zie ook Zie 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. 394.

24. In de MvT Wtw wordt wel degelijke gesproken over de speciale last, terwijl in de Wro alleen het normaal maatschappelijk risico een rol speelt (*Kamerstukken II* 30 818, nr. 3, p. 133 en 134).

de Wro verjaart op het moment dat er 5 jaar zijn verstreken na het onherroepelijk worden van de schadeoorzaak. De Waterwet kent een ander verjaringsregime: verjaring treedt op 5 jaar nadat de schade zich heeft geopenbaard of verzoeker redelijkerwijs bekend had kunnen worden met de schadeoorzaak en in ieder geval 20 jaar na de schadeveroorzaken-de gebeurtenis.

Een laatste opmerkelijk verschil tussen beide regelingen is dat de planschaderegeling voorziet in een verplichte heffing van leges, die moet worden terugbetaald aan de verzoeker indien het verzoek om planschade geheel of gedeeltelijk wordt gehonoreerd, terwijl paragraaf 73 Wtw geen verplichting of bevoegdheid geeft tot het heffen van leges voor de behandeling van een verzoek om schadevergoeding. De verplichte legesheffing met terugbetalingsplicht bij een geheel of gedeeltelijk positieve beslissing is door de wetgever in het leven geroepen om een drempel op te werpen tegen al te lichtzinnige planschadeverzoeken. In de Waterwet heeft de wetgever een dergelijke regeling blijkbaar niet nodig geacht.

4. Samenloop bij aanwijzing van bergingsgebieden

Op welke nadeelcompensatieregeling de benadeelde een beroep kan doen, hangt af van de oorzaak van de schade. Is dat een planologisch besluit in de zin van art. 6.1 lid 2 Wro, dan geldt de planschaderegeling; is de oorzaak gelegen in de uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer, dan is de regeling van paragraaf 73 Wtw van toepassing. Echter, niet in alle gevallen is dit onderscheid bij de aanwijzing en regulering van bergingsgebieden zo duidelijk te maken. Voor de aanwijzing van een bergingsgebied en de daaruit voortvloeiende duldplicht, is immers zowel een planologisch besluit als een besluit tot wijziging van de legger nodig. De vraag is dan wat de oorzaak is van de schade die een benadeelde lijdt ten gevolge van de aanwijzing van een bergingsgebied: is dat de planologische aanwijzing, de aanwijzing in de legger of beide aanwijzingen? Een vraag die daarmee samenhangt, is de vraag of een benadeelde in dat geval vrij is om zelf te kiezen op grond van welke regeling hij zijn schade wil claimen of dat hij door het recht verplicht wordt om voor ofwel de ene dan wel de andere regeling te kiezen.

De wetgever heeft de samenloop en de daarmee samenhangende problemen, zoals hierboven omschreven, ook voorzien en getracht deze te voorkomen door middel van het opnemen van een voorrangregeling in de Waterwet. Beoogd is duidelijkheid te verschaffen over de afhandeling van de schade. Een dergelijke voorrangregeling is niet nieuw. De Tracéwet bevat exact dezelfde regeling.²⁵

25. Art. 22 lid 2 Tracéwet.

De tekst van art. 7.16 Wtw luidt als volgt: *'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.'*

De wetgever licht de voorrangregeling in de Memorie van Toelichting als volgt toe: *'Doel van deze voorrangregeling is om ook de door de uitoefening van taken of bevoegdheden in het kader van het waterbeheer veroorzaakte planologische schade onder de werking van de Waterwet af te handelen.'* Deze toelichting is ons in ziens helder. Echter, de wetgever scheidt vervolgens verwarring door het volgende op te merken: *'Artikel 7.12a [7.16] behelst dus mede de wetelijke codificatie van de in het Nationaal Bestuursakkoord Water gemaakte afspraak dat de waterbeheerder de schade die kan worden geclaimd door de planologische inpassing van bergingsgebieden door gemeenten voor zijn rekening neemt.'* Dit lijkt in tegenspraak te zijn met de daaraan voorgaande geciteerde passage dat de schade volledig onder de Waterwet zou moeten worden afgehandeld. Echter, als men de laatste passage nog eens nauwkeurig beziet, staat er alleen dat de waterbeheerder de schade zal beoordelen, planologisch of niet, en uitdrukkelijk niet dat het beoordelingskader daarvoor de Wro is.

5. De voorrangregeling in de praktijk: geen optimale oplossing

Of de oplossing afdoende is om het probleem van de samenloop uit de wereld te helpen, komt in deze paragraaf aan de orde. Eerst zal onze lezing van art. 7.16 Wtw aan bod komen, waarna ingegaan wordt op de lezing van de Afdeling.

Bij lezing van de voorrangregeling is van belang dat in art. 7.14 Wtw wordt gesproken over *de uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer*. De Wtw definieert 'beheer' in art. 1.1, eerste lid als volgt: *'overheidszorg met betrekking tot een of meer afzonderlijke watersystemen of onderdelen daarvan, gericht op de in artikel 2.1 genoemde doelstellingen.'* De doelstellingen in art. 2.1, eerste lid zijn:

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

Duidelijk is dat de eerste doelstelling in dit kader relevant is. Men zou dit kunnen opvatten als dat iedere uitoefening van een taak of bevoegdheid die tot doel heeft overstromingen te voorkomen of te beperken onder de voorrangregeling valt.

Een tweede interessant punt in dit kader is het feit dat art. 7.14 Wtw spreekt over het 'betrokken bestuursorgaan' en dus niet de betrokken watersysteembeheerder. Dit is te verklaren, omdat ook niet-watersysteembeheerders, zoals de provincie en gemeente, taken en bevoegdheden hebben in het kader van het waterbeheer, waarvan de uitoefening schade kan veroorzaken. Een voorbeeld daar-

van zijn de gemeentelijke hemelwater- en grondwaterzorgplicht.²⁶

Dit zou betekenen dat in het geval verzoeker het bestemmingsplan als schadeoorzaak aanwijst, de raad het verzoek moet beoordelen volgens het beoordelingskader van art. 7.14 Wtw, hetgeen in strijd is met de bedoeling van de wetgever volgens de hierboven aangehaalde Memorie van Toelichting.²⁷ *De Afdeling lijkt een andere benadering te kiezen. In de uitspraken waar het punt van schadevergoeding zijdeling aan de orde komt, geeft de Afdeling aan dat verzoeker een planschadeverzoek krachtens art. 6.1 Wro kan indienen.*²⁸ *In één uitspraak haalt de Afdeling de voorrangregeling aan. Deze wordt gekoppeld aan schade als gevolg van de inrichting en inundatie van een bergingsgebied: ‘Schade ten gevolge van de planologische aanwijzing van het bergingsgebied in het bestemmingsplan, zoals waardevermindering van agrarische gronden [...], kan op grond van artikel 6.1 van de Wro voor vergoeding in aanmerking komen. Daarnaast bevatten de artikelen 7.14 en 7.16 van de Waterwet regels voor de vergoeding van schade als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid van het waterschap. Het waterschap heeft invulling gegeven aan voormelde artikelen van de Waterwet en heeft voorzien in een nadeelcompensatieregeling waarbij schade als gevolg van de inrichting van het bergingsgebied en schade als gevolg van inundatie voor vergoeding in aanmerking kan komen.’*²⁹

Hiermee wordt nog eens duidelijk gemaakt dat in geval er voor gekozen is het bestemmingsplan als schadeoorzaak aan te wijzen afdeling 6.1 Wro van toepassing is, waarbij voorbij wordt gegaan aan de voorrangregeling van art. 7.16 Wtw. Dat 7.16 Wtw zou zien op schade als gevolg van de inrichting en inundatie is merkwaardig, aangezien die schade ook zonder art. 7.16 op grond van art. 7.14 (en 7.15) voor vergoeding in aanmerking zou komen.

Overigens kan de gemeente de hogere kosten die worden gemaakt voor het bestemmen van het bergingsgebied in het bestemmingsplan verhalen op het waterschap. Het bergingsgebied krijgt immers in het bestemmingsplan een daarop toegesneden bestemming om de bergingscapaciteit van het regionale watersysteem te verruimen, waarmee (ook) de belangen van het waterschap worden behartigd. Indien het waterschap schriftelijk heeft verzocht om de gronden voor waterberging te bestemmen of deze bestemming krachtens een wettelijke be-

paling is toegekend, is de hogere kostenregeling afdeling 6.2 van de Wro van toepassing.³⁰ Verdedigd kan worden dat het bergingsgebied in het bestemmingsplan krachtens een wettelijke bepaling is bestemd, aangezien voor het in het leven roepen van een bergingsgebied op grond van art. 1.1 lid Wtw een daarop toegesneden bestemming is vereist. Is de hogere kostenregeling van toepassing en komen gemeente en het waterschap er onderling niet uit over wie welke kosten moet dragen, dan zullen GS daarover op verzoek van B en W een knoop moeten doorhakken.

6. Onze oplossing: wijs uitsluitend de legger aan als schadeveroorzakend besluit

In onze ogen zou de hiervoor geschetste onduidelijkheid over de toepasselijke nadeelcompensatieregelingen bij de aanwijzing van bergingsgebieden kunnen worden weggenomen door de aanwijzing van een bergingsgebied in de legger aan te merken als het enige schadeveroorzakende besluit. Een dergelijke voorrangregeling stelt buiten twijfel dat de planologische aanwijzing van een bergingsgebied niet langer kan worden verhaald op grond van art. 6.1 Wro. Met een dergelijke voorrangregeling wordt de koninklijke weg van de Waterwet gevolgd en bestaat er geen twijfel over welk beoordelingskader gekozen moet worden en welk bestuursorgaan bevoegd is. Een extra reden om de legger als schadeoorzaak aan te wijzen ligt in het feit dat in geval aangenomen wordt dat het bestemmingsplan de schadeoorzaak is, de planologische wijziging voldoende is om het planschadeverzoek te beoordelen, ook al is deze schade puur hypothetisch, omdat (bijvoorbeeld) het bergingsgebied nog helemaal niet is opgenomen in de legger en alleen daarom al (nog) niet in gebruik kan worden genomen.

Uiteraard kan een verzoeker in zijn verzoek om schadevergoeding ook nu de legger aanwijzen als schadeveroorzakend besluit, maar gelet op de jurisprudentie is ook niet uitgesloten dat een benadeelde een planschadeverzoek wordt ingediend. Gezien de verwarring die kan ontstaan bij verzoekers over de juiste te volgen weg en de mogelijk niet te rechtvaardigen verschillen in de uitkomst van het volgen van beide wegen, is dat naar onze mening niet voldoende. Het expliciteren dat de legger als enige schadeoorzaak voor de aanwijzing van bergingsgebieden moet worden aangemerkt verdient naar ons oordeel dan ook de voorkeur. Voor een dergelijke voorrangregeling is geen wetswijziging nodig. Art. 7.14, vijfde lid geeft immers de mogelijkheid om bij AMvB nadere regels te stellen over de schade die op grond van art. 7.14 Wtw voor vergoeding in aanmerking komt. In dat geval zou moeten worden opgenomen dat de aanwijzing in de legger van een bergingsgebied als het schadeveroorzakend besluit

26. Zie art. 3.5 en 3.6 Wtw.

27. *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 858, nr. 3, p. 37.

28. ABRvS 25 februari 2015, 201310608/1/R3, r.o. 73; ABRvS 2 april 2014, 201310286/1/R6, r.o. 99; ABRvS 31 oktober 2012 r.o. 38.9. Ook de uitleg van de eerder genoemde voorrangregeling in de Tracéwet door de Afdeling, heeft tot discussie aanleiding gegeven. Zie o.m.: ABRvS 28 november 2012, *TBR* 2013/58 m.nt. J.J. van der Gouw (ECLI:NL:RVS:2012:BY4389), *BR* 2013/45 m.nt. I.P.A. van Heijst (ECLI:NL:RVS:2012:BY4390) en ook: ECLI:NL:RVS:2012:BY4391, ECLI:NL:RVS:2012:BY4392, ECLI:NL:RVS:2012:BY4393 ECLI:NL:RVS:2012:BY4394.

29. ABRvS 31 oktober 2012, r.o.38.9.

30. Art. 6.8 Wro.

moet worden beschouwd, waardoor de planschaderegeling buiten toepassing blijft. Hiermee wordt de onduidelijkheid en mogelijke rechtsongelijkheid voor verzoekers om nadeelcompensatie voorkomen en weet ook het betrokken bestuursorgaan waar het aan toe is.

7. Samenloop bij regulering van grondgebruik binnen bergingsgebieden

Bij de regulering van het grondgebruik ter bescherming van de doelmatige werking en het behoud van de bergingscapaciteit van het bergingsgebied, speelt dezelfde vraag. Op grond van de keur in combinatie met de legger kunnen ter bescherming van waterstaatswerken immers regels worden gesteld omtrent het gebruik van waterstaatswerken. In de keur kunnen ter behartiging van de aan het waterschap opgedragen taken regels worden gesteld. Eén van de taken die bij provinciale verordening in beginsel aan het waterschap moet worden toebedeeld, betreft de zorg voor de watersystemen of de onderdelen daarvan die niet bij of krachtens de Waterwet aan het Rijk zijn toebedeeld.³¹ Bergingsgebieden maken ingevolge art. 1.1 lid 1 Wtw onderdeel uit van het watersysteem, zodat het beheer daarvan, voor zover niet aan het Rijk toebedeeld, in beginsel bij de waterschappen ligt. Wanneer de zorg voor het watersysteem wordt gecombineerd met de doelstellingen van de Wtw, is één van de taken van het waterschap het beheren van bergingsgebieden met het oog op de voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen in samenhang met de andere doelstellingen van de Waterwet. Het waterschapsbestuur kan de regelgevende bevoegdheid dan ook aanwenden om activiteiten binnen bergingsgebieden te reguleren, voor zover dat geschiedt ter voorkoming of beperking van wateroverlast en overstromingen. Activiteiten die de bergingscapaciteit of de doelmatige werking van het bergingsgebied kunnen belemmeren kunnen dan ook worden gereguleerd in de keur.

Het gebruik van gronden binnen een bergingsgebied kan niet alleen in de keur worden gereguleerd, maar in theorie ook in een bestemmingsplan. In bestemmingsplannen kunnen immers ingevolge art. 3.1 lid 1 Wro met het oog op de aan de grond toegekende bestemming(en) regels worden gesteld.³² De Afdeling bestuursrechtspraak is evenwel van oordeel dat met het oog op waterstaatkundige bestemmingen geen regels in het bestemmingsplan kunnen worden opgenomen, voor zover die regels uitsluitend strekken tot bescherming van water-

staatkundige belangen die reeds door de keur worden beschermd.³³ Hoewel er voor het in het leven roepen van een bergingsgebied een waterstaatkundige bestemming nodig is, kunnen met het oog op die bestemming op grond van deze jurisprudentie dus geen regels in het bestemmingsplan worden opgenomen, voor zover die regels stekken ter bescherming van waterstaatkundige belangen die reeds door de keur worden beschermd. Indien in de keur derhalve regels zijn opgenomen ter bescherming van de bergingscapaciteit en de doelmatige werking van het bergingsgebied, zoals bebouwingsregels of regels over het telen van bepaalde gewassen, is voor regels met dezelfde strekking in het bestemmingsplan dan ook geen plaats. In wezen heeft de Afdeling daarmee in haar jurisprudentie een voorrangregeling tussen keur en bestemmingsplan gecreëerd waar het de bescherming van waterstaatkundige belangen betreft.

8. Conclusie

Met het vereiste dat een bergingsgebied in zowel de legger als het bestemmingsplan moet worden aangewezen is een juridisch labirint ontstaan voor een gedupeerde die op zoek is naar compensatie. Deze twee elementen zijn het begin van een kluwen van verschillende bevoegdheden en wettelijke kaders. De waterbeheerder is verantwoordelijk voor de opname in de legger krachtens de Waterwet en de gemeente voor opname in het bestemmingsplan krachtens de Wet ruimtelijke ordening. Twee bevoegde gezagen, twee wettelijke kaders en twee schaderegelingen.

Deze potentiële onduidelijkheid heeft de wetgever voorzien en getracht op te lossen door middel van de voorrangregeling van art. 7.16 Wtw. Deze oplossing werkt echter niet afdoende in de praktijk, zoals blijkt uit jurisprudentie van de Afdeling. Deze laatste blijft erin volharden dat de planologische schade voortvloeiend uit de aanwijzing van een bergingsgebied op grond van afdeling 6.1 Wro beoordeeld moet worden. Daarnaast blijft het probleem bestaan dat de gemeente als bevoegd gezag kan worden beschouwd om de schade te beoordelen, ook op grond van art. 7.14 Wtw. Een eveneens onwenselijke uitkomst.

Deze jurisprudentie zou als voorbeeld kunnen dienen hoe omgegaan moet worden met schade die veroorzaakt wordt door de aanwijzing van een bergingsgebied. Dit is echter in de praktijk niet het

31. Art. 3.1 Wtw jo. 3.1 en 3.2 jo. bijlage II en III Wtb jo. art. 3.2 Wtw jo. Art. 2 lid 2 Wsw.

32. Naast de waterstaatkundige bestemming (als bergingsgebied) zullen de gronden binnen het bergingsgebied nog één of meer andere dubbelbestemmingen hebben, zoals agrarische doeleinden of natuurwaarden.

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

geval. Ook al achten wij de bedoeling van de wetgever duidelijk; schade als gevolg van de aanwijzing van een bergingsgebied moet door de waterbeheerder op grond van art. 7.14 Wtw beoordeeld worden. Deze bedoeling is op dit moment kennelijk onvoldoende scherp omschreven in de voorrangsregeling. In onze ogen is er een betere oplossing mogelijk. Indien in het Waterbesluit wordt opgenomen dat bij de aanwijzing van een bergingsgebied de legger als schadeveroorzakend besluit moet worden beschouwd, is de te volgen route van een gedupeerde duidelijk: hij volgt de Waterwet.

Voor de regulering van grondgebruik binnen bergingsgebieden heeft de Afdeling in haar jurisprudentie in wezen in een voorrangsregeling voorzien. Voor zover het gebruik van bergingsgebieden met het oog op waterstaatkundige belangen wordt gereguleerd in de keur (en legger), kunnen in verband met een waterstaatkundige bestemming geen bestemmingsregels ter behartiging van dezelfde belangen worden opgenomen. De schade die een benadeelde lijdt ten gevolge van de regulering van het gebruik van zijn gronden binnen een bergingsgebied in verband met de doelmatige werking daarvan en het behoud van de bergingscapaciteit van het bergingsgebied, kan in het licht van deze jurisprudentie dan ook uitsluitend voortvloeien uit de keur en de legger en niet uit het bestemmingsplan.