



Onderzoek

‘Handboek Legger Oppervlaktewaterlichamen’

19 april 2016 (eindrapport)

Ter attentie van:

Waterschap De Dommel

Postbus 10.001

5280 DA Boxtel

Contactpersonen: Saskia Leijdens en Marc Strikker

F.A.G. Groothuijse

J. Kevelam

Disciplinegroep Staats- en Bestuursrecht /Rechtstheorie (SBR)

Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law

Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie/Universiteit Utrecht

Achter Sint Pieter 200 | 3512 HT Utrecht

T. 030 253 8050

f.a.g.groothuijse@uu.nl / j.kevelam@uu.nl



I. INLEIDING

1.1. Verzoek om advisering

Namens Waterschap De Dommel (hierna: waterschap) is per mail van 6 oktober 2015 een verzoek gedaan aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht (hierna: UCWOSL) om een offerte uit te brengen voor een onderzoek naar de juridische status van de legger zoals nader uitgewerkt in het 'Handboek Legger oppervlaktewaterlichamen' van het waterschap. Dit handboek bevat verschillende onderdelen over de werking en toepassing van de legger oppervlaktewaterlichamen. Op 8 januari 2016 is nader telefonisch overleg geweest over het verzoek en is er een offerte opgesteld naar aanleiding van dit overleg. Vervolgens is de offerte op 11 januari 2016 per mail toegezonden aan het waterschap, waarop per mail op 11 januari 2016 namens het waterschap is bericht dat het waterschap akkoord is met deze offerte. Het onderzoek is vervolgens op 11 januari 2016 van start gegaan. Op 1 februari 2016 is een conceptrapport opgeleverd. Daarna heeft er op 24 maart 2016 een gesprek plaatsgevonden in Utrecht waar het conceptrapport is besproken. Ten slotte is het eindrapport op 20 april 2016 verstuurd aan het waterschap.

1.2. Aanleiding

Het waterschap werkt aan een 'Handboek Legger oppervlaktewaterlichamen'. Dit handboek bevat verschillende onderdelen over de werking en toepassing van de legger oppervlaktewaterlichamen. Een van de hoofdstukken betreft het hoofdstuk 'Werking en toepassing Legger oppervlaktewaterlichamen v.w.b. profielen van een A-watergang'. Dit hoofdstuk is meegezonden met de offerteaanvraag. Het waterschap vraagt UCWOSL dit hoofdstuk te beoordelen en van opmerkingen en verbeteringen te voorzien. In het hoofdstuk heeft het waterschap haar interpretatie van de werking en toepassing van de legger oppervlaktewaterlichamen neergelegd. Daarbij heeft zij zich grotendeels gebaseerd op de memorie van toelichting bij de Waterwet, maar momenteel speelt een belangrijke rol bij de verdere uitwerking en definitieve vaststelling van het betreffende hoofdstuk dat de memorie van toelichting bij de Omgevingswet (*Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 441*) veel summierder is.

1.3. Doelstelling en vraagstelling van het onderzoek

Doel van het onderzoek is het adviseren van het waterschap omtrent de volgende onderzoeksvragen, waarmee beter inzicht wordt verkregen in de juiste juridische betekenis van de legger en de verantwoordelijkheden die daaruit voortvloeien voor het waterschap en



particulieren. Het onderzoek betreft enerzijds het becommentariëren van het concept hoofdstuk en anderzijds de beantwoording van de volgende onderzoeksvragen.

1. Uit de memories van toelichting bij de Waterwet en de Omgevingswet kan worden afgeleid dat de legger de normatieve oftewel gewenste toestand van een waterlichaam vastlegt. Uit de toelichting bij de Waterwet kan ook worden afgeleid dat de legger een rol dient te spelen bij de vraag of het waterschap voldoet aan de ‘overlastnormen’. Het verschil met normen voor *‘ligging/afmeting/constructie’* voor waterkeringen kan betekenen dat een normatieve toestand voor oppervlaktewaterlichamen veel minder ‘hard’ is. Immers vanwege de dynamische aard van een watergang en de integrale watersysteembenadering kan niet worden gesteld dat als een watergang niet exact aan de berekende situatie voldoet, per definitie de overheidszorg onvoldoende is (d.w.z. dat de watergang niet voldoet aan overlastnormen, dat niet wordt voldaan aan vereisten van een zorgvuldige taakuitoefening en beleid). Indien de feitelijke situatie van een watergang niet voldoet aan de vastgestelde normatieve situatie, zou naar het oordeel van het waterschap per geval onderzocht moeten worden of de normen, de vereiste zorgvuldigheid of het beleid ingrijpen vereisen. De vooronderstelling van het waterschap – die men graag getoetst ziet worden door UCWOSL – is de volgende. Voor zover het waterschap ingrijpt maar op een zodanige wijze dat binnen het leggerprofiel wordt gebleven kan het waterschap de werkzaamheden die betrekking hebben op watergangen zonder projectplan uitvoeren. In geval van keringen kan dat naar het oordeel van het waterschap niet. Vraag 1 is of de onderzoekers deze redenering kunnen onderschrijven.
2. De tweede vraag is of het mogelijk is om een waterstaatswerk direct in de legger op te nemen, zonder dat er een vergunning of projectplan aan vooraf is gegaan. Als toelichting op deze vraag verwijst het waterschap naar artikel 5.1 Waterwet, waarin is bepaald dat de legger de normatieve toestand vastlegt. Van belang is dat voor sommige (oude) waterstaatswerken, bijvoorbeeld oude kunstwerken bij kanalen die er al tientallen jaren liggen en die ook al tientallen jaren door RWS bijvoorbeeld worden onderhouden, vaak geen vergunning of projectplan meer te vinden is (of wellicht nooit is afgegeven). In dit soort gevallen wenst het waterschap de feitelijke toestand te legaliseren door middel van een leggerbesluit. Vraag 2 is of dit juridisch mogelijk is.
3. De derde vraag heeft betrekking op de zogeheten ‘beperkingengebieden’ uit de Omgevingswet. Volgens de memorie van toelichting bij de Omgevingswet artikel 2.39 (legger) past de aanwijzing van beperkingengebieden (in de Waterwet beschermingszones genoemd) met betrekking tot regionale waterstaatswerken beter bij de waterschapsverordening, c.q. dient dit in de waterschapsverordening gereguleerd te worden. Dit omwille van de vergunningplicht (en eventuele algemene regels) voor activiteiten in beperkingengebieden. Vraag 3 is hoe deze regeling uit de Omgevingswet



zich verhoudt tot de huidige situatie waarbij de waterschappen conform artikel 5.1 Waterwet de beschermingszones in de legger opnemen.

1.4. Methoden van onderzoek, resultaten en producten

Het onderzoek betrof een desk-studie naar wet- en regelgeving, jurisprudentie, parlementaire geschiedenis en literatuur. De onderzoeksresultaten zijn in de vorm van een korte rapportage gepresenteerd.

De resultaten van het onderzoek zullen in beginsel openbaar worden gemaakt, onder meer op de website van het UCWOSL, en kunnen worden gebruikt ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek, publicaties en het academisch onderwijs. Over de vorm en het tijdstip van openbaarmaking en/of gebruikmaking van de onderzoeksresultaten zal, indien gewenst, nader overleg met het waterschap plaatsvinden. Onze beoordeling, opmerkingen en voorstellen voor verbeteringen treft u aan in het door u toegestuurde hoofdstuk (aangegeven in track changes, dan wel met opmerkingen in de kantlijn). Daarnaast hebt u ons drie afzonderlijke vragen voorgelegd, waar wij in hoofdstuk 2 op zullen ingaan.

1.5. Organisatie en onderzoekers

Het onderzoek is uitgevoerd door mr. Julian Kevelam (onderzoeker waterrecht en omgevingsrecht) en mr. dr. Frank Groothuijse (universitair hoofddocent omgevingsrecht). De onderzoekers zijn verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht. Zij hebben ruime ervaring met het doen van onderzoek in opdracht van derden en publiceren veelvuldig op het terrein van het omgevingsrecht. Zie voor meer informatie: <http://ucwosl.rebo.uu.nl>.



II. BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAGEN

2.1. Beantwoording onderzoeksvraag 1

2.1.1. Inleiding

De eerste vraag is of de onderzoekers de volgende redenering kunnen onderschrijven: “Voor zover het waterschap ingrijpt maar op een zodanige wijze dat binnen het leggerprofiel wordt gebleven¹ kan het waterschap de werkzaamheden die betrekking hebben op watergangen zonder projectplan uitvoeren. In geval van keringen kan dat naar het oordeel van het waterschap niet.” De vooronderstelling van het waterschap is dat bij oppervlaktewateren het niet voldoen aan het leggerprofiel niet per definitie betekent dat je als waterschap gehouden bent de watergang tot op leggerniveau uit te baggeren, mits inhoudelijk aan de doelstellingen en de zorgplicht wordt voldaan.

De achtergrond van deze vraag is hiervoor geschetst onder “3” (doelstelling en vraagstelling van het onderzoek). Ten behoeve van de beantwoording van deze vraag zal allereerst het wettelijk kader en de bijbehorende parlementaire geschiedenis (voor zover relevant) van het projectplan en de overlastnormen worden geschetst. Ook zullen enkele algemene lijnen uit de projectplanjurisprudentie worden behandeld.

2.1.2. Wettelijk kader

Projectplan

Op grond van artikel 5.4 lid 1 van de Waterwet geschiedt de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk (waaronder de voor het onderhavige onderzoek van belang zijnde oppervlaktewaterlichamen, zie artikel 1.1 Waterwet) door of vanwege de beheerder overeenkomstig een daartoe door hem vast te stellen projectplan. Het projectplan bevat een beschrijving van het betrokken werk, de wijze waarop dat zal worden uitgevoerd en een beschrijving van de voorzieningen die worden getroffen om de nadelige gevolgen van het werk ongedaan te maken of te beperken.

¹ Waterschap De Dommel verstaat het volgende onder ‘leggerprofiel’; de legger geeft inzicht in het dwarsprofiel van het oppervlaktewaterlichaam. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen het feitelijke profiel (wat er in het veld ligt) en de minimaal noodzakelijke maatvoering c.q. het theoretisch profiel. Het in de legger opgenomen profiel is het theoretisch profiel waar een waterloop aan moet voldoen waarbij rekening wordt gehouden met de waterhuishoudkundige functies die aan de oppervlaktewaterlichamen zijn toegekend. Door het verrichten van onderhoud door de onderhoudsplichtige, moet het aanwezig profiel aan ‘de bandbreedte’ van het leggerprofiel blijven voldoen. ‘Binnen het leggerprofiel blijven’ geeft de reikwijdte aan waarbinnen (groot) onderhoud mag worden uitgevoerd zonder dat er sprake is van wijziging van een waterstaatswerk en een projectplan is vereist.



Overlastnormen

De legger is onder meer van belang om te kunnen toetsen of aan ‘de normen voor waterlast’ wordt voldaan. De vraag zou kunnen rijzen wat precies onder deze normen voor wateroverlast moet worden verstaan. De A-watergangen zijn zogenoemde ‘regionale wateren’, dat wil zeggen “watersystemen of onderdelen daarvan die niet in beheer zijnde bij het Rijk”, zie artikel 1.1 Waterwet. Ingevolge artikel 2.8 Waterwet worden, met het oog op de bergings- en afvoercapaciteit waarop regionale wateren moeten zijn ingericht, bij provinciale verordening normen gesteld met betrekking tot de gemiddelde overstromingskans per jaar van daarbij aan te wijzen gebieden. Deze normen worden gesteld in paragraaf 2 (artikel 2.3) van de eerder genoemde Verordening water Noord-Brabant. Voor de volledigheid wordt deze bepaling hieronder geciteerd:

Paragraaf 2 Waterkwantiteit

Artikel 2.3 Normen wateroverlast

1. Met het oog op de bergings- en afvoercapaciteit waarop regionale wateren moeten zijn ingericht, geldt binnen de bebouwde kom van een gemeente, zoals bedoeld in artikel 20 a van de Wegenverkeerswet 1994, als norm een overstromingskans van:
 - a. 1/100 per jaar voor gebieden die in een ruimtelijk plan bestemd zijn voor de doeleinden bebouwing, hoofdinfrastructuur en spoorwegen;
 - b. 1/10 per jaar voor overige gebieden.
2. Met het oog op de bergings- en afvoercapaciteit waarop regionale wateren moeten zijn ingericht, geldt buiten de bebouwde kom van een gemeente, zoals bedoeld in artikel 20 a van de Wegenverkeerswet 1994, als norm een overstromingskans van:
 - a. 1/100 per jaar voor gebieden met de ruimtelijke bestemming hoofdinfrastructuur en spoorwegen;
 - b. 1/50 per jaar voor glastuinbouw en hoogwaardige land- en tuinbouw;
 - c. 1/25 per jaar voor akkerbouw;
 - d. 1/10 per jaar voor grasland;
3. Voor bebouwing die is gelegen buiten de bebouwde kom geldt de norm van het omringende landgebruik, genoemd in het tweede lid, onder b, c of d, of de afwijkende norm op grond van het vierde lid.
4. In afwijking van het tweede lid geldt voor de gebieden buiten de bebouwde kom, zoals bedoeld in artikel 20 a van de Wegenverkeerswet 1994, aangegeven op bijlage II bij deze verordening geen norm, dan wel een hogere of een lagere norm.
5. Gedeputeerde Staten kunnen nadere regels stellen aangaande de toepassing van de voorgaande leden.
6. Gedeputeerde Staten kunnen een technische leidraad vaststellen voor de door het dagelijks bestuur te verrichten beoordeling van de bergings- en afvoercapaciteit van de regionale wateren. Deze strekt tot aanbeveling voor de beheerder.
7. Gedeputeerde Staten stellen na overleg met het dagelijks bestuur het tijdstip vast waarop de bergings- en afvoercapaciteit van de verschillende regionale wateren voldoet aan de in het eerste tot en met vierde lid opgenomen normen.’

Het dagelijks bestuur (van het waterschap) brengt op basis van artikel 2.4 lid 3 Verordening water Noord-Brabant, in het bijzonder vanwege de zorg die op hem rust voor de handhaving



van de normen voor wateroverlast bedoeld in artikel 2.3, periodiek verslag uit aan Gedeputeerde Staten over de algemene waterstaatkundige toestand van de regionale wateren onder zijn beheer. Dit verslag bevat op grond van artikel 2.4 lid 4 Verordening water Noord-Brabant een beoordeling van de regionale wateren met het oog op de bergings- en afvoercapaciteit waarop de regionale wateren moeten zijn ingericht. Bij die beoordeling worden onder meer de normen, bedoeld in artikel 2.3, en de legger betrokken. Indien de beoordeling daartoe aanleiding geeft, bevatten de verslagen – ex artikel 2.4 lid 5 Verordening water Noord-Brabant – een omschrijving van de voorzieningen die op een daarbij aan te geven termijn nodig worden geacht. Gedeputeerde Staten stellen ingevolge artikel 2.4 lid 6 Verordening water Noord-Brabant, na overleg met het dagelijks bestuur, vast voor welk tijdstip de verslagen voor de eerste maal wordt uitgebracht en met welke frequentie het verslag daarna wordt uitgebracht. Overigens kunnen Gedeputeerde Staten nadere regels stellen met betrekking tot de vorm en inhoud van de verslagen, zie artikel 2.5 Verordening water Noord-Brabant.

2.1.3. Parlementaire geschiedenis

Reikwijdte projectplanverplichting

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de projectplanverplichting uitsluitend die voorgenomen werken of werkzaamheden in of bij een waterstaatswerk betreffen die tot gevolg hebben dat wijziging wordt gebracht in de normatieve toestand (richting, vorm, afmeting of constructie) zoals is vastgelegd in de legger. Dit betekent dat voor onderhoud en herstelwerkzaamheden geen projectplan behoeft te worden opgesteld.² In de memorie van toelichting wordt een aantal voorbeelden genoemd wanneer het gaat om werkzaamheden die kwalificeren als aanleg of wijziging van waterstaatswerken.³ Er kan naast de aanleg of verbreding van wateren en de verandering, verplaatsing of verwijdering van kunstwerken worden gedacht aan de verbetering van boezemkaden, de aanleg van nieuwe ondersteunende kunstwerken en de aanleg van erosie tegengangende werken in waterlossingen.

Overlastnormen

Voor wat betreft de toetsing van regionale watersystemen aan de werknormen geldt dat de waterschappen zich op grond van het Nationaal Bestuursakkoord Water (NBW)⁴ hebben verplicht om de regionale watersystemen te toetsen aan de werknormen die daarin zijn

² Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 103.

³ Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 111.

⁴ Het NBW 2008 is een akkoord gesloten tussen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, het Interprovinciaal Overleg, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de Unie van Waterschappen. Te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/besluiten/2008/06/25/het-nationaal-bestuursakkoord-water>. Het betreft een actualisatie op het NBW 2003. In 2011 is het NBW opnieuw gesloten (BAW 2011, te downloaden via <http://www.helpdeskwater.nl/onderwerpen/wetgeving-beleid/bestuursakkoord/>) door het Rijk, het Interprovinciaal Overleg (IPO), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), de Unie van Waterschappen (UvW) en de Vereniging van Waterbedrijven in Nederland (VEWIN), en in 2013 geëvalueerd (te downloaden via <http://www.helpdeskwater.nl/onderwerpen/wetgeving-beleid/bestuursakkoord/>).



opgenomen. De achtergrond van artikel 2.8 Waterwet betreft volgens de parlementaire geschiedenis de volgende:⁵

‘Dit artikel heeft betrekking op (de normering van) regionale wateroverlast als gevolg van te grote hoeveelheden af te voeren neerslag. Op dit moment bestaat hiervoor geen uitdrukkelijke wettelijke regeling. Wel kan men de normering van regionale overlast beschouwen als onderdeel van de aanduiding van de «wenselijke ontwikkeling en werking» van watersystemen die in de Wet op de waterhuishouding is voorgeschreven als onderdeel van de Nota waterhuishouding en het Beheersplan rijkswateren (nationaal hoofdsysteem), alsmede de provinciale plannen voor de waterhuishouding (regionale hoofdsysteem). Het onderhavige artikel is opgenomen naar aanleiding van de afspraken gemaakt in het Nationaal Bestuursakkoord Water. Artikel 2.10 legt een basis voor normering van watersystemen op het punt van wateroverlast in de vorm van te hanteren normen voor overstromingsfrequenties van gebieden. Het artikel is het resultaat van de uitkomsten van een verkenning van de uitvoerbaarheid van de normering van regionale wateroverlast. Deze verkenning is uitgemond in het Advies normering regionale wateroverlast. Daarin is geconcludeerd dat de normen voor regionale wateroverlast, in de vorm van werknormen opgenomen in het Nationaal Bestuursakkoord Water, goed bruikbaar zijn als referentiekader om te toetsen of regionale watersystemen op orde zijn onder (zeer) natte omstandigheden. Geadviseerd wordt om voor regionale wateroverlast vanuit oppervlaktewater voor verschillende te onderscheiden gebieden normen in te voeren waarin de kans op overstroming is gerelateerd aan de economische waarde van landgebruik en de te verwachten schade bij overstroming. De normen drukken de voor de onderscheiden vormen van landgebruik hoogst toelaatbaar geachte kans op overstroming uit ofwel het wenselijke geachte beschermingsniveau. De vormen van landgebruik die worden onderscheiden zijn grasland en weidebouw, akkerbouw, hoogwaardige land- en tuinbouw en glasbouw, en bebouwd gebied. Het definitief voor een gebied toepasselijke beschermingsniveau dient in een gebiedsproces met betrokkenheid van provincie, gemeenten, waterschappen en met inbreng van belanghebbenden tot stand te worden gebracht. Uit het gewenste beschermingsniveau worden dimensionering, inrichting en het beheer van het watersysteem afgeleid, evenals de maatregelen die moeten worden genomen om het watersysteem aan de norm te laten voldoen. De kans op overstroming wordt immers bepaald door deels niet beïnvloedbare factoren als de hoeveelheid neerslag en opstuwing door wind, maar ook door wel beïnvloedbare factoren als bergings- en afvoercapaciteit. De te nemen maatregelen kunnen technisch van aard zijn, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de inzet van extra bemalingscapaciteit, maar ook ruimtelijk, bijvoorbeeld daar waar extra bergingscapaciteit wordt gecreëerd. Bij het kiezen van de maatregelen wordt bij voorkeur gewerkt volgens de drietrapsstrategie «vasthouden-bergen-afvoeren», die deel uitmaakt van het kabinetsstandpunt «Anders omgaan met water». Waterbeleid in de 21e eeuw.’

2.1.4. *Jurisprudentie*

Projectplan

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) overweegt regelmatig dat bij het vaststellen van een projectplan aan de waterbeheerder beleidsvrijheid toekomt. Het is daarbij aan de waterbeheerder om alle verschillende bij het projectplan betrokken belangen tegen elkaar af te wegen en inzicht te geven in de wijze waarop eventuele nadelige gevolgen ongedaan worden gemaakt of worden beperkt. De rechter dient zich bij de beoordeling van het

⁵ Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 93-94, memorie van toelichting bij artikel 2.10 (bergings- en afvoercapaciteit), vernummerd in artikel 2.8 door een Nota van Wijziging (*Kamerstukken II* 2007/08, 30 818, nr. 7).



projectplan terughoudend op te stellen.⁶ Daarbij wordt ook vaak voorop gesteld dat het waterschap deskundig is bij de uitoefening van zijn publiekrechtelijke taak op waterstaatkundig gebied.⁷ Uitspraken waarin wordt/is aangevoerd dat ten onrechte geen projectplan is opgesteld, zijn ons niet bekend.

2.1.5. Beantwoording onderzoeksvraag 1

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat sprake is van een projectplanplicht indien werken of werkzaamheden tot gevolg hebben dat wijziging wordt aangebracht in de normatieve toestand (richting, vorm, afmeting of constructie) van een waterstaatswerk, zoals die is vastgesteld in de legger. Dit leidt tot het standpunt dat alleen als de legger dient te worden aangepast of indien een bestaand werk op de legger waar geen juridische grondslag voor is op de legger moet worden geplaatst,⁸ er sprake is van een projectplanplicht. Wij kunnen dus de redenering onderschrijven dat voor zover het waterschap ingrijpt, maar op een zodanige wijze dat binnen het leggerprofiel wordt gebleven, het waterschap de werkzaamheden die betrekking hebben op watergangen zonder projectplan kan uitvoeren. Immers, de normatieve toestand van het waterstaatswerk verandert niet door de ingreep. Daarbij komt dat voor zover de werkzaamheden onderhouds- en herstelwerkzaamheden betreffen, deze werkzaamheden in ieder geval niet projectplanplichtig zijn.

‘Gesteld kan echter ook worden dat voor het bestaan van een projectplanplicht niet bepalend is de vraag of de legger aangepast moet worden, maar of een waterstaatswerk feitelijk gewijzigd wordt. De legger bevat namelijk geen beschrijving van de feitelijke toestand, maar beschrijft de normatieve toestand van een waterstaatswerk die er feitelijk nooit geweest hoeft te zijn. Een wijziging, hoe klein dan ook, betekent volgens die redenering dat voor die wijziging een projectplan moet worden vastgesteld. Deze redenering is volledig in overeenstemming met de wettekst zoals die is opgenomen in artikel 5.4 lid 1 van de Waterwet. Formeel is er namelijk geen relatie tussen projectplan en legger; deze koppeling wordt enkel gemaakt in de wetsgeschiedenis. Richtinggevende jurisprudentie waaruit kan worden afgeleid hoe met deze problematiek moet worden omgegaan is ons evenwel niet bekend. In de praktijk lijkt hier pragmatisch mee te worden omgegaan.’

Desalniettemin lijkt het ons raadzaam om wanneer er twijfel bestaat of er een projectplan moet worden vastgesteld bij de wijziging van een oppervlaktewaterlichaam, in ieder geval toch een projectplan vast te stellen wanneer de belangen van derden in het geding kunnen zijn.

‘Zonder projectplan is het waterstaatswerk immers aangelegd of gewijzigd zonder het vereiste projectplan op grond van artikel 5.4 lid 1 van de Waterwet. Dit betekent dat het waterschapsbestuur in strijd heeft gehandeld met een wettelijk voorschrift, zodat een verzoek tot handhaving van belanghebbenden aan datzelfde waterschapsbestuur mogelijk is. Een verzoek tot handhaving kan juridisch worden gekwalificeerd als een ‘aanvraag’ in de zin van artikel 1:3 lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), dat wil zeggen een verzoek van een belanghebbende een besluit te nemen. Het waterschapsbestuur dient

⁶ Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4349, ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2046 en ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1311.

⁷ Zie Rb. Oost-Brabant 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5982; Rb. Oost-Brabant 16 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:2978; Rb. Oost-Brabant 14 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ4677 en ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4602.

⁸ Rechtbank Oost-Brabant 3 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3750, M en R (2015/127).



hier gelet op artikel 4.13 van de Awb in beginsel binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag op te beslissen.’

Voor wat betreft de vraag of dit voor waterkeringen anders ligt, geldt dat die vraag ons inziens ontkennend moet worden beantwoord. Ook voor waterkeringen geldt dat wanneer het waterschap ingrijpt, maar op een zodanige wijze dat binnen het leggerprofiel wordt gebleven, het waterschap de werkzaamheden die betrekking hebben op waterkeringen zonder projectplan kan uitvoeren. Ook kunnen wij niet onderschrijven dat de normatieve toestand voor oppervlaktewaterlichamen veel minder ‘hard’ is, althans juridisch gezien niet. Immers, zowel voor waterkeringen als voor oppervlaktewaterlichamen wordt een bepaalde normatieve toestand in de legger door de beheerder vastgelegd. Deze normatieve toestand is een toestand waar de beheerder naar dient te streven. De wetsgeschiedenis waarin het begrip ‘normatieve toestand’ is geïntroduceerd (zie paragraaf 2.2.3) maakt hierbij geen onderscheid tussen waterkeringen of oppervlaktewaterlichamen; het hangt er vanaf wat de betreffende beheerder een ‘gewenste toestand’ acht voor het betreffende waterstaatswerk.

Wel kunnen wij onderschrijven dat wanneer een watergang niet exact aan de berekende situatie voldoet, dit niet betekent dat per definitie de overheidszorg onvoldoende is. Het waterschap heeft als watersysteembeheerder een algemene zorgplicht om de watersystemen (of de onderdelen daarvan) die bij haar in beheer zijn overeenkomstig de normen in te richten en ingericht te houden. De zorgplicht voor watersystemen en de in dat kader gestelde normen geven aan waar de zorg van het waterschap op gericht moet zijn. Dat kan betekenen dat de toestand van de waterstaatswerken zoals omschreven in de legger niet meer aan de normen voor bergings- en afvoercapaciteit voldoet, bijvoorbeeld omdat het type grondgebruik is gewijzigd waardoor aan een strengere norm moet worden voldaan. Ook kunnen bijvoorbeeld wijzigingen in klimatologische omstandigheden (intensievere buien e.d.) tot gevolg hebben dat de in de legger omschreven toestand niet meer aan de normen voldoen.

‘De invulling van het waterschap ten aanzien van het begrip ‘leggerprofiel’ geeft voor ons aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen. Hoewel de legger in de zin van artikel 5.1 lid 1 van de Waterwet en artikel 78 lid 2 van de Waterwet in de praktijk vaak worden gecombineerd, moeten van de overheidszorg voor watersystemen de concrete onderhoudsplichten voor (onderdelen van) waterstaatswerken goed worden onderscheiden.⁹ Deze onderhoudsplicht heeft een ander karakter dan de hiervoor beschreven algemene zorgplicht voor de watersysteembeheerder om de watersystemen (of onderdelen daarvan) die bij hem in beheer zijn overeenkomstig de veiligheidsnormen in te richten en ingericht te houden. De onderhoudsplicht is gekoppeld aan de grondeigenaar en gaat niet verder dan onderhoudswerkzaamheden aan waterstaatswerken, zoals het voorkomen van dichtslibben van oppervlaktewater te plaatse van de daaraan grenzende gronden van de onderhoudsplichtige, terwijl de zorgplicht voor watersystemen en de in dat kader gestelde veiligheidsnorm aangeeft waar de zorg van de overheid gericht op moet zijn. Die zorgplicht geldt dan ook uitsluitend voor de overheid aan wie het beheer van het watersysteem is toebedeeld en heeft een veel bredere strekking dan de concrete onderhoudsplichten. De zorgplicht houdt vanzelfsprekend ook een plicht in om waterstaatswerken te

⁹ Zie F.A.G. Groothuijse, *Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss.), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 66-68.



onderhouden, waarvan een deel kan worden neergelegd bij de onderhoudsplichtigen, maar kan tevens met zich brengen dat watersystemen, ondanks dat deze voldoen aan de eisen die de legger daaraan stelt, moeten worden aangepast.

In een uitspraak van de Afdeling van 16 juli 2008¹⁰ wordt het verschil tussen de onderhoudsplicht en zorgplicht treffend geïllustreerd. Het waterschapsbestuur wordt verzocht om handhavend op te treden tegen het waterschap wegens het niet nakomen van de onderhoudsplicht ten aanzien van een waterkering. Het waterschapsbestuur wijst het verzoek tot handhaving af, omdat het waterschap beleidsvrijheid zou toekomen met betrekking tot de prioritering van het onderhoud. Uit de uitspraak van de Afdeling kan worden afgeleid dat die beleidsvrijheid ten aanzien van de (imperatief) geformuleerde onderhoudsplicht aanzienlijk minder groot is dan bij de invulling van de zorgplicht voor watersystemen. De prioritering mag er volgens de Afdeling namelijk niet toe leiden dat het waterschap voor een langere tijd van het voldoen de imperatief geformuleerde onderhoudsplicht mag afzien.⁷

Ook uit de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de normen voor regionale wateroverlast in de Waterwet, in de vorm van werknormen opgenomen in het Nationaal Bestuursakkoord Water, goed bruikbaar zijn als referentiekader om te toetsen of regionale watersystemen op orde zijn onder (zeer) natte omstandigheden. Wel is het ons inziens zo dat als uitgangspunt heeft te gelden dat wanneer het waterstaatwerk aan de normen voldoet, het waterschap haar zorgplicht om wateroverlast te voorkomen in beginsel voldoende is nagekomen. Dat kan anders zijn indien er sprake blijft van bijvoorbeeld voortdurende hevige wateroverlast die niet was voorzien, of wanneer niet adequaat op bijvoorbeeld klachten wordt gereageerd of er naar aanleiding van klachten geen onderzoek wordt gedaan. Ingevolge artikel 5.3 van de Waterwet neemt de beheerder, met inachtneming van de bij of krachtens hoofdstuk 2 gestelde regels (waaronder artikel 2.8), ten aanzien van de waterstaatswerken onder zijn beheer de nodige maatregelen voor het veilig en doelmatig gebruik daarvan, overeenkomstig de krachtens hoofdstuk 4 aan die waterstaatswerken toegekende functies.

Zelfs als de watergang wel voldoet aan de normatieve toestand welke ingevolge de legger aan het betreffende oppervlaktewaterlichaam is toegekend, kan het zo zijn dat de watergang moet worden aangepast om deze te laten voldoen aan de 'overlastnormen' die daarvoor gesteld zijn. De legger vormt daarmee ons inziens als het ware een 'hulpmiddel' bij de toetsing of aan de normen voor wateroverlast wordt voldaan en daarmee of de afvoer- en bergingscapaciteit van het watersysteem op orde is.¹¹ Het waterschap heeft als beheerder beleidsvrijheid ten aanzien van de wijze waarop zij haar zorgplicht invult. Indien de feitelijke situatie van een watergang niet voldoet aan de vastgestelde normatieve situatie, is het dus inderdaad een manier om per geval te onderzoeken of normen, vereiste zorgvuldigheid of het beleid ingrijpen vereisen. Het niet voldoen aan het leggerprofiel betekent dus niet per definitie betekent dat het waterschap gehouden is de watergang tot op leggerniveau uit te baggeren. Het kan ook zijn dat het waterschap géén extra maatregelen hoeft te nemen, omdat gelet op (veranderende) omstandigheden, of andere reeds uitgevoerde maatregelen desondanks toch voldaan wordt aan

¹⁰ ABRvS 16 juli 2008, AB 2008, 307, m.nt. Alfred van Hall.

¹¹ Ook een monitoringsplan kan bijvoorbeeld bijdragen aan de toetsing of wordt voldaan aan de overlastnormen, zie Rb. Oost Brabant 10 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3883.



de overlastnormen. Het uitgangspunt is echter dat Als er een onderhoudsplicht geldt om de bodem op een bepaalde hoogte te houden, het waterschap zal moeten baggeren.¹² Hiervan afwijken zal met een bijzondere motivering gepaard moeten gaan.

Kortom; wij kunnen de redenering onderschrijven dat voor zover het waterschap ingrijpt maar op een zodanige wijze dat binnen het leggerprofiel wordt gebleven het waterschap de werkzaamheden die betrekking hebben op watergangen zonder projectplan kan uitvoeren. Dit geldt ons inziens echter ook voor waterkeringen. De tweede zinsnede uit de vraagstelling onderschrijven wij dus niet. Daarbij merken wij op dat de normen op zichzelf geen resultaatsverplichting in het leven roepen, maar dat op de beheer zorgplicht rust om het regionale watersysteem in te richten overeenkomstig de normen. Dat betekent dat het waterschap niet per definitie aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van het feit dat het regionale watersysteem niet aan de normen voldoet. Het waterschap is namelijk alleen aansprakelijk zijn voor schade ten gevolge van een te beperkte bergings- en afvoercapaciteit als het waterschap toerekenbaar tekort is geschoten in de zorgplicht om het watersysteem in overeenstemming te brengen met de normen voor afvoer- en bergingscapaciteit van het regionale watersysteem. Of daarvan sprake is, moet per geval worden beoordeeld. Factoren die daarbij een rol spelen zijn onder meer: de beschikbaarheid van middelen, de afhankelijkheid van medewerking van andere overheden, beleidsruimte voor het waterschap om te prioriteren.¹³

2.2. Beantwoording onderzoeksvraag 2

2.2.1. Inleiding

De tweede vraag die het waterschap ons heeft voorgelegd is of het juridisch mogelijk is om een waterstaatswerk direct in de legger op te nemen (de feitelijke toestand aldus te legaliseren), zonder dat de aanleg of wijziging van het betreffende waterstaatswerk gepaard is gegaan met een projectplan of watervergunning (althans, het is voor het waterschap niet meer te achterhalen of er een projectplan of watervergunning aanwezig is voor het betreffende waterstaatswerk). Ten behoeve van de beantwoording van die vraag zal allereerst het wettelijk kader worden geschetst en de relevante passage(s) uit de parlementaire geschiedenis worden behandeld.

2.2.2. Wettelijk kader

Er bestaan twee soorten leggers, namelijk de leggerplicht op grond van artikel 5.1 Waterwet en de onderhoudslegger op grond van artikel 78 lid 2 Waterwet.

Ingevolge artikel 5.1 lid 1 Waterwet draagt de beheerder, voor zover hier relevant, zorg voor de vaststelling van een legger, waarin is omschreven waaraan waterstaatswerken (waaronder de voor het onderhavige onderzoek van belang zijnde oppervlaktewaterlichamen, zie artikel 1.1

¹² Vgl. ABRVS 16 juli 2008, AB 2008/307.

¹³ Zie o.m. HR 9 oktober 1981, NJ 1982/332, m.nt. C.J.H.B., HR 8 januari 1999, NJ 199/319, m.nt. ARB, en AB 1999/206, m.nt. ThGD, HR 19 november 1999, AB 2002/21, m.nt. ThGD, HR 9 november 2002, AB 2002/20, m.nt. ThGD onder AB 2002/21 en Gerechtshof Arnhem 20 juni 2000, ECLI:NL:GHARN:2000:AA6319.



Waterwet) naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen. Van de legger maakt deel uit een overzichtskaart, waarop de ligging van waterstaatswerken en daaraan grenzende beschermingszones staat aangegeven. Ingevolge artikel 5.1 lid 3 Waterwet, voor zover hier relevant, kunnen bij of krachtens provinciale verordening nadere voorschriften worden gegeven ten aanzien van de inhoud, vorm en periodieke herziening van de legger voor daarbij te onderscheiden categorieën van waterstaatswerken. Voorts kan daarbij vrijstelling worden verleend van de in het eerste lid bedoelde verplichtingen met betrekking tot bepaalde waterstaatswerken die zich naar hun aard of functie niet lenen voor het omschrijven van die elementen dan wel van geringe afmetingen zijn. In de ‘Verordening water Noord-Brabant’ (in werking getreden sinds 15 oktober 2015) is invulling gegeven aan voornoemde bepaling. Op basis van artikel 5.1 lid 1, aanhef en sub b bevat de legger naast het bepaalde in artikel 5.1 lid 1 Waterwet in ieder geval het dwarsprofiel van de oppervlaktewaterlichamen onder beheer van het waterschap. Voorts zijn, ex artikel 5.2, een aantal oppervlaktewaterlichamen uitgezonderd van de leggerplicht.

Deze legger is – onder meer – van belang om te kunnen toetsen of aan de normen voor wateroverlast wordt voldaan en daarmee of de afvoer- en bergingscapaciteit van het watersysteem op orde is. Daarnaast dient de legger ter waarborging van de instandhouding van waterstaatswerken, omdat de legger kan worden gebruikt bij de toetsing van de onderhoudssituatie van deze werken en omdat de legger informatie verschaft over het functioneren van het betreffende waterstaatswerk. Ten slotte vormt de legger de basis waarmee door middel van de keur activiteiten in en nabij waterstaatswerken kunnen worden gereguleerd.

Per 1 juli 2014 het besluit tot vaststelling van de legger op de negatieve lijst van artikel 1, bijlage 1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geplaatst, behoudens voor zover daarbij de ligging van een waterbergingsgebied of beschermingszone als bedoeld in de Waterwet wordt vastgesteld of gewijzigd. Er staat dus geen rechtsbescherming (meer) open tegen het besluit tot vaststelling van de legger, tenzij een waterbergingsgebied of beschermingszone als bedoeld in de Waterwet wordt vastgesteld of gewijzigd.¹⁴ Achtergrond van plaatsing van de legger op de negatieve lijst is dat de Waterwet ervan uitgaat dat tegen het projectplan of de watervergunning die vereist zijn voor de aanleg of wijziging van het waterstaatswerk reeds bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft open gestaan. In de legger wordt dus uitsluitend de nieuwe normatieve toestand van het waterstaatswerk neergelegd zoals deze uit het projectplan of watervergunning voortvloeit.

Op grond van artikel 78 lid 2 Waterschapswet wordt voor elk waterstaatswerk een onderhoudsplichtige aangewezen en een onderhoudsplicht in het leven geroepen. Op wie de onderhoudsplicht voor oppervlaktewater rust, is afhankelijk van de classificatie van het waterstaatswerk. Voor wateren met een belangrijke (primaire) functie – de zogenoemde A-wateren, die in dit onderzoek centraal staan – rust de onderhoudsplicht op het waterschap zelf. Overigens worden beide hiervoor genoemde leggers in de praktijk veelal gecombineerd. De

¹⁴ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 503, nr. 3, p. 16.



aanwijzing van onderhoudsplichtigen zou namelijk geen doel treffen, wanneer onduidelijk is op welke objecten de onderhoudsplicht betrekking heeft.

2.2.3. Parlementaire geschiedenis

Uit de parlementaire geschiedenis¹⁵ kan worden afgeleid dat de wetgever het wenselijk vindt dat de beheerder een ‘staat van werken’ (legger) bijhoudt, waaruit de normatieve toestand van beheersobjecten in geografisch, morfologisch en hydrologisch opzicht kenbaar is. Daarnaast is het volgens de wetgever nodig dat de beheersgrenzen van waterstaatswerken eenduidig worden vastgelegd.

2.2.4. Beantwoording onderzoeksvraag 2

Het is ons inziens niet mogelijk om een waterstaatswerk direct in de legger op te nemen (de feitelijke toestand aldus te legaliseren), zonder dat de aanleg of wijziging van het betreffende waterstaatswerk gepaard is gegaan met een projectplan of watervergunning (of een ander besluit dat de wettelijke basis vormt voor de aanleg of wijziging van een waterkering, zoals een inpassingsplan ingevolge artikel 5.4 lid 6 van de Waterwet). Voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk ten opzichte van de in de legger omschreven situatie is een projectplan of watervergunning vereist. Daartegen staat vervolgens ook voor belanghebbenden bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. De legger legt slechts de nieuwe normatieve toestand vast. Door de vaststelling van de legger kan dan ook in juridisch opzicht geen waterstaatswerk worden aangelegd of gewijzigd.¹⁶ Zoals ook uit de wetsgeschiedenis volgt, volgt de legger in beginsel de waterstaatkundige besluitvorming.¹⁷ De legger bevat de normatieve staat van waterstaatswerken; dat wil zeggen ligging, vorm, afmeting en constructie waar het waterstaatswerk aan moet voldoen. De legger behoort dus niet tot het wettelijk instrumentarium waarmee het waterstaatswerk rechtmatig kan worden aangelegd of gewijzigd.¹⁸ Vanuit rechtsbeschermingsoptiek zou dat ook niet logisch zijn, aangezien belanghebbenden in dat geval geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen zouden kunnen aanwenden tegen de ‘juridische’ aanleg of wijziging van waterstaatswerken, terwijl zij die mogelijkheden wel hebben bij de vaststelling van een projectplan of de verlening van een watervergunning.

Ook voor wat betreft ‘oude waterstaatswerken’ geldt dat de legger niet het waterstaatkundig besluit is tot aanleg of wijziging van het betreffende waterstaatswerk. De aanleg, wijziging of het onderhoud van waterstaatswerken, ofwel het infrastructureel beheer (ook wel: bakbeheer) werd voor de inwerkingtreding van de Waterwet (22 december 2009) grotendeels geregeld in infrastructurele waterstaatswetgeving van de Waterstaatwet 1900, de Wet rijkswaterstaatswerken, de Wet droogmakerijen en indijkingen en de Wet op de waterkering. Een vergelijkbare leggeverplichting voor de primaire waterkeringen was reeds in artikel 13 sub

¹⁵ Memorie van toelichting bij de Waterwet: *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 38-39 en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 93-94.

¹⁶ Rechtbank Oost-Brabant 3 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3750, *M en R* (2015/127).

¹⁷ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 503, nr. 3, p. 16.

¹⁸ Zie ook ABRvS 22 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5832, *Milieu en Recht* 2010, 26 m.nt. Groothuijse.



b Wwk (2005) opgenomen. Voor andere waterstaatswerken vloeide deze verplichting voor de waterschappen veelal voort uit de provinciale reglementaire verordeningen. Voor de andere rijkswaterstaatswerken dan primaire waterkeringen bestond geen verplichting om een legger vast te stellen.¹⁹ De leggerverplichting op basis van het ‘oude’ recht bood ook geen wettelijke basis voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken; voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken moest de waterbeheerder zich bedienen van de instrumenten die de (oude) wet- en regelgeving boden.

Op het moment dat er geen projectplan (op grond van de Wet op de waterkering of Waterwet), geen beslissing tot aanleg of wijziging van een waterstaatswerken uit artikel 148 Waterschapswet of geen vergunning eigen dienst op grond van Wet beheer rijkswaterstaatswerken meer aanwezig is (of anderszins een publiekrechtelijk waterstaatkundig besluit waarmee de aanleg of wijziging van waterstaatswerken mogelijk is gemaakt) is er niet meer te achterhalen of het betreffende waterstaatswerk rechtmatig is aangelegd of gewijzigd. Het vaststellen van een legger voor het betreffende waterstaatswerk legaliseert deze situatie niet. Ook vallen deze waterstaatswerken niet onder het overgangsrecht van hoofdstuk 5 van de Keur Waterschap de Dommel 2015. Dit overgangsrecht gaat immers uit van waterstaatswerken die (middels een publiekrechtelijk waterstaatkundig besluit voor de aanleg of wijziging van een waterstaatswerk) rechtmatig tot stand zijn gebracht. Met betrekking tot het overgangsrecht van de Waterwet geldt dat op basis van de memorie van toelichting bij de Invoeringswet Waterwet eerder rechtsgeldig genomen besluiten op basis van de (destijds, bij de inwerkingtreding van de Waterwet onderdelen van) wetten, zoals vergunningen, vrijstellingen, ontheffingen of concessies zoveel mogelijk hun rechtskracht behouden doordat zij worden gelijkgesteld met vergelijkbare rechtsfiguren onder de Waterwet.²⁰ Een gelijkstelling met de rechtsfiguren uit de Waterwet kan evenwel niet plaatsvinden, nu er geen rechtsgeldig genomen besluit aanwezig is waarmee het waterstaatswerk rechtmatig is aangelegd of gewijzigd.

De enige juridisch juiste weg (ingeval het waterschap initiatiefnemer is) die ons inziens resteert is een het alsnog vaststellen van een projectplan en het volgen van de bijbehorende procedures voor ‘de aanleg of wijziging’ van het betreffende waterstaatswerk, ingevolge artikel 5.4 van de Waterwet. De feitelijke aanleg of wijziging van het waterstaatswerk heeft weliswaar reeds plaatsgevonden, maar de publiekrechtelijke grondslag daarvoor in de vorm van een besluit (inrichtingsplan of keurontheffing) ontbreekt. De legger kan dan gelijktijdig met het projectplan worden vastgesteld, of erna.

Ons inziens zou hier een parallel kunnen worden getrokken met de uitspraak van de Afdeling van 9 december 2009²¹ inzake het blauwe-palen-tracé Ameland. De relevante rechtsoverweging uit die uitspraak betreft de volgende:

¹⁹ Zie ook F.A.G. Groothuijse, *Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen* (diss.), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 130.

²⁰ Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 858, nr. 3, p. 17.

²¹ Zie ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5832.



De rechtbank heeft in het betoog van [appellant sub 2] en [appellant sub 3] terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat het besluit van 25 september 2006 kennelijk onredelijk is. De staatssecretaris heeft, mede gelet op bijlage I van de Wwk, in redelijkheid mogen besluiten om de waterkering vast te leggen volgens het tracé dat sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw feitelijk als waterkering is aangemerkt en onderhouden, te weten het blauwe-palen-tracé. Dat dit tracé inderdaad feitelijk als waterkering is aangemerkt en onderhouden, wordt bevestigd door de omstandigheid dat het aan de wettelijke beschermingsnorm voldoet, terwijl dat niet geldt voor de alternatieve tracés.

Anders dan [appellant sub 2] en [appellant sub 3] hebben aangevoerd, mochten zij aan het in opdracht van de staatssecretaris verrichtte onderzoek naar alternatieve tracés voor de waterkering niet het gerechtvaardigd vertrouwen ontnemen dat de waterkering volgens een alternatief tracé zou worden vastgelegd. Het naar aanleiding van dit onderzoek opgestelde rapport biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat één van de alternatieve tracés met betrekking tot alle onderzochte aspecten een evident betere oplossing biedt dan het blauwe-palen-tracé. De keuze voor een alternatief tracé zou gepaard moeten gaan met noodzakelijke versterkings-, aanleg- of verleggingswerkzaamheden in de duinen, waartoe een plan, als bedoeld in artikel 7 van de Wwk dient te worden vastgesteld, op de voorbereiding waarvan afdeling 3.4. van de Awb van toepassing is. Van de vaststelling van een dergelijk plan is geen sprake geweest.

Wij leiden uit de vraagstelling af dat het voor u wenselijk is dat de betreffende waterstaatswerken in de legger worden opgenomen. Volledigheidshalve wijzen wij erop dat bij of krachtens provinciale verordening (in de Verordening water Noord-Brabant, in dit geval) door de provincie Noord-Brabant vrijstelling kan worden verleend van het vaststellen van een legger met betrekking tot bepaalde waterstaatswerken die zich naar hun aard of functie niet lenen voor het omschrijven van die elementen dan wel van geringe afmetingen zijn.

Het voorgaande impliceert bijvoorbeeld ook dat het niet mogelijk is om eerst de normatieve toestand van een bepaald waterstaatswerk in de legger vast te leggen, en vervolgens bij de feitelijke uitvoering van de plannen (de aanleg of wijziging) te stellen dat er geen projectplan behoeft te worden vastgesteld, omdat er geen wijziging plaatsvindt ten opzichte van de in de legger omschreven normatieve toestand van het waterstaatswerk.²² Dit zou indruisen tegen het wettelijk systeem van de Waterwet en zou de aanleg of wijziging van waterstaatswerken bovendien aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming onttrekken.

Dit neemt natuurlijk niet weg dat bij de inwerkingtreding van de Waterwet op 22 december 2009²³ – die de leggerplicht introduceerde voor alle waterstaatswerken – diverse waterstaatswerken op de legger zijn geplaatst zonder projectplan. Zolang het betreffende waterstaatswerk ook als zodanig feitelijk is onderhouden en beheerd is dat naar ons oordeel geen probleem, maar als er een wijziging plaatsvindt ten opzichte van de feitelijke situatie waar de beheerder ook altijd op heeft beheerd, dan zal er ons inziens wel een projectplan moeten worden vastgesteld.²⁴

²² De wetsgeschiedenis is op dit punt ook helder. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 38-39, 103 en 119 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33 503, nr. 3, p. 9 en 16.

²³ *Stb.* 2009, 549.

²⁴ Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5832.



Ter illustratie van een – ons inziens – juist gebruik van projectplan en legger merken wij het volgende op. Stel, in het beheergebied van het waterschap liggen regionale keringen die nog nooit in de legger zijn opgenomen.²⁵ Het waterschap wenst evenwel de bestaande feitelijke toestand van de regionale keringen vast te leggen in de legger. Het waterschap stelt vervolgens een legger vast die voorziet in de opname van deze regionale keringen in de legger. De feitelijke en normatieve toestand van de regionale waterkering wijken in dit voorbeeld niet van elkaar af en er geldt voor de beheerder dus ook geen onderhoud- of herstelplicht. Als dan op een later moment blijkt dat de in de legger beschreven normatieve toestand van de regionale waterkering –bijvoorbeeld ten gevolge van andere neerslagmodellen - niet meer aan de normen voldoet, dan zal de beheerder de normatieve toestand van de kering moeten aanpassen aan de geldende normen. Vanzelfsprekend moet dan ook de feitelijke toestand (door of vanwege de beheerder) aan de nieuwe normatieve toestand moeten worden aangepast. Voor aanpassing van normatieve toestand en de feitelijke toestand, zal de beheerder een projectplan moeten vaststellen, waartegen voor belanghebbenden bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Na de uitvoering van het werk, zal de nieuwe normatieve toestand in de legger moeten worden vastgelegd. Tegen deze leggerwijziging staat dan geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming meer open. Dat zou namelijk een doublure in de rechtsbescherming met zich brengen.

Deze legger dient verder op grond van artikel 5.1 lid 2 van de Waterwet vergezeld te gaan van een technisch beheersregister²⁶ waarin de voor het behoud van het waterkerend vermogen kenmerkende gegevens van de constructie en de feitelijke toestand nader zijn omschreven. Dit technisch beheersregister maakt dus *geen* onderdeel uit van de legger. Hieruit kan enkel de feitelijke toestand van het waterstaatswerk worden gekend.²⁷ Kortom, terugkerend naar de vraagstelling; het is juridisch niet mogelijk om een waterstaatswerk direct in de legger op te nemen, zonder dat de aanleg of wijziging gepaard is gegaan met een waterstaatkundig besluit die de basis biedt voor de aanleg of wijziging van het waterstaatswerk. Althans, niet als het waterschap wenst hiermee tot legalisatie over te gaan. Waterstaatwerken waarvoor het sinds de introductie van de algemene leggerverplichting noodzakelijk is om deze in de legger op te nemen, kunnen ons inziens in de legger worden opgenomen voor zover de beheerder conform de feitelijke toestand heeft beheerd en er bij de vaststelling van de legger geen wijzigingen c.q. aanpassingen plaatsvinden voor het betreffende waterstaatswerk ten opzichte van diezelfde feitelijke toestand. Als dit niet het geval is, zal er ons inziens alsnog een projectplan moeten worden vastgesteld. Voorts betreffen de normen die gelden voor beheerobjecten en de normatieve toestand twee verschillende begrippen. Het feit dat het watersysteembeheer erop is gericht om waterstaatswerken te laten voldoen aan de normen die daarvoor zijn gesteld betekent vaak dat de betreffende waterstaatswerken moeten worden versterkt, hetgeen kan worden gezien als een cyclisch proces van toetsing en aanpassing. Indien de aanpassing van het betreffende waterstaatswerk door (of vanwege) de beheerder leidt tot een afwijking van de normatieve toestand van het waterstaatswerk zoals die is vastgelegd in de legger, dient een projectplan te worden vastgesteld. De toestand van het waterstaatswerk zoals die voortvloeit

²⁵ Wij kiezen hier voor het voorbeeld van regionale keringen, omdat die waterstaatswerken in het gesprek d.d. 24 maart 2016 aan de orde waren.

²⁶ Ook wel: beheersregister genoemd. In de wet en wetsgeschiedenis worden deze termen door elkaar gebruikt.

²⁷ Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 103 en *Kamerstukken II* 2007/08, 30 818, nr. 7, p. 28 en 29.



uit het projectplan betreft dan de normatieve toestand die wordt vastgelegd in de legger gelijktijdig met, of na de vaststelling van het projectplan. De feitelijke toestand kan ten slotte worden vastgelegd c.q. geraadpleegd in het technisch beheersregister, dat overigens geen onderdeel uitmaakt van de legger.

2.3 Beantwoording onderzoeksvraag 3

2.3.1. Inleiding

Op 16 juni 2014 werd het wetsvoorstel ‘Omgevingswet’ (Regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving) ingediend bij de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 962). Het wetsvoorstel beschrijft slechts de hoofdlijnen van het nieuwe omgevingsrecht en een groot deel van de Omgevingswet wordt nog nader uitgewerkt in algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. De algemene maatregelen van bestuur waar het om gaat zijn (1) het Omgevingsbesluit (bevat procedurele bepalingen); (2) het Besluit kwaliteit leefomgeving (normeert het overheidshandelen); (3) een algemene maatregel van bestuur die de algemene regels bevat betreffende activiteiten voor het bouwen en (4) een algemene maatregel van bestuur die de algemene regels bevat voor betreffende activiteiten op het gebied van water en milieu. Uiteindelijk vervangt de Omgevingswet 26 wetten en 120 algemene maatregelen van bestuur. Het gaat dan bijvoorbeeld om de Crisis- en herstelwet, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, de Wet ruimtelijke ordening, de Wet milieubeheer en natuurlijk de Waterwet. De beoogde inwerkingtreding is 2018, al is het de reële verwachting dat die termijn niet gehaald gaat worden.

Het wetsvoorstel (*Kamerstukken I* 2014/15, 33962, nr. A) is op 1 juli 2015 aangenomen door de Tweede Kamer en ligt thans bij de Eerste Kamer. De inhoud van de algemene maatregelen van bestuur is daarentegen nog niet (publiek) bekend. De koepelorganisaties van gemeenten (VNG), provincies (IPO) en waterschappen (UvW) kunnen vanaf begin oktober 2015 door middel van preconsultatie een eerste blik werpen op de algemene maatregelen van bestuur in ontwerp. Naar verwachting gaat de openbare internetconsultatie van de algemene maatregelen van bestuur in april 2016 van start, gelijktijdig met de voorhangprocedure bij de Tweede Kamer.

De derde onderzoeksvraag is hoe de regeling uit de Omgevingswet voor ‘beperkingen-gebieden’ zich verhoudt tot de huidige situatie waarbij waterschappen conform artikel 5.1 Waterwet de beschermingszones in de legger opnemen. De leggeverplichting voor het waterschap in de zin van artikel 2.39 Omgevingswet zal centraal staan. De parlementaire geschiedenis zoals die zich tot en met januari 2016 heeft gevormd zal als uitgangspunt dienen. De leggeverplichting voor het Rijk ingevolge artikel 2.20 en 2.21 Omgevingswet blijft hier buiten beschouwing. Voor een algemene beschouwing over de legger op basis van het huidige recht wordt op deze plaats verwezen naar paragraaf 2.2.



2.3.2 Wettelijk kader

Artikel 2.39 in het voorstel van wet luidt als volgt:²⁸

Artikel 2.39 (legger)

1. De beheerder van waterstaatswerken stelt een legger vast, waarin is omschreven waaraan die waterstaatswerken naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op waterstaatswerken die op grond van artikel 2.18, tweede lid, of 2.20, derde lid, in beheer zijn bij een ander openbaar lichaam dan een waterschap of het Rijk.
3. Als bijlage bij de legger wordt voor primaire waterkeringen of waterkeringen waarvoor omgevingswaarden zijn vastgesteld als bedoeld in artikel 2.13, eerste lid, onder a, of 2.15, eerste lid, onder e, een technisch beheerregister opgenomen, waarin de voor het behoud van het waterkerend vermogen kenmerkende gegevens van de constructie en de feitelijke toestand nader zijn omschreven.
4. Bij of krachtens omgevingsverordening of, voor waterstaatswerken in beheer bij het Rijk, algemene maatregel van bestuur, kan vrijstelling worden verleend van de in het eerste lid bedoelde verplichtingen voor waterstaatswerken die zich naar hun aard of functie niet lenen voor het omschrijven van die elementen, of die geringe afmetingen hebben.

Overigens wordt onder ‘beperkingengebied’ in de Omgevingswet verstaan:

bij of krachtens de wet aangewezen gebied waar vanwege de aanwezigheid van een werk of object regels gelden over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor dat werk of object;

In de Waterwet wordt onder ‘beschermingszone’ verstaan:

beschermingszone: aan een waterstaatswerk grenzende zone, waarin ter bescherming van dat werk voorschriften en beperkingen kunnen gelden;

2.3.3. Parlementaire geschiedenis

In de memorie van toelichting bij de Omgevingswet wordt het volgende opgemerkt over de legger:²⁹

De waterschapsverordening

Ieder waterschap heeft een – door het algemeen bestuur vastgestelde – verordening ter uitvoering van de waterbeheertaken die bij wet zijn opgedragen. Deze verordening, die is gebaseerd op zowel de Waterschapswet (artikel 56) als de Waterwet (en de daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving), is in de praktijk bekend als de «keur». De keur wordt gehanteerd om het watersysteem en de daartoe behorende waterstaatswerken op orde te houden. De keur omvat vooral burgerbindende algemene regels en vergunningstelsels. Centraal in de keur staan de zogenoemde keurzones waar gebods- en

²⁸ Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 2, overigens onveranderd gebleven in het gewijzigd voorstel van wet zoals dat thans bij de Eerste Kamer ligt, zie: *Kamerstukken I* 2014/15, 33 962, nr. A.

²⁹ Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 93-94.



verbodsbepalingen kunnen gelden. Binnen het kader van de Omgevingswet is de keur gelijk te stellen aan de waterschapsverordening.

Waar in de praktijk van de waterschappen nog wel andere beheerverordeningen gelden, bijvoorbeeld voor het wegbeheer, zal in het voorstel voor de Invoeringswet Omgevingswet worden bepaald binnen welke termijn deze verordeningen worden samengevoegd tot één waterschapsverordening. De regels over digitale vaststelling en beschikbaarheid zullen ook van toepassing zijn op de waterschapsverordening. Het peilbesluit en de legger, waarvoor de grondslag in afdeling 2.6 van het wetsvoorstel is opgenomen, hoeven niet in de waterschapsverordening te worden opgenomen. Omdat het wel van belang wordt geacht dat alle burgerbindende regels van het waterschap bijeen worden gebracht, moet de aanwijzing van beperkingengebieden wel in de waterschapsverordening en niet in de legger plaats hebben.

En:³⁰

Voor de legger (artikel 2.39) wordt de lijn van de Waterwet voortgezet. De legger is daarom niet appellabel. De legger draagt in hoofdzaak een beschrijvend karakter en is niet op rechtsgevolg gericht.

En:³¹

Artikel 2.39 (legger)

Eerste lid

De legger, momenteel geregeld in artikel 5.1 van de Waterwet, beschrijft normatief de fysieke kenmerken of toestand van waterstaatswerken naar vorm, afmetingen en constructie. Op basis van de begripsdefinitie van waterstaatswerk kan daaronder elk onderdeel van een watersysteem worden begrepen (een oppervlaktewaterlichaam, bergingsgebied, waterkering of ondersteunend kunstwerk), maar niet een grondwaterlichaam. De leggerplicht rust op de waterschappen en het Rijk, maar niet op andere openbare lichamen die met het beheer van waterstaatswerken zijn belast. Een legger bevat geen normen waaraan derden rechten kunnen ontleen, maar bevat uitsluitend een concretisering van de gewenste fysieke kenmerken van het waterstaatswerk. De legger is daarmee van wezenlijk belang voor de taakuitoefening door waterbeheerders, bijvoorbeeld voor het onderhoud aan die waterstaatswerken. Kenbaarheid van de legger is ook voor burgers en bedrijven van belang. De legger is immers bepalend voor gedoogverplichtingen in verband met een waterstaatswerk op grond van hoofdstuk 10. Anders dan de regeling in de Waterwet, verplicht dit artikel niet om de aanwijzing van beperkingengebieden (in de Waterwet beschermingszones genoemd) in de legger op te nemen. Omwille van de vergunningplicht (en eventuele algemene regels) voor activiteiten in beperkingengebieden, past de aanwijzing van beperkingengebieden beter bij de regeling van die vergunningen en algemene regels. De beperkingengebieden met betrekking tot waterstaatswerken in beheer bij het Rijk worden daarom aangewezen bij algemene maatregel van bestuur en geometrisch begrensd bij ministeriële regeling (zie de artikelen 2.20 en 2.21). Analoog hieraan past de aanwijzing van beperkingengebieden met betrekking tot regionale waterstaatswerken beter bij de waterschapsverordening als bedoeld in artikel 2.5.

Tweede lid

De verplichting om een legger vast te stellen berust alleen bij het waterschap (voor regionale wateren en waterkeringen in beheer bij het waterschap) en het Rijk (voor rijkswateren en waterkeringen in beheer bij het Rijk). Wanneer het beheer van een waterstaatswerk bij omgevingsverordening of ministeriële

³⁰ Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 298.

³¹ Zie *Kamerstukken II* 2013/14 33 962, nr. 3, p. 441 en 442.



regeling als bedoeld in artikel 2.20, derde lid, aan een gemeente, provincie of ander openbaar lichaam is toegedeeld, hoeft dat orgaan voor die waterstaatswerken geen legger vast te stellen. Ook artikel 3.2, tweede lid, van de Waterwet bevat deze uitzondering.

Derde lid

Het technisch beheerregister bevat de kenmerkende gegevens van de constructie en de feitelijke toestand van primaire waterkeringen en andere bij algemene maatregel van bestuur aangewezen waterkeringen. Daarin wordt een nadere omschrijving gegeven van de gegevens van de constructie en de feitelijke toestand. Het gaat daarbij om de gegevens die kenmerkend zijn voor het behoud van het waterkerend vermogen, die nodig zijn om de sterkte van de waterkering te kunnen toetsen. Ook deze verplichting is een continuering van de regeling in de Waterwet.

Vierde lid

De mogelijkheid om vrijstelling te verlenen van de leggerplicht is in navolging van de Waterwet opgenomen omdat het voor sommige watersystemen te veel gevraagd zou zijn om vorm, afmeting, ligging en constructie in een legger op te nemen. Daarbij moet men vooral denken aan de Noordzee, de Waddenzee en het IJsselmeer. Maar dit kan ook gelden voor sterk veranderende, meanderende riviertjes. Het zou ook onevenredig belastend zijn om op regionaal niveau voor elke sloot een legger vast te stellen.

En, in de Nota naar aanleiding van het nader verslag wordt opgemerkt:³²

Ten slotte geeft de regering ook nog aandacht aan het peilbesluit en de legger. Het peilbesluit en de legger, waarvoor de grondslagen in afdeling 2.6 van het wetsvoorstel zijn opgenomen, hoeven niet in de waterschaps-verordening te worden opgenomen omdat deze geen burgerbindende regels bevatten.

(...)

De legger is een document waarin is omschreven waaraan waterstaatswerken naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen en is grotendeels niet op rechtsgevolg gericht. Onder de huidige Waterwet is de legger deels appellabel, namelijk voor zover daarin de ligging van een waterbergingsgebied of beschermingszone wordt vastgesteld. Ook voor de legger zal in het nieuwe stelsel worden aangesloten bij de bestaande mogelijkheden voor rechtsbescherming.

2.3.4. Beantwoording onderzoeksvraag 3

Beschermingszones in de zin van de Waterwet en beperkingengebieden in de zin van de Omgevingswet lijken (inhoudelijk gezien) niet (veel) van elkaar te verschillen. Immers, beide wijzen een bepaald gebied aan waar ter bescherming van een bepaald object of werk regels/beperkingen (kunnen) gelden met het oog op de bescherming van dat object of werk. Net als in de Waterwet (artikel 5.1 lid 3) kan de provincie onder de Omgevingswet regels stellen over de inhoud, toelichting of motivering van een legger (zie artikel 2.23 lid 1 sub a onder 4 Omgevingswet). Daarnaast gaat de legger in de zin van de Omgevingswet, net als in de Waterwet (artikel 5.1 lid 2) vergezeld van een technisch beheerregister (artikel 2.39 lid 3

³² Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 23, p. 49.



Omgevingswet) en zijn er vrijstellingen mogelijk op de leggerplicht (vergelijk artikel 5.1 lid 3 Waterwet en artikel 2.39 lid 4 Omgevingswet).

Het meest opvallende verschil is dat de overzichtskaart, waarop de ligging van waterstaatswerken en daaraan grenzende beschermingszones staat aangegeven, op grond van de Waterwet nog wel bij de legger behoort, maar onder de Omgevingswet niet meer. In de legger, op grond van artikel 2.39, worden alleen ligging, vorm, afmetingen en constructie van waterstaatswerken en de beperkingengebieden beschreven. De daadwerkelijke aanwijzing van de beperkingengebieden met het bijbehorende regime van vergunningen en algemene regels gebeurt bij of krachtens de waterschapsverordening (in de zin van artikel 2.5 Omgevingswet). En dat is nieuw. De geactualiseerde modelkeur en legger(s) van de Unie van Waterschappen lijken hierop te moeten worden aangepast.³³ Beschermingszones worden dan ook niet langer in de legger aangewezen, maar aangewezen in de waterschapsverordening als onderdeel van het beperkingengebied voor waterstaatswerken.

In de memorie van toelichting bij de Omgevingswet wordt opgemerkt dat de legger niet appellabel is, omdat deze slechts een beschrijvend karakter zou hebben niet op rechtsgevolg is gericht. Volgens de memorie van toelichting wordt daarmee de lijn van de Waterwet voorgezet met de Omgevingswet. De legger is ingevolge de Waterwet echter wel (deels) appellabel en wel degelijk op rechtsgevolg gericht, zoals in paragraaf 2.2 ook uiteengezet. Echter, de thans appellabele onderdelen van legger zullen onder de Omgevingswet niet langer in de legger, maar als beperkingengebied in de waterschapsverordening worden opgenomen. Het ligt dus in lijn met de Waterwet dat er tegen de legger onder de Omgevingswet geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openstaat. Dat neemt overigens niet weg dat de legger naar ons oordeel wel degelijk op rechtsgevolg is gericht. De legger geeft immers ook onder de Omgevingswet de begrenzing van waterstaatswerken aan, waarmee de legger dus ook bepaalt waar eventuele gedoogplichten gelden. De legger is daarmee een concretiserend besluit van algemene strekking. Dat de wetgever daartegen (om goede redenen) geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openstelt, omdat de ligging inhoudelijk al bepaald is door de een voorafgaand projectbesluit of omgevingsvergunning, ontnemt de legger nog niet het besluitkarakter.

Cruciale vraag is dus of door het enkel overhevelen van de aanwijzing van beschermingszones in de legger naar aanwijzing daarvan in de waterschapsverordening tot gevolg heeft (of zou moeten hebben) dat daartegen niet langer bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is dat het geval, aangezien de aanwijzing van een gebied in een verordening waar een in diezelfde verordening opgenomen verbod of gebod geldt, volgens de Afdeling het rechtskarakter van de verordening deelt. Dat

³³ Zie in dezelfde zin H.J.M. Havekes en W.J. Wensink, 'Omgevingswet waterproof?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2013-2, p. 68-81.



geldt ook voor de in die verordening opgenomen bevoegdheid tot wijziging van die gebiedsaanwijzing door het waterschapsbestuur.³⁴ De Afdeling overweegt:

‘Indien in een verordening een gebied is aangewezen waar een bepaald verbod of gebod geldt, is die aanwijzing een algemeen verbindend voorschrift. Dit geldt ook indien de verordening aan het orgaan dat de verordening heeft vastgesteld de bevoegdheid toekent de gebiedsaanwijzing die bij de verordening heeft plaatsgevonden, te wijzigen. Indien aan een ander orgaan dan het orgaan dat de verordening heeft vastgesteld de bevoegdheid is toegekend de gebiedsaanwijzing die bij de verordening heeft plaatsgevonden te wijzigen, is de wijziging door dat orgaan eveneens een algemeen verbindend voorschrift.

Indien niet in de verordening zelf een gebied is aangewezen waar een verbod of gebod geldt, maar is bepaald dat aanwijzing geschiedt bij nader besluit van het orgaan dat de verordening heeft vastgesteld of van een ander orgaan, is die aanwijzing een concretiserend besluit van algemene strekking. Het verbod of gebod dat in de verordening is neergelegd, is de normstelling. Begrenzungen in het aanwijzingsbesluit zijn geen normen of aanvullende normen en maken niet dat het aanwijzingsbesluit een algemeen verbindend voorschrift is.’

De aanwijzing van beperkingengebieden voor waterstaatswerken, waarvan ook de beschermingszones deel uitmaken, in de waterschapsverordening alsmede wijzigingen van die gebieden die op grond van de verordening mogelijk zijn daarmee evenals de waterschapsverordening zelf algemeen verbindende voorschriften. Daartegen staat ingevolge artikel 8:3 Awb geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Wel moet bedacht worden dan de gebiedsaanwijzing, evenals andere algemeen verbindende voorschriften uit de waterschapsverordening, exceptief door de rechter kunnen worden getoetst, bij de beoordeling van besluiten die zijn gebaseerd op de waterschapsverordening en waartegen wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, zoals beslissingen op aanvragen om watervergunningen of handhavingsbesluiten.³⁵ Exceptieve toetsing houdt in dat in een procedure bij de bestuursrechter door een belanghebbende de onverbindendheid van de onderliggende algemene regel wordt ingeroepen, of dat de rechter wordt gevraagd door een belanghebbende om het algemeen verbindend voorschrift voor het concrete geval buiten toepassing te verklaren wegens strijd met (hogere) regelgeving of een algemeen rechtsbeginsel.

Ons inziens roept wat in de memorie van toelichting en in de Nota naar aanleiding van het nader verslag wordt opgemerkt over rechtsbescherming tegen de legger de nodige vragen op. De parlementaire stukken lijken tegenstrijdig met elkaar. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat er geen rechtsbescherming mogelijk zal zijn tegen de legger en in de Nota naar aanleiding van het nader verslag wordt gesteld dat ook voor de legger in het nieuwe stelsel zal worden aangesloten bij de bestaande mogelijkheden voor rechtsbescherming. Nu de aanwijzing van beperkingengebieden onder de Omgevingswet zal plaatsvinden middels de waterschapsverordening en hiertegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat

³⁴ Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3510, *JB* 2016/3 en ECLI:NL:RVS:2015:3514, *JB* 2016/4.

³⁵ ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3514, *JB* 2016/4.



(anders dan door exceptieve toetsing) is het de vraag of de *bestaande* rechtsbeschermingsmogelijkheden blijven gehandhaafd.



III. CONCLUSIE

Resumerend luidt het antwoord op de onderzoeksvragen:

3.1. Vraag:

De eerste vraag betreft een vooronderstelling van het waterschap die het waterschap graag getoetst ziet worden door UCWOSL. De vraag is of UCWOSL deze vooronderstelling kan onderschrijven. Het betreft de volgende: voor zover het waterschap ingrijpt maar op een zodanige wijze dat binnen het leggerprofiel wordt gebleven kan het waterschap de werkzaamheden die betrekking hebben op watergangen zonder projectplan uitvoeren. In geval van keringen kan dat naar het oordeel van het waterschap niet.

Antwoord:

Wij kunnen de redenering onderschrijven dat voor zover het waterschap ingrijpt op een zodanige wijze, dat binnen het leggerprofiel wordt gebleven, het waterschap de werkzaamheden die betrekking hebben op watergangen zonder projectplan kan uitvoeren. Dit geldt ons inziens echter ook voor waterkeringen. De tweede zinsnede uit de vraagstelling onderschrijven wij dus niet.

3.2. Vraag:

De tweede vraag die het waterschap ons heeft voorgelegd is of het juridisch mogelijk is om een waterstaatswerk direct in de legger op te nemen (de feitelijke toestand aldus te legaliseren), zonder dat de aanleg of wijziging van het betreffende waterstaatswerk gepaard is gegaan met een projectplan of watervergunning (althans, het is voor het waterschap niet meer te achterhalen of er een projectplan of watervergunning aanwezig is voor het betreffende waterstaatswerk).

Antwoord:

Het is juridisch niet mogelijk om een waterstaatswerk direct in de legger op te nemen, zonder dat de aanleg of wijziging gepaard is gegaan met een waterstaatkundig besluit die de basis biedt voor de aanleg of wijziging van het waterstaatswerk. Althans, niet als het waterschap wenst hiermee tot legalisatie over te gaan. Waterstaatswerken waarvoor het sinds de introductie van de algemene leggerverplichting noodzakelijk is om deze in de legger op te nemen, kunnen ons inziens in de legger worden opgenomen voor zover de beheerder conform de feitelijke toestand heeft beheerd en er bij de vaststelling van de legger geen wijzigingen c.q. aanpassingen plaatsvinden voor het betreffende waterstaatswerk ten opzichte van diezelfde feitelijke toestand. Als dit niet het geval is, zal er ons inziens alsnog een projectplan moeten worden opgesteld. Voorts betreffen de



normen die gelden voor beheerobjecten en de normatieve toestand twee verschillende begrippen. Het feit dat het watersysteembeheer erop is gericht om waterstaatswerken te laten voldoen aan de normen die daarvoor zijn gesteld, betekent vaak dat de betreffende waterstaatswerken moeten worden versterkt, hetgeen kan worden gezien als een cyclisch proces van toetsing en aanpassing. Indien de aanpassing van het betreffende waterstaatswerk leidt tot een afwijking van de normatieve toestand van het waterstaatswerk zoals die is vastgelegd in de legger, dient een projectplan te worden vastgesteld. De toestand van het waterstaatswerk zoals die voortvloeit uit het projectplan betreft dan de normatieve toestand die wordt vastgelegd in de legger gelijktijdig met, of na de vaststelling van het projectplan. De feitelijke toestand kan ten slotte worden vastgelegd c.q. geraadpleegd in het technisch beheersregister, dat overigens geen onderdeel uitmaakt van de legger.

3.3. Vraag:

De derde onderzoeksvraag is hoe de regeling uit de Omgevingswet voor 'beperkingengebieden' zich verhoudt tot de huidige situatie waarbij waterschappen conform artikel 5.1 Waterwet de beschermingszones in de legger opnemen.

Antwoord:

Het meest opvallende verschil tussen de legger ingevolge de Waterwet en het beperkingengebied ingevolge de Omgevingswet is dat de overzichtskaart, waarop de ligging van waterstaatswerken en daaraan grenzende beschermingszones staat aangegeven, op grond van de Waterwet nog wel bij de legger behoort, maar onder de Omgevingswet niet meer. In de legger, op grond van artikel 2.39 van de Omgevingswet, worden alleen ligging, vorm, afmetingen en constructie van waterstaatswerken en de beperkingengebieden beschreven. De daadwerkelijke aanwijzing van de beperkingengebieden met het bijbehorende regime van vergunningen en algemene regels gebeurt bij of krachtens de waterschapsverordening (in de zin van artikel 2.5 Omgevingswet). Cruciale vraag is dus of door het enkel overhevelen van de aanwijzing van beschermingszones in de legger naar aanwijzing daarvan in de waterschapsverordening tot gevolg heeft (of zou moeten hebben) dat daartegen niet langer bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is dat het geval, aangezien de aanwijzing van een gebied in een verordening waar een in diezelfde verordening opgenomen verbod of gebod geldt, volgens de Afdeling het rechtskarakter van de verordening deelt. Dat geldt ook voor de in die verordening opgenomen bevoegdheid tot wijziging van die gebiedsaanwijzing door het waterschapsbestuur. De aanwijzing van beperkingengebieden voor waterstaatswerken, waarvan ook de beschermingszones deel uitmaken, in de waterschapsverordening alsmede wijzigingen van die gebieden die op grond van de verordening mogelijk zijn daarmee evenals de waterschapsverordening zelf algemeen verbindende voorschriften. Daartegen staat ingevolge artikel 8:3 Awb



geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Wel moet bedacht worden dan de gebiedsaanwijzing, evenals andere algemeen verbindende voorschriften uit de waterschapsverordening, exceptief door de rechter kunnen worden getoetst, bij de beoordeling van besluiten die zijn gebaseerd op de waterschapsverordening en waartegen wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, zoals beslissingen op aanvragen om watervergunningen of handhavingsbesluiten.

Ons inziens roept wat in de memorie van toelichting en in de Nota naar aanleiding van het nader verslag (aangehaald in paragraaf 2.3.4) wordt opgemerkt over rechtsbescherming tegen de legger de nodige vragen op. De parlementaire stukken lijken tegenstrijdig met elkaar. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat er geen rechtsbescherming mogelijk zal zijn tegen de legger en in de Nota naar aanleiding van het nader verslag wordt gesteld dat ook voor de legger in het nieuwe stelsel zal worden aangesloten bij de bestaande rechtsbeschermingsmogelijkheden. Nu de aanwijzing van beperkingengebieden onder de Omgevingswet zal plaatsvinden middels de waterschapsverordening en hiertegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat (anders dan door exceptieve toetsing) is het de vraag of de bestaande rechtsbeschermingsmogelijkheden gehandhaafd blijven.