HOUTHOFF

Notitie

Alleen per e-mail

Aan	Provincie Groningen
	[redacted]
Datum	8 april 2022
Betreft	Advies Project Dubbele Dijk
Referentie	680000308/27871274.5

Mr. J.F. de Groot MRICS
Advocaat | Partner
T +31 20 605 65 44
F +31 20 605 67 04
M +31 6 5152 7324
E j.de.groot@houthoff.com
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

1. Adviesvraag

1.1. Om advies is voorgelegd de vraag wat de positie was van de Provincie Groningen ("**de Provincie**") ter zake het verkrijgen van de beschikking over gronden bij het pilotproject van aanleg van de Dubbele Dijk. Concreet ligt de vraag voor of het verkrijgen van de gronden van BB Registergoed B.V. ("**BBR**") in erfpacht vermijdbaar was, bijvoorbeeld door middel van onteigening.

1.2. Op dit moment wordt geen advies verlangd ten aanzien van de vraag of het aangaan van de erfpachtovereenkomst voldoet aan de eisen die de regelgeving omtrent het verlenen van staatssteun daaraan stellen en, zo neen, welke remedies de Provincie eventueel ten dienste staan. Indien in een later stadium daarover advies zou worden verlangd, verneem ik dat graag.

2. Stukken

2.1. Ten behoeve van de verzochte advisering zijn de navolgende stukken ter beschikking gesteld:

a. Feitenrelaas ten behoeve van Provinciale Staten d.d. 18 mei 2021 ("**het Feitenrelaas**");

b. Erfpachtovereenkomst tussen BB Registergoed B.V. en de Provincie (21 december 2016) ("**de Erfpachtovereenkomst**");

c. Inpassingsplan Dijkverbetering Eemshaven-Delfzijl (2016);

d. Inpassingsplan Dubbele Dijk (2020);

e. Haalbaarheidsstudie Multifunctionele Dubbele Keringzone Eemshaven Delfzijl (WadLAB 2015);

f. Overzicht eigenaren in het gebied.

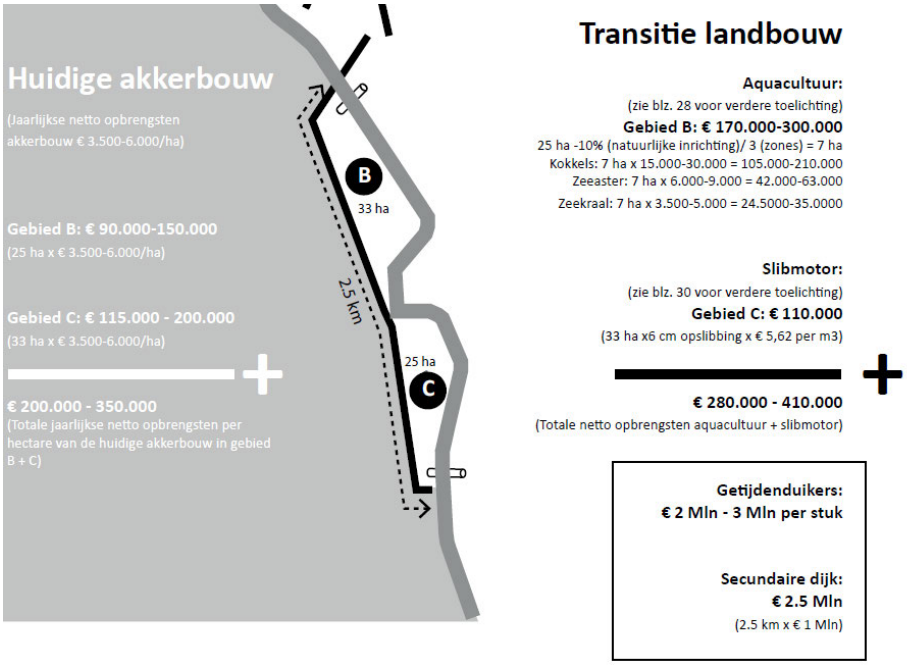
3. Feiten

3.1. Op 28 september 2016 hebben Provinciale Staten van de Provincie ("**PS**") het provinciale inpassingsplan 'Dijkverbetering Eemshaven-Delfzijl' vastgesteld ("**PIP-DED 2016**"). Dit plan is onherroepelijk geworden bij uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 24 mei 2017 ("**de Uitspraak**").[1]

3.2. Het PIP-DED volgt uit het landelijke Hoogwaterbeschermingsprogramma en beoogt via een 'pilotproject' met een innovatief concept invulling te geven aan de doelstellingen van dit programma ("**het Pilotproject**"). Ter plaatse waar dit Pilotproject zou moeten worden uitgevoerd, was het dijktraject Eemshaven-Delfzijl als primaire waterkering over een lengte van ongeveer 11 kilometer afgekeurd, zodat verbetering van deze waterkering spoedeisend was.

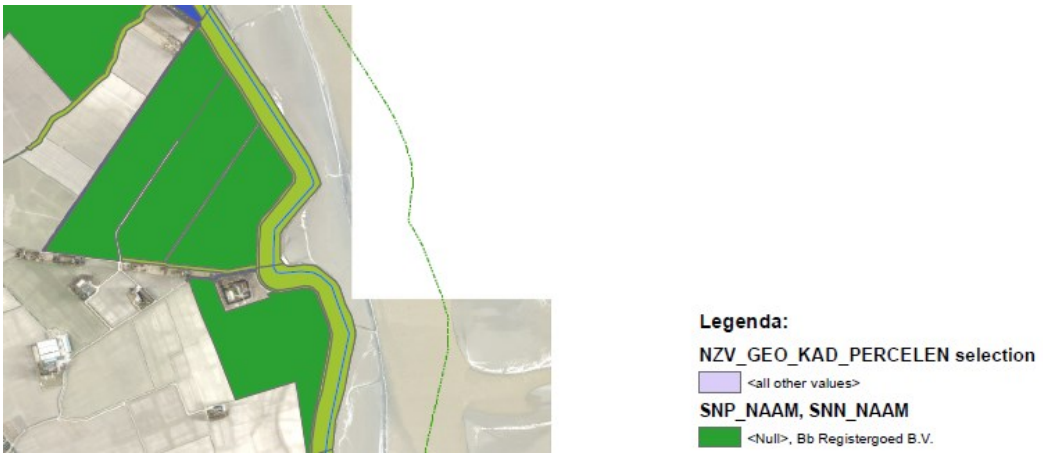
3.3. Het innovatieve concept voorziet concreet in het niet op hoogte brengen van de (hogere) primaire dijk, maar het op enige afstand van de primaire dijk aanleggen van een tweede (laegere) dijk ("**Dubbele Dijk**"), waarbij wordt geaccepteerd dat in bepaalde situaties van hoog water de eerste dijk overloopt en het gedeelte tussen de eerste en de tweede dijk wordt gevuld met zilt water. De komberging die ontstaat, kan worden gebruikt voor natuur en/of landbouw.

3.4. In de Haalbaarheidsstudie van WadLAB (2015) ("**de Haalbaarheidsstudie**") is het pilotproject als volgt schematisch weergegeven (p. 37):



[1] ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1381.

3.5. Ter plaatse van een gedeelte van de geprojecteerde Dubbele Dijk, in het schema in het vorige randnummer aangeduid met de letters B en C, heeft het landbouwbedrijf Bakker Bierum, via de vennootschap BBR, een belangrijke eigendomspositie. Deze positie is met de donkergroene kleur aangeduid op onderstaand kaartgedeelte:



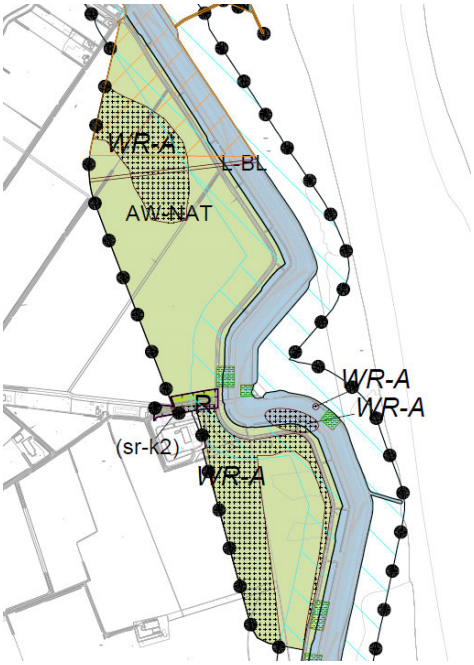
3.6. In de toelichting bij het PIP-DED 2016 (p. 24) lezen we de navolgende algemene beschrijving van het Pilotproject (aldaar ook aangeduid als 'koppelproject'):

> De dubbele dijk vervult drie doelstellingen, innovatie in de landbouw, natuurwinst en waterveiligheid voor de lange termijn. Door de realisatie van een tweede dijk achter de huidige dijk en het realiseren van een getijdeduiker door de primaire kering, wordt innovatie op het gebied van waterveiligheid en landbouw in de praktijk gebracht. Gelijktijdig worden de natuurwaarden langs de kust versterkt. Door de getijdenwerking in het gebied tussen de oude en de nieuwe dijk dit gebied als een soort kweldersysteem werken en fungeren als slibvang. Het gebied wordt daardoor langzaam opgehoogd. Deze slibvang draagt bij aan het terugdringen van de vertroebeling in de Eems-Dollard. Hieronder is dit koppelproject gevisualiseerd. In figuur 3.10 is dit koppelproject gevisualiseerd.

Figuur 3.10 waarnaar wordt verwezen, ziet er als volgt uit (toelichting, p. 25):

Figuur 3.10 Dubbele dijk

3.7. Het PIP-DED 2016 kent ter plaatse van de eigendommen van BBR de volgende bestemmingsregeling, tot uitdrukking komend in de verbeelding bij het PIP:



3.8. Waar later de Dubbele Dijk is aangelegd, grofweg langs de met bolletjeslijn aangegeven plangrens ter linkerzijde, hebben de gronden de bestemming 'Agrarisch met waarden – Natuur en landschap'. Volgens de bestemmingsregels (artikel 3) geldt aldaar het volgende:

> De voor 'Agrarisch met waarden - Natuur en landschap' aangewezen gronden zijn bestemd voor:
>
> a. het agrarisch grondgebruik met uitzondering van bosbouw en houtteelt;
> b. cultuurgrond;
> c. visserij;
> d. het behoud, het herstel en de ontwikkeling van de landschappelijke, bodemkundige, archeologische, landschapsecologische, hydrologische en/of natuur(wetenschappe)lijke waarden;
> e. waterkerende en/of waterstaatkundige voorzieningen;
> f. gronddepot;
>
> met daaraan ondergeschikt:
>
> g. onderzoeksdoeleinden;
> h. kleiwinning;
> i. slibinvang;
> j. slibdepot
> k. nutsvoorzieningen;
> l. extensief dagrecreatief medegebruik;
> m. wegen en paden;
> n. sloten en/of andere watergangen;
>
> met de daarbij behorende:
>
> o. bouwwerken, geen gebouwen zijnde.

3.9. Volgens de regels is aldaar derhalve de aanleg van een waterkerende voorziening, zoals de dubbele dijk, toegestaan. Daaraan doet niet af dat ter plaatse van de Dubbele Dijk geen afzonderlijke 'vrijwaringszone' is opgenomen, zoals dat wel voor de primaire dijk blijkens de verbeelding is gebeurd. Zie de blauw gestreepte arcering in onderstaande legenda bij de verbeelding van het PIP-DED 2016:

3.10. Over de beschikbaarheid van de gronden voor de uitvoering van het Pilotproject wordt in de toelichting op het PIP-DED 2016 het volgende opgemerkt (p. 83):

> De dijkverbetering wordt grotendeels op de gronden van waterschap Noorderzijlvest uitgevoerd. Deze gronden zijn gereserveerd, en dus beschikbaar voor de dijkverbetering. Voor enkele percelen is echter meer grond nodig dan de strook die het waterschap in bezit heeft. Hier wordt met de betreffende grondeigenaren over gesproken om tot verwerving over te kunnen gaan. Voor de meekoppelprojecten geldt dat deze op de gronden van de betreffende verantwoordelijke partij plaatsvinden.

3.11. Zoals vermeld, is het PIP-DED 2016 – voor zover het betreft het onderhavige dijkgedeelte – onherroepelijk geworden bij de Uitspraak. Aan de Uitspraak wordt het volgende ontleend:

> 4. Provinciale staten hebben in het verweerschrift toegelicht dat zij vanwege de noodzaak om de procedure voor de dijkverbetering snel te doorlopen het project "dubbele dijk" planologisch in het inpassingsplan hebben mogelijk gemaakt. Evenwel was het van begin af aan de bedoeling om het project alleen te realiseren als op vrijwillige basis overeenstemming kon worden bereikt over het gebruik van de gronden. Inmiddels is overeenstemming bereikt met de eigenaar van het grootste deel van de benodigde gronden en staat vast dat het project ook zonder gebruik van de gronden van [appellant] kan worden gerealiseerd. Provinciale staten verzoeken om het beroep van [appellant] voor zover dit is gericht tegen de bestemming "Agrarisch met waarden- Natuur en landschap" gegrond te verklaren en deze bestemming te vernietigen.

3.12. De eigenaar waarmee inmiddels overeenstemming werd bereikt, waarop in deze overweging wordt gedoeld, is BBR.

3.13. Uit het Feitenrelaas volgt dat bij de uitvoering van het Pilotproject een aantal strikte randvoorwaarden gold, zowel ten aanzien van de aard van de locatie waar de Dubbele Dijk gerealiseerd zou kunnen worden, als ten aanzien van de doorlooptijd. Ten aanzien van de locatie: de grond moest laag genoeg liggen om het proces van opslibbing kans te geven, de hoeveelheid slib ter plaatse in de Eems-Dollard moest dusdanig zijn dat er een goede balans was tussen slibinvang en voldoende schoon water voor aquacultuur en het stuk grond moest schoon genoeg zijn. Ten aanzien van de doorlooptijd: vanwege de veiligheidsrisico's door aardbevingen moest de dijkversterking Eemshaven-Delfzijl snel gerealiseerd worden. De planning was om in 2016 met de dijkversterking te starten en deze eind 2019 af te ronden.

3.14. Nadat eind 2014 tot medio 2015 zowel vanuit Hoogwaterveiligheid als natuur en nieuwe vormen van economisch landgebruik haalbaarheidsstudies waren uitgevoerd, bleek dat het concept van de Dubbele Dijk een potentieel nieuwe vorm van dijkversterking kon zijn en dat dit ook meer economische waarde kon opleveren per hectare. Het concept van de Dubbele Dijk werd voorgelegd aan alle aanliggende agrariërs in de vorm van een interessepeiling, waarbij het noodzakelijke tempo van de dijkversterking leidend was gezien de toen actuele aardbevingsrisico's. Alleen Bakker Bierum (BBR) toonde interesse en had voldoende ruimte beschikbaar. Omdat de gronden van BBR aan de criteria voor het Pilotproject voldeden, werd eind 2015 door de Provincie, in samenwerking met het waterschap Noorderzijlvest en het landelijke Hoogwaterbeschermingsprogramma, besloten om het Pilotproject van een Dubbele Dijk op de gronden van BBR uit te werken. Het ontwerp werd berekend op waterveiligheid gedurende 25 jaar. Daarna zou de dijk opnieuw worden getoetst en zou worden bepaald in hoeverre het Pilotproject definitief als dijkconcept kan worden gehanteerd, of dat de primaire dijk weer versterkt moet worden.

3.15. Eind 2015, toen de plannen definitief vorm kregen, werden de gesprekken met BBR opgestart teneinde de beschikking te verkrijgen over de noodzakelijke gronden. Uit het Feitenrelaas volgt dat er geen andere grondeigenaren waren met grond die voldeed aan alle voorwaarden en die bereid waren om mee te werken. BBR gaf, als enige, aan wel mee te willen werken voor de duur van het Pilotproject. BBR was echter niet bereid om de grond te verkopen. Koop of ruil is, zo volgt uit de stukken, in de eerste helft van 2016 wel uitdrukkelijk onderzocht.

3.16. In het Feitenrelaas is het volgende vermeld:

> *"Een dwingende juridische grondslag voor koop of onteigening ontbrak echter, het was immers een nieuw concept en een alternatief voor de dijkversterking was voorhanden.*
>
> *Omdat het HWBP eenmalig de kans bood om dit unieke project te realiseren (de dijkversterking moest immers in 2016 starten), is uiteindelijk in juli 2016 besloten om de gronden te pachten."*

3.17. Op basis van dit besluit, dat op 21 december 2016 werd geformaliseerd met de Erfpachtovereenkomst, waarover hierna, hebben Gedeputeerde Staten van Groningen ("**GS**") op 12 juli 2016 de voordracht aan PS gedaan tot vaststelling van de PIP-DED 2016. Aan deze voordracht wordt het volgende ontleend:

> De primaire waterkering tussen de Eemshaven en Delfzijl voldoet niet aan het vereiste veiligheids-niveau uit de Waterwet. In verband daarmee en gelet op de mogelijke effecten van aardbevingen op de stabiliteit van de betrokken dijk wil het waterschap Noorderzijlvest de dijk versneld versterken.
> De voorziene dijkversterking tussen Eemshaven en Delfzijl is uitgewerkt als een integraal plan waarbij meerdere koppelprojecten vanuit gemeenten, provincie Groningen en private partijen zijn uitgewerkt. De goedkeuring van GS aan de dijkversterking die noodzakelijk is vanuit de Waterwet, wordt vormgegeven door middel van het opstellen van een provinciaal inpassingsplan (PIP). Daarnaast regelt het PIP de ruimtelijke reservering van de dijkversterking. Met de dijkversterking wordt gewerkt aan een brede integrale gebiedsopgave die naast waterveiligheid gericht is op het versterken van de natuurwaarden, recreatieve voorzieningen, innovatieve landbouw en windturbines.
>
> Dit heeft geleid tot een projectplan van het waterschap voor de dijkversterking (inclusief het aardbevingsbestendig maken van de dijk) waarbinnen de volgende projecten integraal uitgevoerd kunnen worden:
> - Stadsstrand Marconi
> - Recreatieve voorzieningen (Kiek over diek, enkele recreatieve elementen)
> - Rijke dijk (natuurlijker inrichting overgangszone dijk-zee)
> - Dubbele dijk (innovatief dijkconcept gecombineerd met slibwinning, natuur en zilte teelt)
> - Mogelijk 3 windturbines op de Oostpolderdijk (traject langs Eemshaven Zuid-Oost).

3.18. Over de kosten van het (koppel)project Dubbele Dijk stelt de voordracht:

> De kosten van de drie projecten, Kiek over Diek, Rijke dijk en Dubbele dijk (landbouw en natuurdeel) die gekoppeld zijn aan de dijkversterking worden vanuit de provincie Groningen gefinancierd. Voor deze projecten is ook geld beschikbaar gesteld vanuit het Waddenfonds en van het innovatieprogramma vanuit het Hoogwaterbeschermingsprogramma.

3.19. PS hebben op 28 september 2016 het PIP-DED 2016 vastgesteld.

3.20. In de eerdergenoemde vergadering van GS van 12 juli 2016 waarin de voordracht tot vaststelling van het PIP-DED 2016 werd vastgesteld, werd ook besloten ten aanzien van het onderwerp 'financiering Dubbele Dijk'. Waar op 24 mei 2016 nog was besloten om tot aankoop van de benodigde gronden over te gaan, zo volgt uit de besluitvormingsstukken, werd op 12 juli 2016 besloten om een erfpachtovereenkomst te sluiten omdat de eigenaar niet wilde verkopen. Aan de betreffende stukken wordt het volgende ontleend:

> In de betreffende afdelingsnota wordt voorgesteld om itt het besluit van 24 mei toch een pachtconstructie aan te gaan met de eigenaar van de gronden. Met de eigenaar van de gronden zijn gesprekken gevoerd over verkoop van de grond. Deze wil deze gronden niet verkopen, echter wel voor de duur van het project (26 jaar) beschikbaar stellen (erfpacht). In principe sluit deze gedachte aan op het concept van het project, namelijk dat het als pilot uitgevoerd wordt. Bij de verwerving/pacht van de gronden wordt rekening gehouden met de toekomstige waarde van de grond bij zilte teelt. Met betrekking tot de pacht van de gronden is een staatssteun-toets uitgevoerd door Trip Advocaten en BJC. Daarbij is de uitkomst dat de voorgestelde constructie naar verwachting past binnen de regels die hiervoor gelden.
> *Beslispunten:*
> 1. In beginsel verwerven van de gronden voor de dubbele dijk middels een pachtconstructie (erfpacht) en dit nader uitwerken - met van belang zijnde ontbindende voorwaarden – in een overeenkomst met de eigenaren.
> 2. Betalen van maximaal € 8,4 miljoen voor de verwerving van de grond.
> 3. Afdekken van het maximale risico van € 5,1 miljoen ten laste van PLG2 .
> 4. Terug laten vloeien van aanbestedingsvoordelen Rijke Dijk, Broedeiland en Dubbele Dijk van in totaal € 1,64 miljoen naar het PLG2.
> 5. Instemmen met scenario 2 (stichting₁ taakstellend budget meegeven van € 2,0 miljoen).
> 6. Kennis nemen van de zaken waarop we op dit moment geen volledig zicht hebben.

3.21. Tot het aangaan van de erfpachtovereenkomst met BBR werd besloten in de vergadering van GS van 20 december 2016:

> In deze afdelingsnota wordt vermeld dat de onderhandelingen met de grootste grondeigenaar zijn afgerond en wordt aangegeven welke afspraken wij overeen zijn gekomen voor de benodigde gronden. Er wordt gesproken over verschillende scenario's en de maximale risico's die daarbij gelden. Met het akkoord is een bedrag gemoeid van afgerond € 8,3 miljoen: een eenmalige canon incl. snijschade plus een bedrag van €120.000 (0,8 ha). Hiermee komt de totale prijs voor de gronden (erfpachtconstructie) uit op ruim € 8,4 miljoen. Exact uitgerekend werd het bedrag - besluitvorming GS 12 juli 2016 - overschreden met € 43.157.
> *Beslispunt:*
> 1. Instemmen met het verwerven van de grond voor de periode van 26 jaar, hetgeen nagenoeg past binnen de kaders zoals op 12 juli jl. door uw college zijn vastgesteld.

3.22. Vervolgens is door ondertekening op 21 december 2016 de Erfpachtovereenkomst tussen BBR en de Provincie tot stand gekomen. In de considerans van de Erfpachtovereenkomst is het navolgende vermeld:

C. de Provincie wenst invulling te geven aan het Pilotproject en op 28 september 2016 hebben provinciale staten van de Provincie het daartoe strekkende provinciale inpassingsplan ("Dijkverbetering Eemshaven-Delfzijl") vastgesteld;

D. het sub C. vermelde inpassingsplan is ten tijde van het sluiten van de Overeenkomst nog niet onaantastbaar en/of onherroepelijk geworden;

E. Bakker Bierum is bekend met het Pilotproject en met het sub C. vermelde inpassingsplan en Bakker Bierum onderkent de urgentie van de uitvoering van het Pilotproject;

F. Bakker Bierum is bereid medewerking te verlenen aan de uitvoering van het Pilotproject door middel van het vestigen van het Erfpachtrecht ten behoeve van de Provincie; en

G. de Partijen hebben met elkaar de nodige gesprekken en onderhandelingen gevoerd omtrent het te vestigen Erfpachtrecht en de Erfpachtvoorwaarden en de Partijen wensen de tussen hen bereikte wilsovereenstemming vast te leggen in de Akte;

3.23. In de Erfpachtovereenkomst is overeengekomen dat de Provincie aan BBR voor de erfpacht van een perceel grond gelegen aan en nabij Nieuwstad, Oudedijk te Bierum, kadastraal bekend gemeente Bierum, sectie M, nummers 182, 185, 407, 408, 495 en 497, groot circa 50.53.33 ha, een eenmalige canon verschuldigd is van EUR 7.908.000,= alsmede een vergoeding wegens snijschade van EUR 373.000,=. Hoewel dit niet uit de Erfpachtovereenkomst blijkt, heb ik begrepen – en dit volgt ook uit de hiervoor besproken GS-stukken en het hierna te bespreken Inpassingsplan Dubbele Dijk – dat de erfpacht is gevestigd voor de duur van 26 jaren. In de Erfpachtovereenkomst is voorts het volgende overeengekomen (artikel 7):

7.1 Voor zover rechtens mogelijk, verplicht de Provincie zich jegens Bakker Bierum om geen enkele (rechts)handeling te verrichten die kan leiden tot:

a. een wijziging van de publiekrechtelijke bestemming van de Erfpachtzaak of een gedeelte daarvan; en

b. gehele of gedeeltelijke onteigening van het Erfpachtrecht en/of de Erfpachtzaak.

7.2 Het bepaalde in Artikel 7.1 is van toepassing vanaf het moment waarop het in de overwegingen vermelde provinciale inpassingsplan onaantastbaar en/of onherroepelijk zal zijn geworden en uitsluitend zolang het Erfpachtrecht bestaat.

7.3 Het bepaalde in Artikel 7.1 is niet van toepassing indien de Provincie (dan wel haar bestuurorganen) krachtens de wet of enig wettelijk voorschrift verplicht is/zijn en/of zal/zullen zijn:

a. om de publiekrechtelijke bestemming van de Erfpachtzaak of een gedeelte daarvan te wijzigen; of

b. om het Erfpachtrecht en/of de Erfpachtzaak geheel of gedeeltelijk te onteigenen.

Het bepaalde in artikel 7.3 heeft weinig substantie, nu een overheidslichaam nimmer *ex lege* verplicht is om een publiekrechtelijke bestemming te wijzigen of om tot onteigening over te gaan. Van belang is dat de Provincie zich met artikel 7 heeft verbonden tot een inspanningsplicht om de publiekrechtelijke bestemming van de (erfpacht)gronden van BBR niet te wijzigen en niet tot onteigening over te gaan.

3.24. Op 18 november 2020 hebben PS vastgesteld het Inpassingsplan Dubbele Dijk ("**PIP-DD 2020**"), dat in hoofdzaak de erfpachtgronden van BBR betreft. Dit plan, dat een gedeeltelijke herziening betreft van het PIP-DED 2016, is onherroepelijk geworden. Aan de toelichting bij het PIP-DD 2020 wordt het volgende ontleend:

> Het plangebied heeft in het moederplan een agrarische bestemming gekregen om de volgende doelstelling mogelijk te maken: zilte landbouw en aquacultuur, slibwinning en natuurontwikkeling. Deze doelstelling is ongewijzigd, maar sinds 2016 is er meer kennis vergaard over hoe de nieuwe functies eruit gaan zien. Voor goede gebruiksmogelijkheden blijken meer bebouwingsmogelijkheden en infrastructurele voorzieningen nodig te zijn dan ten tijde van het opstellen van het moederplan was voorzien. Deze verkregen kennis maakt een herziening van het moederplan noodzakelijk.

1.2 Meekoppelproject Dubbele dijk

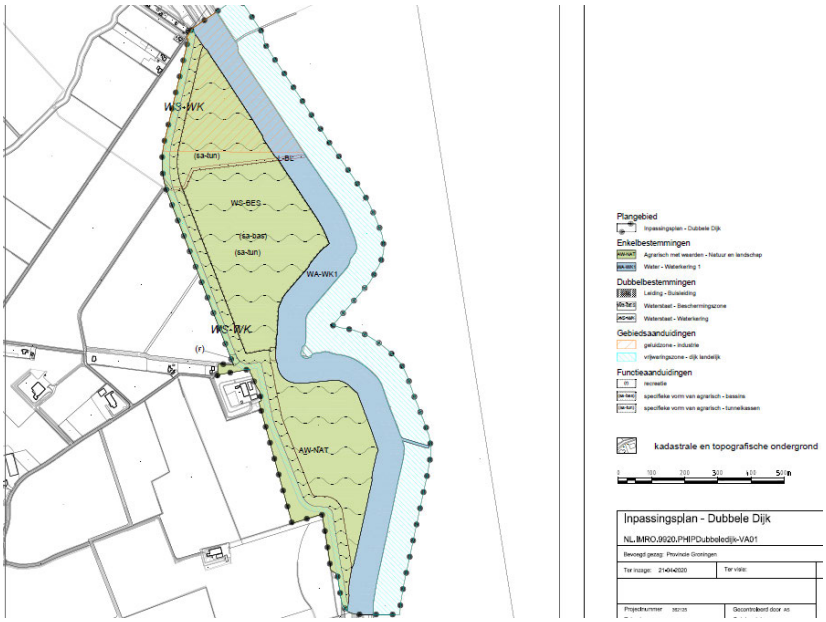
Tussen de Eemshaven en Delfzijl is de primaire kering versterkt. Hiermee voldoet de zeedijk tussen Eemshaven en Delfzijl aan het vereiste veiligheidsniveau. Naast het primaire doel van de dijkverbetering heeft de dijkversterking koppelkansen geboden voor andere projecten, zoals de toepassing van nieuwe dijkprojecten uit het landelijk Deltaprogramma. Een van deze concepten is de Dubbele Dijk.
Dit project bestaat een tweede dijk achter de primaire kering tussen Nieuwstad en Hoogwatum. Deze tweede dijk is inmiddels gerealiseerd. In de buitenste kering, wordt nog een getijdeduiker aangelegd, waardoor tussen de twee dijken een gebied met getijdewerking ontstaat: het tussengebied.
De provincie Groningen wil het noordelijke deel van het tussengebied gebruiken voor vormen van zilte landbouw en aquacultuur. In het zuidelijke deel van het tussengebied zal slibinvang plaatsvinden. Hoofdstuk 3 bevat meer informatie over de doelstellingen van het project.
De Dubbele dijk maakt onderdeel uit van het Programma Eems-Dollard 2050 en is als demonstratieproject binnen het Hoogwaterbeschermingsprogramma aangewezen.

6.2 Economische uitvoerbaarheid

De provincie heeft de gronden voor het pilotproject Dubbele Dijk voor een periode van 26 jaar in erfpacht gekregen van de grondeigenaar. Eind 2042 moet het terrein in oorspronkelijke staat door de provincie aan de grondeigenaar worden teruggeleverd. Dit is vastgelegd in de erfpachtovereenkomst tussen provincie en grondeigenaar.

Het waterschap is verantwoordelijk voor de waterveiligheidsopgave en de aanleg van de achterliggende kering. De provincie Groningen is verantwoordelijk voor het realiseren van de slibvang, de inrichting en de exploitatie van het tussengebied voor zilte en aquatische landbouw.

3.25. De bij het PIP-DD 2020 behorende verbeelding laat het volgende zien, waarbij opvalt dat ter plaatse van de (ten tijde van de vaststelling reeds gerealiseerde) Dubbele Dijk thans wel een 'vrijwaringszone – dijk landelijk' is opgenomen:



3.26. Op basis van vorenstaand feitencomplex kom ik thans tot een beoordeling van de voorgelegde vraag.

4. Beoordeling

4.1. Vastgesteld moet worden dat het PIP-DED 2016 aan de gronden van BBR een bestemming gaf die de realisering van een waterkerende of waterstaatkundige voorziening, zoals een (tweede) dijk, mogelijk maakte. Voor het voeren van een formele onteigeningsprocedure zou, naast het inpassingsplan, nog wel een concrete inrichtingstekening noodzakelijk zijn, zodat de Provincie ten overstaan van de Kroon als het ter zake onteigening besluitvormende orgaan duidelijk zou kunnen maken welk grondbeslag precies nodig zou zijn voor de realisering van de Dubbele Dijk. Uit het Feitenrelaas volgt dat BBR niet bereid was om diens gronden te verkopen.

4.2. Tot uitgangspunt moet derhalve worden genomen dat voor onteigening door de Provincie in 2016 in beginsel een planologische basis zou bestaan. Daaraan doet niet af dat de planologische basis voor de Dubbele Dijk met het PIP-DD 2016 nadien verder is verbijzonderd.

4.3. Vervolgens is het de vraag of ook aan de overige vereisten voor onteigening zou kunnen worden voldaan, en – maar dat valt in feite buiten een strikt juridische beoordeling – of onteigening in dit geval beleidsmatig het meest aangewezen was. Daartoe heeft het volgende te gelden.

4.4. Allereerst zou bekeken moeten worden welke gronden de Provincie zou moeten c.q. zou kunnen onteigenen. De Provincie zou in elk geval de ondergrond van de te realiseren Dubbele Dijk nodig hebben. Als zijnde een waterstaatkundig werk, zou de Provincie daartoe stellig een onteigeningstitel hebben gekregen. Zelfrealisatie van dit werk zou, naar verwachting, niet aan de orde zijn,[2] nog daargelaten dat niet voorstelbaar is dat BBR ter zake specifiek de realisatie van de Dubbele Dijk zich op dit verweer zou beroepen. Ook ten aanzien van de toetsingsgronden 'noodzaak' en 'urgentie' zou ik geen beletselen zien. Het feit dat voor de Dubbele Dijk ook een alternatief mogelijk zou zijn, in de vorm van (verdere) verhoging van de primaire dijk, doet er niet aan af dat PS er vanuit hun planologische en beleidsmatige bevoegdheden voor mogen kiezen om het Pilotproject uit te voeren, ook voor zover dat voorziet in de aanleg van een (extra) dijk meer landinwaarts. Nu PS het PIP-DED 2016 heeft vastgesteld, is het publiek belang bij de uitvoering van het Pilotproject als zodanig gegeven, en zal dit ook als zodanig door de Kroon en de onteigeningsrechter beoordeeld worden. De urgentie is gegeven met de noodzaak tot het treffen van dijkversterkingsmaatregelen op korte termijn, volgend uit het Hoogwaterbeschermingsprogramma.

---

[2] Zie HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:7; NJ 2018/382 (Hedwigepolder).

4.5. Een aandachtspunt bij de onteigeningsbevoegdheid zou nog kunnen zijn het aspect dat het Pilotproject (kennelijk) een looptijd van 25 of 26 jaren zou hebben. De Erfpachtovereenkomst zou (privaatrechtelijk) op die looptijd zijn afgestemd. Planologisch gezien is er evenwel geen sprake van een tijdelijke bestemmingsregeling. Noch in de planregels bij het PIP-DED 2016, noch in de toelichting, is geregeld c.q. toegelicht dat publiekrechtelijk sprake zou zijn van een bestemmingsregeling met een tijdelijk karakter. Zou dat wel het geval zijn geweest, dan was gerede twijfel mogelijk over de vraag of onteigening mogelijk zou zijn voor de realisering van een bestemming die slechts tijdelijk zou gelden. Die vraag doet zich, zoals gezegd, niet voor.

4.6. In dit geval zou evenwel met onteigening van alleen de ondergrond van de te realiseren Dubbele Dijk niet kunnen worden volstaan. Aan de toelichting bij het PIP-DED 2016 (p. 26) wordt immers het volgende ontleend:

> Wijze van uitvoering werk
> In een gebied van circa 40 hectare zal het maaiveld worden verlaagd . Dit materiaal kan benut worden voor het versterken van de steunberm aan de binnenzijde van de huidige dijk en voor de aanleg van de tweede dijk. Ook materiaal dat vrijkomt bij het graven van de nieuwe hoofd-watergang kan benut worden voor het opbouwen van de tweede dijk.

Om het gebied tussen de primaire dijk en de Dubbele Dijk als komberging te kunnen laten functioneren, is, zo blijkt uit de beschreven wijze van uitvoering van het werk, een verlaging van het maaiveld noodzakelijk. Dit zal leiden tot een gedeeltelijk afgraven van de oppervlaktegrond over een areaal van circa 40 hectare. Ook dit is een (infrastructureel) werk, waarvan het op voorhand niet aannemelijk is dat het in zelfrealisatie zou kunnen worden uitgevoerd, gesteld al dat de eigenaar (BBR) daarop een beroep zou doen. Nu het PIP-DED 2016, aangevuld met een duidelijke inrichtingsschets met het noodzakelijke grondbeslag, voorziet in de planologische basis voor dit onderdeel van het Pilotproject, waarmee het publiek belang is gegeven, en vergelijkbaar met de analyse hiervoor over het dijklichaam zelf geen aanleiding bestaat om overigens aan het voldaan zijn aan de criteria 'noodzaak' en 'urgentie' te twijfelen, moet de conclusie zijn dat de Provincie, zou zij daarvoor beleidsmatig hebben gekozen, in beginsel een onteigeningstitel zou hebben kunnen verkrijgen ten behoeve van verwerving van het totale areaal grond van BBR dat voor de realisatie van het Pilotproject noodzakelijk zou zijn.

4.7. Het komt mij evenwel voor dat hiermee de kous niet af is. Immers, de omstandigheid dat een overheidslichaam voor een bepaald project een onteigeningstitel zou kunnen verkrijgen, leidt niet noodzakelijkerwijze tot de conclusie dat dit dan ook de weg is die de Provincie in dit geval had moeten gaan. Bij de keuze ten aanzien van de vraag op welke wijze de beschikking wordt gekregen over particuliere gronden die benodigd zijn voor de realisatie van publieke doelen, kunnen immers ook andere aspecten c.q. beleidsdoeleinden een rol spelen. In het Feitenrelaas (hiervoor geciteerd onder 3.16) is dit

aldus verwoord dat de dijkversterking in 2016 moest starten en dat het landelijke Hoogwaterbeschermingsprogramma (het Rijk) een eenmalige kans bood – wij moeten daar waarschijnlijk lezen: in de zin van het verkrijgen van een substantiële financiële bijdrage – om dit 'unieke project' te realiseren. Met andere woorden: ook de beleidsdoelstellingen 'snelheid' en 'financiën' hebben bij de gemaakte keuzes een rol gespeeld.

4.8. Het wordt uit het mij ter beschikking staande dossier niet geheel duidelijk of laatstgenoemde aspecten expliciet zijn afgewogen tegen de mogelijkheid van onteigening. Uit het Feitenrelaas, zoals geciteerd onder 3.16 hiervoor, lijkt veeleer te moeten worden afgeleid dat bij de Provincie de indruk bestond dat *in casu* geen bevoegdheid bestond om te onteigenen. Wat daarvan zij, ook als de Provincie zou hebben onderkend dat zij in beginsel de bevoegdheid had om voor de uitvoering van het Pilotproject te onteigenen, had zij op basis van de beleidsdoelstellingen 'snelheid' en/of 'financiën' valide een andere keuze mogen maken, zoals zij in dit geval ook heeft gedaan.

4.9. Wat betreft het aspect 'snelheid' zou daarbij een rol spelen dat, gelet op de expliciete stelling van BBR dat zij de gronden niet wilde verkopen, rekening zou moeten worden gehouden met een maximaal gebruik van rechtsbeschermingsmogelijkheden door BBR. Het PIP-DED 2016 is, na door een derde ingesteld beroep, onherroepelijk geworden op 24 mei 2017. Een zeer grove tijdslijn van een mogelijke onteigeningsprocedure, bestaande uit een minnelijke fase, een administratieve fase leidend tot een onteigeningstitel (een onteigeningsbesluit van de Kroon) en een gerechtelijke fase (die niet eerder kan aanvangen dan na onherroepelijk worden van het PIP-DED 2016), zou er globaal als volgt uitzien:

a. Minnelijke fase: eind 2015 – september 2016;

b. Verzoekbesluit aan de Kroon (kan niet eerder dan na vaststelling inpassingsplan): oktober 2016

c. Tervisielegging ontwerp-KB tot onteigening: maart 2017

d. KB (9 maanden na tervisielegging): december 2017

e. Vervroegde plaatsopneming: februari 2018

f. Dagvaarding in gerechtelijke onteigening (vervroegde procedure): maart 2018

g. Onteigeningsvonnis rechtbank: januari 2019

h. Cassatieprocedure Hoge Raad: januari 2020

i. Inschrijving onteigeningsvonnis: maart 2020.

Pas na de inschrijving van het onteigeningsvonnis zou de aanleg van het werk kunnen aanvangen, waarmee dan nog geruime tijd gemoeid zou zijn.

4.10. Uit het vorenstaande blijkt dat het volgen van een onteigeningsprocedure, waarbij er rekening mee gehouden zou moeten worden dat de onteigende zich maximaal zou verzetten, een procedure van meerdere jaren met zich zou hebben gebracht. Aan de planologische stukken werd ontleend dat het dijkversterkingsproject in 2019 gereed zou dienen te zijn. Dat doel – de snelheid van de noodzakelijke dijkversterking – zou niet worden gediend met het volledig doorlopen van een onteigeningsprocedure. Daaraan doet niet af dat een snellere dijkversterking mogelijk zou zijn geweest via ophoging van de (bestaande) primaire dijk. Het is een beleidsmatige en planologische keuze van de Provincie geweest, neergelegd in het PIP-DED 2016, om een deel van de dijkversterkingsopgave vorm te geven via het Pilotproject dat voorziet in de aanleg van de Dubbele Dijk.

4.11. Ook het aspect van de kosten kan een rol hebben gespeeld bij de keuze van de Provincie om niet het onteigeningstraject in te zetten. Daarbij speelt enerzijds de omstandigheid dat vanuit het Hoogwaterbeschermingsprogramma een substantiële bijdrage beschikbaar zou zijn, en anderzijds dat een vergelijking zal zijn gemaakt tussen de totale kosten (volledige schadeloosstelling vermeerderd met kosten ingeval van onteigening versus de kosten – canon, bijkomende kosten en kosten van herstel in de oude toestand – ingeval van tijdelijke erfpacht van de gronden). Zoals aan het begin van dit advies is aangeduid, behelst de thans voorliggende vraagstelling niet een analyse van dit (mogelijke) verschil, noch van de vraag of de overeengekomen (tijdelijke) erfpachtconstructie marktconform is. Zonder taxaties van alle in aanmerking komende schaden kan niet, en zeker niet op voorhand, worden gezegd dat onteigening in alle gevallen het 'goedkopere' alternatief zou zijn geweest, nog daargelaten de beschikbaarheid van eventuele subsidies. Evenmin kan op voorhand, en zonder nadere studie, worden gesteld dat de gesloten Erfpachtovereenkomst niet marktconform in de zin van de staatssteunregels is.

4.12. Met het vorenstaande wil niets anders gezegd zijn dan dat de Provincie om beleidsmatige redenen ervoor mag kiezen om af te zien van een haar in beginsel beschikbaar onteigeningstraject, als met het volgen van dat traject de concreet betrokken beleidsdoeleinden niet of onvoldoende worden behaald. Mogelijk – maar dat kan niet met zekerheid worden gezegd – heeft deze redenering ertoe geleid dat in de beroepsprocedure naar aanleiding van het vaststellingsbesluit van het PIP-DED 2016 namens de Provincie werd verklaard (zie hiervoor 3.11):

> *"Evenwel was het van begin af aan de bedoeling om het project alleen te realiseren als op vrijwillige basis overeenstemming kon worden bereikt over het gebruik van de gronden."*

Immers, in de daaraan voorafgaande zin wordt expliciet verwezen naar de noodzaak om de procedure voor de dijkverbetering snel te doorlopen. Maar ook als de Provincie – zonder afweging van de overige betrokken beleidsdoeleinden zoals snelheid en kosten – vooraf het standpunt zou hebben ingenomen dat zij hoe dan ook niet wenst te onteigenen, staat haar dat in beginsel vrij. Nogmaals: de vraag of het gekozen alternatief, de erfpachtovereenkomst met BBR, aan de regels van staatssteun voldoet, staat op zichzelf en staat buiten de voorgelegde vraag.

5. Conclusie

5.1. Het vorenstaande leidt mij tot de navolgende conclusies:

a. de Provincie kon in 2016 in beginsel over het instrument van onteigening beschikken ter verwerving van de gronden van BBR ten behoeve van de realisering van het Pilotproject; de planologische basis daarvoor was met het PEP-DED 2016 gegeven;

b. het toepassen van de onteigeningsprocedure zou er in dit geval toe leiden dat, rekening houdend met een maximaal gebruik van procedures door de onteigende, de noodzakelijke gronden naar verwachting niet eerder dan in maart 2020 ter beschikking van de Provincie zouden kunnen staan;

c. de Provincie mag er vanuit beleidsmatige overwegingen, zoals de vereiste snelheid van realisering van het project en/of kostenoverwegingen, te allen tijde voor kiezen om wel of niet gebruik te maken van haar ter beschikking staande publiekrechtelijke verwervingsinstrumenten, zoals onteigening;

d. het verwerven dan wel de beschikking krijgen van de noodzakelijke gronden op andere (privaatrechtelijke) basis, buiten onteigening, zal moeten voldoen aan alle daarvoor geldende wettelijke eisen, waaronder de regels van staatssteun, over welk aspect in dit stadium geen advies is gevraagd.

5.2. Vanzelfsprekend ben ik graag bereid om het vorenstaande desgewenst nader toe te lichten.

***