

## Primaire Waterkeringen: grondverwerving in eigendom en mogelijke alternatieven

**Definitieve versie: 9 april 2021** | In opdracht van de Unie van Waterschappen (contactpersoon Henk Weijers hweijers@uvw.nl) voor het beantwoorden van onderzoeksvragen en het geven van advies inzake de juridische (on)mogelijkheden, de voor- en nadelen van grondverwerving in eigendom bij primaire keringen en publiekrechtelijke en privaatrechtelijke mogelijkheden voor alternatieven



mr. M.L. Lanz, mr. dr. P.J. van der Plank, mr. dr. W.J. van Doorn-Hoekveld,  
mr. dr. H.K. Gilissen, mr. dr. F.A.G. Groothuijse

contactpersoon: Prof. dr. H.F.M.W. van Rijswijk  
**Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law**  
Departement Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht  
Newtonlaan 201, 3584 BH Utrecht

Dit onderzoek maakt deel uit van het  
NWO- Perspectief- onderzoeksprogramma 'All-Risk' dossiernummer P15-21

## Inhoud

Hoofdstuk 1 Inleiding .....	4
1.1 Aanleiding tot het onderzoek.....	4
1.2 Probleemstelling .....	4
1.3 Onderzoeksvragen en -methode.....	5
1.4 Opzet rapport.....	6
Hoofdstuk 2 Beheertaken van het waterschap ten aanzien van primaire waterkeringen .....	7
2.1 Inleiding.....	7
2.2 Versterken van waterkeringen.....	7
2.3 Beheer en onderhoud van primaire waterkeringen .....	8
2.4 Vergunningverlening voor het gebruik maken van waterstaatswerken .....	9
2.5 Calamiteitenzorg .....	12
2.6 Grondverwerving en het gelijkheidsbeginsel.....	14
Toepassingsbereik.....	14
Inhoud .....	14
Hoofdstuk 3 Privaatrechtelijk kader.....	17
3.1 Inleiding.....	17
3.2 Eigendom .....	17
3.3 Voor- en nadelen van eigendom.....	18
3.3.1 Voordelen.....	18
3.3.2 Nadelen .....	18
3.4 Beperkte rechten .....	19
3.5 Verschillende beperkte rechten .....	20
a) Erfdienstbaarheden.....	20
b) Een recht van opstal.....	21
c) Een recht van erfpacht .....	22
d) Kwalitatieve verplichting.....	23
3.6 Voor- en nadelen gebruik beperkt recht.....	24
3.6.1 Voordelen.....	24
3.6.2 Nadelen .....	25
3.7 Optie waterschap vestigt als eigenaar beperkt recht(en) ten behoeve van derden .....	26
Hoofdstuk 4 Publiekrechtelijk kader .....	27
4.1 Inleiding.....	27
4.2 Gedoogplicht van rechtswege.....	27
a) Gedoogplicht inspectie van waterkering (art 5.20 Wtw) .....	28
b) Onderhouds- of herstelwerkzaamheden (art. 5.23 Wtw).....	29
c) Meetmiddelen, seinen, merken of andere tekens (art. 5.25 Wtw).....	30
d) Calamiteiten (art. 5.30 Wtw) .....	30

4.3 Gedoogplichtbeschikking .....	31
a) Onderzoek op of in gronden (art. 5.21 Wtw) .....	32
b) Aanleg of wijziging van waterstaatswerk (art. 5.24 Wtw) .....	33
4.4 Onteigening (Titel II Onteigeningswet) .....	34
4.4.1 Toestemming van de rechthebbende .....	34
4.4.2 Onteigenen vanwege de belangen van de rechthebbenden .....	35
4.4.3 Onteigenen vanwege het waterveiligheidsbelang .....	37
4.4.4 Procedure Onteigening .....	38
4.5 Omgevingswet.....	39
4.5.1 Gedoogplichten onder de Omgevingswet.....	39
4.5.2 Onteigening onder de Omgevingswet .....	41
4.6 Keuzetabel.....	44
4.7 Voor- en nadelen van de publiekrechtelijke mogelijkheden.....	45
4.7.1 Voordelen.....	45
4.7.2 Nadelen .....	46
Hoofdstuk 5 Conclusie .....	47
5.1 Privaatrechtelijk kader .....	47
5.2 Publiekrechtelijk kader.....	48
5.3 Aanbevelingen.....	52
5.4 Beslisboom in het kader van een doelmatige uitoefening van de beheertaken van het waterschap .....	52

## Hoofdstuk 1 Inleiding

### 1.1 Aanleiding tot het onderzoek

In de evaluatie van de subsidieregeling van het Hoogwaterbeschermingsprogramma (verder: HBWP of het programma) (Decisio, 2019) is in verband met grondverwerving de aanbeveling (2d) gedaan te onderzoeken “of nadere uitgangspunten (die) nodig zijn voor het beleid rondom grondverwerving voor versterkingsmaatregelen.” Deze aanbeveling is uitgewerkt in het volgende verbeterpunt:

“Verbeterpunt ‘grondwerving’: Grondwerving is nu subsidiabel voor zover dat het beleid van het waterschap volgt. De uitgangspunten hiervoor vergen wellicht aanpassing om een meer sobere en doelmatige besteding van financiële middelen na te streven.”

Als knelpunt wordt de huidige afbakening van de subsidiabele kosten voor verwerving van gronden en vastgoed genoemd (ervaren in 4 van de 15 onderzochte projecten). In de subsidieregeling wordt gesteld dat de kosten voor grondverwerving alleen subsidiabel zijn als deze passen binnen een *sober en doelmatig* ontwerp.

Daarnaast is gesteld dat het uitgangspunt is dat het voor de uitvoering van een versterkingsmaatregel de individuele beleidskeuze van iedere beheerder is om waterkeringen in eigendom te verkrijgen of te volstaan met het vestigen van een zakelijk recht. Daardoor ontstaan binnen het programma tussen de waterschappen verschillen in grondverwervingsbeleid, variërend van de aankoop van de hele waterkeringszone tot het vestigen van zakelijke rechten. In het kader van de subsidiëring van het Rijk roept dat de vraag op in hoeverre de verschillende vormen van grondverwervingsbeleid kunnen worden beschouwd als sober en doelmatig.

Het verdient hier de opmerking dat doelmatigheid in de zin van het HWBP niet altijd één op één overeen hoeft te komen met wat doelmatig is in het licht van de bredere beheertaken van een waterschap. Het HWBP ziet immers alleen op dijkversterkingen en waterschappen hebben een breder wettelijk takenpakket.

Aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (verder: UCWOSL) is onafhankelijk advies met betrekking tot mogelijke alternatieven voor grondverwerving in eigendom gevraagd. De onderzoeksvragen zijn gerelateerd aan de vragen die worden onderzocht in het NWO-TTW programma ALLRISK. Een deel van het advies is daarom tot stand gekomen binnen dat kader.

### 1.2 Probleemstelling

De kernvraag binnen dit onderzoek is of en in hoeverre de eigendom van een te versterken primaire waterkering noodzakelijk is voor het versterken en beheren van keringen, of dat ook kan worden volstaan met privaatrechtelijke zakelijke rechten of een publiekrechtelijke gedoogplicht. Vervolgens is de vraag welke voor- en nadelen en juridische (on)mogelijkheden

de verschillende alternatieven hebben in het licht van de beheertaak van het waterschap, meer in het bijzonder voor de volgende vier aspecten:

- het versterken van waterkeringen,
- het beheer en onderhoud van deze keringen,
- de vergunningverlening voor het gebruik van deze keringen en
- de calamiteitszorg.

Opgemerkt wordt dat de onderzoekers vooral over juridische expertise beschikken en dus geen kostenramingen of inschattingen kunnen maken over de risico's in verband met de mogelijke kosten van zakelijke rechten, minnelijke aankoop of onteigening en de verschillen daartussen. Bovendien hangen die kosten ook af van de omstandigheden van het concrete geval. Verder is het onderzoek beperkt tot zakelijke rechten, gedoogplichten of onteigening van de kering zelf en zal niet worden ingegaan op de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke mogelijkheden voor onderhouds- en beschermingszones, nu deze geen onderdeel van waterkeringen zelf vormen en aangenomen wordt dat deze kosten niet voor subsidie vanuit het HWBP in aanmerking komen. Dit onderzoek strekt niet tot integrale beoordeling van de subsidieregeling van het HWBP. Wel kan het Rijk mede tegen de achtergrond van dit onderzoek (juridische noodzaak en voor- en nadelen van eigendom of alternatieve privaatrechtelijke of publiekrechtelijke instrumenten voor beheer) beoordelen of het de aangedragen argumenten voor het in eigendom hebben van de kering valide acht bij de beoordeling of eigendomsverkrijging van de kering subsidiabel is (volgens het huidige beleid: of er sprake is van een sober en doelmatig ontwerp).

### 1.3 Onderzoeksvragen en -methode

- Wat zijn de juridische privaatrechtelijke (on)mogelijkheden van de verschillende vormen van zakelijke rechten (opstal, erfpacht, erfdienstbaarheid, kwalitatieve verplichting) als alternatief voor eigendom van een primaire waterkering?
- Wat zijn de juridische publiekrechtelijke (on)mogelijkheden als alternatief voor eigendom van een primaire waterkering?
- Wat zijn de juridische voor- en nadelen van het hebben van eigendom van een primaire waterkering en de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke alternatieven daarvoor?

De onderzoeksvragen zijn deels theoretisch-juridisch van aard en betreffen de uitleg van het publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumentarium waarmee waterschappen hun wettelijke taken kunnen uitvoeren. Relevante wetgeving is voornamelijk de Waterwet en het Burgerlijk Wetboek (boek 5). Daarnaast zijn de Regeling subsidies hoogwaterbescherming en de Handreiking subsidiabele en niet-subsidiabele kosten voor toepassing van de Regeling subsidies hoogwaterbescherming van belang.

Voor de juridische beantwoording is gebruik gemaakt van klassiek juridisch onderzoek, te weten een analyse van relevante wet- en regelgeving, jurisprudentie, Nederlandse beleidsdocumenten en inzichten uit de literatuur. Ook zijn de resultaten van eerdere onderzoeken betrokken. Omdat de onderzoeksvragen deels strategisch-bestuurlijk van aard zijn, is in de beantwoording van de vragen ook een analyse meegenomen van de redenen waarom waterschappen voor bepaald beleid kiezen. Hiertoe zijn (o.a.) een aantal stellingen besproken en vragen gesteld aan enkele waterschappers tijdens een online-bijeenkomst met

de werkgroep grondverweving. Daarnaast zijn hiertoe beleidsstukken onderzocht. Uitgebreide interviews hebben gelet op de krappe deadline niet plaatsgevonden.

## 1.4 Opzet rapport

In hoofdstuk 2 worden de beheertaken van waterschappen ten aanzien van primaire waterkeringen besproken. Het gaat daarbij specifiek om het versterken van waterkeringen (par. 2.2), het beheer en onderhoud van waterkeringen (par. 2.3), de vergunningverlening voor het gebruik maken van waterkeringen (2.4), en de calamiteitenzorg (par. 2.5). Daarnaast gaan wij in dit hoofdstuk kort in op het gelijkheidsbeginsel (par. 2.6).

In hoofdstuk 3 worden de mogelijkheden binnen het privaatrechtelijk kader besproken, waarbij allereerst aandacht wordt geschonken aan de situatie dat waterschappen een (primaire) waterkering in eigendom hebben (par. 3.2) en de voor- en nadelen daarvan (par. 3.3). Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijkheid om als alternatief voor eigendom beperkte zakelijke rechten te vestigen ten behoeve van een waterschap (par. 3.4). Onder deze beperkte rechten vallen het recht van opstal, het recht van erfpacht, erfdiensbaarheden en kwalitatieve verplichting (par. 3.5). Ten slotte worden het hebben van eigendom en het hebben van een beperkt recht vergeleken door de voor- en nadelen daarvan te bespreken (par. 3.6). Additioneel bespreken wij de mogelijkheid waarbij een waterschap als eigenaar een beperkt recht vestigt ten behoeve van derden.

Hoofdstuk 4 gaat in op de mogelijkheden binnen het publiekrechtelijk kader die een alternatief kunnen bieden als de primaire kering niet in eigendom is. Er wordt achtereenvolgens ingegaan op de gedoogplicht van rechtswege (par. 4.2), de gedoogplichtbeschikking (par. 4.3) en de onteigening (par. 4.4). Vervolgens behandelen wij de voor dit advies relevante wijzigingen onder de Omgevingswet (par. 4.5). Daarnaast voorziet dit hoofdstuk in zowel een stappenplan (par. 4.4.1) als in een keuzetabel (par. 4.6) waarin een overzicht wordt gegeven van de beschikbare publiekrechtelijke instrumenten en de diverse keuzemogelijkheden. Ten slotte wordt ingegaan op de voor- en nadelen van de mogelijkheden binnen het publiekrechtelijke kader die een alternatief kunnen bieden voor eigendom (par. 4.7).

Ten slotte voorziet hoofdstuk 5 in de beantwoording van de onderzoeksvragen en een beslisboom.

## Hoofdstuk 2 Beheertaken van het waterschap ten aanzien van primaire waterkeringen

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk gaan wij in op de beheertaken van het waterschap ten aanzien van primaire waterkeringen. Het gaat daarbij specifiek om het versterken van waterkeringen (par. 2.2); het beheer en onderhoud van waterkeringen (par. 2.3), de vergunningverlening voor het gebruik maken van waterkeringen (2.4) en de calamiteitenzorg (par. 2.5). Daarnaast bespreken wij het gelijkheidsbeginsel (par. 2.6).

Hoewel dit rapport specifiek ziet op primaire waterkeringen, gelden de beheertaken ook ten aanzien van regionale waterkeringen die in beheer zijn van de waterschappen (aangewezen door de provincie art. 3.2 lid 1 Wtw, jo art. 2 lid 2 Waterschapswet). Voor het beheer van regionale keringen beschikken waterschappen over hetzelfde instrumentarium als voor het beheer van primaire waterkeringen; waterschappen kunnen dus ook eigendom verwerven, beperkte rechten vestigen, gebruiksovereenkomsten sluiten en gedoogplichten opleggen ten behoeve van deze taken. Onder de Omgevingswet zal dit niet anders zijn (zie art. 2.18 lid 2 Ow). Voor het onderhavige onderzoek naar privaatrechtelijke en publiekrechtelijke instrumenten maakt het dan ook geen verschil of het gaat om primaire of regionale keringen. Vanuit zuiver juridisch oogpunt bestaat er dus geen aanleiding om voor beide typen keringen afwijkend beleid te voeren. Uiteraard kunnen er wel andere (niet-juridische) redenen zijn om in beleid te differentiëren.<sup>1</sup> Deze blijven in dit onderzoek buiten beschouwing. Ten slotte zij nog opgemerkt dat het waterschappen geheel vrij is eigen eigendomsbeleid rondom regionale keringen te ontwikkelen. Voor de aanleg/versterking daarvan zijn zij niet aangewezen op financiering vanuit het HWBP, zodat de in dat programma centrale sober- en doelmatigheidseis niet geldt.

### 2.2 Versterken van waterkeringen

Indien de leggetoestand van een primaire waterkering niet voldoet aan de daarvoor geldende veiligheidsnormen van de Waterwet, zal de waterkering moeten worden versterkt. Het waterschapsbestuur zal in dat geval een projectplan moeten vaststellen, waarin het betrokken werk moet worden beschreven, op welke wijze dit werk zal worden uitgevoerd en welke voorzieningen er moeten worden getroffen gericht op het ongedaan maken of beperken van nadelige gevolgen van de uitvoering van het werk.<sup>2</sup> Ter *voorbereiding* van een dergelijk projectplan en een eventueel noodzakelijke milieueffectrapportage zal het waterschapsbestuur de nodige onderzoeken moeten verrichten. Niet alleen naar mogelijke alternatieven, maar ook naar de gevolgen die deze alternatieven hebben. Voor het uitvoeren van deze onderzoeken kan het noodzakelijk zijn dat de gronden van eigenaren waarop een primaire waterkering is gelegen, door het waterschapsbestuur moeten worden betreden. In dat kader zal het waterschapsbestuur (meet)apparatuur moeten kunnen gebruiken en installeren. Ook moet er in de waterkering onderzoek kunnen worden gedaan, waarvoor grondwerkzaamheden moeten kunnen worden verricht, zoals graven, bemonsteren,

---

<sup>1</sup> Over het algemeen hebben waterschappen bijvoorbeeld veel meer kilometers regionale keringen in beheer dan kilometers primaire keringen. Afhankelijk van de eigendomssituatie kan het dus aanzienlijk kostbaarder zijn om na te streven alle regionale keringen in eigendom te hebben.

<sup>2</sup> Art. 5.4 Wtw.

proefwerkzaamheden om de gevolgen daarvan in kaart te brengen, etc. Eventuele monsters moet het waterschapsbestuur ook elders kunnen (laten) onderzoeken.

Ook ter *uitvoering* van het projectplan is het noodzakelijk dat het waterschapsbestuur en de door hem ingehuurde aannemers toegang hebben tot de gronden van eigenaar en daar alle werkzaamheden ter uitvoering van het projectplan kan verrichten. Daarbij kan het onder meer gaan om het ophogen, afgraven, egaliseren van gronden, het slaan van damwanden of het aanbrengen van andere constructies, kunstwerken, verhardingen of begroeiing, maar ook om het kappen van bomen, slopen van bouwwerken, dempen van wateren, het verwijderen van objecten, etc.

### 2.3 Beheer en onderhoud van primaire waterkeringen

Indien het waterschapsbestuur geen eigenaar is van de gronden waarop een primaire waterkering is gelegen, dan zullen ter uitoefening van hun taak handelingen moeten worden verricht op gronden van derden. Voor uitvoering van beheer en onderhoudswerkzaamheden, zal het waterschapsbestuur in de eerste plaats toegang moeten hebben tot deze gronden. Daarvoor kan het nodig zijn dat ook omliggende gronden moeten worden betreden om de primaire waterkering te bereiken. Het gaat dus niet alleen om toegang tot de gronden waarop de waterkering is gelegen, maar ook de toegang (swegen) daarnaartoe. Die toegang is nodig om te inspecteren of de primaire waterkering voldoet aan toestand waaraan deze volgens de legger moet voldoen. Voor die inspectie kan het ook nodig zijn om bodemonsters te nemen en te (laten onderzoeken), meetapparatuur te gebruiken en te installeren of andere inspectiehandelingen te verrichten.

Indien er afwijkingen ten opzichte van de legger worden geconstateerd, zal voor de uitvoering van de herstel- en onderhoudswerkzaamheden toegang tot gronden van derden eveneens noodzakelijk zijn. Daarvoor zal niet alleen toegang van de gronden van derden noodzakelijk zijn, maar ook zullen ter plaatse door of vanwege het waterschap verschillende onderhoud- en herstelwerkzaamheden moeten worden verricht, zoals het graven, repareren van dijkbekleding, inzaaien van gras, maaien, kappen van bomen, etc. Ter uitvoeren van die werkzaamheden kan het bovendien nodig zijn dat machines gronden van derden betreden, waarvoor mogelijk ook rijplaten of andere voorzieningen voor de uitvoering van deze werkzaamheden moeten worden aangebracht. Die werkzaamheden worden niet altijd door de waterschappen zelf verricht, maar vaak ook uitbesteed aan aannemers. De aannemers die in opdracht van het waterschap onderhoud- en herstelwerkzaamheden verrichten moeten vanzelfsprekend ook bovengenoemde handelingen (in opdracht van het waterschapsbestuur) kunnen verrichten.

In sommige gevallen heeft de eigenaar van gronden waarop een primaire waterkering is gelegen zelf een onderhoudsplicht op grond van de keur en de onderhoudslegger als bedoeld in art. 78 lid 2 Waterschapswet. De eigenaar moet dan in de legger als onderhoudsplichtige zijn aangewezen. Op grond van de keur geldt er voor deze in de legger aangewezen onderhoudsplichtigen doorgaans de verplichting om regulier en/of buitengewoon onderhoud aan de primaire waterkering te verrichten.<sup>3</sup> In dat geval is het waterschapsbestuur niet zelf tot

---

<sup>33</sup> Zie bijvoorbeeld art. 2.2 en art. 2.3 Modelkeur 2012, te raadplegen via: <<https://www.uvw.nl/thema/wet-en-regelgeving/modelkeur/>>.



onderhoudswerkzaamheden verplicht, maar de grondeigenaar. Wel zal het waterschapsbestuur toezicht moeten houden op de naleving van deze onderhoudsplichten door deze onderhoudsplichtige eigenaren. Om dat toezicht goed te kunnen verrichten, kan het nodig zijn dat het waterschapbestuur de gronden van deze eigenaren moet betreden. Toegang is ook nodig indien de grondeigenaar de onderhoudsplicht overtreedt en het waterschapsbestuur hem een last onder bestuursdwang oplegt die hij niet uitvoert. In dat geval zal het waterschapsbestuur het onderhoud op kosten van de grondeigenaar zelf moeten kunnen verrichten. Welke handelingen het waterschapsbestuur daarvoor moet kunnen verrichten is hierboven reeds beschreven.

## 2.4 Vergunningverlening voor het gebruik maken van waterstaatswerken

Op grond van artikel 6.5, lid 3 Waterwet en 6.12 e.v. Waterbesluit geldt een vergunningplicht voor handelingen, waarmee gebruik wordt gemaakt van een rijkswaterstaatswerk, dat niet overeenkomstig de functie is.

Voor waterstaatswerken in beheer van een waterschap gelden deze bepalingen niet. Voor dergelijke waterstaatswerken gelden de bepalingen uit de Keur.

In de Modelkeur van de Unie van Waterschappen – die wij als uitgangspunt nemen – is het volgende artikel opgenomen<sup>4</sup>:

1. Het is verboden zonder watervergunning van het bestuur gebruik te maken van een waterstaatswerk of bijbehorende beschermingszones door, anders dan in overeenstemming met de waterhuishoudkundige functies, daarin, daarop, daarboven, daarover of daaronder handelingen te verrichten, werken te behouden of vaste substanties of voorwerpen te laten staan, [te vervoeren] of te liggen.
- 1a. Het is verboden zonder watervergunning van het bestuur een waterstaatswerk te wijzigen of aan te leggen.
2. Het is verboden zonder watervergunning van het bestuur in het profiel van vrije ruimte werken te plaatsen, te wijzigen of te behouden. [...]

Naast de vergunningplicht gelden er algemene regels voor handelingen die uitgezonderd zijn van de vergunningplicht. In de Modelkeur zijn geen specifieke handelingen uitgezonderd van de vergunningplicht en onder het regime van algemene regels gebracht, maar in het Waterbesluit (art. 6.12) en de Waterregeling (art. 6.11) zijn voor rijkswaterstaatswerken onder andere de volgende vergunningsvrije handelingen opgenomen:

- Het bouwen van bouwwerken, voor zover de oppervlakte daarvan niet meer dan 30 m<sup>2</sup> bedraagt;
- Het plaatsen van een erf- of perceelafscheiding;
- Het uitvoeren van onderhoud dan wel de aanleg of wijziging of overig gebruik, anders dan in overeenstemming met de functie, van waterstaatswerken, voor zover deze activiteiten door of vanwege de beheerder worden verricht;

---

<sup>4</sup> Afzonderlijke keuren kunnen afwijkende of aanvullende bepalingen bevatten.

- Het maken van werken om oeverafslag tegen te gaan, mits deze niet boven het oeverland uitsteken, en het ten behoeve van de uitvoering van die werken storten, plaatsen of neerleggen van vaste substanties of voorwerpen;
- Het voor een periode van ten hoogste zes maanden plaatsen en opslaan van bouwwerken, bouwborde, materiaal en materieel om een werk of onderhoud te kunnen uitvoeren in, op, boven, over of onder een oppervlaktewaterlichaam of een bijbehorend kunstwerk;
- Evenementen die niet langer duren dan drie maanden;
- Het plaatsen van een in- of uitstroomvoorziening, mits de in- of uitstroomsnelheid maximaal 0,3 m/s bedraagt;
- Het plaatsen van een steiger, vlonder of aanmeervoorziening, inclusief de bijbehorende voorzieningen, voor zover deze gelegen zijn buiten de vaarweg en bestemd zijn voor niet-bedrijfsmatig gebruik, dan wel naar aard en omvang vergelijkbaar overig gebruik;
- Het plaatsen van informatieborden, informatiezuilen, reclameborden, reclamezuilen, sport- en speeltoestellen, gedenktekens, kunstobjecten, vlaggenmasten, tuin- en straatmeubilair of in aard en omvang hiermee vergelijkbare objecten, waarvoor geen of een beperkte fundering vereist is;
- Terreinophogingen van minder dan 50 m<sup>3</sup> per kadastraal perceel;
- Het plaatsen van visfuisen of visnetten.

De vergunningplicht is gekoppeld aan bepaalde handelingen en niet aan het eigendom van de waterkering. De bevoegdheid tot het verlenen van vergunningen maakt onderdeel uit van de beheertaak (het zogenoemde passieve beheer). Een en ander betekent dat een vergunning voor de betreffende handelingen nodig is, ongeacht of een waterkering in eigendom is bij een waterschap. Omgekeerd geldt ook dat óók een eigenaar van een waterkering een watervergunning nodig heeft voor handelingen op of in de nabijheid van deze kering, uiteraard tenzij een uitzondering geldt op de vergunningplicht.

Voor de activiteiten die zijn uitgezonderd van de vergunningplicht is geen sturing mogelijk door de waterbeheerder, indien deze niet ook eigenaar is, tenzij de mogelijkheid bestaat maatwerkvoorschriften te stellen. Hierbij moet worden opgemerkt dat de handelingen die onder de algemene regels vallen doorgaans van ondergeschikt waterstaatkundig belang zijn.

Is de waterbeheerder tevens eigenaar van de grond waarop een derde voornemens is om niet-vergunningplichtige handelingen te verrichten, dan dient deze privaatrechtelijke toestemming te vragen voor het gebruik van het eigendom en kan de waterbeheerder daar ook een gebruiksvergoeding aan koppelen.<sup>5</sup> In geval van vergunningplichtige handelingen, geldt de vergunningplicht onverkort. Het verlenen van de vergunning impliceert niet zonder meer ook privaatrechtelijke toestemming (zie hieronder).<sup>6</sup>

Is de grond in eigendom van een derde, dan dient degene die een handeling (al dan niet toegestaan o.g.v. algemene regels of o.g.v. een vergunning) wil verrichten, tevens goedkeuring te krijgen van de eigenaar van de grond om gebruik te mogen maken van het eigendom.

---

<sup>5</sup> Zie HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, AB 2013/1 (Rijnland/Götte).

<sup>6</sup> Zie HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, AB 2013/1 (Rijnland/Götte). Dit in tegenstelling tot de in het arrest Amsterdam/Geschiere ontwikkelde jurisprudentielijn (HR 5 juni 2009, AB 2009, 327 (Amsterdam/Geschiere)).

In het geval een waterkering in volle eigendom is bij een waterschap, is aannemelijk dat er minder voornemens zullen zijn om vergunningplichtige activiteiten te ontplooiën, dan wanneer een derde de eigendom heeft of een zakelijk recht ten behoeve van een derde is gevestigd. Of dit zo is, zal per geval moeten worden onderzocht. Opgemerkt moet worden dat activiteiten die het waterschap ten aanzien van de waterkering ter uitvoering van de aan hem opgedragen taken verricht niet vergunningplichtig zijn.<sup>7</sup>

Is de waterkering in eigendom van een waterschap, dan dient voor vergunningplichtige activiteiten naast een publiekrechtelijke toestemming, tevens privaatrechtelijke toestemming aan dat waterschap te worden gevraagd. Deze privaatrechtelijke toestemming kan het waterschap als eigenaar in beginsel weigeren. In dat geval heeft de derde geen direct belang meer bij de aanvraag (i.e. is deze geen belanghebbende in de zin van art. 1:2, lid 1 Awb) en daarmee kan het bestuur van het waterschap de aanvraag (art. 1:3, lid 3 Awb) buiten behandeling laten.<sup>8</sup>

Is de grond in eigendom van een derde (of is er een zakelijk recht gevestigd), dan geldt de privaatrechtelijke toestemmingsbevoegdheid van het waterschap niet en is de eigenaar belanghebbende bij de aanvraag en zal het bestuur deze aanvraag moeten behandelen. Alvorens over dergelijke aanvragen kan worden beslist, zal het waterschap de nodige kennis moeten vergaren over de relevante feiten en de af te wegen belangen. Tegen de beslissing op de vergunningaanvraag kunnen belanghebbenden in bezwaar gaan bij het waterschapsbestuur (7:1 Awb). In dat kader zal het waterschapsbestuur de bezwaarden moeten (laten) horen, al dan niet door een onafhankelijke bezwaaradviescommissie. Indien de bezwaarde het niet eens is met de beslissing op bezwaar kan hij daartegen beroep instellen bij de bestuursrechter (8:1 Awb) en indien hij het niet eens is met de rechtbankuitspraak tenslotte hoger beroep instellen bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (8:104 jo. 8:105 Awb). In deze rechterlijke procedures zal het waterschapsbestuur als verweerder moeten optreden en in die hoedanigheid verweerschriften (moeten) opstellen en deze ter zitting (moeten) toelichten.

Dergelijke procedures brengen administratieve lasten voor het waterschap met zich. Aangezien het aannemelijk is dat deze procedures vaker aan de orde zullen zijn zolang het waterschap geen eigenaar is van de waterkering, zullen de administratieve lasten mogelijk hoger zijn dan wanneer het waterschap zelf eigenaar is van de waterkering.

De plicht om toezicht te houden en te handhaven staat los van de eigendomspositie van het waterschap. Indien illegaal gebruik van de waterkering plaatsvindt, zal het waterschap daartegen handhavend dienen op te treden of hij nu eigenaar is of niet. In theorie zouden zich op gronden in eigendom van derden mogelijk meer illegale bouwwerken kunnen bevinden of illegale vormen van gebruik kunnen plaatsvinden, dan op waterkeringen in eigendom van het waterschap, omdat men mogelijk eerder geneigd is zijn eigen grond te bebouwen (zonder of met toestemming) dan grond van een ander. Indien voor het toezicht de eigendom van een

---

<sup>7</sup> Zie art. 3.10 Modelkeur UvW 2013.

<sup>8</sup> Vgl. ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2717, AB 2018/352, m.nt. A.G.A. Nijmeijer en ABRvS 19 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3048, AB 2018/392 m.nt. A.G.A. Nijmeijer en *MenR* 2018/128, m.nt. F. Warendorf.

derde betreden moet worden voor onderzoek, dan valt dit onder de algemene gedoogplichten.<sup>9</sup>

Indien het waterschap eigenaar is van een waterkering en daarvan zonder toestemming gebruik van wordt gemaakt, dan zou het waterschap ook kunnen optreden op grond van het eigendomsrecht (onrechtmatiggedaadsactie instellen). Echter, indien ook de mogelijkheid bestaat een vergelijkbaar resultaat te behalen (het beëindigen van de illegale situatie) via het publiekrecht, bijvoorbeeld door middel van een last onder dwangsom, dan zal de burgerlijke rechter mogelijk oordelen dat het gebruik van het privaatrecht een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert.<sup>10</sup>

## 2.5 Calamiteitenzorg

De ‘reguliere’ bevoegdheden rondom beheer en onderhoud van waterstaatswerken (en primaire keringen in het bijzonder) moeten worden onderscheiden van de bevoegdheden die aan de beheerder toekomen bij calamiteiten. Het kan immers voorkomen dat de goede staat van een waterstaatswerk door bijzondere (calamiteuze) omstandigheden “onmiddellijk en ernstig in het ongerede is of dreigt te geraken”. Men spreekt in dergelijke gevallen van een ‘gevaar’ voor waterstaatswerken (art. 5.28 lid 1 Wtw). Hierbij kan men denken aan een (dreigende) dijkdoorbraak door een storm, een ongeluk/aanvaring of een aanslag. De oorzaak van het gevaar is niet relevant; van belang is de vraag in hoeverre het waterstaatswerk daardoor nog kan functioneren op de manier waarop dit behoort te functioneren. Is dat niet het geval, en is er tevens sprake van een zekere ernst en urgentie, dan kan de beheerder gebruik maken van zijn noodbevoegdheden uit paragraaf 5.5 van de Waterwet. Daarbij dient – wellicht ten overvloede – te worden bedacht dat het gevaar zich nog niet hoeft te hebben gematerialiseerd in schade aan have en goed. Ook bij een concrete *dreiging* kunnen deze bevoegdheden worden gebruikt.

De wettelijke definitie van ‘gevaar’ laat ruimte voor interpretatie. Het is dan ook de beheerder zelf die in een concrete situatie moet beoordelen of er al dan niet sprake is van gevaar en dus of hij gebruik wenst te maken van zijn noodbevoegdheden. Dat kan hij doen zolang de door het gevaar ontstane situatie “zulks noodzakelijk maakt” (art. 5.30 lid 1 Wtw). Ook dat is primair ter beoordeling aan de beheerder. Deze zeer ruime beoordelingsmarge voor de beheerder betekent niet dat deze bevoegdheid naar willekeur mag worden gebruikt en dat daaromtrent geen waarborgen gelden. Zo dient een beheerder – voor zover dat mogelijk is – te handelen in lijn zijn met het voor de waterstaatswerken onder zijn beheer vastgestelde calamiteitenplan (art. 5.29 lid 1 Wtw), en dient deze zijn plaats in de veiligheidsketen te onderkennen en waar nodig samen te werken en af te stemmen met andere bevoegde calamiteiteninstanties. Bovendien dient gebruik van een noodbevoegdheid in verband met gevaar voor primaire waterkeringen onverwijld te worden gemeld aan de Minister van Infrastructuur en Waterstaat (art. 5.30 lid 3 Wtw) en dient over het optreden en verder handelen na afloop van de gevaarsituatie verantwoording te worden afgelegd door middel van een evaluatie (art. 5.30 lid 6 Wtw). Indien een beheerder overigens ten onrechte niet of niet adequaat optreedt bij gevaar voor een primaire waterkering, dan kan de Minister van Infrastructuur en Waterstaat deze beheerder een dwingende aanwijzing geven (art. 5.31 lid 4 jo. art. 3.13 Wtw).

---

<sup>9</sup> Zie art. 5.20 lid 1, 5.21 Wtw.

<sup>10</sup> Zie HR 7 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1473.

Het 'optreden en verder handelen' in verband met gevaar kent – naast het treffen van voorbereidingsmaatregelen in de zogenoemde 'koude fase' (zoals het oefenen en het vaststellen van calamiteitenplannen) – twee handelingsgrondslagen. Enerzijds onderscheidt men de noodbevoegdheden op grond van art. 5.30 lid 1 Wtw (actie tijdens de zogenoemde 'warme fase'); anderzijds is er de verplichting voor de beheerder om het betreffende waterstaatswerk, zodra de feitelijke omstandigheden dat weer toelaten, zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de in de legger voorgeschreven staat (herstel tijdens de 'nafase'; art. 5.30 lid 4 Wtw). Over de herstelwerkzaamheden dient weliswaar in de evaluatie op grond van art. 5.30 lid 6 Wtw verantwoording te worden afgelegd, maar voor de uitvoering daarvan gelden in beginsel geen noodbevoegdheden. Dat wil zeggen dat de beheerder bij de uitvoering van dergelijke maatregelen in beginsel gebruik dient te maken van zijn 'reguliere' instrumentarium (zie hoofdstuk 4), tenzij hij van oordeel is dat met het herstel reeds kan/moet worden aangevangen ondanks dat de gevaarsituatie voortduurt. Ook voor maatregelen in de 'koude fase' dient de beheerder – voor zover voor dit onderzoek relevant – gebruik te maken van zijn reguliere instrumentarium.

Art. 5.30 lid 1 Wtw geeft de beheerder – zolang de gevaarsituatie zulks noodzakelijk maakt – de bevoegdheid om alle "maatregelen te treffen die hij nodig oordeelt, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften, met dien verstande dat hij geen maatregelen treft die in strijd zijn met de Grondwet of met internationaalrechtelijke verplichtingen." Men kan bijvoorbeeld denken aan het betreden van plaatsen met medeneming van de benodigde apparatuur, instrumenten, voertuigen en andere benodigde voorzieningen en middelen, het verrichten van werkzaamheden en het plaatsen van objecten, het verwijderen of verplaatsten van objecten of obstakels, of het voor het publiek ontoegankelijk maken van plaatsen. Eventuele rechthebbenden op wier gronden dergelijke maatregelen worden getroffen, zijn op grond van art. 5.30 lid 1 Wtw verplicht om hieraan terstond hun medewerking te verlenen en/of deze toe te laten – in beginsel zonder voorafgaande (schriftelijke) opgave van redenen, nadere toelichting of minnelijk overleg, en waar nodig in afwijking van eventuele zakelijke rechten of andere aanspraken of voorbehouden. Maatregelen moeten weliswaar proportioneel zijn en mogen geen ongeoorloofde inbreuk maken op grondrechten, maar naar haar aard kan een gevaarsituatie vergen dat geen ruimte wordt geboden voor bestuurlijke heroverweging en dat de beoordeling van de rechtmatigheid in een later stadium plaatsvindt. Uiteraard kan er achteraf wel aanleiding bestaan om eventuele (on)rechtmatig toegebrachte schade door het treffen van noodmaatregelen te compenseren.

Kort en goed: art. 5.30 lid 1 Wtw verschaft de beheerder de bevoegdheid om in noodsituaties alle noodzakelijke maatregelen te treffen, ongeacht wie de eigenaar is van gronden waarop die maatregelen worden getroffen en/of welke zakelijke rechten daarop rusten. Grondeigenaren moeten hun medewerking daaraan verlenen, ook als de beheerder daarvoor geen zakelijk recht heeft. Zakelijke rechten van derden ten aanzien van de waterkering die het terstond uitvoeren van noodmaatregelen belemmeren, zullen tijdelijk moeten wijken. Het voordeel van gronden zelf in eigendom hebben, is dat in voorkomende gevallen onverwijld kan worden gehandeld en geen dwang hoeft te worden toegepast. Wanneer een waterschap zelf eigenaar is van gronden, kan het derden verbieden of onmogelijk maken om gebruik te maken van hun eventuele op deze gronden rustende zakelijke rechten, voor zover en zolang een noodsituatie dat vereist. Deze vormen dus geen belemmering voor het treffen van noodmaatregelen.

## 2.6 Grondverwerving en het gelijkheidsbeginsel

### Toepassingsbereik

De overheid dient bij zowel het publiekrechtelijk als het privaatrechtelijk handelen overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en algemene rechtsbeginselen te handelen, waaronder ook het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidsbeginsel is niet gecodificeerd in de wet en is een ongeschreven rechtsbeginsel.<sup>11</sup> Ook ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten overheden in acht nemen bij hun publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelen. Voor het privaatrechtelijk handelen vloeit dat voort uit art. 3:14 BW op grond waarvan een bevoegdheid die iemand toekomt op grond van het burgerlijk recht niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij de handelingen die het waterschapsbestuur in het kader van de grondverwerving verricht, zoals het vestigen van beperkte rechten, het sluiten van overeenkomsten, het opleggen van gedoogplichten, de inzet van het onteigeningsinstrument en het formuleren van het grondverwervingsbeleid, zullen deze beginselen, waaronder ook het gelijkheidsbeginsel, dus in acht moeten worden genomen, ongeacht of het privaatrechtelijk of publiekrechtelijk handelen betreft.

### Inhoud

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, maar óók dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld naar de mate waarin zij verschillen. De cruciale vraag is dan ook wanneer er sprake is van gelijke gevallen. Indien er een rechtvaardiging kan worden gegeven voor het maken van een onderscheid tussen twee gevallen, dan is er geen sprake van gelijke gevallen. Voor het waterschapsbestuur is het bij het formuleren van het grondverwervingsbeleid in het kader van dijkversterkingen en de toepassing van dat beleid dan ook van belang om van tevoren na te denken over de redenen die het maken van een onderscheid tussen bepaalde categorieën van gevallen rechtvaardigen. In welke (categorieën van) gevallen zal het waterschapsbestuur welke publiekrechtelijke of privaatrechtelijke instrumenten inzetten om gronden te verwerven of medewerking van derden te verkrijgen voor een doelmatige, doeltreffende, duurzame en proportionele uitoefening van zijn beheertaak. Enkele redenen voor het maken van onderscheid in het verkrijgen van medewerking van grondeigenaren die in dat kader van belang kunnen zijn, zijn ook elders in dit rapport genoemd.<sup>12</sup> De genoemde redenen zijn niet limitatief. Er kunnen veel gerechtvaardigde redenen zijn om onderscheid te maken in het grondverwervingsbeleid en/of het inzetten van juridische instrumenten met het oog op grondverwerving. Het gaat bijvoorbeeld om: het tegengaan van versnippering van eigendom, financiële overwegingen, de duur en frequentie van de handelingen die het waterschapsbestuur op de gronden van derden moet verrichten, de mate waarin een grondeigenaar in zijn belangen wordt aangetast, de administratieve lasten voor het waterschap, de snelheid waarmee gehandeld kan worden (bijv. met het oog op de doorlooptijd van juridische procedures), de gevoeligheid van de kering, de door de kering beschermde belangen, de bereidheid van een grondeigenaar om mee te werken, de specifieke kenmerken van verschillende dijkvakken, de mate en de situering van bebouwing op de benodigde gronden, etc.

---

<sup>11</sup> Al komt dit beginsel wel tot uitdrukking in art. 1 Grondwet.

<sup>12</sup> Zie hoofdstuk 5.3 (conclusie)

Zie voor een voorbeeld in de jurisprudentie de uitspraak van de Afdeling van 17 september 1998, waarin de Afdeling overweegt: 'Appellant is tenslotte van mening dat indien zijn gronden verworven dienen te worden voor de dijkverbetering dit ook geldt voor het naastgelegen kavel, sectie H2790. Voor zover appellant hiermede een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel merkt de Afdeling vooreerst op dat dit beginsel inhoudt dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden en ongelijke gevallen naar de mate waarin zij verschillen.

Verweerders hebben erop gewezen dat hier sprake is van een afwijkende situatie, gelegen in de aanwezigheid van een grote schuur, die ter hoogte van de kruin van de dijk ligt. Deze schuur zal worden gehandhaafd. Verweerders hebben gesteld dat strikt genomen van dit perceel een gedeelte van ca. 100m<sup>2</sup> zou moeten worden verworven ter verbetering van het talud van de dijk. Zij hebben hier echter van afgezien omdat de werkzaamheden plaats moeten vinden op het gedeelte van het talud achter de schuur (vanaf de dijk gezien). Gelet op de ligging direct achter de schuur is het niet doelmatig noch praktisch, om slechts dat gedeelte van het talud van de dijk op die plaats te verwerven.

De Afdeling is, anders dan appellant meent, niet gebleken dat het perceel van appellant zich in een vergelijkbare situatie ten opzichte van het perceel H2790 bevindt. Het beroep van appellant op het gelijkheidsbeginsel kan derhalve niet slagen.<sup>13</sup>

Waterschapsbesturen hebben bij het formuleren van hun grondverwervingsbeleid en de toepassing daarvan betrekkelijk veel beleidsruimte, zodat ieder waterschap ten aanzien van de differentiatiecriteria eigen afwegingen te maken. Het feit dat het waterbeheer, in dit geval het beheer van primaire waterkeringen, in belangrijke mate is gedecentraliseerd, impliceert dat het ene waterschapsbestuur een ander grondverwervingsbeleid kan voeren dan het andere. Dat geldt ook als een waterkering waterschapsgrensoverstijgend wordt versterkt. Ieder waterschapsbestuur kan de beleidsruimte binnen de grenzen van het geldende recht<sup>14</sup> zelf invullen. Die beleidsruimte geeft waterschapsbesturen overigens ook de mogelijkheid om in een geval van een waterschapsgrensoverstijgende dijkversterking hun grondverwervingsbeleid op elkaar af te stemmen. Beleid kan immers ook worden gewijzigd. In het feit dat er sprake is van de versterking van een waterschapsgrensoverstijgende waterkering kan – gelet op bijvoorbeeld eenduidigheid voor de betrokken grondeigenaren – voor waterschapsbesturen een rechtvaardiging zijn gelegen om af te wijken van het grondverwervingsbeleid dat zij hanteren bij versterkingen van waterkeringen die niet waterschapsgrensoverstijgend zijn.

Enkele waterschappen maken ten aanzien van hun grondverwervingsbeleid onderscheid tussen primaire en secundaire waterkeringen. Op zichzelf rechtvaardigt dat enkele onderscheid nog niet dat het waterschap een verschillend grondverwevingsbeleid hanteert ten aanzien van de versterking van beide type keringen. De waterschappen die dit onderscheid maken, zullen moeten (kunnen) motiveren welke inhoudelijke argumenten aan het maken van dit

---

<sup>13</sup> ABRvS 17 september 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN5764, AB 1998/388, m.nt. A. van Hall.

<sup>14</sup> Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de wettelijk beperking voor het waterschapsbestuur om een gedoogbeschikking op te leggen voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk, indien de belangen van de grondeigenaar onteigening vorderen (art. 5.24 Wtw). Het betreft ook de eerder genoemde algemene beginselen van bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Het geldende recht kan ook per waterschap verschillen, omdat er ook provinciale instructieregels kunnen gelden die het waterschapsbestuur in acht moet nemen en die per provincie - en dus ook per waterschap - kunnen verschillen.

onderscheid ten grondslag liggen en waarom die argumenten het maken van onderscheid rechtvaardigen. Zoals reeds is opgemerkt, hebben waterschapsbesturen daarbij veel beleidsruimte. Een inhoudelijk argument voor het maken van onderscheid kan bijvoorbeeld zijn gelegen in het verschil ten aanzien van de door de waterkering te beschermen belangen – in termen van economische waarden en potentiële slachtoffers –, die maken dat het waterschap maximale zeggenschap wil hebben over een te versterken kering en om die redenen de kering in eigendom wil hebben, terwijl het voor de versterking van een andere kering voor het waterschapsbestuur een beperkt recht of een gedoogplicht volstaat.



## Hoofdstuk 3 Privaatrechtelijk kader

### 3.1 Inleiding

Zeggenschap ten aanzien van grond kan onderverdeeld worden in privaatrechtelijke mogelijkheden en publiekrechtelijke mogelijkheden. In dit hoofdstuk worden de privaatrechtelijke mogelijkheden uiteengezet om uitvoering te geven aan de verschillende beheertaken van het waterschap. Om te komen tot een bespreking van de alternatieven voor grondverwerving (in eigendom) van de primaire waterkering, zullen in het navolgende allereerst de voor- en nadelen besproken worden van het hebben van eigendom van een primaire waterkering. Vervolgens zullen de verschillende privaatrechtelijke alternatieven aan de orde komen: een recht van opstal, een recht van erfpacht, erfdiensbaarheden en de kwalitatieve verplichting. Afgesloten zal worden met een vergelijking tussen het hebben van eigendom of het hebben van een beperkt recht.

### 3.2 Eigendom

#### *Definitie*

Eigendom is 'het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben', zo bepaalt het Burgerlijk Wetboek. Uit de definitie blijkt de verhouding tussen eigendom en beperkte rechten: het eigendomsrecht is het meest omvattende recht dat iemand op een zaak kan hebben. In het eerste artikel van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens is ten aanzien van het eigendomsrecht bepaald dat een eigenaar recht heeft op 'het ongestoorde genot van zijn eigendom en dat aan niemand zijn eigendom zal worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.'

#### *Zaken*

Eigendom geldt alleen ten aanzien van zaken. Zaken zijn gedefinieerd als 'voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten'. Het is dus niet mogelijk eigenaar te zijn van een vermogensrechten, zoals bijvoorbeeld een beperkt recht. Degene die gerechtigd is tot een beperkt recht wordt 'rechthebbende' genoemd. Zaken worden onderscheiden in roerend en onroerend. Onroerend zijn 'de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, met de grond verenigde beplantingen en gebouwen en werken, die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met een ander gebouw of werk.' Omdat de voorgelegde vragen enkel gerechtigdheid tot onroerende zaken betreffen, zal eigendom van roerende zaken in het navolgende achterwege blijven.

#### *Ongestoord genot*

Omdat het eigendomsrecht het meest omvattende recht is dat iemand op een zaak kan hebben, brengt dit mee dat een eigenaar in beginsel vrij, met uitsluiting van eenieder, gebruik kan maken van zijn zaak. Een eigenaar heeft het genot van de zaak en is vrij hierover te beschikken. Dit komt erop neer dat een eigenaar in beginsel alle mogelijke bevoegdheden uit kan oefenen ten aanzien van de zaak, mits deze uitoefening geen strijd oplevert met rechten van anderen, met wettelijke voorschriften of met regels van ongeschreven recht. Anders gezegd: de bevoegdheden van een eigenaar vinden hun grens in publiekrechtelijke

beperkingen en bevoegdheden en de door het recht beschermde belangen van anderen. Gezien het bovenstaande is het eigendomsrecht een absoluut recht; de eigenaar kan zijn recht aan eenieder tegenwerpen en hoeft niet te dulden dat een ander deze zaak onbevoegd gebruikt.

Het hebben van een eigendomsrecht zorgt derhalve in belangrijke mate voor rechtszekerheid: het staat een eigenaar vrij die activiteiten daar te ontplooiën die hem goeddunkt en is daarbij bijvoorbeeld niet afhankelijk van de medewerking van een ander. Dit is dan ook het eerste voordeel van het recht van eigendom.

### 3.3 Voor- en nadelen van eigendom

#### 3.3.1 Voordelen

##### *Eigendom geeft zekerheid*

Het staat een eigenaar vrij om naar eigen goeddunken gebruik te maken van de zaak. Indien een waterstaatswerk in eigendom toebehoort aan het waterschap kan zonder twijfel al hetgeen benodigd is voor het beheer en onderhoud uitgevoerd worden. Dit bevordert over het algemeen ook de snelheid waarmee gehandeld kan worden.

Daarbij kan een eigenaar van een zaak vrijelijk over de zaak beschikken: hij kan overeenkomsten aangaan, bijvoorbeeld een huur- of pachtovereenkomst, inclusief eventuele afspraken ten aanzien van het gebruik en behoud ervan en is gerechtigd tot de eventuele opbrengsten van de door hem aangegane overeenkomsten.

Ook is eigendom over het algemeen waardevast en biedt eigendom de mogelijkheid het te bezwaren met een (of meer) beperkt(e) recht(en).

#### 3.3.2 Nadelen

##### *Eigendom brengt ook verantwoordelijkheden met zich*

Het eigendomsrecht is, zoals gezegd het meest omvattende recht dat een (rechts)persoon op een zaak kan hebben. De nadelen die het eigendomsrecht met zich brengt zijn om die reden beperkt. Het hebben van eigendom brengt bepaalde verantwoordelijkheden mee, bijvoorbeeld voor onderhoud en voor de bodemkwaliteit.

##### *Waardefluctuatie*

In het voorgaande is genoemd dat grond (relatief) waardevast is. De geschiedenis leert echter dat de waarde van grond kan fluctueren, en hoewel in de afgelopen decennia de grondprijzen (op de lange termijn) altijd een waardeinstijging hebben laten zien, geeft dit geen zekerheid voor de toekomst. De waarde van een zaak blijft altijd afhankelijk van invloeden als inflatie, maar ook van andere variabelen. Gewijzigd gebruik van de grond (incourante grond), herbestemming van grond tot water of natuur, gewijzigde plaatselijke omstandigheden of gewijzigd landelijk of Europees beleid kunnen bijvoorbeeld leiden tot devaluatie van grondwaarde.

##### *Verjaring*

De gerechtigdheid tot een goed betekent echter niet dat deze gerechtigdheid tot in de eeuwigheid blijft bestaan. De belangrijkste 'bedreiging' van eigendom (en ook van andere zakelijke rechten) is gelegen in het leerstuk van verjaring. Indien gedurende een bepaalde tijd (voor onroerende zaken is dat 20 jaar) inbreuk gemaakt wordt op een eigendomsrecht door een niet-eigenaar, kan dit verlies van eigendom tot gevolg hebben. Hiertoe is vereist dat

iemand anders dan de daadwerkelijk gerechtigde de zaak 'bezit'. Dit is een complex leerstuk in het vermogensrecht. Het vereist dat iemand de zaak zonder rechtsgrond houdt (een onderliggende overeenkomst ontbreekt) en dat er sprake is van bezitsdaden: gedragingen alsof iemand pretendeert eigenaar te zijn, zonder dat de daadwerkelijk juridische gerechtigde optreedt tegen de inbreuk die hiermee op zijn eigendomsrecht wordt gemaakt.

Een eigenaar dient zich er om die reden op regelmatige tijdstippen van te verwittigen dat geen oneigenlijk gebruik gemaakt wordt van zijn zaak, door iemand die daartoe niet gerechtigd is op grond van een overeenkomst bijvoorbeeld.

De vereisten die gesteld worden aan het hebben van bezit zijn de laatste jaren in de rechtspraak (flink) aangescherpt.<sup>15</sup> Om het verjaringsrisico te beperken is het van belang dat, indien de grond onrechtmatig in gebruik genomen is door een derde, het waterschap hiertegen optreedt, ofwel door het gebruik te verbieden, ofwel door een schrijven waarin aangegeven wordt dat het waterschap gedoogd dat gebruik gemaakt wordt van de grond, waardoor sprake is van een overeenkomst van bruikleen en er geen sprake kan zijn van bezit door die derde.

### 3.4 Beperkte rechten

#### *Definitie beperkt recht*

Het eigendomsrecht is zoals gezegd het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Dat betekent dat een eigenaar (in beginsel) alle mogelijke bevoegdheden heeft ten aanzien van die zaak. In sommige gevallen is het wellicht voor het waterschap niet nodig om alle bevoegdheden ten aanzien van de onroerende zaak te hebben en is de vraag of volstaan kan worden met het krijgen van bepaalde bevoegdheden ten aanzien van de onroerende zaak. In dat geval kan volstaan worden met het vestigen van een beperkt recht (door een derde) ten behoeve van het waterschap.

Een beperkt recht is een recht dat is afgeleid uit een meer omvattend recht, welk recht met het beperkte recht is bezwaard. Dit meer omvattende recht kan een eigendomsrecht zijn, maar in sommige gevallen ook een ander beperkt recht. Een erfpachtrecht en een opstalrecht kunnen echter enkel gevestigd worden op een onroerende zaak en niet op een ander beperkt recht. Hoewel gesproken wordt van het vestigen van een beperkt recht op een zaak, is het eigenlijk het eigendomsrecht op die zaak, dat bezwaard wordt met het beperkte recht. Omwille van het gemak van de rechtstaal wordt echter veelal gesproken van het bezwaren van de zaak, in plaats van het eigendomsrecht op de zaak. Beide formuleringen zullen in dit advies gebruikt worden.

#### *Verschil beperkt recht en verbintenisrechtelijke rechten*

Het staat een eigenaar vrij zijn zaak in gebruik te geven aan een ander. Hiertoe heeft hij verschillende mogelijkheden, zowel contractueel als door middel van het vestigen van een beperkt recht.

Overeenkomsten: het waterschap kan ten aanzien van gronden waarvan zij het eigendomsrecht heeft bijvoorbeeld een overeenkomst van bruikleen aangaan (gebruik van de zaak om niet, dus zonder tegenprestatie), een huurovereenkomst sluiten of bijvoorbeeld een pachtovereenkomst aangaan ten aanzien van de hem toebehorende onroerende zaak. Het waterschap is in zo een geval gerechtigd tot eventuele opbrengsten uit deze overeenkomst(en).

---

<sup>15</sup> Zie met name HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309 (Gemeente Heusden/Verweerders).

Beperkte rechten: een eigenaar kan echter ook enkele van zijn bevoegdheden (tijdelijk) aan een ander geven door middel van het vestigen van een beperkt recht, zoals het vestigen van een erfdiensbaerheid, een recht van erfpacht of een opstalrecht. Een beperkt recht heeft enkele kenmerken die een verbintenisrechtelijke overeenkomst ontberen: een beperkt recht is een absoluut recht (tegen eenieder inroepbaar), terwijl een overeenkomst (in beginsel) enkel geldt tussen de partijen die de overeenkomst zijn aangegaan. Een beperkt recht heeft zaaksgevolg, hetgeen betekent dat indien een onroerende zaak bijvoorbeeld van eigenaar wisselt, dit geen invloed heeft op het beperkte recht: het beperkte recht blijft rusten op de zaak. En beperkte rechten hebben het recht van prioriteit: indien meerdere beperkte rechten rusten op een (onroerende) zaak, gaat bij botsing van deze rechten het oudste recht voor. Er geldt derhalve een wettelijke rangorde indien er sprake is van verschillende beperkte rechten, hetgeen (in beginsel) bij een verbintenisrechtelijke overeenkomst niet het geval is. Deze kenmerken van een beperkt recht, maken dat een beperkt recht gezien wordt als een 'sterk' recht: (over het algemeen) sterker dan een recht dat voortvloeit uit een verbintenisrechtelijke overeenkomst.

Er zijn ook andere voordelen te noemen van het hebben van een beperkt recht: een beperkt recht kan als object dienen voor een zekerheidsrecht zoals een hypotheekrecht, bij het verkrijgen van financiering, het is (in beginsel) zelfstandig overdraagbaar, en beperkte rechten die rusten op een onroerende zaak blijken uit de openbare registers, zodat duidelijkheid bestaat over welke rechten waarop rusten, en onder welke voorwaarden.

Deze bovengenoemde voordelen kunnen reden zijn het vestigen van een beperkt recht te verkiezen boven het aangaan van een overeenkomst.

### *De inhoud van een beperkt recht*

Het Burgerlijk wetboek kent zes beperkte rechten: 1) het pandrecht, 2) het hypotheekrecht, 3) een recht van vruchtgebruik; dit worden de goederenrechtelijke rechten genoemd: zij kunnen rusten op zowel een zaak als op een vermogensrecht. En de zakelijke rechten (die enkel kunnen rusten op een onroerende zaak), te weten: 4) de erfdiensbaerheden, 5) het erfpachtrecht en 6) het opstalrecht. Deze zakelijke rechten staan gezien de onderzoeksvraag van dit advies centraal.

On wetboek kent een gesloten stelsel van beperkte rechten (numerus clausus), dat betekent dat alleen die beperkte rechten gevestigd kunnen worden die in de wet genoemd staan. In het navolgende zal kort besproken worden wat de genoemde zakelijke rechten inhouden.

## **3.5 Verschillende beperkte rechten**

### **a) Erfdiensbaerheden**

Een erfdiensbaerheid is een last, waarmee een onroerende zaak - het dienende erf - ten behoeve van een andere onroerende zaak - het heersende erf - is bezwaard. De last die een erfdiensbaerheid 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. Er zijn slechts twee verplichtingen die door middel van het vestigen van een erfdiensbaerheid opgelegd kunnen worden:

1. Het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die voor de uitoefening van die erfdiensbaerheid nodig zijn (mits deze gebouwen, werken en beplantingen zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf zullen bevinden);
2. De verplichting tot onderhoud van het dienende erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf bevinden of zullen bevinden.

Hierbij is van belang dat het begrip 'werken', c.q. bouwwerken, ruim uitgelegd wordt: het omvat derhalve onder meer wegverharding, bestrating, verlichting etc. In de rechtspraak wordt een werk omschreven als 'een door mensenhanden vervaardigde constructie'.

In de akte van vestiging kan aan de eigenaar van het heersende erf een verplichting worden opgelegd op al dan niet regelmatige terugkerende tijdstippen een geldsom (de retributie) te betalen aan de eigenaar van het dienende erf.

Een nadeel van een erfdienstbaarheid kan zijn dat het gevestigd wordt op een onroerende zaak *ten behoeve van een andere onroerende zaak*. Dat betekent dat de gerechtigdheid tot een erfdienstbaarheid toekomt aan de eigenaar van die andere onroerende zaak (wie dat ook is), en niet ten aanzien van een (rechts)persoon, in dezen het waterschap. Om deze reden verdient gebruik van een kwalitatieve verplichting veelal de voorkeur, zie hierna.

Een erfdienstbaarheid is een zogenaamd 'afhankelijk recht', het is afhankelijk van de eigendom van het heersende erf. Dit heeft tot gevolg dat een erfdienstbaarheid niet zelfstandig overdraagbaar is en niet bezwaard kan worden met een ander beperkt recht.

## b) Een recht van opstal

De eigenaar van een perceel wordt van rechtswege eigenaar van alle onroerende opstallen, te weten gebouwen en bouwwerken (en beplantingen) die zich op deze grond bevinden. Ongeacht wie deze opstallen gebouwd en/of bekostigd heeft. Dit gegeven wordt 'natrekking' genoemd: de eigendom van de grond trekt (in beginsel) de eigendom van de daarmee duurzaam verenigde gebouwen, bouwwerken en beplantingen na.<sup>16</sup> Door middel van het vestigen van een opstalrecht kan deze natrekking doorbroken worden. Het recht van opstal is derhalve 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. Een opstalrecht wordt gevestigd door een eigenaar op zijn onroerende zaak (op de grond) ten behoeve van de eigendomsverkrijging van deze opstal door een ander dan de grondeigenaar. De grond blijft eigendom van de grondeigenaar. Hiermee wordt derhalve een splitsing van eigendom geconstrueerd.

In de akte van vestiging kan aan de opstaller een verplichting worden opgelegd op al dan niet regelmatige terugkerende tijdstippen een geldsom (de retributie) te betalen aan de grondeigenaar, c.q. de bloot eigenaar.

Een opstalrecht wordt veelal voor een bepaalde tijd gevestigd. Na afloop van dit tijdvak gaat het opstalrecht (in beginsel) van rechtswege teniet. Het gebouw, bouwwerk of beplanting komt dan in eigendom toe aan de grondeigenaar (op grond van natrekking).

Vestiging van een opstalrecht ligt gezien het bovenstaande voor de hand indien het doel is eigendom te verkrijgen (of behouden) van een gebouw of bouwwerk dat zich op de grond van een ander bevindt, terwijl eigendom van de grond niet noodzakelijk en/of gewenst is.

### *Verskil zelfstandig of afhankelijk opstalrecht*

Een opstalrecht kan als zelfstandig recht gevestigd worden, maar kan ook afhankelijk van een ander zakelijk recht (veelal een erfpachtrecht of een recht van huur of pacht op de onroerende zaak) verleend worden. Met een afhankelijk opstalrecht wordt bereikt dat de opstaller gedurende het bestaan van het recht waarvan het afhankelijk is gemaakt, bijvoorbeeld een

---

<sup>16</sup> Een uitzondering op deze regel van natrekking door de grond is gemaakt voor kabels en leidingen die bevoegd aangelegd zijn in, op of boven de grond van een ander. Deze behoren in eigendom toe aan de bevoegd aanlegger ervan, zie art. 5:20 lid 2 BW.

erfpachtrecht of huurovereenkomst, eigenaar is van de opstal(len) die zich bevindt/bevinden op de onroerende zaak. Een belangrijk verschil tussen een zelfstandig recht van opstal en een afhankelijk opstalrecht is dat een afhankelijk opstalrecht niet zelfstandig overdraagbaar of te bezwaren is met een ander beperkt recht (bijvoorbeeld een hypotheekrecht) en dat het van rechtswege tenietgaat indien de huur- of pachtovereenkomst eindigt of indien het erfpachtrecht tenietgaat. Daarbij is het zo dat het vestigen van een afhankelijk opstalrecht naast het hebben van een erfpachtrecht veelal niet per se nodig is. Een erfpachter heeft, zoals hierna besproken zal worden, reeds (in beginsel) hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar, zodat het vestigen van een afhankelijk opstalrecht veelal in bevoegdheden weinig toevoegt aan een gevestigd erfpachtrecht.

### c) Een recht van erfpacht

Een recht van erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft de onroerende zaak van een ander te houden en te gebruiken. Historisch gezien werd een recht van erfpacht gebruikt ten behoeve van het ontginnen van woeste gronden. Een grootgrondbezitter gaf grond uit tegen een lage(re) prijs aan boeren, die in staat waren de grond te ontginnen en vervolgens te gebruiken. Aan het einde van het erfpachtrecht ontving de eigenaar de grond weer gecultiveerd terug. Dit gebruik van het recht van erfpacht veranderde aan het eind van de 19<sup>e</sup> eeuw toen de gemeente Amsterdam besloot gronden niet langer te verkopen, maar in erfpacht uit te geven. Hierdoor konden zij het gebruik van de grond reguleren en kon de gemeente meeprofiteren van eventuele waardeinstijgingen van de grond. Dit gebruik van het recht van erfpacht heeft het recht in belangrijke mate ingekleurd. Thans wordt een erfpachtrecht veelal gebruikt om de erfpachter vrijwel hetzelfde genot te verschaffen als de eigenaar heeft, met eventueel enkele genotsbeperkende bepalingen in de vestigingsakte. In de akte van vestiging kan neergelegd worden dat de erfpachter op al dan niet regelmatige terugkerende tijdstippen een geldsom (de erfpachtcanon) betaalt aan de bloot eigenaar.

Regulering van het gebruik van de grond door de erfpachter is veelal een belangrijke reden waarom gekozen wordt voor uitgifte van grond in erfpacht. De eigenaar van de grond kan in de vestigingsakte bijvoorbeeld opnemen welke bevoegdheden wel of niet toekomen aan de erfpachter, of eventuele verplichtingen opleggen die samenhangen met het gebruik van de onroerende zaak, te denken aan het zorgen voor een goede toegang tot een bepaald gedeelte of een invulling geven aan een opgelegde onderhoudsverplichting (eventueel gekoppeld aan een kettingbeding, zie hierna).

Een belangrijke opmerking om hierbij te maken is dat een erfpachtrecht, waarvan de bevoegdheden van de erfpachter niet (of weinig) ingeperkt zijn in de vestigingsakte, qua waarde niet op spectaculaire wijze zal afwijken van die van eigendom. Om die reden zouden wij aanbevelen hiervan een overzicht te laten maken, nu de keuze voor een zakelijk recht immers gelegen is in 'soberheid en doelmatigheid' en vraagtekens geplaatst kunnen worden of met dit in het achterhoofd het verkrijgen van een recht van erfpacht boven eigendom te verkiezen is.

### *Inhoud van een beperkt zakelijk recht*

Zoals gezegd kent het Burgerlijk Wetboek een gesloten stelsel van beperkte rechten. Dit stelsel is echter niet zo gesloten als het wellicht op het eerste oog lijkt. Een zakelijk recht komt tot stand door het opmaken van een notariële (vestigings)akte die ingeschreven wordt in de openbare registers. Deze vestigingsakte bevat de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de

vestiging van het beperkte recht en bepaalt ook de inhoud (en de duur) van een beperkt recht. Het bepaalt bij een erfdiensbaerheid bijvoorbeeld wat precies geduld moet worden door de eigenaar van het dienende erf: zoals een recht van overpad. Bij een recht van opstal bepaalt de akte van vestiging van welke opstal(len) de opstaller precies eigenaar wordt (en waarvan niet). En ook bij een recht van erfpacht wordt de inhoud van het recht (dus het genot dat de erfpachter heeft) bepaald door de vestigingsakte. In beginsel heeft een erfpachter hetzelfde genot ten aanzien van de onroerende zaak als de eigenaar, tenzij dit genot in de akte van vestiging beperkt is; bijvoorbeeld in ruimte (het genot ziet enkel op een bepaald gedeelte van de zaak), of in inhoud (de erfpachter komt slechts bepaalde bevoegdheden toe en niet alle). Op deze manier kan de inhoud van een beperkt recht (binnen de kaders van dat recht) inhoudelijk vormgegeven worden naar gelang van de wil van de partijen betrokken bij de totstandkoming van dat recht. Deze flexibiliteit bij het vormgeven van een beperkt recht is enerzijds een voordeel, maar kan juist ook een nadeel zijn. Doordat ieder beperkt recht anders is (kan zijn), geldt dat er een versnippering van bevoegdheden plaats kan vinden en onenigheid kan ontstaan bij de vraag welke bevoegdheden een beperkt gerechtigde wel of niet heeft.

#### d) Kwalitatieve verplichting

Een kwalitatieve verplichting is geen beperkt recht en wordt om die reden afzonderlijk besproken. Een kwalitatieve verplichting is een bijzonder soort verbintenisrechtelijke overeenkomst. Het is een overeenkomst tussen twee partijen waarbij een der partij iets duldt of niet doet ten aanzien van een haar toebehorend registergoed (veelal grond). Bijvoorbeeld een overeenkomst waarbij een grondeigenaar, die een stuk grond dat grenst aan een waterstaatswerk, zich verbindt om geen bouwwerken te plaatsen op een bepaald gedeelte van zijn grond, zodat deze grond vrij toegankelijk blijft voor het waterschap. Het bijzondere aan deze overeenkomst is dat deze overeenkomst middels een notariële akte ingeschreven kan worden in de openbare registers, waarmee de verplichting iets te dulden of niet te doen overgaat op eenieder die dat stuk grond vervolgens in eigendom verkrijgt. Hiermee verkrijgt de kwalitatieve verplichting een belangrijk kenmerk dat (vrijwel) alleen beperkte rechten hebben, genaamd 'zaaksgevolg'.

#### *Verskil kwalitatieve verplichting en erfdiensbaerheid*

Een kwalitatieve verplichting vertoont grote overeenkomsten met een erfdiensbaerheid: de verplichting iets te dulden of niet te doen ten aanzien van een stuk grond gaat immers mee over op eventuele opvolgend verkrijgers van ie grond. Er zijn echter (in ieder geval) twee belangrijke verschillen met een erfdiensbaerheid: een erfdiensbaerheid is aan de actieve kant (van *wie* iets geduld wordt) altijd een andere onroerende zaak, terwijl dit bij een kwalitatieve verplichting een persoon is. Dit betekent dat indien een erfdiensbaerheid gevestigd wordt, dit bijvoorbeeld gevestigd wordt op perceel A, ten behoeve van perceel X, waarvan het waterschap eigenaar is. De erfdiensbaerheid ziet bijvoorbeeld op een recht van overpad: het dulden dat de eigenaar van perceel X gebruik maakt van een bepaald pad dat over perceel A loopt. Indien perceel X in eigendom overgedragen wordt aan Y. Verkrijgt Y behalve het stuk grond, ook de erfdiensbaerheid, en mag Y dus gebruik maken van het pad dat loopt over perceel A. Bij een kwalitatieve verplichting is dit anders, omdat het aan de actieve kant niet gekoppeld wordt aan een onroerende zaak, maar aan een persoon. Stel dat de kwalitatieve verplichting rust op perceel A (geduld wordt dat gebruik gemaakt wordt van een bepaald pad dat over perceel A loopt), dan wordt dit geduld van een bepaald(e) (rechts)persoon, bijvoorbeeld het waterschap. Gezien dit verschil, ligt in geval van de primaire keringen voor de hand dat het in veel situaties

de voorkeur verdient een kwalitatieve verplichting ten behoeve van het waterschap aan te gaan in plaats van een erfdiensbaarheid.

Hierbij is nog wel een ander verschil met de erfdiensbaarheid van belang: een kwalitatieve verplichting is een overeenkomst en niet een beperkt recht. Dat betekent dat op de kwalitatieve verplichting het contractenrecht van toepassing is: zo kan een kwalitatieve verplichting als overeenkomst bijvoorbeeld ontbonden worden als de verplichting niet nagekomen wordt. Dit is anders voor een erfdiensbaarheid, omdat beperkte rechten alleen op de wijzen zoals beschreven in de wet<sup>17</sup> tenietgaan. Hierdoor gaat een eenmaal gevestigd beperkt recht over het algemeen niet snel teniet.

### *Kettingbedingen*

Zoals uit het voorgaande blijkt ziet de inhoud van zowel een kwalitatieve verplichting als een erfdiensbaarheid altijd op een dulden of niet-doen. In de akte van vestiging van een erfdiensbaarheid kan wel een onderhoudsverplichting van een onroerende zaak worden opgelegd, maar verder kan de inhoud ervan niet bestaan uit een actieve verplichting, c.q. een verplichting iets te doen. Actieve verplichtingen kunnen enkel opgelegd worden door middel van het opnemen van een kettingbeding in een overeenkomst. Zo een kettingbeding is een contractueel beding om verplichtingen uit een overeenkomst op te leggen aan derden die geen partij bij de overeenkomst zijn.<sup>18</sup>

## **3.6 Voor- en nadelen gebruik beperkt recht**

### **3.6.1 Voordelen**

#### *Beperkt recht is een sterk recht*

Zoals hierboven uiteengezet is, brengt het hebben van een beperkt recht enkele belangrijke voordelen met zich boven een contractuele aanspraak: beperkte rechten blijven rusten op de onroerende zaak, ongeacht wie eigenaar is van die onroerende zaak.

Daarbij zijn ze (in beginsel) zelfstandig overdraagbaar en bezwaarbaar met een ander beperkt recht (met uitzondering van een recht van erfdiensbaarheid).

#### *Flexibiliteit in het vormgeven van een beperkt recht*

Het feit dat de inhoud van een beperkt recht grotendeels bepaald wordt door de voorwaarden die neergelegd zijn in de akte van vestiging geeft de mogelijkheid tot maatwerk: partijen kunnen die afspraken maken bijvoorbeeld omtrent gebruik en vergoeding die hen goeddunkt. Dit zorgt ervoor dat er een zekere flexibiliteit is gecreëerd in een stelsel dat in beginsel gesloten is.

---

<sup>17</sup> Zie art. 3:81 lid 2 BW.

<sup>18</sup> In dit kader verdient de uitspraak van de Afdeling van 1 maart 2017 nog de aandacht. In die uitspraak had de rechthebbende in strijd met de gebruiksovereenkomst met het waterschap geen kettingbeding opgenomen bij de verkoop van zijn woning. De rechtsopvolger hoefde de overeenkomst (na verkoop) niet na te komen. Het waterschap moest daardoor twee keer schadevergoeding betalen. Een al betaalde schadevergoeding conform de gebruiksovereenkomst en een schadevergoeding voor de gedoogplichtbesikking die aan de rechtsopvolger opgelegd moest worden. Daarnaast lijkt voorzienbaarheid van de schade (vanwege de gebruiksovereenkomst) bij deze schadevergoeding geen rol te spelen. Dit geldt als groot nadeel van gebruiksovereenkomsten, het waterschap moet er dan op vertrouwen dat de rechthebbenden de afspraken uit het kettingbeding goed nakomen.



### 3.6.2 Nadelen

#### *Bepalen van de bevoegdheden van de beperkt gerechtigde*

De inhoud van een beperkt recht wordt, zoals uit het bovenstaande blijkt, bepaald door de vestigingsakte. Hierin moet precies omschreven worden welke bevoegdheden toekomen aan de beperkt gerechtigde en welke niet. Zo een omschrijving kan (uiteraard) aanleiding geven voor onduidelijkheden of zelfs geschillen: valt bepaald gebruik wel of niet onder de bevoegdheid van de beperkt gerechtigde? Wat als de activiteiten in de loop der tijd intensiveren of wijzigen; valt dit dan nog binnen de verleende bevoegdheden? Dit soort geschillen kunnen leiden tot juridische procedures. Deze procedures worden gevoerd bij de civiele rechter, welke procedure hogere kosten kent dan die bij de bestuursrechter en kunnen (zeer) langlopend zijn.

#### *Beperkte rechten eindigen (in beginsel) op een zeker moment*

Tevens wordt een beperkt recht veelal voor een bepaalde periode verleend en gaat het recht (in beginsel) aan het einde van deze tijdsduur van rechtswege teniet. Dit brengt mee dat ook enigszins duidelijkheid dient te bestaan over de duur van de gewenste activiteit.

#### *Medewerking van eigenaar*

Voor de vestiging van een beperkt recht is altijd medewerking en instemming van de grondeigenaar vereist.

#### *Versnippering bevoegdheden*

Mede gelet op het vorige punt nog het volgende: omdat medewerking van de grondeigenaar vereist is voor het vestigen van een beperkt zakelijk recht, geldt veelal het adagium: 'zoveel mensen, zoveel wensen'. Dit heeft tot gevolg dat het ene recht van overpad het andere recht van overpad niet is: in de ene notariële akte staat een en ander net iets anders omschreven dan in de andere akte. Om die reden zal bij het bepalen van de precieze bevoegdheden die het waterschap heeft op grond van een beperkt recht, altijd nauwkeurig gekeken dienen te worden naar de gekozen bewoording in de akte en kan het zijn dat bepaalde activiteiten op grond van de ene erfdiensbaarheid wel ontplooid mogen worden, terwijl deze niet vallen binnen de gekozen bewoordingen van een andere erfdiensbaarheid, bijvoorbeeld omdat in dit laatste geval de grondeigenaar met bepaalde voorwaarde niet akkoord ging.

#### *Kosten vestiging beperkt recht*

Voor het vestigen van een beperkt recht op een onroerende zaak, c.q. registergoed, dient een notariële akte opgemaakt te worden, die ingeschreven wordt in de daartoe bestemde openbare registers. Dit brengt vanzelfsprekend kosten voor de benodigde juridische bijstand met zich.

#### *Afweging verschillen eigendom of het hebben van een beperkt recht*

Indien op een perceel behoefte bestaat aan een duidelijk afgebakende bevoegdheid: bijvoorbeeld (enkel) het in stand houden van een erosiegevoelige grasmat, of een opstalrecht ten behoeve van de eigendomsverkrijging van een bepaald werk dat zich bevindt op de grond van een derde, zou het vestigen van een beperkt recht kunnen volstaan. Het volledige genot van de zaak is immers niet noodzakelijk en de beoogde bevoegdheid kan duidelijk omschreven

worden in de vestigingsakte. Er zijn ook situaties waarin het vestigen van een beperkt recht misschien niet voor de hand ligt, bijvoorbeeld indien onduidelijk is welke activiteiten ergens ontplooid gaan worden (bijvoorbeeld een toekomstige dijkversterking), of dat de te verrichten activiteiten in de loop der tijd zullen wijzigen, of deze op het moment van totstandkoming van het recht nog onduidelijk zijn. In zo een geval is immers lastig afspraken te maken welke bevoegdheden het waterschap wel of niet krijgt, tenzij degene die het beperkte recht vestigt ten behoeve van het waterschap akkoord gaat met een zeer ruime omschrijving van de verleende bevoegdheden, zodat nadere invulling ervan in de toekomst mogelijk is. Een nadeel van een ruime formulering is echter dat het ruimte kan creëren voor geschillen.

Met oog op het uitgangspunt van doelmatig beheer verdient het onzes inziens aanbeveling in aaneengesloten grondvlakken veelal (te proberen) eenzelfde gerechtigdheid te creëren. Indien bijvoorbeeld meerdere woningen grenzen aan het waterstaatswerk en volstaan kan worden met een beperkt recht ten aanzien van een aan het waterstaatswerk grenzende strook grond, verdient het aanbeveling de inhoud van de te vestigen beperkte rechten (zoveel mogelijk) hetzelfde te laten luiden en/of alleen volstaan wordt met een beperkt recht, indien de verschillende eigenaars akkoord gaan met een eensluidende bewoording in de vestigingsakte. Dit om versnippering van bevoegdheden terug te dringen.

Ook indien gebruik gemaakt wordt van een beperkt recht bij niet aaneengesloten grondstukken, verdient het overigens aanbeveling om de inhoud van de beperkte rechten zoveel mogelijk eensluidend te laten zijn om versnippering van bevoegdheden tegen te gaan en de tijd en energie die het kost om inzicht te krijgen in de verkregen bevoegdheden te beperken.

Over het algemeen kan men zeggen dat een ruime bewoording in de vestigingsakte flexibiliteit in de uit te oefenen activiteiten waarborgt, maar anderzijds ook kan leiden tot onduidelijkheden en/of geschillen.

### **3.7 Optie waterschap vestigt als eigenaar beperkt recht(en) ten behoeve van derden**

In het voorgaande is wat betreft de beperkte rechten steeds uitgegaan van de situatie dat een derde eigenaar is van een onroerende zaak en een beperkt recht gevestigd wordt *ten behoeve van* het waterschap. In het slot van dit hoofdstuk willen wij nog wijzen op een andere optie, te weten de optie dat het waterschap eigenaar is van de grond waarop de waterkering is gelegen en ten behoeve van een derde een beperkt recht vestigt.

In het kader van een sober en doelmatig beleid zou ook gedacht kunnen worden aan de optie dat het waterschap eigendom verwerft, maar (een gedeelte van) de onroerende zaak middels het vestigen van een beperkt recht terug in gebruik geeft aan een derde, bijvoorbeeld degene die het eigendom over heeft gedragen aan het waterschap, en/of degene die een naastgelegen stuk grond in eigendom heeft. Dit heeft meerdere voordelen: op deze manier kan bijvoorbeeld bereikt worden dat het waterschap het meest omvattende recht heeft ten aanzien van het stuk grond, in de akte vastgelegd wordt dat het waterschap alle activiteiten die nodig zijn voor beheer en behoud van de waterkering en ter versterking van de dijk ter plekke kan verrichten, maar dat bepaalde gebruiksrechten wel bij derden kan leggen, eventueel tegen een financiële vergoeding. Zoals hierboven uiteengezet is het zowel bij een erfdienstbaarheid, opstalrecht als erfpachtrecht mogelijk in de vestigingsakte een vergoeding op te nemen die de beperkt gerechtigde op al dan niet op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen betaalt aan de grondeigenaar (in dit geval het waterschap).

## Hoofdstuk 4 Publiekrechtelijk kader

### 4.1 Inleiding

Het waterschapsbestuur moet zijn wettelijke taken kunnen uitoefenen op de gronden waarop een primaire waterkering is gelegen, ook wanneer het waterschap geen eigenaar is van deze gronden of wanneer het waterschap daarop een zakelijk recht (erfpacht, erfdienstbaarheid, opstal) ten behoeve van een derde heeft gevestigd.

Wij bespreken in dit hoofdstuk welke publiekrechtelijke mogelijkheden het waterschap heeft om zijn taken ten aanzien van primaire waterkeringen uit te oefenen op de gronden van derden. Het gaat daarbij om de **gedoogplicht van rechtswege** (par 4.2) en de **gedoogplichtbeschikking** (par 4.3). In sommige gevallen volstaat het opleggen van een gedoogplicht niet, omdat de belangen van de rechthebbenden onteigening vorderen, daarom bespreken wij ook de mogelijkheid van **onteigening** (par 4.4). Daarnaast gaan wij kort in op de relevante veranderingen die de Omgevingswet meebrengt voor dit advies (par 4.5). Ter afsluiting laten wij in een overzicht zien met welke publiekrechtelijke instrumenten het waterschap zijn taken (genoemd in Hoofdstuk 2) kan uitvoeren en gaan wij in op de voor- en nadelen van de publiekrechtelijke mogelijkheden als alternatief voor grondeigendom (par 4.6 en 4.7) om de volgende deelvragen te beantwoorden:

- Wat zijn de juridische publiekrechtelijke (on)mogelijkheden als alternatief voor eigendom van een primaire waterkering?
- Wat zijn de voor- en nadelen van publiekrechtelijke mogelijkheden als alternatief voor eigendom?

### 4.2 Gedoogplicht van rechtswege

#### *Van rechtswege*

Hoofdstuk 5 paragraaf 4 van de Waterwet bevat gedoogplichten die van toepassing zijn op het beheer en onderhoud van waterkeringen. De rechthebbenden van de gronden van de waterkering zijn in verband met dergelijke gedoogplicht gehouden om de handelingen waar deze op zien toe te staan, ook als ze daar geen toestemming voor hebben gegeven. De gedoogplichten van rechtswege (*ex lege*) zijn gedoogplichten die direct voortvloeien uit de wet. Dat betekent dat voor de handelingen waar deze gedoogplichten op zien geen nadere besluitvorming nodig is. Voor primaire waterkeringen gaat het om het gedogen van (a) inspectie, (b) onderhouds- en herstelwerkzaamheden, (c) meetmiddelen, seinen, merken of andere tekens en (d) maatregelen bij calamiteiten.<sup>19</sup>

#### *Plicht tot informeren*

Er bestaat in sommige gevallen wel een plicht tot informeren, zo moet de rechthebbende bij de gedoogplicht voor onderhouds- of herstelwerkzaamheden 48 uur van tevoren schriftelijk geïnformeerd worden (zie punt b hieronder).

---

<sup>19</sup> Voor de ontvangst van specie en maaisel bestaat ook een gedoogplicht, deze laten wij buiten beschouwing, omdat dit minder relevant is bij primaire waterkeringen.

## Schadevergoeding

Tegen het besluit op een verzoek om schadevergoeding staat volgens de standaardregeling van de Awb bezwaar en beroep (bij de bestuursrechter) open. Schade die ontstaat bij de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van waterbeheer kan (gedeeltelijk) vergoed worden ex. art. 7.14 Wtw. Alleen de schade die uitkomt boven het normaal maatschappelijk risico of het normaal maatschappelijk bedrijfsrisico wordt vergoed.<sup>20</sup> Volgens de Afdeling laat dit onverlet dat “indien door een besluit de onroerende zaak zelf wordt aangetast, bijvoorbeeld door vergraving van gronden, in beginsel volledige schadeloosstelling in de rede ligt (Kamerstukken II 2006/07, 30818, 3, p. 63)”.<sup>21</sup> Dat zal echter bij de gedoogplichten van rechtswege niet snel aan de orde zijn, het is namelijk de vraag of vanwege de beperkte en tijdelijke aantasting van de eigendom überhaupt schade wordt veroorzaakt. Hoewel jurisprudentie over schade bij gedoogplichten van rechtswege schaars is, kan daaruit wel afgeleid worden dat de Afdeling regulier onderhoud als een normale maatschappelijke ontwikkeling ziet waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de verzoeker mogen worden gelaten. Alleen onder bijzondere omstandigheden moet de schade worden vergoed, maar voor het aannemen daarvan ligt over het algemeen de lat hoog.<sup>22</sup> Zo werd in een zaak waar al 65 jaar geen baggerwerkzaamheden waren gedaan niet aangenomen dat er sprake was van een bijzondere omstandigheid.<sup>23</sup>

*Omdat bij het uitvoeren van handelingen waarvoor een gedoogplicht van rechtswege geldt geen nader besluit van het waterschapsbestuur nodig is, is het vestigen van zakelijke rechten ter uitvoering van deze handelingen niet opportuun. Gedoogplichten van rechtswege verschaffen het waterschapsbestuur de bevoegdheid om de handelingen waarvoor deze gedoogplichten gelden direct uit te oefenen op een waterkering. In die zin is het verschil met een eigendomspositie niet groot. Wel kunnen eigenaren die schade lijden als gevolg van de te gedogen werkzaamheden een verzoek om schadevergoeding indienen. Voor gedoogplichten van rechtswege wordt niet snel aangenomen dat de schade uitkomt boven het normaal maatschappelijk risico. Daardoor kunnen de kosten laag blijven, een eigendomspositie van het waterschap op de waterkering zou daarin weinig verschil maken.*

### a) Gedoogplicht inspectie van waterkering (art 5.20 Wtw)

#### *Inspectiehandelingen*

Het waterschap moet regelmatig de waterstaatswerken die onder zijn beheer vallen inspecteren op hun functioneren, ook als de gronden waarop deze waterstaatswerken zijn gelegen niet in eigendom zijn van het waterschap. Er wordt dan bijvoorbeeld gecontroleerd of dijken en kaden zijn beschadigd door aanspoelende materialen en graafactiviteiten van dieren als mollen, konijnen en muskusratten (zie voor nadere toelichting par. 2.3 van dit advies).<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Afdeling van 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3674.

<sup>21</sup> ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, BR 2017/48 m.nt. J.S. Procee en T.E.F. Reijnders.

<sup>22</sup> ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:94 en ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1130; zie Van Doorn-Hoekveld et al. 2020, ‘Kroniek aansprakelijkheid en schadevergoeding in het waterbeheer’, O&A 2020/5, p. 17-18; Zie ook: H.J.M. Havekes et al., *Wegwijzer van Waterwet naar Omgevingswet*, Wolters Kluwer Nederland (2018), Ho 5.3.7.

<sup>23</sup> ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:94.

<sup>24</sup> MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 818, nr. 3, p. 108-109.

Meestal kan de inspectie uitgevoerd worden door alleen de betrokken plaatsen te betreden, maar soms moet daarvoor ook apparatuur worden meegenomen om bijvoorbeeld stroomsnelheden, grondwaterstanden of waterdiepten te meten.<sup>25</sup> Juridisch gezien gaat het hierbij niet om nalevingstoezicht (conform afd. 5.2 Awb), maar om inspecties ten behoeve van het behoorlijk functioneren van watersystemen.<sup>26</sup> Het is niet de bedoeling dat op grond van de inspectiebevoegdheid wordt gecontroleerd wat rechthebbenden feitelijk op de kering doen.

### *Bevoegdheden inspecteur*

De inspecteur van het waterschap mag voor de inspectie elke plaats betreden met de daarvoor benodigde apparatuur. Alleen het betreden van woningen zonder toestemming van de bewoner is hiervan uitgezonderd, dat mag alleen wanneer de woning deel uitmaakt van een waterstaatswerk of daarmee rechtstreeks in verbinding staat én het waterschapsbestuur daarvoor één of meer personen aanwijst in een besluit.

Daarnaast heeft de inspecteur een aantal bevoegdheden die hij alleen mag gebruiken als dat redelijkerwijs nodig is voor een goede vervulling van zijn taak (art. 5.13 Awb).<sup>27</sup> Hij kan de hulp inroepen van de sterke arm om toegang te verkrijgen en kan zich daarnaast ook laten vergezellen door zelf aangewezen personen (art. 5.15 lid 2 en 3 Awb). Een inspecteur mag bovendien inlichtingen vorderen (art. 5.16 Awb). Ten slotte is eenieder verplicht om binnen de door de inspecteur gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die hij redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden (art. 5:20 Awb).

*De bevoegdheden van de inspecteur, zoals het betreden van plaatsen, het zich laten vergezellen van de sterke arm, het vorderen van inlichtingen en het verplichten tot medewerking, maken dat het waterschap te allen tijde op de hoogte kan zijn van het functioneren van de kering. Wat dat betreft is het verschil ten opzichte van een eigendomspositie niet groot. De mate waarin inspectie nodig is zal verschillen al naar gelang de omstandigheden van het geval. Zo kan een derde-rechthebbende bijvoorbeeld een extra paar ogen bieden voor het signaleren van molshopen. Aan de andere kant kan het zo zijn dat er vaker inspectie nodig is om bijvoorbeeld de kwaliteit van de grasmat te beoordelen (het maai-beheer van de rechthebbende kan invloed hebben op de beworteling van de grasmat die op haar beurt weer van invloed kan zijn op de erosiebestendigheid van de dijk).*<sup>28</sup>

### b) Onderhouds- of herstelwerkzaamheden (art. 5.23 Wtw)

Waterschappen zijn verantwoordelijk voor het onderhoud en herstel van waterstaatswerken (zie hoofdstuk 2.3 van dit advies). Reguliere onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan waterstaatswerken moeten soms op of vanaf gronden van derden worden uitgevoerd. Rechthebbenden moeten dergelijke werkzaamheden op grond van art. 5.23 Wtw gedogen. Wel moeten zij 48 uur van tevoren door de beheerder schriftelijk in kennis stellen van de voorgenomen werkzaamheden. Rechthebbenden ten aanzien van deze gronden (of ten

---

<sup>25</sup> MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 818, nr. 3, p. 108-109.

<sup>26</sup> Zie voor nalevingstoezicht Ho 2.4 van dit advies, daar wordt kort ingegaan op nalevingstoezicht bij vergunningverlening; MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 818, nr. 3, p. 108-109.

<sup>27</sup> MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 818, nr. 3, p. 108-109.

<sup>28</sup> Zie hiervoor ook ABRvS 4 mei 1998, AB 1998/278.

aanzien van andere onroerende zaken zoals gebouwen, steigers en beplanting) moeten deze werkzaamheden gedogen. Voorbeelden daarvan zijn:

- Het herstellen van beschadigingen aan waterkeringen,
- Het herstellen van oeverafschuivingen,
- Het plegen van onderhoud
- Het verrichten van reparaties aan stuwen en gemalen.<sup>29</sup>

De onderhouds- en herstelwerkzaamheden waar het hier om gaat worden uitgevoerd om de waterstaatswerken aan de legger te laten voldoen (art. 5.1 Waterwet). Zodra aanpassing van de legger nodig is, vallen de werkzaamheden onder de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en moet het waterschapsbestuur een projectplan vaststellen (zie par 4.3 onder b).<sup>30</sup> Ook geldt dan een ander gedoogregime, namelijk dat van art. 5.24 Wtw (zie hierna).

Behalve dat het waterschap deze werkzaamheden zelf kan uitvoeren, of laten uitvoeren door een aannemer of loonwerker, kunnen de werkzaamheden ook door onderhoudsplichtige derden worden uitgevoerd. Deze onderhoudsplichtige derden worden aangewezen in de onderhoudslegger (art. 78 lid 2 Waterschapswet).

*Als rechthebbenden van de gronden geen toestemming verlenen voor de handelingen die het waterschap op de dijk wil verrichten, kan het waterschap alsnog zijn taken ten aanzien van onderhoud en herstel van de waterkering naar behoren uitoefenen. Bovendien heeft het waterschap de mogelijkheid om een derde te belasten met een onderhoudsplicht, bijvoorbeeld een verplichting om periodiek te maaien (zie art. 78 lid 2 Waterschapswet). Eigendom of een beperkt recht is daarvoor niet nodig.*

#### c) Meetmiddelen, seinen, merken of andere tekens (art. 5.25 Wtw)

Het waterschap moet soms meetmiddelen, seinen, merken of andere tekens aanbrengen en in stand houden op het waterstaatswerk, omdat dit nodig is in verband met de functievervulling van het waterstaatswerk. Voorbeelden daarvan zijn peilschalen, peilbuizen en automatische waterhoogtemeters.<sup>31</sup> In sommige gevallen is dit ook nodig op grond van de Scheepsvaartverkeerswet. Rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken zijn gehouden dit te gedogen.

*Het plaatsen en in stand houden van meetmiddelen, seinen, merken of andere tekens kan te allen tijde omdat voor deze handeling een gedoogplicht van rechtswege geldt. In die zin is er weinig verschil met een situatie waarin een waterschap een eigendomspositie heeft.*

#### d) Calamiteiten (art. 5.30 Wtw)

Wanneer er een gevaar is voor waterstaatswerken en er omstandigheden zijn waardoor de goede staat van een of meer waterstaatswerken onmiddellijk en ernstig in het ongerede is of

---

<sup>29</sup> zie ook Hoofdstuk 2 van dit advies.

<sup>30</sup> T. Lavrijsen, 'De veiligheidsnormering voor primaire waterkeringen onder de Omgevingswet', TO 2019/4; W.J. van Doorn-Hoekveld et al., 'Meer zoden aan de dijk met resultaatgerichte normering van waterveiligheid in de Omgevingswet', TBR 2019/165.

<sup>31</sup> MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 818, nr. 3, p. 112.

dreigt te raken, moet er snel gehandeld worden (zie ook hoofdstuk 2.5 van dit advies). Daarom kan het waterschapsbestuur, zolang de daardoor ontstane situatie het noodzakelijk maakt, alle maatregelen treffen die zij nodig oordeelt. Als er maatregelen nodig zijn die buiten de normale bevoegdheden in de sfeer van het waterrecht liggen, maakt artikel 5.30 Waterwet het mogelijk om maatregelen te treffen in afwijking van wettelijke voorschriften (op de Grondwet en internationaalrechtelijke verplichtingen na). Dat betekent dat rechthebbenden ten opzichte van onroerende zaken te maken kunnen krijgen met een heel scala aan handelingen: van betreding met medeneming en inzet van apparatuur, instrumenten en voertuigen tot en met het (ver)plaatsen of verwijderen van objecten en obstakels. Rechthebbenden moeten daaraan terstond hun medewerking verlenen en deze handelingen toelaten. Het waterschapsbestuur hoeft daarvoor in beginsel niet te voorzien in voorafgaande (schriftelijke) opgave van redenen, nadere toelichting of minnelijk overleg.

*Bij calamiteiten heeft het waterschapsbestuur vergaande bevoegdheden en mag onder omstandigheden zelfs in strijd met de wet (uitgezonderd de Grondwet en internationaalrechtelijke verplichtingen) worden gehandeld. Hierbij kunnen ook het eigendomsrecht en bevoegdheden van derden voortvloeiend uit een eigendomsrecht of beperkt recht (tijdelijk) genegeerd worden.<sup>32</sup>*

### 4.3 Gedoogplichtbeschikking

#### *Beschikking*

Het waterschapsbestuur kan in twee gevallen een *gedoogplicht bij beschikking* opleggen: bij onderzoek op of in gronden en bij de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk.<sup>33</sup> Dit is in het bijzonder relevant bij versterkingen die plaatsvinden in het kader van het HWBP. Deze gedoogplichten worden alleen opgelegd als de rechthebbende *geen toestemming* voor deze activiteiten verleent. Er moet dus eerst worden geprobeerd er via de *minnelijke weg* uit te komen met de rechthebbende. Beide gedoogplichtbeschikkingen moeten (spoedeisende gevallen daargelaten) twee weken voor aanvang van de activiteiten bekend zijn gemaakt aan de rechthebbende. Tegen de gedoogplichtbeschikking staat *bezwaar en beroep* open conform de hoofdregels van de Awb. Het waterschap kan de uitgebreide uniforme voorbereidingsprocedure van toepassing verklaren o.g.v. artikel 3.10 Awb. In de praktijk kiezen veel waterschappen daar ook voor. Bij een projectplan kan de gedoogplichtbeschikking als uitvoeringsbesluit worden meegenomen in de coördinatie. Beroep tegen de gedoogbeschikking staat in dat geval in eerste en enige aanleg open bij de Afdeling.<sup>34</sup>

*De bezwaar en beroepsprocedure kan wel tot enige vertraging, extra administratieve lasten en kosten leiden. Zeker in het geval er een grote mate van eigendomsversnippering is en er veel gedoogplichtbeschikkingen nodig zijn. Als het waterschap de werkzaamheden toch wil uitvoeren*

---

<sup>32</sup> Eigendom wordt internationaalrechtelijk beschermd door art. 1 EP EVRM en mag niet zonder schadeloosstelling worden ontnomen of vernietigd. Bij calamiteiten geldt overigens ook een spoed onteigeningsbevoegdheid op grond van de Onteigeningswet titel III.

<sup>33</sup> 1:3 lid 2 Awb.

<sup>34</sup> Jurisprudentie laat zien dat het meenemen van een gedoogbeschikking als uitvoeringsbesluit in de coördinatieregeling van de Wro ook tot de mogelijkheden behoort: ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6968, *TBR* 2012/169 en ABRvS 22 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:129 en ABRvS 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2592, *TBR* 2015/179.



*voordat de bezwaar- en beroepsprocedure doorlopen zijn, dan is dat mogelijk.<sup>35</sup> Echter, als na het doorlopen van de bezwaar- of beroepsprocedure achteraf blijkt dat de werkzaamheden toch niet hadden mogen worden uitgevoerd, dan komt dit voor rekening en risico van het waterschap.*

### *Schadevergoeding: volledige schadeloosstelling*

Evenals bij de gedoogplicht van rechtswege, kan de schade die ontstaat bij de (feitelijke) werkzaamheden die worden uitgevoerd op basis van de gedoogplichtbeschikking vergoed worden ex art. 7.14 Wtw. Er is wel een wezenlijk verschil tussen de gedoogplicht ex lege en de gedoogplichtbeschikking ten aanzien van de toekenning van schadevergoeding. Bij de schade voortvloeiend uit de gedoogplicht voor de aanpassing en wijziging van een waterstaatswerk<sup>36</sup> wordt door de Afdeling in beginsel uitgegaan van volledige schadeloosstelling, omdat er sprake is van een fysieke aantasting van de zaak zelf.<sup>37</sup>

*De volledige schadeloosstelling voor schade die voortvloeit uit een gedoogplichtbeschikking voor het aanpassen en wijzigen van een waterstaatswerk zou een impact kunnen hebben op de proceskosten en administratieve lasten wanneer een dijkversterkingsproject te maken heeft met een hoge mate van eigendomsversnippering en er veel gedoogplichtbeschikkingen moeten worden opgelegd. Daarnaast geldt bij gedoogplichten dat het verzoek tot schadevergoeding kan worden gedaan zodra de schade aan het licht komt. Dat zou over tijd kunnen leiden tot meerdere schadeverzoeken en herhaaldelijke juridische procedures daarover. Indien andere gedoogplichten moeten worden opgelegd dan kan dat ook leiden tot meer procedures (o.a. over schadevergoeding).*

### a) Onderzoek op of in gronden (art. 5.21 Wtw)

Het waterschapsbestuur kan rechthebbenden ten aanzien van gronden de verplichting opleggen om onderzoeken op of in die gronden -en daarmee verband houdende werkzaamheden- te gedogen.<sup>38</sup> Daarbij kan onder meer gedacht worden aan:

- Het verrichten van uitgebreide metingen of inventarisaties;
- Het nemen van (water)bodemmonsters;
- Het verrichten van sonderingen (globale verkenning van de bodem tot enige diepte onder het aardoppervlak, d.m.v. een ijzeren staaf die in de grond wordt gedrukt); en
- Het verrichten van gravingen.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Tenzij een voorlopige voorziening door de voorzieningenrechter wordt toegewezen.

<sup>36</sup> Aannemelijk is dat hetzelfde geldt voor de gedoogplichtbeschikking voor onderzoek, voor zover daarbij een fysieke aantasting van de zaak plaatsvindt.

<sup>37</sup> Zie ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, AB 2017/181, m.nt. M.H.P. Bullens; BR 2017/48, m.nt. J.S. Procee & T.E.F. Reijnders en TBR 2017/81, m.nt. F.A. Mulder & R.J.Th. Vos. Zie eveneens J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2018', M en R 2018/81, p. 457 en 458.; Van Doorn-Hoekveld et al. 2020, 'Kroniek aansprakelijkheid en schadevergoeding in het waterbeheer', O&A 2020/5, p. 17-18.

<sup>38</sup> Voor de lichtere onderzoeken (zoals het aflezen van meetmiddelen of het opnemen van de toestand van een waterstaatswerk) is overigens geen beschikking nodig omdat daarvoor de gedoogplicht *ex lege* voor de inspectie van de waterkering geldt (art. 5.20 Wtw); MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 818, nr. 3, p. 109-110.

<sup>39</sup> MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 818, nr. 3, p. 109-110.



Het onderzoek moet redelijkerwijs nodig zijn voor de vervulling van de taken van het waterschap en kan bijvoorbeeld een onderzoek ter voorbereiding van werkzaamheden tot aanleg, onderhoud, herstel en versterking van waterstaatswerken of een onderzoek in het kader van monitoringsactiviteiten omvatten.<sup>40</sup>

De gedoogplicht kan ook worden opgelegd op aanvraag van een derde die een onderzoek moet verrichten, bijvoorbeeld voor de aanvraag of wijziging van een watervergunning. Bij het opleggen van de gedoogplicht worden zodanige voorwaarden gesteld dat de vergoeding van schade aan de rechthebbenden op voldoende wijze is verzekerd (art. 5.22 Wtw).

#### b) Aanleg of wijziging van waterstaatswerk (art. 5.24 Wtw)

Het waterschapsbestuur kan een gedoogplichtbeschikking voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk<sup>41</sup> en daarmee samenhangende werkzaamheden opleggen aan rechthebbenden van onroerende zaken, tenzij de belangen van een rechthebbende onteigening vorderen. Daarbij moet het waterschapsbestuur wel het **evenredigheidsbeginsel** toepassen.

##### *Redelijkerwijs nodig voor de vervulling van de taken van het waterschap*

Dit beginsel houdt in dat het waterschapsbestuur de gedoogplicht alleen mag opleggen voor zover dat voor de vervulling van de taken van het waterschap redelijkerwijs nodig is. Deze taakvervulling (die volgt uit art 2.1 Wtw) kan ruim worden opgevat. Onder deze taken valt niet alleen de zorg voor de bescherming tegen overstromingen, maar bijvoorbeeld ook het aanbrengen van natuurvriendelijke oevers ter verbetering van de ecologische kwaliteit of de aanpak van verontreinigde waterbodems ter verbetering van de fysisch-chemische kwaliteit van watersystemen.<sup>42</sup>

##### *Belangen van rechthebbenden mogen geen onteigening vorderen*

Daarnaast betekent het evenredigheidsbeginsel dat de gedoogplicht alleen kan worden opgelegd als naar het oordeel van het waterschapsbestuur de belangen van de rechthebbende geen onteigening vorderen. In de volgende paragraaf (4.4) bespreken wij wanneer er tot onteigening overgegaan moet worden en wanneer er ruimte overblijft om een gedoogplicht op te leggen, omdat deze nauw met elkaar samenhangen.

##### *Toestemming rechthebbenden, minnelijke overeenstemming*

Het evenredigheidsbeginsel brengt tevens met zich dat de gedoogplicht alleen kan worden opgelegd als de rechthebbenden geen toestemming verlenen voor de aanleg of wijziging van het waterstaatswerk.<sup>43</sup> Vandaar dat – net als bij onteigening – voor het opleggen van een beschikking altijd voorafgaand geprobeerd moet worden om via de minnelijke weg tot een overeenstemming met de rechthebbende te komen. Omdat het opleggen van een gedoogplicht minder ingrijpend is dan de toepassing van onteigening, kan worden aangenomen

---

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Zie daarvoor uitgebreider: B.S. ten Kate en J de Roos, De gedoogplicht ex artikel 5.24 Waterwet, TBR 2016/64.

<sup>42</sup> MvT Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, 30 818, nr. 3, p. 111-112.

<sup>43</sup> Idem.

dat de onderhandelingsplicht minder vergaand is bij het opleggen van een gedoogplichtbeschikking (zie ook paragraaf 4 van dit advies).<sup>44</sup> Als het waterschapsbestuur de gedoogplichtbeschikking oplegt zonder daarvoor pogingen te ondernemen om tot minnelijke overeenstemming te komen, kan de bestuursrechter tot het oordeel komen dat de gedoogplicht in strijd met art. 5.24 Wtw (en evt. aanvullend in strijd met onevenredige belangenafweging: art. 3:4 lid 2 Awb) is opgelegd.<sup>45</sup>

## 4.4 Ontheffing (Titel II Ontheffingswet)

### 4.4.1 Toestemming van de rechthebbende

Als het waterschap geen eigenaar is van de gronden waarop hij een waterstaatswerk wil aanleggen (of wijzigen) ten behoeve van de verwezenlijking van de ruimtelijke wateropgave, zal het waterschap naast de vereiste publiekrechtelijke toestemmingen (uitvoeringsbesluiten) in beginsel ook toestemming van de rechthebbende nodig hebben voordat daadwerkelijk tot de aanleg of wijziging van het waterstaatswerk kan worden overgegaan.<sup>46</sup>

Deze toestemming kan op verschillende manieren worden verleend: door middel van de verkoop van gronden, het bezwaren van de gronden met een zakelijk recht of het sluiten van een overeenkomst over het gebruik van de gronden van het waterschap. In hoofdstuk 3 van dit advies is reeds nader ingegaan op deze privaatrechtelijke mogelijkheden.

Als de rechthebbende niet wil meewerken aan de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk of het waterschap niet van zijn medewerking afhankelijk wil zijn, kan het waterschap ook het publiekrecht inzetten om de medewerking van de rechthebbende af te dwingen door middel van het nemen van een gedoogplichtbeschikking (art. 5.24 Wtw), of door middel van ontheffing (Titel II Ontheffingswet).<sup>47</sup> Deze publiekrechtelijke instrumenten voor grondverwerving gelden als *ultimum remedium*, omdat zij een inbreuk vormen op het eigendomsrecht.<sup>48</sup> Daarom zal altijd eerst via de minnelijke weg geprobeerd moeten worden om met de rechthebbende de privaatrechtelijke mogelijkheden te onderzoeken om tot een overeenstemming te komen. Veel hangt hierbij af van de bereidheid van de rechthebbende om vrijwillig mee te werken, het type waterstaatswerk, wat de beheerder wil realiseren en in hoeverre de rechthebbende hierdoor in zijn rechten zal worden aangetast.<sup>49</sup> Oftewel: dit verschilt van geval tot geval.

---

<sup>44</sup> F.A.G. Groothuijse, *Water weren -Het publiekrechtelijk instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen*, Proefschrift (2009).

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> *Idem.*

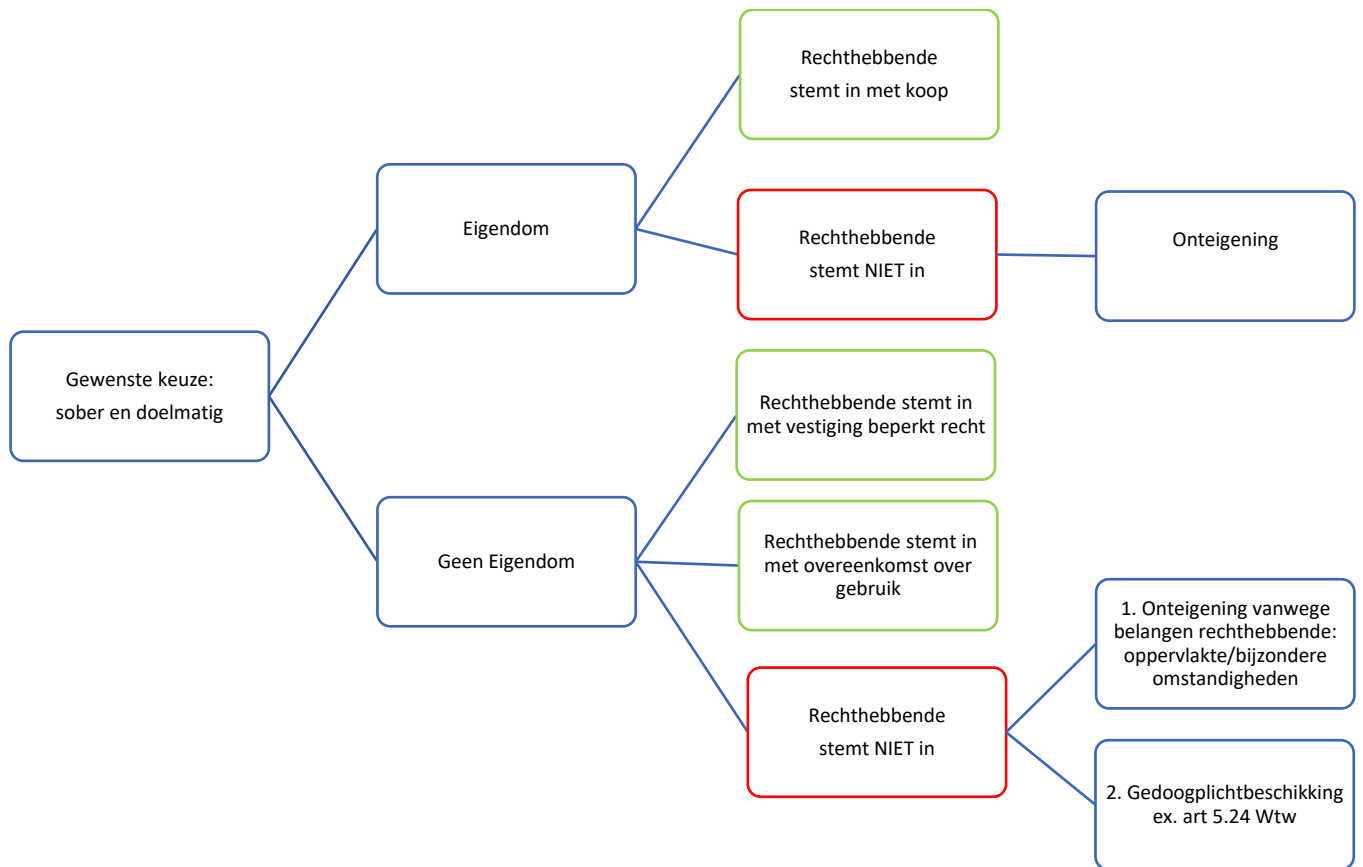
<sup>47</sup> *Idem.*; Bij (dringend of dreigend gevaar voor) doorbraak of overstroming bestaat er een andere ontheffingstitel: Titel III Ontheffingswet. Op basis van die titel mag, als dat noodzakelijk geacht wordt, op last van de hoogste aanwezige burgerlijke overheid inbezitneming onmiddellijk geschieden, zie voor nadere bepalingen Titel III Ontheffingswet.

<sup>48</sup> *Idem.* p. 189; Botter, de Groot & Romme-van de Riet, *TBR2019/90*, p. 642.

<sup>49</sup> F.A.G. Groothuijse, *Water weren -Het publiekrechtelijk instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen*, Proefschrift (2009).

## Stappenschema

Het bovenstaande kan globaal in het volgende stappenschema worden weergegeven:



### 4.4.2 Onteigenen vanwege de belangen van de rechthebbenden

Voordat de gedoogplichtbeschikking voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk (ex art. 5.24 Wtw) kan worden opgelegd moet door de beheerder beoordeeld worden of de belangen van rechthebbenden onteigening vorderen. Over de hiermee samenhangende vraag wat de gewezen weg is – de gedoogplicht of onteigening – bestaat in de praktijk nog wel eens onduidelijkheid. Hoewel dit per geval zal moeten worden beoordeeld, biedt de Afdeling in haar rechtspraak daarvoor wel handvatten. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling moet eerst worden onderzocht wat het voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk benodigde grondoppervlak is in verhouding tot het totale grondoppervlak van de rechthebbende. Vervolgens moet worden bezien of zich bijzondere omstandigheden voordoen die maken dat de belangen van de rechthebbende ondanks het beperkte ruimtebeslag toch onteigening vorderen.

*Indien het waterschap op grond van het eigendomsbeleid geen eigendom wil hebben van de gronden, kan het toch gehouden zijn om de gronden in eigendom te nemen als de belangen van de grondeigenaar onteigening vorderen (zie ook schema hierboven). Hieronder gaan wij nader in op de elementen die meegenomen moeten worden in de beoordeling of de belangen van rechthebbenden onteigening vorderen.*

### *Grondoppervlakte*

Allereerst moet gekeken worden naar het benodigde grondoppervlak in verhouding tot het totale grondoppervlak van de rechthebbende. De Afdeling beoordeelt van geval tot geval of dit aanleiding geeft tot onteigening, maar de volgende uitspraken kunnen als richtlijn dienen:

Als het benodigde grondoppervlak 16,7% is ten opzichte van het totale grondoppervlak én er aanmerkelijke gevolgen zijn voor de bruikbaarheid van het perceel, dan vorderen de belangen van de rechthebbende onteigening (*zie ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:431, r.o. 2.2 t/m 2.4*). Terwijl het opleggen van een gedoogplicht volstaat bij een benodigd oppervlakte van 6.9% zonder dat de bruikbaarheid van de percelen waarop de activiteiten worden verricht na deze werkzaamheden zal afnemen (*zie ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2895, r.o. 1 t/m 3*). In een uitspraak op basis van de Waterstaatswet 1900 (voorganger van de Waterwet) achtte de Afdeling een benodigd oppervlak van 2.6% van het totaal als gering, zodat een gedoogplicht kon worden opgelegd. Dit werd herhaald in een latere uitspraak.<sup>50</sup>

### *Bijzondere omstandigheden*

Wat betreft de bijzondere omstandigheden kan gedacht worden aan een verminderde bruikbaarheid van een perceel als gevolg van de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk op een gedeelte van dat perceel.

In dat kader is de uitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019 relevant. Daarin stond een casus centraal waarbij het benodigde grondoppervlak maar 0,1% van het totale grondoppervlak van de grondeigenaar betrof.<sup>51</sup> De vraag waar de Afdeling voor stond was of de bruikbaarheid van het perceel door de aanleg van een stuw dusdanig verminderde dat dit moest worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid. De Afdeling oordeelde dat het waterschap voor het oordeel of de belangen van rechthebbenden onteigening vorderen alleen naar de gevolgen van de aanleg van de waterkering (een stuw) hoeft te kijken, en niet naar de eventuele gevolgen die de waterkering teweeg zal brengen (in casu het stijgende waterpeil en vernatting). Het stijgende waterpeil en de vernatting daardoor waren immers al toegestaan op grond van een onherroepelijk peilbesluit. De Afdeling ziet geen aanleiding om de gevolgen ten aanzien

---

<sup>50</sup> Zie bijvoorbeeld ook: ABRvS 25 juni 1990, AB 1991/228; ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668, r.o. 3 en ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, r.o. 11 en 12 (*onteigening is niet aangewezen bij een benodigd grondoppervlakte van 2,26% of 2,89% van het totale grondoppervlak zonder dat de bruikbaarheid van de rest van een perceel vermindert*); ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2894, r.o. 1 t/m 3 (*onteigening is niet aangewezen indien het benodigde grondoppervlakte 6,5% is van het totale grondoppervlak, en de werkzaamheden een beperkte tijdsduur van enkele maanden hebben, waarbij het niet uitmaakt dat de max. tijdsduur niet is vastgelegd in de gedoogbeschikking*); ABRvS 24 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1991, r.o. 5.3 (*onteigening is niet geweest indien het benodigde grondoppervlakte van 4,69% bedraagt van het totale grondoppervlak, ook al is er een maximale beperking in functionaliteit en bereikbaarheid van gronden in drie clusters van werkzaamheden van elk acht weken. Overigens hielden de gronden hun functie vóór en ná oplegging van de gedoogplicht, bleven de overige percelen en opstallen bereikbaar en werden de gebruikte gronden na afloop van de werkzaamheden weer in de oorspronkelijke staat dan wel overeenkomstig de bestemming opgeleverd*). Zie: ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1719, noot J. Kevelam punt 6.

<sup>51</sup> ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1719, noot J. Kevelam punt 7.

daarvan als bijzondere omstandigheden aan te merken die onteigening vorderen. Het opleggen van een gedoogplicht was in dit geval volgens de Afdeling dus rechtmatig.<sup>52</sup>

#### 4.4.3 Onteigenen vanwege het waterveiligheidsbelang

Ook als de belangen van rechthebbenden geen onteigening vorderen, kan het waterschap nog steeds onteigenen als het de gronden in eigendom wil hebben. In de Onteigeningswet biedt Titel II een grondslag voor onteigening voor de aanleg, het herstel, de versterking of het onderhoud van waterkeringen. Voor een verantwoord onderhoud en beheer kan de eigendom van de ondergrond van het waterstaatswerk en eventueel bijbehorende beschermingszones noodzakelijk zijn. Zowel de Afdeling als de Kroon oordelen niet snel dat het onredelijk is wanneer de beheerder het waterstaatswerk in eigendom wil hebben.<sup>53</sup>

De Afdeling overweegt bijvoorbeeld in haar uitspraak (r.o. 2.7.3) op 25 februari 2009:

*“Zoals de Afdeling reeds heeft geoordeeld in voormelde uitspraak van 17 juni 2006 inzake het dijkversterkingsplan ‘Nederlek’, is het uitgangspunt van het algemeen bestuur om de ondergrond van de dijk in eigendom te verwerven in beginsel redelijk, aangezien aannemelijk is dat hiermee de uniformiteit en continuïteit bij versterkingen en de duurzaamheid van de waterkering het beste is gewaarborgd. Dit neemt niet weg dat in individuele gevallen beoordeeld moet worden of het voornemen om gronden te verwerven in het kader van de dijkversterking in overeenstemming is met dit beleid en of bijzondere omstandigheden aanleiding hadden moeten geven tot afwijking hiervan. Voor zover aangevoerd, zal de Afdeling dit per beroep afzonderlijk behandelen”.*<sup>54</sup>

De Kroon, die oordeelt over de noodzaak en urgentie van de onteigening, sluit bij de bovenstaande uitspraak van de Afdeling aan in haar besluit van 30 augustus 2019 omtrent een onteigening voor de versterking van de dijk langs de Waal.<sup>55</sup> De reclamanten betogen dat de Waterwet gedoogmogelijkheden biedt, waarmee het mogelijk is om het project te realiseren zonder aantasting van het eigendomsrecht. De Kroon blijft echter van oordeel dat het niet onjuist is dat het waterschap de onroerende zaak in eigendom wenst te verkrijgen:

---

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> Zie onder meer voor de Kroon: KB van 27 mei 2002, *Stcrt.* 2002, 106 (*Onteigening in de gemeente Vianen*), KB van 27 september 2000, *Stcrt.* 2000, 212 (*Onteigening in de gemeenten Heteren, Kesteren en Wageningen*), KB van 25 mei 1993, *BR* 1994, 331. Zie voor uitspraken van de Afdeling onder meer: ABRvS 7 juni 2006, zaaknr. 200505623/1, r.o. 2.13, ABRvS 28 januari 2004, zaaknr. 200305986/1, ABRvS 18 augustus 1998, *AB* 1998, 423 en ABRvS 4 mei 1998, *AB* 1998, 278, beide m.nt. AvH. Zie ook Besselink 1999, p. 570-575; F.A.G. Groothuijse, *Water weren -Het publiekrechtelijk instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen*, Proefschrift (2009).

<sup>54</sup> ABRvS, 25-02-2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3988, 200800340/1, r.o. 2.7.3 (Onderstreeping door auteurs van dit rapport). Een dergelijke overweging is vaker te vinden in uitspraken van de Afdeling, zie: ABRvS 4 mei 1998, *AB* 1998/278; ABRvS 07-06-2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX7040 -200505623/1; ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:269 - 201308001/1/A4.

<sup>55</sup> Besluit van 30 augustus 2019, nr. 2019001740 tot aanwijzing van een onroerende zaak ter onteigening in de gemeente Zaltbommel krachtens art. 62 van de onteigeningswet (onteigening voor de versterking van de dijk langs de Waal in het dijktraject Gameren, met bijkomende werken in de gemeente Zaltbommel), *Staatscourant* 2019, 52727 (zie punt 1.9 en ad 1.9).

*“Uit de Ons overgelegde stukken blijkt dat verzoeker de ondergrond van de waterkering en de beheerstrook in eigendom wenst te verkrijgen. De verzoeker acht dit noodzakelijk om nu, maar ook in de toekomst, het vereiste veiligheidsniveau ten aanzien van de waterkering te kunnen garanderen. Gelet op de belangrijke functie van de waterkering stelt verzoeker zich op het standpunt dat het van groot belang is daar actief en gericht beheer en onderhoud te kunnen voeren. Uitsluitend indien verzoeker eigenaar is van die gronden is de uniformiteit en continuïteit in geval van dijkverbeteringen gewaarborgd, alsook de stabiliteit en duurzaamheid van de waterkering, het tijdig en doelmatig optreden in geval van calamiteiten en een goede en efficiënte handhaving van de keur. Verzoeker acht het voorts van groot belang dat hij bij zijn taakuitoefening niet afhankelijk is van de medewerking van de grondeigenaren en dat hij te allen tijde toegang heeft tot de waterkering. Als eigenaar kan verzoeker veel meer invloed uitoefenen en sturing geven aan het gebruik en onderhoud van de waterkering en daaraan strikte voorwaarden verbinden. Wij merken op dat het beleid in zojuist bedoelde zin door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State herhaaldelijk als redelijk is bestempeld. Gewezen kan worden op de uitspraken van de Afdeling van 25 februari 2009, nr. 200800340/1, en 7 juni 2006, nr. 200505623. Gelet hierop zijn Wij van oordeel dat het niet onjuist is dat verzoeker het gedeelte van de in de onteigening betrokken onroerende zaak in eigendom wenst te verkrijgen.”*<sup>56</sup>

De bovenstaande overwegingen zijn veelal ook terug te vinden in het eigendomsbeleid voor de delen van de primaire waterkering waar waterschappen eigendom over willen hebben.<sup>57</sup> Dit beleid wordt immers zowel door de Kroon als door de Afdeling als redelijk en rechtmatig aangemerkt.

#### 4.4.4 Procedure Onteigening

Zoals hiervoor aangegeven start de onteigeningsprocedure met een minnelijke fase waarin het waterschap en de rechthebbende moeten hebben geprobeerd om in onderling overleg overeenstemming te bereiken over de aankoop van de onroerende zaken. Bij onteigening krijgt de rechthebbende een **volledige schadeloosstelling**. Dat betekent dat behalve de vergoeding van de marktwaarde van de onroerende zaak, ook andere schade vergoed moeten worden zoals inkomensschade of verplaatsingskosten. Daarom moet de overheid de eigenaar in ieder geval een concreet bod hebben gedaan die rekening houdt met al deze kosten.

Als blijkt dat de rechthebbende en het waterschap er niet uitkomen moet het waterschap eerst een verzoek aan de Kroon doen de onroerende zaken ter onteigening aan te wijzen. Daarmee begint de administratieve fase waarbij de Corporate Dienst van Rijkswaterstaat (voor de Kroon) het besluit voorbereidt door middel van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van de Awb. In deze fase wordt beoordeeld of er voldoende en tijdig overleg is geweest en of de

---

<sup>56</sup> Besluit van 30 augustus 2019, nr. 2019001740 tot aanwijzing van een onroerende zaak ter onteigening in de gemeente Zaltbommel krachtens art. 62 van de onteigeningswet (onteigening voor de versterking van de dijk langs de Waal in het dijktraject Gameren, met bijkomende werken in de gemeente Zaltbommel), Staatscourant 2019, 52727, punt 1.9 en ad 1.9 (onderstreping door auteurs van dit rapport).

<sup>57</sup> Zie bijvoorbeeld Waterschap Rivierenland -Eigendommenbeleid 2018; Hoogheemraadschap de Stichtse Rijnlanden -Strategienota grondverwerving Sterke Lekdijk versie 5 (2020).

onteigening noodzakelijk en urgent is. Na het doorlopen van deze procedure wordt het besluit gepubliceerd en bekendgemaakt. Er wordt nog niet bepaald wat de schadevergoeding zal zijn, dat gebeurt in de volgende gerechtelijke fase. Deze gerechtelijke fase gaat in als het waterschap de rechthebbende dagvaardt bij de burgerlijk rechter. Dat kan al voordat het projectplan onherroepelijk is geworden (na het goedkeuringsbesluit van GS, zie art 5.14 lid 2 Wtw jo. art. 18 Ontheingingswet). Bij de burgerlijk rechter wordt – pas nadat het projectplan onherroepelijk is geworden- de onteigening uitgesproken en de hoogte van de schadeloosstelling bepaald.<sup>58</sup> Ten slotte kan het gerechtelijk vonnis worden ingeschreven in de openbare registers van het kadaster en gaat de eigendom over op het waterschap.

## 4.5 Omgevingswet

### 4.5.1 Gedoogplichten onder de Omgevingswet

Onder de Omgevingswet zullen de gedoogplichten die in het kader van dit onderzoek relevant zijn inhoudelijk niet wezenlijk wijzigen ten opzichte van de Waterwet. In de Omgevingswet is een duidelijker onderscheid gemaakt tussen gedoogplichten van rechtswege en gedoogplichten die per beschikking opgelegd moeten worden doordat ze een eigen afdeling hebben gekregen (afdeling 10.2 en 10.3 Ow). Daarnaast heeft de schadevergoeding bij gedoogplichten een eigen afdeling gekregen (afdeling 15.2 Ow).

Ten aanzien van de vergoeding van schade die het gevolg is van de effectuering of de oplegging van gedoogplichten zal de Omgevingswet wel een tweetal belangrijke wijzigingen met zich brengen. De procedure voor de vergoeding van schade die het gevolg is van het effectueren of opleggen van gedoogplichten zal afgewikkeld via een dagvaardingsprocedure bij de burgerlijke rechter (zie art. 15.15 Ow) en niet meer volgens de bestuursrechtelijke procedure van de Awb. Ook zal de Omgevingswet wat betreft de omvang van de schadevergoeding onderscheid maken tussen schade ten gevolge van de effectuering gedoogplichten van rechtswege en de oplegging van gedoogplichten bij beschikking.

#### *Gedoogplichten van rechtswege (afdeling 10.2 Ow)*

De gedoogplichten van rechtswege die betrekking hebben op de primaire waterkering zijn te vinden in artikel 10.2 (gedoogplichten wegen en waterstaatswerken). Uit dat artikel volgt dat de gedoogplichten van rechtswege uit de Waterwet terugkomen: onderhouds- en herstelwerkzaamheden uit artikel 5.23 Wtw wordt artikel 10.2 lid 1 sub a Ow, het aanbrengen en in stand houden van meetmiddelen en seinen of andere tekens uit artikel 5.25 Wtw wordt artikel 10.2 lid 1 sub b Ow. De bevoegdheid tot het betreden van plaatsen ten behoeve van de inspectie van watersystemen uit artikel 5.20 Wtw is terug te vinden in artikel 10.5 Ow. De regeling voor calamiteiten van artikel 5.30 Wtw wordt verplaatst naar artikel 19.5 Ow. Daarnaast is in artikel 10.2 lid 1 sub c een gedoogplicht van rechtswege opgenomen voor de wat lichtere graaf- of meetwerkzaamheden voor het maken van ontwerpen voor het aanleggen,

---

<sup>58</sup> F.A.G. Groothuijse, Water weren -Het publiekrechtelijk instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen, Proefschrift (2009).

onderhouden of wijzigen van een waterstaatswerk. Voor zwaardere werkzaamheden (zoals sonderingen) zal de gedoogplicht per beschikking opgelegd moeten worden.<sup>59</sup>

De in artikel 10.4 Ow opgenomen informatieplicht -waarbij de beheerder ten minste 48 uur voor de voorgenomen activiteiten de rechthebbende schriftelijk moet informeren- geldt onder de Omgevingswet niet alleen voor de onderhouds- en herstelwerkzaamheden (zoals onder de Waterwet) maar ook voor de andere in artikel 10.2 genoemde activiteiten.<sup>60</sup>

#### *Gedoogplichtbeschikking (art. 10.3 Ow)*

Onder de Omgevingswet kan het waterschapsbestuur bij beschikking een gedooglicht opleggen voor de aanleg, verlegging of versterking van primaire waterkeringen ter uitvoering van een projectbesluit. Daarvoor is een specifieke gedoogplicht geïntroduceerd (art. 10.13 lid 2 Ow jo art. 5.46 Ow). Voor de aanleg en wijziging van andere waterstaatswerken kan het waterschapsbestuur een gedoogplicht opleggen (art 10.17 lid 2 sub b Ow, zie ook hieronder). De Waterwet bevat geen specifieke gedoogplichtbevoegdheid voor de uitvoering van een projectplan tot de aanleg, verlegging en versterking van primaire waterkeringen voor het waterschapsbestuur. Het waterschapsbestuur zal daarvoor onder de Waterwet de bevoegdheid tot het opleggen van een gedoogplicht voor de aanleg en wijziging van waterstaatswerken (art. 5.24 Wtw) moeten gebruiken.

Bovendien kan de beheerder evenals onder de Waterwet een gedoogplicht bij beschikking opleggen voor:

- het verrichten van onderzoek in verband met een waterstaatswerk (10.17 lid 2 sub a Ow, vgl. 5.21 Wtw). Het gaat bij deze onderzoeken niet om het ter plaatse opnemen van de toestand van een bepaald waterstaatswerk of het aflezen van meetmiddelen (daarop is art. 10.2 van toepassing), maar om meer ingrijpende onderzoeken waarbij uitgebreide metingen of inventarisaties worden verricht, (water)bodemmonsters worden genomen, sonderingen worden verricht of zelfs graafwerkzaamheden nodig zijn.<sup>61</sup>
- voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk (art 10.17 lid 2 sub b Ow, vgl. 5.24 Wtw).<sup>62</sup>

Voor het opleggen van de gedoogplicht bij beschikking gelden een aantal algemene toepassingscriteria (art. 10.11 Ow), die thans ook op grond van de Waterwet en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie gelden voor het opleggen van de gedoogplichten bij beschikking.<sup>63</sup> Een gedoogplicht kan op grond van art. 10.11 Ow alleen bij beschikking worden opgelegd als voor een werk van algemeen belang:

---

<sup>59</sup> MvT Kamerstukken II, vergaderjaar 2013/14, 33 962, nr. 3.

<sup>60</sup> De informatieplicht vervalt als de activiteiten spoedeisend van karakter zijn.

<sup>61</sup> MvT Kamerstukken II, vergaderjaar 2013/14, 33 962, nr. 3.

<sup>62</sup> De gedoogplicht geldt ook voor de daarmee verband houdende activiteiten.

<sup>63</sup> Art. 5.21, 5.22 en 5.24 Wtw.



- a. voor bepaalde of onbepaalde tijd gebruik moet worden gemaakt van een onroerende zaak,
- b. met de rechthebbende op de onroerende zaak ondanks een redelijke poging daartoe geen schriftelijke overeenstemming is bereikt over het gebruik daarvan,
- c. het gebruik van de onroerende zaak niet meer zal worden belemmerd dan redelijkerwijs nodig is, en
- d. de belangen van de rechthebbende redelijkerwijs geen onteigening vorderen.

### *Schade bij gedoogplichten*

De Omgevingswet bevat een aparte afdeling voor schade bij gedoogplichten: afdeling 15.2 Omgevingswet. Volgens art. 15.12 Ow moet de schade vergoed worden door de initiatiefnemer van de activiteit of het werk waarvoor de gedoogplicht geldt. Ten aanzien van de omvang van de schadevergoeding maakt de Omgevingswet – anders dan de Waterwet – uitdrukkelijk onderscheid tussen schade die het gevolg is van de effectuering van een gedoogplicht van rechtswege en de oplegging van een gedoogplicht bij beschikking.

De schade voor de gedoogplichten van rechtswege zal alleen vergoed worden als die schade uitgaat boven het normale maatschappelijke risico, en voor zover de rechthebbende in vergelijking met anderen onevenredig zwaar wordt getroffen.

Schade die een rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van het opleggen van een gedoogplicht bij beschikking voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en daarmee verband houdende activiteiten zullen volledig moeten worden vergoed aan de rechthebbende die de schade lijdt (10.17 lid 2 sub b Ow jo 15.14 Ow).<sup>64</sup>

Dit onderscheid wordt in de jurisprudentie over de nadeelcompensatieregeling onder de Waterwet (art. 7.14 Wtw) wel gemaakt, maar blijkt niet uit de wettekst zelf. In zoverre vormt de regeling in de Omgevingswet een codificatie van deze jurisprudentie en een verduidelijking ten opzichte van de Waterwet.

### 4.5.2 Onteigening onder de Omgevingswet

Met de invoering van de Omgevingswet wordt een nieuw wettelijk kader voor onteigeningen geïntroduceerd (zie hoofdstuk 11 Omgevingswet). De Onteigeningswet komt daarmee nagenoeg geheel te vervallen; enkel de bepalingen over onteigeningen in geval van buitengewone omstandigheden uit titel III blijven van kracht (art. 73 tot en met art. 76f bis). De nieuwe wettelijke regeling maakt niet langer onderscheid tussen verschillende onteigeningstitels, maar biedt een uniforme algemene regeling voor de onteigeningen van onroerende zaken die moeten plaatsvinden “in het algemeen belang van het ontwikkelen, gebruiken of beheren van de fysieke leefomgeving” (art. 11.1 Ow). Hieronder kan ook de uitvoering van taken in het waterbeheer vallen. Ook in procedureel opzicht vinden de nodige

---

<sup>64</sup> Dit geldt niet voor de gedoogplichtbeschikking voor onderzoek of daarmee verband houdende activiteiten (art. 10.17 Ow) of de gedoogplicht vanwege het maken van een ontwerp voor de aanleg, instandhouding, wijziging, verplaatsing of opruiming van een primaire waterkering en daarmee verband houdende werkzaamheden (art. 10.20 Ow), zie ook art. 15.14 Ow lid 2.

veranderingen (en uniformeringen) plaats. Hieronder worden de voor dit onderzoek relevante aspecten van de onteigeningsprocedure uit de Omgevingswet op hoofdlijnen beschreven.

Voorheen vond onteigening op verzoek van de onteigenende partij steeds plaats via een door de Kroon vastgesteld Koninklijk Besluit. Onder het systeem van de Omgevingswet is deze gang van zaken losgelaten en kunnen lokale overheden zelf onteigeningsbeschikkingen nemen. Onteigening kan plaatsvinden op naam van (onder andere) een waterschap, dat in dat geval optreedt als 'onteigenaar' (art. 11.2 lid 1 en 2 Ow). De feitelijke beschikking tot onteigening wordt gegeven door het algemeen bestuur van het betreffende waterschap (art. 11.4 lid 1 sub b Ow). Onteigening op naam van een waterschap kan slechts plaatsvinden met het oog op de uitoefening van taken in het kader van het waterbeheer (art. 11.4 lid 2 Ow). Voorts kan een onteigeningsbeschikking alleen worden gegeven, indien is voldaan aan drie cumulatieve criteria. Zo moet onteigening *in het belang zijn van het ontwikkelen, gebruiken of beheren van de fysieke leefomgeving*, en moet onteigening *noodzakelijk en urgent* zijn (art. 11.5 Ow). Voorts is alleen sprake van een onteigeningsbelang, indien de onteigening plaatsvindt in het kader van een ontwikkeling die mogelijk is gemaakt via een omgevingsplan, een omgevingsvergunning voor afwijken daarvan, of een projectbesluit (art. 11.6 Ow).

De onteigeningsbeschikking moet inzichtelijk maken dat aan de genoemde criteria is voldaan. Zo volgen uit art. 11.7 en 11.11 Ow nadere regels omtrent de onderbouwing van de noodzaak tot respectievelijk de urgentie van onteigening. Hieruit volgt onder meer dat de noodzaak tot onteigening in elk geval ontbreekt wanneer er geen redelijke poging is gedaan tot minnelijke verwerving of wanneer het aannemelijk is dat daartoe op korte termijn overeenstemming zal worden bereikt (art. 11.7 lid 1 Ow). De urgentie ontbreekt in ieder geval als niet aannemelijk is dat binnen drie jaar na het inschrijven van de onteigeningsakte een begin wordt gemaakt met de verwezenlijking van de ontwikkeling waarvoor de onteigening nodig is (art. 11.11 Ow). In dit opzicht verschillen de criteria voor onteigening niet wezenlijk van die onder de systematiek van de Onteigeningswet. Wel is dus nieuw dat de bevoegde bestuursorganen van decentrale overheden voortaan zelf formeel verantwoordelijk zijn voor de inhoudelijke voorbereiding van onteigeningsbeschikkingen. Zij hebben de ruimte om te beoordelen of onteigening in een concreet geval moet of kan plaatsvinden. Daarbij dienen uiteraard wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en algemene rechtsbeginsel in acht te worden genomen. Hoewel het neerleggen van de bevoegdheid tot het geven van onteigeningsbeschikkingen op decentraal niveau vanuit bestuurlijk oogpunt wellicht doelmatiger is, zal dit voor lagere overheden tevens een grotere belasting vormen.

Het nieuwe wettelijke systeem maakt (procedureel) onderscheid tussen de beschikking tot onteigening en de schadeloosstelling. De onteigeningsbeschikking dient op verzoek van het bestuursorgaan dat de beschikking heeft gegeven te worden bekrachtigd door de bestuursrechter. De bekrachtigingsprocedure is nader uitgewerkt in Afdeling 16.9 Ow. Gedurende het vooronderzoek zijn belanghebbenden binnen zes weken na terinzagelegging van de beschikking in de gelegenheid om bedenkingen in te brengen tegen de onteigeningsbeschikking (art. 16.97 lid 1 Ow). Het bestuursorgaan is vervolgens in de gelegenheid om binnen vier weken na toezending van de bedenkingen een reactie daarop in te dienen bij de rechtbank (art. 16.99 Ow). De rechtbank doet vervolgens binnen zes maanden uitspraak (art. 16.105 Ow). Zowel belanghebbenden als het bestuursorgaan kunnen hoger beroep instellen bij de ABRvS tegen de uitspraak van de rechtbank op een verzoek tot bekrachtiging (art. 16.117 lid 1 Ow). De ABRvS doet binnen 6 maanden uitspraak op het hoger

beroep (art. 16.121 Ow). Het belangrijkste verschil ten opzichte van de systematiek onder de Ontheffingswet is dat apart geprocedeerd kan worden over de rechtmatigheid van ontheffingsbeschikkingen en dat bevoegde bestuursorganen – in dit geval waterschapsbesturen – zelf procespartij zijn bij dergelijke geschillen. Ook in dit opzicht zal de het neerleggen van de bevoegdheid tot het geven van ontheffingsbeschikkingen op decentraal niveau een grotere belasting voor lagere overheden vormen.

Zoals gezegd, vindt schadeloosstelling plaats via een afzonderlijke procedure. Deze is neergelegd in Afdeling 15.3 Ow. Uitgangspunt is dat de eigenaar van een zaak die in een ontheffingsbeschikking voor ontheffing is aangewezen recht heeft op schadeloosstelling. Dit betekent dat de schade die een eigenaar rechtstreeks en noodzakelijk lijdt door een ontheffing volledig wordt vergoed (art. 15.17 en 15.18 Ow). Ook andere in art. 15.27 Ow genoemde personen (erfpachters, opstallers, bezitters, huurder) kunnen recht hebben op een (volledige) schadeloosstelling. De daadwerkelijke schadeloosstellingsprocedure verloopt via een verzoekschriftprocedure bij de burgerlijke rechter (art. 15.37 Ow). De rechter stelt de hoogte van de schadeloosstelling vast. Tegen de uitspraak van de rechtbank tot vaststelling van de schadeloosstelling staat alleen beroep in cassatie open (art. 15.48 Ow). De daadwerkelijke effectuering van de ontheffing vindt plaats via het verlijden van een ontheffingsakte door een notaris (art. 11.15 Ow). Een ontheffingsakte kan alleen worden verleden als de ontheffingsbeschikking onherroepelijk is, het besluit ter uitvoering waarvan de ontheffing nodig is onherroepelijk is, en de voorlopige dan wel overeengekomen schadeloosstelling is betaald (art. 11.16 lid 1 Ow).

Concluderend verschilt de procedure voor ontheffing op basis van de Omgevingswet in meerdere opzichten van die uit de Ontheffingswet. Voor dit onderzoek is het meest relevant dat een keringbeheerder (althans het algemeen bestuur van een waterschap) zelf formeel bevoegd is tot en verantwoordelijk is voor het vaststellen van een ontheffingsbeschikking voor de ontheffing van zaken ten behoeve van de uitvoering van taken in het kader van het waterbeheer. Dat betekent ook dat het algemeen bestuur zelf optreedt als procespartij in de bekrachtigingsprocedure en de daaropvolgende schadeloosstellingsprocedure. Hoewel het neerleggen van deze bevoegdheid tot het geven van ontheffingsbeschikkingen op decentraal niveau vanuit bestuurlijk opzicht doelmatiger kan worden geacht, kan dit ook worden beschouwd als een vergroting van de procedurele belasting aan de zijde van de waterbeheerder. Hier dient terdege rekening mee te worden gehouden, zowel wat betreft de capaciteit als de expertise op ambtelijk en bestuurlijk niveau.

## 4.6 Keuzetabel

Taken van waterschap	Publiekrechtelijke uitoefening met behulp van gedoogplicht of onteigening
Versterken waterkering	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 5.24 Wtw Gedoogplichtbeschikking aanleg of wijziging van een waterstaatswerk</li> <li>▪ 5.21 Wtw Gedoogplichtbeschikking voor onderzoek</li> <li>▪ Onteigening (Titel II Onteigeningswet)</li> </ul>
Beheer en onderhoud kering	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 5.23 Wtw Gedoogplicht van rechtswege voor onderhouds- en herstelwerkzaamheden</li> <li>▪ 5.20 Wtw Gedoogplicht van rechtswege voor inspectie</li> <li>▪ 5.21 Wtw Gedoogplichtbeschikking voor onderzoek</li> <li>▪ 5.25 Wtw Gedoogplicht van rechtswege voor aanbrengen en in stand houden van meetmiddelen, seinen, merken of andere tekens.</li> </ul>
Calamiteitenzorg	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 5.30 Wtw Gedoogplicht van rechtswege in geval van gevaar. De beheerder mag als dat noodzakelijk is elke maatregel treffen die hij nodig oordeelt, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften (maar wel met inachtneming van de Grondwet en internationaalrechtelijke verplichtingen)</li> <li>▪ In een spoedeisend geval is geen beschikking nodig om de gedoogplichten van art. 5.24 Wtw (de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk en de daarmee verband houdende werkzaamheden) en art. 5.21 Wtw (onderzoek).</li> </ul>
Vergunningverlening voor gebruik kering	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 5.22 Wtw Gedoogplichtbeschikking voor onderzoek (op verzoek van derden, bijv. voor de verlening of wijziging van watervergunning)</li> </ul>

## 4.7 Voor- en nadelen van de publiekrechtelijke mogelijkheden

### 4.7.1 Voordelen

1. Als rechthebbenden van de gronden/onroerende zaken geen toestemming verlenen voor de handelingen die het waterschap op de waterkering wil verrichten, kan het waterschap met behulp van gedoogplichten alsnog zijn taken naar behoren uitoefenen. Eigendom of een beperkt recht is daarvoor niet nodig.
2. Doordat er geen beschikking nodig is voor de gedoogplicht van rechtswege kunnen direct onderhouds- en herstelmaatregelen worden getroffen. In deze zin is er weinig verschil met een eigendomspositie op de primaire kering van het waterschap, met dien verstande dat rechthebbenden wel ten minste 48 uur van tevoren schriftelijk in kennis moeten worden gesteld over onderhouds- en herstelwerkzaamheden.
3. Voor handelingen die worden verricht op grond van een gedoogplicht van rechtswege wordt niet snel aangenomen dat de daaruit voortvloeiende schade uitkomt boven het normaal maatschappelijk risico. Voor zover deze handelingen al schade veroorzaken zal deze beperkt zijn vanwege de veelal beperkte en tijdelijke aantasting. Het is aannemelijk dat de extra kosten (bovenop die van de maatregelen zelf) daardoor beperkt blijven. Een eigendomspositie of beperkt recht biedt wat dat betreft geen extra voordelen voor het waterschapsbestuur, zij het dat grondeigenaren over het schadebesluit wel bestuursrechtelijke procedures kunnen voeren.
4. De bevoegdheden van de inspecteur, zoals het betreden van plaatsen, het zich laten vergezellen van de sterke arm, het vorderen van inlichtingen en het verplichten tot medewerking, maken dat het waterschap te allen tijde op de hoogte kan zijn van het functioneren van de kering. Wat dat betreft is het verschil ten opzichte van een eigendomspositie niet groot.
5. Het plaatsen en in stand houden van meetmiddelen, seinen, merken of andere tekens kan te allen tijde. Het maakt daarvoor geen verschil of er een eigendomspositie is of de gedoogplicht van rechtswege wordt gebruikt.
6. Bij calamiteiten heeft het waterschapsbestuur vergaande bevoegdheden en mag onder omstandigheden zelfs in strijd met de wet (uitgezonderd de Grondwet en internationaalrechtelijke verplichtingen) worden gehandeld. Dus ook in strijd met het eigendomsrecht en de voorwaarden van zakelijke rechten. Er kan (achteraf) wel aanleiding bestaan om (on)rechtmatig toegebrachte schade te vergoeden.

#### 4.7.2 Nadelen

1. Bureaucratisch: bij een hoge mate van eigendomsversnippering zullen de administratieve lasten bij aanleg en wijziging van waterstaatswerken ook hoger worden. Er moeten dan namelijk veel gedoogbeschikkingen worden opgelegd. De bezwaar- en beroepsfase tegen gedoogbeschikkingen kan daarbij tot extra vertraging, administratieve lasten en kosten leiden.
2. De volledige schadeloosstelling voor schade die voortvloeit uit een gedoogplichtbeschikking voor het aanleggen en wijzigen van een waterstaatswerk zou bij dijkversterkingsprojecten met een hoge mate van eigendomsversnippering tot hogere administratieve lasten en proceskosten kunnen leiden. Bovendien kan een grondeigenaar elke keer dat zich na verloop van tijd nieuwe schade voordoet als gevolg van de gedoogplicht bij het waterschapsbestuur een verzoek om schadevergoeding indienen met alle mogelijke daaruit voortvloeiende bestuursrechtelijke procedures over de beslissing op dat verzoek van dien. Bij onteigening wordt de schade in één keer op de peildatum bepaald.
3. Onteigenen en het opleggen van een gedoogplicht zijn ingrijpende publiekrechtelijke instrumenten. Zij vormen een inbreuk op het eigendomsrecht (waarbij onteigening het meest vergaand is). Daarom gelden zij als ultimum remedium en zal eerst geprobeerd moeten worden om tot overeenstemming te komen met de rechthebbende. Het effectueren van de gedoogplicht bij niet- of onvoldoende bereidheid om mee te werken van de grondeigenaar kan er bovendien toe nopen dat dit feitelijk moet worden afgedwongen, waarbij de sterke arm benodigd kan zijn.
4. Het opleggen van gedoogplichtbeschikking voor onderzoek of versterkingen is niet altijd een definitieve oplossing. Bij toekomstige dijkversterkingen (of andere handelingen in het kader van beheer) zal opnieuw een gedoogplicht bij beschikking moeten worden opgelegd of alsnog onteigend moeten worden.
5. Het waterschap heeft wel controle over het functioneren van de waterkeringen, maar minder controle over welke handelingen derden daar feitelijk op uitvoeren. Aan de ene kant zou dat kunnen leiden tot verzwaarde lasten voor toezicht en handhaving. Zo kan het te kort maaien van gras van invloed zijn op de beworteling en daarmee op de erosiebestendigheid van het dijktaalud. Aan de andere kant kunnen rechthebbenden ook functioneren als 'een paar extra ogen', bijvoorbeeld als de rechthebbende belang heeft bij goed gras en daarbij controleert op molshopen. Dit zal al naar gelang de omstandigheden van het geval verschillen.

## Hoofdstuk 5 Conclusie

### 5.1 Privaatrechtelijk kader

#### Eigendom

Eigendom is het meest omvattende recht dat een (rechts)persoon op een zaak kan hebben. De positie van een eigenaar heeft voordelen ten opzichte van de gerechtigdheid op grond van bijvoorbeeld een beperkt recht of op grond van een overeenkomst. De nadelen die kleven aan het zijn van eigenaar zijn daarentegen beperkt.

Het belangrijkste voordeel van eigendom is rechtszekerheid. Het hebben van eigendom leidt ertoe dat duidelijk is welke bevoegdheden het waterschap heeft om de betreffende gronden te betreden en daar werkzaamheden te verrichten – er gelden wat dat betreft namelijk geen beperkingen. Er kan bovendien snel worden gehandeld, aangezien niet steeds een andere eigenaar hoeft te worden ingelicht. Ook indien in de loop der tijd de te ontplooiën activiteiten veranderen, zoals dijkversterkingen of andere wijzigingen van een waterkering, is er (in beginsel) van uit privaatrechtelijk perspectief geen onduidelijkheid over de vraag of het waterschapsbestuur die activiteiten kan verrichten.

Als nadelen van eigendom gelden hoofdzakelijk waardefluctuatie en een risico op eigendomsverlies door verjaring. Hier past een relativering: deze nadelen gelden evenzeer indien het waterschap geen eigenaar, maar beperkt gerechtigde is.

Dit leidt tot de conclusie dat het hebben van eigendom zorgt voor de grootst mogelijke mate van rechtszekerheid over de gebruiksmogelijkheden van gronden.

#### Beperkte rechten

In bepaalde situaties kan het echter zo zijn dat het hebben van het meest omvattende recht niet nodig is. Dat is bijvoorbeeld zo wanneer slechts behoefte bestaat aan een beperkt aantal bevoegdheden, omdat duidelijk is dat in de toekomst geen andere activiteiten ontplooid gaan worden. In zo een situatie kan volstaan worden met een beperkt recht. Van welk beperkt recht in een bepaalde situatie gebruik gemaakt wordt, hangt af van de omstandigheden van het geval en de bevoegdheden die het waterschap wil verkrijgen. Een beperkt recht heeft als voordeel dat het (over het algemeen) een ‘sterk’ recht is; (in beginsel) sterker dan rechten die voortvloeien uit een contractuele verhouding, c.q. uit een overeenkomst. Beperkte rechten zijn inroepbaar tegen eenieder (absolute rechten), gaan van rechtswege mee over op een eventuele opvolgend verkrijger, zijn (in beginsel) overdraagbaar en gaan niet zomaar teniet.

Het Burgerlijk Wetboek kent een numerus clausus (een gesloten stelsel van beperkte rechten). Dat betekent dat alleen die beperkte rechten gevestigd kunnen worden die in de wet genoemd staan. Voor het waterschap kunnen met name het recht van opstal, erfdienstbaarheid en erfpacht van belang zijn. Hoewel het stelsel van beperkte rechten gesloten is, kent de wet een ruime invullingsvrijheid van deze beperkte rechten toe. In de akte van vestiging kan men afspreken welke bevoegdheden wel of niet toekomen aan de beperkt gerechtigde, in dezen het waterschap.

Deze flexibiliteit qua invulling van deze beperkte rechten is zowel een voordeel als een nadeel. Enerzijds geeft het de mogelijkheid tot maatwerk: het beperkte recht kan afgestemd worden naar de behoeften die in het specifieke geval bestaan. Anderzijds leidt deze flexibiliteit ertoe dat onduidelijkheden en zelfs geschillen kunnen ontstaan over de vraag welke bevoegdheden een beperkt gerechtigde en/of de bloot eigenaar toekomen. Deze geschillen kunnen leiden tot dure en soms (zeer) langlopende juridische procedures bij de civiele rechter.

Een andere consequentie van deze flexibiliteit is dat het ene beperkte recht, het andere niet is. Hierdoor kan het voorkomen dat, indien het waterschap geen eigenaar, maar beperkt gerechtigde is, de bevoegdheden per perceel inhoudelijk verschillen, zelfs indien op alle percelen eenzelfde recht is gevestigd. Anders gezegd: het zijn van rechthebbende in plaats van eigenaar kan leiden tot versnippering van bevoegdheden van het waterschap. Om dit tegen te gaan verdient het aanbeveling te proberen de afspraken in de vestigingsakten bij een beperkt recht zoveel mogelijk gelijklopend te laten zijn. Hiervoor geldt uiteraard wel dat degene die het beperkte recht vestigt ten behoeve van het waterschap hiermee akkoord moet gaan.

Versnippering van bevoegdheden kan ook worden tegengegaan indien het waterschap niet een beperkt recht, maar eigendom verkrijgt, waarbij het vervolgens (een gedeelte van) de onroerende zaak in gebruik geeft aan een derde (bijvoorbeeld degene die de onroerende zaak in eigendom heeft overgedragen aan het waterschap). In dit geval kan namelijk in de overeenkomsten (inclusief akten van vestiging) die het waterschap als eigenaar aangaat met derden opgenomen worden dat de bevoegdheden van deze derden nooit in strijd kunnen komen met of een belemmering mogen vormen voor de bevoegdheden die het waterschap uit hoofde van zijn taak als waterbeheerder heeft. Hiermee kan rechtszekerheid gecreëerd worden ten aanzien van de publiekrechtelijke taken en bevoegdheden van het waterschap, terwijl tegen een financiële vergoeding bepaalde bevoegdheden wel bij derden kunnen worden gelegd. Dit kan dienstbaar zijn aan de sober- en doelmatigheid.

Het verdient opmerking dat bij alle bovengenoemde privaatrechtelijke opties medewerking van de derde vereist is, zowel voor vestiging van een beperkt recht ten behoeve van het waterschap, als wanneer het waterschap een beperkt recht vestigt ten behoeve van een derde. Dit kan een belemmering vormen voor effectief en uniform gebruik van deze mogelijkheden.

## 5.2 Publiekrechtelijk kader

### Gedoogplichten

Waterschapsbesturen moeten als beheerders van waterkeringen hun wettelijke taken kunnen uitoefenen op de gronden waarop primaire waterkeringen zijn gelegen, ook wanneer het waterschap geen eigenaar is van deze gronden of wanneer het waterschap daarop een zakelijk recht (erfpacht, erfdienstbaarheid, opstal) ten behoeve van een derde heeft gevestigd. Als rechthebbenden van de gronden/onroerende zaken geen medewerking willen verlenen aan de vestiging van beperkte rechten of geen toestemming verlenen voor de handelingen die een waterschapsbestuur op een primaire waterkering wil verrichten, dan kan gebruik worden gemaakt van de gedoogplichten op grond van Hoofdstuk 5, paragraaf 4 Waterwet. In de keuzetabel in paragraaf 4.6 hierboven is aangegeven welke publiekrechtelijke instrumenten waterschapsbesturen hebben om hun beheertaken ten aanzien van primaire waterkeringen te verwezenlijken (versterkingen; beheer en onderhoud; calamiteitenzorg en



vergunningverlening). Voor gebruikmaking van deze bevoegdheden is eigendom of een beperkt recht niet nodig. Sterker nog: deze bevoegdheden bieden waterschappen juist in gevallen waarin privaatrechtelijke overeenstemming niet kan worden bereikt alsnog de mogelijkheid om hun publiekrechtelijke taken en bevoegdheden uit te oefenen.

In dit onderzoek staat naast de vraag welke publiekrechtelijke mogelijkheden waterschapsbesturen hebben als alternatief voor eigendom, ook de vraag centraal wat de meest doelmatige keuze is. Is het doelmatiger om de grond in eigendom te verweven/te onteigenen of is het doelmatiger om een gedoogplicht in te zetten jegens rechthebbenden? Deze vraag kan niet in algemeenheid worden beantwoord; dit verschilt van geval tot geval. Daarom bespreken wij hieronder de voor- en nadelen van het gebruik van gedoogplichten, waarbij wij ingaan op de elementen en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de keuze van een waterschap.

### **Voor- en nadelen van gedoogplichten ten opzichte van eigendom(sverkrijging)**

Voordat wij ingaan op de voor- en nadelen van gedoogplichten ten opzichte van eigendom moeten wij opmerken dat deze kunnen verschillen al naar gelang het type gedoogplicht.

#### *Gedoogplicht van rechtswege*

Als het gaat om een gedoogplicht van rechtswege – voor [a] inspectie, [b] onderhoud en beheer, [c] calamiteitszorg, en [d] het dulden van meetmiddelen, seinen, e.d. – valt te wijzen op voordelen. Dit type gedoogplicht geldt immers zonder dat er nadere besluitvorming hoeft plaats te vinden. Alleen bij een gedoogplicht in verband met de uitvoering van onderhouds- en beheersmaatregelen geldt dat rechthebbenden 48 uur van tevoren schriftelijk geïnformeerd moeten worden over de voorgenomen werkzaamheden. Een waterschapsbestuur kan op grond van deze gedoogplichten dus direct en accuraat handelen, zonder bijvoorbeeld de uitkomsten van bezwaar- en/of beroepsprocedures te hoeven afwachten. Op de in enkele gevallen verplichte kennisgeving na, bestaan er dus qua handelingsmogelijkheden weinig verschillen met een eigendomspositie op de primaire kering.

Daarnaast hoeft de schade ten gevolge van (rechtmatige) handelingen die vallen onder één van de ex lege gedoogplichten alleen te worden vergoed als deze uitkomt boven het normaal maatschappelijk risico. Aangezien deze handeling veelal beperkt en tijdelijk van aard zijn en regulier onderhoud tot een normaal maatschappelijk risico behoort zal daar alleen onder bijzondere omstandigheden sprake van zijn. Hierdoor blijven de kosten beperkt. Wel kunnen grondeigenaren bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden tegen beslissingen van waterschapsbesturen op hun schadeverzoeken, zodat daar mogelijk toch procedurele kosten uit kunnen voortvloeien.

Op grond van artikel 5.30 Waterwet hebben beheerders van waterkeringen vergaande bevoegdheden om snel en doortastend op te treden in situaties van gevaar voor waterstaatswerken (calamiteuze omstandigheden). Rechthebbenden moeten alle maatregelen gedogen die het waterschap ter bestrijding van het gevaar moet treffen. Daarbij mag worden afgeweken van wettelijke voorschriften of bestaande rechten. Het waarborgen van mogelijkheden voor calamiteitenbestrijding is op zichzelf geen reden om een waterkering in eigendom te willen hebben.

Dankzij de gedoogplicht van rechtswege voor de inspectie van waterkeringen en de daarbij toegekende bevoegdheden aan inspecteurs (waaronder het betreden van plaatsen en het zich laten vergezellen door de sterke arm) kunnen waterschappen te allen tijde op de hoogte zijn van het functioneren van primaire waterkeringen. Wat dat betreft heeft het waterschap een sterke juridische positie en is het verschil ten opzichte van een eigendomspositie niet groot. Hierbij moeten wij opmerken dat het zicht op het functioneren van een kering nog niet betekent dat een waterschap ook daadwerkelijk te allen tijde de controle kan hebben over de feitelijke handelingen van rechthebbenden op de betreffende kering. Zo kan bijvoorbeeld het te kort maaien van gras door rechthebbenden nadelig zijn voor de beworteling van de grasmat en daarmee de erosiebestendigheid van het dijktaalud. Daarom zijn de omstandigheden van het geval belangrijk. Hoe gevoelig is de waterkering? Wat zijn de door de waterkering te beschermen belangen in termen van economische waarden en potentiële slachtoffers? Is het waarschijnlijk dat de handelingen van derden nadelig kunnen zijn voor het functioneren van de kering? Of kunnen rechthebbenden juist bijdragen aan het functioneren van de kering, doordat zij een extra paar ogen bieden en de beheerder snel op de hoogte kunnen brengen van eventuele schade?

Wij concluderen dat eigendomsverkrijging door een waterschap minder voor de hand ligt wanneer er (1) geen grote nadelige gevolgen ten gevolge van handelingen van rechthebbenden op een betreffende waterkering worden verwacht, en (2) wanneer er voor de betreffende kering op korte termijn geen versterkingsmaatregelen nodig zijn en er vooral of alleen handelingen worden voorzien die met behulp van een gedoogplicht van rechtswege kunnen worden uitgevoerd.

#### *Gedoogplichtbeschikking*

Als een rechthebbende van gronden toestemming weigert voor [a] de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk, of [b] het uitvoeren van onderzoek op of in een waterstaatswerk, dan kan een gedoogplicht bij beschikking worden opgelegd.<sup>65</sup> Tegen deze beschikking staat de reguliere bezwaar- en beroepsprocedure open. Dat kan tot vertraging, administratieve lasten en extra kosten leiden. Soms komt het voor dat bij een kwetsbare kering vaker versterkingswerkzaamheden worden voorzien of dat er een hoge mate van eigendomsversnippering op de dijk is waardoor een waterschap met veel rechthebbenden te maken krijgt. In de regel geldt: hoe vaker een gedoogplicht geëffectueerd zal moeten worden en hoe meer beschikkingen er aan verschillende rechthebbenden moeten worden opgelegd voor de uitvoering van een project, hoe meer kosten er aan het gebruik van dit instrument verbonden zullen zijn. Er zal immers telkens met iedere rechthebbende afzonderlijk onderhandeld moeten worden en elke rechthebbende kan individueel gebruik maken van zijn rechtsbeschermingsmogelijkheden.

Oplegging van een gedoogplicht bij beschikking kan schade veroorzaken. Anders dan bij de gedoogplicht van rechtswege wordt er bij deze categorie gedoogplichten uitgegaan van een volledige schadeloosstelling. Een waterschap moet bij onteigening ook in een volledige schadeloosstelling voorzien, maar deze vergoeding wordt op één moment vastgesteld, terwijl een rechthebbende bij de gedoogplichtbeschikking pas een schadeverzoek kan doen wanneer de schade aan het licht komt. Dat kan mogelijk tot repetitieve schadevergoedingsprocedures leiden als op een later moment schade aan het licht komt ten gevolge van handelingen

---

<sup>65</sup> Bij spoedgevallen mogen deze gedoogplichten zonder beschikking opgelegd worden.

waarvoor de gedoogplichtbeschikking is opgelegd. Bovendien kunnen de procedurele kosten en administratieve lasten die gepaard gaan met het opleggen van gedoogplichtbeschikkingen en de beslissing op de schadeverzoeken hoog oplopen als het een dijkversterkingsproject betreft met een hoge mate van eigendomsversnippering. Dit laatste geldt overigens ook voor onteigening.

### *Onteigening*

In sommige gevallen vorderen de belangen van rechthebbenden onteigening. Dat is bijvoorbeeld aan de orde als een dijkversterking op een relatief groot gedeelte van een perceel van een rechthebbende plaatsvindt, of als er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de versterking van de betreffende kering de gebruiksmogelijkheden van een perceel significant aantast. Over het algemeen geldt, hoe intensiever het bestaande grondgebruik, des te groter de kans dat de belangen van rechthebbenden onteigening vorderen en des te kostbaarder de onteigening voor het waterschap zal zijn. Indien bij intensief grondgebruik de belangen van rechthebbenden onteigening vorderen, kan het waterschap geen gedoogplichtbeschikking nemen.

Tenslotte blijft het mogelijk om onder omstandigheden te onteigenen in het belang van de waterveiligheid. Als een waterschap bijvoorbeeld bij een huidige versterking kan volstaan met een gedoogplichtbeschikking, maar aannemelijk is dat bij een toekomstige versterking toch onteigening in beeld komt, kan dat uit het oogpunt van doelmatigheid voor het waterschap een reden zijn om meteen tot onteigening over te gaan.<sup>66</sup> Zowel de Afdeling als de Kroon accepteren over het algemeen het uitgangspunt dat gronden waarop een kering is gelegen door een waterschap kunnen worden onteigend. Zij achten dat in beginsel redelijk *“aangezien aannemelijk is dat hiermee de uniformiteit en continuïteit bij versterkingen en de duurzaamheid van de waterkering het beste is gewaarborgd”*.<sup>67</sup> Dat betekent niet zonder meer dat dit ook *“sober en doelmatig”* in de zin van het HWBP is. Dat moet in een voorkomend geval apart worden beoordeeld volgens de levenscycluskostenanalyse (LCC-analyse).<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Denk bijvoorbeeld aan partiele en kort cyclische versterkingen.

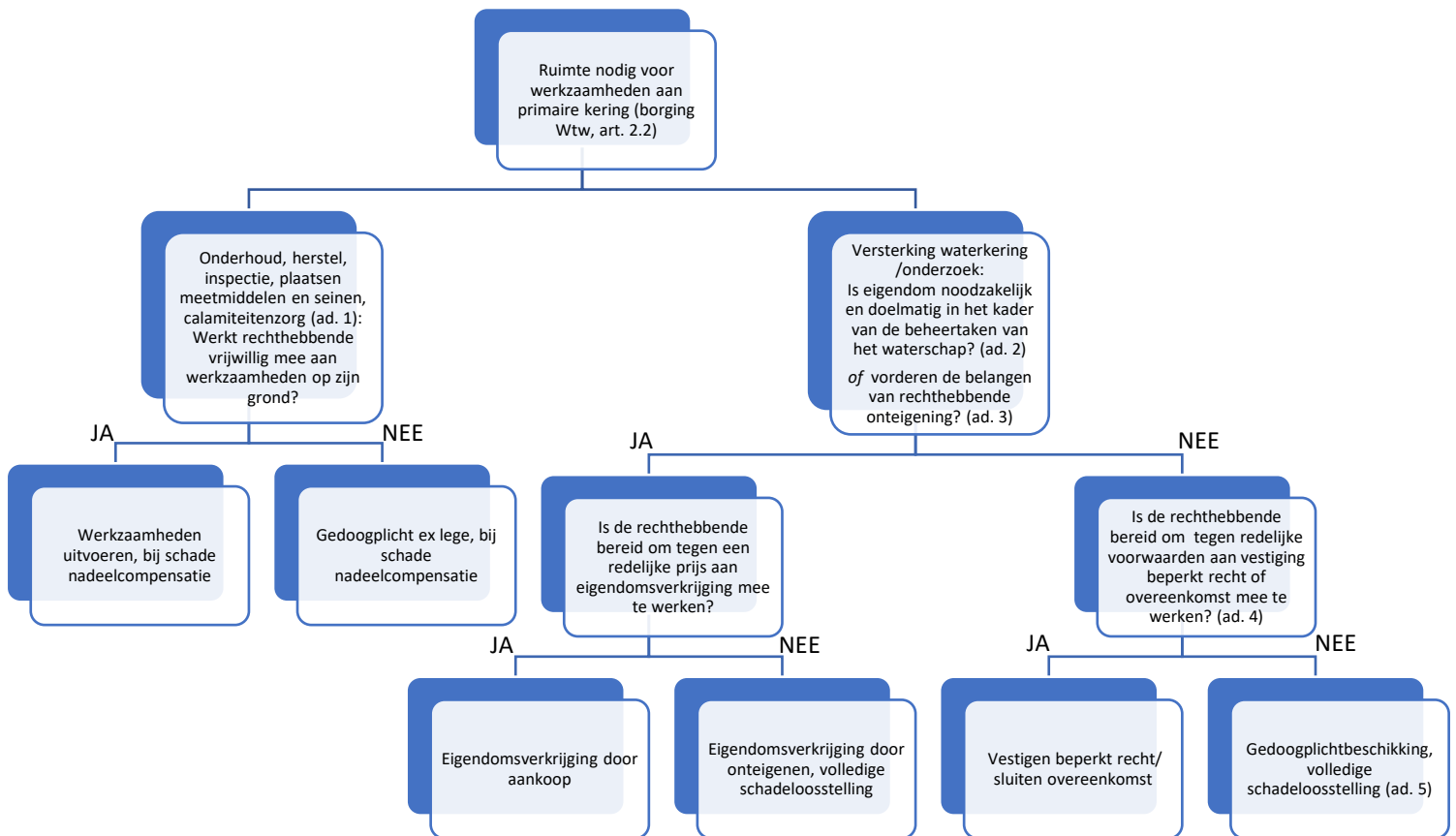
<sup>67</sup> ABRvS, 25-02-2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3988, 200800340/1, r.o. 2.7.3; Zie ook: Besluit van 30 augustus 2019, nr. 2019001740 tot aanwijzing van een onroerende zaak ter onteigening in de gemeente Zaltbommel krachtens art. 62 van de onteigeningswet (onteigening voor de versterking van de dijk langs de Waal in het dijktraject Gameren, met bijkomende werken in de gemeente Zaltbommel), Staatscourant 2019, 52727, punt 1.9 en ad 1.9.

<sup>68</sup> In het Eindrapport van HKV/UVW/HWBP van januari 2021, *“LCC bij ontwerp- handelingsperspectief bij HWBP projecten”*, wordt doelmatigheid als volgt toegelicht: *“Doelmatigheid is de optimale verhouding tussen de kosten enerzijds (geïnvesteerde euro’s) en de prestaties anderzijds (dijkveiligheid en wellicht ruimtelijke kwaliteit, duurzaamheid, etc.) tegen aanvaardbare risico’s. Doelmatigheid is dus een balans tussen prestaties, kosten en risico’s. De risico’s hebben betrekking op de onzekerheden, aannames en uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de te verwachten prestaties en kosten, zowel nu als in de toekomst.”* Vanwege de toevoeging van de woorden *“en wellicht ruimtelijke kwaliteit, duurzaamheid, etc.”* is dit een ruimere definitie dan die gehanteerd wordt in de HWBP Kadernota Programma 2022-2027/2033. Deze bredere definitie geniet onze voorkeur omdat het erop lijkt dat daarbinnen meer rekening wordt gehouden met verschillende belangen en omstandigheden.

### 5.3 Aanbevelingen

Tijdens de besprekingen met de werkgroep werd geconstateerd dat enkele waterschappen onderscheid maken tussen primaire en secundaire (regionale) waterkeringen ten aanzien van hun grondverwervingsbeleid. Op zichzelf rechtvaardigt dat enkele onderscheid nog niet dat het waterschap een verschillend grondverwevingsbeleid hanteert ten aanzien van de versterking van beide type keringen. Vanwege het gelijkheidsbeginsel zal namelijk onderbouwd moeten worden welke inhoudelijke argumenten aan dit onderscheid ten grondslag liggen en waarom die argumenten het maken van dat onderscheid rechtvaardigen. Wij bevelen daarom aan om nader te onderzoeken wat de redenen zijn voor waterschappen om ten aanzien van hun grondverwervingsbeleid onderscheid te maken in primaire en secundaire keringen.

### 5.4 Beslisboom in het kader van een doelmatige uitoefening van de beheertaken van het waterschap



#### Ad 1. Gedoogplicht ex lege

- De dijk hoeft niet binnen afzienbare termijn gewijzigd/aangelegd/versterkt/verlegd te worden (maakt dus niet deel uit van HWBP). Alleen de volgende handelingen zijn nodig: inspectie (art. 5.20 Wtw), onderhouds- en herstelwerkzaamheden (5.23 Wtw), plaatsen van meetmiddelen, seinen, etc. (5.25 Wtw), calamiteitenzorg (5.30 Wtw).
- Elementen bij overweging doelmatigheid van gedoogplicht ex lege:
  - Geen besluitvorming nodig, in sommige gevallen alleen een informatieplicht.
  - Vergoeding van schade die boven het normaal maatschappelijk risico uitkomt. Daar zijn bijzondere omstandigheden voor nodig.

#### Ad 2.

- In beginsel is onteigening voor het doen van onderzoek op of in gronden (ex. art. 5.21 Wtw) niet noodzakelijk.
- Wat zijn de omstandigheden van het geval? Is eigendom nodig omdat daarmee de uniformiteit en continuïteit bij versterkingen en de duurzaamheid van de waterkering het best gewaarborgd is?<sup>69</sup>
- Gelijkeheidsbeginsel (gelijke gevallen zullen gelijk behandeld moeten worden en ongelijke gevallen zullen ongelijk behandeld moeten worden naar de mate waarin zij verschillen).
- Onteigening is de meest vergaande aantasting van het eigendomsrecht van rechthebbende.
- Elementen bij overweging doelmatigheid van het in eigendom nemen:
  - Kosten aankoop/schadeloosstelling.
  - Waardefluctuatie (beperkt nadeel).
  - Verjaring (beperkt nadeel, zal ook bij inspectie aan het licht komen).
  - Geen medewerking eigenaar? Onteigeningsprocedure= kosten en lange procedure.
  - Evt. mogelijkheid om eigendom te belasten met zakelijke rechten (voorwaarden bepaalt waterschap en inkomsten).
  - Onderhoudsplicht kan niet aan derden worden opgelegd, tenzij zakelijk recht t.b.v. derde. Verplichtingen o.g.v. de keur gelden ook voor zakelijk gerechtigden (art. 1.2 lid 2 Modelkeur UvW 2013).
  - De door de waterkering te beschermen belangen (in termen van economische waarden en potentiële slachtoffers)

#### Ad 3.

- Oppervlaktecriterium en bruikbaarheid perceel voor en na versterking/bijzondere omstandigheden. Enkele voorbeelden: *ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:431, r.o. 2.2 t/m 2.4*, als het benodigde grondoppervlakte 16,7% is ten opzichte van het totale grondoppervlak én er aanmerkelijke gevolgen zijn voor de bruikbaarheid van het perceel is onteigening de gewezen weg. *ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2895, r.o. 1 t/m 3*: een gedoogplicht volstaat bij een benodigd oppervlakte van 6.9 % zonder dat de bruikbaarheid van de percelen waarop de

---

<sup>69</sup> ABRvS, 25-02-2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH3988, 200800340/1, r.o. 2.7.3; Besluit van 30 augustus 2019, nr. 2019001740, Staatscourant 2019, 52727, punt 1.9 en ad 1.9.

activiteiten worden verricht na deze werkzaamheden zal afnemen. (o.a.)*ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, r.o. 11 en 12*: een benodigd oppervlak van +-2,26% of 2,89% van het totaal is gering.

- In beginsel geldt: hoe intensiever het bestaande gebruik, des te duurder de onteigening. Biedt de gedoogplicht dan een alternatief? Dat hangt ervan af: bij intensief gebruik zullen de belangen van rechthebbenden mogelijk eerder onteigening vorderen.

#### Ad 4.

- Elementen bij overweging doelmatigheid van het vestigen van beperkte rechten of sluiten overeenkomst:
  - Afhankelijk van medewerking grondeigenaar.
  - Versnipperde eigendom (overal andere voorwaarden/bevoegdheden).
  - Procedures en kosten voor vestiging zakelijk recht.
  - Procedures over inhoud/uitleg en effectuering zakelijk recht (lange procedures, rechtsonzekerheid gedurende procedures, kostbare rechtsgang).
  - Gelijkheidsbeginsel (waarom verschillen de voorwaarden of bevoegdheden per perceel?).
  - Bij behoefte uitbreiding/wijziging zakelijk recht door gewijzigde en/of onvoorziene omstandigheden opnieuw afhankelijk medewerking grondeigenaar en procedures en kosten voor aanpassing zakelijk recht.
  - Meer vergunningverlening en handhavingsacties en daarmee samenhangende procedures, omdat eigenaar activiteiten wil (blijven) ontplooien op zijn gronden. Toezicht kan worden gecombineerd met inspecties, dus kosten voor toezicht kunnen beperkt blijven.
  - Kosten van het zakelijk recht (vergoeding voor grondeigenaar).
  - Opleggen onderhoudsplicht voor grondeigenaar mogelijk.

#### Ad 5.

- Elementen bij de doelmatigheid van het opleggen van een gedoogplichtbeschikking:
  - In beginsel minder ingrijpend dan onteigening.
  - Procedures over gedoogbeschikking, schadevergoeding en effectuering gedoogplichten.
  - Kosten van (eventueel repeterende) schadeverzoeken.
  - Onderhandelingsplicht voor art. 5.24 Wtw.
  - Alleen als de belangen van rechthebbende geen onteigening vorderen (omvang benodigde gronden t.o.v. gehele perceel of bijzondere omstandigheden).
  - Meer vergunningverlening en handhavingsacties, omdat eigenaar activiteiten wil (blijven) ontplooien op zijn gronden.
  - Opleggen onderhoudsplicht grondeigenaar mogelijk.

#### BELANGRIJKE OMSTANDIGHEDEN DIE BETROKKEN KUNNEN WORDEN BIJ HET DOORLOPEN VAN DE BESLISBOOM IN EEN SPECIFIEK GEVAL

- Het type waterstaatswerk, de staat daarvan en de toekomst/duurzaamheid daarvan (gevoeligheid kering, specifieke kenmerken van het dijkvak).

- De omgevingskenmerken: hoeveelheid grondeigenaren (i.v.m. versnippering en procedures); de door de kering beschermde belangen; de mate en de situering van bebouwing op de benodigde gronden, etc.
- Wat wil de beheerder realiseren en met welke technieken.
- Frequentie handelingen van het waterschap t.a.v. de waterkering en intensiteit daarvan.
- Gebruiksmogelijkheden voor en na versterking primaire waterkering.
- In hoeverre wordt de rechthebbende in zijn rechten aangetast.
- De bereidheid van de rechthebbende om vrijwillig mee te werken.
- Administratieve lasten voor het waterschap.
- De snelheid waarmee gehandeld kan worden (bijv. met het oog op de doorlooptijd van juridische procedures).
- Op stapel staande versterkingsoperaties waarvoor onteigening nodig zal zijn. In dat geval kan het doelmatiger om meteen te onteigenen.
- Indien het waterschap de eigendom verwerft, kan het waterschap de eigendom t.b.v. van derden met zakelijke rechten belasten of verhuren. Weliswaar spelen daarbij ook de genoemde nadelen bij zakelijke rechten, maar het waterschap is niet afhankelijk van de medewerking van derden en kan zelf de voorwaarden bepalen (evt. huurovereenkomst voor bepaalde termijn met opstalrecht). Het waterschap zit dan in de 'drivers seat' en kan inkomsten genereren door het belasten van de eigendom met zakelijke rechten t.b.v. derden. Aan zakelijk gerechtigden kan ook een onderhoudsplicht worden opgelegd (art. 1.2 lid 2 jo. H2 Modelkeur UvW 2013).
- Beheer van wegen op kering door WS? In dat geval extra argument voor eigendom WS.
- In beginsel geldt: hoe intensiever het bestaande gebruik, des te duurder de onteigening. Biedt de gedoogplicht dan een alternatief? Dat hangt ervan af: bij intensief gebruik zullen de belangen van rechthebbenden mogelijk eerder onteigening vorderen.