Juridisch onderzoek vasthouden en bergen

Publiek- en privaatrechtelijke instrumenten voor het aanleggen en in onderhoud en beheer houden van open en alternatieve waterbergingen en van vasthoudmaatregelen

mr. E.H.P. Brans
mr. J.H. Geerdink
mr. M.S. Mehilal
mr. E.J. Snijders-Storm

7 mei 2010

Alle werkzaamheden worden verricht op grond van een overeenkomst van opdracht met de naamloze vennootschap Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V., gevestigd te Den Haag en ingeschreven in het Handelsregister onder nr. 27283716. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie rechtbank Den Haag onder nr. 8/2010. Daarin is een aansprakelijkheidsbeperking opgenomen. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden of zijn te raadplegen op www.pelsrijcken.nl. Kwaliteitsrekening notariaat 21.30.13.495.

Inhoud

1	**Inleiding**	**5**
2	**Onderzoeksvragen**	**5**
3	**Managementsamenvatting**	**8**
Onderzoeksvraag 1: Overzicht mogelijke juridische arrangementen (alternatieve) waterberging		**13**
4	**Publiek- en privaatrechtelijke instrumenten om open en alternatieve waterbergingen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren, en deze voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden?**	**13**
4.1	*Publiekrechtelijke instrumenten*	*13*
4.1.1	Is een waterbergingskelder een bergingsgebied in de zin van de Waterwet?	13
4.1.2	Aanleg	15
4.1.3	Gebruik	17
4.1.4	Onderhoud	19
4.1.5	Onteigening als ultimum remedium	20
4.2	*Privaatrechtelijke instrumenten met betrekking tot alternatieve waterbergingen*	*20*
4.2.1	Natrekking	21
4.2.2	Overeenkomst en/of de vestiging van beperkt zakelijke rechten	21
4.2.3	Opstalrecht	22
4.2.4	Erfpacht	24
4.2.5	Appartementsrechten	25
4.2.6	Erfdienstbaarheden	25
4.2.7	Kwalitatieve verplichtingen	26
4.2.8	Tussenconclusie	27
4.3	*Privaatrechtelijke instrumenten met betrekking tot open waterbergingen*	*28*
4.3.1	Overeenkomst	28
4.3.2	Kwalitatieve verplichting	28
4.3.3	Erfdienstbaarheid	28
4.3.4	Erfpacht	29
4.3.5	Opstalrecht	29
4.4	*Combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten*	*29*
5	**Welke procedures moeten worden doorlopen?**	**30**
5.1	*Publiekrechtelijke procedures*	*30*
5.1.1	Aanleg en inrichting	30
5.1.2	Gebruik	35
5.1.3	Onderhoud	35
5.1.4	Onteigening	35

5.2 Privaatrechtelijke procedures *35*
5.2.1 Beperkte rechten 35
5.2.2 Overeenkomst 36
5.2.3 Kwalitatieve verplichtingen 37

6 Voor- en nadelen publiek- en privaatrechtelijke instrumenten 37
6.1 Publiekrechtelijk *37*
6.2 Privaatrechtelijke instrumenten *38*
6.2.1 Opstalrecht 38
6.2.2 Erfpacht 39
6.2.4 Erfdienstbaarheid 40
6.2.5 Overeenkomsten 40
6.2.6 Overeenkomst met kettingbeding 41
6.2.7 Kwalitatieve verplichting 41
6.3 Conclusie *42*

Onderzoeksvraag 2. Evaluatie gekozen juridisch arrangement 42

7 Voor- en nadelen juridisch arrangement Waalblok. 42
7.1 Beschrijving juridisch arrangement *43*
7.1.1 Artikel 7-a waterbergingskelder (tweede fase maatregelen) 44
7.2 Voor- en nadelen Juridisch arrangement Waalblok *46*

Onderzoeksvraag 3: Overzicht mogelijke juridische arrangementen vasthoudmaatregelen 47

8 Past het binnen de taakstelling van een waterschap om vasthoudmaatregelen aan te leggen, te financieren en deze in beheer te hebben en te houden? 47

9 Welke (combinatie) van publiek- en privaatrechtelijke instrumenten heeft een waterschap beschikbaar om vasthoudmaatregelen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren en deze voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden. 49

10 Welke publiek- en privaatrechtelijke instrumenten hebben andere overheidslichamen om vasthoudmaatregelen aan te leggen en deze in beheer te hebben en te houden? 50
10.1 Publiekrechtelijke instrumenten *50*
10.1.1 Gemeentelijk rioleringsplan 50
10.1.2 Bestemmingsplan 52
10.1.3 Onteigening 53
10.1.4 Opmerkingen ten overvloede 53
10.2 Privaatrechtelijke instrumenten *54*
10.2.1 Grasdak 55

10.2.2 Waterpleinen 55
10.2.3 Regenwaterkelder en gietwaterbassin 56

11 Welke zekerheid bieden deze publiek- en privaatrechtelijke instrumenten een waterschap en/of een ander overheidsorgaan en wat zijn de voor- en nadelen? 56
11.1 Publiekrechtelijke instrumenten 56
11.2 Privaatrechtelijke instrumenten 58

12 Ten slotte 58

1 Inleiding

Binnen de gemeente Westland blijkt het voor het Hoogheemraadschap financieel niet mogelijk te zijn om de tweede fase waterbergingsopgave te realiseren door het aanleggen van open water. Dat is de reden waarom vanuit de door Waterkader Haaglanden opgezette proeftuin Waalblok, door de gemeente Westland, het Hoogheemraadschap van Delfland, tuinbouwondernemers gevestigd in de polder Waalblok en LTO Glaskracht, is onderzocht hoe de wateropgave dan wel zou kunnen worden gerealiseerd. Er is in dat verband een innovatief concept ontwikkeld, het zogenaamde 4B concept Water. Dit concept combineert meervoudig ruimtegebruik voor waterberging met het sluiten van de waterketen en duurzaam hergebruik van bedrijfswater. De vier B's uit het 4B concept Water staan voor het bergen van regenwater, het bufferen van bedrijfsafvalwater en proceswater, het bereiden van gietwater door zuivering van het afvalwater en het begieten van teelten. Het 4B concept Water combineert waterberging onder kassen met hergebruik van drain- en afvalwater.

In het kader van het 4B concept Water zou een waterbergingskelder, een gietwaterzuiveringsinstallatie en een ruw- en reinwaterkelder en een kelder voor een buffervoorraad van regenwater moeten worden gerealiseerd. Bij de uitwerking van het 4B concept Water is er echter vooralsnog voor gekozen, zo begrijpen wij uit onder meer de toelichting op de *Overeenkomst Waalblok. Herstructurering, waterbergingskelder en oppervlaktewaterberging* van 31 december 2008 (hierna: Overeenkomst Waalblok) alleen het bergen van oppervlaktewater te faciliteren.

> Dit volgt ook uit de (concept) *Overeenkomst gebruik, beheer en onderhoud oppervlaktewaterkelder Waalblok. Vestiging recht van opstal, erfdienstbaarheid en kwalitatieve verplichtingen* (hierna: Gebruik en zakelijk rechtovereenkomst). Zie onder meer de artikelen 6.1.1 en 6.3.4 van deze overeenkomst.

2 Onderzoeksvragen

Concreet hebt u ons de volgende vragen gesteld:

1. Overzicht mogelijke juridische arrangementen (alternatieve) waterberging[1];

[1] Een waterberging ziet op het bergen van oppervlaktewater, bijvoorbeeld watergangen, waterplassen of kelders waarin door middel van een inlaatwerk slootwater ingelaten kan worden.

a. Welke (combinatie van) publiek- en privaatrechtelijke instrumenten heeft een waterschap om open en alternatieve waterbergingen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren, en deze voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden? Instrumenten uit het wetsvoorstel Waterwet dienen ook te worden beschreven.

b. Welke procedures moeten worden doorlopen?

c. Welke zekerheid bieden de publiek- en privaatrechtelijke instrumenten en wat zijn de voor- en nadelen?

2. Evaluatie van het gekozen juridische arrangement[2];

a. Welke voor- en nadelen kleven aan het gekozen juridische arrangement?

b. Zijn er nog verbeteringsmogelijkheden en welke aanpassingen zijn wenselijk?

3. Overzicht mogelijke juridische arrangementen vasthoudmaatregelen[3];

a. Past het binnen de taakstelling van een waterschap om vasthoudmaatregelen aan te leggen, te financieren en deze in beheer te hebben en te houden?

b. Als vasthoudmaatregelen binnen de taakstelling van een waterschap passen, welke (combinatie van) publiek- en privaatrechtelijke instrumenten zijn dan beschikbaar om vasthoudmaatregelen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren (bijvoorbeeld glastuinbouwbedrijven), en deze voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden? Graag de instrumenten en de te volgen procedure beschrijven.

c. Als vasthoudmaatregelen niet binnen de taakstelling van een waterschap passen, welke publiek- en privaatrechtelijke instrumenten hebben andere overheidsorganen om vasthoudmaatregelen aan te leggen en deze in beheer te hebben en te houden?

d. Welke zekerheid bieden al deze publiek- en privaatrechtelijke instrumenten een waterschap/ander overheidsorgaan en wat zijn de voor- en nadelen?

---

[2] Eind 2008 is de overeenkomst Waalblok ondertekend. Die overeenkomst voorziet in de aanleg van een waterbergingskelder.

[3] Een vasthoudmaatregel ziet op een voorziening waarmee hemelwater wordt vastgehouden zodat het niet of later naar het oppervlaktewater afvloeit, bijvoorbeeld een gietwaterbassin, een grasdak of waterpleinen.

Onderstaand zullen wij die vragen beantwoorden. Daarbij is bovenstaande volgorde en indeling aangehouden. Ter bevordering van een snelle leesbaarheid treft u eerst een managementsamenvatting aan.

3 Managementsamenvatting

Onderzoeksvraag 1:

Overzicht mogelijke juridische arrangementen (alternatieve) waterberging[4];

a. Welke (combinatie van) publiek- en privaatrechtelijke instrumenten heeft een waterschap om open en alternatieve waterbergingen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren, en deze voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden? Instrumenten uit het wetsvoorstel Waterwet dienen ook te worden beschreven.
b. Welke procedures moeten worden doorlopen?
c. Welke zekerheid bieden de publiek- en privaatrechtelijke instrumenten en wat zijn de voor- en nadelen?

- In de Waterwet zijn diverse publiekrechtelijke instrumenten opgenomen voor het realiseren, gebruiken en onderhouden van de (alternatieve) waterbergingen. Deze instrumenten, waaronder ook enkele gedoogplichten, zijn in het bijzonder ook geschikt wanneer de gronden waarop of waarin waterbergingen zijn of worden gerealiseerd, in eigendom zijn bij derden.

- Het inzetten van de beschikbare publiekrechtelijke instrumenten is pas aan de orde als privaatrechtelijke overeenstemming niet tot de mogelijkheden behoort, dan wel in het geval het uit oogpunt van de uitoefening van de waterbeheerstaak of uit anderen hoofde noodzakelijk is de eigendom (zo nodig via onteigening) te verwerven.

- Voor het succesvol functioneren van alternatieve waterbergingen in kelders is de inzet van het publiekrechtelijke instrumentarium niet zonder risico. De wetgever lijkt dit type bergingsgebied niet voor ogen te hebben gehad bij de – beperkte - formulering van de duldplicht ex artikel 5.26 Waterwet, waarin wordt gesproken van "wateroverlast en overstromingen". Het risico bestaat dat dit artikel beperkt wordt uitgelegd. In dat geval zou het gebruik van waterbergingskelders niet onder de duldplicht vallen. Ook om die reden heeft het de voorkeur niet (exclusief) te kiezen voor het publiekrechtelijke instrumentarium, maar in te zetten op het bereiken van privaatrechtelijke overeenstemming met de (kas)eigenaren.

---

[4] Een waterberging ziet op het bergen van oppervlaktewater, bijvoorbeeld watergangen, waterplassen of kelders waarin door middel van een inlaatwerk slootwater ingelaten kan worden.

- Er zijn diverse privaatrechtelijke instrumenten beschikbaar om te bewerkstelligen dat een waterbergingskelder kan worden aangelegd op een perceel dat in eigendom is bij een ander dan het Hoogheemraadschap en voorts dat een dergelijke kelder ook voor de berging van oppervlaktewater kan worden gebruikt, het te bergen water daarin ook gedurende enige tijd wordt vastgehouden en de waterbergingskelder hiervoor gedurende tenminste 50 jaar beschikbaar blijft. Geconcludeerd kan worden dat het vestigen van een opstalrecht in combinatie met het overeenkomen van een kwalitatieve verplichting tot toegang tot het perceel voor onderhoud, herstel en andere werkzaamheden, het beste privaatrechtelijke instrument is om het voorgaande te bewerkstelligen.

- Het opstalrecht is in beginsel niet bruikbaar in geval weilanden en pleinen en dergelijke worden ingezet als vasthoudmaatregel. Dan ligt een erfdienstbaarheid meer voor de hand. Een andere optie is sluiten van een overeenkomst met de eigenaar van het betreffende perceel en in deze overeenkomst kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen op te nemen.

- Beperkte rechten bieden het Hoogheemraadschap meer zekerheid dan overeenkomsten. Niet alle beperkte rechten zijn echter geschikt voor iedere open of alternatieve waterberging die moet worden aangelegd en die voor langere tijd moet kunnen worden ingezet ten behoeve van het Hoogheemraadschap. Daarnaast kunnen overeenkomsten aanzienlijk worden versterkt door opname hierin van kwalitatieve verplichtingen - gevolgd door inschrijving in het kadaster - en van kettingbedingen.

- Wanneer men ervoor kiest een of meer privaatrechtelijke instrumenten in te zetten voor realisering, behoud en gebruik van de waterbergingen, dan zal dit altijd moeten gebeuren in combinatie met de inzet van publiekrechtelijke instrumenten. Zo zullen de waterbergingen planologisch moeten worden ingepast en op de legger moeten worden opgenomen. De publiekrechtelijke instrumenten beperken verder niet de privaatrechtelijke instrumenten die kunnen worden ingezet om de aanleg en het beheer en onderhoud van waterbergingen te faciliteren. In beginsel is het derhalve mogelijk om alle beschikbare privaatrechtelijke instrumenten in te zetten. Op basis van de specifieke omstandigheden van het geval en van de wensen van de betrokken partijen, zal een keuze gemaakt moeten worden uit de diverse beschikbare privaatrechtelijke instrumenten.

Onderzoeksvraag 2:

Evaluatie van het gekozen juridische arrangement[5];

a. Welke voor- en nadelen kleven aan het gekozen juridische arrangement?
b. Zijn er nog verbeteringsmogelijkheden en welke aanpassingen zijn wenselijk?

- Door de wijze van formulering van een aantal bepalingen van de Overeenkomst Waalblok, heeft de overeenkomst het karakter van een raamovereenkomst die op een aantal punten nader uitgewerkt dient te worden in deelovereenkomsten. Op een aantal punten is de overeenkomst echter weer zeer gedetailleerd en zijn ook specifieke verplichtingen opgenomen.

- Door de combinatie van te vestigen beperkte rechten en kwalitatieve verplichtingen lijkt voldoende zekerheid te zijn gecreëerd voor het Hoogheemraadschap dat de waterbergingskelder kan worden aangelegd en gedurende lange tijd kan worden gebruikt voor de berging van oppervlaktewater. Wel is het noodzakelijk dat de kwalitatieve verplichtingen kenbaar worden en blijken bij raadpleging van het kadaster. Dat is op dit moment nog niet het geval.

- In de Overeenkomst Waalblok ontbreekt een bepaling omtrent de inwerkingtreding van deze overeenkomst, een regeling inzake onvoorziene omstandigheden en een geschillenregeling. Voorts ontbreken in deze overeenkomst en in de Gebruik en zakelijk rechtovereenkomst, een calamiteitenregeling en aansprakelijkheidsregeling. De laatst bedoelde regeling zou moeten zien op schade die tijdens de bouw van de kelder kan ontstaan en schade die na ingebruikname van de kelder zou kunnen ontstaan.

Onderzoeksvraag 3:

Overzicht mogelijke juridische arrangementen vasthoudmaatregelen[6];

a. Past het binnen de taakstelling van een waterschap om vasthoudmaatregelen aan te leggen, te financieren en deze in beheer te hebben en te houden?
b. Als vasthoudmaatregelen binnen de taakstelling van een waterschap passen, welke (combinatie van) publiek- en privaatrechtelijke instrumenten zijn dan beschikbaar om vasthoudmaatregelen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren (bijvoorbeeld glastuinbouwbedrijven), en deze

---

[5] Eind 2008 is de overeenkomst Waalblok ondertekend. Die overeenkomst voorziet in de aanleg van een waterbergingskelder.

[6] Een vasthoudmaatregel ziet op een voorziening waarmee hemelwater wordt vastgehouden zodat het niet of later naar het oppervlaktewater afvloeit, bijvoorbeeld een gietwaterbassin, een grasdak of waterpleinen.

voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden? Graag de instrumenten en de te volgen procedure beschrijven.

c. Als vasthoudmaatregelen niet binnen de taakstelling van een waterschap passen, welke publiek- en privaatrechtelijke instrumenten hebben andere overheidsorganen om vasthoudmaatregelen aan te leggen en deze in beheer te hebben en te houden?

d. Welke zekerheid bieden al deze publiek- en privaatrechtelijke instrumenten een waterschap/ander overheidsorgaan en wat zijn de voor- en nadelen?

- Niet het waterschap, maar de gemeente, is het bevoegd gezag om de vasthoudmaatregelen aan te leggen en te beheren, aangezien de gemeente is belast met de zorg voor het afvloeiend hemelwater. Dit betekent dat wij niet toekomen aan beantwoording van vraag 3, onder b.

- Uit artikel 3.5 van de Waterwet volgt dat de eigenaar van een perceel zorg moet dragen voor afvoer van afvloeiend hemelwater op of in de bodem of in oppervlaktewater. Voor zover dat redelijkerwijs niet van de perceelseigenaar kan worden gevergd, dienen de gemeenteraad en het college van burgemeester en wethouders daarvoor zorg te dragen. In het gemeentelijk rioleringsplan kan de gemeente bepalen welke maatregelen een perceelseigenaar moet treffen. Daarnaast dient het gemeentelijk rioleringsplan tenminste een overzicht te bevatten van de in de gemeente aanwezige voorzieningen voor de inzameling en verdere verwerking van afvloeiend hemelwater. Verder moet de gemeenteraad, meer in algemene zin, in het gemeentelijk rioleringsplan uitwerken hoe de zorgplicht voor afvloeiend hemelwater wordt ingevuld; op welke wijze zij haar taak invult en zal uitvoeren. Het plan kan geen verplichtingen opleggen aan derden maar bindt alleen de gemeente zelf. Verplichtingen aan derden kunnen slechts worden opgelegd in de vorm van algemeen verbindende voorschriften of in beschikkingen voor zover algemeen verbindende voorschriften daartoe een grondslag bieden.

- Indien het belang van de bescherming van de bodem, het oppervlaktewater of de riolering daartoe noodzaakt, kan de gemeenteraad ex artikel 10.32a van de Wet milieubeheer door middel van een verordening regels stellen met betrekking tot lozingen van afvloeiend hemelwater. Ook kan in de verordening een termijn worden bepaald, waarbinnen het lozen van afvloeiend hemelwater op het openbaar waterriool moet worden beëindigd. De gemeente heeft derhalve de mogelijkheid om de aanleg en het beheer van vasthoud maatregelen via een gemeentelijke verordening af te dwingen.

- Vasthoudmaatregelen kunnen door een gemeente slechts in het eigendom van particulieren worden aangelegd voor zover deze daarvoor toestemming

verlenen. In het bestemmingsplan kan de medewerking van particulieren aan het treffen van de vasthoudmaatregelen namelijk niet worden afgedwongen. Een bestemmingsplan kan wel een bepaald gebruik van een perceel toestaan, maar geen verplichting in het leven roepen om die bestemming ook te verwezenlijken.

- De gemeente kan wel overgaan tot verwerving van de gronden, zo nodig via onteigening. Voordat kan worden onteigend zal altijd eerst moeten worden getracht langs privaatrechtelijke weg overeenstemming te bereiken over de aanleg en het beheer van vasthoudmaatregelen.

- Er zijn diverse privaatrechtelijke instrumenten die kunnen worden ingezet om te bewerkstelligen dat vasthoudmaatregelen kunnen worden aangelegd op onroerende zaken die in eigendom toebehoren aan een ander dan de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon en bij deze rechtspersoon in beheer en onderhoud blijven. Voorbeelden hiervan zijn het opstalrecht, de erfdienstbaarheid en de overeenkomst al dan niet versterkt met een kettingbeding en/of een kwalitatieve verplichting. Welke combinatie van privaatrechtelijke instrumenten het meest geschikt is, hangt af van het type vasthoudmaatregel dat zou moeten worden aangelegd en in beheer en onderhoud moet worden gehouden bij het betreffende overheidsorgaan.

- Beperkte rechten bieden meer zekerheid dan overeenkomsten, maar zijn in het geval van de aanleg en het beheer en onderhoud van open waterbergingen niet allemaal toepasbaar. Ook kan gebruik worden gemaakt van overeenkomsten die zijn versterkt door opname hierin van kwalitatieve verplichtingen - gevolgd door inschrijving in het kadaster - en van kettingbedingen.

Onderzoeksvraag 1: Overzicht mogelijke juridische arrangementen (alternatieve) waterberging

4 Publiek- en privaatrechtelijke instrumenten om open en alternatieve waterbergingen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren, en deze voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden?

4.1 Publiekrechtelijke instrumenten

Voor de bespreking van de beschikbare publiekrechtelijke instrumenten die het Hoogheemraadschap kan inzetten om open en alternatieve waterbergingen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren, zijn drie stadia te onderscheiden. De waterbergingen dienen te worden aangelegd en ingericht, zij moeten als zodanig kunnen worden gebruikt en tot slot zal het Hoogheemraadschap in staat moeten zijn de bergingen na realisatie te onderhouden. Onderstaand worden de voor deze drie stadia beschikbare instrumenten beschreven. Waar nodig wordt onderscheid gemaakt tussen open waterbergingen en waterbergingskelders.

Voor de bespreking van de beschikbare instrumenten is allereerst van belang of de waterbergingen vallen onder het regime van de Waterwet. Om die reden wordt onderstaand eerst ingegaan op de vraag of de door het Hoogheemraadschap voorgestane (alternatieve) waterbergingen zijn aan te merken als "bergingsgebied" in de zin van de Waterwet (hierna: bergingsgebied).Daarbij zal – waar nodig – een onderscheid worden gemaakt tussen open waterbergingen en waterbergingskelders.

4.1.1 Is een waterbergingskelder een bergingsgebied in de zin van de Waterwet?

Het begrip bergingsgebied is in artikel 1.1 van de Waterwet als volgt gedefinieerd:

> "bergingsgebied: 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."

De definitie van een bergingsgebied bevat dus drie componenten:

1. het gebied moet feitelijk dienen ter verruiming van de bergingscapaciteit,
2. het gebied moet krachtens de Wet ruimtelijke ordening zijn bestemd voor waterstaatkundige doeleinden, en
3. het gebied moet op de legger zijn opgenomen als bergingsgebied.

De waterbergingen worden aangelegd om te voldoen aan de tweede fase voor waterberging en dienen derhalve ter verruiming van de bergingscapaciteit binnen het beheersgebied van het Hoogheemraadschap.

Afgaande op de tekst van artikel 1.1 van de Waterwet vallen de gronden, waarop waterbergingen, dan wel waarin de waterbergingskelders onder de kassen worden aangebracht, dus onder het feitelijk deel van de definitie van bergingsgebied.

Wanneer het gebied feitelijk wordt gebruikt om de bergingscapaciteit te verruimen, zal hoe dan ook aan het tweede en derde vereiste uit de definitie van bergingsgebied moeten worden voldaan. Dit houdt in dat het gebied planologisch moeten worden ingekaderd als bergingsgebied, om overtreding van het algemeen gebruiksverbod uit artikel 7.10 van de Wet ruimtelijke ordening te voorkomen. In dat artikel is een algemeen verbod opgenomen om gronden en bouwwerken te gebruiken in strijd met de daarvoor geldende planologische regels.

Wanneer het gebied feitelijk zal dienen ter verruiming van de bergingscapaciteit en krachtens de Wet ruimtelijke ordening als bergingsgebied is bestemd, zal het gebied ook op de legger als bergingsgebied moeten worden aangewezen.
In de legger dient blijkens artikel 5.1 lid 1 en 2 Waterwet onder meer te worden omschreven waaraan waterstaatswerken (waaronder dus ook bergingsgebieden) "naar richting, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen".

Het is duidelijk dat open waterbergingen onder de reikwijdte van de definitie bergingsgebied vallen. Het is echter de vraag of de wetgever (ook) waterbergingskelders voor ogen had bij (het opstellen van de Waterwet en) die definitieomschrijving. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat toch met name is gedacht aan landbouwgronden van agrariërs, die incidenteel onder water stromen.

> Handelingen II, vergaderjaar 2007-2008, 30 818, nr. 52, blz. 3818:
>
> Het eerste betreft het houden van overleg met grondeigenaren voordat tot oplegging van de gedoogplicht voor waterberging wordt overgegaan. In het kader van waterveiligheid onderschrijft de CDA-fractie de noodzaak van een gedoogplicht voor landeigenaren met betrekking to waterberging. Wij vinden het daarbij wel belangrijk dat zorgvuldig wordt omgegaan met de grondeigenaren. *In veel gevallen zijn dit agrariërs. Het inunderen van landbouwgrond heeft een behoorlijke impact op hun bedrijfsvoering* [onze cursivering].

Anderzijds hebben wij zojuist geconstateerd dat de definitie van bergingsgebied dermate ruim is, dat deze ook geen belemmering bevat. Dat verschillende typen

bergingsgebieden mogelijk zijn, is ook uit andere passages uit de parlementaire geschiedenis af te leiden.

> Zie bijvoorbeeld Kamerstukken I, vergaderjaar 2007-2008, 30 818, C, blz. 7:
>
> "Afhankelijk van het soort bergingsgebied kan een gebied op een bepaald moment automatisch onder water lopen, of er kan met een handeling van de beheerder water naar een gebied worden gestuurd."

Gezien de tekst van de wet en de functie van de waterbergingskelders in het waterhuishoudkundig systeem van het Hoogheemraadschap ligt het in de rede, en lijkt het zelfs onvermijdelijk dat ook de waterbergingskelders worden aangewezen als bergingsgebieden in de zin van de Waterwet en dat de Waterwet daarop dus van toepassing zal zijn.

4.1.2 Aanleg

Projectplan

De aanleg (en inrichting van) een waterstaatswerk (waaronder waterbergingen) moet op grond van artikel 5.4, eerste lid, van de Waterwet plaatsvinden door vaststelling van een projectplan vast te stellen door de waterbeheerder.

> Ingevolge artikel 5.4, vierde lid, van de Waterwet hoeft (o.a.) geen projectplan te worden vastgesteld indien het bergingsgebied planologisch wordt ingepast door middel van een provinciaal of rijksinpassingsplan of daaraan voorafgaande projectbesluiten van die overheden.

In het tweede lid van artikel 5.4 van de Waterwet is bepaald dat het projectplan ten minste een beschrijving bevat van het betrokken werken 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.

Gedoogplicht

In sommige gevallen zal de realisering van een waterberging plaatsvinden nadat de daarin gelegen gronden (minnelijk) zijn verworven. De Waterwet gaat er echter van uit dat het ook mogelijk is dat de gronden in een bergingsgebied eigendom blijven van degene die reeds rechthebbende was voordat zijn gronden als bergingsgebied werden bestemd.

Om aanleg en inrichting van waterbergingen op gronden in eigendom van een derde mogelijk te maken – of het nu gaat om een open waterberging of een

waterbergingskelder - heeft de wetgever er in voorzien dat aan de rechthebbenden een plicht kan worden opgelegd hieraan mee te werken. In artikel 5.24 Waterwet is ter zake het volgende opgenomen:

> "De beheerder (lees i.c.: het Hoogheemraadschap) kan, *voor zover dat voor de vervulling van zijn taken redelijkerwijs nodig is*, rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken de verplichting opleggen om de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en de daarmee verband houdende werkzaamheden te gedogen, *wanneer naar zijn oordeel de belangen van die rechthebbenden onteigening niet vorderen* [onze cursivering]."

Uit de redactie van dit artikel blijkt dat het Hoogheemraadschap bij de toepassing van dit instrument het evenredigheidsbeginsel dient toe te passen.
Allereerst dient het opleggen van de gedoogplicht redelijkerwijs nodig te zijn voor de vervulling van de beheerstaak. Dit criterium veronderstelt dat het Hoogheemraadschap eerst de medewerking van de betrokken eigenaar op vrijwillige basis dient te trachten te verkrijgen. Dit betekent dat het Hoogheemraadschap een onderhandelingsplicht heeft om te trachten tot privaatrechtelijke overeenstemming te komen. Slechts wanneer de redelijke pogingen van het Hoogheemraadschap vruchteloos zijn gebleven, kan de gedoogplicht worden opgelegd.

> Kamerstukken II, vergaderjaar 2006-2007, 30 818, nr. 3, blz. 112

Uit artikel 5.24 Waterwet volgt voorts dat het opleggen daarvan slechts aan de orde is als de belangen van de betrokken eigenaar, naar het oordeel van het Hoogheemraadschap, geen onteigening vorderen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de gebruiks-, c.q. exploitatiemogelijkheden van de gerechtigde niet (wezenlijk) wordt beperkt door de aanleg van het waterstaatswerk. Staat een open waterberging bijvoorbeeld gedurende een groot deel van het jaar onder water, en is redelijke exploitatie niet langer mogelijk, dan zal het Hoogheemraadschap redelijkerwijs tot aankoop en eventueel onteigening moeten beslissen.

Het Hoogheemraadschap heeft in deze afweging een discretionaire bevoegdheid, die naar verwachting door de rechter slechts terughoudend zal worden getoetst.

> Zie: Mr. F.A.G. Groothuijse, "Water weren, het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen", Instituut voor Bouwrecht, Den Haag – 2009, par. 6.2, blz. 187.

Wanneer wordt voldaan aan de criteria als opgenomen in artikel 5.24 Waterwet, dan kan het Hoogheemraadschap overgaan tot het opleggen van een gedoogplicht. De eigenaar zal alsdan verplicht zijn aanleg- en wijzigings(werkzaamheden) te gedogen. Tegen dit besluit kan de eigenaar in rechte opkomen.

> Een vergelijkbare gedoogplicht kan bij beschikking worden opgelegd voor het uitvoeren van onderzoeken (art 5.21 Waterwet)

De gedoogplicht ex artikel 5.24 Waterwet strekt niet expliciet tot het gebruik van waterstaatwerken. Bij de meeste waterstaatswerken, zoals dijken of watergangen, vormt dit geen probleem. Het is voldoende dat een rechthebbende de aanleg (en de aanwezigheid) daarvan moet gedogen. Echter, in het geval van bergingsgebieden (en in het bijzonder waterbergingskelders), die niet permanent worden gebruikt voor de berging van water, is het van belang te bezien of ook het gebruik afdoende is geregeld.

4.1.3 Gebruik

Vervolgens rijst de vraag of en zo ja, hoe het gebruik van de open waterbergingen, dan wel waterbergingskelders op of in het eigendom van particulieren kan worden afgedwongen met instrumenten uit de Waterwet of anderszins.

Duldplicht ex artikel 5.26 Waterwet

De wetgever heeft aan de aanwijzing als bergingsgebied in artikel 5.26 Waterwet een duldplicht verbonden. Dit artikel bepaalt:

> "Rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken, gelegen in of deel uitmakend van een oppervlaktewaterlichaam of bergingsgebied, zijn gehouden wateroverlast en overstromingen ten gevolge van de afvoer of tijdelijke berging van oppervlaktewater te dulden."

Deze duldplicht wordt, anders dan de hiervoor besproken gedoogplicht uit artikel 5.24 Waterwet, niet bij beschikking opgelegd, maar geldt *ex lege*. Is sprake van een bergingsgebied in de zin van artikel 1.1 Waterwet, dan is de duldplicht hieraan dus rechtstreeks gekoppeld.

> Hoewel in dit artikel dus geen belangenafweging tussen gedoogplicht en onteigening is voorgeschreven, dient uiteraard ook hier per geval te worden bezien of niet tot onteigening zou moeten worden overgegaan. Die belangenafweging dient echter reeds in een eerder stadium te worden gemaakt, namelijk bij de aanwijzing van een gebied als bergingsgebied.
>
> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2006-2007, 30 818, nr. 3, blz. 112 (toelichting op artikel 5.19)

Voor (open) waterbergingen geldt dus dat eigenaren, nadat hun eigendom op grond van de Wet ruimtelijke ordening is aangewezen als bergingsgebied en ook als zodanig is opgenomen op de legger van het Hoogheemraadschap, het overstromen van hun

eigendom moeten dulden. De artikelen 7.14 en 7.15 Waterwet bevatten een schadevergoedingsregeling voor de gevallen dat als gevolg hiervan onevenredige schade zou worden geleden.

> Hieronder kan naast een vergoeding voor schade als gevolg van feitelijke inundatie, ook vallen de eventuele waardevermindering die het onroerend goed kan ondergaan als gevolg van de aanwijzing als bergingsgebied.

Ook hier geldt echter dat de vraag is of ook het gebruik - lees: het (laten) volstromen - van de waterbergings*kelders* onder het bereik van de duldplicht is te scharen. In genoemd artikel is immers expliciet opgemerkt dat die plicht geldt voor het dulden van "wateroverlast en overstromingen" ten gevolge van de afvoer of tijdelijke berging van oppervlaktewater.

De termen "wateroverlast" en "overstromingen" zijn niet gedefinieerd in artikel 1.1 Waterwet. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt evenwel dat met "wateroverlast" moet worden gedacht aan de situatie dat schade aan eigendommen ontstaat doordat bijvoorbeeld een woning onder water komt te staan.

> Zie bijv. Handelingen II, vergaderjaar 2007-2008, 30 818, nr. 66, blz. 4674-4489.

Uit de parlementaire geschiedenis lijkt te kunnen worden afgeleid dat de wetgever dit woord in de letterlijke betekenis (volgens de Van Dale: "het onder water lopen van land") heeft bedoeld. De keuze voor woorden als wateroverlast en overstroming is ook verklaarbaar vanuit het beeld dat de wetgever – vermoedelijk - voor ogen had bij bergingsgebieden, te weten (landbouw)gronden in eigendom bij derden, die incidenteel benodigd zijn voor waterberging en alsdan zullen overstromen.

Geconcludeerd kan worden dat de specifieke formulering van de ex lege duldplicht uit artikel 5.26 Waterwet niet goed aansluit op de algemener geformuleerde definitie van bergingsgebieden in artikel 1.1 Waterwet. Dit is vreemd, aangezien die definitie juist in de Waterwet is opgenomen om de ex lege duldplicht te kunnen effectueren.

> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2006-2007, 30 818, nr. 3, blz. 87.

Is het gebruik - lees: het incidenteel (laten) vollopen - van waterbergingskelders, die naar hun aard zijn ingericht om wateroverlast voor de eigenaar van de gronden waarin deze is gelegen te voorkomen, desalniettemin niet onder de werking van de duldplicht te scharen?

Een redelijke wetsuitleg noopt hier naar onze mening toe. Immers, de duldplicht en de schadevergoedingsregeling ex artikel 7.14 en 7.15 Waterwet zien op *het gebruik* van

het bergingsgebied en de gevolgen die dit gebruik voor (de eigendom en de gebruiksmogelijkheden voor) de rechthebbende kan hebben.

> In de memorie van toelichting wordt met betrekking tot de tijdelijke berging van water gesproken van de wenselijkheid om aandacht te besteden aan de juridische positie van de grondeigenaar "bij de feitelijke berging van water op zijn gronden" en opgemerkt dat in het wetsvoorstel een wettelijke gedoogplicht is opgenomen "met betrekking tot berging van water". Dit duidt erop dat de wetgever beoogd heeft een duldplicht te creëren voor *het gebruik* van bergingsgebieden in zijn algemeen.
>
> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2006-2007, 30 818, nr. 3, blz. 45.

Ten overvloede merken wij daarnaast nog het volgende op.
In de situatie waarin de waterberging in kelders wordt gecreëerd, en geen sprake is van overstromen van grond maar instromen onder de grond, wordt wateroverlast voor de rechthebbende naar alle waarschijnlijkheid voorkomen. Het zou in onze visie vreemd zijn wanneer een eigenaar gehouden is het meerdere (overstroming en wateroverlast door het gebruik van bergingsgebieden), maar niet het mindere (instroming van water zonder wateroverlast) te gedogen.

Desalniettemin kan een rechter oordelen dat het gebruik van een waterbergingskelder door de specifieke formulering van artikel 5.26 Waterwet niet onder de ex lege duldplicht zou vallen. Dit zou betekenen dat het Hoogheemraadschap door het gebruik van de kelders een onrechtmatige inbreuk maakt op het eigendomsrecht van de (kas)eigenaar.

De duldplicht uit de Waterwet biedt derhalve geen zekerheid omtrent het gebruik van de waterbergingskelders. De risico's die dit met zich brengt kunnen het beste worden ondervangen door voor wat betreft de aanleg en het gebruik van die kelders niet (exclusief) te kiezen voor het publiekrechtelijke instrumentarium, maar in te zetten op het bereiken van privaatrechtelijke overeenstemming met de (kas)eigenaren. Een en ander past overigens ook in de systematiek van de beschreven publiekrechtelijke instrumenten. Bij beiden staat immers ook het traject van de pogingen tot minnelijke (lees: privaatrechtelijke) overeenstemming voorop.

4.1.4 Onderhoud

Artikel 5.23 Waterwet bepaalt dat rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken gehouden zijn onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan waterstaatswerken (inclusief bergingsgebieden) te gedogen, voor zover die werkzaamheden geschieden door of onder toezicht van de beheerder. Hiervoor is geen beschikking noodzakelijk. Wel dient het Hoogheemraadschap de rechthebbenden ten minste achtenveertig uur van tevoren schriftelijk in kennis te stellen van de voorgenomen werkzaamheden.

4.1.5 Onteigening als ultimum remedium

Wanneer geoordeeld wordt dat met de bovenstaande instrumenten onvoldoende gewaarborgd kan worden dat het Hoogheemraadschap haar waterbeheerstaken naar behoren kan vervullen, dan kan zij – als uiterste middel - het onteigeningsinstrument inzetten om gedwongen eigendomsovergang te bewerkstelligen. Daarbij zal het Hoogheemraadschap moeten kunnen aantonen dat onteigening nuttig, noodzakelijk en urgent is. De onderhandelingen die voorafgaand met de rechthebbenden moeten zijn gevoerd spelen een rol in de beoordeling of aan het noodzaakscriterium is voldaan.

Onteigening door het Hoogheemraadschap ten behoeve van het creëren van open waterbergingen kan plaatsvinden op grond van titel IV van de onteigeningswet (zie artikel 87 Ow). Titels II en IIa van de Onteigeningswet bieden hiervoor geen grondslag.

> Hiervoor is noodzakelijk dat het bergingsgebied als zodanig in een onherroepelijk bestemmingsplan is opgenomen.

Mocht voor de realisering van waterbergingskelders worden onteigend, dan dient het volgende te worden opgemerkt. De onteigeningswet maakt weliswaar gedeeltelijke, verticale onteigening (dat wil zeggen onteigening van een gedeelte van een perceel) mogelijk, doch bevat geen regeling voor horizontale onteigening (van alleen een bepaalde bodem- of luchtlaag).

Uiteraard kan wel het gehele perceel (met opstal en ondergrond) worden onteigend. Is het niet noodzakelijk de onroerende zaak na realisatie van de waterbergingskelder in eigendom te houden, dan kan het Hoogheemraadschap overwegen de gronden (met eventuele opstallen) door te leveren aan een derde, nadat deze zijn bezwaard met een opstalrecht ten behoeve van de waterbergingskelder. Het Hoogheemraadschap zou zo een deel van de aankoopkosten van de gronden en kasopstanden weer kunnen "terugverdienen".

4.2 Privaatrechtelijke instrumenten met betrekking tot alternatieve waterbergingen

In het navolgende zal eerst worden ingegaan op de privaatrechtelijke instrumenten die ter beschikking staan om te bewerkstelligen dat een waterbergingskelder kan worden aangelegd op een perceel dat in eigendom is bij een ander dan het Hoogheemraadschap en voorts dat een dergelijke kelder ook voor de berging van oppervlaktewater kan worden gebruikt, het te bergen water daarin ook gedurende enige tijd kan worden vastgehouden en de waterbergingskelder hiervoor gedurende tenminste 50 jaar beschikbaar blijft. Wij gaan er daarbij vanuit dat anders dan in de Overeenkomst Waalblok nog open staat wie eigenaar is of zou moeten worden van de waterbergingskelder.

> Uit artikel 7A Overeenkomst Waalblok volgt dat de waterbergingskelder die in de polder Waalblok is gebouwd, eigendom is van de eigenaren van de percelen ter plaatse waarvan de kelder is gerealiseerd.

Verder wordt er in het navolgende vanuit gegaan dat het Hoogheemraadschap ook de mogelijkheid moet hebben het perceel ter plaatse waarvan de waterbergingskelder is gerealiseerd en omliggende percelen, te betreden voor onderhoud en dergelijke.

In paragraaf 4.3 zal in worden gegaan op de privaatrechtelijke instrumenten die in kunnen worden gezet ten behoeve van open waterbergingen.

4.2.1 Natrekking

Indien het Hoogheemraadschap een waterbergingskelder realiseert op een perceel dat in eigendom is bij een ander dat het Hoogheemraadschap, geldt als hoofdregel dat de eigenaar van het perceel ook eigenaar van de waterbergingskelder wordt. Er is immers sprake van natrekking.

> Zie in deze artikel 5:20 Burgerlijk Wetboek (BW) waarin onder meer is bepaald dat de eigendom van de grond ook de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd omvat.

Overigens is hierbij niet van belang dat de kelder onder maaiveldniveau is geplaatst. De eigendom van de grond omvat immers ook hetgeen zich onder de grond bevindt.

> Er gelden hier uitzonderingen, maar deze zijn voor het onderwerp van dit advies niet van belang.

Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben en hoewel er met betrekking tot de uitoefening van het eigendomsrecht wel beperkingen gelden, is een eigenaar met uitsluiting van ieder ander vrij om van zijn zaak gebruik te maken. Dit brengt met zich dat in het geval niet het Hoogheemraadschap eigenaar is van het perceel ter plaatse waarvan de waterbergingskelder is gerealiseerd, het Hoogheemraadschap in een afhankelijke positie verkeerd en geen zeggenschap heeft over bijvoorbeeld de wijze waarop de waterbergingskelder wordt ingezet. Er zijn echter juridische instrumenten voorhanden op basis waarvan de positie van het Hoogheemraadschap aanzienlijk kan worden versterkt. Hierop zal in het navolgende worden ingegaan.

4.2.2 Overeenkomst en/of de vestiging van beperkt zakelijke rechten

Een van de mogelijkheden voor het Hoogheemraadschap om invloed te krijgen op onder meer de wijze van gebruik van de waterbergingskelder, is het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst. Een nadeel van een dergelijke overeenkomst is echter dat de daarin vastgelegde afspraken alleen de partijen bij deze overeenkomst bindt. Derden, waaronder opvolgende eigenaren, zijn niet gebonden aan deze

afspraken. Dit is ten dele op te lossen door het opnemen van kettingbedingen in een dergelijke overeenkomst. Nadeel van een kettingbeding is echter dat bij schending van de in de overeenkomst gemaakte afspraken, er veelal slechts een schadevergoedingsverplichting ontstaat of dat een mogelijk in de overeenkomst opgenomen boeteclausule kan worden ingeroepen (afhankelijk van wat hieromtrent in de overeenkomst is geregeld). Daarnaast heeft een kettingbeding als nadeel dat bij faillissement van de schuldenaar, de vordering of schuld overeenkomstig de Faillissementswet moet worden behandeld. Er zal dan veelal sprake zijn van een concurrente vordering.

De belangen van het Hoogheemraadschap kunnen beter worden veiliggesteld door de vestiging van één of meer beperkte rechten, al dan niet gecombineerd met de vestiging van een kwalitatieve verplichting in de zin van artikel 6:252 BW. Een beperkt recht rust op het recht van een ander en kan in beginsel worden ingeroepen tegen een ieder, ook tegen opvolgende eigenaren van het perceel ter plaatse waarvan de waterbergingskelder is gerealiseerd. Volledigheidshalve merken wij nog op dat het raadzaam is in de privaatrechtelijke overeenkomst die het Hoogheemraadschap (veelal) zal aangaan met de eigenaar van het perceel waar de waterbergingskelder wordt gebouwd - en die voorafgaande daaraan dient te worden gesloten - afspraken neer te leggen inhoudende dat de eigenaar van dit perceel meewerkt aan het daadwerkelijk vestigen van het beperkte recht en voorts de voorwaarden die in dat verband over en weer gelden.

Hierna zal een overzicht worden gegeven van de beperkte rechten die voor het Hoogheemraadschap in dit geval het meest bruikbaar zijn. Ook zal worden ingegaan op de vestiging van kwalitatieve verplichtingen.

4.2.3 Opstalrecht

De eigenaar van de grond is ook eigenaar van de met die grond duurzaam verbonden gebouwen, werken en beplantingen (artikel 5:20 BW). Artikel 5:20 lid 1 BW geeft echter aan dat er ook uitzonderingen op deze regel bestaan. Een daarvan is het recht van opstal. Dit is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen (zie artikel 5:101 BW). Dit recht geeft de mogelijkheid om de natrekkingsregel van artikel 5:20 BW te doorbreken, hetgeen wil zeggen dat de gerechtigde tot het opstalrecht eigenaar van gebouwen, werken en beplantingen kan worden die zonder het recht van opstal onder het eigendomsrecht van de grondeigenaar zouden vallen. Het opstalrecht wordt voor bepaalde of onbepaalde tijd gevestigd, afhankelijk van de afspraken die partijen hieromtrent maken en tijdens de duur van het opstalrecht heeft de gerechtigde tot het opstalrecht alle bevoegdheden tot feitelijk handelen die hij zou hebben als hij eigenaar van de gebouwen en/of werken zou zijn geweest.

De vestiging van opstalrecht is één van de weinige methoden op basis waarvan de eenheid van grond en opstal kan worden doorbroken en de individualisatie van onroerende zaken in horizontale lagen mogelijk wordt. Het opstalrecht wordt dan ook wel gebruikt om meervoudig ruimtegebruik te faciliteren en te reguleren, zoals in geval van parkeergarages met daarboven gerealiseerde flats, die als afzonderlijke eenheden dienen te functioneren.

> Zie in deze zin H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, Kluwer 1997, blz. 177-178 en 212.

Een opstalrecht kan ook worden gevestigd voor ondergrondse bouwwerken, zoals tunnels en parkeergarages. Niet valt in te zien waarom dat ook niet zou kunnen voor waterbergingskelders. Overigens hebben partijen de mogelijkheid om verticale natrekking door de opstaller te doorbreken en derhalve te bepalen dat het opstalrecht alleen betrekking heeft op de waterbergingskelder, inclusief het dak daarvan, en niet op de kas die boven de kelder is gebouwd. Die blijft dan eigendom van een ander dan het Hoogheemraadschap.

> Ploeger, a.w., p. 168-169. Zie ook J. de Jong, H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal*, Kluwer 2008, blz. 23

Middels de vestiging van een opstalrecht kan derhalve worden bewerkstelligd dat een recht wordt verkregen om één of meer opstallen in eigendom te hebben op, in of boven een onroerende zaak die toebehoort aan een ander. In aanvulling hierop merken wij nog op dat het ook mogelijk is om (pijp)leidingen, kabels en dergelijke naar de opstal toe, onder het opstalrecht te brengen. Het is dus niet noodzakelijk om daarvoor een apart opstalrecht te vestigen.

> Zie in deze zin De Jong, Ploeger, a.w., blz. 79.

> Volledigheidshalve wordt hier nog gewezen op artikel 5:20 lid 2 BW waarin is bepaald dat de eigendom van een net, bestaande uit één of meer kabels of leidingen bestemd voor het transport van onder meer vloeistoffen, energie of informatie, dat in de grond van anderen is of wordt aangelegd, toebehoort aan de bevoegde aanlegger van dat net (of diens rechtsopvolger). Hoewel op basis van de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling verdedigbaar lijkt dat de leidingen en kabels die aangelegd worden ten behoeve van de waterbergingskelder een 'net' in de zin van deze bepaling vormen, is het om misverstanden te voorkomen toch raadzaam om deze leidingen en kabels onder het opstalrecht te brengen dat ten behoeve van de kelder wordt gevestigd.

Aangezien de inhoud van het opstalrecht slechts in beperkte mate wordt bepaald door de wettelijke regeling in Titel 8 van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek – de meeste bepalingen zijn van regelend recht – zijn de in de akte van vestiging van het

opstalrecht opgenomen voorwaarden van groot belang voor de inhoud van het opstalrecht.

De grote mate van vrijheid bij het vaststellen van de opstalvoorwaarden maakt het mogelijk het opstalrecht op de concrete situatie toe te snijden. Zo kan in deze voorwaarden worden vastgelegd wat de opstaller wel en niet mag doen en voorts voor welk doel de opstaller de opstal mag gebruiken, bijvoorbeeld voor de tijdelijke opslag van oppervlaktewater in periodes dat het Hoogheemraadschap dat noodzakelijk acht en het weer wegpompen van dat water uit de kelder (zie artikel 5:102 BW). In beginsel is het niet noodzakelijk om in de opstalvoorwaarden bepalingen op te nemen omtrent het onderhoud van de opstal aangezien de opstaller als eigenaar van de opstal zelf zijn onderhoudsbeleid mag bepalen. Om misverstanden te voorkomen is het echter raadzaam dit toch te doen. Daarnaast kunnen in de akte houdende de vestiging van het opstalrecht afspraken worden neergelegd omtrent de instandhouding van de bouwkundige elementen ervan. Dat laatste is met name van belang voor de opstalgever, die – uitgaande van de voorliggende situatie - veelal eigenaar is van de kas die op de waterbergingskelder is gebouwd.

Tot slot merken wij nog op dat ook zeker gesteld moet worden dat het Hoogheemraadschap toegang krijgt tot het perceel waar de waterbergingskelder zich bevindt en daar ook onderhouds- en herstelwerkzaamheden en dergelijke kan uitvoeren. Hiertoe kan een kwalitatieve verplichting overeen worden gekomen. Hierop wordt nader ingegaan achter 4.2.7 van dit advies.

4.2.4 Erfpacht

Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft een onroerende zaak van een ander te houden en te gebruiken (artikel 5:85 lid 1 BW). De eigenaar van het perceel ter plaatse waarvan de waterbergingskelder is of wordt gerealiseerd blijft eigenaar van het perceel. De kern van het recht van erfpacht is het genot van het perceel grond. Voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald, heeft de erfpachter hetzelfde genot van de onroerende zaak, de grond, als de eigenaar. Het gebruikrecht omvat dus niet alleen de grond, maar tevens alles wat ingevolge het bepaalde in artikel 5:20 BW de eigendom van de grond omvat. Zoals eerder opgemerkt bepaalt artikel 5:20 BW dat de eigendom van de grond ook de gebouwen en werken omvat die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen.

De vestiging van een erfpachtrecht ten gunste van het Hoogheemraadschap brengt derhalve met zich dat het Hoogheemraadschap gaat beschikken over hetzelfde genot van de onroerende zaak inclusief opstallen als de eigenaar (artikel 5:89 lid 1 BW). Er gelden hier overigens wel een aantal beperkingen. Zo bepaalt artikel 5:89 lid 2 BW dat de erfpachter niet zonder toestemming van de grondeigenaar de bestemming van de zaak mag wijzigen of een handeling in strijd met de bestemming van de zaak mag

verrichten. Belangrijker is echter dat het Hoogheemraadschap in geval zij erfpachter zou worden, niet alleen de bevoegdheid krijgt de waterbergingskelder te houden en te gebruiken, maar ook de zich daarboven bevindende kas. Weliswaar is het mogelijk om door middel van splitsing het erfpachtsrecht op een gedeelte van de zaak over te dragen aan de eigenaar van het perceel, maar dit wordt een complexe constructie. Hierboven is reeds ingegaan op de mogelijkheden die de vestiging van een opstalrecht biedt. Het opstalrecht lijkt beter toegesneden op de voorliggende situatie.

4.2.5 Appartementsrechten

Een ander instrument om de juridische verhoudingen met betrekking tot de kas en de zich daaronder bevindende waterbergingskelder te regelen, is de in het Burgerlijk Wetboek opgenomen mogelijkheid om een perceel grond met de zich daarop en daarin bevindende opstallen te splitsen in appartementsrechten. Deze bevoegdheid en de daarbij in acht te nemen formaliteiten zijn neergelegd in titel 9 van boek 5 van het Burgerlijk Wetboek.

Als gebruik zou worden gemaakt van deze mogelijkheid, zou het Hoogheemraadschap als eigenaar/gerechtigde van het appartementsrecht de bevoegdheid hebben tot het

> "uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van het gebouw die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt". (artikel 5:106 lid 4 BW)

Als derhalve ten behoeve van het Hoogheemraadschap een appartementsrecht zou worden gevestigd en dit appartementsrecht betrekking zou hebben op de waterbergingskelder, zou het Hoogheemraadschap met uitsluiting van anderen de kelder kunnen gebruiken. Het Hoogheemraadschap weet zich er zo van verzekerd dat de kelder enkel en alleen wordt gebruikt op de wijze die zij voorstaat.

Splitsing in appartementsrechten is derhalve voor het Hoogheemraadschap ook een interessante optie. Een nadeel is wel dat er veel formaliteiten gelden. Zo is er naast een akte van splitsing in appartementsrechten, een reglement van splitsing noodzakelijk, dient er een vereniging van eigenaars te worden opgericht – dat gebeurt van rechtsvege - en moeten statuten van deze vereniging worden vastgesteld.

4.2.6 Erfdienstbaarheden

Hierboven werd reeds aangegeven dat het voor het Hoogheemraadschap van belang is dat zij toegang heeft tot het perceel van de waterbergingskelder en ook de mogelijkheid heeft om op dit perceel en ten behoeve van de waterbergingskelder onderhouds- en herstelwerkzaamheden en dergelijke te verrichten. Een manier om zeker te stellen dat het Hoogheemraadschap toegang heeft tot het perceel waar de waterbergingskelder is gevestigd, is de vestiging van een erfdienstbaarheid. Een erfdienstbaarheid kan worden gevestigd ten behoeve van een bepaald gewenst

gebruik, bijvoorbeeld het laten lopen van water uit een watergang via buizen en dergelijke over een perceel dat in eigendom is bij een derde naar een zich op of in dit perceel bevindende waterbergingskelder.

Een erfdienstbaarheid is een zakelijk recht en wordt omschreven als een last waarmee een onroerende zaak – het dienende erf – ten behoeve van een andere onroerende zaak – het heersende erf – is bezwaard (art. 5:70 BW). De last die een erfdienstbaarheid op het dienende erf legt bestaat in een verplichting om op, boven of onder een der beide erven iets te dulden of niet te doen. Als dienend en heersend erf kunnen worden aangemerkt iedere onroerende zaak, dus bijvoorbeeld ook een opstal, los van de grond waarop de opstal is aangebracht, indien er sprake is van een recht van opstal. De opstal kan immers zelf als een onroerende zaak worden aangemerkt.

> Zie A.C. Wibbens – de Jong, Mandeligheid en erfdienstbaarheden, Kluwer 2006, blz. 17.

Op grond van artikel 5:84 BW wordt behalve de eigenaar onder andere ook de opstaller - degene aan wie het opstalrecht toekomt - bevoegd verklaard tot het vestigen van een erfdienstbaarheid. De opstaller kan zowel ten laste als ten behoeve van de zaak waarop het recht van opstal rust een erfdienstbaarheid tot stand brengen.

> Zie Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 5, Titel 6, Art. 84, Kluwer 2009, blz. 2203.

Het vestigen van een erfdienstbaarheid is voor het Hoogheemraadschap een mogelijkheid om toegang tot het perceel te krijgen waar de waterbergingskelder is gesitueerd. Het dienende erf – het perceel van de grondeigenaar – wordt belast met het dulden van een recht van overpad voor het Hoogheemraadschap om toegang tot de waterbergingskelder te verkrijgen.

De inhoud van de erfdienstbaarheid wordt bepaald door hetgeen hieromtrent in de notariële akte is bepaald en bij uitleg van de akte komt het aan op de in de betreffende akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die wordt afgeleid uit de in de akte gebruikte bewoordingen.

> Zie HR 2 december 2005, NJ 2007, 5 (WE Vastgoed/Henselmans).

4.2.7 Kwalitatieve verplichtingen

Een andere mogelijkheid voor het Hoogheemraadschap om toegang tot het perceel van de waterbergingskelder te krijgen, om daar ten behoeve van de waterbergingskelder onderhouds- en herstelwerkzaamheden en dergelijke te verrichten, is het bedingen van een kwalitatieve verplichting. Uiteraard kan iets dergelijks ook worden geregeld in een privaatrechtelijke overeenkomst, maar omdat

waterbergingskelders een lange levensduur hebben is het noodzakelijk dat ook zeker wordt gesteld dat opvolgende eigenaren van het perceel waar de kelder is gesitueerd toegang verlenen tot het perceel van de waterkelder en zich derhalve houden aan de daaromtrent gemaakte afspraken.

Artikel 6:252 lid 1 BW bepaalt dat partijen bij overeenkomst kunnen bedingen dat de verplichting van een der partijen om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed, zal overgaan op derden die het goed of een recht daarop verkrijgen. Dit wordt een kwalitatieve verplichting genoemd. Overigens is het wel noodzakelijk dat in de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de vestiging van een dergelijk recht, expliciet wordt bepaald dat de kwalitatieve verplichting zal overgaan op degenen die het goed onder bijzondere titel verkrijgen of dat degenen die van de rechthebbende van het perceel een recht tot gebruik van het perceel zullen verkrijgen, zoals huurders en erfpachters, aan de verplichting gebonden zijn. Spreken partijen niets omtrent verkrijgers onder bijzondere titel en/of gebruikers in vorenbedoelde zin af, dan zijn deze ook niet gebonden aan de hier bedoelde afspraken.

Met betrekking tot rechtsopvolgers onder algemene titel is het niet noodzakelijk een expliciete bepaling op te nemen. Als algemene regel in het verbintenissenrecht geldt dat een verbintenis werkt tussen partijen en hun rechtsopvolgers onder algemene titel. De kwalitatieve verplichting gaat zodoende ook zonder dat dit nadrukkelijk overeen is gekomen over op de rechtsopvolger onder algemene titel. Van rechtsopvolging onder algemene titel is sprake bij erfopvolging, boedelmenging, bij fusie als bedoeld in art. 2:309 BW en door splitsing in de zin van in art. 2:334a BW.

4.2.8 Tussenconclusie

Gezien het voorgaande biedt in het geval het Hoogheemraadschap geen eigenaar is van de grond ter plaatse waarvan de waterbergingskelder wordt gerealiseerd, de vestiging van een opstalrecht voor het Hoogheemraadschap de meeste garanties met betrekking tot het gebruik, het beheer en onderhoud van de kelder. Het Hoogheemraadschap heeft ter zake van het object van het opstalrecht rechten die vergelijkbaar zijn met die van een bloot eigenaar. Van belang is nog wel dat een kwalitatieve verplichting wordt bedongen met betrekking tot de toegang tot het perceel waar de kelder is gesitueerd voor onderhoud, herstel en andere werkzaamheden.

Andere beperkte rechten bieden een minder optimale oplossing. Verder biedt een overeenkomst, al dan niet voorzien van kettingbedingen, onvoldoende zekerheid voor het Hoogheemraadschap voor de lange termijn.

4.3 *Privaatrechtelijke instrumenten met betrekking tot open waterbergingen*

In het hiernavolgende wordt ingegaan op de privaatrechtelijke mogelijkheden die er voor het Hoogheemraadschap bestaan om open waterbergingen, in de vorm van een overloopgebied aan te leggen op grond in eigendom bij derden en een dergelijke tijdelijke waterberging voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden. Voorbeelden van dergelijke open waterbergingen zijn watergangen, laaggelegen weilanden en waterpleinen.

4.3.1 Overeenkomst

Een van de mogelijkheden voor het Hoogheemraadschap om een open waterberging aan te leggen op grond in eigendom bij een derde en invloed te krijgen op onder meer de wijze van gebruik van deze open waterberging, is het sluiten van een overeenkomst met de eigenaar van de grond. Het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst bindt echter alleen de partijen bij deze overeenkomst. Derden, waaronder opvolgende eigenaren, zijn niet gebonden aan de contractuele afspraken uit deze overeenkomst. Het sluiten van een overeenkomst geeft het Hoogheemraadschap zodoende niet voldoende zekerheid dat de open waterberging voor minimaal 50 jaar beschikbaar blijft. Dit is anders in het geval in de overeenkomst een kettingbeding wordt opgenomen. Aan een dergelijk beding kleven echter, zoals eerder opgemerkt, ook een aantal nadelen (zie paragraaf 4.2.2).

4.3.2 Kwalitatieve verplichting

Een andere mogelijkheid voor het Hoogheemraadschap om een open waterberging aan te leggen op grond in eigendom bij een derde en invloed te krijgen en te houden op onder meer de wijze van gebruik van deze open waterberging, is het overeenkomen van een kwalitatieve verplichting. Op grond van artikel 6:252 lid 1 BW kunnen partijen bij overeenkomst bedingen dat de verplichting van een der partijen om iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een haar toebehorend registergoed, zal overgaan op derden die het goed of een recht daarop verkrijgen.

4.3.3 Erfdienstbaarheid

Een erfdienstbaarheid is, zoals eerder is opgemerkt, een last waarmee een onroerende zaak – het dienende erf – ten behoeve van een andere onroerende zaak – het heersende erf – is bezwaard. Die last bestaat dan uit een verplichting om iets te dulden of niet te doen. Een erfdienstbaarheid is goed bruikbaar indien een aan een ander in eigendom toebehorend perceel gebruikt moet gaan worden als overloopgebied. In een dergelijke situatie kan ten laste van dit perceel een erfdienstbaarheid worden gevestigd inhoudende dat wordt toegestaan dat in nader omschreven situaties, oppervlaktewater vanuit een aan het Hoogheemraadschap toebehorende watergang, het overloopgebied in kan stromen.

4.3.4 Erfpacht

Een andere optie is de vestiging van een erfpachtrecht op het perceel ter plaatse waarvan de open waterberging moet worden gerealiseerd. Een recht van erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft de onroerende zaak van de eigenaar – erfverpachter – te houden en te gebruiken. De inhoud van het recht van erfpacht wordt bepaald door de wet en door de erfpachtsvoorwaarden zoals deze worden opgenomen in de akte van vestiging. Bij erfpacht ligt nadruk op genot. Voor zover in de akte van vestiging van het recht van erfpacht niet anders wordt bepaald, heeft de erfpachter hetzelfde genot van de zaak als de eigenaar (art. 5:89 lid 1 BW). De vestiging van een erfpachtrecht biedt het Hoogheemraadschap derhalve veel zekerheid. Niettemin mag de erfpachter niet zonder toestemming van de eigenaar aan de zaak een andere bestemming geven of een handeling verrichten in strijd met de bestemming van de zaak. Voorstelbaar is dat de vestiging van een erfpachtrecht voor het gebruik van een weiland of plein als overloopgebied, een te ingrijpende en kostbare oplossing is.

4.3.5 Opstalrecht

Of en in hoeverre het mogelijk is een opstalrecht te vestigen ter zake van een open waterberging hangt in hoge mate af de gekozen constructie. Als sprake is van een waterplein of een weiland dat af en toe kan overlopen, is het opstalrecht niet bruikbaar. Een dergelijke waterberging is immers niet zelfstandig overdraagbaar. Dat is mogelijk anders indien sprake is van duidelijk bouwwerk, bijvoorbeeld een betonnen bassin. Dan is het wellicht mogelijk een opstalrecht te vestigen. Praktisch voordeel hiervan is, zoals eerder is besproken, dat de opstaller het recht verkrijgt de opstal te gebruiken zoals hij wenst en ook gedurende langere periode. Veel zal echter afhangen van de overeengekomen opstalvoorwaarden.

4.4 Combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten

Wij wijzen er - wellicht ten overvloede – op dat, wanneer men kiest voor de inzet van (een) privaatrechtelijk(e) instrument(en) – dit altijd zal moeten gebeuren in combinatie met publiekrechtelijke instrumenten. Zo zullen de waterbergingen planologisch moeten worden ingepast en op de legger moeten worden opgenomen. De publiekrechtelijke instrumenten beperken verder niet de privaatrechtelijke instrumenten die kunnen worden ingezet om de aanleg en het beheer en onderhoud van waterbergingen te faciliteren. In beginsel is het derhalve mogelijk om alle hierboven besproken privaatrechtelijke instrumenten in te zetten. Op basis van de specifieke omstandigheden van het geval en van de wensen van de betrokken partijen, zal een keuze gemaakt moeten worden uit de diverse beschikbare privaatrechtelijke instrumenten.

5 Welke procedures moeten worden doorlopen?

5.1 Publiekrechtelijke procedures

Onderstaand zal worden ingegaan op de procedures voor aanleg, gebruik en onderhoud van de bergingsgebieden. Ook hier zal, waar nodig, onderscheid worden gemaakt tussen de open waterbergingen en de waterbergingskelders.

5.1.1 Aanleg en inrichting

Projectplan
In paragraaf 4.1.2 maakten wij al melding van de plicht van het Hoogheemraadschap om een projectplan vast te stellen, om aanleg en inrichting van waterbergingen mogelijk te maken.

Een dergelijk projectplan is, afgezien van de inhoudseisen uit artikel 5.4, tweede lid, Waterwet, vormvrij.

Voor vaststelling van het projectplan is geen procedure opgenomen in de Waterwet. Er zijn in de Waterwet ook geen bijzondere eisen gesteld aan de voorbereiding of vaststelling van het projectplan.

Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2006-2007, 30 818, nr. 3, blz. 40.

Op grond van artikel 3:10, eerste lid, kan het Hoogheemraadschap wel zelf besluiten om het projectplan voor te bereiden conform de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht.

Voor de uitvoering van een projectplan zijn in veel gevallen ook meerdere uitvoeringsbesluiten nodig, die op grond van verschillende wet- en regelgeving door verschillende bestuursorganen moeten worden genomen. Voor (alternatieve) waterbergingen valt te denken aan bouwvergunningen, alsmede andere publiekrechtelijke toestemmingen (bijvoorbeeld op grond van Ontgrondingenwet, de Flora- en faunawet, de Natuurbeschermingswet 1998, de Wet bodembescherming en/of de kapverordening). Omdat een en ander per project zal verschillen, volstaan wij onderstaand vooralsnog met een bespreking van de planologische besluitvorming en de plaatsing op de legger. Mocht een uitputtende beschrijving van alle te doorlopen procedures gewenst zijn, dan vernemen wij dit graag.

Om de procedures voor aanleg en wijziging van waterstaatswerken te vereenvoudigen is in de Waterwet de mogelijkheid opgenomen om in bepaalde gevallen het projectplan vast te stellen met toepassing van de projectprocedure voor waterstaatswerken (als vervat in paragraaf 2 van Hoofdstuk 5 Waterwet). Ingevolge artikel 5.5 Waterwet is dit alleen mogelijk wanneer de waterstaatswerken van bovenlokale betekenis zijn en met spoed en op gecoördineerde wijze tot stand moeten worden gebracht. Dit dient van geval tot geval te worden bezien.

Projectbesluit

Het projectplan zal planologische moeten worden ingepast.
Wanneer in het gebied een bestemmingsplan geldt, kan dat gebeuren door herziening van het bestemmingsplan door de gemeente, of door een projectbesluit te nemen als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, onder f, Wet ruimtelijke ordening. Hiertoe zal het Hoogheemraadschap een verzoek moeten doen aan de gemeente.

Indien een beheersverordening geldt in het gebied kunnen de gemeenteraad, provinciale staten of de Minister van VROM voor uitvoering van het projectplan ook een afwijkingsbesluit nemen op grond van artikel 3.40, 3.41 en 3.42, Wet ruimtelijke ordening.

In de literatuur is bepleit dat een projectplan het beste planologisch kan worden ingepast door een projectbesluit te nemen als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, onder f, Wet ruimtelijke ordening.

Zie Groothuijse, a.w., par. 5.7.1, blz. 159 en 160.

Met een dergelijk projectbesluit wordt het vigerende bestemmingsplan ten behoeve van de verwezenlijking van een project buiten werking gesteld. Het projectbesluit vormt als zodanig een "facultatieve eerste fase in de procedure tot wijziging van een planologisch regime", zo is opgemerkt in de memorie van toelichting bij de Wet ruimtelijke ordening.

Zie ook Kamerstukken II, vergaderjaar 2003-2004, 28 916, nr. 9, blz. 9.

Bestemmingsplan

Om een waterstaatswerk - en dus ook een bergingsgebied - als zodanig in gebruik te nemen zullen de gronden (vervolgens ook) positief als waterstaatswerk moeten worden bestemd. De planologische aanwijzing is (behoudens opname in een provinciaal- of rijksinpassingsplan) de exclusieve bevoegdheid van de gemeente waarbinnen het werk wordt aangelegd. Voor bergingsgebieden geldt daarnaast ingevolge de definitie in artikel 1.1 Waterwet dat een dergelijk gebied "krachtens de Wet ruimtelijke ordening voor waterstaatkundige doeleinden" moet zijn bestemd.

Dubbelbestemming

Voor gronden, gelegen in een open waterberging geldt dat hieraan in beginsel meerdere bestemmingen (zogenaamde dubbelbestemmingen) kunnen worden gegeven. Dubbelbestemmingen worden door de Afdeling bestuursrechtspraak aanvaardbaar geacht, mits de onderlinge rangorde van doeleinden of functies is aangegeven en deze geen zodanige tegenstrijdigheden bevatten dat niet op redelijke wijze een afweging kan worden gemaakt met het oog op de goede ruimtelijke ordening.

ABRS 17 maart 2004, 200301131/1 en ABRS 5 juli 2006, 200510280/1.

Voor waterbergingskelders zou eventueel ook kunnen worden gekozen voor een bestemming per grondlaag. Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Wet ruimtelijke ordening op 1 juli 2008 is het namelijk mogelijk om ook de ondergrond te bestemmen. Dit volgt uit artikel 3.1, eerste lid, jo. artikel 1.1, tweede lid, onder a, Wet ruimtelijke ordening:

> "Artikel 3.1:
> 1. De gemeenteraad stelt voor het gehele grondgebied van de gemeente een of meer bestemmingsplannen vast, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven."

> "Artikel 1.1:
> 2. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt mede verstaan onder:
> a. grond, gronden of gebied: de <u>onder- en bovengrond</u> op verschillende niveaus, alsmede water, de territoriale zee en de exclusieve economische zone daaronder begrepen." [onze onderstr.]

In de parlementaire geschiedenis bij de Wet ruimtelijke ordening is een korte uitleg bij deze artikelen gegeven:

> Kamerstukken II, vergaderjaar 2002-2003, 28 916, nr. 3, blz.. 36-37

> "De Tweede Kamer heeft in de voorbije jaren met enige regelmaat de aandacht gevraagd voor een toereikend planologisch en juridisch instrumentarium voor het gebruik van de ondergrond. Met deze terminologie wordt gedoeld op het hele conglomeraat van ruimtelijk relevante activiteiten in de ondergrond. De toenemende noodzaak tot een reductie van het direct en indirect ruimtebeslag in de verstedelijkte gebieden, de bescherming van milieu en landschap, en de voortschrijdende technologische mogelijkheden zorgen voor een steeds intensiever gebruik van de ondergrond. <u>In veel gevallen zijn de mogelijkheden voor het gebruik van de ondergrond mede afhankelijk van bovengrondse functies en van de functies die ondergronds in dezelfde grondlaag plaatsvinden of gepland zijn</u>. Daarom gaat de aandacht op alle bestuurlijke niveaus steeds meer uit naar een goede planning en afstemming van alle ruimtelijke activiteiten in de boven- én ondergrond.

> Daarbij wordt eveneens onderkend dat een toenemend gebruik van de ondergrond ertoe noopt rekening te houden met andere te beschermen belangen, zoals bodembeschermingsgebieden, de ecologische hoofdstructuur en de archeologische en cultuurhistorische waarden. Provincies en gemeenten betrekken in toenemende mate meervoudig en ondergronds ruimtegebruik in de ontwikkeling van hun visievorming over de ruimtelijke inrichting." [onze onderstreping]
>
> en
>
> Kamerstukken II, vergaderjaar 2002-2003, 28 916, nr. 3, blz. 91
>
> "Ingevolge het tweede lid wordt onder het begrip «grond» mede verstaan de ondergrondse en bovengrondse lagen om zeker te stellen dat bestemmingen ook op verschillende niveaus op een bepaald stuk grond gelegd kunnen worden. Tunnels, buisleidingen, maar ook hoogspanningsleidingen en de daarbij behorende ruimtelijke zones in drie dimensies moeten in het bestemmingsplan herkenbaar gemaakt kunnen worden evenals de boven - of ondergelegen bestemmingen."

Het separaat bestemmen van de twee verschillende lagen lijkt derhalve niet onmogelijk. In het onderhavige geval is echter niet ondenkbeeldig dat het geplande gebruik van de ondergrond als waterberging belemmeringen zal meenemen voor de gebruiksmogelijkheden van bovengrond. Om die reden lijkt het opnemen van een dubbelbestemming in het bestemmingsplan meer in de rede te liggen, waarbij geregeld zal moeten worden hoe de bestemmingen zich tot elkaar verhouden en welke bestemming - in geval van een conflict - voorrang heeft. Dit moet resulteren in een voorrangsregeling.

<u>Aanleg- en sloopvergunningstelsel</u>
Om te voorkomen dat er in de toekomst geen (bouw- en sloop)werkzaamheden worden verricht op de gronden boven de kelder en de inlaatmechanismen is het daarnaast aan te raden om in de planvoorschriften bij de dubbelbestemming "Waterstaatswerk" een aanleg- en sloopvergunningstelsel op te nemen. Dit leidt ertoe dat bepaalde werkzaamheden in gronden die deze (dubbel)bestemming hebben niet mogen worden verricht zonder daartoe strekkende aanlegvergunning.

Het aanleg- en sloopvergunningenstelstel vindt zijn basis in artikel 3.3 Wet ruimtelijke ordening. In afdeling 3.4 Wet ruimtelijke ordening worden nadere regels gegeven.

> "Artikel 3.3 Wro
> Om te voorkomen dat in een bestemmingsplan begrepen grond minder geschikt wordt voor de verwezenlijking van de daaraan bij het plan te geven bestemming dan wel om een overeenkomstig het plan verwezenlijkte bestemming te handhaven en te beschermen, kan bij het bestemmingsplan worden bepaald, dat het verboden is om binnen een bij dat plan aangegeven gebied zonder of in afwijking van een vergunning van burgemeester en wethouders:

a. bepaalde werken, geen bouwwerken zijnde, of werkzaamheden uit te voeren;
b. bouwwerken te slopen."

De aanlegvergunning kan slechts betrekking hebben op werken, geen bouwwerken zijnde, die specifiek bij het bestemmingsplan worden genoemd. Het is dan ook van belang dat in het bestemmingsplan nauwkeurig wordt omschreven op welke werken de aanlegvergunning precies ziet, oftewel: welke werken een nadelige invloed kunnen hebben op de ondergrondse waterberging of het inlaatmechanisme. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het uitvoeren van heiwerkzaamheden.

> Voor zowel het aanleg- als het sloopvergunningenstelsel geldt dat deze in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen om te voorkomen dat een door het bestemmingsplan gegeven bestemming minder geschikt wordt om te verwezenlijken of om een reeds verwezenlijkte bestemming te handhaven of te beschermen. Het moet dus niet gaan om werkzaamheden waarvan reeds van tevoren vaststaat dat zij hoe dan ook strijdig zijn met het bestemmingsplan.

Het college van burgemeester en wethouders van de betrokken gemeente zal vervolgens per voorgenomen bouw- of sloopactiviteit moeten toetsen of deze specifieke activiteit een mogelijk nadelig effect op de waterberging heeft.

Het bovenstaande vormt een algemene beantwoording van de vraag hoe (alternatieve) waterbergingen planologisch kunnen worden ingepast. Over de beste manier om de waterbergingskelders *in concrete gevallen* te bestemmen adviseren wij u in voorkomend geval graag nader.

Legger
Tot slot dient het bergingsgebied ook te worden opgenomen op de legger ex artikel 5.1 Waterwet. Omtrent de procedure voor vaststelling in de legger is in de wet niets bepaald. Wellicht zijn ter zake in het reglement van het Hoogheemraadschap nadere bepalingen zijn opgenomen. Tegen de vaststelling dan wel wijziging van de legger kunnen bestuursrechtsmiddelen worden aangewend. Het Hoogheemraadschap kan besluiten dat op de voorbereiding van de besluitvorming afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is.

Gedoogplicht aanleg/wijziging
De gedoogplicht om aanleg of wijziging van een bergingsgebied op grond van artikel 6.24 Waterwet op gronden van derden mogelijk te maken, wordt in voorkomend geval bij beschikking van het Hoogheemraadschap opgelegd. In de Waterwet is geen bijzondere procedure opgenomen voor voorbereiding en vaststelling van een dergelijke beschikking. Wel moet, ingevolge de artikelen 5.24, tweede lid en 5.21, tweede lid, van de Waterwet, de beschikking ten minste twee weken voor aanvang van de

werkzaamheden aan de rechthebbenden worden bekendgemaakt. Van dit voorschrift kan in spoedeisende gevallen worden afgeweken. Voor het overige geldt dat de gedoogbeschikking moet worden voorbereid en vastgesteld volgens de algemene procedure uit de Algemene wet bestuursrecht. Het Hoogheemraadschap kan er voor kiezen om de gedoogbeschikking voor te bereiden op grond van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht.

5.1.2 Gebruik

Is een bergingsgebied eenmaal planologisch als waterstaatswerk aangewezen en opgenomen op de legger - en is daarmee aan de vereisten uit artikel 1.1 Waterwet voldaan - dan geldt ex lege de duldplicht ex artikel 5.26 Waterwet. Dit betekent voor open waterbergingen dat deze zonder nadere besluitvorming in gebruik kunnen worden genomen.

5.1.3 Onderhoud

Ook artikel 5.23 bevat een gedoogplicht ex lege. Hiervoor is, nadat is voldaan aan de vereisten uit de definitie bergingsgebied, dus geen nadere besluitvorming meer noodzakelijk.

5.1.4 Onteigening

Omdat wij er vooralsnog niet vanuit gaan dat inzet zal zijn ten behoeve van de (alternatieve) waterbergingen te onteigenen, laten wij de bespreking van de onteigeningsprocedure op grond van titel IV van de Onteigeningswet hier vooralsnog achterwege. Mocht u desondanks prijs stellen op een uiteenzetting daarvan, mede in het licht van de Crisis- en Herstelwet, dan vernemen wij dat graag.

5.2 Privaatrechtelijke procedures

Voor de beantwoording van de vraag welke procedures doorlopen moeten worden om te bewerkstelligen dat gebruik kan worden gemaakt van de hierboven geschetste privaatrechtelijke instrumenten, moet een onderscheid worden gemaakt naar het instrument waarvoor is gekozen.

5.2.1 Beperkte rechten

Voor de vestiging van beperkte rechten zijn geen bijzondere procedures voorgeschreven anders dan dat, uiteraard, wel moet zijn voldaan aan de eisen die het Burgerlijk Wetboek stelt voor de vestiging van dergelijke rechten. Kort gezegd komen deze eisen op het volgende neer.

Voor de vestiging van een opstalrecht, een erfdienstbaarheid of een ander beperkt recht is een tussen partijen opgemaakte notariële akte noodzakelijk gevolgd door inschrijving daarvan in de daartoe bestemde openbare registers (artikelen 3:98 jo 89 BW). Voor de splitsing in appartementsrechten gelden nog een aantal aanvullende

eisen. Zo moet er onder meer een vereniging van eigenaars worden opgericht waarvoor statuten moeten worden opgesteld (art. 7:111 jo 7:112 BW).

5.2.2 Overeenkomst

Het voorgaande geldt ook voor het aangaan van een overeenkomst met de eigenaren van percelen waar de waterbergingskelder gerealiseerd moet worden of met andere (zakelijk) gerechtigden. Er geldt met betrekking tot het aangaan van dergelijke overeenkomsten contractsvrijheid. Er mag daarbij ook afgeweken worden van hetgeen is bepaald in het Burgerlijk Wetboek, echter alleen voor zover er niet in strijd wordt gehandeld met de dwingend rechtelijke bepalingen van dit wetboek of met de goede zeden of de openbare orde.

> Zo hebben partijen de mogelijkheid om overeen te komen dat afstand wordt gedaan van het recht van ontbinding. Of partijen hiertoe wensen over te gaan hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de vraag of het noodzakelijk is dat gedurende lange tijd zeker wordt gesteld dat partijen over en weer bepaalde rechten en verplichtingen hebben. Het is niet toegestaan een beroep op onvoorziene omstandigheden uit te sluiten.

Het privaatrechtelijk overheidshandelen moet voorts ook de toetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen doorstaan.

> Zie A.A. van Rossum, Contracteren met de overheid: wanneer mag de overheid gebruik maken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?, Contracteren nr. 4 2005, blz.. 85-93.

Verder dient er rekening te worden gehouden met de bevoegdheden van het Hoogheemraadschap. Past hetgeen het Hoogheemraadschap met de overeenkomst tracht te bereiken wel binnen haar bevoegdheden? Dit dient beoordeeld te worden op basis van onder meer het Reglement van Bestuur voor het Hoogheemraadschap. Verder is hier ook de doorkruisingsleer van belang. Deze houdt in dat voordat een publiekrechtelijke rechtspersoon gebruik maakt van een privaatrechtelijke bevoegdheid, na moet worden gegaan of door het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheid, een publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Voor een antwoord op deze vraag dient onder andere gekeken te worden naar de aard, inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling waarin mogelijk hetgeen is geregeld dat aan de orde is in de op te stellen overeenkomst en, indien dit het geval is, of de overheid door gebruik te maken van de publiekrechtelijke weg een vergelijkbaar resultaat kan bereiken. Is dit het geval dan bestaat er in beginsel geen privaatrechtelijke bevoegdheid voor de publiekrechtelijke rechtspersoon tot het aangaan van een overeenkomst, althans die delen ervan die de publiekrechtelijke regeling doorkruisen.

Tot slot merken wij nog op dat indien partijen met wie de overeenkomst wordt aangegaan ook andere natuurlijke- of rechtspersonen vertegenwoordigen, nagegaan dient te worden of deze partijen hiertoe wel bevoegd zijn.

5.2.3 Kwalitatieve verplichtingen

Voor de werking tegen derden-verkrijgers van afspraken die zijn vastgelegd in een overeenkomst en die een verplichting inhouden voor de eigenaar van het perceel ter plaatse waarvan de waterbergingskelder zich bevindt om iets te dulden of niet te doen, is op grond van artikel 6:252 lid 2 BW vereist dat van deze overeenkomst een notariële akte wordt opgemaakt, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers. Uit de ter inschrijving aan te bieden akte moet duidelijk blijken dat de kwalitatieve verplichting op de verkrijgers onder bijzondere titel zal overgaan.

> Zie Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 6, Titel 5, Afd. 4, Art. 252, Kluwer 2009, blz. 2720.

6 Voor- en nadelen publiek- en privaatrechtelijke instrumenten

6.1 Publiekrechtelijk

In paragraaf 4.1 is ingegaan op de mogelijkheden die publiekrechtelijke instrumenten bieden voor de realisatie van (alternatieve) waterbergingen. Uit die bespreking is gebleken dat het inzetten van het publiekrechtelijk instrumentarium in alle gevallen pas aan de orde is als privaatrechtelijke overeenstemming niet kan worden bereikt (zie gedoog- en duldplichten Waterwet) of omdat het uit oogpunt van de uitoefening van de waterbeheerstaak of uit anderen hoofde noodzakelijk is de eigendom te verwerven (zie onteigening).

Daarnaast is aangegeven in hoeverre de beschikbare publiekrechtelijke instrumenten het Hoogheemraadschap de zekerheid kunnen bieden dat de waterbergingen kunnen worden aangelegd, gebruikt en onderhouden op of in gronden die bij derden in eigendom zijn en blijven. Met name met betrekking tot de duldplicht ex artikel 5.26 Waterwet is gewezen op de risico's die een beperkte wetsuitleg met zich kunnen brengen.

Geconstateerd is ook dat het voor de realisering van de waterbergingen altijd noodzakelijk is publiekrechtelijke instrumenten in te zetten. Zo zullen de waterbergingen planologisch moeten worden ingepast en op de legger moeten worden opgenomen. Een combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten ligt daarom voor de hand.

6.2 *Privaatrechtelijke instrumenten*

In het navolgende zal per beperkt zakelijk recht worden aangegeven welke zekerheden deze beperkte rechten bieden en wat de voor- en nadelen van deze zakelijke rechten zijn. Vervolgens worden de voor- en nadelen van het sluiten van de verschillende soorten overeenkomsten besproken en wordt ook aangegeven of en in hoeverre deze overeenkomsten zekerheid bieden.

6.2.1 Opstalrecht

Een belangrijk voordeel van het opstalrecht is dat het rechtszekerheid biedt. Niet alleen blijkt bij raadpleging van het kadaster dat ten laste van een bepaald perceel een opstalrecht is gevestigd. Ook gaat het opstalrecht door eigendomsoverdracht door de grondeigenaar van het perceel niet teniet. Een opvolgende eigenaar zal derhalve het gevestigde opstalrecht dienen te respecteren. Hetzelfde geldt voor de in de akte van vestiging van het opstalrecht neergelegde afspraken omtrent onderhoud en instandhouding van de opstal. Een ander belangrijk voordeel van een opstalrecht is dat het door haar zakelijke karakter in faillissement in stand blijft. De curator dient het opstalrecht te respecteren en kan het belaste goed slechts vervreemden bezwaard met het betreffende opstalrecht.

Nadeel van het opstalrecht is dat dit beperkte recht gezien de eigenschappen ervan niet altijd bruikbaar is, bijvoorbeeld niet indien een weiland wordt gebruikt als open waterbergingsfaciliteit. Verder zijn aan de vestiging van een opstalrecht, net als bij de vestiging van andere zakelijke rechten, kosten verbonden. Zo moet een notariële akte worden opgemaakt en moet deze worden ingeschreven in de openbare registers. Daarnaast moet er rekening mee worden gehouden dat het Hoogheemraadschap gehouden zal zijn om de eigenaar van het perceel ten laste waarvan het opstalrecht is gevestigd, een geldsom – de retributie - te betalen. De betaling kan ineens of periodiek. De hoogte van de te betalen geldsom hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Aannemelijk is dat als de eigenaar van de grond door de vestiging van het opstalrecht niet meer de mogelijkheid heeft (een deel van) zijn perceel te gebruiken, de omvang van de retributie hoger is dan wanneer dit nog wel het geval is. Uitgaande van de voorliggende situatie betekent dit dat als het mogelijk is om boven een waterbergingskelder een kas te bouwen en aan deze kelder een extra compartiment kan worden toegevoegd dat primair kan worden gebruikt door de betreffende tuinder voor de opslag van hemelwater, dat de omvang van de retributie beperkt is. Beperkter in ieder geval dan wanneer dit niet het geval is.

In aanvulling hierop merken wij nog op dat in de Memorie van Toelichting bij de Waterwet nog is aangegeven dat de waterbeheerder in beginsel gehouden is bij vestiging van het zakelijk recht, de inrichtingsschade te vergoeden die bij de aanleg van de waterberging is ontstaan. Daarbij is ook aangegeven dat in beginsel een volledige schadevergoeding dient te worden betaald.

Zie kamerstukken II, vergaderjaar 2006-2007, 30 818, nr. 3, blz. 46.

In veel gevallen zal het voorgaande worden geregeld bij de vaststelling van de opstalvoorwaarden en de bepaling van de omvang van de retributie.

Met nadruk zij opgemerkt dat het voorgaande geldt voor alle hierna te bespreken beperkte zakelijke rechten. Om die reden zal hetgeen hierboven is opgemerkt bij de behandeling van deze zakelijke rechten niet worden herhaald.

6.2.2 Erfpacht

Het voordeel van het recht van erfpacht is dat het als zakelijk recht veel rechtszekerheid biedt. Ook blijkt bij raadpleging van het kadaster dat op een perceel een erfpachtrecht is gevestigd. Het recht van erfpacht gaat door eigendomsoverdracht van het perceel niet teniet. Een opvolgende eigenaar zal derhalve het gevestigde recht van erfpacht dienen te respecteren.

Het belangrijkste nadeel van het erfpachtrecht is dat, zoals eerder aangegeven, het Hoogheemraadschap in geval deze erfpachter zou worden, niet alleen de bevoegdheid krijgt de waterbergingskelder te houden en te gebruiken, maar het Hoogheemraadschap deze bevoegdheid ook krijgt voor de zich daarboven bevindende kas. Dat is nu juist niet de bedoeling. Er is wel een mogelijkheid om door horizontale splitsing het gebruik en het genot van de kas over te dragen aan de eigenaar van het perceel, maar dit is een ingewikkelde constructie.

Ook zou het erfpachtrecht kunnen worden ingezet voor het zekerstellen van de aanleg en het beheer en onderhoud van een open waterbergingsfaciliteit, maar het is de vraag of het Hoogheemraadschap wel gedurende de gehele periode dat deze waterberging beschikbaar moeten blijven, het genot wil hebben van deze onroerende zaak, ook in periodes van langdurige droogte.

6.2.3 Appartementsrecht

Ook het appartementsrecht biedt, in haar hoedanigheid als zakelijk recht, rechtszekerheid. Het appartementsrecht is voor een ieder kenbaar middels raadpleging van het kadaster en gaat bij eigendomsoverdracht van het perceel niet teniet.

Moeilijk voorstelbaar is dat appartementsrechten worden ingezet ten behoeve van open waterbergingsfaciliteiten. Het kan wel worden ingezet indien een waterbergingskelder is gerealiseerd met daarboven een kas. Een groot nadeel van het vestigen van een appartementsrecht is dat er veel formaliteiten aan verbonden zijn. Zo is er naast een akte van splitsing in appartementsrechten, een reglement van splitsing noodzakelijk, dient er een vereniging van eigenaars te worden opgericht – dat

gebeurt van rechtswege - en moeten statuten van deze vereniging worden vastgesteld.

6.2.4 Erfdienstbaarheid

Het voordeel van de erfdienstbaarheid is eveneens de rechtszekerheid die dit beperkte recht biedt. De erfdienstbaarheid is ook ingeschreven in de openbare registers en gaat door eigendomsoverdracht van de zaak waarop de erfdienstbaarheid rust niet teniet. Ook blijft de erfdienstbaarheid door haar zakelijke karakter in faillissement in stand.

Een erfdienstbaarheid is alleen bruikbaar indien er een dienend en heersend erf is aan te wijzen. Dat is bijvoorbeeld het geval indien het Hoogheemraadschap een opstalrecht heeft ter zake van een op een perceel van ander gebouwde waterbergingskelder of indien vanuit een aan het Hoogheemraadschap in eigendom toebehorende watergang, oppervlaktewater kan uitstromen naar een overloopgebied dat in eigendom toebehoort aan een derde. Een nadeel van een erfdienstbaarheid is dat in de notariële akte zeer nauwkeurig moet worden vastgelegd wat de inhoud is van de erfdienstbaarheid. Duidelijk moet derhalve zijn waar dit beperkte recht betrekking op heeft, wie er gebruik van kan maken en op welk tijdstip. Gebeurd dit niet of onvoldoende en ontstaat hier onenigheid over met de eigenaar van het dienende erf dan wordt de inhoud en de wijze van uitoefening bepaald door de plaatselijke gewoonte (zie art. 5:73 BW). Dit brengt uiteraard de nodige onzekerheid met zich mee.

6.2.5 Overeenkomsten

Het voordeel van een overeenkomst is dat er bij het sluiten ervan sprake is van contractsvrijheid. Partijen kunnen vrijwel alles overeenkomen wat zij willen. De enige inhoudelijke beperking op de partijautonomie bij het sluiten van overeenkomsten is die uit de wet of de goede zeden voortvloeit. Opgemerkt dient hierbij te worden dat bij overheidshandelen in de privaatrechtelijke sfeer de overheid wel altijd rekening dient te houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Nadelig aan overeenkomsten is dat zij over het algemeen alleen tussen partijen bij de overeenkomst gelden. Ook worden overeenkomsten niet ingeschreven in de openbare registers en zijn zij zodoende niet kenbaar voor derden. In het geval er op grond van een oudere overeenkomst een recht bestaat, gaat het oudere recht voor op het in de later gesloten overeenkomst verkregen recht. Een ander nadeel van een overeenkomst is dat contractuele verplichtingen uit een overeenkomt alleen over gaan op opvolgers onder algemene titel. Opvolgers onder bijzondere titel worden in beginsel niet aan contractuele verplichtingen gebonden.

Bij de bespreking van het opstalrecht is aangegeven dat het Hoogheemraadschap veelal gehouden zal zijn een retributie te betalen en mogelijk ook een vergoeding voor de ontstane inrichtingsschade. Voorstelbaar is dat het Hoogheemraadschap ook in geval wordt volstaan met een overeenkomst, een vergoeding zal moeten betalen aan

de eigenaar van het perceel waar de open of alternatieve waterbergingsfaciliteit wordt gesitueerd. Of dat het geval is hangt af van de concrete situatie, waaronder de onderhandelingspositie van het Hoogheemraadschap. Daarbij zou ook van belang kunnen zijn of het de bedoelding van partijen is dat de waterberging voor een langere periode beschikbaar blijft en of in dat verband in de overeenkomst kettingbedingen en/of kwalitatieve verplichtingen dienen te worden opgenomen. Als dit het geval is, is sprake van een grotere beperking van het eigendomsrecht van degene met wie het Hoogheemraadschap de overeenkomst sluit dan wanneer dit niet het geval is.

6.2.6 Overeenkomst met kettingbeding

Een mogelijkheid om opvolgers onder bijzondere titel aan contractuele verplichtingen te binden is het opnemen van een kettingbeding in de overeenkomst. Een kettingbeding gaat echter niet automatisch over, maar dient steeds bij elke overdracht opnieuw opgelegd te worden. De daaraan verbonden boeteclausule vormt daartoe de noodzakelijke stok achter de deur, maar heeft slechts beperkte werking. Geeft degene die daartoe verplicht is het kettingbeding niet door dan pleegt hij wanprestatie. De oorspronkelijke bedinger kan in dat geval echter alleen schadevergoeding vorderen en niet nakoming. De enige die kan nakomen is de opvolger, maar deze is, behoudens het geval waarin de opvolger kan worden aangesproken wegens een door hem gepleegde onrechtmatige daad, daar niet toe gehouden.

> Zie HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (Curaçao/Boyé) en HR 10 november 1995, NJ 1996, 270 (Luttikhuizen/Van Mourik).

Ook bij executoriale verkoop door een hypotheekhouder of beslaglegger en bij faillissement van een opvolgend eigenaar, houdt het kettingbeding over het algemeen geen stand. De curator is niet gehouden de verplichtingen die uit het kettingbeding voortvloeien na te komen noch om bij vervreemding de verplichtingen op te leggen aan de opvolgende verkrijgers.

> Zie N.C. van Oostrum-Streep, De kwalitatieve verplichting, blz. 162.

6.2.7 Kwalitatieve verplichting

De overeenkomst met kwalitatieve verplichting biedt veel rechtszekerheid. Voordeel van een kwalitatieve verplichting is dat in het geval de overeenkomst wordt ingeschreven in de openbare registers, de kwalitatieve verplichting bij overdracht van het goed automatisch over gaat op de verkrijgers onder bijzondere titel. Middels raadpleging van het kadaster is de kwalitatieve verplichting kenbaar. Een ander voordeel van een kwalitatieve verplichting is dat de curator op grond van art. 35a Faillissementswet bij verkoop van het goed uit de boedel gehouden is het goed met het beding te vervreemden.

> Zie N.C. van Oostrum-Streep, a.w., blz. 178.

Aan het opmaken van de notariële akte en de inschrijving in de openbare registers zijn wel notariskosten verbonden.

6.3 *Conclusie*

Geconcludeerd kan worden dat het vestigen van een opstalrecht in combinatie met het overeenkomen van een kwalitatieve verplichting tot toegang tot het perceel voor onderhoud, herstel en andere werkzaamheden, het beste privaatrechtelijke instrument is om waterbergingskelders aan te leggen op grond in eigendom bij derden en deze voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden.

Het opstalrecht biedt veel rechtszekerheid en geeft de gerechtigde tot het opstalrecht alle bevoegdheden tot feitelijk handelen die hij zou hebben als hij eigenaar van de gebouwen en/of werken zou zijn geweest. Partijen hebben een grote mate van vrijheid bij het vaststellen van de opstalvoorwaarden waardoor het mogelijk is het opstalrecht op de situatie die het Hoogheemraadschap het beste voorkomt toe te snijden. Ook de overeenkomst met kwalitatieve verplichting biedt vrij veel rechtszekerheid. Dit is de beste manier om de toegang tot het perceel zeker te stellen. Het Hoogheemraadschap kan op grond van de contractsvrijheid tevens in deze overeenkomst voorwaarden opnemen die het Hoogheemraadschap het beste voorkomt.

Het opstalrecht is in beginsel niet bruikbaar in geval pleinen en weilanden en dergelijke worden ingezet ten behoeve van tijdelijke waterberging. Dan ligt een erfdienstbaarheid meer voor de hand. Een andere optie is het sluiten van een overeenkomst met de eigenaar van het betreffende perceel en in deze overeenkomst kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen op te nemen.

In alle gevallen zal er rekening mee moeten worden gehouden dat het Hoogheemraadschap een vergoeding zal moeten betalen aan de perceelseigenaar.

Onderzoeksvraag 2. Evaluatie gekozen juridisch arrangement

7 Voor- en nadelen juridisch arrangement Waalblok.

In het navolgende zal op hoofdlijnen worden ingegaan op de voor- en nadelen van de juridische constructie die is gekozen om de aanleg van de waterbergingskelder Waalblok mogelijk te maken en het gebruik, beheer en onderhoud ervan veilig te stellen. Hierbij zij opgemerkt dat de overeenkomsten die in dit verband zijn opgesteld en die in het kader van dit advies zijn voorgelegd, nog in de conceptfase verkeren.

7.1 *Beschrijving juridisch arrangement*

Ten behoeve van de aanleg, het gebruik, beheer en onderhoud van de kelder die dient voor de tijdelijke opslag van oppervlaktewater is de Overeenkomst Waalblok opgesteld alsmede een Gebruik en zakelijk rechtovereenkomst. De Overeenkomst Waalblok heeft een breder bereik dan alleen de aanleg en het gebruik, beheer en onderhoud van de waterbergingskelder. Dit volgt bijvoorbeeld uit artikel 2 van deze overeenkomst waarin ondermeer is aangegeven dat de afspraken zoals neergelegd in deze overeenkomst zien op een duurzame herstructurering van de glastuinbouw in het deelgebied Waalblok en het op orde brengen en houden van de waterhuishouding in dit deelgebied. Dit kan verder worden afgeleid uit de bepalingen die uitwerking geven aan deze doelstelling. Wij wijzen in dat verband op artikel 4 waarin is vastgelegd dat er in het deelgebied Waalblok een tekort aan waterbergingscapaciteit is van 11.250 m3, waarvan 1850 m3 wordt aangemerkt als het historisch tekort en 9400 m3 als het tweede fase tekort, en waarin voorts is bepaald dat partijen overeenkomen dit historisch tekort ongedaan te maken door

> "de aanleg van 1850 m3 in open water en het tweede fase tekort [..] door de aanleg van 4400 m3 in open water en 5000 m3 in een waterbergingskelder."

De Overeenkomst Waalblok zou moeten zijn aangegaan met 21 verschillende partijen waaronder de gemeente Westland en diverse tuinders. Niet alle in de preambule van deze overeenkomst genoemde partijen hebben de overeenkomst echter ondertekend. Aangenomen moet worden dat de dat partijen die de overeenkomst niet hebben ondertekend, niet gebonden zijn aan de overeenkomst.

> Voorbij wordt gegaan aan de mogelijkheid dat op grond van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard in de precontactuele fase, de niet ondertekende partijen toch gebonden kunnen zijn aan de Overeenkomst Waalblok.

Het voorgaande is niet zonder belang aangezien in artikel 11.3 van de Overeenkomst Waalblok is neergelegd dat alle contractspartijen een financiële bijdrage leveren aan de aanleg van de waterbergingskelder. Een dergelijke verplichting is nu niet of mogelijk slechts ten dele afdwingbaar. Hetzelfde geldt uiteraard voor andere verplichtingen die zijn opgenomen in de overeenkomst.

Verder valt bij bestudering van de Overeenkomst Waalblok op dat hierin zeer veel verschillende onderwerpen worden geregeld waarbij de indruk bestaat dat niet alle onderwerpen alle (potentiële) contractspartijen aangaan. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 5.3 van deze overeenkomst. Op basis van secundaire documenten moet worden nagegaan voor welke partijen deze bepaling een verplichting inhoudt. Verder valt op dat een aantal bepalingen juist weer zeer

gedetailleerd is en dat duidelijk is aangegeven op welke partijen deze bepalingen zich richten. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 7A, betreffende de aanleg en het in gebruik hebben en houden van de waterbergingskelder. Met betrekking tot weer andere bepalingen kan men zich afvragen of het niet verstandiger was geweest om in deze bepaling aan te geven dat de verplichting bestaat om in een nadere overeenkomst, te sluiten tussen alleen de direct betrokken partijen, gedetailleerdere afspraken neer te leggen. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is (wederom) artikel 5.3 van de Overeenkomst Waalblok.

> In deze bepaling is aangegeven onder welke voorwaarde eigenaren van percelen gelegen aan de westelijke watergang, delen van deze percelen in eigendom overdragen aan het Hoogheemraadschap.

Tot slot zij opgemerkt dat de Overeenkomst Waalblok een aantal bepalingen kent waarvan men zich kan afvragen of hetgeen daarin is vastgelegd niet strijdig is met het wet- en regelgeving.

> Zie artikel 6.3 waarin is bepaald dat in het geval een grondeigenaar niet voldoet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichting tot ophoging van zijn perceel, deze eigenaar jegens het Hoogheemraadschap en de andere contractspartijen geen aanspraak kan maken op vergoeding van door waterlast ontstane schade die het gevolg is van het niet nakomen van de verplichting tot ophoging en voorts dat deze grondeigenaar aansprakelijk is voor schade die andere grondeigenaren in het deelgebied Waalblok lijden wanneer de schade die zij lijden het gevolg is van het niet nakomen van deze verplichting.
>
> Een ander voorbeeld is artikel 6.5 van deze overeenkomst. Deze bepaling ziet op het ophogen van oevers en of het aanleggen van damwanden. Aangegeven is dat eigenaren van de in dit artikellid vermelde percelen, deze werkzaamheden dienen te gedogen zonder dat daartoe enige tegenprestatie bestaat. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat ook een vordering tot schadevergoeding of nadeelcompensatie niet tot de mogelijkheden behoort.

7.1.1 Artikel 7-a waterbergingskelder (tweede fase maatregelen)

Omdat in dit advies de nadruk ligt op de publiek en privaatrechtelijke instrumenten die kunnen worden ingezet door het Hoogheemraadschap om open en alternatieve waterbergingen aan te leggen op percelen die in eigendom zijn bij anderen dan het Hoogheemraadschap, wordt in het navolgende ingegaan op de juridische constructie die is gekozen om de aanleg en het gebruik beheer en onderhoud van de waterbergingskelder in het Waalblok mogelijk te maken.

In artikel 7.A van de Overeenkomst Waalblok is gedetailleerd aangegeven welke bevoegdheden en verplichtingen er over en weer gelden. Verder is hetgeen in deze bepaling van deze overeenkomst is neergelegd verder uitgewerkt in de Gebruik en

zakelijk rechtovereenkomst. Tot slot is nog relevant dat ter financiering van de aanleg van de waterbergingskelder, in de Overeenkomst Waalblok is bepaald dat alle contractpartijen een financiële bijdrage leveren aan de aanleg van de waterbergingskelder waarbij voorts is bepaald dat een aantal nader in de overeenkomst genoemde partijen maximaal € 1,- per m^2 perceeloppervlak met de bestemming glastuinbouw betalen aan een destijds nog op te richten stichting. (Zie artikel 11). Deze stichting is inmiddels opgericht en draagt de naam Stichting Waalblok.

Opvallend aan de in artikel 7.A neergelegde constructie is dat een ander dan het Hoogheemraadschap eigenaar is van de waterbergingskelder. Weliswaar is er ten behoeve van het Hoogheemraadschap een opstalrecht verleend, maar dat opstalrecht heeft geen betrekking op de waterbergingskelder zelf, maar op aan te leggen pompen, besturingsapparatuur en in- en uitlaatwerk. Verder is in de overeenkomst vastgelegd dat er ten behoeve van het Hoogheemraadschap een erfdienstbaarheid wordt gevestigd

> "ten laste van het perceelgrond waarin de waterbergingskelder wordt aangelegd en ten behoeve van de aangrenzende watergang, die eigendom is van het Hoogheemraadschap van Delfland, tot het dulden dat water vanuit de aangrenzende watergang in de kelder wordt gelaten op door de eigenaar van het heersende erf te bepalen dagen en tijdstippen. [...]" (artikel 7.A.3)

Daarnaast zijn er diverse kwalitatieve verplichtingen bedongen. Deze komen er kort gezegd op neer dat de eigenaar van het perceel ter plaatse waarvan de waterbergingskelder is of wordt aangelegd, moet toestaan dat controle-, herstel- en andere werkzaamheden worden uitgevoerd door het Hoogheemraadschap aan en ten behoeve van de waterbergingskelder. Daarnaast is nog een kwalitatieve verplichting bedongen inhoudende dat de eigenaar van het perceel waar de waterbergingskelder is of wordt aangelegd, er zorg voor draagt dat de kelder altijd leeg is behalve wanneer het Hoogheemraadschap de kelder heeft laten vollopen.

> Bij raadpleging van het kadaster is gebleken dat de kwalitatieve verplichtingen die overeen zijn gekomen in de Overeenkomst Waalblok niet zijn ingeschreven in het kadaster. Om zeker te stellen dat de bedoelde verplichtingen werking hebben tegenover derden is inschrijving echter noodzakelijk. Ook blijkt niet uit het kadaster dat de in deze overeenkomst voorziene beperkte rechten inmiddels zijn gevestigd.

Tot slot is nog van belang op te merken dat de Overeenkomst Waalblok voorziet in een mogelijkheid voor de eigenaar van het perceel ter plaatse waarvan de waterkelder wordt aangelegd, om tot 1 januari 2013 deze kelder te gebruiken voor de opslag van giet- en hemelwater. Daarnaast heeft de eigenaar de mogelijkheid om een grotere waterbergingskelder aan te leggen dan het Hoogheemraadschap nodig heeft voor de

opslag van oppervlaktewater. Uit de Gebruik- en zakelijk rechtovereenkomst kan worden afgeleid dat in dat geval een waterbergingskelder dient te worden aangelegd met meerdere compartimenten. Eén daarvan is bestemd voor het bergen door het Hoogheemraadschap van oppervlaktewater en de ander voor de opslag door de betrokken tuinder van hemelwater.

In de Gebruik en zakelijk rechtovereenkomst is het voorgaande nader uitgewerkt en is bijvoorbeeld bepaald dat hemelwater dat in de waterkelder wordt toegelaten niet verontreinigd mag zijn en is ook vastgelegd wie onderhoudsplichtig is.

7.2 Voor- en nadelen Juridisch arrangement Waalblok

Met betrekking tot de Overeenkomst Waalblok moet worden opgemerkt dat deze overeenkomst veel verschillende onderwerpen tracht te regelen. Mede door de wijze van formulering van een aantal van de bepalingen uit deze overeenkomst en voorts hetgeen met de overeenkomst is beoogd, heeft de overeenkomst het karakter van een raamovereenkomst die op een aantal punten nader uitgewerkt dient te worden in deelovereenkomsten. Op een aantal punten is de overeenkomst echter weer zeer gedetailleerd en zijn ook specifieke verplichtingen opgenomen. Wij verwijzen in dit verband naar de artikelen 5.3, 7A en 11 van de Overeenkomst Waalblok. Hierdoor heeft overeenkomst een moeilijk te karakteriseren karakter.
Opgemerkt moet worden dat hetgeen is bepaald in artikel 7A van de Overeenkomst Waalblok, uitgewerkt in de Gebruik en zakelijk rechtovereenkomst, veel gedetailleerder is geformuleerd dan veel van de andere bepalingen van de overeenkomst. Dit zorgt ervoor dat veel beter kan worden nagegaan welke verplichtingen partijen op zich hebben genomen en ook nakoming van deze verplichtingen kan worden gevorderd. Meer inhoudelijk merken wij op dat ondanks het feit dat ervoor is gekozen de eigendom van de waterbergingskelder bij de perceelseigenaar te laten, door de vestiging van een erfdienstbaarheid

> "tot het dulden dat water uit de aangrenzende watergang in de kelder wordt gelaten",

en van een opstalrecht ten behoeve van te plaatsen pompen en dergelijke en voorts van diverse kwalitatieve verplichtingen, voldoende zekerheid lijkt te zijn gecreëerd voor het Hoogheemraadschap dat de waterbergingskelder kan worden aangelegd en gedurende lange tijd kan worden gebruikt voor de berging van oppervlaktewater. Van belang is overigens wel dat de kwalitatieve verplichtingen die zijn overeengekomen kenbaar worden voor derden. Bij raadpleging van het kadaster is gebleken dat dit nog niet het geval lijkt te zijn. Ook blijkt niet uit het kadaster dat de genoemde beperkte rechten zijn gevestigd. De gekozen constructie kan derhalve worden aangemerkt als solide, maar vereist is wel dat alsnog het voorgaande wordt geregeld.

Wel had een eenvoudiger constructie kunnen worden gekozen. Wij wijzen in dit verband naar hetgeen in de paragrafen 4.2.3 en 4.2.8 is opgemerkt over het ten behoeve van het Hoogheemraadschap vestigen van een opstalrecht op de waterbergingskelder en daarbij behorende pompen en in- en uitlaatwerk, aangevuld met kwalitatieve verplichtingen zodat het Hoogheemraadschap toegang heeft tot het terrein van de kelder en daar onderhoud- en andere werkzaamheden kan uitvoeren. Hierbij moet nog wel worden opgemerkt dat indien voor deze constructie zou zijn gekozen, de zakenrechtelijke positie van het Hoogheemraadschap anders zou zijn geweest dan nu het geval is.

> Zonder hier in detail op in te gaan en onder verwijzing naar artikel 6:174 BW inzake aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen, merken wij op dat dit in beginsel geen consequenties zou hebben gehad voor de omvang van het aansprakelijkheidsrisico van het Hoogheemraadschap indien door of vanwege de opslag van oppervlaktewater in de kelder derden schade lijden.

Tot slot zij nog opgemerkt dat ons niet duidelijk is of de twee compartimenten die mogelijk zijn aangelegd in de waterbergingskelder, ook werkelijk van elkaar zijn gescheiden. Dit is van belang als de eigenaar van de waterkelder een van de compartimenten wil gaan gebruiken voor de opslag van regenwater en dit water weer wil gebruiken als gietwater. Indien deze compartimenten niet of onvoldoende zijn gescheiden, zou het kunnen gebeuren dat het opgeslagen regenwater vermengd raakt met het oppervlaktewater dat door het Hoogheemraadschap in de waterkelder wordt gelaten. Als het oppervlaktewater van een mindere kwaliteit is dan het regenwater is mogelijk het regenwater niet meer bruikbaar als gietwater.

Onderzoeksvraag 3: Overzicht mogelijke juridische arrangementen vasthoudmaatregelen

8 Past het binnen de taakstelling van een waterschap om vasthoudmaatregelen aan te leggen, te financieren en deze in beheer te hebben en te houden?

8.1 Gemeentelijke zorgplicht voor afvloeiend hemelwater

Vasthoudmaatregelen zien op een voorziening waarmee hemelwater wordt vastgehouden, zodat het niet of later naar het oppervlaktewater afvloeit, bijvoorbeeld een gietwaterbassin, een grasdak of waterpleinen. Aangezien met de vasthoudmaatregelen een voorziening wordt getroffen om hemelwater vast te houden is niet het waterschap, maar de gemeente, bevoegd om die maatregelen te treffen. Dit volgt uit het bepaalde in artikel 3.5 van de Waterwet.

In artikel 3.5, eerste lid en tweede lid, van de Waterwet is namelijk bepaald dat de zorgplicht voor een doelmatige inzameling en verwerking van het afvloeiend

hemelwater is neergelegd bij de gemeente, voor zover van degene die zich ontdoet van het hemelwater niet kan worden gevergd dat hij het water op of in de bodem of het oppervlaktewater brengt.

> Artikel 3.5 luidt als volgt:
> "1. De gemeenteraad en het college van burgemeester en wethouders dragen zorg voor een doelmatige inzameling van het afvloeiend hemelwater, voor zover van degene die zich daarvan ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen, redelijkerwijs niet kan worden gevergd het afvloeiend hemelwater op of in de bodem of in het oppervlaktewater te brengen.
>
> 2. De gemeenteraad en het college van burgemeester en wethouders dragen tevens zorg voor een doelmatige verwerking van het ingezamelde hemelwater. Onder het verwerken van hemelwater kunnen in ieder geval de volgende maatregelen worden begrepen: de berging, het transport, de nuttige toepassing, het, al dan niet na zuivering, terugbrengen op of in de bodem of in het oppervlaktewater van ingezameld hemelwater, en het afvoeren naar een zuiveringtechnisch werk."

Ook uit de literatuur blijkt dat de gemeente, en niet het waterschap, belast is met de zorg voor een doelmatige inzameling en verwerking van het afvloeiend hemelwater.

> Zie bijvoorbeeld:
> - Groothuijse, a.w., blz. 6-7, en 53-54;
> - mr. G.K. Heger, *Gemeenten vóór de bui binnen zijn,* TBR 2009, 181, blz. 2;
> - prof. mr. H.F.M.W. van Rijswick, *Wie is de waterbeheerder en wat moet hij doen, Taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de waterbeheerder in de Waterwet,* TO 2009, nr. 4, nr. 170.

8.2 Waarom is de zorg voor afvloeiend hemelwater bij de gemeente neergelegd?

Groothuijse merkt op dat de zorg voor afvloeiend hemelwater is toevertrouwd aan de gemeente, omdat overlast vanwege hemelwater slechts in beperkte mate kan worden beperkt of verminderd door middel van beheer (en inrichten) van watersystemen. Gemeenten hebben in de hoedanigheid van beheerder van de openbare ruimte meer mogelijkheden om wateroverlast vanwege afvloeiend hemelwater te beperken of voorkomen. Verder merkt Groothuijse, naar onze mening terecht, op dat de wijze waarop de gemeente invulling geeft aan de zorg voor het afvloeiend hemelwater wel van belang is voor het beheer van watersystemen. Om die reden zullen de taken en bevoegdheden van de gemeente en de waterbeheerders op elkaar moeten worden afgestemd.

> Zie Groothuijse, a.w., blz. 6.

Overigens was de zorg voor het afvloeiend hemelwater, op grond van artikel 9a van de Wet op de waterhuishouding, ook al voor inwerkingtreding van de Waterwet bij de

gemeente neergelegd. In de memorie van toelichting bij de wet waarbij artikel 9a in de Wet op de waterhuishouding is gevoegd is opgemerkt dat de zorg voor het afvloeiend hemelwater bij de gemeente is neergelegd, omdat:

> "[...] de afvoer van afvloeiend hemelwater in stedelijk gebied thans al door gemeenten plaatsvindt, mede doordat de aanpak van de hemelwaterproblematiek nauw is verweven met andere ingrepen en al bestaande verantwoordelijkheden in de stedelijke leefomgeving."
>
> Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 578, nr. 3, blz. 11.

Verder is in de memorie van toelichting bij artikel 9a van de Wet op de waterhuishouding opgemerkt dat de zorg voor het afvloeiend hemelwater ook uit praktische overwegingen bij de gemeente is neergelegd. Immers, gemeenten maken graag "werk met werk", zodat maatregelen kunnen worden uitgevoerd tegen de laagst mogelijke maatschappelijke kosten. Hiermee wordt bedoeld dat door invoering van artikel 9a in de Wet op de waterhuishouding de gemeente de zorg voor het afvloeiend hemelwater kan combineren met andere gemeentelijke taken.

> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2005–2006, 30 578, nr. 3, blz. 11.

Gelet op het feit dat de tekst van artikel 3.5 van de Waterwet nagenoeg gelijk is aan de tekst van artikel 9a van de Wet op de waterhuishouding zijn wij van mening dat bovengenoemde passages uit de memorie van toelichting ook relevant zijn voor interpretatie van artikel 3.5 van de Waterwet. Het is ook de bedoeling van de wetgever geweest om de gemeentelijke watertaken, zoals de zorg voor het afvloeiend hemelwater, één op één over te nemen in de Waterwet.

> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2006-2007, 30 818, nr. 3, blz. 13 en 23.

9 Welke (combinatie) van publiek- en privaatrechtelijke instrumenten heeft een waterschap beschikbaar om vasthoudmaatregelen aan te leggen op onroerend goed in eigendom bij particulieren en deze voor minimaal 50 jaar in beheer te hebben en te houden.

Nu het antwoord op vraag 3, onder a, ontkennend luidt, komen wij aan beantwoording van deze vraag niet toe.

10 Welke publiek- en privaatrechtelijke instrumenten hebben andere overheidslichamen om vasthoudmaatregelen aan te leggen en deze in beheer te hebben en te houden?

10.1 Publiekrechtelijke instrumenten

10.1.1 Gemeentelijk rioleringsplan

Uit artikel 3.5 van de Waterwet volgt dat de eigenaar van een perceel zorg moet dragen voor afvoer van afvloeiend hemelwater op of in de bodem of in oppervlaktewater. Voor zover dat redelijkerwijs niet van de perceelseigenaar kan worden gevergd, dienen de gemeenteraad en het college van burgemeester en wethouders daarvoor zorg te dragen. De wetgever heeft opgemerkt dat het lokaal, en zelfs per geval, kan verschillen welke maatregelen redelijkerwijs voor rekening moeten komen van de perceelseigenaar. In het gemeentelijk rioleringsplan ex artikel 4.22 van de Wet milieubeheer kan worden bepaald welke maatregelen een perceelseigenaar moet treffen, en wat van de gemeente kan worden verwacht.

> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2005-2006, 30 578, nr. 3, blz. 11 en 12. Deze memorie van toelichting heeft weliswaar betrekking op het inmiddels vervallen artikel 9a van de Wet op de waterhuishouding, maar, zoals gezegd, is de tekst van artikel 3.5 van de Waterwet nagenoeg gelijk aan de tekst van artikel 9a van de Wet op de waterhuishouding. Het gestelde in de parlementaire geschiedenis van artikel 9a van de Wet op de waterhuishouding is daarom ook relevant voor interpretatie van artikel 3.5 van de Waterwet.
> Opgemerkt wordt:
>
> "De hemelwaterzorgplicht heeft betrekking op het op een perceel verzameld hemelwater (van daken en verharde oppervlakken), waarvan de houder zich niet anders kan ontdoen dan door het aan de gemeente als "inzamelaar" over te dragen. De zorgplicht omvat in beginsel dan ook niet meer dan het door de gemeente aanbieden van een voorziening, waarin het hemelwater geloosd kan worden. Welke voorziening dit is maakt voor de zorgplicht niet uit (zo voldoet een gemengd riool ook, de perceelseigenaar kan het hemelwater immers kwijt), hoewel er beleidsmatig een voorkeur bestaat voor gescheiden riolen. Deze voorkeur is niet vastgelegd in de hiervoor voorgestelde zorgplicht, maar volgt uit het regenwaterbeleid en de hierin uitgesproken voorkeursvolgorde (zie ook paragraaf 10 van deze toelichting). In die zin heeft de hemelwaterzorgplicht kenmerken van die voor de inzameling en transport van huishoudelijk afvalwater; ook daarbij gaat het om het aanbieden van een voorziening. Het verschil is vooral dat bij de hemelwaterzorgplicht eerst wordt getoetst of de perceelseigenaar het hemelwater niet zelf kan afvoeren, terwijl het bij de afvalwaterzorgplicht juist niet de bedoeling is dat deze dat doet. Bij deze laatste zorgplicht wordt alleen actie van de perceelseigenaar verwacht wanneer het ondoelmatig is de voorziening door de gemeente aan te laten leggen en te beheren.

> Uit het voorgaande volgt dat de reikwijdte van de zorgplicht voor het hemelwater wordt bepaald door de gebiedsbegrenzing enerzijds en de eigen verantwoordelijkheid van particulieren anderzijds. Op particulier terrein is primair de eigenaar verantwoordelijk voor de afvoer van hemelwater, bij voorkeur naar oppervlaktewater of in de bodem (infiltratie). Pas indien dit redelijkerwijs niet van hem kan worden gevraagd heeft de gemeente een taak om het afvloeiend hemelwater verder af te voeren vanaf de grens van het particuliere perceel. Welke maatregelen in redelijkheid voor rekening van de perceelseigenaar zijn, zal lokaal en zelfs per geval kunnen verschillen. In het gemeentelijk rioleringsplan zal door de gemeente duidelijk moeten worden gemaakt welke maatregelen in beginsel van de perceelseigenaren worden verwacht, respectievelijk door de gemeente zelf worden genomen."

Ingevolge artikel 4.22, tweede lid, onder a van de Wet milieubeheer moet een gemeentelijk rioleringsplan ten minste een overzicht bevatten van de in de gemeente aanwezige voorzieningen voor de inzameling en verdere verwerking van afvloeiend hemelwater als bedoeld in artikel 3.5 van de Waterwet. Daarin kan worden opgenomen welke maatregelen de perceelseigenaren moeten treffen om afvloeiend hemelwater in te zamelen en te bergen, en welke maatregelen de gemeente zal treffen. Verder moet de gemeenteraad, in meer algemene zin, in het gemeentelijk rioleringsplan uitwerken hoe de zorgplicht voor het afvloeiend hemelwater wordt ingevuld.

> Zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2005–2006, 30 578, nr. 3, blz. 35 en 45.

Daarbij merken wij wel op dat het rioleringsplan alleen is bedoeld om richting te geven aan toekomstige samenhangende beslissingen. Met het rioleringsplan kunnen geen rechten of verplichtingen voor derden in het leven worden geroepen.

> Vgl. ABRS van 16 januari 2002, AB 2002, 204.

> En Kamerstukken II, vergaderjaar 2006-2007, 30 578, nr. 6, blz. 6:

> "In het gemeentelijk rioleringsplan dient de gemeente duidelijk te maken op welke wijze zij haar taak invult en zal uitvoeren; het plan kan geen verplichtingen opleggen aan derden maar bindt alleen de gemeente zelf. Verplichtingen aan derden kunnen slechts worden opgelegd in de vorm van algemeen verbindende voorschriften of in beschikkingen voor zover algemeen verbindende voorschriften daartoe een grondslag bieden.

Dit betekent dat het gemeentelijk rioleringsplan dus geen bestuurlijk instrument is, waarmee de aanleg en het beheer van vasthoudmaatregelen door derden kan worden afgedwongen. Dat kan wel via een gemeentelijke verordening ex artikel 10.32a van de Wet milieubeheer (zie hierna paragraaf 11.1 van dit rapport).

10.1.2 Bestemmingsplan

Op grond van de Wet ruimtelijke ordening kunnen de vasthoudmaatregelen ruimtelijk (planologisch) worden ingepast op het eigendom van particulieren door deze in het bestemmingsplan op te nemen. Dit is in lijn met de verplichting om bij ruimtelijke plannen rekening te houden met de gevolgen van het bestemmingsplan voor de waterhuishouding, en dit inzichtelijk te maken in de toelichting bij het bestemmingsplan (watertoets op grond van artikel 3.1.6., eerste lid, onder b, van het Besluit ruimtelijke ordening). Wij verwijzen naar hetgeen over het bestemmingsplan is opgemerkt in paragraaf 5.1.1 van dit rapport.

De vasthoudmaatregelen kunnen slechts in het eigendom van particulieren worden aangelegd, wanneer deze daarvoor toestemming verlenen. Door middel van het bestemmingsplan kan de medewerking van particulieren aan het treffen van de vasthoudmaatregelen namelijk niet worden afgedwongen. Een bestemmingsplan kan wel een bepaald gebruik van een perceel toestaan, maar geen verplichting in het leven roepen om die bestemming ook te verwezenlijken.

> Het bestemmingsplan is daarom ook wel aangemerkt als een vorm van "toelatingsplanologie".
> Zie prof. mr. P.J.J. van Buuren, mr. A.A.J. de Gier, prof. mr. A.G.A. Nijmeijer, mr. J. Robbe, Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, zevende druk, Deventer, 2009, blz. 39.

Daar komt bij dat ingevolge artikel 3.2.2 van het Besluit ruimtelijke ordening in het bestemmingsplan overgangsrecht moet worden opgenomen met betrekking tot het gebruik van de gronden. Tenzij gebruiksbeperkingen voortvloeien uit de Vogel- en Habitatrichtlijn moet in het bestemmingsplan worden opgenomen dat het gebruik van grond en bouwwerken dat bestond op het tijdstip van inwerkingtreding van het bestemmingsplan, en hiermee in strijd is, mag worden voortgezet. Ook om die reden kunnen geen vasthoudmaatregelen worden getroffen in het eigendom van particulieren, zonder toestemming van de rechthebbenden.

Direct daarmee hangt samen dat, wanneer de perceelseigenaren geen toestemming geven voor de verwezenlijking van de bestemming, onzeker is of de bestemming kan worden gerealiseerd.

> In een recente uitspraak van 24 februari 2010 overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat een in het bestemmingsplan opgenomen wijzigingsbevoegdheid uitvoerbaar was, omdat de eigenaren van de gronden waar de wijzigingsbevoegdheid op zag, anders dan appellanten hadden betoogd, wel degelijk toestemming hadden gegeven voor uitvoering van die bevoegdheid (zie ABRS 24 februari 2010, 200803170/1/R2, r.o.v., 2.10).

10.1.3 Onteigening

Wanneer particulieren geen medewerking willen verlenen aan het treffen en beheren van de vasthoudmaatregelen, en die maatregelen zijn opgenomen in een bestemmingsplan, dan kan de gemeente besluiten de gronden aan te kopen, of zelfs op grond van titel IV van de Onteigeningswet te onteigenen. Op die manier kan uitvoering van het bestemmingsplan worden verzekerd.

Onteigening moet worden beschouwd als een ultimum remedium. De mogelijkheid om gronden te onteigenen kwam in paragraaf 4.1.5 reeds aan de orde. Aangezien de mogelijkheid van onteigening voor het aanleggen en beheren van vasthoudmaatregelen niet anders is, verwijzen wij hier naar die paragraaf.

10.1.4 Opmerkingen ten overvloede

De gemeente is niet aangemerkt als "beheerder" in de zin van artikel 1.1. van de Waterwet. Aan gemeenten is immers niet een afzonderlijke taak opgedragen voor het beheer van watersystemen. De overheidszorg voor regionale watersystemen is, in de artikelen 3.2 van de Waterwet en 2, tweede lid, van de Waterschapswet, in beginsel neergelegd bij de waterschappen.

Dit is van belang, omdat alleen beheerders van watersystemen gebruik kunnen maken van de bevoegdheden uit de Waterwet. Gemeenten kunnen bij de invulling van de zorgplicht voor het afvloeiend hemelwater dus geen beroep doen op het instrumentarium uit de Waterwet.

Vgl. Groothuijse, a.w., blz. 53.

Dit betekent ook dat gemeenten waarschijnlijk niet kunnen deelnemen aan waterakkoorden als bedoeld in 3.7, eerste lid, van de Waterwet. Waterakkoorden kunnen immers alleen worden gesloten tussen beheerders van watersystemen binnen hetzelfde stroomgebieddistrict. In het tweede lid van artikel 3.7 is weliswaar bepaald dat de beheerders ook een ander openbaar gezag kunnen uitnodigen om deel te nemen aan de waterakkoorden, indien dat gezag "een waterstaatkundige taak" vervult die niet door de beheerders zelf wordt vervuld, echter in de Waterwet is de term: "een waterstaatkundige taak" niet gedefinieerd. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat het niet de bedoeling van de wetgever is om gemeenten deel te laten nemen aan waterakkoorden.

Zie:
- Groothuijse, a.w., blz. 109-110, en de volgende daar genoemde parlementaire stukken:
- Kamerstukken II, vergaderjaar 2007-2008, 30 818, nr. 7, blz. 18, en
- Kamerstukken II, vergaderjaar 1987-1988, 17 367, nr. 19.

De wijze waarop de gemeente haar zorgplicht voor afvloeiend hemelwater invult hangt uiteraard samen met het beheer van watersystemen. Om die reden zullen de taken en bevoegdheden van de gemeente moeten worden afgestemd op die van het waterschap. Blijkens de parlementaire geschiedenis moet die afstemming gebeuren in bestuursafspraken op basis van artikel 3.8 van de Waterwet. In dat artikel is bepaald dat waterschappen en gemeenten zorgdragen voor de met het oog op een doelmatig en samenhangend waterbeheer benodigde afstemming van taken en bevoegdheden waaronder het zelfstandige beheer van inname, inzameling en zuivering van afvalwater. Uiteraard kunnen waterschappen en gemeenten ook buitenwettelijke overeenkomsten sluiten, waarin hun taken en bevoegdheden op elkaar worden afgestemd.

Verder merken wij op dat in het Besluit glastuinbouw voor bepaalde soorten glastuinbouwbedrijven is voorgeschreven hoe het hemelwater moet worden opgevangen. Zo is in voorschrift 9, tweede lid, ten aanzien van glastuinbouwbedrijven type B, lozen type II, het volgende bepaald over de berging van afvloeiend hemelwater:

> "Indien hemelwater niet afkomstig is van een kas als bedoeld in het eerste lid, wordt het hemelwater opgevangen in een opvangvoorziening waarvan de inhoud ten minste 5 m^3/ha teeltoppervlak bedraagt bij dagelijkse toediening van gietwater onderscheidenlijk 30 m^3/ha teeltoppervlak bij niet dagelijkse toediening van gietwater."

Dit besluit richt zich niet tot overheidslichamen en daarom laten we het verder buiten bespreking.

10.2 Privaatrechtelijke instrumenten

Een vasthoudmaatregel is door het Hoogheemraadschap gedefinieerd als een voorziening waarmee hemelwater wordt vastgehouden zodat het niet of later naar het oppervlaktewater afvloeit. Voorbeelden van dergelijke vasthoudmaatregelen zijn regenwaterkelders, gietwaterbassins, grasdaken en waterpleinen. Om na te gaan welke privaatrechtelijke instrumenten andere overheden dan het Hoogheemraadschap ter beschikking hebben om vasthoudmaatregelen zoals hiervoor genoemd aan te leggen en deze voor langere tijd in beheer te hebben en te houden, is het noodzakelijk onderscheid te maken naar het type vasthoudmaatregel dat zou moeten worden aangelegd en in beheer en onderhoud zou moeten worden gehouden bij het betreffende overheidsorgaan. In het navolgende wordt hierop ingegaan. Wij gaan daarbij voorbij aan de vraag welk overheidsorgaan de bevoegdheid zou hebben de hier bedoelde vasthoudmaatregelen aan te leggen en in beheer te hebben en te houden.

Vooropgesteld moet worden dat er, uitzonderingen daargelaten, geen privaatrechtelijke instrumenten voorhanden zijn op basis waarvan een overheidsorgaan de eigenaar van een perceel en/of opstal kan dwingen toe te staan dat op zijn perceel en/of opstal een vasthoudmaatregel wordt aangelegd. Voordat derhalve wordt toegekomen aan de aanleg van een vasthoudmaatregel door een overheidsorgaan ligt het voor hand dat de eigenaar van het perceel en/of de opstal ter plaatse waarvan de vasthoudmaatregel zou moeten worden aangelegd en de publieksrechtelijke rechtspersoon een overeenkomst sluiten. Voorstelbaar is dat in deze overeenkomst ook wordt aangegeven of ten behoeve van deze publiekrechtelijke rechtspersoon, indien mogelijk, beperkte rechten worden gevestigd en welke dat dan zouden zijn en of kwalitatieve verplichtingen worden overeenkomen. Voorstelbaar is ook dat in een dergelijke overeenkomst een kettingbeding, al dan niet gekoppeld aan boeteclausule, wordt opgenomen. Overigens zal in een dergelijke overeenkomst ook aangegeven moeten worden dat de betreffende eigenaar zal meewerken aan de vestiging van de beperkte rechten en/of kwalitatieve verplichtingen.

10.2.1 Grasdak

In geval een grasdak moet worden aangelegd op een opstal dat toebehoort aan een ander dan de publiekrechtelijke rechtspersoon, zullen partijen hiertoe een overeenkomst moeten sluiten. Omdat het grasdak niet zelfstandig overdraagbaar is, ligt het niet voor de hand dat ten behoeve van de bedoelde publiekrechtelijke rechtspersoon beperkte rechten worden gevestigd. Ook een erfdienstbaarheid lijkt hier niet mogelijk aangezien het moeilijk voorstelbaar is dat een dienend en heersend erf kan worden aangewezen. Wel kan uiteraard een overeenkomst worden gesloten waarin een kwalitatieve verplichting is opgenomen inhoudende dat de eigenaar van de opstal de aanwezigheid van het grasdak duldt en dat de betreffende publiekrechtelijke rechtspersoon de gelegenheid wordt geboden om deze vasthoudmaatregel te beheren en te onderhouden. Zekerheidhalve zou in deze overeenkomst ook nog een kettingbeding kunnen worden opgenomen gekoppeld aan een boeteclausule. Hiermee is dan zeker gesteld dat voor zover hetgeen in de overeenkomst is opgenomen niet zou kunnen worden aangemerkt als een kwalitatieve verplichting, ook een opvolgende eigenaar is gebonden aan de gemaakte afspraken.

10.2.2 Waterpleinen

Ook voor het inrichten van een plein of anderszins als tijdelijke vasthoudmaatregel geldt dat hiertoe een overeenkomst noodzakelijk is. Anders dan bij het grasdak zal het veelal wel mogelijk zijn om ten laste van bijvoorbeeld een waterplein een beperkt recht te vestigen. Een erfdienstbaarheid ligt hier het meest voor de hand, al is het dan wel noodzakelijk dat (ook) een heersend erf kan worden aangewezen. Dat is het geval indien de watergang van waaruit in periodes van wateroverlast oppervlaktewater zou kunnen uitstromen naar het waterplein of anderszins, in eigendom is bij de publiekrechtelijke rechtspersoon ten behoeve waarvan de erfdienstbaarheid zou

moeten worden gevestigd. Ook is het mogelijk om in een overeenkomst kwalitatieve verplichtingen op te nemen.

10.2.3 Regenwaterkelder en gietwaterbassin

Met betrekking tot de aanleg van een regenwaterkelder en/of een gietwaterbassin geldt ook dat een overeenkomst noodzakelijk is om de aanleg hiervan mogelijk te maken en ook om zeker te stellen dat ook na aanleg ervan, beheer en onderhoud mogelijk is en blijft. Voor de aanleg van regenwaterkelders geldt hetzelfde als hetgeen is opgemerkt met betrekking tot waterbergingskelders (zie paragraaf 4.2). Het is derhalve mogelijk dat ter zake van een dergelijke kelder een opstalrecht wordt gevestigd ten behoeve van de betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon. Verder ligt het voor de hand dat teneinde beheer en onderhoud veilig te stellen ook kwalitatieve verplichtingen worden overeengekomen. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat indien de betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon een opstalrecht verkrijgt, er rekening mee moet worden gehouden dat regenwater dat wordt opgeslagen in een regenwaterkelder eigendom wordt van deze publiekrechtelijk rechtspersoon. Gesteld kan immers worden dat door de opvang van het regenwater in deze kelder een aan niemand toebehorende zaak in bezit is genomen (artikel 5:4 BW). Voorstelbaar is dat als het Hoogheemraadschap er inderdaad op aanstuurt dat de glastuinbouw in de nabije toekomst geen grondwater meer onttrekt en dat het opgevangen regenwater gebruikt gaat worden voor de besproeiing van gewassen en dergelijke, dat afspraken gemaakt moeten gaan worden met onder meer de perceelseigenaar – gesteld dat deze op zijn perceel een kas heeft – en anderen over de distributie van dit water en de prijs die daarvoor in rekening wordt gebracht.

Of en in hoeverre het voorgaande ook geldt voor een gietwaterbassin hangt met name af van de wijze waarop het gietwaterbassin is geconstrueerd. Als moet worden aangenomen dat het bassin niet zelfstandig is over te dragen geldt hetgeen hiervoor is opgemerkt over de aanleg van grasdaken en anders hetgeen is opgemerkt over de aanleg van regenwaterbufferkelders.

11 Welke zekerheid bieden deze publiek- en privaatrechtelijke instrumenten een waterschap en/of een ander overheidsorgaan en wat zijn de voor- en nadelen?

11.1 Publiekrechtelijke instrumenten

Het nadeel van een gemeentelijk rioleringsplan is dat het plan niet op rechtsgevolg is gericht en daarom geen rechten en plichten in het leven kan roepen voor burgers. In het plan kan wel uiteen worden gezet welke maatregelen van burgers worden verwacht, maar deze kunnen niet worden afgedwongen. Een bestemmingsplan kan evenmin een verplichting in het leven roepen om een daarin opgenomen bestemming te verwezenlijken.

Voordeel van het gemeentelijk rioleringsplan en van het bestemmingsplan is dat de gemeente daarmee wel een beleidsmatige grondslag voor de aanleg en het beheer van vasthoudmaatregelen kan creëeren. De plannen kunnen verder als basis dienen voor onderhandelingen met particulieren over het treffen van vasthoudmaatregelen ter plaatse van hun eigendommen die hen toebehoren.

Indien het belang van de bescherming van de bodem, van het oppervlaktewater of van de riolering daartoe noodzaakt, kan de gemeenteraad door middel van een verordening regels stellen met betrekking tot lozingen van afvloeiend hemelwater. Ook kan in de verordening een termijn worden bepaald, waarbinnen het lozen van afvloeiend hemelwater op het openbaar waterriool moet worden beëindigd. De mogelijkheid om bij verordening gebiedsgerichte regels te stellen is aangekondigd in de brief over de herijking van het regenwaterbeleid en is vastgelegd in artikel 10.32a van de Wet milieubeheer.

Artikel 10.32a van de Wet milieubeheer luidt als volgt:

> "1. De gemeenteraad kan bij verordening bepalen dat:
> a. bij het brengen van afvloeiend hemelwater of van grondwater op of in de bodem of in een voorziening voor de inzameling en het transport van afvalwater, wordt voldaan aan de in die verordening gestelde regels,
> en
> b. het brengen van afvloeiend hemelwater of van grondwater in een voorziening voor de inzameling en het transport van stedelijk afvalwater binnen een in die verordening aangegeven termijn wordt beëindigd."

Het vaststellen van gebiedsgerichte regels vergt een integrale afweging door de gemeente, de waterbeheerder en andere betrokken partijen. Voor het creëren van de mogelijkheid om de gebiedsgerichte regels bij verordening te stellen, is gekozen om te voorkomen dat het stellen van gebiedsgerichte regels door middel van een nadere eis per individuele lozer zou moeten plaatsvinden. Dat zou leiden tot hoge administratieve en bestuurlijke lasten en daarmee het in de praktijk brengen van het resultaat van de integrale afweging kunnen frustreren. Uiteraard zal bij het voorbereiden van de verordening ook de vraag aan de orde zijn of het voldoen aan de daarin gestelde regels in redelijkheid van de lozers kan worden gevergd. De gemeente zal moeten bezien welke kosten de regels met zich meebrengen voor de individuele lozers en of deze redelijk zijn. Dat geldt ook voor het stellen van een termijn waarbinnen lozing op het openbaar vuilwaterriool moet worden beëindigd. Dat neemt niet weg dat het mogelijk is om de aanleg en het beheer van vasthoudmaatregelen via een gemeentelijke verordening ex artikel 10.32a van de Wet milieubeheer af te dwingen.

Wanneer geen toestemming is verkregen voor de aanleg en het beheer van de vasthoudmaatregelen bestaat de mogelijk om deze te treffen op grond van titel IV van de Onteigeningswet. De aanleg en het beheer van de vasthoudmaatregelen moet dan wel zijn vastgesteld in een bestemmingsplan. Nadeel van titel IV van de Onteigeningswet is dat een onteigening moet worden gezien als een ultimum remedium. Dit betekent dat eerst tot onteigening kan worden overgegaan, nadat is aangetoond dat onteigening nuttig, noodzakelijk en urgent is.

11.2 Privaatrechtelijke instrumenten

In de paragraaf 6.2 is reeds ingegaan op de voor en nadelen van de diverse hierboven besproken privaatrechtelijke instrumenten. Daarbij is ook aangegeven in hoeverre deze instrumenten het Hoogheemraadschap de zekerheid bieden dat open- en alternatieve waterbergingen kunnen worden aangelegd op het terrein dat in eigendom is bij een derde en dat deze waterbergingen voor lange tijd in beheer en onderhoud bij het Hoogheemraadschap kunnen blijven. Hetgeen daar is opgemerkt heeft ook te gelden voor vasthoudmaatregelen die worden aangelegd, beheerd en onderhouden door bijvoorbeeld een gemeente indien deze vasthoudmaatregelen op percelen en/of opstallen die in eigendom zijn bij anderen dan de gemeente worden gesitueerd. Om die reden wordt kortheidshalve verwezen naar deze paragrafen.

12 Ten slotte

Uit de door u verstrekte informatie, waaronder de toelichting op de Overeenkomst Waalblok en de Factsheet 4B concept Water en project Waalblok, maken wij op dat ook een belangrijke doelstelling van het 4B concept Water is dat in de nabije toekomst de onttrekking van grondwater als gietwater wordt beperkt of zelfs gestaakt en dat regenwater opgevangen gaat worden in een gietwater- of regenwaterkelder. Uit de overgelegde stukken maken wij op dat niet is uitgesloten dat ook andere tuinders dan degene(n) op wiens perceel of percelen de regenwaterkelder gerealiseerd moet gaan worden regenwater aanleveren. Ervan uitgaande dat overeenkomstig de Overeenkomst Waalblok de regenwaterkelder eigendom is van de tuinder op wiens perceel deze kelder zich bevindt, kan zich de vraag voordoen of de andere tuinders na aanlevering van het gietwater nog wel aanspraak kunnen maken op het in deze opgevangen regenwater. In dat verband doet zich derhalve de vraag voor wie eigenaar is van het in die kelder opgevangen regenwater. Gezien de doelstelling van het 4B concept Water lijkt het aannemelijk dat deze eigendoms- en distributievraag een belangrijk onderwerp gaat worden. Wij merken echter op dat in dit advies slechts kort op dit onderwerp is ingegaan.