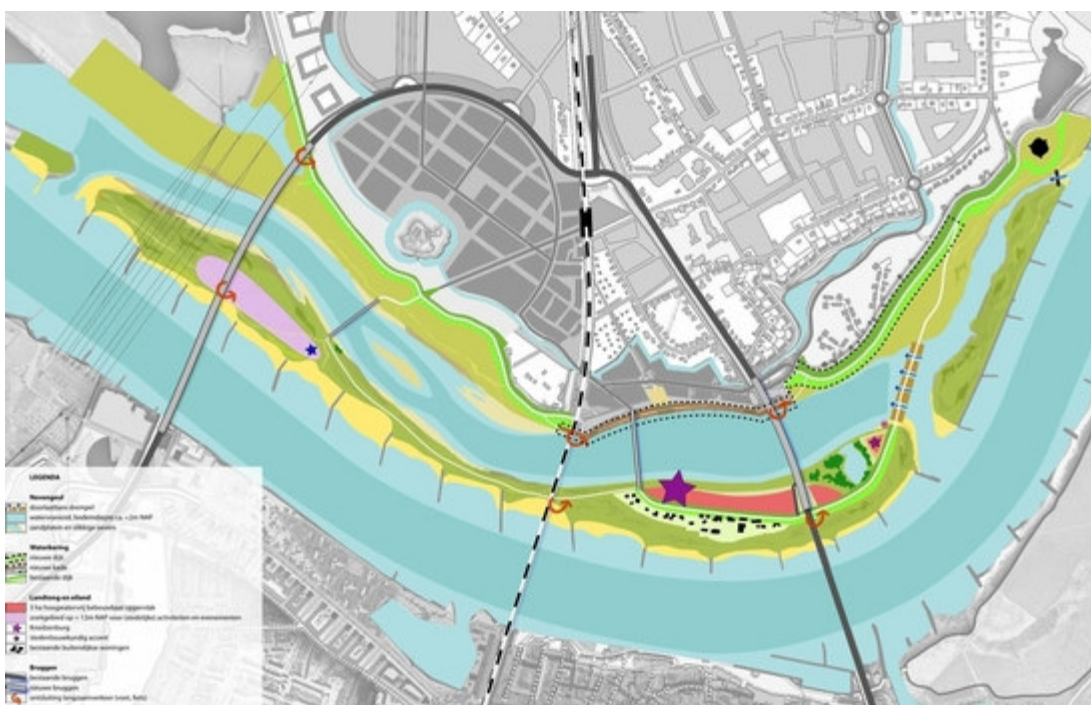


## Dijkteruglegging Lent: Projectplan, watervergunning of geen van beide?



**Advies aan het waterschap Rivierenland inzake de te volgen waterstaatsrechtelijke procedure inzake project "Dijkteruglegging Lent"**

**Utrecht, 10 juni 2011**

**mr. A.A.J. de Gier**

**Prof.mr. H.F.M.W. van Rijswick**

**Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid,**

**Universiteit Utrecht**

**[H.vanRijswick@uu.nl](mailto:H.vanRijswick@uu.nl)**

## 1. Inleiding en vraagstelling

### *Inleiding*

Het project "Dijkteruglegging Lent" behoort tot de rivierverruimende projecten in de PKB 'Ruimte voor de rivier'. Daarvan maken twee majeure werken onderdeel uit: ten eerste de realisering van een hoogwatergeul langs de bestaande loop van de rivier de Waal en, ten tweede en in verband daarmee, een teruglegging van de bestaande primaire waterkering langs die rivier. De eerstgenoemde maatregel betreft de verantwoordelijkheid van Rijkswaterstaat (RWS) als waterbeheerder voor het buitendijkse gebied en de tweede betreft de (uiteindelijke) verantwoordelijkheid van het waterschap Rivierenland als regionale waterbeheerder.

Daarnaast is de gemeente Nijmegen rechtstreeks betrokken bij het project, omdat de gemeente in het bestuurlijk overleg tussen de betrokken overheden de verantwoordelijkheid voor de realisatie van het project op zich heeft genomen.

In dit advies handelt het om de als tweede beschreven maatregel: de teruglegging van de bestaande primaire waterkering en dus – in wezen – de aanleg van een nieuwe waterkering op een andere plaats dan de bestaande. De aanleg van de hoogwatergeul (nevengeul) in de Waal wordt voorzien in een projectplan dat RWS als beheerder op grond van artikel 5.4 Waterwet opstelt.

Op het project is de Rijkscoördinatierегeling als bedoeld in artikel 3.35 lid 1, onder a (oud) Wro van toepassing verklaard, hetgeen inhoudt dat de minister van (toen nog: VROM, en nu:) I&M bevoegd is de voorbereiding en bekendmaking van de, in een bijlage bij het dienaangaande ministeriële besluit nader aangeduide, uitvoeringsbesluiten behorende bij het project te coördineren. Een belangrijk rechtsgevolg van het van toepassing zijn van de coördinatierегeling is dat, ingevolge artikel 2.16a lid 2 van het overgangsrecht in de Invoeringswet Waterwet, de verplichting om bij de aanleg, versterking of verlegging van een primaire waterkering door of vanwege de beheerder een projectplan, als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 5 van de Waterwet, vast te stellen komt te vervallen. Een dergelijk projectplan wordt – algemeen gesproken - in de in artikel 5.4 Waterwet bedoelde gevallen voorgeschreven als verbijzondering van de figuur van de (integrale) watervergunning van artikel 6.2 Waterwet.

Voorts worden de ruimtelijke implicaties van het project geregeld in het, op dit moment nog in het stadium van voorontwerp verkerende, bestemmingsplan van de gemeente Nijmegen.

## **Vraagstelling**

Uitgaande van het gegeven dat de ruimtelijke aspecten van het project in het gemeentelijke bestemmingsplan zullen worden geregeld, is het de vraag langs welke *waterstaatsrechtelijke* weg de dijkeruglegging gerealiseerd dient te worden.

Het waterschap Rivierenland stelt zich op het standpunt dat een watervergunning nodig is op grond van artikel 3.2 van de keur van het waterschap Rivierenland<sup>1</sup> en wijst daarbij op het feit dat de vergunning op grond van de keur van het waterschap expliciet is opgenomen in de bijlage 1 van het "Besluit tot toepassing van de rijkscoördinatieregeling".

Rijkswaterstaat<sup>2</sup> is van oordeel dat in casu noch een watervergunning noch, wegens art. 2.16a lid 2 Invoeringswet Waterwet, een projectplan vereist is. De betrokkenheid van het waterschap als (toekomstige) beheerder van de primaire waterkering dient volgens RWS in het bijzonder langs de privaatrechtelijke weg van de aanbesteding aan de feitelijke uitvoerder(s) verzekerd te worden.

Samengevat luidt dan de vraag:

*Op welke waterstaatsrechtelijke wijze dient het project "Dijkeruglegging Lent" gerealiseerd te worden?*

In dit advies gaan wij achtereenvolgens in op de bevoegdheids- en de zorgplichtenverdeling tussen de waterbeheerders (2), de aanleg van waterstaatswerken al dan niet 'vanwege de beheerder' (3), enkele ruimtelijke-orderingsaspecten (rol en functie van het bestemmingsplan) (4), de privaatrechtelijke aspecten betreffende eigendom, opstalaansprakelijkheid en zorgplichten (5), de risico's van de verschillende opties voor de waterstaatsrechtelijke weg die bij de besluitvorming moet worden bewandeld (6) en, tot slot, worden enkele conclusies geformuleerd (7).

## **2. Verdeling van bevoegdheden en zorgplichten tussen de waterbeheerders**

Rijkswaterstaat (RWS) is verantwoordelijk voor het beheer van het buitendijkse gebied. Het waterschap Rivierenland is als *beheerder* verantwoordelijk voor het beheer van de dijken en kades en op het waterschap rust een zorgplicht dat aan het voorgeschreven beschermingsniveau c.q. aan de vastgestelde veiligheidsnormen wordt voldaan.

---

<sup>1</sup> Artikel 3.2 luidt: "Zonder vergunning van het bestuur is het verboden waterkeringen en oppervlaktewaterlichamen (met inbegrip van de daarin gelegen en daartoe ten dienste staande kunstwerken) aan te leggen of te graven met als oogmerk deze te verbinden met bestaande waterstaatswerken".

<sup>2</sup> Meer specifiek: de Programmadirectie Ruimte voor de rivier (PDR).

Formeel gezien kan (door het waterschap) de stelling worden betrokken, dat de huidige primaire waterkering aan de veiligheidsnormen voldoet en de aanleg van een nieuwe waterkering in verband met de aanleg van de hoogwatergeul daarom niet 'vanwege de beheerder' geschiedt.

Er zijn drie mogelijkheden voor de aanleg van de werken die eerst in de toekomst een waterkerende functie als primaire kering krijgen en ook dan pas zijn aan te merken als waterkeringen:

1. De waterkering wordt door het waterschap (de beheerder) aangelegd.
2. De waterkering wordt zelfstandig aangelegd door een derde, in dit geval de gemeente Nijmegen.
3. De waterkering wordt *vanwege het waterschap* aangelegd door de gemeente Nijmegen.

### **Zorgplicht van de beheerders: Waterschap Rivierenland en RWS**

Op het waterschap als beheerder van het regionale watersysteem en RWS als beheerder van het hoofdwatersysteem rust een zorgplicht voor het voldoen aan de doelstellingen en normen voor het watersysteembeheer, waaronder de bescherming tegen en beperking van overstromingen, het voorkomen van wateroverlast en het zorg dragen voor een goede toestand van het water onder zijn beheer (art. 3.2 Waterwet en het provinciale waterschapsreglement). Het waterschap is als beheerder verantwoordelijk voor een goede waterstaatkundige toestand van een (primaire) waterkering. Hiertoe zijn op grond van paragraaf 2.2. Waterwet normen vastgesteld, waaraan dient te worden voldaan.<sup>3</sup>

RWS is als beheerder verantwoordelijk voor een goede waterstaatkundige toestand van het waterstaatswerk, in casu de rivier de Waal en de hoogwatergeul.

Uit deze zorgplicht en beheertaak vloeien verschillende andere verplichtingen voort. Zo zijn het waterschap en RWS verplicht een legger vast te stellen, waarin is omschreven waaraan waterstaatswerken naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen. Bij de legger hoort een overzichtskaart waarop de ligging van de waterstaatswerken en voor zover van toepassing de daarbij behorende beschermingszones zijn aangegeven. Voorts zijn op de legger de watergangen en overige waterstaatswerken aangegeven waarover het waterschap en/of RWS het beheer voeren.

Voor handelingen in het watersysteem is op grond van de artikelen 6.1 – 6.12 Waterwet, artikel 6.12 Waterbesluit en artikel 3.2 van de keur van het waterschap Rivierenland een water- c.q. keurvergunning vereist. De werken waar deze adviesaanvraag betrekking op heeft betreffen werkzaamheden die vergunningplichtig zijn op grond van bovengenoemde artikelen.

---

<sup>3</sup> H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswick, *Waterrecht in Nederland*, Kluwer, 2010, hoofdstuk 10.

De Waterwet geeft ondermeer in hoofdstuk 5 de beheerder de benodigde bevoegdheden en instrumenten om deze waterkeringstaak goed uit te kunnen voeren, en wel in het bijzonder de vaststelling van een projectplan. Deze regeling voor een projectplan en de daarbij behorende projectprocedure beoogt ook de belangen van de burger te beschermen door het bieden van een projectplan waarin de volledige werkzaamheden duidelijk zijn. Tegen (de goedkeuring door GS van) het projectplan kan rechtstreeks beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State worden ingesteld, zodat zowel voor de waterbeheerder als voor de burger direct duidelijkheid bestaat over de haalbaarheid van het project.

### **3. De aanleg van waterstaatswerken al dan niet 'vanwege de beheerder'**

#### ***Wanneer is sprake van een waterstaatswerk (waterkering)?***

Voor zover het gaat om de aanleg van werken die *geen waterkerende functie* hebben, en daarmee niet kunnen worden aangemerkt als waterkeringen, kan worden aangenomen dat deze werken door een derde (in casu de gemeente) op eigen initiatief, eventueel op grond van gemaakte afspraken, en voor eigen rekening kunnen worden aangelegd. Er is dan geen sprake van de aanleg van een waterstaatswerk door of vanwege de beheerder. Het waterschap is dan ook geen beheerder van een zodanig werk en het werk wordt ook niet als waterstaatswerk op de legger opgenomen. Aangenomen moet worden dat de waterbeheerder in de watervergunning *geen* voorschriften kan opnemen die betrekking hebben op de vereisten waaraan een waterkering of ander waterstaatswerk moet voldoen. Wel is het mogelijk – bij voorkeur in overleg met het waterschap – in de aanvraag op te nemen hoe de werkzaamheden worden uitgevoerd en wat de feitelijke constructie in zal houden. Omdat de aanvraag deel uitmaakt van de vergunning dienen de werkzaamheden conform de aanvraag te worden uitgevoerd. Indien de werkzaamheden zodanig worden aangevraagd dat de werken *te zijner tijd als waterkering kunnen dienen*, wordt voorkomen dat het waterschap in de toekomst zelf ook nog werkzaamheden moet verrichten om aan zijn zorgplicht te voldoen.

#### ***Aanleg van waterstaatswerken door of vanwege de beheerder***

De Waterwet *vereist* in artikel 5.4 een projectplan voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk *door of vanwege de beheerder*. Dit projectplan is het besluit op grond waarvan het waterstaatswerk kan worden verwezenlijkt en is op rechtsgevolg gericht. De Waterwet legt de verantwoordelijkheid voor *het beheer en voor het voldoen aan de normen* (waarvoor soms aanleg of wijziging van waterstaatswerken vereist zal zijn) bij de waterbeheerder. De Waterwet verplicht de beheerder niet de maatregelen zelf (waarbij ook een ander de werkzaamheden kan verrichten vanwege de beheerder) te nemen, maar zorgt

voor voldoende bevoegdheden en instrumenten om deze taak te vervullen. Gebruik van deze bevoegdheden zoals het vaststellen van een projectplan of het verlenen van een vergunning of het opleggen van een gedoogplicht is een exclusieve overheidstaak. Het waterschap blijft ongeacht de vraag wie een waterstaatswerk (de waterkering) aanlegt c.q. wijzigt volledig verantwoordelijk voor het voldoen aan de op haar rustende zorgplicht en het voldoen aan de normen. In bepaalde gevallen kan het waterschap aanspraak maken op een financiële bijdrage van het Rijk. Dat is het geval indien de veiligheidsnormen, de hydraulische randvoorwaarden of de voorschriften voor de beoordeling zijn gewijzigd en het project is opgenomen in het jaarlijks door de minister vast te stellen Hoogwaterbeschermingsprogramma.

De bestaande primaire waterkering voldoet aan de geldende wettelijke veiligheidsnormen. Er is op dit moment dan ook geen reden voor het waterschap een nieuwe kering aan te leggen of de bestaande aan te passen. Veranderingen aan de huidige kering zullen in eerste instantie – strikt formeel-juridisch gezien – dan ook niet door of vanwege het waterschap worden uitgevoerd. In dat geval is een watervergunning noodzakelijk voor het verrichten van werkzaamheden aan een waterstaatkundig werk anders dan in overeenstemming met de functie van het betreffende werk. Het waterschap blijft beheerder van de kering en dient in de legger aan te geven waaraan de kering moet voldoen.

Verburg stelt dat het bij het begrip ‘door of vanwege het waterschap’ erom gaat dat het waterschap de verantwoordelijkheid draagt voor de uitvoering van het besluit.<sup>4</sup> Uit de stukken blijkt dat de gemeente Nijmegen de verantwoordelijkheid zal dragen voor de uitvoering van het project en op grond daarvan zou kunnen worden betoogd dat er geen sprake is van aanleg ‘vanwege de beheerder’.

Wij merken echter op dat de uitwerking van het project sterk de indruk wekt dat er weliswaar formeel niet, maar feitelijk wél sprake is van aanleg vanwege de beheerder. Het is immers voor alle partijen duidelijk dat het de aanleg van een project betreft, waarbij een primaire waterkering wordt aangelegd die onder beheer van het waterschap zal gaan vallen. Ook de hoogwatergeul zal als waterstaatswerk qua doel en kenmerken onderdeel vormen van het hoofdwatersysteem en aan het Rijk (RWS) toevallen waar het gaat om de wettelijke beheerverantwoordelijkheden. Het risico bestaat dat de rechter, ingeval de weg van de verlening van een watervergunning zou worden bewandeld (dan wel in het geheel geen waterstaatsrechtelijk besluit zou worden genomen) zal oordelen dat er sprake is van détournement de procedure vanwege het omzeilen van de projectplanverplichting die geldt indien een waterkering wordt aangelegd door of vanwege de beheerder. Deze verplichting en de voor de aanleg van primaire waterkeringen verplichte projectprocedure biedt de burger

---

<sup>4</sup> J.J.I. Verburg (red.), *De Waterschapswet, een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, p. 313-314.

immers een duidelijk beeld wat met het project wordt beoogd en biedt ook rechtsbescherming tegen alle onderdelen van het projectplan.

### ***Aanleg werken niet door of vanwege de beheerder***

De Waterwet kent geen *expliciete verplichting* dat waterkeringen door of vanwege de beheerder moeten worden aangelegd. Hoofdstuk 5 Waterwet stelt alleen dat als een waterstaatswerk wordt aangelegd of gewijzigd door of vanwege de beheerder, dit dient te geschieden door middel van een projectplan. Dat de aanleg, wijziging of verplaatsing van een waterstaatswerk – in tegenstelling tot het beheer en het voldoen aan de wettelijke normen<sup>5</sup> – een exclusieve taak en/of bevoegdheid van de beheerder is, valt niet direct uit de wettekst op te maken. Uit de Memorie van Toelichting bij de Waterwet kan echter worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de aanleg en wijziging van waterstaatswerken een exclusieve overheidstaak is.<sup>6</sup>

Het is echter eveneens mogelijk dat derden – dit kan een andere overheid zijn, zoals RWS, een provincie of gemeente, dan wel een particulier - op eigen initiatief en op eigen kosten werken aanleggen die weliswaar lijken op een waterkering, maar die formeel geen waterkerende/waterstaatkundige functie hebben. Op dat moment kan niet worden gesproken van een waterkering en van het 'aanleggen, wijzigen of verplaatsen' van een kering. Dit doet overigens niet af aan de verantwoordelijkheid van de waterbeheerder voor het voldoen aan de normen en de exclusieve bevoegdheid van de beheerder tot het vaststellen van een projectplan of het verlenen van een vergunning.

In het geval een derde een handeling met betrekking tot een waterkering wil verrichten die niet in overeenstemming is met de functie, is daarvoor een water- of keurvergunning noodzakelijk. De Waterwet kent geen weigeringsgrond voor het verlenen van de vergunning als met de werkzaamheden waarvoor de vergunning wordt verleend aan de doelstellingen en normen van de Waterwet wordt voldaan (artikel 6.21 Waterwet). In casu is een vergunning vereist op grond van artikel 6.5 lid c Waterwet, artikel 6.12 Waterbesluit of (mogelijk) artikel 3.2 van de keur van waterschap Rivierenland.

Uit de jurisprudentie over de aanleg van bergingsgebieden blijkt niet dat een bergingsgebied per se door of vanwege de beheerder moet worden aangelegd, alhoewel daarvoor wel argumenten in de wetsgeschiedenis kunnen worden gevonden (zie hierboven). Een projectplan voor de aanleg van een waterstaatswerk is alleen verplicht indien het waterstaatswerk wordt aangelegd door of vanwege de beheerder. Een projectplan is niet nodig als er voor de werkzaamheden een watervergunning wordt verleend.<sup>7</sup> Hiervoor kunnen

---

<sup>5</sup> Tweede Kamer, 2006-2007, 30818, nr.3, p. 38.

<sup>6</sup> Tweede Kamer, 2006-2007, 30818, nr.3, p. 19.

<sup>7</sup> ABRvS 11 april 2007, zaaknr. 200607309/1.

verschillende argumenten worden aangedragen.<sup>8</sup> Voorkomen dient te worden dat voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk twee besluiten worden genomen waartegen rechtsbescherming open staat. De vergunning zal immers dezelfde informatie bevatten als het projectbesluit, namelijk de ligging, de vorm, de afmeting en de constructie van het werk alsmede de wijze waarop het werk wordt uitgevoerd. Voorts zou het leiden tot een onnodige lastenverzwaring voor de waterbeheerder. Er dient dan immers een projectplan te worden opgesteld. Indien het projectplan betrekking heeft op een waterkering, moet dit door gedeputeerde staten worden goedgekeurd. Vanzelfsprekend is het waterschap verantwoordelijk voor de handhaving indien het werk niet conform de vergunning wordt uitgevoerd. Voorts is van belang dat na uitvoering van de werkzaamheden de legger pas door de beheerder dient te worden aangepast als het werk een waterkerende/waterstaatkundige functie krijgt. Dat is pas het geval als de hoogwatergeul is gegraven. De beheerder is vanaf dat moment volledig verantwoordelijk voor het beheer.

#### **4. Ruimtelijke ordeningsaspecten**

##### ***De noodzaak van een bestemmingsplan***

Om de aanleg van de hoogwatergeul en alle daarbij noodzakelijke waterstaatswerken, waaronder een nieuwe primaire waterkering, en andere voorgenomen ruimtegebruik mogelijk te maken zullen deze in het bestemmingsplan toegelaten moeten zijn. Alle ruimtegebruik dat niet in het bestemmingsplan past is immers verboden.<sup>9</sup> Voor zover het gaat om de aanleg van waterkeringen/waterstaatswerken, moeten deze dus positief bestemd zijn in het bestemmingsplan. Voor zover het gaat om andere vormen van grondgebruik moeten de in het bestemmingsplan gelegde bestemmingen deze vormen toelaten.<sup>10</sup> De maatregelen in de sfeer van de waterstaatszorg moeten dus, ten eerste, zijn toegestaan in het bestemmingsplan. Daarnaast kan de situatie zich voordoen, dat in het bestemmingsplan voor sommige maatregelen een omgevingsvergunning<sup>11</sup> (voorheen: aanlegvergunning) is vereist.<sup>12</sup> Omdat aan de bestemmingsplanmaker, in artikel 3.1 lid 1 Wro, een zeer ruime beleidsvrijheid is toebedeeld, bestaat terzake van de omschrijving en inhoud van de te leggen bestemmingen

---

<sup>8</sup> Zie eveneens F.A.G. Groothuijse, *Water weren*, Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 244-247. Groothuijse betoogt dat er ook aan de wetsgeschiedenis argumenten kunnen worden ontleend voor het niet vereisen van een projectplan. Deze argumenten hebben echter in het bijzonder betrekking op de situatie dat het gaat om een compenserende maatregel die in de vergunning wordt voorgeschreven, zie p. 247.

<sup>9</sup> In het verleden in het algemene gebruiksverbod in het bestemmingsplan, later in de algemene gebruiksbevestiging van art. 7.10 Wro en nu in het verbod om de activiteit 'gebruiken in strijd met het bestemmingsplan' zonder omgevingsvergunning te verrichten in art. 2.1 lid 1, onder c Wabo.

<sup>10</sup> Dan wel door verlening van de in de voorgaande noot genoemde omgevingsvergunning tot afwijken van het bestemmingsplan toegelaten worden, maar dat is in het geval van het project Dijkteruglegging Lent niet aan de orde.

<sup>11</sup> Als bedoeld in art. 2.1 lid 1, onder b Wabo.

<sup>12</sup> Wij wijzen hierbij overigens op art. 5.10 Waterwet dat bepaalt, dat wanneer een *projectplan* als bedoeld in art. 5.4 Waterwet is vastgesteld, het aanlegvergunningvereiste in het bestemmingsplan voor het desbetreffende waterstaatswerk niet geldt.



en de bijbehorende gebruiksregels een grote beslisruimte. De normering in het genoemde wetsartikel beperkt zich juridisch tot het voorschrift dat de gelegde bestemmingen en de daaraan verbonden gebruiksregels (over bouwen en ander ruimtegebruik) "ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening" dienen te zijn. Onder die norm wordt echter in elk geval ook verstaan, dat de gelegde bestemmingen *uitvoerbaar* (dat wil zeggen feitelijk en juridisch reëel) moeten zijn. Wanneer, bijvoorbeeld, een bestemming "waterkering" zou worden gelegd waar de uitkomst van de besluitvorming in het kader van de waterstaatszorg nog hoogst onzeker zou zijn, kan onvoldoende worden aangetoond dat die bestemming nodig is voor 'een goede ruimtelijke ordening' en daarmee evenmin dat het noodzakelijk is om alle andere vormen van grondgebruik en daarmee het eigendomsrecht op die gronden te beperken. Bij het leggen van de bestemming "waterkering" o.i.d. en ook van de andere bestemmingen in het toekomstige buitendijkse gebied zal door de bestemmingsplanmaker (eventueel in de toelichting op het bestemmingsplan) de waterstaatsrechtelijke realiteit van de waterstaatswerken moeten worden aangetoond.

Overigens maakt de toelichting geen onderdeel uit van het (besluit tot vaststelling van het) bestemmingsplan en is zij niet appellabel. Voor de rechtsbescherming heeft de toelichting dus een hooguit marginale betekenis. Daarbij komt dat het ook in de toelichting om ruimtelijk relevante activiteiten moet gaan (zij is immers de toelichting van een ruimtelijk plan). Dat betekent dat daarin voor de vermelding van sectorale beheers- of inrichtingsmaatregelen slechts plaats is, wanneer zij ruimtelijke relevantie hebben.

Het (voorgenomen) grondgebruik door een ieder (de waterbeheerder dan wel derden) moet in alle gevallen voldoen aan de gelegde bestemming, in casu tot doel hebben om een waterkering/waterstaatswerk (hoogwatergeul) te realiseren, omdat alleen dát het toegelaten gebruik is. Anders gezegd: grondgebruik dat níet tot doel heeft een waterkering/waterstaatswerk te realiseren is in strijd met de bestemming en daarom, behoudens wanneer het wordt toegestaan met een omgevingsvergunning tot afwijken van het bestemmingsplan (het voormalige 'projectbesluit' van art. 3.10 Wro, oud), niet toegelaten. Het voorgaande betekent wel dat te zijner tijd bijzondere aandacht zal moeten worden besteed aan de procedurele afstemming van de besluitvorming inzake het bestemmingsplan en die inzake de verlening van alle benodigde uitvoeringsbesluiten die onderwerp zijn van de Rijkscoördinatieregeling.

Een punt daarbij is nog wel, dat wij er vooralsnog vanuit gaan dat de (oorspronkelijke) Rijkscoördinatieregeling hier blijft gelden en niet de coördinatieprocedure van art. 5.8 Waterwet. Dit wetsartikel is hierover echter niet duidelijk.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Indien, vanwege redenen elders in dit advies vermeld, uiteindelijk gekozen zou worden voor het opstellen van een projectplan als bedoeld in art. 5.4 Waterwet, is het overigens nog de vraag of in dat geval de coördinatieregeling van art. 5.8 Waterwet verplicht moet worden gevolgd, dan wel dat de rijkscoördinatieregeling van toepassing is (blijft). Wij menen vooralsnog het laatste, ook vanwege het gegeven dat in beide gevallen rechtstreeks een geconcentreerd beroep (met betrekking tot alle verleende vergunningen) bij de ABRvS openstaat. Dat laatste *lijkt* althans de bedoeling van de wetgever in art. 5.13 lid 1 te zijn, al is ook dát niet geheel helder.

## 5. Privaatrechtelijke aspecten: eigendom, opstalaansprakelijkheid en zorgplicht van de beheerder

Een privaatrechtelijk punt betreft de aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van een overstroming. Deze aansprakelijkheid is meerledig. Enerzijds betreft het de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, rustend op de *beheerder* voor het niet voldoen aan de normen vanwege ernstige nalatigheid (afdeling 6.3.1 en in het bijzonder artikel 6:162 BW).<sup>14</sup>

Daarnaast rust op de *bezitter* van het waterstaatswerk een risico-aansprakelijkheid voor opstallen (artikel 6:174 BW).<sup>15</sup> De bezitter is niet automatisch ook de beheerder. Zie voor de situatie dat bezitter en beheerder wel dezelfde zijn het recent door de Hoge Raad gewezen arrest inzake de veenkadeverschuiving in Wilnis.<sup>16</sup> De Hoge Raad oordeelt dat de waterkering een opstal is waarbij er een risico-aansprakelijkheid op de bezitter rust wanneer de opstal gebrekkig blijkt te zijn en daardoor schade is ontstaan. In de zaak Wilnis was de veenkade in bezit bij de beheerder. De Hoge Raad vulde de reikwijdte van opstalaansprakelijkheid in met criteria die voortvloeien uit de onrechtmatige daadsaansprakelijkheid, waarbij relevant is dat het voldoen aan de normen een inspanningsverplichting is. Beide aansprakelijkheden bestaan naast elkaar. Het verdient aanbeveling voor waterschap en gemeente daarmee rekening te houden bij de keuze voor de aanleg door de gemeente op grond van een verleende vergunning of door of vanwege het waterschap op basis van een projectplan. Zolang de waterbeheerder (het waterschap) geen bezitter en geen beheerder is van de keringen, is zij ook niet aansprakelijk voor eventuele schade als gevolg van een gebrek in de kering noch voor schade als gevolg van het tekort schieten in de zorgplicht.

## 6. Risico's bij de verschillende opties

Op grond van de analyse van de wetgeving, literatuur en jurisprudentie lijkt de aanleg, wijziging of verplaatsing van waterstaatswerken, waaronder waterkeringen, door derden niet uitgesloten. In dat geval is er formeel geen sprake van aanleg 'vanwege de beheerder'.

Desondanks verdient het naar ons oordeel de voorkeur dat waterkeringen/waterstaatswerken (hoogwatergeul) door of vanwege de beheerder worden aangelegd. Argumenten hiervoor zijn te ontleen aan de zorgplicht van de beheerder voor de veiligheid tegen overstromingen en de reikwijdte van de beheertaak. Deze zorgplicht kan het meest direct worden ingevuld indien waterkeringen door of vanwege de beheerder worden aangelegd, verplaatst of gewijzigd. In

---

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332, m.nt. CJHB; HR 8 januari 1999, NJ 1999, 319, m.nt. ARB, AB 1999, m.nt. ThGD; HR 19 november 1999, AB 2002, 21, m.nt. ThGD en HR 9 november 2002, AB 2002, 20/21, m.nt. ThGD en H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, *Waterrecht in Nederland*, Kluwer, 2010, hoofdstuk 16.

<sup>15</sup> Er zijn meerdere varianten mogelijk, maar het voert te ver deze in het kader van dit advies te bespreken.

<sup>16</sup> HR 17 december 2010, zaaknummer 09/03735, LJN: BN6236.

dat geval heeft de beheerder immers optimale sturingsmogelijkheden voor plaats, vorm, ontwerp, wijze en tijdstip van uitvoering van de werkzaamheden en kan de waterkering/ het waterstaatswerk zo worden ingepast dat een integraal beschermingsniveau het beste kan worden gewaarborgd.

Voorts biedt de aanleg door of vanwege de beheerder door middel van een projectplan en een projectprocedure de burger de meeste duidelijkheid over de inhoud van de werkzaamheden en wordt de rechtsbescherming geconcentreerd in een procedure die een rechtstreeks beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak open stelt.

Daarbij kan nog het volgende worden opgemerkt. Verdedigbaar is dat artikel 2.16a Invoeringswet Waterwet weliswaar bepaalt dat ingeval vóór de datum van inwerkingtreding van de Waterwet een Rijks- of provinciaal coördinatiebesluit als bedoeld in de artikelen 3.33 en 3.35 Wro is genomen, de *verplichting* ingevolge artikel 5.4 Waterwet om een projectplan vast te stellen vervalt, maar dat dit **niet** betekent dat de *bevoegdheid* om in een dergelijk geval een projectplan vast te stellen is vervallen. Daaraan kan de conclusie worden verbonden dat in een geval als het onderhavige de wenselijkheid van de vaststelling van een projectplan en het doorlopen van de daarbij in de Waterwet voorgeschreven procedure, zowel om redenen van overzichtelijkheid van de besluitvorming als van rechtsbescherming van de burger, naar ons inzicht vast staat.

Gezien:

- 1) de noodzakelijke (alhoewel in het onderhavige geval vooralsnog niet feitelijke) sterke betrokkenheid van de waterbeheerder bij het project,
- 2) alsmede het feit dat voor alle partijen duidelijk is dat het uiteindelijke doel van het project de aanleg van een hoogwatergeul evenals een nieuwe primaire waterkering betreft, waarvoor de (water)beheerders een wettelijke verantwoordelijkheid dragen,

merken wij op dat met recht en reden kan worden betoogd dat de werkzaamheden weliswaar feitelijk door de gemeente, maar ook wat betreft de dijkverlegging uiteindelijk wel degelijk 'vanwege de waterbeheerder' worden uitgevoerd.

Het omzeilen van de projectplanverplichting draagt dan ook het risico in zich dat gesproken kan worden van *détournement* de procedure, omdat ook de belangen van burgers worden geschaad nu gekozen wordt voor meerdere vergunningen met een complexer rechtsbeschermingstraject, het alleen kunnen vervullen en waarborgen van de verantwoordelijkheid van de beheerder door middel van privaatrechtelijke afspraken en informele betrokkenheid bij de uitvoering van het project, waarbij voor derden-belanghebbenden geen rol is weggelegd en het onderbrengen van wezenlijke elementen van

het projectplan in de toelichting van het bestemmingsplan (waartegen geen rechtsbescherming open staat).

Voorts moet erop worden gelet dat in het bestemmingsplan op de betreffende locatie de bestemming waterstaatsdoeleinden of primaire kering o.i.d. dient te rusten. De aanleg van een werk dat *geen waterstaatswerk* is zou dan in strijd zijn met het bestemmingsplan en het gebruik van gronden in strijd met de bestemming is (behoudens een omgevingsvergunning tot afwijken van het bestemmingsplan) is dan niet toegestaan.

Indien wordt aangegeven dat het doel van de werkzaamheden de aanleg van een (primaire) waterkering betreft, is het enigszins gekunsteld om bij de aanvraag van een eventuele watervergunning voor hetzelfde werk te betogen dat een primaire waterkering niet vanwege de waterbeheerder wordt uitgevoerd. Voor wie zou dit werk anders moeten worden uitgevoerd?

Ook het bestaan van twee aansprakelijkheidsregimes naast elkaar – namelijk dat van de beheerder en dat van de bezitter – pleit ervoor dat de waterkering door of vanwege de beheerder wordt aangelegd, gewijzigd of verplaatst, ondanks dat aanleg door een derde niet expliciet verboden lijkt.

Indien het waterschap een aanvraag voor een vergunning ontvangt voor handelingen in het watersysteem die niet in overeenstemming zijn met de toegekende functie van waterstaatswerken en deze aanvraag voldoet aan alle vereisten (meer in het bijzonder het vereiste dat door verlening van de vergunning geen risico bestaat dat de doelstellingen van de Waterwet niet worden bereikt) biedt de Waterwet geen grond deze vergunning te weigeren. Een en ander doet vanzelfsprekend niet af aan de verantwoordelijkheid van de beheerder om nu – maar gezien de aard van het project vooral in de toekomst - op tijd aan de doelstellingen en normen van de Waterwet te voldoen.

## **7. Conclusies**

Het voldoen aan het vereiste veiligheidsniveau om bescherming tegen overstromingen te bieden is naar ons oordeel een taak van zo'n wezenlijk belang dat dit bij voorkeur geheel in handen en onder de verantwoordelijkheid van de beheerder dient te vallen. De Waterwet biedt de beheerder hiervoor de benodigde bevoegdheden en instrumenten. Het projectplan en de projectprocedure zijn ook vanuit het oogpunt van de burger de meest aangewezen en zorgvuldige weg, nu deze de burger het meest overzichtelijke en duidelijke zicht geeft op het totale project en voorziet in een eenvoudige en snelle rechtsbeschermingsprocedure.

Het vervangen van het projectplan en de projectprocedure door het verlenen van een watervergunning is misschien formeel-juridisch mogelijk, maar verdient ons inziens niet de voorkeur. Daarmee wordt ten onrechte de indruk gewekt dat de formele zeggenschap van de

waterbeheerder bij de aanleg of wijziging van waterstaatswerken niet noodzakelijk is. Naar ons oordeel is voor een goede uitoefening van de beheertaak echter onontbeerlijk dat de beheerder niet alleen informeel of via privaatrechtelijke constructies zeggenschap heeft over werken waarvoor hij direct of op termijn een verantwoordelijkheid heeft, maar ook formeel diegene is die beslist waar, wanneer, hoe en op welke wijze een waterstaatswerk wordt aangelegd.

Ook voor derden-belanghebbenden biedt het projectplan en indien van toepassing de bijbehorende projectprocedure de meeste waarborgen, niet alleen inhoudelijk omdat daarmee het meest volledige en makkelijk toegankelijke overzicht van de uit te voeren werkzaamheden wordt verkregen, maar ook vanuit een oogpunt van rechtsbescherming.

Wij merken daarbij op dat verdedigbaar is dat artikel 2.16a Invoeringswet Waterwet weliswaar bepaalt dat ingeval vóór de datum van inwerkingtreding van de Waterwet een Rijks- of provinciaal coördinatiebesluit als bedoeld in de artikelen 3.33 en 3.35 Wro, is genomen, de *verplichting* ingevolge artikel 5.4 Waterwet om een projectplan vast te stellen vervalt, maar dat dit niet betekent dat de *bevoegdheid* om in een dergelijk geval een projectplan vast te stellen niet is vervallen.

**Wij adviseren u dan ook de Koninklijke weg van het projectplan te volgen.**