

# Artikel

## Het juridische instrumentarium voor actief waterbeheer

Mr. L.C.E. (Lizzy) Augustinus en mr. ir. S. (Simon) Handgraaf\*

### 1 Inleiding

De waterschappen hebben op grond van art. 1 van de Waterschapswet (Wsw) de waterstaatkundige verzorging van gebieden ten doel. De waterschappen beheren de regionale wateren (de watersystemen die niet in beheer zijn bij het Rijk). Het beheer van de rijkswateren ligt bij de Minister van Infrastructuur en Milieu (IenM), die dat in de praktijk door Rijkswaterstaat laat doen.<sup>1</sup> Sinds de inwerkingtreding van de Waterwet (Wtw) is het juridische instrumentarium voor de taakuitoefening door de waterbeheerders geconcentreerd in die wet. Voor de waterschappen blijft daarnaast het instrumentarium van de Wsw van belang. In dit artikel staat het juridische instrumentarium voor actief waterbeheer centraal. Onder actief beheer worden de concrete maatregelen van de waterbeheerder verstaan om de doelen van de Wtw voor de watersystemen in zijn beheer te realiseren. Actief beheer wordt onderscheiden van passief beheer: de planvorming, het stellen van regels, vergunningverlening en handhaving.<sup>2</sup>

De juridische instrumenten voor het actieve beheer zijn de legger, het peilbesluit, het projectplan en gedoogplichten. In dit artikel worden deze instrumenten achtereenvolgens behandeld. Sinds de inwerkingtreding

van de Wtw is de nodige jurisprudentie verschenen over deze instrumenten. De grote lijnen daaruit staan in dit artikel centraal. Daarnaast wordt een doorkijkje gegeven naar de wijze waarop de instrumenten terugkeren in de Omgevingswet (hierna: Ow).

In dit nummer is ook een artikel van Frank Groothuijse opgenomen over de besluitvorming over de aanleg en de wijziging van waterstaatswerken. In dat artikel wordt uitvoerig ingegaan op het projectplan en de legger. Om al te veel herhaling te voorkomen is onze bijdrage op die punten wat globaler.

### 2 De legger

#### 2.1 De legger naar huidig recht

De beheerder draagt zorg voor de vaststelling van een legger, waarin is omschreven waaraan waterstaatswerken naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen (art. 5.1 lid 1 Wtw). De legger bevat tevens een overzichtskaart, waarop de ligging van waterstaatswerken en daaraan grenzende beschermingszones (zones waarin voorschriften en beperkingen kunnen gelden ter bescherming van het waterstaatswerk) staat aangegeven. Het opstellen van zo'n legger was voor primaire waterkeringen al verplicht op grond van de Wet op de waterkering, en is met de inwerkingtreding van de Wtw verbreed naar alle waterstaatswerken. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wtw noemt een aantal redenen voor de verbreding van de leggerplicht.<sup>3</sup> Zo kan de legger de gewenste duidelijkheid bieden over de fysieke reikwijdte van gedoogplichten (waarover meer in par. 5) en vergunningplichten en over algemene regels op

117

\* Mr. L.C.E. Augustinus is werkzaam als jurist omgevingsrecht bij FLO Legal. Mr. ir. S. Handgraaf is mede-eigenaar van Colibri Advies en mede-eigenaar van FLO Legal. Hij werkt in opdracht van het ministerie van Infrastructuur en Milieu aan de totstandkoming van de Omgevingswet en de daarbij behorende uitvoeringsregelgeving. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Zie art. 3.1 en 3.2 Wtw.

2. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 19.

3. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 38-39.

grond van hoofdstuk 6 Wtw. In de praktijk vervult de legger deze rol ook; de modelkeur van de Unie van Waterschappen<sup>4</sup> stelt expliciet dat de verboden bij het gebruik van waterstaatswerken zijn gekoppeld aan de zones (waterstaatswerken, beschermingszones en profielen van vrije ruimte) op de legger. Een ander argument in de memorie van toelichting is dat de legger een eenduidige vastlegging van de beheergrenzen van rijkswaterstaatswerken mogelijk maakt. Die rol is later in het wetgevingstraject echter grotendeels overgenomen door de aanwijzing van waterstaatswerken in beheer bij het Rijk krachtens art. 3.1 Wtw. De waterstaatswerken in beheer bij het Rijk zijn op grond hiervan opgesomd in de bijlagen II en III van het Waterbesluit (Wtb). De begrenzing van oppervlaktewaterlichamen is vastgelegd op kaarten in de bijlagen II tot en met IV van de Waterregeling. Alleen voor het raadplegen van de exacte begrenzing van de waterkeringen in beheer bij het Rijk is de legger nog nodig.

De legger gaat (voor primaire waterkeringen en andere genormeerde keringen) vergezeld van een technisch beheerregister, waarin de kenmerkende gegevens van de constructie zijn opgenomen die nodig zijn voor het behoud van het waterkerende vermogen en waarin de feitelijke toestand nader is omschreven. Dit register is vooral van belang voor de toetsing van de keringen aan de waterveiligheidsnormen, die elke twaalf jaar plaatsvindt (art. 2.12 Wtw).

Met de wijziging van de Wtw per 1 juli 2014 zijn de beroepsmogelijkheden tegen de legger beperkt.<sup>5</sup> De eisen aan de ligging, vorm, afmeting en constructie van waterstaatswerken in de legger hebben volgens de wetgever geen rechtsgevolg, omdat de legger in beginsel volgend is op andere waterstaatkundige besluitvorming. Tegen de wijziging van die elementen van waterstaatswerken staat al beroep open, omdat daarvoor een projectplan is vereist (al dan niet met goedkeuring van gedeputeerde staten (GS)). Er is dus al voorzien in rechtsbescherming. De wetgever heeft alleen beroep tegen de legger willen behouden voor zover de legger niet wordt voorafgegaan door een besluit. Daarom is tegen de aanwijzing van beschermingszones en tegen de aanwijzing van bergingsgebieden in de legger nog wel beroep mogelijk. Voor de aanwijzing van beschermingszones is dat te volgen. Bij de aanwijzing van bergingsgebieden is dat echter niet het geval; daarvoor moet immers ook altijd een besluit tot wijziging van een bestemmingsplan (of een ander besluit op grond van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) of de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)) worden genomen.<sup>6</sup> De Kamerstukken bij deze wijziging van de Wtw maken niet duidelijk waarom de aanwijzing van bergingsgebie-

den in de legger toch voor beroep is opengesteld.<sup>7</sup> Frank Groothuijse gaat in zijn bijdrage uitgebreid in op de verschillende functies en afwegingskaders die bij de aanwijzing van een bergingsgebied in de legger en bij de aanwijzing van een bergingsgebied in het bestemmingsplan van toepassing zijn.

Ook de Wsw kent een verplichting om een legger vast te stellen. Dit is de zogeheten onderhoudslegger, waarin de onderhoudsplichten of onderhoudsplichtigen van waterstaatswerken worden aangewezen (art. 78 lid 2 Wsw). Volgens de richtlijnen van de Unie van Waterschappen ligt het voor de hand om de leggers op grond van de Wtw en de Wsw in één document vast te stellen.<sup>8</sup> In de praktijk doen de waterschappen dat ook. In juridische zin blijven het echter twee afzonderlijke besluiten, met twee verschillende grondslagen. Tegen de legger op grond van de Wsw staat wel volledig beroep open.

## 2.2 Jurisprudentie over de legger

Ook uit de jurisprudentie blijkt dat de leggers op grond van de Wtw en Wsw geregeld (of altijd) in één document worden vastgesteld. In vrijwel alle uitspraken wordt verwezen naar beide grondslagen. Een deel van de jurisprudentie heeft betrekking op de vraag wanneer iemand belanghebbende is bij de vaststelling van de legger. Voor zover dit de vaststelling van de Wtw-legger betreft, is deze jurisprudentie achterhaald, doordat beroep tegen het grootste deel van die legger sinds juli 2014 is uitgesloten. Voor het beroep tegen de onderhoudslegger blijft de jurisprudentie wel relevant. De eigenaar van een watergang waarop volgens de onderhoudslegger een onderhoudsverplichting rust, is in ieder geval belanghebbende. Daarnaast kan een gemeente ook als belanghebbende worden aangemerkt vanwege de zorgplicht voor de verwerking van hemelwater, die ingevolge art. 3.5 Wtw op de gemeente rust. De beslissing om sloten al dan niet als schouwsloot aan te wijzen – waardoor het onderhoudsregime van de keur al dan niet van toepassing is – kan gevolgen hebben voor deze gemeentelijke zorgplicht, zodat de gemeente ook als belanghebbende wordt aangemerkt voor watergangen die zij niet in eigendom heeft.<sup>9</sup> Bij een beroep tegen de wijziging van de legger kan belanghebbendheid ook voortvloeien uit een wijziging die – naar gesteld – ten onrechte niet in de legger is aangebracht.<sup>10</sup>

Af en toe wordt het dagelijks bestuur van het waterschap verzocht om handhavend op te treden tegen het waterschap, omdat het waterschap de onderhoudsplichten op grond van de keur en legger niet zou nakomen. Dat het dagelijks bestuur soms inderdaad zal moeten optreden, is al eerder aanvaard.<sup>11</sup> Recent mislukte een

4. Zie [www.uvw.nl/publicatie/modelkeur-2013/](http://www.uvw.nl/publicatie/modelkeur-2013/).

5. Wet van 18 december 2013 tot wijziging van de Wtw en enkele andere wetten (aanvulling en verbetering; vereenvoudiging van de verontreinigingsheffing; opheffing van de Commissie van advies inzake de waterstaatswetgeving), Stb. 2014, 21, art. IV.

6. Zie de definitie van bergingsgebied in art. 1.1 Wtw.

7. Kamerstukken II 2012/13, 33 503, nr. 3, p. 16.

8. Unierichtlijn Legger Waterkeringen, 22 maart 2013, p. 3, te vinden op [www.uvw.nl/publicatie/modelkeur-2013/](http://www.uvw.nl/publicatie/modelkeur-2013/).

9. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2230, JOM 2015/717.

10. ABRvS 11 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV0574, AB 2012/37 m.nt. A. van Hall.

11. ABRvS 16 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD7308, AB 2008/307 m.nt. A. van Hall.

poging van een perceeleigenaar om het waterschap de beschouwing langs zijn perceel te laten herstellen, omdat de legger alleen een profiel onder de waterspiegel bevatte. De onderhoudsverplichtingen uit de keur werden daarom niet overtreden.<sup>12</sup> Feitelijk stelt de Afdeling in deze uitspraak wel vast dat het waterschap niet aan de verplichtingen op grond van art. 5.1 Wtw heeft voldaan. Dat artikel verplicht immers om vorm en afmetingen van het hele waterstaatswerk vast te leggen, en niet uitsluitend het deel onder de waterspiegel. De betreffende perceeleigenaar zou daarom wellicht wel kans maken met een verzoek om handhavend op te treden tegen het niet vaststellen van een legger voor het betreffende deel van het waterstaatswerk.

Sinds de wijziging van de beroepsmogelijkheden tegen de Wtw-legger is één uitspraak gedaan waarin deze beperking aan de orde werd gesteld. Daaruit blijkt dat de combinatie van twee leggers in één document tot verwarring leidt. De Rechtbank Oost-Brabant oordeelde op 3 juli 2015 de beroepen van twee eisers tegen de ‘Legger oppervlaktewaterlichamen 2013, herziene versie’ niet-ontvankelijk, omdat dit besluit na 1 juli 2014 was genomen.<sup>13</sup> Hoewel als grondslag van dit besluit uitsluitend art. 5.1 Wtw wordt genoemd, heeft het besluit wel degelijk betrekking op de aanwijzing van onderhoudsplichtigen en moet het dus mede op art. 78 Wsw zijn gebaseerd. De rechtbank is hieraan voorbijgegaan, met als mogelijk gevolg dat de eisers ten onrechte niet-ontvankelijk zijn verklaard.

De legger komt daarnaast terug in verschillende uitspraken over andere besluiten. De legger speelt een belangrijke rol bij de vraag of handelingen onder de werking van de vergunningplichten van de keur vallen. De keurkaart – die wordt gebruikt om de ligging van waterstaatswerken aan te geven als er nog geen legger is vastgesteld – kan worden gebruikt voor de interpretatie van onduidelijke lijnen op de legger (hoewel de keurkaart daar niet voor is bedoeld; deze heeft volgens de keur alleen een rol als er nog geen legger is vastgesteld).<sup>14</sup> De profielen van de legger kunnen niet zonder meer worden gebruikt voor modelberekeningen voor een projectplan. Als de werkelijke afmetingen van een watergang duidelijk afwijken van het leggerprofiel, kan een belanghebbende de aan het projectplan ten grondslag liggende modelberekeningen met succes aanvechten.<sup>15</sup> Verder is de legger bepalend voor de toepassing van art. 2.3.3 van het Besluit algemene regels ruimtelijke ordening, op grond waarvan in een bestemmingsplan dat betrekking heeft op een primaire waterkering de bestemming ‘Waterkering’ moet worden toegekend.<sup>16</sup>

### 2.3 De legger in de Ow

De legger keert terug in art. 2.39 Ow, evenals het technische beheerregister voor genormeerde waterkeringen. De verplichting om beperkingengebieden met betrekking tot een waterstaatswerk (de huidige beschermingszones, inclusief het waterstaatswerk zelf) op de leggerkaart op te nemen, keert echter niet terug. De reden hiervoor is dat beperkingengebieden zouden moeten worden opgenomen in het besluit waarin ook de vergunningplichten en algemene regels voor activiteiten in die gebieden staan, dus in de waterschapsverordening op grond van art. 2.5 Ow. Dit heeft ook gevolgen voor de rechtsbescherming: tegen de waterschapsverordening staat immers in principe geen beroep open.<sup>17</sup> De Afdeling heeft in november 2015 geoordeeld dat indien in een verordening een gebied is aangewezen waar een bepaald verbod of gebod geldt, die gebiedsaanwijzing een algemeen verbindend voorschrift is, zodat daartegen ingevolge art. 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geen beroep openstaat.<sup>18</sup> In eerdere jurisprudentie werden gebiedsaanwijzingen in een verordening echter wel appellabel geacht.<sup>19</sup> Het is naar onze mening nog niet duidelijk of de Afdeling met de uitspraak van november 2015 een nieuwe, eenduidige lijn heeft willen uitzetten. Als dat wel zo is, dan voorziet de Ow niet in een gelijkwaardig niveau van rechtsbescherming tegen de aanwijzing van beperkingengebieden als het huidige recht.

In de consultatieversie van de Invoeringswet Ow wordt art. 78 lid 2 Wsw (de grondslag voor de onderhoudslegger) ongemoeid gelaten. Dat roept wel de vraag op hoe de wetgever de verhouding ziet met art. 2.5 Ow. Op grond van dat artikel moet het waterschap één waterschapsverordening vaststellen, waarin de regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen. De aanwijzing van een onderhoudsplicht of onderhoudsplichtige is naar ons idee echter ook een regel over de fysieke leefomgeving. Een consequente toepassing van art. 2.5 Ow zou betekenen dat die aanwijzing van onderhoudsplichten en/of onderhoudsplichtigen naar de waterschapsverordening verhuist (net als de aanwijzing van beperkingengebieden met betrekking tot een waterstaatswerk). De onderhoudslegger van de Wsw kan dan vervallen. De wetgever heeft echter nog de gelegenheid om alsnog in de gewenste duidelijkheid te voorzien, nu het wetsvoorstel Invoeringswet Ow nog niet is ingediend bij de Tweede Kamer.

12. ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:467, JOM 2017/250.

13. Rb. Oost-Brabant 3 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3750, M en R 2015/127.

14. ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2554, JM 2014/54 m.nt. P. Jong.

15. Rb. Oost-Brabant 21 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1257, JOM 2014/305.

16. ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4543, ABkort 2015/36.

17. MvT bij de consultatieversie Invoeringswet Ow, p. 253.

18. ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3510, JB 2016/3.

19. Zie bijv. ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7506, JBO 2013/68 m.nt. D. van der Meijden, waarin de Afdeling de aanwijzing van een aardkundig monument in de provinciale milieuverordening wel voor beroep vatbaar achtte.

## 3 Het peilbesluit

### 3.1 Het peilbesluit naar huidig recht

Net als de legger is ook het peilbesluit gericht op het vaststellen van concrete informatie over de normatieve staat van waterstaatswerken; het bepaalt de waterhuishoudkundige inrichting van een bepaald gebied.<sup>20</sup> De beheerder dient een peilbesluit vast te stellen met het waterpeilniveau voor daarbij aan te wijzen wateren, dat zo veel mogelijk gehandhaafd moet worden. Voor de beheerder gelden de waterstanden zoals neergelegd in het peilbesluit als een inspanningsverplichting. Bij omgevingsverordening wijst de provincie de watersystemen aan waarvoor de waterbeheerder het peilbesluit vast moet stellen. Voor watersystemen die bij het Rijk in beheer zijn, stelt de Minister van IenM een peilbesluit vast voor de wateren die zijn genoemd in art. 5.2 Wtb.<sup>21</sup>

Op de voorbereiding van peilbesluiten voor rijkswateren is afdeling 3.4 Awb van toepassing (art. 5.2 lid 2 Wtb). De reden hiervoor is dat het peilbesluit belangrijke informatie kan bevatten voor derden, bijvoorbeeld wanneer gronden gelegen zijn aan de oppervlaktewaterlichamen waarvan het peil wordt beheerd. Voor regionale wateren bepaalt de provincie bij verordening wat de te volgen procedure is. De provincies hebben eveneens voor toepassing van afdeling 3.4 Awb gekozen. Verder kunnen er bij AMvB of provinciale verordening regels worden gesteld over peilbesluiten. Bij het vaststellen van peilbesluiten voor rijkswateren moet bijvoorbeeld rekening worden gehouden met het nationale waterplan en het beheerplan voor de rijkswateren (art. 5.2 lid 3 Wtb).

### 3.2 Jurisprudentie over peilbesluiten

Een peilbesluit voor aangewezen oppervlaktewaterlichamen is een besluit als bedoeld in art. 1:3 Awb. Het peilbesluit is immers gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg; op de beheerder van het waterstaatswerk rust de wettelijke plicht om de waterstanden zoals aangegeven in het peilbesluit zo veel mogelijk te handhaven. Het is alleen mogelijk een peilbesluit vast te stellen voor oppervlaktewaterlichamen die bij of krachtens provinciale verordening of AMvB zijn aangewezen. Voor oppervlaktewaterlichamen die niet zijn aangewezen als waterlichamen waarvoor een peilbesluit moet worden vastgesteld, ontbreekt de publiekrechtelijke grondslag voor de vaststelling daarvan. Voor niet-aangewezen waterlichamen geldt dus geen wettelijke verplichting voor de beheerder om de vastgestelde peilen zo veel mogelijk te handhaven. De vaststelling van streefpeilen voor niet-aangewezen waterlichamen is daarom geen peilbesluit en ook geen besluit in de zin van de Awb.<sup>22</sup>

Bij de vaststelling van een peilbesluit heeft het bevoegd gezag beoordelingsvrijheid.<sup>23</sup> Het bevoegd gezag dient

bij het nemen van een peilbesluit de verschillende betrokken belangen zorgvuldig af te wegen.<sup>24</sup> De rechter dient zich daarbij terughoudend op te stellen en zich te beperken tot de vraag of het bevoegd gezag in redelijkheid het peilbesluit heeft kunnen vaststellen.<sup>25</sup> Het bevoegd gezag hoeft geen specifieke regeling voor schade op te nemen in het peilbesluit. Het staat belanghebbenden vrij om een beroep te doen op de schaderegeling van art. 7.14 lid 1 Wtw.<sup>26</sup>

### 3.3 Het peilbesluit in de Ow

Voor peilbesluiten wijzigt er in het nieuwe stelsel van het omgevingsrecht niets. De Minister van IenM en het waterschapsbestuur zijn ook onder de Ow het bevoegd gezag voor het vaststellen van een peilbesluit.<sup>27</sup> De grondslag van het peilbesluit (en de legger) is terug te vinden in afdeling 2.6 Ow.<sup>28</sup> Wat betreft de beroepsmogelijkheden voor peilbesluiten wordt aangesloten bij de Wtw. Ook onder de Ow bestaat daarom de mogelijkheid voor het instellen van beroep in eerste aanleg bij de rechtbank en vervolgens hoger beroep bij de Afdeling.<sup>29</sup> De mogelijkheid tot het stellen van instructieregels over peilbesluiten is te vinden in art. 2.23 en 2.25 Ow. De mogelijkheid om regels te stellen over de inhoud, toelichting of motivering van het peilbesluit, zoals bedoeld in art. 2.23 lid 1 onder a sub 4 en 2.25 lid 1 onder a sub 5 Ow, is de opvolger van art. 5.1 lid 3 en 5.2 lid 3 Wtw.<sup>30</sup>

## 4 Het projectplan en de projectplanprocedure

### 4.1 Het projectplan naar huidig recht

Op grond van art. 5.4 Wtw geschiedt de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk door of vanwege de beheerder overeenkomstig een door hem vast te stellen projectplan. Het projectplan bevat een beschrijving van het betrokken werk en de wijze waarop dat zal worden uitgevoerd. Ook moet het projectplan een beschrijving bevatten van de te treffen voorzieningen om de nadelige gevolgen van de uitvoering van het werk te voorkomen of te beperken. Een projectplan is niet vereist als toepassing is gegeven aan een andere vorm van ruimtelijke inpassing: een tracébesluit op grond van de Tracéwet (bijvoorbeeld als het de aanleg of wijziging van een hoofdvaarweg betreft), een besluit op grond van de Spoedwet wegverbreding of een inpassingsplan op grond van afdeling 3.5 Wro. Een projectplan is vereist voor de aanleg en elke wijziging van een waterstaatswerk door of vanwege de beheerder, hoe klein ook. Of er

20. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 442.

21. Ibid.

22. ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1126, AB 2014/199 m.nt. F.A.G. Groothuijse.

23. ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7469.

24. Rb. Zeeland-West-Brabant 19 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:8005.

25. Rb. Midden-Nederland 8 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5466.

26. ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2870, Milieurecht Totaal 2013/5803.

27. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 87.

28. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 94.

29. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 298.

30. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 425.

sprake is van een wijziging van een waterstaatswerk volgt uit de legger van art. 5.1 Wtw. Projecten die tot doel hebben om een waterstaatswerk aan de legger te laten voldoen, vallen onder onderhoud. Alleen als het project tot doel heeft om de ligging, vorm, afmeting of constructie van het waterstaatswerk aan te passen ten opzichte van de legger, is sprake van een wijziging en moet een projectplan worden vastgesteld.<sup>31</sup>

De Wtw bepaalt alleen voor projectplannen die de projectprocedure volgen welke voorbereidingsprocedure van toepassing is. De projectprocedure van paragraaf 2 van hoofdstuk 5 Wtw is van toepassing op projectplannen die de aanleg, verlegging of versterking van primaire waterkeringen tot doel hebben (art. 5.5 Wtw). Naast de primaire waterkeringen kunnen provinciale staten bij verordening projectplannen aanwijzen waarop deze procedure eveneens van toepassing is. Verschillende provincies hebben in hun waterverordening of omgevingsverordening invulling gegeven aan deze bevoegdheid voor onder andere projectplannen tot aanleg of wijziging van regionale waterkeringen of bergingsgebieden.<sup>32</sup> De verordeningen bepalen veelal dat hiertoe een verzoek van het dagelijks bestuur van het waterschap is vereist.

Voor projectplannen als bedoeld in art. 5.4 Wtw waarop de projectprocedure niet van toepassing is – bijvoorbeeld een projectplan voor de inrichtingsmaatregelen die nodig zijn voor de uitvoering van een peilbesluit, zoals het aanleggen van stuwen –, geldt dus in principe de reguliere procedure conform de Awb. De beheerder kan wel besluiten om in een specifiek geval de uniforme openbare voorbereidingsprocedure bij het besluit toe te passen (art. 3:10 lid 1 Awb).

## 4.2 Jurisprudentie over projectplannen

Projectplannen zijn naar hun aard ruimtelijke (inpassings)besluiten. Hoewel het project dat met een projectplan mogelijk wordt gemaakt vanzelfsprekend gericht is op de doelstellingen van art. 2.1 Wtw, zijn de belangen die worden meegewogen bij de vaststelling van een projectplan veel breder. Dit is voor het eerst bevestigd in een uitspraak van de Afdeling over de goedkeuring van het projectplan Meppelerdiepsluis door GS van de provincie Overijssel.<sup>33</sup> De Afdeling overweegt dat het projectplan ruimtelijke gevolgen kan hebben en dat uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de Wtw volgt dat het vereiste van goedkeuring van projectplannen mede is opgenomen om te verzekeren dat GS de planologische aanvaardbaarheid van het project kunnen toetsen. Daarom beoordeelt de Afdeling tevens de ruimtelijke bezwaren tegen het projectplan. Maar ook bij projectplannen waarop de projectprocedure niet van toepassing is, kunnen blijkens de jurisprudentie allerlei bezwaren van niet-waterhuishoudkundige aard worden ingebracht en moet de waterbeheerder proberen dergelijke nadelige gevolgen te voorkomen of te beperken. Zo kunnen onder meer de toename van onkruiddruk,<sup>34</sup> de

bereikbaarheid van percelen en de verkeersveiligheid,<sup>35</sup> de verkeersaantrekkende werking van het project,<sup>36</sup> geluidhinder van een gemaal,<sup>37</sup> verminderd uitzicht en verminderde lichtinval<sup>38</sup> een rol spelen bij de belangenafweging. Slechts een enkele keer concludeert de rechter dat bepaalde bezwaren niet kunnen worden ingebracht. In een projectplan voor de verbreding van een beek en de vervanging van een wandelpad door een vlonderpad hoeft geen rekening te worden gehouden met overlast door hondenpoep en het (illegale) gebruik van het wandelpad als fiets- en bromfietspad.<sup>39</sup> Ook privaatrechtelijke kwesties, zoals de wijze van vestiging van een zakelijk recht<sup>40</sup> en contractuele afspraken over het niet openstellen van een gedeelte van een waterkering voor voetgangers en fietsers,<sup>41</sup> kunnen buiten het projectplan worden gehouden.

Belangen die wel waterstaatkundig van aard zijn en gediend kunnen zijn met de vaststelling van een projectplan, zijn onder meer de bescherming van houten funderingen<sup>42</sup> en de doelen van de Kaderrichtlijn Water (het realiseren van een aaneengesloten rietkraag).<sup>43</sup>

De rechter stelt zich bij een beroep tegen een projectplan terughoudend op. De waterbeheerder heeft bij het vaststellen van een projectplan beleidsvrijheid. Daarbij is het aan de waterbeheerder om alle verschillende bij het projectplan betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. De rechter dient zich bij de toetsing van het projectplan aan de hand van de bij hem aangevoerde beroepsgronden te beperken tot de vraag of de waterbeheerder in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit tot vaststelling van het projectplan.<sup>44</sup> Het is niet zo dat er helemaal geen nadelige gevolgen mogen optreden als gevolg van het projectplan.<sup>45</sup> Ook hoeft voor de vaststelling van het projectplan niet met alle betrokkenen overeenstemming te zijn bereikt over de te nemen maatregelen.<sup>46</sup>

Financiële gevolgen kunnen een doorslaggevende rol spelen bij de afweging van verschillende varianten van het project. Varianten waarvoor meer gronden onteigend moeten worden<sup>47</sup> en varianten die niet passen binnen de financiële randvoorwaarden voor subsidieverlening op grond van het Hoogwaterbeschermingsprogramma,<sup>48</sup> kunnen om die redenen afvallen. Bij de afweging van alle belangen mag de waterbeheerder (of GS)

31. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 103.

32. Zie bijv. art. 5.8 van de Verordening Water Noord-Brabant.

33. ABRvS 15 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV5083, JOM 2012/346.

34. ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:480, JBO 2013/138.

35. ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2046, NJB 2014/1295.

36. ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3884, M en R 2015/36.

37. Rb. Noord-Holland 12 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9649. Volgens deze uitspraak kan de waterbeheerder voor de beoordeling van de kans op geluidhinder toepassing geven aan de VNG-publicatie 'Bedrijven en milieuzonering'.

38. ABRvS 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:241.

39. Rb. Overijssel 14 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:953.

40. ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:269.

41. ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1846, JOM 2015/147.

42. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2253, JOM 2015/731.

43. ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1489, JB 2016/152.

44. ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1311, JOM 2013/678. De Afdeling heeft deze overweging nadien regelmatig herhaald.

45. ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2275, AB 2014/296.

46. ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3310, JOM 2016/1292.

47. ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3310, JOM 2016/1292.

48. ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2792, JOM 2016/1084.

ook rekening houden met de mogelijkheid dat derden die schade menen te ondervinden door de vaststelling of uitvoering van het projectplan, een verzoek om nadeelcompensatie kunnen indienen op grond van art. 7.14 Wtw.<sup>49</sup>

Bij het vaststellen van een projectplan kan de waterbeheerder ook enige flexibiliteit inbouwen, zonder dat er sprake is van rechtsonzekerheid. In het projectplan voor versterking van de primaire waterkering Zwakke Schakels Noord-Holland was, met het oog op het benutten van de kennis van de markt, ruimte geboden om de precieze locatie en de vormgeving van de toepassing van het veiligheidszand en het initiële onderhoudszand te variëren. Daarbij waren randvoorwaarden gesteld over de begrenzing, het ruimtebeslag en de milieueffecten. De Afdeling bevestigde dat GS een zwaarder gewicht konden toekennen aan het belang van een optimale uitvoering van het project dan aan het belang van appellanten om het project zonder enige flexibiliteit in het projectplan vast te leggen.<sup>50</sup> Een tweede voorbeeld is het projectplan Dijkversterking Kinderdijk-Schoonhovenseveer, waarin een verleggingsplan voor kabels en leidingen was opgenomen. Dit verleggingsplan zou volgens het projectplan voortdurend worden getoetst en zo nodig worden bijgesteld, hetgeen op verzoek van een appellant ook daadwerkelijk was gebeurd. Gelet daarop vond de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat GS op dit punt wegens strijd met het recht goedkeuring aan het projectplan hadden moeten onthouden.<sup>51</sup> De Afdeling is op dit punt naar ons idee wel erg soepel. Een verleggingsplan dat onderdeel uitmaakt van een projectplan, zou toch niet gewijzigd mogen worden zonder de procedure voor wijziging van het projectplan te volgen.

### 4.3 Projectbesluiten in de Ow

De opvolger van het projectplan in de Ow is het projectbesluit (art. 5.44 Ow). Ook onder de Ow is het vaststellen van een projectbesluit voor de aanleg, verlegging of versterking van primaire waterkeringen verplicht. De mogelijkheid om bij provinciale verordening andere projecten van het waterschap aan te wijzen waarvoor een projectbesluit moet worden vastgesteld, is (in minder expliciete bewoording) terug te vinden in art. 2.22 in samenhang met art. 2.23 lid 1 onder a Ow. Voor andere projecten kan de waterbeheerder een projectbesluit vaststellen, maar het is niet meer verplicht. Het is dus ook mogelijk om zo'n project op grond van een omgevingsvergunning voor een beperkingengebiedactiviteit met betrekking tot een waterstaatswerk te realiseren, of zelfs zonder enig besluit. Voor verdere toelichting hierop wordt korthedshalve verwezen naar paragraaf 7.1 van het artikel van Frank Groothuijse in dit nummer.

## 5 Gedoogplichten

### 5.1 Gedoogplichten naar huidig recht

Hoofdstuk 5 Wtw bevat een uitputtende regeling van een aantal soorten gedoog- en duldplichten.<sup>52</sup> De gedoogplichten zien op verplichtingen voor allerlei rechthebbenden, zoals grondeigenaren, om bepaalde handelingen die in het algemeen belang noodzakelijk zijn te gedogen.<sup>53</sup> Uit art. 2.1 lid 1 Wtw volgt dat die handelingen gericht moeten zijn op het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste in samenhang met de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.

In art. 5.20 en 5.21 Wtw zijn gedoogplichten opgenomen die betrekking hebben op het betreden van plaatsen voor onderzoek en daarmee verband houdende activiteiten.<sup>54</sup> Deze categorie van gedoogplichten biedt beheerders de mogelijkheid om zich te allen tijde toegang te verschaffen tot gronden van rechthebbenden om onderzoek en daarmee verband houdende activiteiten te verrichten. Het gaat hier bijvoorbeeld om het betreden van plaatsen voor inspectie van watersystemen, die zijn gelegen op gronden waarvan de beheerder geen rechthebbende is.<sup>55</sup> De waterbeheerder heeft de bevoegdheid een machtiging af te geven om zonder toestemming van de bewoner een woning binnen te treden, voor zover die woning deel uitmaakt van een waterstaatswerk of daarmee rechtstreeks in verbinding staat (art. 5.20 lid 2 Wtw). Die bevoegdheid is per 1 januari 2015 toegevoegd in lijn met de Algemene wet op het binnentreden.<sup>56</sup> De regeling die daarvoor in de Wtw was opgenomen, stond daarmee op gespannen voet.<sup>57</sup>

Voor het betreden van plaatsen onder medeneming van de benodigde apparatuur (art. 5.20 Wtw) is geen voorafgaande beschikking of aanzegging vereist. Deze bevoegdheid geldt ex lege en is geclausuleerd door te bepalen dat zij slechts gebruikt mag worden voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor een goede taakvervulling.<sup>58</sup> Voor de gedoogplicht voor het doen van onderzoeken (art. 5.21 Wtw) is wel een voorafgaande gedoogplichtbeschikking vereist.

De tweede categorie gedoogplichten ziet op de plicht om bepaalde actieve handelingen van de beheerder te gedogen. Zo volgt uit art. 5.23 Wtw dat rechthebbenden op onroerende zaken gehouden zijn onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan waterstaatswerken te gedogen voor zover die werkzaamheden geschieden door of onder toezicht van de beheerder. Rechthebben-

49. Zie bijv. ABRvS 4 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2275, AB 2014/296.

50. ABRvS 29 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3884, M en R 2015/36.

51. ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:269.

52. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 113.

53. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 90.

54. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 113-114.

55. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 108.

56. Kamerstukken II 2013/14, 33 976, nr. 3, p. 9.

57. Kamerstukken II 2012/13, 33 503, nr. 3, p. 13.

58. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 109.

den op gronden die gelegen zijn aan of in een oppervlaktewaterlichaam zijn gehouden op die gronden specie en maaisel te ontvangen die vanwege het reguliere onderhoud van dat oppervlaktewaterlichaam worden verwijderd. Voor onderhoud en herstel en daarmee verband houdende activiteiten is sprake van een gedoogplicht ex lege. Het gedogen van regulier onderhoud vormt namelijk slechts een geringe inbreuk op de rechten van de eigenaar of gebruiker.<sup>59</sup>

Ook kan de beheerder ingevolge art. 5.24 Wtw een verplichting aan de rechthebbende opleggen om de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en daarmee verband houdende werkzaamheden te gedogen. De beheerder kan deze verplichting slechts opleggen indien naar zijn oordeel de belangen van die rechthebbenden onteigening niet vorderen. Bij de aanleg of wijziging van waterstaatswerken geldt geen verplichting ex lege; de gedoogplicht op grond van art. 5.24 Wtw wordt bij beschikking van de beheerder opgelegd.<sup>60</sup>

Art. 5.25 Wtw bevat de verplichting om te gedogen dat op of aan onroerende zaken door of vanwege de beheerder meetmiddelen, seinen, merken of andere tekens worden aangebracht en in stand gehouden. Deze verplichting geldt ex lege en is eveneens van toepassing op verkeerstekens die worden aangebracht ten behoeve van het nautisch beheer.<sup>61</sup>

In art. 5.26 Wtw is bepaald dat rechthebbenden ten aanzien van gronden gehouden zijn tijdelijke berging van water of afvoer van water op die gronden te dulden. Dit betreft bijvoorbeeld de gronden die onderdeel uitmaken van een oppervlaktewaterlichaam, maar ook gronden die als bergingsgebied zijn aangewezen.<sup>62</sup> Ook deze gedoogplicht geldt ex lege.

## 5.2 Jurisprudentie over gedoogplichten

De jurisprudentie over gedoogplichten gaat vrijwel uitsluitend over de gedoogplicht voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken. Uit de uitspraak van de Afdeling van 24 juni 2015 blijkt dat er meerdere gedoogplichten in één besluit kunnen worden opgenomen.<sup>63</sup> In die zaak werd door het college van dijkgraaf en hoogheemraden van Waterschap Vallei en Veluwe een gedoogplicht opgelegd voor een termijn van veertien maanden voor het aanleggen van werkstroken voor het uitvoeren van werkzaamheden in het kader van het project 'Dijkverlegging Cortenoever en Voorsterklei'. Voor elk van de in het besluit genoemde werkzaamheden is de rechthebbende verplicht deze voor een aaneengesloten periode van maximaal acht weken op de aangegeven gronden toe te staan. De rechthebbende wordt hierover telkens vier weken voorafgaand aan de uitvoering van de werkzaamheden geïnformeerd. De Afdeling accepteerde deze werkwijze.

De Wtw biedt geen duidelijkheid over de vraag wanneer, bij het opleggen van een gedoogplicht voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk, de belangen van een rechthebbende onteigening vorderen. Recentelijk heeft de Afdeling de bestaande jurisprudentie hierover bevestigd. Voor het antwoord op deze vraag is de voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk benodigde grondoppervlakte in verhouding tot het totale grondoppervlakte van de rechthebbende van belang.<sup>64</sup> Er bestaat relatief weinig jurisprudentie over de vraag wanneer over moet worden gegaan tot onteigening of wanneer een gedoogplicht kan worden opgelegd. De parlementaire geschiedenis biedt hier eveneens geen aanknopingspunten voor. In haar uitspraak van 24 juli 2013 oordeelde de Afdeling dat het belang van de rechthebbende onteigening vorderde. In die zaak werd 16,7% van het totale eigendom belemmerd en ook liet de aard van die belemmeringen geen ruimte voor enig zinvol gebruik van die grond.<sup>65</sup> In de meeste gevallen is het percentage aan grond dat wordt belemmerd echter niet voldoende om tot onteigening over te gaan. De Afdeling heeft eerder overwogen dat een oppervlakteverlies van 4,69%,<sup>66</sup> 2,89%<sup>67</sup> en 6,9%<sup>68</sup> als gering kan worden beschouwd en dat de bruikbaarheid van de rest van het perceel niet zodanig vermindert dat de belangen van de rechthebbende onteigening vorderen. In de uitspraak van 19 juni 2013 werden uitsluitend de permanent benodigde gronden bij de oppervlakte-eis in aanmerking genomen. In een latere uitspraak van de Afdeling werd de oppervlakte-eis toegepast op gronden die slechts tijdelijk in gebruik werden genomen.<sup>69</sup> Daarnaast is het van belang of zich bijzondere omstandigheden voordoen, zoals de omstandigheid dat de bruikbaarheid van de rest van een perceel vermindert als gevolg van de aanleg of de wijziging van een waterstaatswerk op een gedeelte van dat perceel.<sup>70</sup> De omstandigheid dat bouwwerken en beplantingen verloren gaan als gevolg van de werkzaamheden, die vervolgens weer opnieuw kunnen worden aangebracht, is daarentegen geen bijzondere omstandigheid. De Afdeling ging ook in op de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij het opleggen van gedoogplichten. Onder verwijzing naar de memorie van toelichting oordeelde de Afdeling dat de beheerder bij het opleggen van de gedoogplicht gehouden is het evenredigheidsbeginsel toe te passen. Dit brengt met zich mee dat een gedoogplicht slechts opgelegd kan worden indien de rechthebbende geen toestemming verleent voor de aanleg of de wijziging van het waterstaatswerk. Tot slot volgt volgens de Afdeling niet uit art. 5.24 lid 1 Wtw dat het vergoeden van schade een voorwaarde is

59. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 123.

60. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 123.

61. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 112.

62. Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 112.

63. ABRvS 24 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1991, TBR 2015/135 m.nt. B.S. ten Kate.

64. ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668, JOM 2013/402 en ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:289, Gst. 2016/16 m.nt. M.H.P. Bullens.

65. ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:431, TBR 2013/149 m.nt. J.A.M.A. Sluysmans.

66. ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668, JOM 2013/402.

67. ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, JOM 2017/277.

68. ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2895.

69. ABRvS 24 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1991, TBR 2015/135 m.nt. B.S. ten Kate.

70. ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2895.

voor het opleggen van een gedoogplicht.<sup>71</sup> Rechthebbers kunnen achteraf schadevergoeding vorderen via de schaderegeling van art. 7.14 Wtw. De schaderegeling strekt er niet toe geleden schade volledig te vergoeden. Schade die onder het normaal maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico valt, komt niet per definitie voor vergoeding in aanmerking.<sup>72</sup> Volledige schadevergoeding is echter wel mogelijk; de waterbeheerder kan hier zelf beleid voor hanteren.

In de jurisprudentie speelt een enkele keer ook het eigendomsrecht van art. 1 van het Eerste Protocol (EP) van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) een rol bij het opleggen van een gedoogplicht. Zo oordeelde de Afdeling in 2013 over de gedoogplicht die werd opgelegd voor het realiseren van een verbreding van de Zuidplaspolder.<sup>73</sup> In die zaak was volgens de Afdeling sprake van een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht zoals neergelegd in art. 1 EP EVRM. Volgens de Afdeling leverde de opgelegde gedoogplicht een inmenging op in het eigendomsrecht en was in dit geval sprake van feitelijke onteigening van een gedeelte van het perceel van de betrokkene. Immers, er zouden na realisering van de verbreding op het daarvoor benodigde gedeelte van het perceel geen zinvolle gebruiksmogelijkheden meer resteren voor de perceelgenaar. De enkele omstandigheid dat aan iemand zijn eigendom feitelijk wordt ontnomen, betekent echter niet dat die feitelijke onteigening ook in strijd is met art. 1 EP EVRM. Uit vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vloeit een aantal eisen voort om te bepalen of de oplegging van de gedoogplicht een gerechtvaardigde beperking vormt van dit eigendomsrecht. Zo dient een inbreuk op het ongestoorde genot van eigendom bij wet te zijn voorzien en in overeenstemming te zijn met het nationale recht. Volgens de Afdeling is hiervan sprake, aangezien de bevoegdheid tot het opleggen van de gedoogplicht geregeld is in art. 5.24 Wtw en de gedoogplicht slechts opgelegd mag worden wanneer de belangen van rechthebbers onteigening niet vorderen. De inbreuk moet een legitiem in het algemeen belang gelegen doel dienen en bovendien is een inbreuk op het ongestoorde genot van eigendom slechts toegestaan als de gebruikte middelen evenredig zijn aan het daarmee nagestreefde doel. Het college kon volgens de Afdeling de gedoogplicht opleggen omdat de belangen van appellante daadwerkelijke onteigening niet vorderde. De opgelegde gedoogplicht voor de verbreding had slechts betrekking op 2,26% van het perceel en ook was de bruikbaarheid van de rest van het perceel niet verminderd. De Afdeling maakt hier dus een onderscheid tussen feitelijke onteigening in de zin van het EP EVRM en juridische onteigening in de zin van art. 5.24 Wtw. Dat bevordert de begrijpelijkheid van dit artikel niet.

Tot slot is een uitspraak over de ontvangstplicht voor baggerspecie van art. 5.23 lid 2 Wtw noemenswaardig, al is het maar vanwege de zeldzaamheid van dergelijke uitspraken. Recent oordeelde de Afdeling over nadeelcompensatie voor die ontvangstplicht.<sup>74</sup> Appellant stelde dat hij onevenredig werd getroffen door een abnormale hoeveelheid bagger die werd afgezet. Volgens hem was er sprake van achterstallig onderhoud, omdat al 65 jaar niet was gebaggerd en het gebruikelijk is dat eens in de 10 tot 15 jaar wordt gebaggerd. Volgens de Afdeling dient het plegen van onderhoudswerkzaamheden aan watergangen als een normale maatschappelijke ontwikkeling te worden beschouwd. Er is geen regel op grond waarvan het hoogheemraadschap geacht wordt eens in de 10 tot 15 jaar te baggeren. Ook de hoeveelheid bagger die op het perceel werd afgezet, is ruim binnen de gebruikelijke hoeveelheden gebleven. Appellant is volgens de Afdeling niet onevenredig zwaar getroffen, en heeft daarom geen recht op nadeelcompensatie.

### 5.3 Gedoogplichten in de Ow

De Ow voorziet, net als veel van de wetten die erin opgaan, in het instrument van de gedoogplichten.<sup>75</sup> Hoofdstuk 10 Ow bevat onder andere gedoogplichten uit de Wtw, de Wet inzake luchtverontreiniging, de Ontgrondingenwet en de Monumentenwet 1988. Gedoogplichten die van rechtswege gelden (waar dus geen beschikking voor afgegeven hoeft te worden), zijn opgenomen in afdeling 10.2 Ow. Gedoogplichten die bij beschikking moeten worden opgelegd, staan in afdeling 10.3 van die wet. Bij de gedoogplichtbeschikking geldt een aantal procedurele vereisten en waarborgen. Zo dient te zijn voldaan aan de criteria uit art. 10.11 Ow en is op de voorbereiding van een gedoogplichtbeschikking op grond van art. 16.31 Ow de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb van toepassing.<sup>76</sup> De wetgever beoogt hiermee een gemoderniseerde en vereenvoudigde procedure tot stand te brengen voor het opleggen van gedoogplichtbeschikkingen voor werken van algemeen belang, die minder omslachtige procedurestappen kent, een eenduidige rechtsbescherming heeft, beter uitvoerbaar is en beter aansluit bij de Awb.<sup>77</sup> Vooral bij de gedoogplichten die uit de Wtw en de Waterstaatswet 1900 zijn overgenomen, is een beperkt aantal inhoudelijke wijzigingen doorgevoerd, die hierna worden benoemd. De gedoogplichten zijn waar mogelijk samengevoegd tot wettelijke gedoogplichten die zowel op natte als op droge waterstaatswerken betrekking hebben.<sup>78</sup>

In art. 10.2 Ow zijn de gedoogplichten voor wegen en waterstaatswerken opgenomen. Dit artikel is de opvolger van art. 5.23 lid 1 en 5.25 Wtw en art. 9 en 10 van de Waterstaatswet 1900. Op grond van dit artikel is een

71. ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, JOM 2017/277.

72. ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3674, JOM 2015/1143.

73. ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668, JOM 2013/402.

74. ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:94, JBO 2017/34 m.nt. D. van der Meijden.

75. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 190.

76. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 195.

77. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 190.

78. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 191.

rechthebbende gehouden de door of namens de beheerder te verrichten onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan het waterstaatswerk te gedogen.<sup>79</sup>

Art. 10.3 Ow gaat alleen over gedoogplichten die verband houden met waterstaatswerken. Deze gedoogplichten zijn te herleiden naar art. 5.23 lid 2 en 5.26 Wtw. Op grond van art. 10.3 lid 1 en 2 Ow dient een rechthebbende van gronden gelegen aan of in een oppervlaktewaterlichaam de bij het onderhoud daarvan vrijkomende specie of maaisel op die gronden te ontvangen. In lid 4 van deze bepaling is de gedoogplicht voor overstroming en waterberging van art. 5.26 Wtw met redactionele wijzigingen overgenomen.<sup>80</sup>

Art. 10.5 Ow vindt zijn oorsprong in art. 5.20 Wtw en geeft de bevoegdheid aan personen die belast zijn met de inspectie van watersystemen of onderdelen daarvan elke plaats te betreden zonder toestemming van de bewoner, met uitzondering van woningen. De bevoegdheid om woningen te betreden kan, net als onder de Wtw, via een machtiging worden verleend.<sup>81</sup>

Op grond van art. 10.13 lid 1 onder d Ow kan de Minister van IenM aan een rechthebbende een gedoogplicht opleggen voor het tot stand brengen of opruimen van een werk ter uitvoering van een projectbesluit waarop art. 5.46 lid 1 en 2 Ow van toepassing is (waaronder de aanleg, verlegging of versterking van een primaire waterkering). Henk Gierveld wijst in dit verband op de (ongewenste) overlap die bestaat tussen art. 10.13 lid 1 onder d en art. 10.17 lid 2 onder b Ow.<sup>82</sup> Op grond van art. 10.17 lid 2 onder b Ow kan de beheerder aan een rechthebbende een gedoogplicht opleggen voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en de daarmee verband houdende werkzaamheden – dus ook voor de aanleg, verlegging of versterking van een primaire waterkering. In de memorie van toelichting wordt niet toegelicht waarom de gedoogplicht van art. 10.13 lid 1 onder d Ow wordt opgelegd door de Minister van IenM, terwijl het projectbesluit voor primaire waterkeringen die niet in beheer zijn bij het Rijk wordt vastgesteld door het dagelijks bestuur van een waterschap. Art. 10.17 lid 2 onder b Ow geeft de beheerder de bevoegdheid tot het opleggen van een gedoogplicht voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk.

Art. 10.17 Ow bevat gedoogplichten die bij beschikking worden opgelegd. Hieruit volgt onder andere dat rechthebbenden op de betreffende gronden verplicht zijn te gedogen dat op die gronden onderzoeken en daarmee verband houdende werkzaamheden worden verricht. De gedoogplichten zoals opgenomen in art. 10.17 Ow hebben hun herkomst in art. 5.21, 5.22 en 5.24 Wtw.<sup>83</sup> Dit artikel is slechts van toepassing wanneer voldaan wordt

aan de toetsingscriteria van art. 10.11 Ow. Voor het opleggen van een gedoogplicht dient aan alle in art. 10.11 Ow genoemde criteria te worden voldaan. Er moet sprake zijn van een werk van algemeen belang. Dit zijn de werken en activiteiten die zijn opgenomen in paragraaf 10.3.2 Ow. De gedoogplicht kan slechts worden opgelegd als de belangen van de rechthebbenden redelijkerwijs onteigening niet vorderen.

## 6 Conclusies

In deze bijdrage is beoogd een overzicht te geven van de huidige en toekomstige wetgeving en de jurisprudentie over het juridische instrumentarium van het actieve waterbeheer. In grote lijnen voldoet dat instrumentarium goed en kan de waterbeheerder zijn taken er prima mee vervullen. Het mag dan ook geen verbazing wekken dat het instrumentarium van de Wtw met slechts beperkte wijzigingen wordt overgezet naar de Ow. Toch zijn er wel enkele kanttekeningen te plaatsen. De eerste ervaring met de beperking van de appellabiliteit van de Wtw-legger stemt niet tot tevredenheid. Doordat het gebruikelijk is dat de Wtw-legger en de onderhoudslegger van de Wsw in één document worden vastgesteld en de onderhoudslegger wel volledig appellabel is, is het niet eenvoudig om vast te stellen of een belanghebbende wel of niet tegen de vaststelling van zo'n 'duale' legger kan opkomen. Een oplossing dient zich ook al aan: art. 2.5 Ow verplicht het waterschapsbestuur om alle regels over de fysieke leefomgeving op te nemen in de waterschapsverordening. Naar onze mening ligt het voor de hand dat daartoe ook de aanwijzing van onderhoudsplichten of onderhoudsplichtigen behoort, zoals nu is opgenomen in de onderhoudslegger. Die onderhoudslegger kan daarom met de inwerkingtreding van de Ow vervallen, zodat er ook geen verwarring meer mogelijk is over de mogelijkheid van beroep tegen de legger (die dan alleen nog op de Ow berust).

Dit zou overigens wel betekenen dat tegen de aanwijzing van onderhoudsplichten of onderhoudsplichtigen geen beroep meer openstaat. De waterschapsverordening is, als algemeen verbindend voorschrift, immers niet voor beroep vatbaar. Dat probleem speelt ook bij de overheveling van de aanwijzing van beperkingengebieden naar de waterschapsverordening. Daarmee gaan waarschijnlijk de huidige rechtsbeschermingsmogelijkheden tegen de aanwijzing van beschermingszones in de Wtw-legger verloren. De wetgever zou dit kunnen oplossen door de vaststelling van de waterschapsverordening wel appellabel te maken – in lijn met de keuze die voor het omgevingsplan is gemaakt.

In de jurisprudentie valt verder op dat de waterbeheerder bij het vaststellen van peilbesluiten en projectplannen een grote beleidsvrijheid heeft. De rechter toetst deze besluiten slechts marginaal. Dat biedt de waterbeheerder veel ruimte om die instrumenten naar zijn wensen te gebruiken. De ruimte die de Afdeling bovendien

79. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 520.

80. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 521.

81. Ibid.

82. H.A.J. Gierveld, Besluitvorming over de aanleg en wijziging van hoofdinfrastructuur. Een artikelgewijs commentaar op de Tracéwet en de projectprocedure op grond van de Omgevingswet, Den Haag: IBR 2017, p. 250.

83. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 528.

biedt voor flexibiliteit binnen projectplannen is ook toe te juichen, omdat de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk vooraf niet volledig dichtgetimmerd kan worden. Wel vragen wij ons af of de Afdeling niet net iets te veel ruimte biedt, wanneer zij toestaat dat onderdelen van het projectplan – in casu een verleggingsplan voor kabels en leidingen – gewijzigd kunnen worden zonder daarvoor de besluitvormingsprocedure van het projectplan te volgen.

De komst van de Ow roept enkele nieuwe vragen op. Zo zullen waterschappen moeten nadenken over de vraag of zij een vergunningplicht in het leven gaan roepen voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken, nu die niet meer allemaal via de vaststelling van een projectbesluit hoeven te verlopen. Ook bestaat er nog wat onduidelijkheid over de toepassing van gedoogplichten bij de aanleg of wijziging van waterstaatswerken in het nieuwe stelsel. Desondanks kan de waterbeheerder de komst van de Ow met vertrouwen tegemoet zien, in de wetenschap dat zijn juridische instrumentarium in grote lijnen behouden blijft.