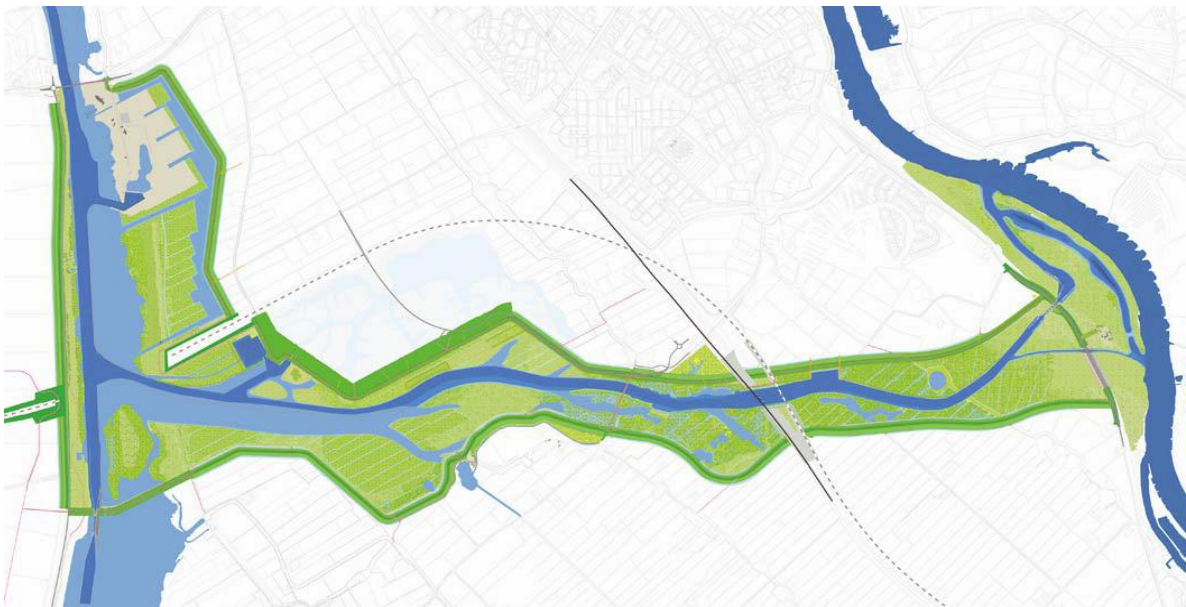


Aanleg bypass Kampen: projectplan of watervergunning?

Advies aan de provincie Overijssel over
de aanleg van de Bypass Kampen



Mr. A.A.J. de Gier

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

Contact: H.vanRijswick@uu.nl

Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid

Universiteit Utrecht, Achter Sint Pieter 200, 3512 HT Utrecht, 030-2539352

31 mei 2011

"De staat, dat zijn de dijken"

maar ook:

"De dijken, dat is de beheerder"

1. Inleiding

Op 22 maart 2011 is het verzoek ontvangen te adviseren over de te volgen procedure bij de aanleg van de Bypass Kampen.

Het gaat daarbij kort samengevat om de vraag of de aanleg van de Bypass Kampen kan worden gerealiseerd door middel van het verlenen van een watervergunning door Rijkswaterstaat Oost-Nederland (RWS ON) aan de provincie Overijssel of dat beter kan worden gekozen voor het gebruik door de toekomstige beheerder van de primaire waterkeringen/hoogwatergeul van de projectplanprocedure uit hoofdstuk 5 van de Waterwet.

Dit advies is gebaseerd op informatie die is verkregen van de provincie Overijssel en het Waterschap Groot Salland, jurisprudentie en literatuuronderzoek alsmede onderzoek van de Waterwet, de Wet ruimtelijke ordening en de bijbehorende wetsgeschiedenis. De onderzoekers beschikken over de "Concept-aanvragen Vergunningen Planstudie IJsseldelta-Zuid (deelproduct 18)" opgesteld door Tauw, Witteveen+Bos en Royal Haskoning d.d. 18 januari 2011, de "Adviesnota SNIP3, Planstudie IJsseldelta Zuid (deelproduct 17)", opgesteld door Tauw, Witteveen+Bos en Royal Haskoning d.d. 18 januari 2011, een nota d.d. 1 april 2011 van Waterschap Groot Salland, alsmede een gewijzigd Statenvoorstel (nr. PS/2011/108) d.d. 3 februari 2011 met de voorgestelde vergunningcoördinatie provincie Overijssel.

2. De feiten en de onderzoeksvraag

De provincie Overijssel is initiatiefnemer van de planstudie voor de bypass Kampen. De bypass Kampen dient als hoogwaterbeschermingsmaatregel anticiperend op een maatgevende afvoer bij Lobith van 18.000 m³ /seconde, onder andere voor de afvoer van water uit de IJssel. Parallel aan de planvorming voor het project IJsseldelta-Zuid vindt de planvorming in het kader van de PKB Ruimte voor de Rivier plaats voor de verdieping van het zomerbed van de aan het projectgebied grenzende Beneden-IJssel. De reden hiervoor is dat tijdens de realisatiefase van de bypass Kampen een deel van het extern aan te voeren zand kan worden geleverd vanuit de zomerbedverdieping. Om optimaal gebruik te kunnen maken van de bijbehorende inverdieneffecten zijn de plan-, contract- en realisatiefase van beide projecten gelijkgeschakeld. De beide projecten worden gezamenlijk aanbesteed waarbij één aannemer(scombinatie) wordt gecontracteerd waarbij gewerkt zal gaan worden op basis van één integraal E&C-contract.

Rijkswaterstaat en de provincie Overijssel zullen mogelijk gedurende de contract- en realisatiefase optreden als één opdrachtgeverscombinatie. Het Waterschap Groot Salland zal als huidige en toekomstige beheerder van een deel van de waterstaatswerken binnen het projectgebied optreden als (één van de) toezichthouder(s) tijdens de realisatiefase.

Het gecombineerde project wordt in twee fasen uitgevoerd:

- Fase 1 (2012-2016): aanleg van het fysieke fundament van de gebiedsontwikkeling waaronder de dijken en de inrichting tussen de dijken (waaronder de hoogwatergeul) en de eerste ophoging van de klimaatdijk ten behoeve van het woongebied. Ook worden nieuwe natuur en toeristische en recreatieve voorzieningen gerealiseerd. Hierbij wordt hoofdzakelijk gebruik gemaakt van de grond die vrijkomt bij de zomerbedverdieping waarvan de uitvoering waarschijnlijk in 2015 wordt afgerond.
- Fase 2 (2016 e.v.): aanleg 3 grote kunstwerken binnen het projectgebied zodat de bypass kan gaan functioneren als hoogwaterbeschermingsmaatregel.

De plannen voor de beide projecten worden momenteel uitgewerkt tot het SNIP3 niveau. Het SNIP3 besluit voor beide projecten is voorzien in september 2011.

Vergunningen en procedures

Ten behoeve van het SNIP3-besluit (september 2011) dient onder andere te worden aangetoond dat het project vergunbaar is. De provincie is daarnaast voornemens om de volgende vergunningaanvragen of projectplannen voor het project in 2011 in te dienen bij de betreffende bevoegde gezagen:

1. Natuurbeschermingswet
2. Mogelijk de Flora- en Faunawet (alternatief is een adhesieverklaring en aanvraag na de engineeringfase door de aannemer).
3. Waterwet voor fase 1

De adviesaanvraag heeft in het bijzonder betrekking op de aanvraag voor de Watervergunning bij RWS ON (als hoogste bevoegd gezag) en betreft het doorsteken van een c-kering, aanpassingen in het (voorlopig) binnendijks watersysteem en het maken van een sluis in de IJsseldijk.

De vergunningen worden op basis van deze aanvragen naar verwachting onder voorwaarden verleend omdat in dit stadium een aantal details ten aanzien van de uitvoering nog niet bekend zijn.

De provincie Overijssel heeft voor het stroomlijnen van de procedures reeds een coördinatiebesluit genomen op basis van de Wet ruimtelijke ordening (art. 3.33) voor coördinatie van de hoofd- en uitvoeringsvergunningen. Wij merken op dat gemeentelijke bestemmingsplannen geen deel uit kunnen maken van de provinciale coördinatie-regeling, omdat deze mogelijkheid alleen ziet op provinciale inpassingsplannen. Wel kan toepassing worden gegeven aan gemeentelijke coördinatie (ex artikel 3.30, eerste lid, onder b, Wro) gecombineerd met provinciale coördinatie (ex artikel 3.33, eerste lid, onder a, Wro).

De provincie heeft intensieve afstemming gezocht met de waterbeheerders en de Programma Directie Ruimte voor de rivier (PDR) om ook tot een gedragen invulling van het vergunningen en procedurespoor in het kader van de Waterwet te komen.

Hierbij lijken twee opties mogelijk:

1. Een keuze voor het opstellen van projectplannen, dat wil zeggen:

- een projectplan op te stellen door Waterschap Groot Salland voor de aanleg van de nieuwe dijken (toekomstige primaire waterkeringen) en de bijkomende wijzigingen van reeds aanwezige waterstaatswerken die hier mee samenhangen, waaronder het deels verbeteren/verleggen en het doorsteken van de huidige c-kering.¹ Op dit project is de projectprocedure van toepassing als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 5 van de Waterwet.
- een projectplan op te stellen door RWS ON voor de aanleg en dimensionering van de hoogwatergeul en de inrichting tussen de nieuw aan te leggen dijken (aanleg buitendijks gebied waaronder de hoogwatergeul) en de bijkomende wijzigingen van reeds aanwezige waterstaatswerken die hier mee samenhangen; Op dit project is de projectprocedure als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 5 van de Waterwet niet van toepassing. Ofschoon de aanleg van de hoogwatergeul bij Kampen alle kenmerken heeft van een integrale gebiedsontwikkeling, gaat het in de kern om de aanleg van een waterstaatswerk tussen twee onderdelen van het hoofdwatersysteem, te weten tussen de bij RWS ON in beheer zijnde rivier de IJssel enerzijds en het bij RWS IJG in beheer zijnde water het Drontermeer anderzijds. Deze verbinding moet de waterveiligheid op de IJssel borgen en vormt in die zin een functioneel onlosmakelijk onderdeel van de IJssel.

Grondslag voor deze benadering zou zijn dat de provincie initiatiefnemer is en waterstaatswerken aanlegt door of vanwege de bij de uitvoeringsfase betrokken waterbeheerders, nl. het Waterschap Groot Salland ten behoeve van de dijken en Rijkswaterstaat ten behoeve van de aanleg van het gebied tussen de dijken en de aansluiting op rijkswater (waarvoor de Minister van I&M (lees RWS) immers bevoegd gezag is).

2. Een keuze voor de aanvraag van een integrale watervergunning voor de aanleg en wijziging van waterstaatswerken (inclusief de toekomstige primaire waterkeringen).

De ruimtelijke aspecten worden hierbij geregeld door de wijziging van bestemmingsplannen van de gemeenten Dronten en Kampen die op het projectgebied betrekking hebben waarbij in de toelichting onder andere het projectplan inzake de waterkeringen, het projectplan inzake de dimensionering en inrichting van de hoogwatergeul alsmede de toetsing van beide projectplannen aan de doelstellingen genoemd in artikel 2.1 van de Waterwet worden opgenomen. Deze bestemmingsplanwijzigingen zijn reeds in gang gezet.

Indien de bestemmingsplannen een omgevingsvergunning vereisen voor het uitvoeren van de werken of werkzaamheden (voormalige aanlegvergunning) zal moeten worden aangegeven wat het doel van de werken of werkzaamheden is.

Grondslag voor deze benadering zou zijn dat de provincie initiatiefnemer is en geen waterbeheerder en daarom vergunningplichtig op grond van de Waterwet. Uitgangspunt in deze

¹ Door het doorsteken van de c-kering op te nemen in het projectplan van het waterschap wordt voorkomen dat hier een aparte watervergunning voor moet worden verleend door het waterschap.

benadering is dat de keringen/hoogwatergeul niet door of vanwege de waterbeheerder (het waterschap/RWS) worden aangelegd, maar op eigen initiatief van de provincie.

Ten aanzien van eigendom en beheer van de aan te leggen dijken (primaire waterkeringen)/hoogwatergeul dient ten slotte het volgende nog te worden opgemerkt:

- Het Waterschap Groot Salland wordt de toekomstige beheerder van de dijken, dat is de reden dat de vergunningaanvraag in nauw overleg met het waterschap wordt voorbereid;
- De provincie Overijssel wenst gedurende circa 10 jaar na aanleg eigenaar van de dijken te blijven waarna het eigendom van de dijken wordt overgedragen aan het Waterschap Groot Salland.
- De Staat (RWS) wordt beoogd eigenaar van de ondergrond van de vaarweg in de hoogwatergeul, zoals ook gebruikelijk bij andere bij RWS in beheer zijnde rivieren..

Er is in het verleden door Provinciale Staten bewust niet gekozen voor een Provinciaal inpassingsplan maar voor bestemmingsplanprocedures. De bestemmingsplanprocedures van de relevante gemeenten Kampen en Dronten zijn al in gang gezet en bevinden zich momenteel in de fase van voorontwerpbestemmingsplan. Ook de uitwerking van het ontwerpbestemmingsplan is in een vergevorderd stadium en publicatie is voorzien voor begin september 2011. Er is geen aanleiding voor de provincies om de beide gemeenten te overrulen en dit wordt door betrokken partijen ook niet wenselijk geacht.

De combinatie IJsseldelta (Royal Haskoning/Tauw/Witteveen&Bos) heeft conceptaanvragen voor de vergunningen opgesteld. Dit document is ter beschikking van de onderzoekers gesteld. Het betreft een aanvraag voor een watervergunning op grond van artikel 6.5 lid c van de Waterwet, artikel 6.12 Waterbesluit en artikel 3.1 van de Keur van Waterschap Groot Salland voor het uitvoeren van werken in de (beschermingszone) van een groot aantal waterstaatswerken binnen het plangebied. Het gaat daarbij onder meer om:

- Het graven van een lange, brede en diepe sleuf door de weilanden in het plangebied die dusdanig is ontworpen dat deze kan gaan dienen als vaargeul (object 1H1 uit de conceptaanvraag)
- Het maken van twee grondlichamen ten noorden en zuiden van de genoemde sleuf. Deze werken zijn dusdanig ontworpen dat ze te zijner tijd kunnen gaan dienen als primaire waterkering.
- Het wijzigen van het waterstaatswerk het Drontermeer als gevolg van het doorlaatbaar maken van de waterkering met RWS hiervoor als hoogst bevoegd gezag

De werkzaamheden waar de watervergunningaanvraag betrekking op heeft hebben invloed op een groot aantal watergangen in de bemalingsgebieden van de gemalen Kamperveen en Roggebot, de westelijke waterkering langs de IJssel en de oostelijke waterkering langs het Drontermeer (conceptvergunningaanvraag p. 31).

Vraagstelling

De provincie Overijssel wenst een keuze te maken voor een procedurele route die gedragen wordt door de omgeving waaronder de waterbeheerders, voldoende transparantie biedt richting de burgers en die voldoende degelijk is; ook in geval van eventueel bezwaar of beroep bij de rechtbank of de Raad van State.

Vraag die zich hierbij voor doet is de volgende:

Ten behoeve van de procedurele uitwerking in het kader van de Waterwet lijken twee alternatieven met bijbehorende procedurele risico's mogelijk:

- projectplannen
- integrale waterwetvergunning in combinatie met de bestemmingsplanwijzigingen inclusief bijlagen in de toelichtingen.

De adviesaanvraag betreft het aangeven van de risico's voor de beide alternatieven.

3. Bevoegdheidsvragen vanwege de gefaseerde uitvoering

Bij de ontwikkeling van de bypass Kampen is gekozen voor een gefaseerde uitvoering.

Zolang de hoogwatergeul (die te zijner tijd een rijkswater zal zijn, in beheer bij RWS) nog niet is gegraven is Waterschap Groot Salland waterbeheerder in het gehele gebied.

Na aanleg van de hoogwatergeul zal het gebied (inclusief de geul) tussen de nieuw aan te leggen dijken buitendijks gebied zijn, in beheer bij RWS.

Bij de aanleg zijn verschillende varianten mogelijk, welke zijn gebaseerd op enerzijds de feitelijke bevoegdheidsverdeling per fase, of anderzijds de bevoegdheidsverdeling na afronding van het gehele project. Ondanks dat duidelijk is dat het project Bypass Kampen eigenlijk 1 project is, wordt gekozen voor een gefaseerde uitvoering. De inhoud van de feitelijke fasen bepaalt voor een belangrijk deel de beantwoording van de onderzoeksvragen. Wij merken echter op dat dit ietwat gekunsteld overkomt. Dit speelt in het bijzonder bij de aanleg van werken die bij afronding van het project een waterkerende functie krijgen en waarbij het waterschap te zijner tijd de beheerder zal worden. Zolang deze werken nog geen waterkerende functie hebben zijn ze echter niet aan te merken als waterkeringen of waterstaatswerken. In de conceptvergunningaanvraag wordt echter wel gesproken van de aanleg van dijken. Dit gaat ook op voor de hoogwatergeul die nog geen waterstaatswerk is, wanneer de doorsteek van de waterkering nog niet is gerealiseerd omdat pas na doorsteek sprake is van wijziging van het waterstaatswerk het Drontermeer.

De waterkeringen

Waterschap Groot Salland 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. Na uitvoering van de zomerbedverlaging zoals opgenomen in de PKB Ruimte voor de Rivier wordt in het gebied aan de wettelijke normen voldaan. Aanleg van dijken die onderdeel uitmaken van het plan Bypass Kampen

is op dit moment niet noodzakelijk vanwege het voldoen aan de zorgplicht die op het waterschap rust.

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

1. De waterkeringen wordt door het waterschap (de beheerder) aangelegd.
2. De waterkeringen wordt zelfstandig aangelegd door een derde – in dit geval de provincie Overijssel.
3. De waterkering wordt *vanwege het waterschap* aangelegd door de provincie Overijssel;

Voorts bestaat er aan de zuidzijde van de te graven geul een c-kering. Aanpassing van deze kering betreft de versterking van een bestaande kering. Dit staat overigens los van de aanleg van de Bypass en wordt mogelijk in een apart projectplan opgenomen.

De hoogwatergeul

Er is een viertal mogelijkheden voor de inrichting van de hoogwatergeul en de inrichting van het toekomstige buitendijks gelegen gebied.

1. De aanleg van de hoogwatergeul en de inrichting van het toekomstige buitendijkse gebied wordt *zelfstandig aangelegd door* de beheerder (Rijkswaterstaat)
2. De aanleg van de hoogwatergeul en de inrichting van het toekomstige buitendijkse gebied wordt zelfstandig aangelegd door een derde, in dit geval de provincie Overijssel
3. De aanleg van de hoogwatergeul en de inrichting van het toekomstige buitendijkse gebied wordt *vanwege Rijkswaterstaat* aangelegd door de provincie Overijssel
4. De aanleg van de hoogwatergeul en de inrichting van het toekomstige buitendijkse gebied wordt *vanwege Rijkswaterstaat* aangelegd door het waterschap.

4. Zorgplicht van de beheerders: Waterschap Groot Salland 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.² RWS is als beheerder verantwoordelijk voor een goede waterstaatkundige toestand van het waterstaatswerk, zoals in deze het 'bakbeheer' van 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

² H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, Waterrecht in Nederland, Kluwer, 2010, hoofdstuk 10.

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 3.1 van de Keur van Waterschap Groot Salland een water c.q. keurvergunning vereist. De werken waar deze adviesaanvraag betrekking op heeft betreffen werkzaamheden die vergunningplichtig zijn op grond van bovengenoemde artikelen.

De Waterwet geeft ondermeer in hoofdstuk 5 de beheerder de benodigde bevoegdheden en instrumenten om deze waterkeringstaak goed uit te kunnen voeren. Deze regeling voor een projectplan en projectprocedure beoogt ook de belangen van de burger te beschermen door het bieden van een projectplan waarin de volledige werkzaamheden duidelijk zijn. Tegen het projectplan kan in geval van vergunningencoördinatie (hetgeen het uitgangspunt is wanneer het gaat om de aanleg, verlegging of wijziging van primaire waterkeringen) rechtstreeks beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State worden ingesteld, zodat zowel voor de waterbeheerder als voor de burger direct duidelijk bestaat over de haalbaarheid van het project.

5. Handelingen in het watersysteem of de aanleg van waterstaatswerken

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 provincie) 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 te worden 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. In casu is dit de werkwijze die vooralsnog gekozen is.

Voor zover het gaat om de versterking van een bestaande c-kering rust er op het waterschap eveneens een zorgplicht om aan de wettelijke veiligheidsnormen te voldoen. Ook de beoordeling van de waterstaatkundige toestand is een taak van de beheerder. Wanneer een kering niet aan de normen voldoet, is het de verantwoordelijkheid van de waterbeheerder aan te geven welke maatregelen zullen worden genomen. Zo is het gebruikelijk dat in dat geval de beheerder besluit of en welke maatregelen hij zal nemen. Besluit de beheerder tot aanleg of wijziging van een kering

dan is dat mogelijk. De Waterwet geeft de beheerder zoals gezegd hiervoor de nodige bevoegdheden en instrumenten (hoofdstuk 5 Waterwet, aanleg van waterstaatswerken).

6. 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 te nemen (waarbij ook een ander de werkzaamheden kan verrichten vanwege de beheerder), 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/RWS blijft ongeacht de vraag wie een waterstaatswerk (waterkering/hoogwatergeul) 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. Dat is in casu niet het geval omdat de aanleg van waterkeringen langs de bypass niet zijn opgenomen in het Hoogwaterbeschermingsprogramma.

Door Waterschap Groot Salland is ten aanzien van de waterkeringen echter aangegeven dat aan alle wettelijke veiligheidsnormen wordt voldaan na uitvoering van de zomerbedverlaging. Er is dan ook geen reden voor het waterschap nieuwe keringen aan te leggen of de bestaande c-kering 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 c-kering en dient in de legger aan te geven waaraan de kering moet voldoen.

Dit geldt in zekere zin ook voor RWS ten aanzien van de hoogwatergeul. Deze verbinding moet de hoogwaterveiligheid op de beneden-IJssel borgen ingeval er meer dan 16.000m³ bij Lobith Nederland binnenstroomt. Het Programma Ruimte voor de Rivier is bedoeld om een afvoer van 16.000m³ te accommoderen. Daarmee is de hoogwatergeul een anticipatie op toekomstige maatgevende omstandigheden,³ maar geen maatregel uit het basispakket van de Planologische Kern Beslissing Ruimte voor de Rivier waarin voor de beheerder (RWS) een taak is weggelegd.

Wel is in het nationaal Waterplan dat tevens een structuurvisie is in de zin van de Wro (zie artikel 4.1. Waterwet/art. 2.3 Wro) opgenomen dat het kabinet concreet wil meewerken aan de aanleg

³ Nationaal Waterplan p. 151.

van de hoogwatergeul bij Kampen in het kader van het regionale gebiedsontwikkelingsproject IJsseldelta Zuid.⁴

In de door ons ontvangen stukken en de door ons gevoerde gesprekken wordt als mogelijk standpunt aangevoerd dat de werkzaamheden niet door of vanwege een waterbeheerder (RWS of Waterschap Groot Salland) worden uitgevoerd. 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.⁵ Uit de stukken blijkt dat formeel de provincie 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 feitelijk voorgestelde gang van zaken wijst op een zodanige betrokkenheid van de waterbeheerders, dat materieel gezien wél gesproken kan worden van aanleg vanwege de waterbeheerder.

Zo wordt de vergunningaanvraag voorbereid in nauw overleg met de waterbeheerders en wordt ervoor gezorgd dat de aan te leggen werken aan de eisen van de toekomstige primaire waterkeringen/hoogwatergeul zullen voldoen. In de conceptvergunningsaanvraag wordt ook steeds gesproken over de aanleg van 'dijken'. Tevens wordt het waterschap een extra toezichthoudende taak toebedacht bij de uitvoering van de werken. Indien deze taak niet meer inhoudt dan het reguliere toezicht dat de waterbeheerder uitoefent indien werkzaamheden op basis van een watervergunning worden uitgevoerd, is er geen reden deze rol van het waterschap expliciet in de conceptaanvraag te noemen. Voorts wordt voorgesteld een (privaatrechtelijke?) overeenkomst te sluiten tussen de provincie en het waterschap over het beheer van de dijken totdat zij als primaire keringen op basis van de Waterwet onder het beheer van het waterschap gaan vallen.

Deze feitelijke uitwerking van het projectplan wekt sterk de indruk dat er weliswaar formeel niet, maar feitelijk wel sprake is van aanleg vanwege de beheerder. Het is immers voor alle partijen duidelijk dat het een gefaseerde aanleg van een project betreft waarbij primaire waterkeringen worden aangelegd die onder beheer van het waterschap zullen gaan vallen. Dat is ook de reden dat de waterkeringen conform de eisen en wensen van het waterschap worden aangelegd. 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 zal oordelen dat er sprake is van détournement de procedure vanwege het omzeilen van de projectplanverplichting die geldt indien een waterkering of een waterstaatswerk wordt aangelegd door of vanwege de beheerder. Deze verplichting en de voor de aanleg van primaire waterkeringen verplichte projectprocedure biedt de burger immers een duidelijk beeld wat met het project wordt beoogd en biedt ook rechtsbescherming tegen alle onderdelen van het projectplan.

⁴ Nationaal Waterplan, p. 150.

⁵ J.J.I. Verburg (red.), *De Waterschapswet, een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, p. 313-314.

7. Aanleg werken niet door of vanwege de beheerder

De Waterwet kent geen *expliciete verplichting* dat waterkeringen respectievelijk waterstaatswerken 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 normen⁶ – 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.⁷

Het is echter eveneens mogelijk dat derden – dit kan een andere overheid zijn, zoals RWS, de provincie of een particulier – op eigen initiatief en op eigen kosten werken aanleggen die weliswaar lijken op een waterkering / waterstaatswerk, maar die formeel geen waterkerende / waterstaatkundige functie hebben. Op dat moment kan niet worden gesproken van een waterkering / waterstaatswerk en van het 'aanleggen, wijzigen of verplaatsen' van een kering / waterstaatswerk. 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/waterstaatswerk wil verrichten die niet in overeenstemming is met de functie, is daarvoor een water/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 en artikel 3.1 van de Keur van Waterschap Groot Salland (conceptaanvraag p. 31).

Relevant in dit kader zijn de aanvraag (waarin staat aangegeven waar en hoe de werkzaamheden zullen worden uitgevoerd) en de voorschriften bij de vergunning. Het gemaakte milieueffectrapport moet bij de beoordeling op de aanvraag worden betrokken.

In casu rijst eveneens de vraag of indien wordt gekozen voor een watervergunning in plaats van een projectplan naast de benodigde vergunningen (vergunning op grond van artikel 6.5 lid c Waterwet, artikel 6.12 Waterbesluit en/of artikel 3.1 van de Keur van Waterschap Groot Salland) óók een projectplan moet worden gemaakt voor de aanpassing van de c-kering of dat de werkzaamheden aan de c-kering volledig op eigen initiatief en kosten door een derde (de provincie Overijssel) worden uitgevoerd of dat zij worden verricht 'door of vanwege de beheerder'. Op grond van de keur van het waterschap (en de model-keur van de Unie van Waterschappen) is een vergunning 'voor eigen werkzaamheden', namelijk in het geval een kering wordt aangelegd door de beheerder zelf niet noodzakelijk, omdat in dat geval het projectplan het besluit is op grond waarvan het werk wordt uitgevoerd. In dit geval wenst de provincie Overijssel op eigen initiatief en

⁶ Tweede Kamer, 2006-2007, 30818, nr.3, p. 38.

⁷ Tweede Kamer, 2006-2007, 30818, nr.3, p. 19.

op eigen kosten de betreffende werkzaamheden uit te voeren. Daarvoor is een vergunning vereist, voor zover het niet gaat om handelingen die in overeenstemming met de functie van het waterstaatswerk zijn.

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.⁸ Hiervoor kunnen verschillende argumenten worden aangedragen.⁹ 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 dienen te worden aangepast als het werk een waterkerende/waterstaatkundige functie krijgt. Dat is pas het geval als de hoogwatergeul is gegraven en aangesloten op de overige rijkswateren. De beheerder is vanaf dat moment volledig verantwoordelijk voor het beheer.

8. Ruimtelijke ordeningsaspecten

De noodzaak van een bestemmings- of inpassingsplan

Om de aanleg van de bypass en alle daarvoor noodzakelijke waterstaatswerken en andere voorgenomen ruimtegebruik mogelijk te maken, zullen deze in het bestemmingsplan (hierna: met inbegrip van een inpassingsplan) toegelaten moeten zijn. Alle ruimtegebruik dat niet in het bestemmingsplan past is immers verboden.¹⁰ Voor zover het gaat om de aanleg van waterkeringen/waterstaatswerken (hoogwatergeul), 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 toelaten.¹¹ De maatregelen in de sfeer van de waterstaatszorg moeten dus, ten eerste, zijn toegestaan in het bestemmingsplan. En daarnaast

⁸ ABRvS 11 april 2007, zaaknr. 200607309/1.

⁹ 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.

¹⁰ In het verleden in het algemene gebruiksverbod in het bestemmingsplan, later in de algemene gebruiksbepaling 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.

¹¹ 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 Bypass Kampen niet aan de orde.

kan de situatie zich voordoen, dat in het bestemmingsplan voor sommige maatregelen een omgevingsvergunning¹² (voorheen: aanlegvergunning) is vereist.¹³

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 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.

Omdat een provinciaal (of Rijks-) inpassingsplan, op grond van art. 3.26 resp. 3.28 Wro, niet alleen dezelfde status heeft als een gemeentelijk bestemmingsplan, maar juridisch-inhoudelijk ook een bestemmingsplan *is*, geldt daarvoor exact dezelfde normering van art. 3.1 lid 1 Wro als voor het bestemmingsplan.

¹² Als bedoeld in art. 2.1 lid 1, onder b Wabo.

¹³ 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.

Keuze tussen bestemmings- of inpassingsplan

Hoewel ons uit de door de betrokken overheden verstrekte informatie duidelijk is geworden dat de keuze ten gunste van de bestemmingsplannen (van de gemeenten Kampen en Dronten) reeds is gemaakt, gaan wij voor de volledigheid – maar kort – op dit punt in. In het geval van het project Bypass Kampen, evenals in vergelijkbare andere gevallen van rivierverruimende projecten¹⁴, is het provinciaal belang en daarmee de mogelijkheid om een provinciaal inpassingsplan vast te stellen, gemakkelijk aantoonbaar. De (bestuurlijke) keuze om de planologische regeling van het project aan de gemeenten over te laten is echter eveneens goed te begrijpen en bovendien niet ongerechtvaardigd, omdat art. 3.26 Wro het provinciaal bestuur geenszins *dwingt* om ingeval van (ook) een provinciaal belang een inpassingsplan vast te stellen. Een bijkomend voordeel van de vaststelling van een provinciaal inpassingsplan is echter dat de besluitvorming inzake het inpassingsplan onderwerp kan uitmaken van de provinciale coördinatieregeling ingevolge art. 3.33 Wro.¹⁵ Anderzijds moet gezegd worden dat in het geval van het project Bypass Kampen sprake zou moeten van twee inpassingsplannen (dan wel een interprovinciaal inpassingsplan), omdat daarbij niet alleen de provincie Overijssel maar ook de provincie Flevoland betrokken is.

Het voorgaande betekent wel dat, wanneer niet voor de optie van het inpassingsplan gekozen wordt, te zijner tijd bijzondere aandacht zal moeten worden besteed aan de procedurele afstemming van de besluitvorming inzake de bestemmingsplannen en die inzake de verlening van alle benodigde uitvoeringsbesluiten die onderwerp zijn van de provinciale coördinatieregeling.¹⁶

Een nieuw coördinatiebesluit o.g.v. art. 3.33 lid 1 (sub a) Wro lijkt evenwel nodig te zijn. Daarvoor dient in de bijlage I van het oorspronkelijke PS-besluit een rubriek: " projectplan op grond van de Waterwet" te worden toegevoegd.¹⁷

Vanzelfsprekend hoort daarbij een toelichtende tekst van GS die duidelijk maakt waarom deze wijziging nodig is.

Een punt daarbij is nog wel, dat wij er vooralsnog vanuit gaan dat de (oorspronkelijke) provinciale coördinatieregeling van PS hier blijft gelden en niet de coördinatieprocedure van art. 5.8 Waterwet. Dit wetsartikel is hierover echter niet duidelijk (zie ook de eerder opgenomen noot 13). In beide gevallen zijn het overigens GS (en niet PS) die bevoegd zijn tot de coördinatie.

In dat verband zou er ook, als alternatief, voor gekozen kunnen worden om PS het coördinatiebesluit (o.g.v. art. 3.33 Wro) "voor zover nodig" te laten wijzigen, met verwijzing naar art. 5.8 Waterwet, waaruit de bevoegdheid van GS om de uitvoeringsbesluiten van het projectplan

¹⁴ Zoals het project Overdiepse polder, ten behoeve waarvan door PS van Noord-Brabant een inpassingsplan is vastgesteld.

¹⁵ Het is overigens niet zo, dat het benutten van de optie van de provinciale coördinatieregeling van art. 3.33 Wro leidt tot het vervallen van de project-planverplichting. Dat geldt, ingevolge art. 2.16a lid 2 van de Invoeringswet van de Waterwet (Stb. 2009, 489) immers alleen wanneer de het besluit tot toepassen van de coördinatieregeling vóór de inwerkingtreding van de Waterwet (november 2009) genomen is.

¹⁶ 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 (die door GS en niet door PS moet worden toegepast) verplicht moet worden gevolgd, dan wel dat de provinciale coördinatieregeling (van PS) toepassing kan vinden. 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 *lijkt* althans de bedoeling van de wetgever in art. 5.13 lid 1 te zijn, al is ook dát niet geheel helder.

¹⁷ Het lijkt daarbij overigens voor de overzichtelijkheid van die bijlage ten minste nuttig, om de verschillende activiteiten waarvoor een (deel-)omgevingsvergunning benodigd is, afzonderlijk te benoemen.

te coördineren rechtstreeks voortvloeit. Het gaat er, als wij het goed zien, immers ook om dat de provincie de regie kan houden (ook wat betreft de voortgang van het projectplan).

Als een tweede voordeel van de optie van het provinciale inpassingsplan zou kunnen worden gezien dat, ingevolge art. 5.4 lid 4 Waterwet, de verplichting om voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken door of vanwege de beheerder een projectplan vast te stellen, niet geldt. Dit voordeel lijkt echter relatief, omdat het – in de eerste plaats – niet goed mogelijk lijkt om alle, soms gedetailleerde, inrichtingsmaatregelen in het bestemmingsplan onder te brengen en – ten tweede – die maatregelen daarvoor wellicht niet alle voldoende ruimtelijk relevant zullen zijn.

Afgezien van het voorgaande kan worden gezegd dat, wanneer de betrokken gemeenten bereid en in staat zijn om de noodzakelijke ruimtelijke besluiten, waaronder de vaststelling van het bestemmingsplan, te nemen, er geen directe aanleiding bestaat om de gemeentelijke rol in de ruimtelijke ordening over te nemen, wat met het maken van een provinciaal inpassingsplan wél is wat er feitelijk gebeurt.

9. Eigendom, opstalaansprakelijkheid en zorgplicht van de beheerder

Een laatste 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).¹⁸ Daarnaast rust op de *bezitter* van het waterstaatswerk een risico-aansprakelijkheid voor opstallen (artikel 6:174 BW).¹⁹ 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.²⁰ 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 provincie daarmee rekening te houden bij de keuze voor de aanleg door de provincie 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. Uit de stukken blijkt dat het in casu de bedoeling is dat het waterschap pas na verloop van enige jaren eigenaar van de kering wordt. De komende jaren zal de kering in eigendom van de provincie blijven totdat zij als primaire keringen op basis van de Waterwet onder het beheer van het waterschap gaan vallen. Onduidelijk is of de beheerovereenkomst die voor de tussenliggende

¹⁸ 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.

¹⁹ Er zijn meerdere varianten mogelijk, maar het voert te ver deze in het kader van dit advies te bespreken.

²⁰ HR 17 december 2010, zaaknummer 09/03735, LJN: BN6236.

periode tussen waterschap en provincie zal worden gesloten ook van invloed zal zijn op de vraag wie bezitter van de kering wordt. Voor zover er op de kering die wordt als klimaat wordt aangeduid woningen worden gebouwd, dient men zich te realiseren dat de bezitters van die woningen ieder voor zich in beginsel volledig aansprakelijk zijn voor alle schade die kan ontstaan als de waterkering niet goed aan zijn functie voldoet.

10. Risico's bij de verschillende opties

Op grond van de analyse van de wetgeving, literatuur en jurisprudentie is 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 ontlenen 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 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.

Gezien

1) de sterke betrokkenheid van de waterbeheerder zowel a) in de fase van de voorbereiding (vergunningaanvraag), b) de fase van de uitvoering (toezicht) en c) de fase na de uitvoering (de te sluiten beheerovereenkomst bij het onderhavige plan voor de bypass Kampen,

2) alsmede het feit dat voor alle partijen duidelijk is dat het uiteindelijke doel van het project (onder meer) de aanleg van een hoogwatergeul met ter weerszijden primaire waterkeringen betreft waarvoor de (water)beheerders een wettelijke verantwoordelijkheid dragen, merken wij op dat in feite evenzogoed kan worden betoogd dat de werkzaamheden weliswaar door de provincie, maar vanwege de waterbeheerders 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, het onderbrengen van wezenlijke elementen van het projectplan in de toelichting van de bestemmingsplannen (waartegen geen rechtsbescherming open staat).

Voorts moet ervoor worden gewaakt dat het bestemmingsplan een omgevingsvergunning vereist en op de betreffende locatie de bestemming waterstaatsdoeleinden of primaire kering o.i.d. rust. De aanvraag voor de aanleg van een werk dat geen waterstaatswerk is zou in dat geval moeten worden geweigerd wegens strijd met het bestemmingsplan. Ook indien geen omgevingsvergunning voor de werkzaamheden of werken is vereist in het ruimtelijk spoor mogen de gronden niet in strijd met de bestemming worden gebruikt.

Indien bij de aanvraag voor een omgevingsvergunning voor de werkzaamheden wordt aangegeven dat het doel de aanleg van een (primaire) waterkering/waterstaatswerk betreft, komt het enigszins gekunsteld over om bij de aanvraag van een eventuele watervergunning voor dezelfde werken te betogen dat een primaire waterkering/waterstaatswerk of de andere werkzaamheden niet vanwege de waterbeheerder worden uitgevoerd. Voor wie zouden deze werken 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 waterkeringen/waterstaatswerken door of vanwege de beheerder worden aangelegd, gewijzigd of verplaatst, ondanks dat aanleg door een derde niet expliciet verboden lijkt.

De situatie dat een werk wordt aangelegd dat géén waterkerende/waterstaatkundige functie heeft, is anders van aard. In dat geval is er geen reden voor de waterbeheerder de werkzaamheden uit te voeren en ligt een projectplan niet voor de hand. Er is dan echter ook geen reden het waterschap intensief bij vormgeving van het werk te betrekken, haar een bijzondere toezichthoudende rol toe te dichten of het beheer van het werk middels een overeenkomst aan het waterschap over te dragen.

In het geval van de bypass Kampen spelen beide situaties naar ons oordeel naast elkaar. Er wordt een werk – vooralsnog zonder waterkerende functie - aangelegd. Tevens wordt er een bestaande c-kering versterkt. Beide werkzaamheden dienen echter uiteindelijk te leiden tot primaire waterkeringen die het water uit de IJssel, de hoogwatergeul en het Drontermeer kunnen keren.

Indien het waterschap een aanvraag voor een vergunning ontvangt voor handelingen in het watersysteem die niet in overeenstemming met de toegekende functie van waterstaatswerken is en welke aanvraag voldoet aan alle vereisten (meer in het bijzonder 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.

11. Conclusie

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 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 als beheerder 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 adviseren u dan ook de Koninklijke weg van het projectplan te volgen.

