

TBR 2012/183

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 25-4-2012, No. 201111989/1/A4, LJN: BW3861 (Waterbergingsgebieden: besluiten en procedures)**

Mr. J.H. van Kreveld, mr. W. Sorgdrager en mr. Y.E.M.A. Timmerman-Buck.

**Waterwet: art. 1.1, art. 5.1, art. 5.4, lid 1 en 6, art. 5.26, art. 7.14, art. 7:16; Crisis- en herstelwet: art. 1.6a****Stelsel van de Waterwet: elementen in de besluitvorming tot het verwezenlijken van waterbergingsgebieden. Verhouding bestemmingsplan, projectplan en gedoogplicht. Projectplan omvat louter tweede element en betreft bepalingen rond de aanleg en inrichting van het waterbergingsgebied. Schadevergoeding op grond van de Waterwet:****Met gastnoot G.J.M. de Jager<sup>[1]</sup>, Red.***2. Overwegingen*

2.1. Ingevolge artikel 1.1, eerste lid, van de Waterwet wordt onder bergingsgebied verstaan: een krachtens de Wet ruimtelijke ordening voor waterstaatkundige doeleinden bestemd gebied, niet zijnde een oppervlaktewaterlichaam of onderdeel daarvan, dat dient ter verruiming van de bergingscapaciteit van een of meer watersystemen en ook als bergingsgebied op de legger is opgenomen.

Ingevolge artikel 5.4, eerste lid, van de Waterwet dient de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk door of vanwege de beheerder te geschieden overeenkomstig een door hem vast te stellen projectplan.

Ingevolge het tweede lid bevat het plan ten minste een beschrijving van het betrokken werk en de wijze waarop dat zal worden uitgevoerd, alsmede een beschrijving van de te treffen voorzieningen, gericht op het ongedaan maken of beperken van de nadelige gevolgen van de uitvoering van het werk.

2.1.1. Ingevolge artikel 1.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Crisis- en herstelwet (hierna: de Chw), voor zover hier van belang, is afdeling 2 van hoofdstuk 1 van deze wet van toepassing op alle besluiten die krachtens enig wettelijk voorschrift zijn vereist voor de ontwikkeling of verwezenlijking van de in bijlage I bij deze wet bedoelde categorieën ruimtelijke en infrastructurele projecten.

In bijlage I, onder 7.3 (natuur, water en waterstaatswerken), is opgenomen de categorie 'aanleg of wijziging van waterstaatswerken als bedoeld in artikel 7 van de Wet op de waterkering of artikel 5.4, eerste lid, van de Waterwet'.

Ingevolge artikel 1.6a kunnen na afloop van de termijn voor het instellen van beroep geen beroepsgronden meer worden aangevoerd.

2.2. Bij het besluit van 24 februari 2011, voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht, heeft het algemeen bestuur een projectplan als bedoeld in artikel 5.4, eerste lid, van de Waterwet vastgesteld. Het plan strekt tot de aanleg van een waterberging in het gebied Diesdonk, ter hoogte van het punt waar de Astense Aa uitmondt in de Aa. Het voorziet in het plaatsen van een stuw waarmee het water kan worden opgestuwd tot een hoogte van 20,5 meter boven NAP en het aanleggen van twee kades op een hoogte van 20,6 meter boven NAP ter begrenzing van het bergingsgebied en ter bescherming van een bedrijventerrein.

*Stelsel van de Waterwet inzake waterbergingen*

2.3. De Afdeling overweegt dat haar uit de stukken en het verhandelde ter zitting is gebleken dat onduidelijkheid bestaat over de ter zake van waterbergingen te nemen besluiten en te volgen procedures. Zij ziet hierin aanleiding om, voordat zij tot bespreking van de beroepsgronden overgaat, mede ten behoeve van de duidelijkheid in de bestuurspraktijk, enkele opmerkingen te maken over het stelsel van de Waterwet, voor zover deze wet betrekking heeft op waterbergingen.

2.3.1. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Waterwet (Kamerstukken II 2006-2007, 30 818, nr. 3, blz. 44 tot en met 46) zijn bij waterberging juridisch drie elementen te onderscheiden.

Allereerst is er de aanwijzing van een gebied tot bergingsgebied. Dit is primair een kwestie van ruimtelijke ordening, een planologische aanwijzing. Het gewenste bergingsgebied moet als zodanig ruimtelijk worden ingepast. Voorts neemt de beheerder het bergingsgebied op op de legger als bedoeld in artikel 5.1 van de Waterwet. Bij deze aanwijzing op de legger worden de geografische ligging en de omvang van het bergingsgebied exact bepaald. Dit heeft de wetgever nodig geacht, omdat de besluitvorming ingevolge de Wet ruimtelijke ordening onvoldoende zekerheid biedt voor de bepaling van de exacte grenzen van het gebied waar de duldplicht betreffende wateroverlast en overstroming krachtens artikel 5.26 geldt (Kamerstukken II 2007-2008, 30 818, nr. 7, blz. 24).

Het tweede element betreft de aanleg en de inrichting van het bergingsgebied. Bij inrichtingsmaatregelen die nodig zijn voor de goede werking van een bergingsgebied kan het gaan om een in- of uitlaatwerk, een extra (vlucht)weg of kaden (Kamerstukken II 2007-2008, 30 818, nr. 3, blz. 44). Dit soort maatregelen moet ruimtelijk worden ingepast en de uitvoering van de maatregelen kan schade veroorzaken of andere nadelige gevolgen hebben. De beheerder dient voor de aanleg van een waterberging een projectplan als bedoeld in artikel 5.4 van de Waterwet vast te stellen, waarin onder meer op deze aspecten wordt ingegaan.

Het derde element is ten slotte de ingebruikstelling van het gebied als waterberging. Afhankelijk van het soort bergingsgebied kan een gebied op een bepaald moment onder water lopen of kan de beheerder er water naartoe leiden. Dit vergt geen afzonderlijk besluit. De grondeigenaar moet dit ingevolge artikel 5.26 van de Waterwet dulden.

Paragraaf 3 van hoofdstuk 7 van de Waterwet bevat een regeling voor vergoeding van schade. Schade als gevolg van de aanwijzing van een bergingsgebied, de aanleg of inrichting van een bergingsgebied en de ingebruikstelling van een gebied als waterberging, kan op grond van die regeling voor vergoeding in aanmerking komen. Ingevolge artikel 7.14 dient daartoe een verzoek om schadevergoeding bij het betrokken bestuursorgaan te worden ingediend.

2.3.2. In deze procedure gaat het om het bovenvermelde tweede element: de aanleg en inrichting van het bergingsgebied. In geding is slechts het projectplan dat daartoe is vastgesteld.

*Beroepsgronden*

2.4. Appellant heeft eerst ter zitting aangevoerd dat bij ingebruikstelling van de waterberging het water dicht bij de gebouwen van zijn boerderij, waaronder zijn woonhuis, kan komen, hetgeen al is gebleken bij de laatste inundatie in november 2010, en dat het projectplan niet voorziet in maatregelen om dit te voorkomen.

Nu deze beroepsgrond na afloop van de beroepstermijn is aangevoerd, dient de Afdeling deze op grond van artikel 1.6a van de Chw buiten beschouwing te laten.

2.5. Appellant betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat er mogelijkheden zijn om de capaciteit van de waterberging te

beperken, waardoor zijn eigendommen in mindere mate door inundaties zouden worden getroffen. Hij wijst in dit verband op de afvoermogelijkheden en de opslagcapaciteit van het Wilhelminakanaal en de Zuid-Willemsvaart.

2.5.1. De rechtbank heeft overwogen dat, daargelaten of de noodzaak om het gebied als waterbergingsgebied te gebruiken in deze procedure nog aan de orde kan komen, niet aannemelijk is dat een alternatieve mogelijkheid voor afvoer van overtollig water bestaat. Het algemeen bestuur was volgens de rechtbank niet gehouden ter zake nader onderzoek te doen.

2.5.2. De Afdeling overweegt dat appelland, zoals ter zitting ook is gebleken, met dit betoog de noodzaak van een waterberging op zijn grondgebied, althans op een deel van dat grondgebied, betwist. Deze beroepsgrond heeft daarmee geen betrekking op het bij de rechtbank bestreden projectplan, maar op de aanwijzing van het gebied als bergingsgebied. Die aanwijzing is in deze procedure echter niet aan de orde. De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld, zij het op enigszins andere gronden, dat de beroepsgrond over de bergingscapaciteit geen doel treft.

Het betoog slaagt niet.

2.6. Appelland betoogt voorts dat de rechtbank zich onvoldoende heeft verdiept in de gevolgen van het onder water zetten van het bergingsgebied, gegeven de waterkwaliteit van de Aa en de verontreiniging van het slib. Zij is volgens appelland ten onrechte niet ingegaan op de door hem ingebrachte feiten en waarnemingen en heeft nagelaten hierover nadere inlichtingen te vragen.

2.6.1. De rechtbank heeft overwogen dat de gevolgen van het onder water zetten van de gebieden van de waterberging voldoende zijn onderzocht. Zij wijst daarbij op het Milieueffectrapport Waterberging Diesdonk van 22 april 2010, dat is opgesteld ten behoeve van de ruimtelijke inpassing van het bergingsgebied, en de daarbij behorende bijlagen.

2.6.2. De Afdeling overweegt dat dit betoog evenmin betrekking heeft op het projectplan dat bij de rechtbank voorlag. Appelland richt zich met dit betoog tegen de aanwijzing van het betrokken gebied als bergingsgebied. Die aanwijzing acht hij niet juist, vanwege de nadelige gevolgen die het gebruik van de waterberging volgens hem zal hebben. Nu de aanwijzing van het gebied in deze procedure niet aan de orde is, heeft de rechtbank terecht, zij het op andere gronden, geoordeeld dat de beroepsgrond met betrekking tot de gestelde verontreiniging na inundatie, niet leidt tot vernietiging van het projectplan.

Het betoog faalt.

2.7. Voor zover appelland de overwegingen van de rechtbank over de schadevergoedingsregeling van het waterschap betwist, merkt de Afdeling op dat bedoelde regeling in deze procedure evenmin aan de orde is. De Afdeling merkt overigens op dat de omstandigheid dat appelland zelf het initiatief moet nemen om zijn schade te verhalen - wat appelland onjuist acht - , uit de wet volgt. Het betoog kan niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit. De rechtbank is, zij het op andere gronden, tot hetzelfde oordeel gekomen.

Het betoog faalt.

2.8. Appelland voert aan dat de rechtbank zijn betoog over de mogelijkheid van het algemeen bestuur om in de Keur het telen van bepaalde gewassen te verbieden, ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten. Volgens hem betreft het niet een grond die hij eerst na het verstrijken van de beroepstermijn heeft aangevoerd, maar een illustratie van hetgeen hij heeft aangevoerd over de schadelijke gevolgen die hij kan ondervinden door instelling van het waterbergingsgebied.

2.8.1. Ook indien geoordeeld zou moeten worden dat appelland dit betoog tijdig naar voren heeft gebracht, leidt dit niet tot vernietiging van het bestreden besluit. Een verbod als door appelland bedoeld, is in deze procedure niet aan de orde.

Het betoog slaagt niet.

2.9. Appelland bestrijdt ten slotte de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot de verenigbaarheid van de functie waterberging met agrarische functies. De Afdeling overweegt dat bedoelde verenigbaarheid van functies ter beoordeling staat bij de ruimtelijke inpassing van het bergingsgebied en niet bij het projectplan, dat de aanleg van het bergingsgebied betreft. Dit punt is daarom in deze procedure evenmin aan de orde. Het betoog kan niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit. De rechtbank is, zij het gedeeltelijk op andere gronden, tot hetzelfde oordeel gekomen.

Het betoog faalt.

2.10. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd met verbetering van de gronden waarop deze rust.

2.11. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding. (*Enz., enz., Red.*)

## Noot

### *Onderscheid bestemmingsplan - projectplan*

De Afdeling ziet in deze zaak aanleiding om eens uit te schrijven hoe onder de Waterwet moet worden omgegaan met het juridisch mogelijk maken van waterbergingsgebieden. Zij zet daarbij een op het eerste gezicht helder onderscheid uiteen tussen het bestemmingsplan en het projectplan. Het is echter de vraag of het onderscheid wel zo helder is en, wellicht belangrijker nog, wel in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever.

Wat lag voor? Het algemeen bestuur van het waterschap Aa en Maas heeft een projectplan vastgesteld voor de aanleg van een waterberging in het gebied Diesdonk waar de Astense Aa uitmondt in de Aa. Het maakt het plaatsen van een stuw mogelijk waarmee het water kan worden opgestuwd tot een hoogte van 20,5 meter boven NAP en het aanleggen van twee kades op een hoogte van 20,6 meter boven NAP ter begrenzing van het bergingsgebied en ter bescherming van een bedrijventerrein. Appelland komt onder meer op tegen op tegen de (daarmee) te creëren capaciteit van de waterberging. De Afdeling komt aan een inhoudelijke beoordeling van die beroepsgrond niet toe.

Er moeten volgens de Afdeling drie elementen worden onderscheiden in de juridische besluitvorming en het juridisch handelen bij waterberging (r.o.v. 2.3.1.):

- eerste element: aanwijzing tot waterberging
- tweede element: aanleg en inrichting van de waterberging
- derde element: ingebruikstelling van de waterberging

### *Eerste element*

De aanwijzing tot waterberging is, aldus de Afdeling, louter een kwestie van ruimtelijke ordening. Er moet een planologische aanwijzing worden gedaan en op die manier wordt de waterberging planologisch ingepast. Daarnaast moet de waterberging worden opgenomen in de waterlegger ex artikel 5.1 Waterwet. Die is nodig, omdat volgens de wetgever, de besluitvorming op grond van de Wet ruimtelijke ordening onvoldoende zekerheid biedt waar het de exacte begrenzing

betreft en dat is wel nodig in verband met de rechtszekerheid van diegenen die de waterberging moeten gedogen ex artikel 5.26 Waterwet (*Kamerstukken II 2007/08, 30 818, nr. 7, p. 24*).

*Tweede element (of toch eerste element?)*

Vervolgens wordt toegekomen aan de aanleg en de inrichting van de waterberging. Het kan dan gaan om een in- of uitlaatwerk, een extra (vlucht)weg of kaden. De Afdeling overweegt dat dit soort maatregelen ruimtelijk moeten worden ingepast en dat de uitvoering van de maatregelen schade kan veroorzaken of andere nadelige gevolgen kan hebben. De Afdeling doet het voorkomen alsof de wetgever heeft overwogen dat daarom (en alleen daarom) een projectplan moet worden gemaakt.

In de door de Afdeling aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 2007/08, 30 818, nr. 3, p. 44*) wordt echter niet meer gesteld dan dat een verdere juridische inpassing plaats moet vinden door (bijvoorbeeld) het vestigen van zakelijke rechten en/of het opleggen van gedoogplichten of onteigening. De term 'projectplan' valt niet in deze passage van de memorie van toelichting. De Afdeling maakt dus een keuze en het is de vraag of dat een terechte is.

Deze uitleg en toepassing van de wet(sgeschiedenis) leidt er in ieder geval toe dat appellant geen voet aan de grond krijgt waar het betreft zijn bezwaren tegen de te creëren capaciteit van de waterberging. De redenering van de Afdeling is dat de capaciteit reeds is bepaald in het bestemmingsplan (het aanwijzingsbesluit) en daarover bij het projectplan (voor de aanleg en inrichting van de waterberging) niet langer kan worden gesproken.

Op zich een helder en duidelijk onderscheid, maar mijns inziens niet in lijn met de bedoeling van de wetgever. In *Kamerstukken II 2007/08, 30 818, nr. 3, p. 103*, wordt overwogen: *'In dit artikel wordt een algemene grondslag gegeven voor projecten in het kader van het waterbeheer. Het eerste lid verplicht zowel het Rijk (als beheerder) als de waterschappen om voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken een projectplan vast te stellen. Deze verplichting betreft dus uitsluitend dié voorgenomen werken of werkzaamheden in of bij een waterstaatswerk die tot gevolg hebben dat wijziging wordt gebracht in de normatieve toestand (richting, vorm, afmeting of constructie) van dat waterstaatswerk, zoals die is vastgelegd in de legger. Dit betekent dat voor onderhoud en voor herstelwerkzaamheden geen projectplan behoeft te worden opgesteld.'*

Uit het onderstreepte gedeelte valt af te leiden dat de wetgever wel degelijk een normatieve werking aan een projectplan heeft gegeven waar het betreft richting, vorm, afmeting of constructie, derhalve (onder meer) de capaciteit. Die overweging van de wetgever lijkt ook terecht, omdat men zich kan afvragen of het bestemmingsplan wel het plan is waarin de capaciteit en de frequentie van inundatie kunnen worden geregeld. Ik ben er namelijk minder van overtuigd dat het bestemmingsplan het plan is dat voldoende duidelijk zou kunnen maken wat de exacte capaciteit van de waterberging is en met welke frequentie van inundatie rekening moet worden gehouden. De wetgever is daarover ook op de al aangehaalde andere plaats in de wetsgeschiedenis duidelijk. De Afdeling haalt die overweging van de wetgever zelf ook aan in r.o.v. 2.3.1.: *'de besluitvorming onder de Wet ruimtelijke ordening biedt onvoldoende zekerheid waar het betreft de exacte begrenzing'*.

Dan is het wel bijzonder dat de Afdeling vervolgens de precieze begrenzing en daarmee de omvang van de waterberging als een feitelijke handeling afdoet, zijn de (feitelijke) plaatsing op de legger ex artikel 5.1 Waterwet. De precieze capaciteit en de frequentie van de inundatie, wordt in dat geval niet in rechte getoetst en dat is reden te meer om het projectplan ten aanzien van de exacte begrenzing (lees: de precieze capaciteit en de frequentie van inundatie) als onderdeel van het eerste element te zien en beroepen dienaangaande ook inhoudelijk te behandelen bij de beoordeling van het projectplan.

Daarvoor is ook alle ruimte, omdat de toets van het bestemmingsplan zuiver beperkt kan en - wellicht - moet worden tot de planologische afweging of aanwijzing tot waterberging als zodanig (de locatie) in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. Toegegeven, het op deze wijze regelen van de aanwijzing tot waterberging zal de nodige inhoudelijke afstemming vergen bij de besluitvorming rond het bestemmingsplan en het projectplan, maar dat moet wat het bestemmingsplan betreft sowieso gegeven het bepaalde in artikel 3.1.1. Bro. Die afstemming is in ieder geval nodig in verband met de toets van de Afdeling naar de uitvoerbaarheid van de veelal aan waterbergingsgebieden te geven dubbelbestemmingen.

*Derde element*

Artikel 5.26 Waterwet is dan tot slot het laatste element en daarmee het sluitstuk van de juridische vorming van waterberging. Eigenaren en andere rechthebbenden moeten gedogen dat hun percelen, gelegen in een waterberging, als zodanig worden gebruikt. Dit is een plicht van rechtswege en behoeft geen nader besluit. Dat element wordt mijns inziens terecht zo onderscheiden door de Afdeling.

*Slotopmerking ten aanzien van de elementen*

De Afdeling doet het voorkomen alsof het door haar uiteengezette onderscheid altijd opgeld doet. Dat is niet terecht. Artikel 5.4 lid 6 Waterwet bepaalt dat een projectplan niet behoeft te worden opgesteld indien ten aanzien van het werk de Tracéwet of de Spoedwet wegverbreding van toepassing is dan wel indien ten aanzien van dat werk toepassing wordt gegeven aan de provinciale of rijksinpassingsregeling. Overigens is hieruit nog een argument te ontleen ten aanzien van de stelling dat het projectplan op het eerste element ziet. Uit *Kamerstukken II 30 818, nr. 3, p. 104* volgt dat de wetgever in deze gevallen van het stellen van een plicht tot het maken van een projectplan heeft afgezien, omdat voorkomen moet worden dat 'doublures' in plannen optreden. Hieruit lijkt andermaal te volgen dat de wetgever aan een projectplan een normatief karakter wat betreft de capaciteit van de waterberging heeft toegedicht.

*Schade*

Dan rest uiteraard nog de schade die gepaard gaat met waterberging. De Afdeling wijdt daar nog een overweging aan. De Afdeling overweegt dat paragraaf 3 van hoofdstuk 7 van de Waterwet een regeling biedt voor de drie elementen tezamen. De Afdeling noemt de bepaling niet, maar artikel 7.16 Waterwet bepaalt dat artikel 6.1 Wro buiten toepassing blijft als de rechthebbende een beroep doet of kan doen op artikel 7.14 Waterwet. De wetgever heeft dus een voorrangregeling gegeven aan de nadeelcompensatieregeling uit de Waterwet. Doel van deze regeling is om ook de door de uitoefening van taken of bevoegdheden in het kader van het waterbeheer veroorzaakte planologische schade onder de werking van de Waterwet af te handelen. Hieraan ligt dezelfde gedachte ten grondslag als bij de voorrangregelingen voor de afhandeling van verzoeken om schadevergoeding op grond van artikel 20d, tweede lid, van de Tracéwet en artikel 17, tweede lid, van de Spoedwet wegverbreding. Ook door toepassing van deze regelingen wordt planologische schade uitsluitend onder de betrokken sectorwet en niet tevens onder de Wet ruimtelijke ordening afgehandeld. Artikel 7.16 Waterwet is mede de codificatie van de in het Nationaal Bestuursakkoord Water gemaakte afspraak dat de waterbeheerder de schade die kan worden geclaimd door de planologische inpassing van bergingsgebieden door gemeenten voor zijn rekening neemt.

Gert-Jan de Jager

---

1 Gert-Jan de Jager is advocaat bij Kneppelhout & Korthals N.V te Rotterdam.