

Peilbeheer op peil

De verhouding tussen het peilbesluit en de watervergunning voor peilafwijkingen

M en R 2016/137



In dit artikel staat de verhouding tussen het peilbesluit en de watervergunning voor het afwijken van het peil centraal. Welke juridische verplichtingen vloeien hieruit voort voor het waterschapsbestuur en de burger? Hoe kan degene die baat heeft bij een afwijkend peil worden verplicht om zelf de maatregelen te nemen om dit afwijkende peil in stand te houden? Wat betekent dit voor de aansprakelijkheid van het waterschap en de burger? Wat zijn de gevolgen van de Omgevingswet op deze materie? Dit artikel geeft antwoord op deze vragen.

1. Inleiding

Goed peilbeheer is van groot belang voor Nederland als laaggelegen delta. Peilbeheer is namelijk een belangrijk instrument om het land bewoonbaar te houden en ervoor te zorgen dat de landbouw en andere gebruikers optimaal gebruik kunnen maken van de grond. Een van de instrumenten om het peil te reguleren is het peilbesluit. In peilbesluiten stellen waterschapsbesturen² waterstanden of bandbreedten vast waarbinnen waterstanden kunnen variëren. In de bij het peilbesluit aangegeven perioden rust op het waterschapsbestuur de wettelijke plicht ex art. 5.2 lid 2 Waterwet om deze waterstanden zoveel mogelijk te handhaven. Het gaat dan veelal om peilbesluiten die zijn vastgesteld voor oppervlaktewaterlichamen; zoals sloten of kanalen.

Het beheergebied van waterschappen is – voor zover voor dat gebied een verplichting bestaat tot het vaststellen van een peilbesluit – meestal ingedeeld in peilvakken met peilen die aansluiten op de ontwateringseisen vanuit het landgebruik.³ In de praktijk komt het regelmatig voor dat (veelal)

particulieren gebaat zijn bij een afwijkend peil binnen het peilvak. Het peil wordt dan – in afwijking van de in het peilbesluit opgenomen peil – kunstmatig plaatselijk verlaagd om bepaalde vormen van grondgebruik te faciliteren die gebaat zijn bij een afwijkend peil. Dit wordt ook wel onderbemaling genoemd. Een voorbeeld hiervan is het peilbeheer ten behoeve van de bollensector. Dit peilbeheer moet zeer nauwgezet worden uitgevoerd. Te grote peilfluctuaties zijn nadelig voor de teelt en veel bollentelers hebben daarom in het verleden zelf een bemalingssysteem aangelegd. Het voordeel van onderbemaling voor sommige gebruikers is dat zij het peil zelf – al dan niet tijdelijk – kunnen verlagen. Ook kan er behoefte bestaan om binnen een peilvak plaatselijk een hoger peil te hanteren, bijvoorbeeld om schade aan houten funderingen van gebouwen te voorkomen.⁴

De meeste onderbemalingen komen voor in veenweidegebieden. Deze gebieden hebben namelijk de grootste maaiveld-dalingen. Verschillen in maaiveld-daling hebben ervoor gezorgd dat delen lager zijn komen te liggen. De onderbemalingen hebben deze situatie verergerd, omdat een lager waterpeil zorgt voor een maaiveld-daling en een maaiveld-daling zorgt voor hoogteverschillen met het omliggende gebied, waardoor weer een lager waterpeil nodig is ten behoeve van het faciliteren van het specifieke grondgebruik. Onderbemalingen kunnen daarmee leiden tot een vicieuze cirkel van peilverlagingen en bodemdaling.⁵ Onderbemalingen kunnen zijn gereguleerd in de keur. In veel gevallen is voor onderbemaling een watervergunning vereist, dat wil zeggen dat het verboden is om zonder watervergunning van het waterschapsbestuur de waterstand op een ander peil te brengen of te houden dan het peil dat in het peilbesluit is vastgesteld (hierna: peilafwijkvergunning). In het verleden hebben sommige waterschapsbesturen onvoldoende toezicht uitgevoerd op deze onderbemalingen. Voor sommige afwijkingen zijn peilafwijkvergunningen verleend, voor andere afwijkingen niet. Voor de niet-vergunde en dus illegale afwijkingen bestaat veelal (nog) geen handhavingsbeleid.

Voor het peilbeheer in gebieden met onderbemaling of een hoogwatervoorziening kunnen dus twee juridische instru-

1 Mr. dr. F.A.G. (Frank) Groothuijse is als universitair hoofddocent omgevingsrecht verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht. Mr. J. (Julian) Kevelam is als promovendus verbonden aan het UCWOSL van de Universiteit Utrecht. Hij is tevens als juridisch adviseur verbonden aan Soppe Gundelach Witbreuk advocaten te Almelo.

2 Of Rijkswaterstaat, als beheerder van de rijkswateren. Deze beheerder blijft in dit artikel verder buiten beschouwing.

3 Dit wordt 'peil volgt functie' genoemd. Het streven is om dit om te draaien ('functie volgt peil') indien men verdere bodemdaling tegen wil gaan.

4 Dit wordt ook wel een hoogwatervoorziening genoemd. Een hoger peil is bijvoorbeeld wenselijk als de fundering van een woning droog komt te staan of niet is berekend op decennialange peilverlagingen die de maaiveld-daling volgen, waardoor gebouwen kunnen verzakken.

5 Deze vicieuze cirkel wordt versterkt, omdat schade die uitsluitend het gevolg is van aanpassingen van de peilen in peilbesluiten aan de natuurlijke bodemdaling in de lijn der verwachting liggen en om die reden worden beschouwd als een normaal maatschappelijk risico en de schade dus niet voor vergoeding in aanmerking komt. Zie ABRvS 9 augustus 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AN5183, AB 1996, 434; ABRvS 16 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU6237 en ABRvS 2 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4181.

menten van belang zijn: het peilbesluit en de peilafwijkvergunning. Dit roept de vraag op wat de verhouding is tussen de beide juridische instrumenten en welke rechtsgevolgen hieruit voortvloeien voor zowel het waterschapsbestuur als de burger. In het verlengde hiervan kan de vraag worden gesteld in hoeverre het waterschapsbestuur degenen die baat hebben bij een afwijkend peil ten opzichte van het in het peilbesluit opgenomen peil kan verplichten om zelf de maatregelen te treffen die nodig zijn om het afwijkende peil in stand te houden en wie vervolgens aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van het niet in stand houden van het afwijkende peil.⁶ Op deze vragen wordt in dit artikel ingegaan. In de literatuur is aan beide instrumenten aandacht besteed, maar de verhouding tussen de instrumenten met de daarbij behorende consequenties is nog niet eerder onderzocht.⁷

2. Plan van behandeling

Allereerst (paragraaf 3) zullen wij ingaan op het juridische karakter van het peilbesluit en welke verplichtingen dit besluit voor het waterschapsbestuur in het leven roept. In de tweede plaats (paragraaf 4) zullen wij ingaan op de relatie tussen het peilbesluit en de peilafwijkvergunning en welke gevolgen dit heeft voor de uit het peilbesluit voortvloeiende verplichtingen van het waterschapsbestuur. Daarbij staat de relatie tussen het peilbesluit en de regulering van handelingen die het vastgestelde peil kunnen beïnvloeden centraal. Vervolgens (paragraaf 5) zal worden gezien in hoeverre de verplichting tot instandhouding van een afwijkend peil door het waterschapsbestuur aan de vergunninghouder kan worden opgelegd. Voorts (paragraaf 6) zullen wij ingaan op de vraag wie aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van het niet in stand houden van het afwijkende peil, indien de verplichting tot instandhouding van het afwijkende peil aan burgers kan worden opgelegd. Ook (paragraaf 7) zullen we kort de gevolgen van de inwerkingtreding van de Omgevingswet voor de bovengenoemde problematiek bespreken. Wij sluiten tot slot af met een aantal conclusies (paragraaf 8).

3. Peilbesluit: rechtskarakter en rechtsgevolgen

3.1 Wettelijke basis

Het waterschapsbestuur is op grond van art. 5.2 lid 1 Waterwet verplicht om voor daartoe aan te wijzen oppervlaktewater- of grondwaterlichamen onder zijn beheer één of meer peilbesluiten vast te stellen. Deze aanwijzing vindt ingevolge art. 5.2 lid 3 Waterwet, voor zover het gaat om

regionale wateren, plaats bij of krachtens provinciale verordening. In peilbesluiten stellen waterschapbesturen waterstanden of bandbreedten vast waarbinnen waterstanden kunnen variëren. In de bij het peilbesluit aangegeven perioden rust op het waterschapsbestuur de wettelijke plicht ex art. 5.2 lid 2 Waterwet om deze waterstanden zoveel mogelijk te handhaven. Deze inspanningsplicht is gericht tot het waterschapsbestuur en niet tot de burger. Voor de burger roept een peilbesluit geen rechtsgevolgen in leven. Wel kunnen belanghebbenden verzoeken om handhaving als het waterschapsbestuur zijn inspanningsverplichting veronachtzaamt,⁸ of kunnen zij het waterschap aansprakelijk stellen wanneer zij ten gevolge daarvan schade lijden.⁹ Overigens zullen wij op het handhavingsvraagstuk in paragraaf 3.4 en op het aansprakelijkheidsvraagstuk in paragraaf 6 nog nader ingaan.

3.2 Totstandkoming peilbesluiten

Het peilbesluit is een besluit van algemene strekking waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.¹⁰ Tegen de vaststelling van peilbesluiten staat voor belanghebbenden bezwaar open, tenzij afdeling 3.4 Awb op de voorbereiding van het peilbesluit van toepassing is verklaard. In dat geval is er geen bezwaarfase, maar staat voor belanghebbenden de mogelijkheid open om zienswijzen in te dienen op het ontwerppeilbesluit. Afdeling 3.4 Awb kan overigens ook van toepassing worden verklaard op de totstandkoming van peilbesluiten in de provinciale verordening. Die bevoegdheid bestaat op grond van art. 5.2 lid 3 Waterwet. Ingevolge laatstgenoemde bepaling is het mogelijk om bij verordening nadere regels te stellen met betrekking tot het peilbesluit. Vervolgens staat voor belanghebbenden beroep en hoger beroep open bij de bestuursrechter volgens de algemene regels van de Awb.

3.3 Vaststelling peilbesluiten

De vaststelling van het peilbesluit moet gericht zijn op de in art. 2.1 Waterwet genoemde doelstellingen.¹¹ Het waterschapsbestuur zal dus in voorkomende gevallen de doelstellingen van het voorkomen van wateroverlast en overstromingen, (ecologische en chemische) waterkwaliteit en de aan het desbetreffende watersysteem toegekende maatschappelijke functies in het peilbesluit moeten verenigen. Bovendien moet het waterschapsbestuur bij de vaststelling van het peilbesluit alle betrokken belangen, zoals (eigendoms)belangen van ingezetenen, betrekken. Aangezien hieraan in grote mate beleidsmatige keuzes ten grondslag liggen, heeft het waterschapsbestuur daarmee een ruime mate van beoordelingsvrijheid. De vaststelling van peilbesluiten wordt door de bestuursrechter dan ook terughou-

6 Deze vragen zijn door Hoogheemraadschap van Delfland voorgelegd aan het UCWOSL ter advisering. Dit artikel is dan ook grotendeels gebaseerd op dit advies, zie: F.A.G. Groothuise en J. Kevelam, *Peilbeheer op peil – Een onderzoek naar de verhouding tussen het peilbesluit en de watervergunning voor het afwijken van het peil*, Utrecht: UCWOSL 2016 (www.uu.nl/utrecht-centre-for-water-oceans-and-sustainability-law).

7 Zie bijvoorbeeld I.P.A. van Heijst, 'Peilbesluit en schade: pompen of vergoeden?', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2015-7/8, p. 367-376 en H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, *Nederlands waterrecht in Europese context*, Deventer: Kluwer 2014, p. 246 en 247.

8 Het niet voldoen aan die wettelijke verplichting levert immers een overtreding op in de zin van art. 5:1 Awb.

9 Het toerekenbaar tekortschieten van het waterschap in het nakomen van de wettelijke inspanningsplicht kan immers een onrechtmatige daad opleveren in de zin van art. 6:162 BW.

10 Zie *Kamerstukken II 2006/07, 30818, 3*, p. 92.

11 Zie onder meer ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2253.

dend getoetst.¹² Ook vastgesteld beleid ter invulling van die beoordelingsvrijheid wordt terughoudend getoetst door de bestuursrechter.¹³ Regelmatig wordt door rechtzoekenden aangevoerd dat het peilbesluit nadeel voor hen zal veroorzaken. Het enkele feit dat het vaststellen van een peilbesluit nadeel veroorzaakt, is nog geen reden om het betreffende besluit niet vast te stellen.¹⁴ Voor de vergoeding van schade ten gevolge van peilbesluiten kan de benadeelde immers een beroep doen op de nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Waterwet.¹⁵ Peilbesluiten hoeven zelf dan ook geen regeling voor nadeelcompensatie te bevatten.¹⁶

Bij het vaststellen van een peilbesluit zijn in ieder geval de volgende factoren van belang:

- Alle belangen die bij het peilbesluit betrokken zijn moeten worden meegenomen in de besluitvorming en (soms tegen elkaar) worden afgewogen.¹⁷ Dat kunnen vele verschillende belangen zijn. Om welke belangen het precies gaat, hangt af van ruimtelijke en waterhuishoudkundige functies waarop het grond- of oppervlaktepeil van invloed is. Voorbeelden zijn (grond)wateroverlastbestrijding in stedelijk gebied, natuurwaarden, recreatieve, landschappelijke, cultuurhistorische en agrarische belangen.
- Met de doelstellingen uit art. 2.1 Waterwet moet rekening gehouden worden.¹⁸ Het beheer van het waterschapsbestuur moet immers op deze doelstellingen zijn gericht. Onder deze doelstellingen vallen ook de voorkoming en beperking van (grond)wateroverlast.
- Voor zover in een regionaal waterplan een Gewenst Grond- en Oppervlaktewaterregime (hierna: GGOR) is vastgesteld of omtrent de vaststelling daarvan beleid wordt gevoerd, zal het waterschapsbestuur daarmee rekening moeten houden.¹⁹ Een GGOR dient om te bezien wat de huidige staat van het watersysteem is en

wat gelet op de functies in het gebied de ideale staat van het watersysteem zou moeten zijn.²⁰

- Voor zover in een provinciale verordening is bepaald dat het GGOR nader moet worden uitgewerkt in één of meer peilbesluiten of dat over het vaststellen van een GGOR nadere regels zijn gesteld, moeten die regels in acht worden genomen.

Voor de daadwerkelijke uitvoering van een peilbesluit kan een ontheffing op grond van de Flora- en faunawet benodigd zijn als daardoor beschermde soorten worden verstoord of gedood.²¹ Daarnaast is het peilbesluit een 'plan' in de zin van de Natuurbeschermingswet 1998 waarvoor een passende beoordeling vereist kan zijn, indien het peilbesluit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.²² Het peilbesluit kan voor bepaalde activiteiten in sommige gevallen een m.e.r.-beoordelingsplichtig besluit zijn.²³

3.4 Handhaving van peilbesluiten

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, bestaat er op grond van art. 5.2 lid 2 Waterwet een inspanningsverplichting voor het waterschapsbestuur om waterstanden of bandbreedten waarbinnen waterstanden kunnen variëren, gedurende daarbij aangegeven perioden zoveel mogelijk te handhaven. De vraag zou kunnen rijzen wat belanghebbenden te doen staat indien het waterschapsbestuur deze inspanningsverplichting veronachtzaamt. Is het bijvoorbeeld mogelijk om een verzoek tot handhaving, inhoudende een aanvraag (in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb) van een belanghebbende om een besluit te nemen, in te dienen? Onzes inziens is verdedigbaar dat dit mogelijk is. Er is dan immers gehandeld in strijd met een wettelijk voorschrift (art. 5.2 lid 2 Waterwet) als bedoeld in art. 5.1 lid 1 Awb,²⁴ zodat een verzoek tot handhaving aan datzelfde waterschapsbestuur mogelijk is. Ook in de jurisprudentie is al eens gewezen op deze mogelijkheid.²⁵ De reactie op dat verzoek is een beschikking waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.²⁶

3.5 Streefpeilen

Het waterschapsbestuur kan uitsluitend peilbesluiten vaststellen voor oppervlaktewater- en grondwaterlichamen die op grond van art. 5.2 Waterwet in een provinciale verordening zijn aangewezen.²⁷ Dat neemt evenwel niet weg dat het waterschapsbestuur in het kader van het

12 Zie ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2253; ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7469; ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2870; ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2013:8193; ABRvS 8 september 2010, AB 2010/293 en ABRvS 19 mei 2010, AB 2010/212, beide m.nt. A. van Hall.

13 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 8 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5466.

14 Zie ABRvS 20 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1868; ECLI:NL:RVS:2011:BQ1870 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ1869.

15 Zie ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1177.

16 Zie ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2870.

17 Zie o.a. ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2013:8193, ABRvS 8 september 2010, AB 2010/293 en ABRvS 19 mei 2010, AB 2010/212, beide m.nt. A. van Hall.

18 Deze doelstellingen zijn de voorkoming en beperking van wateroverlast en overstromingen, waterschaarste, de ecologische en chemische waterkwaliteit en de aan het watersysteem toegekende maatschappelijke functies.

19 De belangen van de ruimtelijke ordening, waarmee een goede afstemming moet worden bereikt, nemen daarbij een belangrijke plaats in. Zie de parlementaire geschiedenis bij de Wet op de waterhuishouding op dit punt: *Kamerstukken II* 1986/87, 17367, 6, p. 16. Het betreft de gewenste waterhuishoudkundige staat van het grond- en oppervlaktewater (kwalitatief en kwantitatief) en is het resultaat van (hiervoor genoemde) ruimtelijke, maatschappelijke en waterhuishoudkundige afwegingen.

20 Dat GGOR een geschikte manier is om alle relevante belangen/functies bij het nemen van een peilbesluit in het beheergebied van het waterschap af te wegen overwoog de Afdeling al eens (impliciet) in haar uitspraak van 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7469. Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30818, 3, p. 36.

21 Zie ABRvS 3 april 2013, AB 2013/422, m.nt. P. Mendelts.

22 Zie ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7465.

23 Zie de categorieën D49.1 t/m D49.3 van het Besluit milieueffectrapportage.

24 Onder 'gedraging' in de zin van art. 5.1 lid 1 Awb wordt mede verstaan 'nalaten', zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 77.

25 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Gelderland 29 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8158 en ABRvS 20 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1616.

26 Overigens merken wij op deze plaats wel op dat men niet direct voor een 'juridisch traject' behoeft te kiezen, maar dat (informeel) een melding aan het bevoegd gezag ook kan volstaan.

27 Zie ABRvS 2 april 2014, AB 2014/199 (ECLI:NL:RVS:2014:1126).

kwantitatieve grond- en oppervlaktewaterbeheer uit eigen beweging zogenoemde 'streefpeilen' kan vaststellen voor niet-aangewezen oppervlakte- of grondwaterlichamen.²⁸ Omdat deze streefpeilen voor niet-aangewezen waterlichamen geen peilbesluiten in de zin van art. 5.2 Waterwet, noch anderszins appellabele besluiten zijn, staat daartegen voor belanghebbenden ook geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Streefpeilen zijn volgens de Afdeling in het geheel geen besluiten in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, omdat zij niet op rechtsgevolg gericht zijn. Hiermee wordt geen recht, plicht, bevoegdheid of juridische status gecreëerd of teniet gedaan.²⁹ Hierbij is volgens ons tevens nog van belang dat het waterschapsbestuur met de vaststelling van het streefpeil ook geen rechtsgevolg heeft beoogd. Omdat een streefpeil geen wettelijke inspanningsplicht voor het waterschapsbestuur met zich brengt, kan bestuursrechtelijke handhaving van deze wettelijke plicht dus ook niet aan de orde zijn. Hoewel streefpeilen in formeel juridische zin geen peilbesluiten zijn, zal het waterschapsbestuur bij de uitoefening van het waterbeheer op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wel rekening moeten houden met de eigen streefpeilen.³⁰ Dat betekent dat daarvan slechts gemotiveerd kan worden afgeweken. Het waterschapsbestuur is over de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur immers gebonden aan beleid dat het zelf heeft vastgesteld.

4. De relatie tussen het peilbesluit en de peilafwijkvergunning

4.1 De bevoegdheid van het waterschapsbestuur om afwijkende peilen te reguleren

Zoals in de vorige paragraaf is opgemerkt, is het peilbesluit gericht tot het waterschapsbestuur en niet tot de burger. Een peilbesluit heeft dan ook uitsluitend interne werking, maar is wel op rechtsgevolg gericht. Het peilbesluit roept namelijk op grond van art. 5.2 lid 2 Waterwet de inspanningsverplichting voor het waterschapsbestuur in het leven om de daarin vastgestelde waterstanden zoveel mogelijk te handhaven.

Om het in het peilbesluit vastgestelde peil zoveel mogelijk te handhaven, zullen waterschappen feitelijke beheerhandelingen moeten verrichten, zoals het bedienen van sluizen en gemalen, het aanleggen van duikers en de afvoer van overtollig water, et cetera. Daarnaast kunnen waterschappen ook hun regelgevende bevoegdheid inzetten om de waterstanden in het peilbesluit zoveel mogelijk te handhaven. Dat kunnen zij doen door handelingen van derden die de waterstand kunnen beïnvloeden in de keur aan een vergunningplicht te onderwerpen. Omdat het peilbesluit wordt vastgesteld met het oog op de doelstellingen van de

Waterwet, kunnen handelingen van derden die een afwijking van dat peilbesluit kunnen bewerkstelligen, worden gereguleerd in de keur. Regulering van deze handelingen geschiedt dan immers eveneens ter behartiging van de aan het waterschapsbestuur opgedragen wettelijke taken.³¹ Deze vergunningplicht strekt tot de behartiging van de aan het waterschapsbestuur opgedragen taak om zorg te dragen voor het regionale watersysteem gericht op de in art. 2.1 lid 1 Waterwet genoemde doelstellingen.

Het is onzes inziens niet mogelijk om een afwijkend peil via algemene regels te regelen, omdat er naar ons oordeel een afzonderlijk besluit nodig is om een afwijkend peil toe te staan. Duidelijk moet zijn dat er van het peilbesluit wordt afgeweken, wat dat afwijkende peil precies mag zijn en dat degene die van het peil afwijkt dat peil ook in stand moet houden. Het afwijkende peil kan immers van invloed zijn op het beheer van het desbetreffende watersysteem. Bovendien kan een afwijkend peil gevolgen hebben voor derdebelanghebbenden, die daartegen in onze ogen bestuursrechtelijke rechtsbescherming moeten kunnen aanwenden. Tegen een wijziging van het peilbesluit zouden zij immers ook bestuursrechtelijke rechtsbescherming kunnen aanwenden.

4.2 Verschil tussen het peilbesluit en de peilafwijkvergunning

Het peilbesluit en de peilafwijkvergunning moeten in juridische zin strikt van elkaar worden onderscheiden. Het peilbesluit is immers een besluit van algemene strekking dat wordt vastgesteld door het algemeen bestuur en zich uitsluitend richt tot het waterschapsbestuur, terwijl de regulering van afwijkingen van de in het peilbesluit vastgelegde waterstand door middel van een vergunningplicht gericht is tot de burger.³² Wanneer het gaat om een vergunningplicht, betreft het een beschikking, die door het dagelijks bestuur wordt verleend. Tegen zowel het peilbesluit als de peilafwijkvergunning staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.

Het peilbesluit en de peilafwijkvergunning, alsmede de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen, bestaan afzonderlijk van elkaar. De tot de burger gerichte regels en vergunningvoorschriften doen dan ook niet af aan de rechtsgevolgen die het peilbesluit voor het waterschapsbestuur in het leven heeft geroepen. Ook als er aan een grondgebruiker een peilafwijkvergunning wordt verleend, blijft het peilbesluit en de daarmee samenhangende inspanningsverplichting van art. 5.2 lid 2 Waterwet voor het waterschapsbestuur met betrekking tot het deel van het oppervlaktewaterlichaam waarvoor een peilafwijkvergunning is verleend onaangetast.

Een peilafwijkvergunning ontslaat het waterschapsbestuur onzes inziens dan ook niet van de inspanningsverplichting om waterstanden of bandbreedten waarbinnen waterstanden kunnen variëren zoveel mogelijk te handhaven.

28 Streefpeilen worden vaak vastgesteld in hellende gebieden waar het peil om technische redenen veel minder eenvoudig te handhaven is.

29 Zie ABRvS 2 april 2014, AB 2014/199 (ECLI:NL:RVS:2014:1126).

30 Ook kan aan streefpeilen gewicht worden toegekend bij de vaststelling van een projectplan voor de aanleg of wijziging van waterstaatswerken in de zin van art. 5.4 Waterwet. Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:972.

31 Art. 56 en 78 lid 1 Waterschapswet.

32 Lees: agrariër.

4.3 *Verenigbaarheid van peilbesluit en peilafwijkvergunning*

De vraag is evenwel of een peilafwijkvergunning kan worden verleend. Betoogd zou kunnen worden dat dit niet mogelijk is, omdat het waterpeil dat is vastgelegd in het peilbesluit geacht wordt het peil te zijn dat is vastgesteld met het oog op de doelstellingen van de Waterwet. Een waterpeil dat daarvan afwijkt, zou kunnen worden aangemerkt als onverenigbaar met die doelstellingen, zodat de verlening van een peilafwijkvergunning in strijd is met art. 6.21 Waterwet. Die redenering volgend, kan voor een oppervlaktewaterlichaam (of peilvak) maar één peil tegelijkertijd de doelstellingen van de Waterwet weerspiegelen. Als dat een ander peil is of zou moeten zijn dan het geldende peilbesluit dan zou kunnen worden betoogd dat het peilbesluit voor het desbetreffende waterlichaam of peilvak moeten worden gewijzigd (door kleinere peilvakken vast te stellen) of dat het peilbesluit moet worden ingetrokken. Het vaststellen van een peilbesluit heeft immers als rechtsgevolg dat er voor het waterschapsbestuur een inspanningsverplichting in het leven wordt geroepen om de daarin vastgelegde waterstanden of brandbreedten waarbinnen waterstanden kunnen variëren zoveel mogelijk te handhaven. Dit peilbesluit is tot stand gekomen na (onder andere) een toets aan de doelstellingen van de Waterwet en een afweging van alle daarbij betrokken belangen. Door het verlenen van een watervergunning voor het afwijken van een in het peilbesluit vastgesteld peil maakt het waterschapsbestuur de nakoming van de eigen wettelijke inspanningsverplichting om het in het peilbesluit vastgelegde peil zoveel mogelijk te handhaven onmogelijk. Verlening van peilafwijkvergunning is in zoverre innerlijk tegenstrijdig met het eigen beleid en zou naar ons oordeel als onverenigbaar met de doelstellingen van de Waterwet kunnen worden beschouwd, waardoor dergelijke vergunningen ingevolge art. 6.21 Waterwet zouden moeten worden geweigerd.

Feit is echter dat het een bestaande praktijk is dat er door beheerders peilafwijkvergunningen worden verleend. Ook de Unie van Waterschappen gaat er blijkens haar modelbeleidsregels vanuit dat het mogelijk is om een peilafwijkvergunning te verlenen.³³ Voorts lijkt de Afdeling ervan uit te gaan dat dergelijke vergunningen niet op voorhand hoeven te worden geweigerd. De Afdeling overweegt in een uitspraak over (de inmiddels vervallen goedkeuring van) een peilbesluit dat in rechte ter discussie stond waarvan appellanten vreesden dat individuele onderbemalingen door de vaststelling (en goedkeuring) van het peilbesluit niet meer zouden zijn toegestaan:

“In het bijzonder heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat het peilbesluit er niet aan in de weg staat dat er ten aanzien van individuele percelen maatregelen worden getroffen tot wijziging van de waterhuishouding en dat voor onderbemaling – met inachtneming van

het daarop van toepassing gesteld beleid – vergunning kan worden verleend. Het bepaalde in artikel 24 van de Wet op de Waterhuishouding, in samenhang met artikel 15 van de Verordening Waterbeheer Rijnland, biedt het hoogheemraadschap daartoe de bevoegdheid. Het hoogheemraadschap zal in voorkomende gevallen moeten beslissen of vergunning voor onderbemaling kan worden verleend. Anders dan appellanten hebben betoogd, kan niet op voorhand worden aangenomen dat een vergunning nooit zal worden verleend.”³⁴

Hoewel deze uitspraak is gedaan onder het oude recht, is het oordeel van de Afdeling dat een peilbesluit en een peilafwijkvergunning naast elkaar kunnen bestaan en dat een peilafwijkvergunning niet per definitie hoeft te worden geweigerd, naar ons oordeel ook van belang voor het huidige recht. Bij de beslissing op een aanvraag om een peilafwijkvergunning dient het waterschapsbestuur immers ook het eigen beleid en de doelstellingen voor het waterbeheer te betrekken.

In het navolgende zullen wij nader ingaan op de verhouding tussen het peilbesluit en de peilafwijkvergunning.

5. **Verplichting tot instandhouding afwijkend peil voor vergunninghouder**

5.1 *Bevoegdheid van het waterschapsbestuur om verplichting tot instandhouding afwijkend peil aan vergunninghouder op te leggen*

Het is voor het waterschapsbestuur ongewenst als de grondgebruiker toestemming krijgt om af te wijken van de waterstand(en) in het peilbesluit en tegelijkertijd het peilbesluit en de daarmee samenhangende inspanningsplicht voor het waterschapsbestuur onverkort van toepassing blijft. De vraag is dan ook op welke wijze de vergunninghouder kan worden verplicht om het afwijkende peil in stand te houden, terwijl het waterschapsbestuur wordt ontheven van de inspanningsplicht om de waterstand(en) uit het peilbesluit te handhaven.

Aan het toestaan van peilafwijkingen kunnen voorwaarden worden verbonden met het oog op de doelstellingen van art. 2.1 lid 1 Waterwet of andere bij dit besluit betrokken belangen.³⁵ Het waterschapsbestuur zal het (peil)beheer van het watersysteem moeten afstemmen op het afwijkende peil waarvoor de peilafwijkvergunning is verleend. Daarbij moet het waterschapsbestuur er vanuit kunnen gaan dat het vergunde afwijkende peil ook daadwerkelijk in stand wordt gehouden. Wordt dat peil niet in stand gehouden, dan kan dat problemen veroorzaken bij het beheer van het watersysteem, zoals wateroverlast of waterschaarste. Aan de peilafwijkvergunning kan dan ook het vergunningvoorschrift worden verbonden op grond waarvan de vergunninghouder verplicht is het afwijkende peil ook daadwerkelijk in stand te houden. Dat kan betekenen dat de vergunninghouder

33 Zie Unie van Waterschappen, Beleidsregels voor waterkering, waterkwaliteit, grondwater en ecologie, vastgesteld door de ledenvergadering op 22 maart 2013, p. 4-6.

34 ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4219, r.o. 2.3.

35 Zie voor vergunningen: art. 6.13 Waterwet jo. art. 6.20 lid 1 Waterwet jo. art. 6.21 Waterwet jo. art. 2.1 lid 1 Waterwet.

voor de instandhouding van het afwijkende peil kunstwerken, zoals een stuw of gemaal, moet aanleggen en bedienen. Indien de vergunningvoorschriften die de vergunninghouder verplichten om het peil in stand te houden niet worden nageleefd, kan het waterschapsbestuur daartegen handhavend optreden,³⁶ en zal het vanwege de beginselplicht tot handhaving daartegen ook handhavend moeten optreden.³⁷ Indien de grondeigenaar/-gebruiker niet dezelfde of niet de enige profijthebber is van een afwijkend peil, zoals bij lintbebouwing, dan is de vraag aan wie de peilafwijkvergunning moet worden verleend. Indien de grondeigenaar/-gebruiker geen belang of profijt heeft van het afwijkend peil, zal hij geen vergunning aanvragen voor het hanteren van een afwijkend peil, zodat er ook geen vergunning kan worden verleend. Indien er naast de grondeigenaar/-gebruiker meer personen belang hebben bij een afwijkend peil, dan zal hij met deze personen afspraken kunnen maken over vergoeding van kosten voor het in stand houden van het afwijkend peil en de aansprakelijkheid voor schade als het peil niet in stand wordt gehouden. Die afspraken kunnen ook de vorm aannemen van een gezamenlijke eigendom en beheer van het werk dat het peil in stand moet houden. Daarvoor zijn verschillende privaatrechtelijke constructies te verzinnen: mandeligheid (Boek 5, titel 5 BW) zou daarbij een optie kunnen zijn. Mandeligheid ontstaat ingevolge art. 5:50 BW, wanneer een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven en door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hun opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers.

5.2 Hoe kan het waterschapsbestuur van zijn inspanningsverplichting worden ontheven?

Dat de vergunninghouder in een aan de watervergunning verbonden voorschrift kan worden verplicht om het afwijkende peil in stand te houden, ontslaat het waterschapsbestuur niet van de verplichting om de in het nog steeds geldende peilbesluit vastgestelde waterstanden zoveel mogelijk te handhaven. Het peilbesluit is door het verlenen van de peilafwijkvergunning immers niet ingetrokken of gewijzigd. De vraag is dan ook of, en zo ja, hoe het waterschapsbestuur van zijn inspanningsplicht kan worden ontheven. Een wijziging van het peilbesluit tot het vergunde afwijkende peil is daarvoor onvoldoende, omdat in dat geval de plicht ex art. 5.2 lid 2 Waterwet om dat peil zoveel mogelijk te handhaven voor het waterschapsbestuur blijft gelden. Datzelfde geldt indien middels een wijziging van het peilbesluit aparte kleine peilvakken worden vastgesteld om het specifieke grondgebruik te faciliteren. Kortom, welk peil ook wordt vastgesteld, de wettelijke inspanningsverplichting voor de beheerder blijft gelden. Om de inspanningsplicht voor het waterschapsbestuur te laten vervallen, zal het peilbesluit voor het perceel van de vergunninghouder moeten worden ingetrokken. Het geldende

peilbesluit zal echter niet rechtmatig kunnen worden ingetrokken zolang de provinciale verordening het waterschapsbestuur verplicht tot het vaststellen van een peilbesluit voor het desbetreffende oppervlaktewaterlichaam. Om de inspanningsplicht van het waterschapsbestuur te laten vervallen, zal – naast de intrekking van het geldende peilbesluit – ook de verplichting van het waterschapsbestuur om een peilbesluit vast te stellen voor het peilgebied, waarvoor de peilafwijkvergunning wordt verleend, moeten komen te vervallen. Wij denken daarbij aan de volgende juridische constructie. In de provinciale verordening zouden oppervlaktewaterlichamen waarvoor een peilbesluit moet worden vastgesteld voorwaardelijk kunnen worden aangewezen; in die zin dat de aanwijzing geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat er voor het desbetreffende gebied een peilafwijkvergunning van kracht is om van de oorspronkelijke waterstand(en) af te wijken. Aan die vergunning moet het voorschrift worden verbonden op grond waarvan de vergunninghouder wordt verplicht het afwijkende peil ook zelf in stand te houden. Op het waterschapsbestuur blijft vanzelfsprekend de verplichting rusten om te controleren of de vergunninghouder overeenkomstig het aan de peilafwijkvergunning verbonden voorschrift het afwijkende peil ook daadwerkelijk in stand houdt. Voor zover dat niet het geval is, zal het waterschapsbestuur daartegen in beginsel handhavend moeten optreden door de vergunninghouder een last onder bestuursdwang of -dwangsom op te leggen. Ook kan het waterschapsbestuur bij wijze van sanctie zijn vergunning intrekken als de vergunninghouder de vergunningvoorschriften niet naleeft en binnen een geboden redelijke begunstigingstermijn niet alsnog aan de vergunningvoorschriften voldoet.³⁸ Naast de bevoegdheid tot intrekking bij wijze van sanctie, is het waterschapsbestuur verplicht om de peilafwijkvergunning in te trekken als de afwijking van het peil niet langer in overeenstemming is met de doelstellingen van de Waterwet, voor zover niet aan die doelstellingen kan worden voldaan door het verbinden van (extra) voorschriften aan de vergunning of wijziging van de vergunning.³⁹

Om de in paragraaf 4.3 geconstateerde innerlijke tegenstrijdigheid en onverenigbaarheid met de doelstellingen van de Waterwet als bedoeld in art. 6.21 Waterwet te voorkomen, zal voordat de peilafwijkvergunning kan worden verleend het peilbesluit moeten zijn ingetrokken. Het verdient aanbeveling de peilafwijkvergunning direct na de intrekking van het peilbesluit te verlenen, zodat kan worden voorkomen dat de provinciale verordening het waterschapsbestuur verplicht om een peilbesluit te nemen. Het verdient aanbeveling om de voorbereiding van de verlening van de peilafwijkvergunning en de intrekking van het peilbesluit te coördineren en de rechtsbescherming daartegen te concentreren. Hetzelfde geldt voor de spiegelbeeldige situatie: het is aan te bevelen om de voorbereiding van de intrekking van de peilafwijkvergunning en het daarvoor in de plaats

36 Handelen in strijd met de vergunningvoorschriften is op grond van art. 6.20 lid 3 Waterwet verboden.
37 Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 mei 2010, AB 2010/203 (ECLI:NL:RVS:2010:BM4191).

38 Art. 8.4 lid 1 onder a en lid 2 Waterwet.
39 Zie art. 6.22 lid 3 onder b en lid 4 Waterwet.

komende peilbesluit te coördineren en de rechtsbescherming tegen beide besluiten te concentreren.⁴⁰

Indien de peilafwijkvergunning wordt ingetrokken of door de bestuursrechter wordt vernietigd, zal de verplichting om een peilbesluit voor het gebied vast te stellen op grond van de provinciale verordening herleven, voor zover het besluit tot intrekking van het peilbesluit niet ook is vernietigd. Wordt het besluit tot intrekking van het peilbesluit vernietigd, maar is de peilafwijkvergunning onherroepelijk geworden (bijvoorbeeld omdat daar geen of te laat beroep tegen is ingesteld) en kan het intrekkingbesluit niet worden gerepareerd, dan zullen het peilbesluit en de peilafwijkvergunning beide tegelijkertijd gelden. Gelet op de eerder besproken ongewenste gevolgen daarvan, zal het waterschapsbestuur de vergunning moeten intrekken. Verdedigbaar is zelfs dat het waterschapsbestuur daartoe op grond van art. 6.22 lid 3 sub b Waterwet verplicht is, omdat de peilafwijkvergunning niet langer verenigbaar is met de doelstellingen van de Waterwet.⁴¹ Door in de voorschriften van de peilafwijkvergunning te bepalen dat de peilafwijking pas tot stand mag worden gebracht als de intrekking van het peilbesluit onherroepelijk is geworden, kan worden voorkomen dat er voor een peilvak een peilbesluit geldt waarvan een vergunninghouder op grond van een peilafwijkvergunning van mag afwijken. Nadeel daarvan is dat het in bepaalde gevallen een tijd kan duren voordat het intrekkingbesluit onherroepelijk is en van de peilafwijkvergunning gebruik kan worden gemaakt.

6. Aansprakelijkheid

6.1 Zorgplichtjurisprudentie

Zoals reeds opgemerkt in paragraaf 1, kan het waterschap aansprakelijk zijn voor schade die het gevolg is van het niet naleven van de inspanningsplicht ex art. 5.2 lid Waterwet om de waterstanden uit het peilbesluit zoveel mogelijk te handhaven. Het betreft in dat geval aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad ingevolge art. 6:162 BW.

De vraag wat precies van het waterschapsbestuur kan worden gevergd bij het vervullen van zijn inspanningsplicht (zorgplicht) is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Volgens de jurisprudentie spelen daarbij – in algemene zin – onder meer het aantal, de aard en de lengte van de waterwegen waarvan het onderhoud ten laste van het waterschapsbestuur komt, en de middelen (financiële en andere) die het waterschapsbestuur voor het nakomen van zijn verplichtingen ten dienste staan een rol en dat het antwoord op de vraag welke betekenis aan deze en andere factoren in een gegeven geval moet worden toegekend veelal slechts met behulp van deskundigen zal kunnen worden vastgesteld. Daarbij speelt de aan het waterschapsbestuur toekomende beleidsvrijheid bij invulling van de zorgplicht een belangrijke rol.⁴² Die beleidsvrijheid be-

staat onder meer ten aanzien van de te treffen maatregelen en de prioritering daarvan. Tevens kan van belang zijn of waterschappen adequaat hebben gereageerd op klachten van particulieren door naar aanleiding van de klacht een onderzoek in te stellen en afhankelijk van de uitkomst daarvan de noodzakelijke en mogelijke maatregelen te treffen, of dat zij particulieren hadden kunnen waarschuwen voor mogelijke schade zodat zij zelf maatregelen hadden kunnen treffen om schade te voorkomen of te beperken.⁴³ Een waterschapsbestuur hoeft dus niet steeds zelf te onderzoeken of een ingeland last heeft van te hoge of te lage waterstanden en op basis daarvan reeds maatregelen te nemen vooruitlopend op een aangekondigde weersomstandigheid. Het waterschapsbestuur heeft dus een zekere beleidsvrijheid, maar die beleidsvrijheid gaat niet zover dat het optreden van een waterschapsbestuur slechts marginaal zou kunnen worden getoetst.⁴⁴ Als er beleid is vastgesteld ter invulling van de zorgplicht, dient het waterschapsbestuur ook overeenkomstig dat beleid te handelen.⁴⁵

6.2 Schade als gevolg van schending inspanningsverplichting peilbesluit

De inspanningsplicht ex art. 5.2 lid 2 Waterwet die op het waterschapsbestuur rust om de in het peilbesluit vastgestelde waterstanden zoveel mogelijk te handhaven, kan worden aangemerkt als een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Wanneer het waterschapsbestuur tekortschiet in deze inspanningsplicht, handelt hij in strijd met zijn wettelijke plicht.⁴⁶ Als ook aan de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is voldaan, dan is het waterschap aansprakelijk voor schade die derden lijden doordat de inspanningsplicht geschonden wordt.

Van belang is dat uit een peilbesluit slechts een inspanningsverplichting voortvloeit om de daarin vastgelegde waterpeilen te handhaven.⁴⁷ Daarom mag uit het enkele feit dat het waterpeil op enig moment niet gehandhaafd is, niet per definitie de conclusie worden getrokken dat de schade die daar het gevolg van is voor vergoeding in aanmerking komt.⁴⁸ Om van een onrechtmatige gedraging te kunnen spreken, moet vast komen te staan dat het waterschapsbestuur zich – in de concrete omstandigheden van het geval en gegeven de verschillende bij zijn beleid betrokken belangen en beschikbare middelen – onvoldoende heeft ingespannen om het beoogde waterpeil te handhaven en diens tengevolge beneden de zorg van een goed waterbeheerder is gebleven.⁴⁹ Beslissend is of het waterschapsbestuur in de gegeven omstandigheden een ander beleid had dienen te voeren dan wel andere maatregelen had dienen te treffen dan hij heeft gedaan om het ter plaatse vastgestelde

40 Bijvoorbeeld met behulp van par. 3.5.3 van de Awb (Coördinatie van besluitvorming en rechtsbescherming).

41 Vgl. par. 4.3.

42 Zie HR 9 oktober 1981, NJ 1982/332, m.nt. C.J.H. Brunner (Bargerbeek), HR 8 januari 1999, NJ 1999/319, HR 9 november 2001, en HR 19 november 1999, AB 2002/20 en 21, m.nt. Th.G. Drupsteen. Zie voorts Gerechtshof Amsterdam 16 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX6754.

43 Zie HR 8 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2813.

44 Zie HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5302.

45 Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2507.

46 Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5257.

47 Zie Gerechtshof Zwolle-Lelystad 3 februari 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BM8135 en Gerechtshof 's-Gravenhage 21 december 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ5784.

48 Zie Gerechtshof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:702 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4382.

49 Waaromtrent de burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen, zie ABRvS 16 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT0573. Zie ook: HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5302, NJ 2002/446.

waterpeil zoveel mogelijk te handhaven.⁵⁰ Daarbij kan een zekere beheermarge worden gehanteerd, omdat het enige tijd duurt voordat pompen aan- en afslaan.⁵¹ Een structurele en substantiële overschrijding van het waterpeil kan een indicatie vormen dat het waterschapsbestuur de op hem rustende zorgplicht heeft geschonden en brengt met zich dat van het waterschapsbestuur verwacht mag worden dat hij toelicht welke inspanningen hij zich heeft getroost om het waterpeil te handhaven en waarom deze inspanningen er niet toe hebben geleid dat het waterpeil niet meer dan in een incidenteel geval is overschreden dan wel waarom hem een structurele overschrijding niet kan worden verweten.⁵²

6.3 Aansprakelijkheid bij vergunningverlening voor peilafwijking

Als het waterschapsbestuur een peilafwijkvergunning verleent en het peilbesluit niet wordt ingetrokken, kan de situatie anders liggen. Voor de vergunninghouder geldt op grond van een aan de vergunning verbonden voorschrift de wettelijke plicht om het afwijkende peil te handhaven, terwijl voor het waterschapsbestuur op grond van art. 5.2 Waterwet tegelijkertijd de wettelijke (inspannings)plicht geldt om ter plaatse het in het peilbesluit opgenomen peil te handhaven. Indien de vergunninghouder het afwijkende peil overeenkomstig het vergunningvoorschrift in stand houdt, dan kan de eventuele schade die voor derden voortvloeit uit de instandhouding van het afwijkende peil, behoudens bijzondere omstandigheden,⁵³ niet worden verhaald op de vergunninghouder. Die schade zou wel kunnen worden verhaald op het waterschap, aangezien het waterschapsbestuur een vergunning heeft verleend voor hantering van dat afwijkende peil. Als de peilafwijkvergunning in bestuursrechtelijke zin onaantastbaar is geworden, wordt deze door de civiele rechter voor rechtmatig gehouden, zodat een aan het waterschap gerichte civielrechtelijke vordering op grond van onrechtmatige daad zal afstuiten op de formele rechtskracht.

Wel zou een derde op grond van art. 7.14 Waterwet een verzoek bij het waterschap kunnen indienen om nadeelcompensatie(vergoeding) wegens een rechtmatige overheidsdaad. Op grond van die bepaling komt aan degene die als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer schade lijdt of zal lijden, op zijn verzoek een vergoeding toe, voor zover de schade niet of niet geheel redelijkerwijze tot zijn laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd. De aansprakelijkheid van de overheid voor schade die voortvloeit uit een rechtmatige overheidsdaad is gebaseerd op het beginsel van de *égalité devant les charges publiques* (gelijkheid voor de openbare lasten) op grond waarvan alleen onevenredige, buiten het normaal maatschappelijk risico vallende en op een be-

perkte groep burgers of instellingen drukkende schade die het gevolg is van het op de behartiging van het openbaar belang gericht optreden van de overheid, voor vergoeding in aanmerking komt. Ook art. 7.14 Waterwet is op het *égalité*-beginsel gebaseerd.⁵⁴ Indien een derde door de verlening van een peilafwijkvergunning ten opzichte van anderen onevenredige schade lijdt die buiten het normaal maatschappelijk risico valt, dan kan hij die schade op grond van art. 7.14 Waterwet op het waterschap trachten te verhalen. Daarbij is van belang dat het waterschapsbestuur geacht wordt om zijn vergunningverlenende bevoegdheid in het algemeen belang uit te oefenen, dus ook de peilafwijkvergunning is in het algemeen belang verleend. Hieraan doet niet af, dat het doel waarvoor de peilafwijkvergunning wordt verleend, veelal een particulier doel zal zijn. Een parallel kan wat ons betreft worden getrokken met een arrest van de Hoge Raad uit 2003 over een vrijstelling van het bestemmingsplan of herziening van een bestemmingsplan ten behoeve van projecten van particulieren. Hierin overwoog de Hoge Raad dat ook het besluit tot vrijstelling van een bestemmingsplan onder de (oude) WRO het algemeen belang wordt geacht te dienen, ongeacht of de vrijstelling of de planherziening in overwegende mate de belangen dient van een of meer particulieren die hebben verzocht om de vrijstelling of herziening van het bestemmingsplan.⁵⁵ Voor zover benadeelden recht hebben op nadeelcompensatie kan het waterschapsbestuur de vergoede schade op grond van art. 7.17 lid 1 Waterwet bij beschikking in rekening brengen bij de aanvrager van de peilafwijkvergunning. Indien de aanvrager het niet eens is met de hoogte van de uitgekeerde nadeelcompensatie kan de aanvrager tegen die beschikking bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden.

Naast de bovenbeschreven aansprakelijkheid voor rechtmatige daad bij vergunningverlening, is het de vraag wie uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van tekortschieten in de wettelijke plicht om de peilen neergelegd in het peilbesluit en de vergunning (zoveel mogelijk) te handhaven. Daarbij moeten twee situaties worden onderscheiden:

1. **Het peilbesluit blijft naast de peilafwijkvergunning bestaan.**
2. **Het peilbesluit wordt ingetrokken en voor het desbetreffende gebied geldt uitsluitend nog de peilafwijkvergunning.**

50 Zie Gerechtshof Amsterdam 18 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4820.
 51 Zie Gerechtshof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:702.
 52 Zie Gerechtshof Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4382.
 53 Ook het handelen in *overeenstemming met* een vergunning kan onder omstandigheden immers een onrechtmatige daad opleveren. Zie HR 21 oktober 2005, NJ 2006/418, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, (*Van Ludlage/Paradijs*).

54 Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30818, 3, p. 62 en *Kamerstukken II 2006/07*, 30818, 3, p. 133.
 55 Zie HR 2 mei 2003, AB 2003/354, m.nt. G.A. van der Veen en E.W.J. de Groot (ECLI:NL:HR:2003:AF2848), r.o. 3.6.1. De HR overweegt: 'Bij een besluit tot vaststelling of herziening van een bestemmingsplan of tot het verlenen van vrijstelling van een bestemmingsplan (hierna: (een besluit tot) herziening) dient voor de gemeenteraad het – algemene – belang van een goede ruimtelijke ordening het criterium te zijn voor het al dan niet nemen van het besluit, ook als een voorgenomen herziening in overwegende mate het belang dient van een of meer particulieren van wie het initiatief om tot herziening te komen is uitgegaan.'

1) *Aansprakelijkheid bij verlening peilafwijkvergunning en instandhouding peilbesluit*

Als de vergunninghouder in strijd met het vergunningvoorschrift tekortschiet in het handhaven van het daarin opgenomen (afwijkende) peil en ten gevolge daarvan schade ontstaat voor derden, dan kan de vergunninghouder onder omstandigheden aansprakelijk zijn voor die schade, aangezien hij gehandeld heeft in strijd met een wettelijke plicht in de zin van art. 6.20 lid 3 Waterwet. Ook kan het waterschap aansprakelijk zijn voor de schade die is ontstaan door de overtreding van het vergunningvoorschrift door vergunninghouder, voor zover het waterschapsbestuur onvoldoende toezicht heeft gehouden op de naleving van de vergunningvoorschriften door de vergunninghouder. Het waterschapsbestuur kan bij overtreding van het vergunningvoorschrift handhavend optreden tegen de vergunninghouder door een last onder bestuursdwang of -dwangsom op te leggen of bij wijze van sanctie de vergunning in te trekken. Het is in algemene zin echter lastig om een overheidsorgaan aansprakelijk te stellen voor schade die is ontstaan ten gevolge van ontoereikende handhaving in gevallen waarin er geen concrete aanwijzingen waren dat de vergunningvoorschriften niet werden nageleefd. Dat ligt anders als het waterschapsbestuur in een concreet geval aanwijzingen had of had moeten hebben dat de vergunningvoorschriften niet werden nageleefd, waardoor schade voor derden kon optreden. Daarbij spelen de aard en omvang van de schade of risico's eveneens een rol.⁵⁶

Het waterschap kan in dit geval echter ook aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door een waterpeil dat (langere tijd) afwijkt van het peilbesluit, voor zover kan worden gesteld dat die schade voortvloeit uit het niet voldoen aan de wettelijke plicht ex art. 5.2 lid 2 Waterwet om het in het peilbesluit vastgestelde peil zoveel mogelijk in stand te houden. Het peilbesluit geldt immers naast en afzonderlijk van de peilafwijkvergunning. Een derde die schade lijdt ten gevolge van een waterpeil dat afwijkt van het waterpeil dat in de vergunning is voorgeschreven kan dus zowel de vergunninghouder op grond van overtreding van het vergunningvoorschrift als het waterschap op grond van ontoereikende handhaving van het vergunningvoorschrift aansprakelijk stellen. Echter, een derde die schade lijdt ten gevolge van een waterpeil dat afwijkt van het in het peilbesluit vastgestelde waterpeil kan het waterschap aansprakelijk stellen voor het veronachtzamen van de inspanningsplicht van art. 5.2 Waterwet, ook al is voor dat afwijkende peil een peilafwijkvergunning verleend.

De aansprakelijkheid van het waterschap voor schade die is ontstaan door veronachtzaming van zijn inspanningsplicht van art. 5.2 Waterwet zal niet succesvol kunnen worden ingeroepen door de vergunninghouder, aangezien hij het

56 Zie uitgebreider over het verschil tussen algemeen toezichtsfalen en concreet toezichtsfalen onder meer: A.T. Bolt en E.P. Ceulen, 'Aansprakelijkheid van de overheid als toezichthouder', *Gst.* 2016/4 en A.R. Neerhof, 'Over onrechtmatigheid van toezichts-, handhavingsfalen, mensenrechten en aansprakelijkheid', *O&A* 2007/106.

waterschapsbestuur juist heeft verzocht om toestemming om een van het peilbesluit afwijkend peil te hanteren en de vergunningvoorschriften hem de wettelijke plicht opleggen om het afwijkend peil in stand te houden.

2) *Aansprakelijkheid bij vergunningverlening voor afwijkend peil en intrekking peilbesluit*

Indien het waterschapsbestuur een peilafwijkvergunning verleent en tegelijkertijd het peilbesluit intrekt, geldt voor het waterschapsbestuur niet langer de wettelijke inspanningsplicht ex art. 5.2 lid 2 Waterwet, ervan uitgaande dat de door ons in paragraaf 5.2 geschetste juridische constructie is toegepast. Het waterschap kan in dat geval dus niet langer aansprakelijk zijn voor het tekortschieten in deze inspanningsplicht.⁵⁷ Voor de vergunninghouder geldt op grond van het vergunningvoorschrift echter wel de wettelijke plicht om het afwijkende peil in stand te houden. Voldoet hij niet aan het vergunningvoorschrift en vloeit daaruit schade voor derden voort, dan kan de vergunninghouder daarvoor aansprakelijk zijn als aan de voorwaarden van 6:162 BW wordt voldaan.⁵⁸ Dat het waterschapsbestuur geen inspanningsverplichting meer heeft, betekent overigens niet dat het waterschap in dat geval niet aansprakelijk meer kan zijn voor deze schade. Op het waterschapsbestuur blijft immers de plicht rusten om toezicht te houden op de naleving van de vergunningvoorschriften en bij overtreding daarvan daartegen in beginsel handhavend op te treden.⁵⁹

7. De Omgevingswet

Op het moment van schrijven wordt op het Ministerie van Infrastructuur en Milieu hard gewerkt aan de invoerings- en uitvoeringsregelingen van de Omgevingswet. Hoewel de gevolgen van de inwerkingtreding van de Omgevingswet in 2019 nog niet volledig kunnen worden overzien, willen wij in deze paragraaf kort ingaan op de gevolgen die de Omgevingswet waarschijnlijk zal hebben voor de beantwoording van de centrale vraagstelling van deze bijdrage.

Ingevolge art. 2.41 lid 1 Omgevingswet⁶⁰ stelt het waterschapsbestuur of het bevoegde bestuursorgaan van een ander openbaar lichaam waarbij op grond van art. 2.18 lid 2 Omgevingswet watersystemen in beheer zijn, een of meer peilbesluiten vast voor de bij omgevingsverordening aangewezen oppervlaktewaterlichamen, grondwaterlichamen of onderdelen daarvan die deel uitmaken van die watersystemen. Art. 2.41 lid 3 Omgevingswet bepaalt vervolgens dat een peilbesluit voorziet in de vaststelling van waterstanden of bandbreedten waarbinnen waterstanden kunnen varië-

57 Hetgeen overigens niet wegneemt dat het waterschap niet op andere gronden aansprakelijk kan worden gesteld, in die zin dat op andere gronden tot de slotsom wordt gekomen dat het waterschap zijn zorgplicht heeft veronachtzaamd.

58 Zie HR 9 januari 1981, *NJ* 1981/227.

59 Veronachtzaming van deze beginselplicht kan onder omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren, zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Gravenhage 22 maart 2011, *AB* 2011/245, m.nt. F.C.M.A. Michiels (ECLI:NL:GHSGR:2011:BP8578).

60 Er wordt uitgegaan van Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), *Stb.* 2016, 156.

ren, die gedurende daarbij aangegeven perioden of omstandigheden zoveel mogelijk in stand worden gehouden. Afgezien van enkele redactionele wijzigingen, vinden met de opname van het peilbesluit in de Omgevingswet (art. 2.41) vooralsnog geen inhoudelijke veranderingen plaats ten opzichte van de Waterwet (art. 5.2). De Waterschapswet gaat niet op in de Omgevingswet en blijft als organieke wet voor de instelling, samenstelling, financiering en bevoegdheden van de waterschappen en hun besturen naast de Omgevingswet inhoudelijk ongewijzigd voortbestaan. Dat geldt ook voor de bevoegdheid van het waterschapsbestuur om in de keur algemeen verbindende voorschriften vast te stellen ter behartiging van de aan het waterschap opgedragen taken, met dien verstande dat de keur in de Omgevingswet wordt omgedoopt tot waterschapsverordening. Voor het verlenen van watervergunningen op grond van de waterschapsverordening, waaronder ook die voor het afwijken van het peil, blijft het dagelijks bestuur van het waterschap bevoegd gezag. Ook de bevoegdheidsverdeling binnen het waterschapsbestuur blijft waarschijnlijk ongewijzigd, omdat het niet de verwachting is dat de Waterschapswet (in de Invoeringswet) op dat punt zal worden aangepast. Dat geldt ook voor het verbod om de vaststelling van peilbesluiten aan het dagelijks bestuur te delegeren.⁶¹ Dat betekent dat het algemeen bestuur bevoegd blijft om peilbesluiten vast te stellen. Of dit ook daadwerkelijk het geval zal zijn, moet worden afgewacht.

Overigens is de bevoegdheid voor de provincie om nadere regels te stellen met betrekking tot het peilbesluit elders in het wetsvoorstel geregeld. Op grond van art. 2.22 lid 1 Omgevingswet kunnen bij omgevingsverordening regels worden gesteld over de uitoefening van taken of bevoegdheden door bestuursorganen om te voldoen aan bij omgevingsverordening vastgestelde omgevingswaarden of voor het bereiken van andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving. Vervolgens bepaalt art. 2.23 lid 1 sub a, onder 4 Omgevingswet dat regels op grond van art. 2.22 alleen kunnen worden gesteld over de *inhoud, toelichting of motivering* van – voor zover hier relevant – een peilbesluit als bedoeld in art. 2.41 Omgevingswet dat niet door een bestuursorgaan van het Rijk wordt vastgesteld. Ook qua rechtsbescherming wordt aangesloten bij het huidige stelsel.⁶²

De hiervoor gesignaleerde knelpunten bij peilafwijking blijven ook na de inwerkingtreding van de Omgevingswet bestaan, omdat de werking en strekking van het peilbesluit onder de Omgevingswet niet zal wijzigen.⁶³

8. Samenvatting en conclusies

In dit artikel staat de verhouding tussen het peilbesluit en de peilafwijkvergunning centraal.

Het peilbesluit en de peilafwijkvergunning hebben verschillende rechtsgevolgen en staan los van elkaar. Het peil-

besluit roept een wettelijke inspanningsverplichting in het leven voor het waterschapsbestuur om de daarin vastgelegde waterstanden zoveel mogelijk te handhaven, terwijl de peilafwijkvergunning rechtsgevolgen in het leven roept voor zowel de vergunninghouder om een vergunning aan te vragen en zich te houden aan de vergunningvoorschriften als het waterschapsbestuur om de vergunningplicht en/of de vergunningvoorschriften te handhaven. De verlening van een peilafwijkvergunning en de verplichting voor de vergunninghouder om dat peil in stand te houden, doen in juridisch opzicht dan ook niet af aan de inspanningsplicht voor het waterschapsbestuur om het in het peilbesluit vastgelegde waterpeil zoveel mogelijk te handhaven. Dat deze conflicterende verplichtingen voor waterschapsbestuur enerzijds en vergunninghouder anderzijds in de praktijk tot problemen kan leiden zal niet verbazen, zeker wanneer daar derden bij betrokken zijn die het waterschap of de vergunninghouder aanspreken op hun verplichtingen of in het geval er sprake is van aansprakelijkheid voor het tekortschieten in de wettelijke verplichtingen.

In onze ogen zou kunnen worden betoogd dat verlening van een peilafwijkvergunning niet mogelijk is, omdat het waterpeil dat is vastgesteld in het peilbesluit geacht wordt het peil te zijn dat is vastgesteld met het oog op de doelstellingen van de Waterwet. Een waterpeil dat daarvan afwijkt, is onverenigbaar met die doelstellingen, zodat de peilafwijkvergunning op grond van art. 6.21 Waterwet niet zou kunnen worden verleend. De Afdeling lijkt in haar jurisprudentie echter van oordeel dat het peilbesluit en de peilafwijkvergunning naast elkaar kunnen bestaan. Daarnaast is het bestaande praktijk dat peilafwijkvergunningen worden verleend en heeft de Unie van Waterschappen hier zelfs modelbeleidsregels voor geformuleerd. Daarom hebben wij in deze bijdrage onderzocht op welke wijze de conflicterende verplichtingen van enerzijds het waterschapsbestuur om het peilbesluit zoveel mogelijk te handhaven en anderzijds de vergunninghouder om een daarvan afwijkend peil conform de peilafwijkvergunning in stand te houden, kunnen worden voorkomen.

Het is onwenselijk dat op het waterschapsbestuur de inspanningsplicht om een ander waterpeil zoveel mogelijk te handhaven en het daarmee samenhangende aansprakelijkheidsrisico blijft rusten. Om het waterschap van de inspanningsplicht en het aansprakelijkheidsrisico te bevrijden, zal het peilbesluit moeten worden ingetrokken, maar dat kan niet rechtmatig geschieden zolang de provinciale verordening het waterschapsbestuur verplicht tot het vaststellen van een peilbesluit voor het desbetreffende oppervlaktewaterlichaam. Oplossing zou een voorwaardelijke aanwijzing van oppervlaktewaterlichamen zijn waarvoor het waterschapbestuur een peilbesluit moet vaststellen, in die zin dat die verplichting alleen geldt voor zover er geen peilafwijkvergunning is verleend en onherroepelijk is geworden. Het verdient aanbeveling de voorbereiding van de intrekking/verlening van de peilafwijkvergunning en de vaststelling/intrekking van het peilbesluit te coördineren en de rechts-

61 Zie art. 83 lid 2 sub f van de Waterschapswet.

62 Zie *Kamerstukken II 2014/15, 33962, 23, p. 49*. Zie over de beroepsmogelijkheden in gelijke zin: *Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 298*.

63 Zie *Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 442 en 443*.

bescherming tegen deze spiegelbeeldige besluiten zoveel mogelijk parallel te laten lopen of te concentreren.

Indien de peilafwijkvergunning onherroepelijk is geworden, wordt deze voor rechtmatig gehouden en kan schade die wordt veroorzaakt door de hantering van het afwijkende peil alleen nog worden verhaald op het waterschap op grond van de nadeelcompensatieregeling van art. 7.14 Waterwet. Indien er recht op nadeelcompensatie bestaat en deze wordt vergoed door het waterschap, kan het waterschap die vergoeding bij beschikking doorberekenen aan de vergunninghouder. De vergunninghouder die op grond van het vergunningvoorschrift verplicht is om het afwijkende peil in stand te houden, kan aansprakelijk worden gehouden voor schade die het gevolg is van de overtreding van dat vergunningvoorschrift. Het waterschapsbestuur heeft vanzelfsprekend de plicht om toe te zien op naleving van het vergunningvoorschrift en op te treden bij overtreding. Bij grove verwaarlozing van de toezicht- en handhavingstaak, kan ook het waterschap mogelijk aansprakelijk zijn voor ontoereikende handhaving van de geconstateerde overtredingen.

De Omgevingswet zal naar onze verwachting niet veel wijzigingen brengen in de bovenstaande conclusies, afgezien van enkele redactionele wijzigingen.

De relatie tussen peilbesluit en peilafwijkvergunningen zal in de komende tijd alleen maar belangrijker worden, omdat waterschappen vanwege oplopende kosten door ondermeer bodemdaling steeds meer streven naar grotere peilvakken en het faciliteren van minder onderbemalingen en hoogwatervoorzieningen. De betrokken overheden zullen dus moeten nadenken over de relatie tussen peilafwijkvergunningen en peilbesluiten. Wij hebben daarvoor in deze bijdrage een eerste aanzet proberen te geven.