



Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law

Advies

**aan de provincie Zuid-Holland en het Hoogheemraadschap van Rijnland
inzake**

**de verantwoordelijkheidsverdeling bij aanpassing van duikers ten behoeve
van de verbreding van de provinciale weg N207 en het op orde brengen van
het watersysteem**

Oprachtgevers

P.J. Hofman (adviseur Waterveiligheid, provincie Zuid-Holland)
R. van der Heiden (juridisch adviseur, Hoogheemraadschap van Rijnland)

Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law

Disciplinegroep Staats- bestuursrecht en Rechtsstheorie

Universiteit Utrecht

<http://ucwosl.rebo.uu.nl>

Prof. H.F.M.W. (Marleen) van Rijswick

Achter Sint Pieter 200

3512 HT Utrecht

030-2539352

H.vanRijswick@uu.nl

3 maart 2014

1. Inleiding

Op 6 december 2013 werd per email advies gevraagd inzake de aanpassing van duikers ten behoeve van de verbreding van de provinciale weg N207 en het op orde brengen van het watersysteem. De adviesaanvraag is in een gesprek op 31 januari 2014 nader toegelicht door de heren Hofman (provincie Zuid-Holland) en Van der Heiden (Hoogheemraadschap van Rijnland).

2. De feiten omtrent de adviesaanvraag¹

De provincie Zuid-Holland gaat de provinciale weg N207 van Alphen aan den Rijn naar Leimuiden verbreden. Voor de aanleg van deze weg is in het verleden een keuronthefing verleend.

Tegelijkertijd brengt het hoogheemraadschap van Rijnland een watergebiedsplan in uitvoering waarmee het watersysteem in een aantal polders op orde wordt gebracht. Beide overheden streven naar een zo groot mogelijke samenwerking bij de uitvoering.

In de weg bevindt zich een drietal duikers die vanwege de werkzaamheden aan de provinciale weg aangepast moeten worden. Verbreding van de duikers is ook gunstig voor de verbetering van het watersysteem.

3. Discussie tussen partijen

De provincie is van mening dat de aanpassing (gedeeltelijk) voor rekening van Rijnland moet komen. Het hoogheemraadschap heeft zijn twijfels over die stelling. Partijen werken nog steeds nauw en prettig samen maar willen toch graag een uitweg uit deze juridische kwestie. Uit die wens vloeit onderhavig advies voort.

De provincie stelt dat in artikel 5.24 van de Waterwet ten behoeve van het opheffen van knelpunten in de waterhuishouding de mogelijkheid wordt geboden om duikers te vervangen (aanleg en verbetering van waterstaatswerken). De eigenaars van duikers moeten volgens dit artikel gedogen dat een waterschap duikers kan verwijderen en vervangen. Daartegenover staat dat het waterschap de schade die de eigenaar ondervindt volledig moet vergoeden. In de huidige situatie rondom de vervanging van de duikers onder de provinciale weg is het waterschap niet overgegaan tot het nemen van maatregelen om de duikers te vervangen. Nu de provincie in het kader van reconstructie de duikers wil verlengen, wordt bij de toestemming voor de werkzaamheden een groter doorstroomprofiel geëist om ontstane knelpunten voor de waterhuishouding op te heffen en zo aan de huidige waterstaatkundige eisen te voldoen.

De provincie is van oordeel dat uiteindelijk beide partijen voordeel hebben bij de vervanging van de duikers. De provincie vanwege de realisatie van de verbreding van de provinciale weg en het waterschap kan het knelpunt voor de waterhuishouding opheffen. Indien het hoogheemraadschap volhardt in het standpunt dat de kosten van de verbetering van de

¹ Gebaseerd op het emailbericht van 6 december 2013 en het toelichtende gesprek van 31 januari 2014.

duikers volledig voor rekening van de provincie komen, is er naar het oordeel van de provincie sprake van oneigenlijke gebruikmaking van waterschapsbevoegdheden (*détournement de pouvoir*). Naar het oordeel van het hoogheemraadschap zou het hoogheemraadschap geen maatregelen hebben getroffen indien de reconstructie van de provinciale weg niet zou zijn uitgevoerd. Nu de verbreding van de duikers ook het watersysteem ten goede komt is het naar de opvatting van de provincie echter zeer te billijken dat het hoogheemraadschap deels de kosten voor de vervanging van de duikers voor zijn rekening neemt.

Het hoogheemraadschap is het oneens met het standpunt van de provincie en is van mening dat artikel 5.24 Waterwet niet op deze kwestie van toepassing is. Artikel 5.24 betreft één van de zogenaamde gedoogplichten uit de Waterwet, waarmee de waterbeheerder rechthebbenden van onroerende zaken de verplichting kan opleggen om de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk te gedogen, wanneer naar het oordeel van de beheerder de belangen van die rechthebbenden onteigening niet vorderen. Voorbeelden van de toepassing van dit artikel zijn de verbreding van watergangen en de plaatsing van gemalen, waarmee de bruikbaarheid van het onroerend goed wordt verminderd. Het artikel is volgens het hoogheemraadschap niet van toepassing op de aanleg of wijziging van duikers, omdat daarmee de bruikbaarheid van de weg niet wordt verminderd. In dergelijke gevallen is derhalve niet de gedoogplicht uit artikel 5.24 Waterwet, maar de verbodsbepaling uit de keur van Rijnland van toepassing. Voor de huidige duikers is in het verleden een keurontheffing verleend, die door Rijnland als gevolg van de wegwerkzaamheden zal worden ingetrokken. De provincie zal voor de gewijzigde duikers een nieuwe watervergunning aan moeten vragen, waarin Rijnland afmetingen zal voorschrijven overeenkomstig het huidige beleid en de eisen opgenomen in het watergebiedsplan. Het hoogheemraadschap wijst er op dat ook in het geval de weg niet verbreed zou worden het Hoogheemraadschap van Rijnland op grond van artikel 6.22 lid 3 sub b van de Waterwet het recht zou hebben om de bestaande vergunningen in te trekken, omdat de werken niet langer toelaatbaar zouden zijn met het oog op de voorkoming van wateroverlast. Het verwijt van *détournement de pouvoir* treft volgens het waterschap dan ook geen doel, het Hoogheemraadschap van Rijnland baseert zijn handelen immers op de keur en de Waterwet. Het hoogheemraadschap ziet dan ook geen reden om een deel van de kosten voor de aanpassing van de duikers voor zijn rekening te nemen.

4. Onderzoeksvragen

De kwestie die speelt kan vanuit verschillende invalshoeken worden benaderd, resulterend in verschillende onderzoeksvragen. Deze worden hier afzonderlijk benoemd en behandeld. Als eerste worden vragen behandeld die uitgaan van de wens van de provincie tot verbreding van de provinciale weg. Vervolgens komen vragen aan de orde die in essentie los staan van de provinciale plannen met betrekking tot de verbreding van de weg en die zien op de bevoegdheden die het waterschap heeft om het watersysteem adequaat te beheren en aan zijn functies te laten voldoen. Tenslotte volgt de vraag of er redenen zijn de kosten voor de voorgestelde duikerverbreiding te delen.

- I. Wat is de juiste procedure voor actualisering van de keurontheffing die in het verleden verleend is voor de aanleg van de provinciale weg, nu bij de provincie de wens bestaat de huidige weg te verbreden?
- II. Kan aan de geactualiseerde vergunning het voorschrift worden verbonden dat bredere duikers gebruikt moeten worden?
- III. Wie draagt in beginsel de kosten voor het voldoen aan de voorschriften behorend bij een vergunning?
- IV. Is het waterschap bevoegd bestaande duikers te verwijderen, of te vervangen met het oog op haar taak het watersysteem op orde te houden en aan zijn functies te laten voldoen, en zo ja, op grond waarvan?
- V. Bestaat er een regeling voor het compenseren van eventueel nadeel dat derden ondervinden ten gevolge van het nemen van dergelijke watersysteembeheermaatregelen?
- VI. Zijn er gegronde redenen en juridische mogelijkheden om de kosten voor de verbreding van de duikers te delen tussen provincie en waterschap?

5. Beantwoording van de onderzoeksvragen

- I. Wat is de juiste procedure voor actualisering van de keurontheffing die in het verleden verleend is voor de aanleg van de provinciale weg, nu bij de provincie de wens bestaat de huidige weg te verbreden?

Uitgaande van de wens van de provincie de provinciale weg te verbreden moet worden geconstateerd dat de huidige keurontheffing niet meer voldoet. Een keurontheffing wordt na de inwerkingtreding van de Waterwet gelijkgesteld met een watervergunning. De vraag rijst of de huidige keurontheffing moet worden ingetrokken en een nieuwe vergunning moet worden verleend of dat een wijziging van de vergunning moet worden aangevraagd c.q. verleend. De Waterwet kent in tegenstelling tot voorheen geldende waterwetgeving de mogelijkheid van een revisievergunning (artikel 6.22 Waterwet). Uit ABRvS 31 juli 2013, 201300078/1/A4 (ECLI:NL:RVS:2013:589, Administratiefrechtelijke Beslissingen 2013/324, m.nt. Van Rijswick) kan worden afgeleid dat uitgegaan moet worden van een revisievergunning.

Conclusie: Het aanvragen van een revisievergunning is de juiste procedure voor het verbreden van de provinciale weg.

- II. Kan aan de geactualiseerde vergunning het voorschrift worden verbonden dat bredere duikers gebruikt moeten worden?

Een vergunning dient te worden geweigerd voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met de doelstellingen van artikel 2.1 Waterwet (artikel 6.21 Waterwet). Aan een vergunning kunnen voorschriften worden verbonden (artikel 6.20 Waterwet). Hieruit kan worden afgeleid dat ook de mogelijke voorschriften bij een vergunning er voor dienen te zorgen dat de vergunning verenigbaar is met de doelstellingen van de Waterwet. Een aanvraag voor een nieuwe vergunning of een revisievergunning dient te worden getoetst aan de huidige beleidsdoelstellingen. Een geactualiseerde, gewijzigde of revisievergunning dient zodanige voorschriften te bevatten dat aan de huidige doelstellingen van de Waterwet en van het waterschap wordt voldaan. Dit heeft tot gevolg dat aan een door de provincie aangevraagde wijziging van de vergunning de op dit moment voor het watersysteem noodzakelijke voorwaarden en/of voorschriften moeten worden verbonden. Indien het vanuit waterstaatkundig belang noodzakelijk is duikers van een grotere omvang voor te schrijven, bijvoorbeeld met het oog op de doorstroom- of bergingscapaciteit van de betrokken watergang, dan dient deze grotere omvang als voorschrift aan de vergunning te worden verbonden. Indien de provincie een wijziging van de vergunning aanvraagt waarbij in de aanvraag wordt uitgegaan van de huidige omvang van de duikers, zal de vergunning moeten worden geweigerd op grond van artikel 6.21 Waterwet.

Conclusie: Aan de revisievergunning dienen zodanige voorschriften te worden verbonden dat verlening van de vergunning niet aan het bereiken van de doelstellingen in de weg staat. Dat betekent dat bredere duikers voorgeschreven kunnen worden.

III. Wie draagt in beginsel de kosten voor het voldoen aan de voorschriften behorend bij een vergunning?

Het voldoen aan de vergunningvoorschriften is een juridische, feitelijke en financiële verantwoordelijkheid van de aanvrager c.q. de vergunninghouder.

Conclusie: Het voldoen aan de vergunningvoorschriften is een juridische, feitelijke en financiële verantwoordelijkheid van de aanvrager c.q. de vergunninghouder, in casu de provincie.

IV. Is het waterschap bevoegd bestaande duikers te (laten) verwijderen, of te (laten) vervangen met het oog op haar taak het watersysteem op orde te houden en aan zijn functies te laten voldoen (in overeenstemming met de doelstellingen van artikel 2.1 Waterwet) en zo ja, op grond waarvan?

Het waterschap heeft op grond van artikel 6.22 lid 1 Waterwet de bevoegdheid de huidige vergunning te wijzigen of de vergunning op grond van artikel 6.22 lid 3 in te trekken indien zich omstandigheden of feiten voordoen waardoor de handeling waarvoor de vergunning is verleend (de aanleg van provinciale weg met duikers) niet langer toelaatbaar wordt geacht met het oog op de in artikel 2.1 bedoelde doelstellingen. Het waterschap dient echter na te gaan of intrekking van de vergunning kan worden voorkomen door wijziging of aanvulling van de aan de vergunning verbonden voorschriften of beperkingen (artikel 6.22 lid 4). Hieruit blijkt dat in de onderhavige situatie in eerste instantie de vergunning wordt gewijzigd op een zodanige wijze dat aan de doelstellingen van artikel 2.1 Waterwet kan worden voldaan.

Conclusie: Het waterschap is bevoegd de vergunning en de daaraan verbonden voorschriften te wijzigen in die zin dat het watersysteem aan zijn functies kan voldoen uitgaande van de actuele eisen die daaraan worden gesteld. Wijziging van de vergunning kan plaatsvinden zowel op aanvraag van de vergunninghouder als op eigen initiatief van het waterschapsbestuur.

Hoe bepaald wordt welke maatregelen nodig zijn om aan de doelstellingen van de Waterwet te kunnen voldoen is primair aan het waterschap als deskundige autoriteit op dit terrein. In de jurisprudentie wordt dit wel als volgt verwoord: ‘het waterschap deskundig is bij de uitoefening van zijn publiekrechtelijke taak op waterstaatkundig gebied’ (Zie bijvoorbeeld Rechtbank Oost Brabant, zaaknummer: AWB 12/3406, r.o. 5.3). Het waterschap geeft invulling aan zijn taak door het vaststellen van waterbeheerplannen (op grond van artikel 4.6 Waterwet), watergebiedsplannen, inrichtingsplannen, het vaststellen van een keur met gebods- en verbodsbepalingen (op grond van de Waterschapswet), het vaststellen van

peilbesluiten (op grond van artikel 5.2 Waterwet), het verlenen van vergunningen (op grond van de keur of hoofdstuk 6 Waterwet), het opleggen van gedoogplichten (op grond van hoofdstuk 5 paragraaf 4 Waterwet), en het nemen van feitelijke maatregelen ten behoeve van beheer en onderhoud alsmede de aanleg of wijziging van waterstaatswerken op grond van hoofdstuk 5 van de Waterwet. Bij behartiging van de taak te zorgen voor de waterstaatkundige verzorging in het beheersgebied, wordt uitgegaan van een ruime beleidsverantwoordelijkheid en beleidsvrijheid van het waterschap (ABRvS 27 juni 2006, AB 2007, 243).

Conclusie: Om de beleidsverantwoordelijkheid die op het waterschap rust (voldoen aan de doelstellingen uit artikel 2.1 Waterwet en de taakopdracht op grond van de Waterschapswet alsmede het provinciale reglement) waar te kunnen maken, kan het waterschap er voor kiezen bestaande vergunningen te wijzigen (op eigen initiatief of op verzoek van de vergunninghouder) of zelf beheermaatregelen te nemen zoals het verbreden van watergangen of het plaatsen van nieuwe duikers.

- V. Bestaat er een regeling voor het compenseren van eventueel nadeel dat derden ondervinden ten gevolge van het nemen van dergelijke watersysteembeheermaatregelen?

De Waterwet kent in artikel 7.14 een regeling voor schadevergoeding voor schade ten gevolge van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer. Zowel de wijziging van een vergunning als het zelf nemen van maatregelen ten behoeve van het watersysteembeheer hetgeen schade kan veroorzaken aan derden kan worden aangemerkt als een rechtmatige uitoefening van een taak in het kader van het waterbeheer. In hoeverre schade in hiervoor beschreven situaties daadwerkelijk vergoed zal (kunnen) worden is afhankelijk van meerdere feitelijke omstandigheden en juridische randvoorwaarden voor schadevergoeding dan wel nadeelcompensatie en valt buiten de reikwijdte van dit advies.

Conclusie: Voor het compenseren van eventueel nadeel dat de provincie lijdt ten gevolge van de rechtmatige uitoefening van waterschapstaken kan een beroep worden gedaan op artikel 7.14 Waterwet. In hoeverre eventuele schade daadwerkelijk vergoed kan worden valt buiten de reikwijdte van dit advies.

- VI. Zijn er redenen en /of mogelijkheden om de kosten voor de verbreding van de duikers te delen tussen provincie en waterschap?

Zowel in de situatie dat de provincie een wijziging van de huidige vergunning aanvraagt als in de situatie dat het waterschap op eigen initiatief de vergunning wijzigt met een beroep op gewijzigde omstandigheden die aanscherping van de vergunningvoorwaarden (verbreding duikers) noodzakelijk maken, is het in eerste instantie aan de provincie de feitelijke en financiële verantwoordelijkheid te nemen om aan de nieuwe vergunningvoorwaarden te

voldoen. Het is mogelijk een beroep te doen op artikel 7.14 Waterwet, waarbij de kans op schadevergoeding groter lijkt in geval het initiatief tot wijziging van de vergunning uitgaat van het waterschap en gemotiveerd wordt met een beroep op noodzakelijke aanpassingen in het watersysteem.

Nu eveneens denkbaar is dat het waterschap zelf verantwoordelijkheid zou kunnen nemen voor aanpassingen in het watersysteem inclusief verbreding van de duikers, zeker indien deze maatregelen als waterschapstaak zijn opgenomen in een waterbeheerplan of watergebiedsplan, kan worden betoogd dat het mogelijk is een zekere bijdrage in de kosten te leveren indien de maatregelen volledig door de provincie worden uitgevoerd en gefinancierd. Gewaakt moet echter worden voor de situatie dat er sprake zal gaan zijn van ongeoorloofde staatsteun, omdat het voldoen aan vergunningvoorwaarden in beginsel een verplichting is die op de vergunninghouder ligt. Voor de toekomst zal ook moeten worden bedacht dat anderen een beroep op het gelijkheidsbeginsel kunnen doen indien zij te maken krijgen met aangescherpte vergunningvoorwaarden. Het is daarom aan te bevelen een financiële bijdrage van het waterschap specifiek voor dit geval te motiveren.

Conclusie: Nu ook het waterschap van oordeel is dat duikers met een grotere diameter nodig zijn om het watersysteem aan de geldende eisen te laten voldoen en zij ook zelf deze taak op zich kan nemen of zij anders wellicht andere waterstaatkundige maatregelen moet nemen om het systeem aan de eisen te laten voldoen, kan – mits goed gemotiveerd waarom in dit specifieke geval een bijdrage in de kosten wordt geleverd – worden verdedigd dat het waterschap een bijdrage in de kosten levert. Uitgangspunt is echter dat de vergunningaanvrager of – in geval van wijziging van de vergunning op initiatief van het waterschap – verantwoordelijk is voor de kosten.

Utrecht, 28 februari 2014.