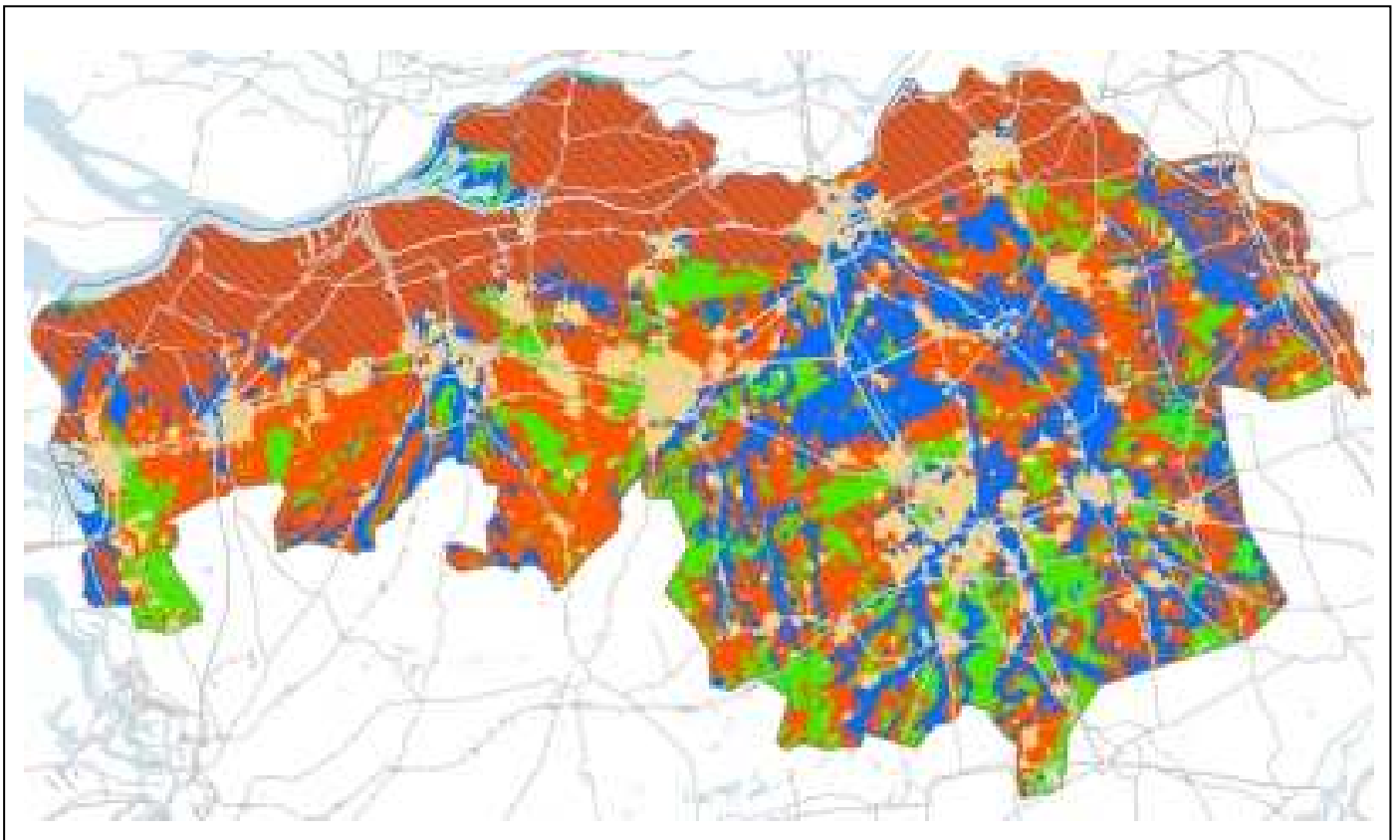


Het grondwatermeetnet zekergesteld

*Onderzoeksrapport naar de juridische mogelijkheden om
toegang tot en het gebruik van de grondwatermeetpunten
te beschermen*



*Haykush Hakobyan
Mei 2011
's-Hertogenbosch*

Het grondwatermeetnet zekergesteld

*Onderzoeksrapport naar de juridische mogelijkheden om
toegang tot en het gebruik van de grondwatermeetpunten
zeker te stellen*

Intern

Auteur:	Haykush Hakobyan
Studentnummer:	2005179
Functie:	Stagiaire Bureau Grondwater
Locatie opleiding:	Tilburg
Afstudeerperiode:	Februari 2011 – mei 2011

Afstudeerorganisatie:	Provincie Noord-Brabant
Opdrachtgever:	Bureau Grondwater – Directie Ecologie
Afstudeerdocenten:	Carlijn van Haaren en Wim Struijlaart
Afstudeermentor:	Marieke van den Bosch-van Opzeeland
Datum:	27 mei 2011

Voorwoord

In het kader van mijn afstudeerstage, die ik bij het Bureau Grondwater – Directie Ecologie van de provincie Noord-Brabant heb uitgevoerd, heb ik dit onderzoek als afstudeeropdracht verricht. Dit onderzoek is zeer omvattend en heeft raakvlakken met verschillende rechtsgebieden dat direct invloed heeft op de complexiteit van het onderzoek. Gezien de vele raakvlakken was het noodzakelijk het onderwerp goed af te bakenen. Daarnaast beschikte ik niet over de nodige kennis met betrekking tot het waterrecht en de praktische zaken met betrekking tot het grondwatermeetnet.

Tijdens dit onderzoek heb ik me zeer gesteund gevoeld zowel binnen als buiten de afstudeerorganisatie. Daarom wil ik graag iedereen afzonderlijk bedanken voor het mogelijk maken om dit onderzoek te voltooien.

Allereerst gaat mijn dank uit naar Marieke van den Bosch-van Opzeeland. Gedurende deze periode heeft ze mij uitstekend begeleid en gesteund. Ze heeft me de juiste richting gewezen wanneer ik het licht niet meer zag. Ook wil ik de juristen Sylvia Kardon, Desirée van Zwieten en Ruth van Goethem bedanken voor hun steun bij de inhoudelijke kwesties. Jan Leunk en Gerard van Mameren ben ik dankbaar voor het geven van informatie over de technische kant van de grondwatermeetpunten. Jacqueline van Helvoort, Yvonne Degens en Martin van der Steen dank ik voor het beantwoorden van mijn eindeloze vragen, voor het plezier dat ik heb beleefd en 'gewoon' omdat ze er waren. Uiteraard ben ik alle andere collega's ook dankbaar voor het verstrekken van de nodige informatie, voor hun bereidheid me op weg te helpen en hun vertrouwen in mij bij dit onderzoek.

Carlijn van Haaren en Wim Struijlaart dank ik voor hun begeleiding vanuit de opleiding. Tot slot ben ik mijn dierbaren dankbaar voor alle steun die ik heb gekregen en het geduld dat ze getoond hebben op de meest lastige momenten.

Haykush Hakobyan

's-Hertogenbosch, mei 2011

Inhoudsopgave

Pagina

Samenvatting

Lijst van afkortingen

Begrippenlijst

Hoofdstuk 1	<i>Inleiding</i>	8
Hoofdstuk 2	<i>Wet- en regelgeving</i>	11
	2.1 Inleiding	11
	2.2 Algemene opmerkingen	11
	2.3 Eigenschappen van het Nederlandse waterrecht	11
	2.4 Opbouw waterwetgeving	12
	2.5 Overige wet- en regelgeving	13
	2.6 De verhouding tussen de verschillende wet- en regelgeving	13
	2.7 De gekozen benadering	14
	2.8 Conclusie	14
Hoofdstuk 3	<i>De organisatie van het waterbeheer</i>	16
	3.1 Inleiding	16
	3.2 Waterbeheer als publieke taak	16
	3.3 De organisatie van het waterbeheer	16
	3.3.1 Rijk/Rijkswaterstaat	18
	3.3.2 Provincie	18
	3.3.3 Gemeente	19
	3.3.4 Waterschappen	19
	3.4 De verhoudingen tussen de organisaties	20
	3.5 Conclusie	21
Hoofdstuk 4	<i>De huidige situatie bij de provincies</i>	22
	4.1 Inleiding	22
	4.2 Regulatie meetpunten in provincie Noord-Brabant	
	4.3 Regulatie meetpunten in andere provincies	22
	4.4 Conclusies	23
Hoofdstuk 5	<i>Juridische mogelijkheden</i>	24
	5.1 Inleiding	24
	5.2 Eigendomsrecht en zijn grenzen	24
	5.3 Publiekrechtelijke mogelijkheden	25
	5.3.1 Waterwet	25
	5.3.1.1 Gedoogplicht	25
	5.3.1.2 Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	27
	5.3.2 Belemmeringenwet Privaatrecht	29
	5.3.2.1 Gedoogplicht	29
	5.3.2.2 Schadevergoeding	31
	5.4 Privaatrechtelijke mogelijkheden	33
	5.4.1 Overeenkomst	33
	5.4.1.1 Gebruiksovereenkomst	33
	5.4.1.2 Kwalitatieve verplichting	34
	5.4.2. Zakelijke rechten	36

5.4.2.1 Opsomming beperkte rechten	36
5.4.2.2 Het recht van opstal	37
5.5 Onderlinge afweging en verhouding mogelijkheden	40
5.6 Conclusies	41
Hoofdstuk 6	<i>Juridische bescherming</i>
6.1 Inleiding	42
6.2 Toepassing mogelijkheden bij de huidige juridisch geregelde meetpunten	42
6.2.1 Bestaande regelingen	42
6.2.2 Verjaarde rechten	43
6.3 Toepassing mogelijkheden bij de juridisch niet geregelde meetpunten	44
6.4 Conclusie	45
Hoofdstuk 7	<i>Conclusies en aanbevelingen</i>
7.1 Inleiding	47
7.2 Conclusies	47
7.3 Aanbevelingen	50
Lijst van geraadpleegde bronnen	53
Bijlagen	
Bijlage 1 Toelichting eigenschappen waterrecht	
Bijlage 2 Behandeling wetten	
Bijlage 3 Toelichting drinkwaterbedrijven	
Bijlage 4 Organisatie van en verhoudingen binnen waterbeheer	
Bijlage 5 Overzicht regulatie meetpunten 10 provincies	
Bijlage 6 Correspondentie Helpdesk Water	
Bijlage 7 Schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen	
Bijlage 8 Toelichting kettingbeding	
Bijlage 9 Toelichting niet van toepassing zijnde beperkte rechten	
Bijlage 10 Overzicht juridische mogelijkheden	
Bijlage 11 Voorbeeld gebruiksovereenkomst	
Bijlage 12 Situatieschets meetpunten en toepassing mogelijkheden op verzoeken	

Samenvatting

De provincies in Nederland hebben de wettelijke plicht een grondwatermeetnet bestaande uit meetpunten in te richten en de grondwatertoestand waar te nemen zodat deze toestand dermate verbeterd wordt dat het voldoet aan de Europese eisen. Het grondwatermeetnet van de provincie is ongeveer dertig jaar geleden ingericht waarbij de meetpunten op verschillende locaties zijn komen te liggen. Zo zijn er meetpunten op locaties aangebracht waarvan de provincie geen rechthebbende is. Dit is toentertijd gebeurd met slechts de mondelinge toestemming van de grondeigenaren. Slechts in enkele gevallen is het gebruik van de meetpunten en de toegang hiertoe door middel van een zakelijk recht of een overeenkomst zeker gesteld. In de laatste jaren komen bij het GW/ECL van provincie Noord-Brabant echter verzoeken binnen van grondeigenaren om een meetpunt te verwijderen dan wel een vergoeding toe te kennen dan wel een verlopen recht of overeenkomst te verlengen. Tot op heden heeft het GW/ECL incidenteel gehandeld ten aanzien van de verzoeken. Er is geen duidelijk beleid gevormd hoe om te gaan met soortgelijke verzoeken. Kort voor dit onderzoek kreeg de provincie een verzoek binnen waarin zij gevraagd werd een gebruiksovereenkomst te tekenen om gebruik van de meetpunten te kunnen blijven maken. Aangezien het om een meetpunt ging waarbij mogelijk een recht is verkregen door verjaring wilde de provincie een uitgebreid onderzoek laten uitvoeren naar alle juridische mogelijkheden die zij in haar bereik heeft om de toegang en het gebruik van de meetpunten zeker te stellen.

Doelstelling van dit onderzoek luidt: 'Op 27 mei 2011 wil studente van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg, aan het Bureau Grondwater – Directie Ecologie van de provincie Noord-Brabant een onderzoeksrapport uitbrengen inhoudende een advies omtrent de mogelijkheden van het juridisch beschermen van de bestaande (en nieuwe) grondwatermeetpunten opdat zij een duidelijk beleid kan vormen met betrekking tot de liggende en toekomstige verzoeken tot het verwijderen van een meetpunt dan wel het toekennen van schadevergoeding dan wel het verlengen van een verlopen recht of overeenkomst.'

In dit onderzoek staan vooral de Waterwet, de BP en het BW centraal. Deze wetten bieden de provincie zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke mogelijkheden ten aanzien van de juridische bescherming van en de toegang tot de meetpunten die zich op grondgebied bevinden waarvan de provincie geen rechthebbende is. Binnen het publiekrecht staan de provincie de mogelijkheid van het opleggen van een gedoogplicht open, zowel op grond van de Waterwet als op grond van de BP. Binnen het privaatrecht heeft de provincie de keuze tussen het hanteren van een gebruiksovereenkomst, het overeenkomen van een kwalitatieve verplichting of het vestigen van een recht van opstal. De gedoogplichten zijn zware instrumenten en grijpen te veel in de eigendomsrechten van de grondeigenaar. De privaatrechtelijke weg daarentegen is veelal op basis van de medewerking van de grondeigenaar en daarom minder ingrijpend. Bij de meetpunten die langer dan twintig jaar ongeregeld bestaan, heeft de provincie mogelijk een recht door verjaring verkregen. Daarbij is zij, als uitzondering op het voorgaande, niet afhankelijk van de medewerking van de grondeigenaar. Binnen het privaatrecht is het recht van opstal het sterkste recht omdat het een eigendomsrecht op een meetpunt verschaft en een sterke derdenwerking heeft. De gebruiksovereenkomst is de minst bezwarende mogelijkheid en biedt het minst sterke recht aan de provincie.

De provincie wordt aanbevolen het gebruik van en de toegang tot de meetpunten met een lage waarde via een overeenkomst zeker te stellen en op de meetpunten met een hoge waarde een recht van opstal te vestigen. In de gevallen waarin een grondeigenaar – zonder bezwarende redenen – niet meewerkt via de privaatrechtelijke weg een overeenstemming te bereiken, wordt de provincie aanbevolen – indien door verjaring rechten zijn verkregen – een recht van opstal te vestigen, zo niet een gedoogplicht ex art. 5.21 Waterwet op te leggen.

Lijst van afkortingen

AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
art.	artikel
artt.	artikelen
Awb	Algemene wet bestuursrecht
bijv.	bijvoorbeeld
BKMW	Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009
BP	Belemmeringenwet Privaatrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
c.a.	cum annexis
diss.	dissertatie
Dww	Drinkwaterwet
EU	Europese Unie
EP	Eerste protocol EVRM
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GS	Gedeputeerde Staten
Gmw	Gemeentewet
GW	Grondwet
GW/ECL	Bureau Grondwater van Directie Ecologie
Gww	Grondwaterwet
HR	Hoge Raad
I&M	Ministerie van Infrastructuur en Milieu
IPO	Interprovinciaal Overleg
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
jo.	juncto
KRW	Kaderrichtlijn water
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
MvT	memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
PS	Provinciale Staten
Pw	Provinciewet
Rb.	Rechtbank
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering c.a.
SBB	Staatsbosbeheer
Stb.	Staatsblad
TNO	Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek
V&W	Ministerie van Verkeer en Waterstaat
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wbb	Wet bodembescherming
Wgwab	Wet tot gedogen van werken van algemeen belang
Wkpb	Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken
Wm	Wet milieubeheer
Wro	Wet ruimtelijke ordening
Wsw	Waterschapswet

Begrippenlijst

De definities van de begrippen zonder bronvermelding, zijn afkomstig uit de begrippenlijst van art. 1.1 Waterwet.

Eigendom

Het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.¹

Grondwaterlichaam

Samenhangende grondwatermassa.

Grondwateronttrekking

De onttrekking van het grondwater door middel van een onttrekkingsinrichting.

Grondwateroverlast

Grondwateroverlast is de situatie waarbij er sprake is van aantasting van een of meer gebruiksfuncties van een onroerend goed door structureel te geringe ontwateringsdiepte (de afstand tussen het maaiveld en de grondwaterstand).²

Goede grondwatertoestand

De toestand van een grondwaterlichaam waarvan zowel de kwantitatieve als de chemische toestand ten minste 'goed' zijn.³

Hemelwateroverlast

Hemelwateroverlast is de situatie waarbij er sprake is van aantasting van een of meer gebruiksfuncties van een onroerend goed door structureel (te) veel hemelwater.⁴

Hoofdwatersysteem

De grote wateren zoals de rivieren en de zee.⁵

Monitoring

Het door de tijd blijven volgen van het verloop van de waarde van een of meer grootheden volgens een vastgestelde werkwijze.⁶

Monitoringsprogramma

Een programma – opgesteld per stroomgebied – waarin een samenhangend totaalbeeld wordt gegeven van de watertoestand.⁷

Natrekkingsregel

De eigendom van de grond mede omvat de eigendom van de daarmee verenigde gebouwen, werken en beplantingen.⁸

Onttrekkingsinrichting

Een inrichting of werk, bestemd voor het onttrekken van grondwater.

¹ Art. 5:1 BW.

² 'Ik heb vocht- of wateroverlast in de kruipruimte. Hoe komt dat en wat kan ik eraan doen?' *Waterservicepunt Nijmegen* 14 mei 2011, www.waterbewust.nl/factkruipruimte.html.

³ Art. 2 KRW.

⁴ 'Ik heb vocht- of wateroverlast in de kruipruimte. Hoe komt dat en wat kan ik eraan doen?' *Waterservicepunt Nijmegen* 14 mei 2011, www.waterbewust.nl/factkruipruimte.html.

⁵ 'Taken en bevoegdheden', *Helpdesk Water* 7 juni 2009, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Taken en bevoegdheden*).

⁶ 'Provinciaal Waterplan Noord-Brabant 2010 – 2015', *Ons Brabant* 1 oktober 2010, www.brabant.nl (zoek op *Waterplan*, selecteer Provinciaal Waterplan 2010 – 2015, kies aan de rechterzijde Bijlage 1 t/m 3 en kies Begrippenlijst uit Bijlage 3).

⁷ 'Monitoringsprogramma KRW', *Helpdesk Water* 26 april 2010, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Monitoringsprogramma*).

⁸ Art. 5:20 BW.

Operationeel beheer

Het operationeel beheer is de specifieke zorg voor afzonderlijke oppervlaktewater- en grondwaterlichamen, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken.⁹

Oppervlaktelichaam

Het samenhangend geheel van vrij aan het aardoppervlak voorkomend water, met de daarin aanwezige stoffen, alsmede de bijbehorende bodem, oevers en, voor zover uitdrukkelijk aangewezen krachtens deze wet, drogere oevergebieden, alsmede flora en fauna.

Primaire waterkering

Waterkering die beveiliging biedt tegen overstroming doordat deze tot een dijkkring behoort ofwel vóór een dijkkring is gelegen.

Regionaal waterbeheer

De overheidszorg gericht op watersystemen of onderdelen daarvan die niet in beheer zijn bij het Rijk;

Reglementering waterschappen

De regeling van gebied, taken, inrichting en samenstelling van het bestuur van de waterschappen.¹⁰

Stedelijk afvalwater

Het huishoudelijk afvalwater of een mengsel daarvan met bedrijfsafvalwater, afvloeiend hemelwater, grondwater of ander afvalwater.

Stedelijk waterbeheer

De overheidszorg gericht op stedelijk water.

Waterbeheer

De overheidszorg die gericht is op de in de Waterwet genoemde doelstellingen, namelijk het voorkomen en beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en het vervullen van maatschappelijke functies van watersystemen.¹¹

Waterketen

De waterketen is het geheel van diensten aan huishoudens en bedrijven dat te maken heeft met het gebruik en het afvoeren van water. De waterketen omvat het zuiveren en leveren van drinkwater, het verzamelen van afvalwater en het afvoeren daarvan via de riolering (samen met het overtollige hemelwater) en het transporteren en zuiveren van stedelijk afvalwater. De waterketen is ontwikkeld om de volksgezondheid te bevorderen en het milieu te beschermen en draagt bij aan het voorkomen van wateroverlast.¹²

Wateroverlast

Of er sprake is van wateroverlast hangt af van het gebruik van een gebouw of terrein in combinatie met de hoeveelheid water en de tijdsduur van de aanwezigheid ervan. Wateroverlast is in twee soorten te onderscheiden, namelijk: hemelwateroverlast en grondwateroverlast.

Waterschaarste

De vraag naar water is structureel groter dan de beschikbare hoeveelheid.¹³

⁹ Boeve en Van Middelkoop 2008, p. 26.

¹⁰ Art. 2 Wsw.

¹¹ Art. 1.1 jo. 2.1 Waterwet.

¹² 'Bestuursakkoord waterketen 2007', *Rijksoverheid* 1 juli 2007, www.rijksoverheid.nl (zoek op *Waterketen*, selecteer Bestuursakkoord waterketen, p. 2).

¹³ 'EU beleid voor waterschaarste en droogte', *Helpdesk Water* 4 augustus 2009, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Waterschaarste*).

Waterstaatswerk

Een oppervlaktewaterlichaam, bergingsgebied, waterkering of ondersteunend kunstwerk.

Waterstaatszorg

Dat deel van de zorg van de overheid dat betrekking heeft op de kering van water, de waterhuishouding (grond- en oppervlaktewaterbeheer, zowel in kwantitatieve als in kwalitatieve zin) en de wegen (land- en vaarwegen). Deze zorg is gericht op zowel de bewoonbaarheid en de bruikbaarheid van de bodem als de bescherming en verbetering van het leefmilieu.¹⁴

Watersysteem

Het samenhangend geheel van een of meer oppervlakte- en grondwaterlichamen, met bijbehorende bergingsgebieden, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken.

Watervoorziening

De industriële en drinkwatervoorziening, alsmede de watervoorziening die de boeren nodig hebben voor beregening en het water wat nodig is voor de natuur.¹⁵

Zaken

Zaken worden in het goederenrecht aangemerkt als de voor de menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.¹⁶

¹⁴ Rapport Commissie Waterschapsbestuur 1979, p. 9.

¹⁵ Kennis van interne deskundigen.

¹⁶ Art. 3:1 BW.

Inleiding

Beschrijving van afstudeerorganisatie

Dit onderzoek wordt uitgevoerd ten behoeve van het Bureau Grondwater – Directie Ecologie (GW/ECL) van de provincie Noord-Brabant (hierna de provincie). De provincie is een overheidslichaam dat zich bezighoudt met de regionale taken en bevoegdheden. Zij wordt ook wel het middenbestuur genoemd omdat zij zich op een niveau tussen de rijksoverheid en lokaal overheid bevindt.¹⁷ Zij bestaat uit een uitvoerende en politieke gedeelte. Het politieke gedeelte bestaat uit de Provinciale Staten (PS), Gedeputeerde Staten (GS) en de Commissaris van de Koningin. Het uitvoerende gedeelte bestaat uit ongeveer 1500 ambtenaren die verdeeld zijn over vijf directies met ieder haar eigen beleidsveld. De directies zijn onderverdeeld in bureaus die zich met een specifiek onderdeel van de betreffende directie bezighouden. Het GW/ECL is daar een voorbeeld van.

Tot de taken van het GW/ECL behoren het strategisch en operationeel grondwaterbeheer en watervoorziening.¹⁸ Bij het strategische wordt nagedacht over de grondwateronttrekkingen¹⁹ en hoe het grondwater het beste verdeeld kan worden over de verschillende gebruikers. Er dient een evenwicht te bestaan tussen de behoefte aan grondwater en de onttrekkingen ervan. Met het operationele wordt bedoeld dat er aangaande de onttrekkingen regels opgesteld worden. Een tweede taak van het GW/ECL is de vergunningverlening voor grondwateronttrekkingen voor de openbare drinkwatervoorziening, voor bodemenergiesystemen en voor industriële onttrekkingen boven 150.000 m³ per jaar. Een laatste taak van het GW/ECL is de grondwaterbescherming waarbij de kwaliteit van het water in de gaten gehouden wordt. Gelet op deze taken mag het duidelijk zijn dat allerlei zaken met betrekking tot de meetpunten bij het GW/ECL horen. Hierna zal 'het GW/ECL' gedekt zijn bij 'de provincie' aangezien naar buiten toe 'GW/ECL' door 'de provincie' vertegenwoordigd wordt.

Onderzoeksonderwerp

De provincie beschikt over een aantal grondwatermeetnetten, namelijk een meetnet om de kwaliteit van het grondwater te bewaken en een meetnet, primair meetnet genaamd, om de hoeveelheid grondwater in relatie tot onttrekkingen van het grondwater te bewaken. Deze meetnetten bestaan uit grondwatermeetpunten (hierna ook wel als meetpunten aangehaald) die verspreid zijn over verschillende locaties. Zo zijn er ook meetpunten die op locaties zijn aangebracht waarvan de provincie geen rechthebbende is.

Een grondwatermeetpunt bestaat uit één of meerdere peilbuizen voorzien van een filter die in de grond (de diepte verschilt per meetpunt) aangebracht worden. Door middel van deze meetpunten worden waarnemingen van het grondwater gedaan waarbij het grondwaterpeil gemeten wordt en er grondwatermonsters genomen kunnen worden.²⁰ Deze handelingen worden ook wel monitoren genoemd. Monitoring²¹ maakt het mogelijk betrouwbare informatie te verzamelen over de grondwatertoestand.²² De metingen vinden twee keer per maand plaats. Zoals de plannen van de provincie er nu uitzien, zal er in de komende jaren een automatisering van de metingen plaatsvinden waardoor de regelmatige bezoeken aan de meetpunten teruggebracht zullen worden naar 1 á 2 keer per jaar. Naast het regelmatig monitoren van de grondwaterstand, vinden er weleens onderhoud en aanpassingen aan de meetpunten plaats.

Het grondwatermeetnet is ongeveer dertig jaar geleden ingericht. In 1995 heeft de provincie voor 84 oude en 22 nieuwe meetpunten een zakelijk recht in de vorm van een recht van opstal heeft willen vestigen. Dit plan is uiteindelijk niet tot uitvoering gebracht deels door de eraan verbonden hoge kosten en deels door de lage kans dat een meetpunt problemen zou

¹⁷ 'Positie en rol van de provincie', *Ons Brabant* 14 februari 2011, www.brabant.nl (zoek op *Positie en rol van de provincie*).

¹⁸ Zie begrippenlijst voor uitleg waterbeheer en watervoorziening.

¹⁹ Zie begrippenlijst voor uitleg grondwateronttrekkingen.

²⁰ 'Grondwaterkwantiteit', *DinoLoket* 14 februari 2011, www.dinoloket.nl (ga naar DinoData, selecteer Grondwaterkwantiteit).

²¹ Zie begrippenlijst voor uitleg monitoring.

²² Zie begrippenlijst voor uitleg grondwatertoestand.

kunnen leveren. Toentertijd is voor het aanbrengen en het gebruiken van de meetpunten die buiten het grondgebied van de provincie liggen, besloten goed overleg te voeren met de grondeigenaren waarbij de mondelinge toestemming hiervoor is gekregen. Slechts in enkele gevallen zijn rechten gevestigd of afspraken omtrent de meetpunten in een overeenkomst vastgelegd. In de laatste jaren komen bij de provincie echter verzoeken binnen van grondeigenaren om een meetpunt te verwijderen, een vergoeding toe te kennen of een verlopen recht of overeenkomst te verlengen. Tot op heden heeft de provincie incidenteel gehandeld ten aanzien van soortgelijke verzoeken vanwege het ontbreken van een duidelijk beleid hieromtrent. Aanleiding voor dit onderzoek was dat de provincie in januari 2011 een verzoek binnenkreeg waarin werd gevraagd een gebruiksovereenkomst te tekenen ten aanzien van het mogen voortzetten van het gebruik van een bepaald meetpunt. Aangezien het verzoek om een meetpunt ging waarbij mogelijk een recht door verjaring is verkregen, wilde de provincie vóór het ondertekenen van de overeenkomst deze mogelijkheid goed onderzocht hebben. Ook ziet zij mogelijkheden in de nieuwe Waterwet om het dulden van de meetpunten en de metingen te verplichten.

Doelstelling

Het doel van dit onderzoeksrapport is dan ook een inventarisatie maken van de mogelijkheden die de provincie heeft om de bestaande meetpunten juridisch te beschermen, zodat zij ten aanzien hiervan een weloverwogen en helder beleid heeft voor de toekomst en aan de hand hiervan adequaat kan reageren op verzoeken met betrekking tot de meetpunten. Hoewel in casu het slechts om de juridische mogelijkheden ter bescherming van de grondwatermeetpunten gaat, is dit onderzoek ook van toepassing op andere meetpunten zoals de meetpunten ten behoeve van het meetnet verdroging. Doelstelling van dit onderzoek luidt: *‘Op 27 mei 2011 wil studente van de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg, aan het Bureau Grondwater – Directie van de provincie Noord-Brabant een onderzoeksrapport uitbrengen inhoudende een advies omtrent de mogelijkheden van het juridisch beschermen van de bestaande en nieuwe grondwatermeetpunten opdat zij een duidelijk beleid kan vormen met betrekking tot de liggende en toekomstige verzoeken tot het verwijderen van een meetpunt dan wel het toekennen van schadevergoeding dan wel het verlengen van een verlopen recht of overeenkomst.’*

Centrale vraagstelling

Over welke juridische mogelijkheden beschikt de provincie Noord-Brabant ten aanzien van de zich op andermans grondgebied bevindende grondwatermeetpunten zodat zij deze met de passende juridische mogelijkheid kan beschermen?

Methode van onderzoek

Tot het beantwoorden van de onderzoeksvraag is niet alleen theoretisch onderzoek verricht maar ook geblijkt op de praktijk. Voor het theoretische deel is er veel gebruik gemaakt van wetgeving, literatuur, jurisprudentie en internetbronnen. Verder zijn rapporten, parlementaire stukken en aanvullende documenten uit het provinciearchief geraadpleegd. De keuze voor het gebruik van deze bronnen is op zorgvuldige wijze gemaakt. Hoewel sommige literatuur die voor dit onderzoek is gebruikt al redelijk oud is, is de inhoud hiervan getoetst op betrouwbaarheid. Per artikel is nagegaan op zijn geldigheid en inhoud.

Vanzelfsprekend zijn de recente wet- en regelgeving, parlementaire stukken en jurisprudentie als betrouwbare bronnen beschouwd omdat ze bronnen van het recht zijn die rechtstreeks afkomstig zijn van het bevoegd orgaan. Literatuur, met name handboeken, wordt tevens betrouwbaar beschouwd omdat de auteurs ervan veelal hooggeleerden zijn en over de nodige kennis beschikken om deze vervolgens zo juist mogelijk naar buiten te brengen.

Voor het empirische deel van dit onderzoek zijn contacten gelegd met deskundigen zowel binnen als buiten de provincie. Zo zijn de andere provincies benaderd om na te gaan hoe zij met de problematiek van de meetpunten omgaan. Verder zijn de Helpdesk Water van Rijkswaterstaat en Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO) benaderd met allerlei vragen. Aan TNO is uitleg gevraagd over de

praktische zaken bij de meetpunten, bijv. over de regelmaat van de metingen en de omvang van een meetpunt. Bij het empirische gedeelte van het onderzoek is de onderzoeker ervan uitgegaan dat de geleverde informatie betrouwbaar is. Deze is immers afkomstig van deskundigen (zoals de medewerkers bij Helpdesk Water) die over kennis van de desbetreffende zaak beschikken en de taak hebben de informatie zo juist mogelijk naar buiten te brengen.

Leeswijzer

Dit onderzoeksrapport bestaat uit zeven hoofdstukken. Ieder hoofdstuk staat in het teken van één deelvraag. Hoofdstuk 2 gaat in op de vraag met welke wet- en regelgeving men te maken krijgt in dit onderzoek. Daarbij is tevens van belang de onderlinge verhouding van deze wet- en regelgeving te kennen. Hoofdstuk 3 staat in het teken van de verschillende instanties die betrokken zijn in het waterrecht. Van iedere instantie worden de taken en de bevoegdheden behandeld. Uitgebreid wordt ingegaan op de taken en de bevoegdheden van de provincie waarbij ook de plicht van de provincie om een grondwatermeetnet in te richten, wordt uitgewerkt. Hoe de provincies in Nederland omgaan met de vraagstukken omtrent de meetpunten, wordt samengevat in hoofdstuk 4 weergegeven. Zaken die bij de andere provincies opvielen zijn aangehaald. Tevens is daar aandacht voor provincie Noord-Brabant. De kern van dit onderzoek is uitgebreid behandeld in hoofdstuk 5. Daarbij is aandacht besteed aan de grondslag van de bevoegdheden van de overheid om eigendomsrechten in te perken. De mogelijkheden die de provincie daarvoor heeft, zijn zowel in het licht van het publiek- als privaatrecht bekeken. Hoe deze mogelijkheden zich tot elkaar verhouden en welke afweging er gemaakt dient te worden bij de keuze ervan, maakt tevens deel uit van hoofdstuk 5. Hoofdstuk 6 past de uitgewerkte mogelijkheden toe op praktijkgevallen. Tot slot wordt in hoofdstuk 7 antwoord gegeven op de vraag die centraal staat in dit onderzoek. Uit de eerder behandelde hoofdstukken worden conclusies getrokken en aan de hand van deze conclusies worden aan de provincie aanbevelingen gedaan.

Hoofdstuk 2 Wet- en regelgeving

2.1 Inleiding

Bij het onderzoek naar de mogelijkheden om de meetpunten van de provincie juridisch te beschermen, van de meetpunten van de provincie is het van belang eerst aandacht te schenken aan de op dit onderwerp van toepassing zijnde wet- en regelgeving. In dit hoofdstuk volgen eerst algemene opmerkingen zodat de uitwerking van dit hoofdstuk inzichtelijk wordt. De eigenschappen van het Nederlandse waterrecht komen ook aan de bod waarna in algemene kaders de opbouw van het waterrecht uitgewerkt wordt. Vervolgens wordt aandacht geschonken aan de wet- en regelgeving buiten het waterrecht waarin de meetpunten hun bescherming kunnen vinden en er wordt gekeken hoe deze zich tot elkaar verhouden. Ter afsluiting van dit hoofdstuk volgt er een conclusie.

2.2 Algemene opmerkingen

De associatie met water is snel gelegd wanneer men aan Nederland denkt. Niet onterecht aangezien een groot gedeelte van het land, ongeveer 16% waarbij de zeeonderdelen niet meegerekend zijn, uit water bestaat.²³ Een adequate zorg en bescherming van en tegen het water is daarom van groot belang. Deze zorg, de waterstaatszorg²⁴, is in Nederland bij de overheid gelegd en reikt tot alle activiteiten met betrekking tot water op het grondgebied.²⁵ Opmerking verdient dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen het begrip waterstaatszorg en waterbeheer. Waterbeheer vormt namelijk een kernbegrip in het waterrecht – tot 2010 waterstaatsrecht genoemd – en speelt een essentiële rol in de waterstaatszorg. Met de term beheer wordt niet alleen waterstaatsrechtelijke verantwoordelijkheid voor de waterstaatswerken²⁶ aangeduid maar ook die van het gehele watersysteem. In hoofdstuk 3 komt het waterbeheer uitgebreid aan de orde. Daarnaast wordt in hoofdstuk 5 aangehaald dat de grondwatermeetpunten bij het watersysteem²⁷ onder te brengen zijn.

Tot slot moet er gezegd worden dat naast Nederlands waterrecht er ook sprake is van Europees recht op dit gebied. Met betrekking tot de kwaliteitszorg heeft het veel oudere Nederlandse waterrecht aanvankelijk veel invloed gehad op de ontwikkeling van het Europese waterrecht.²⁸ Inmiddels is Nederland als lidstaat van de Europese Unie (EU) op grond van art. 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) verplicht het Europese recht in het nationale recht te implementeren. Zo kan gezegd worden dat ondanks de lange geschiedenis van het Nederlandse waterrecht het Europese waterrecht toch als basis hiervoor fungeert.

Op het niveau van Europees waterrecht is de Europese Kaderrichtlijn water (KRW)²⁹ de meest belangrijke richtlijn. Deze richtlijn heeft het doel de kwaliteit van het oppervlakte- en grondwater in Europa te waarborgen. Omdat de KRW en de bijbehorende dochterrichtlijnen in de Waterwet zijn geïmplementeerd, is een afzonderlijke behandeling van dit rechtsgebied op Europees niveau niet relevant in dit onderzoek.

2.3 Eigenschappen van het Nederlandse waterrecht

Het Nederlandse waterrecht omvat zowel de regeling van het beheer als van het bestuur van het watersysteem en de waterketen.³⁰ Het heeft zich ontwikkeld vanuit de zorg voor de

²³ 'Netherlands', *The World Factbook* 16 maart 2011, www.cia.gov (zoek op *Netherlands*).

²⁴ Zie begrippenlijst voor uitleg waterstaatszorg.

²⁵ Van den Berg, Van Hall en van Rijswijk 2003, p. 1.

²⁶ Zie begrippenlijst voor uitleg waterstaatswerk.

²⁷ Zie begrippenlijst voor uitleg watersysteem.

²⁸ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 37.

²⁹ Richtlijn nr. 2000/60/EC van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (*PbEC* 2000, L327/73).

³⁰ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 65. Zie begrippenlijst voor uitleg waterketen.

bescherming tegen overstromingen en het gebruik en de bewoonbaarheid van het land.³¹ Een drietal begrippen zijn typerend voor het waterrecht; continuïteit, functionaliteit en decentralisatie. Met de continuïteit van het waterrecht wordt bedoeld dat, ondanks de maatschappelijke en bestuurlijke wijzigingen in de Nederlandse situatie, de noodzaak van een goede waterstaatszorg en een stelstel van adequate rechtsregels constant aanwezig is.³² Vanwege de kwetsbare ligging van Nederland is aandacht voor water(recht) daarom een continu vereiste. Bij functionaliteit gaat het om de wijze van de uitoefening van de waterstaatszorg. Decentralisatie houdt in dat de overheidsmacht over verschillende bestuursorganen is verspreid.³³ Bijlage 1 geeft een nadere toelichting op deze eigenschappen.

2.4 Opbouw waterwetgeving

Eerder werd aangegeven dat de waterstaatszorg bij de overheid is neergelegd. Deze overheidszorg is opgenomen in art. 21 Grondwet (GW). Dit artikel behoort tot de zogenaamde sociale grondrechten. In dit artikel is bepaald dat de zorg van de overheid gericht is op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Waterbeheer is bij beide aspecten onder te brengen wat het tot een publieke taak maakt.

Invulling aan het waterrecht – het bestuur en het beheer van water – is in Nederland in verschillende wetten, regelingen en besluiten gegeven. De uitwerking van de zorgplicht is vooral in de Waterwet geregeld. Deze is sinds 22 december 2009 van kracht met als gevolg dat er een achttal wetten, dat voorheen het beheer van het oppervlaktewater en grondwater regelde, geheel of gedeeltelijk is komen te vervallen en thans is samengevoegd tot de Waterwet. Naast de Waterwet worden op grond van een aantal wetten zoals de Wet ruimtelijke ordening (Wro), de Wet milieubeheer (Wm), de Drinkwaterwet (Dww), de Wet bodembescherming (Wbb) en de organieke wetgeving waterbelangen beschermd, bevoegdheden toegekend en instrumenten aangereikt.³⁴ Rondom de waterwetgeving wordt in dit onderzoek de nadruk vooral op de bepalingen uit de Waterwet gelegd omdat deze wet de grondslag van het gehele waterrecht vormt. Nadere aandacht aan de Waterwet is daarom op zijn plaats.

Waterwet

De Waterwet regelt niet alleen de regels met betrekking tot het waterbodembeheer, het oppervlakte- en grondwaterbeheer, maar verbetert ook de samenhang tussen bijv. het waterbeheer en de ruimtelijke ordening. Het doel van de Waterwet ligt dan ook vooral in het juridisch instrumenteren van het integrale waterbeheer. Havekes en De Putter zijn van mening dat een integrale wettelijke regeling hiervoor beter geschikt is dan een stelsel van afzonderlijke wetten, met ieder hun eigen afwegingskader, instrumentarium, procedures en beroepsregelingen.³⁵ De Waterwet betekent dus ook een vereenvoudiging van het vergunningenstelsel en minder administratieve en bestuurlijke lasten. Als procedurele basis verwijst de Waterwet naar bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Met de opkomst van de Waterwet zijn er tevens veranderingen ten aanzien van indirecte lozingen opgetreden. Zo zijn de indirecte lozingen niet meer in de Wet verontreiniging oppervlaktewateren geregeld, maar zijn ondergebracht bij Wm.³⁶

In aanvulling op de Waterwet zijn bepaalde onderwerpen hieruit verder uitgewerkt in onderliggende regelgeving zoals algemene maatregelen van bestuur (het Waterbesluit), ministeriële regelingen (de Waterregeling) en in verordeningen van waterschappen en provincies. Een deel van de organisatie van het waterbeheer is in de Waterschapswet (Wsw) geregeld. Deze wet komt in hoofdstuk 3 terug.

³¹ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 28.

³² Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 33.

³³ Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 34.

³⁴ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 3.

³⁵ Havekes en De Putter 2009, p. 11.

³⁶ 'Achtergrond Waterwet', Kenniscentrum InfoMil 23 februari 2011, www.infomil.nl, (zoek op *Achtergrond Waterwet*).

2.5 Overige wet- en regelgeving

Naast de Waterwet als basis voor het waterrecht, is tevens de Belemmeringenwet Privaatrecht (BP) van toepassing op dit onderzoek. Deze wet biedt de overheden en ondernemers van openbare werken een publiekrechtelijk instrument dat de aanleg of het behoud ervan garandeert. Hierbij is de permanente beschikking over en de verkrijging van het eigendom niet noodzakelijk.³⁷ Het instrument komt van pas als er geen overeenstemming wordt bereikt over het medegebruik van onroerende zaken.³⁸ In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op het uit de BP voortvloeiende instrument. Daarnaast wordt, in dat hoofdstuk, aandacht geschonken aan het wetsvoorstel voor de Wet tot gedogen van werken van algemeen belang (Wgwab). Deze wet is momenteel (mei 2011) in behandeling en heeft als doel de BP te vervangen. De Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken (Wkpb), die de opname van deze beperkingen in openbare registers regelt, wordt eveneens in hoofdstuk 5 besproken.

Voor de juridische bescherming van de meetpunten is het doorgronden van de publiekrechtelijke bepalingen niet voldoende. Van belang is om tevens een blik te werpen op de bepalingen uit het privaatrecht. Een goede basis hiervoor is het Burgerlijk Wetboek (BW), met name Boek 5 dat bepalingen bevat over onder andere het verkrijgen van eigendom.

2.6 De verhouding tussen de verschillende wet- en regelgeving

In de voorgaande paragrafen is ingegaan op de vraag welke wet- en regelgeving in dit onderzoek aan de orde is. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen verschillende wet- en regelgeving. Enerzijds wet- en regelgeving welke direct in verband staat met het waterrecht en die het bestuur en het beheer van water regelt (eerste kring: Waterwet en aanvullende wet- en regelgeving). Anderzijds overige wet- en regelgeving die uit staats- en bestuursrecht – in casu waterrecht – voortvloeiende privaatrechtelijke aspecten regelen (tweede kring: BP). Daarnaast zijn er bepalingen van zuiver privaatrechtelijke aard die in dit onderzoek een rol spelen (derde kring: BW). Uit de vraagstelling van dit onderzoek lijkt in eerste instantie het antwoord slechts in privaatrechtelijke bepalingen te vinden. De kwestie die hier speelt kan echter zowel van privaatrechtelijke als bestuursrechtelijke aard zijn. De verhouding tussen de kringen – de waterwetgeving, de overige bepalingen uit de BP en het BW – is als volgt te zien.

Verhouding bestuursrecht - privaatrecht

Vanwege het zowel privaatrechtelijke als bestuursrechtelijke karakter van de juridische bescherming van de meetpunten, is het voor de verdere verdieping in de kern én voor de structuur van dit onderzoek van belang de rangorde van deze rechten te kennen. De tweewegenleer speelt hierbij een belangrijke rol en is in de jurisprudentie tot uitdrukking gebracht. In het Windmill-arrest is bepaald dat wanneer een publiekrechtelijke regeling in het gebruik van privaatrecht niet voorziet, het volgen van de privaatrechtelijke weg uitgesloten is wanneer de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.³⁹ In andere woorden houdt deze leer in dat wanneer via een bestuursrechtelijke regeling ongeveer hetzelfde bereikt kan worden als via het privaatrechtelijke optreden, de private weg in beginsel afgesloten is.⁴⁰

De tweewegenleer heeft de onderzoeker ertoe gebracht de benadering 'eerst bestuursrecht, daarna privaatrecht' te hanteren. Aangezien de eerste en tweede kring van wet- en regelgeving tot het bestuursrecht behoren, worden ze daarom vóór de derde kring behandeld. Daarentegen behoort de derde kring tot het privaatrecht en wordt als laatste behandeld.

³⁷ Romeijnsen en Van der Terp, 'Belemmeringenwet Privaatrecht: een praktische toepassing', *Cobouw* 29 november 2000, www.romeijnsenvastgoed.nl (selecteer Publicaties en kies Cobouw 29 november 2000).

³⁸ 'Belemmeringenwet Privaatrecht', *Rijkswaterstaat* 23 januari 2009, www.rijkswaterstaat.nl (zoek op Belemmeringenwet Privaatrecht).

³⁹ HR 26 januari 1991, NJ 1991, 393 (*Windmill*).

⁴⁰ Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 413.

Verhoudingen binnen het bestuursrecht

Binnen het bestuursrecht bestaat de regel dat bijzonder voor het algemeen gaat. In dit geval is de aan het waterrecht onderliggende wet, namelijk de Waterwet, een bijzondere wet ten opzichte van de Awb aangezien de laatste slechts een algemeen procedurele basis voor de Waterwet vormt. De Waterwet is echter het meest omvattende en specifieke wet die de waterbelangen beschermt en daarom is deze, binnen het waterrecht, toch zowel bijzonder als algemeen.

Zowel de BP als de Waterwet bevatten bepalingen over gedoogplicht bij privaatrechtelijke verhoudingen in geval van openbare werken van algemeen belang. Ten aanzien van deze gedoogplichten is de bepaling uit de Waterwet een bijzondere bepaling ten opzichte van de gedoogbepaling uit de BP. Art. 17 van deze wet bevat een schakelbepaling, met als gevolg dat bepalingen uit bijzondere wetten – in casu de Waterwet – omtrent hetzelfde onderwerp als behandeld in de aangegeven wet, van kracht blijven. Dit betekent dat beide wetten – de Waterwet en de BP – naast elkaar toegepast kunnen worden.

2.7 De gekozen benadering

Eerste kring

Omdat de Waterwet de meest omvattende wet is op het gebied van het waterrecht én BP een schakelbepaling bevat ten aanzien van bijzondere wetten, is er gekozen om de Waterwet en de bijbehorende wet- en regelgeving in de eerste kring op te nemen. Zo wordt deze kring in paragraaf 5.3.1 behandeld en wordt getracht eerst binnen deze kring naar oplossingen te zoeken voor het juridisch beschermen van de meetpunten.

Tweede kring

Na onderzoek in de eerste kring wordt gekeken naar bepalingen uit de BP die de private verhoudingen in geval van openbare werken van algemeen belang regelen. Deze tweede kring komt in paragraaf 5.3.2 terug waarbij de BP centraal staat.

Derde kring

Voor de puur privaatrechtelijke mogelijkheden voor het juridisch beschermen van de meetpunten biedt het BW ook een aantal mogelijkheden welke in paragraaf 5.4 uitgewerkt wordt. Deze oplossingen – onder andere zakelijk recht in de vorm van recht van opstal en erfdienstbaarheid – staan in beginsel los van de inhoud van de Waterwet en de BP. Vanwege de gedoogplicht als een publiekrechtelijk instrument uit de Waterwet en de BP worden de oplossingen uit de BW echter als derde kring behandeld zodat eerst in bestuursrecht en daarna pas in het privaatrecht naar oplossingen gezocht wordt. Bijlage 2 bevat een figuur welke de gekozen benadering voor de behandeling van deze wetten duidelijk weergeeft.

2.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is een start gemaakt met het onderzoek naar de mogelijkheden van het juridisch beschermen van de meetpunten. Enig onderzoek vooraf is daarbij van belang aangezien daarmee een kader voor wet- en regelgeving geschetst wordt waarbinnen naar antwoorden gezocht kan worden. Daarom is in dit hoofdstuk getracht een antwoord te geven op de vragen: *‘Welke wet- en regelgeving is in dit onderzoek aan de orde?’* en *‘Wat is de verhouding tussen de verschillende wet- en regelgeving?’*

De wet- en regelgeving die in dit onderzoek aan de orde is, is onder te verdelen in drie kringen. Ten eerste gaat het om de kring die alleen op het waterrecht gericht is en de waterbelangen beschermt. Het waterrecht ontleent zijn bepalingen uit de Waterwet en wordt verder uitgewerkt in het Waterbesluit en de Waterregeling. De waterbepalingen worden tevens in andere wetten zoals de Wm en de Dww beschermd.

De tweede kring ziet op publiekrechtelijke bepalingen in de BP, die de privaatrechtelijke verhoudingen met betrekking tot openbare werken van algemeen belang regelt. De derde en laatste kring van wetgeving die behandeld wordt – het BW – draagt zuiver privaatrechtelijke oplossingen aan zoals het vestigen van een zakelijk recht in de vorm van recht van opstal.

Tot slot is de verhouding tussen de aangegeven wet- en regelgeving bestudeerd.

Geconcludeerd wordt dat vanwege de tweewegenleer eerst via de bestuurlijke weg naar oplossingen dient te worden gezocht. Aangezien de Waterwet met de bijbehorende wet- en regelgeving en de BP tot de publiekrechtelijke mogelijkheden behoren, worden ze met deze reden als eerste behandeld waarna pas de privaatrechtelijke kring inhoudende het BW, aan de orde komt. Dit zorgt ervoor dat in dit onderzoek een tweedeling zal plaatsvinden, waarbij eerst de publiekrechtelijke en daarna de privaatrechtelijke bepalingen behandeld worden. Binnen het bestuursrecht geldt in beginsel de rangorde 'bijzondere bepalingen gaan voor het algemene'. Ten aanzien van gedoogplichten bevat de Waterwet een bijzondere bepaling ten opzichte van de BP. De BP sluit echter de soortgelijke bepalingen uit bijzondere wetten niet uit waardoor de gedoogbepalingen uit de Waterwet en de BP naast elkaar toepasbaar zijn.

Hoofdstuk 3 *De organisatie van het waterbeheer*

3.1 *Inleiding*

Wat houdt het waterbeheer in? Hoe is deze taak organisatorisch ingevuld en hoe liggen de verhoudingen tussen de verantwoordelijken? Deze vragen zijn gericht op de organisatie van het waterbeheer en worden in dit hoofdstuk uitgebreid behandeld. Er wordt aandacht besteed aan het waterbeheer als een publieke taak. Daarna wordt bekeken welke instanties voor welke onderdelen van deze taak verantwoordelijk zijn en over welke bevoegdheden zij beschikken. Tevens wordt besproken hoe deze instanties zicht tot elkaar verhouden. Tot slot volgt er een conclusie inhoudende een beknopte weergave van de antwoorden op de bovenstaande vragen.

3.2 *Waterbeheer als publieke taak*

Het waterbeheer wordt in Nederland al sinds eeuwen als een publieke taak gezien die niet aan de markt overgelaten kan worden. De geografische situatie van Nederland, namelijk een deltagebied dat voor een groot deel beneden de zeespiegel is gelegen,⁴¹ maakt dit land heel kwetsbaar voor overstromingen. Daarnaast speelt het algemeen maatschappelijk belang van goed waterbeheer een zeer belangrijke rol. De publieke taak heeft betrekking op het borgen van publieke belangen.⁴² Publieke belangen zijn die belangen waarvoor de overheid de eindverantwoordelijkheid op zich neemt.⁴³ In hoofdstuk 2 is reeds aangehaald dat waterbeheer een overheidstaak is die in art. 21 GW tot uitdrukking komt. In dit artikel is namelijk bepaald dat de zorg van de overheid gericht is op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en de verbetering van het leefmilieu. De waterstaatszorg kan bij beide aspecten van deze bepaling ondergebracht worden. Bovendien benadrukt de Memorie van Toelichting (MvT) van de GW dat met de zorg voor de bewoonbaarheid ook de waterstaatsfunctie bedoeld wordt.⁴⁴

In hoofdstuk 2 is het begrip waterstaatszorg beschreven waarbij het onderscheid is gemaakt met het begrip waterbeheer. Waterstaatszorg ziet namelijk op het behartigen van de waterbelangen in ruime zin, terwijl het waterbeheer zich op een deel van de waterstaatszorg richt. Art.1.1 jo. 2.1 Waterwet beschrijft het waterbeheer als de overheidszorg voor het voorkomen en beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste,⁴⁵ in samenhang met de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en het vervullen van maatschappelijke functies van watersystemen. Daarmee wordt waterbeheer als overheidstaak gekoppeld aan het bereiken van de doelstellingen van de Waterwet, ongeacht welk overheidsorgaan daaraan bijdraagt en ongeacht de vraag of bevoegdheden die nodig zijn voor het waterbeheer gebaseerd zijn op de Waterwet.⁴⁶

Waterbeheer bevat echter meer dan alleen de bescherming van watersystemen en een duurzaam gebruik van water als natuurlijke bron. Ook de zorg voor de inzameling, het transport en de zuivering van afvalwater alsmede de drinkwatervoorziening behoren tot het waterbeheer in brede zin.⁴⁷

3.3 *De organisatie van het waterbeheer*

Om een goed waterbeheer te kunnen realiseren is een goede bestuurlijke organisatie van cruciaal belang. Het waterbeheer is een samenspel van activiteiten dat alle bestuurslagen in

⁴¹ Van den Berg, Van Hall en Van Rijswijk 2003, p. 1.

⁴² Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 2.

⁴³ Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid 2000, p. 9.

⁴⁴ Van Hall 1996, p. 290-297.

⁴⁵ Zie begrippenlijst voor uitleg wateroverlast en waterschaarste.

⁴⁶ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 3.

⁴⁷ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 3.

Nederland aangaat. Er is sprake van een gezamenlijke verantwoordelijkheid waarbij de taken grotendeels in medebewind worden uitgevoerd.⁴⁸ Deze gedeelde verantwoordelijkheid brengt met zich mee dat de taken en de bevoegdheden binnen het waterbeheer heel erg verweven zijn met elkaar waardoor er geen strikte scheiding is. Dat waterbeheer een overheidszorg is, is reeds gebleken uit art. 21 GW. De verplichting voor de overheid die hieruit voortvloeit, heeft echter zodanig ruime strekking, dat het nagenoeg elke precisie mist.⁴⁹ Bij het realiseren van de doelstellingen uit het waterbeheer is immers volledige duidelijkheid in de gedeelde verantwoordelijkheid bij de uitvoering van de publieke waterbeheertaak van groot belang. In het Nationaal Water Overleg werken daarom partijen samen om invulling te geven aan deze verantwoordelijkheid. De samenwerking is immers noodzakelijk om zowel internationaal als nationaal waterbeheer zodanig vorm te geven dat de publieke taak goed kan worden uitgeoefend.⁵⁰

In Nederland zijn er vijf instanties betrokken bij het waterbeheer en de watervoorziening, namelijk de rijksoverheid, de provincies, de waterschappen, de gemeenten en de waterleidingbedrijven (in de nieuwe Dww drinkwaterbedrijven genoemd). Uit de artt. 3.1 lid 1 en 3.2 lid 1 Waterwet komt naar voren dat het Rijk en de 25 waterschappen de enige twee 'beheerders' zijn. Provincies en gemeenten zijn geen 'beheerders' in de zin van de Waterwet, maar de provincie heeft wel een grote rol in het regionaal waterbeheer.⁵¹ De bedoeling in de Waterwet is juist geweest de bepalingen van andere kleine wetten in één wet te stroomlijnen en de rol van de provincie in het waterbeheer in de nieuwe wet over te nemen. Ondanks discussies onder waterrecht deskundigen om deze omissie in de Waterwet recht te trekken, bestaat hierover nog altijd onenigheid. Zo wordt de provincie in een leidraad van Rijkswaterstaat gelijkgesteld met de beheerder vanwege haar waterstaatkundige taken die bij de Waterwet zijn toegekend,⁵² terwijl de Helpdesk Water⁵³ van Rijksoverheid aangeeft dat de provincie geen beheerder is. Het Rijk is hier dus niet eenduidig over. Gezien de discussie overweegt het Rijk deze omissie te herstellen. In dit onderzoek wordt echter ervan uitgegaan dat de provincie wel een beheerder is, omdat uit interne informatiebronnen van de provincie duidelijk wordt dat dit in de nabije toekomst waarschijnlijk veranderd gaat worden.

Het begrip beheerder en waterbeheerder zijn van gelijke betekenis. Veelal spreekt de wet over een beheerder in plaats van waterbeheerder, terwijl de instanties ten aanzien van water speciale taken hebben. Daarom wordt in dit onderzoek het begrip waterbeheerder gebruikt en daar waar de tekst uit de wet aangehaald wordt, het begrip beheerder.

De toedeling van de bevoegdheden geschiedt deels op grond van de Waterwet maar ook ingevolge andere wetten. Zo worden ten aanzien van het stedelijk waterbeheer⁵⁴ aan de gemeente autonome bevoegdheden toegekend op grond van de Wm, de Wro en de Gemeentewet (Gmw). Aan de waterschappen zijn onder andere ingevolge de Wsw bevoegdheden – bijv. de keurbevoegdheid – toegekend om hun taak naar behoren te kunnen uitvoeren.⁵⁵ Daarnaast bestaan er bepalingen met betrekking tot de waterleidingbedrijven die in de nu nog geldende Waterleidingwet te vinden zijn. Hieronder wordt de gedeelde verantwoordelijkheid per instantie ingevuld. De drinkwaterbedrijven worden niet behandeld aangezien ze geen rol in het waterbeheer maar de drinkwatervoorziening hebben. In bijlage 3 is eventueel aanvullende informatie over deze instantie te vinden.

⁴⁸ Boeve en Van Middelkoop 2008, p. 25.

⁴⁹ Van den Berg, Van Hall en Van Rijswijk 2003, p. 25.

⁵⁰ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 162.

⁵¹ Zie begrippenlijst voor uitleg regionaal waterbeheer.

⁵² Brommet e.a. 2009, p.11.

⁵³ Zie Bijlage 5 Correspondentie met Helpdesk Water.

⁵⁴ Zie begrippenlijst voor uitleg stedelijk waterbeheer.

⁵⁵ Bolkestein e.a. 2007, p. 35.

3.3.1 Rijk/Rijkswaterstaat

De rijksoverheid is verantwoordelijk voor de wetgeving, is bevoegd gezag inzake de implementatie van de Europese regelgeving en is ingevolge art. 3.1 Waterwet beheerder van het hoofdwatersysteem.⁵⁶ Rijkswaterstaat is de uitvoeringsorganisatie van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (I&M) wat voorheen het ministerie van Verkeer en Waterstaat (V&W) was. Naast het hoofdwatersysteem beheert Rijkswaterstaat het nationale rijkswegennetwerk en het rijkswaterwegennetwerk.⁵⁷ Op rijksniveau is de Minister van I&M de eerst politiek verantwoordelijke voor het waterbeheer.⁵⁸

De verantwoordelijkheid van de rijksoverheid strekt zich tevens uit tot het vaststellen van het nationaal beleidskader, de strategische doelen voor het waterbeheer en de maatregelen die een nationaal karakter hebben (zoals de beëindiging van de lozingen van prioritair gevaarlijke stoffen). Daarnaast is zij verantwoordelijk voor de wetgeving waarin zij normen vaststelt op nationaal niveau (zoals voor veiligheid tegen overstromingen en waterkwaliteit). Ze kent functies toe aan het hoofdwatersysteem en houdt toezicht op de andere bij het waterbeheer betrokken overheden.⁵⁹

3.3.2 Provincie

De Waterwet draagt de bestuursorganen op provinciaal niveau op het nationale beleid naar een regionaal beleidskader te vertalen.⁶⁰ Zoals reeds vermeld zijn de provincies strikt genomen geen waterbeheerders maar worden toch vanwege hun waterstaatkundige taken door sommigen gelijkgesteld met de waterbeheerder. De provincies zijn verantwoordelijk voor de strategische plannen voor de regionale grond- en oppervlaktewatersystemen en houden toezicht op de primaire waterkeringen.⁶¹ Verder is het de taak van de provincie om in de verordeningen regionale normen vast te stellen (bijv. ten aanzien van regionale keringen en wateroverlast)⁶² en functies toe te kennen aan het regionale watersysteem.⁶³ Daarnaast zijn de provinciale besturen ingevolge art.133 Gw en art. 2 Wsw eerstverantwoordelijken voor de instelling, opheffing en reglementering van de waterschappen,⁶⁴ evenals voor het toezicht op het functioneren van die instanties.⁶⁵ Het toezicht van de provincie strekt tevens tot het Rijk voor zover deze om het opstellen van projectplannen gaat.⁶⁶

Verder heeft de provincie een rol bij de vast te stellen waterakkoorden én is zij op grond van art. 6.4 Waterwet bevoegd gezag voor het verlenen van vergunningen voor grondwateronttrekkingen ten behoeve van de openbare drinkwatervoorziening, industriële onttrekkingen boven 150.000 m³ per jaar en onttrekkingen voor energieopslag.⁶⁷ Omdat zoveel mogelijk van de operationele taken van de provincie via de Waterwet aan de waterschappen zijn opgedragen, vormen de laatstgenoemde soorten vergunningverleningen – bijv. die ten aanzien van het grondwaterbeheer – een uitzondering op de watertaken en zijn dus nog bij de provincie neergelegd. Reden voor deze uitzondering is dat de kennisopbouw en beleidskaders nog in ontwikkeling zijn en dat de invloed van het diepe grondwater op de rest van het watersysteem relatief gering is. In de toekomst zal deze bevoegdheid wellicht ook worden overgedragen aan de waterschappen. Dit hangt af van de

⁵⁶ 'Provinciaal Waterplan 2010 – 2015', Provincie Noord-Brabant 22 december 2009, www.brabant.nl (zoek op *Provinciaal Waterplan 2010 – 2015*, onder 1.1).

⁵⁷ 'Sta jij aan de knoppen voor een vlotte doorstroom?', Rijksoverheid 1 maart 2011, www.werkenbijhetrijk.nl (zoek op *Rijkswaterstaat uitvoeringsorganisatie*).

⁵⁸ Boeve en Van Middelkoop 2008, p. 26.

⁵⁹ 'Taken en bevoegdheden', Helpdesk Water 7 juni 2009, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Taken en bevoegdheden*).

⁶⁰ Boeve en Van Middelkoop 2008, p. 26.

⁶¹ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 125.

⁶² Zie begrippenlijst voor uitleg wateroverlast.

⁶³ 'Taken en bevoegdheden', Helpdesk Water 7 juni 2009, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Taken en bevoegdheden*).

⁶⁴ Zie begrippenlijst voor uitleg reglementering waterschappen.

⁶⁵ Boeve en Van Middelkoop 2008, p. 26.

⁶⁶ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 125. Zie begrippenlijst voor uitleg hoofdwatersysteem.

⁶⁷ 'Provinciaal Waterplan 2010 – 2015', Provincie Noord-Brabant 22 december 2009, www.brabant.nl (zoek op *Provinciaal Waterplan 2010 – 2015*, onder 1.1).

verdere ontwikkeling van het kaderstellende beleid door de provincies.⁶⁸ Momenteel – mei 2011 is het Bestuursakkoord Water 2011 in ontwikkeling. Hierin is onder andere vermeld dat het Rijk inzake nationale belangen rechtstreeks toezicht – dus geen getrapt toezicht meer – gaat houden op andere overheden. Ten aanzien van de regionale watersystemen zal de provincie als enige toezichthouder op de waterschappen zijn.

Tot slot verdient in het kader van dit onderzoek de aandacht het belang van de grondwatermeetpunten en de rol van de provincie ten aanzien van de grondwatertoestand uit te leggen. De provincie heeft de plicht een grondwatermeetnet te hebben. Dit vloeit niet voort uit de Waterwet, maar uit het Besluit Kwaliteitseisen en Monitoring Water 2009 (BKMW). De BKMW is het implementatieresultaat van de KRW. De KRW schrijft voor dat in december 2015 een goede grondwatertoestand bereikt moet zijn.⁶⁹ Om deze doelstelling te halen is er een grote behoefte aan betrouwbare grondwaterkwaliteits- en kwantiteitsgegevens. Hiervoor dienen de lidstaten doelen en maatregelen vast te stellen zodat ze om de zes jaar de EU over de toestand van het grondwater kunnen rapporteren.⁷⁰ Zo voorziet art. 13 BKMW de Minister van I&M in het vaststellen van een monitoringsprogramma.⁷¹ Art. 14 sub b BKMW geeft op zijn beurt aan dat ten aanzien van de grondwaterlichamen⁷² GS belast zijn met de uitvoering van het programma. Daarnaast is door middel van art. 7 BKMW aan PS opgedragen een regionaal waterplan vast te stellen waarbij rekening wordt gehouden dat met ingang van december 2015 een goede grondwatertoestand is bereikt.

3.3.3 Gemeente

Ook de gemeente is belast met taken op het terrein van het waterbeheer. Zo heeft zij op grond van de artt. 3.5 en 3.6 Waterwet zorgplichten ten aanzien van afvloeiend hemelwater en grondwater in het stedelijk gebied en op basis van art. 10.33 Wm voor inzameling en transport van stedelijk afvalwater.⁷³ Daarnaast is de gemeente belast met de aanleg en het beheer van het rioolstelsel, inclusief indirecte lozingen op het riool en stelt zij op grond van art. 4.22 Wm een rioleringsplan vast.

Havekes en Van Rijswijk zijn van mening dat de gemeente het water een zodanige plaats dient te geven in haar ruimtelijke besluiten dat er sprake is van een 'goede ruimtelijke ordening'. Hierdoor krijgt het water namelijk ook in het ruimtelijk spoor de plaats die noodzakelijk is.⁷⁴ Zo heeft de gemeente de taak van lokale ruimtelijke inpassing van maatregelen op het gebied van waterkwantiteit en het uitvoeren van milieumaatregelen in het stedelijk gebied ten behoeve van de KRW.⁷⁵ De bevoegdheid voor het nemen van deze maatregelen is niet verankerd in de Waterwet maar in de Wro en de Wm. De aansturing voor het nemen van de maatregelen volgt echter wel uit de Waterwet (normen en plannen).⁷⁶ Hiernaast kan de gemeente op grond van art. 3.8 Waterwet door middel van afstemming en bestuurlijk overleg haar taken ten aanzien van het waterbeheer uitvoeren.⁷⁷

3.3.4 Waterschappen

Ingevolge art. 1 lid 1 Wsw zijn de waterschappen openbare lichamen die de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied ten doel hebben. Met de kwalificatie 'openbaar lichaam' wordt duidelijk gemaakt dat het waterschap een overheid is. Dit betekent dat hij net als de provincie en de gemeente bevoegd is regels te stellen, vergunningen te verlenen, belasting te heffen en zo nodig handhavend op te treden. Zijn takenpakket is

⁶⁸ 'Taken en bevoegdheden', *Helpdesk Water* 7 juni 2009, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Taken en bevoegdheden*).

⁶⁹ Rapport Grondwatertoestanden 2010, p. 7.

⁷⁰ Rapport Grondwatertoestanden 2010, p. 7.

⁷¹ Zie begrippenlijst voor uitleg monitoringsprogramma.

⁷² Zie begrippenlijst voor uitleg grondwaterlichamen.

⁷³ Zie begrippenlijst voor uitleg stedelijk afvalwater.

⁷⁴ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 125.

⁷⁵ Boeve en Van Middelkoop 2008, p. 26.

⁷⁶ 'Taken en bevoegdheden', *Helpdesk Water* 7 juni 2009, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Taken en bevoegdheden*).

⁷⁷ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 125.

wettelijk beperkt tot de zorg voor de waterstaat. De waterstaatszorg is immers een iets ruimer begrip dan 'waterbeheer', aangezien ook de wegzorg daartoe behoort.⁷⁸

Art. 3.2 Waterwet bepaalt dat het waterschap de beheerder is voor regionale watersystemen. Eerder in dit hoofdstuk is aangehaald dat de rijksoverheid de beheerder voor het hoofdwatersysteem is. Dit maakt dat de waterschappen en de rijksoverheid de enige waterbeheerders zijn in de zin van de Waterwet.⁷⁹

De verantwoordelijkheid van de waterschappen beslaat het operationele beheer⁸⁰ van de regionale oppervlaktewateren in kwantitatief en kwalitatief opzicht. Het waterschap legt de condities vast om de strategische doelstellingen van het waterbeheer te realiseren, bepaalt de concrete maatregelen en voert deze uit.⁸¹

Met de inwerkingtreding van de Waterwet zijn de waterschappen niet alleen verantwoordelijk voor het oppervlaktewaterbeheer maar ook voor het grondwaterbeheer inclusief de vergunningverlening voor overige grondwateronttrekkingen dan die waarmee de provincie is belast (de vergunningverlening voor de 'grote onttrekkingen').

Aanvullend op de voorgaande taken zijn de waterschappen op grond van art. 3.4 Waterwet voorts met een bijzondere zorgplicht belast, namelijk de zuivering van het stedelijk afvalwater.

3.4 De verhoudingen tussen de organisaties

In de voorgaande paragrafen is besproken welke instanties en op welke manier zij afzonderlijk bij het waterbeheer betrokken zijn. In dit gedeelte van het hoofdstuk wordt getracht een duidelijk beeld te schetsen hoe deze instanties zich tot elkaar verhouden en in hoeverre hun samenwerking geschiedt.

De verhoudingen binnen de organisatie van het waterbeheer kunnen het beste op basis van de uitleg van het begrip 'decentralisatie' weergegeven worden. In hoofdstuk 2 is kort ingegaan op het decentraal karakter van het waterrecht. Decentralisatie kan getypeerd worden als het overlaten of toekennen van bestuursrechtelijke bevoegdheden door hoger gerangschikte openbare lichamen aan lager gerangschikte openbare lichamen.⁸² Deze bevoegdheidspreiding is overzichtelijker geworden bij de bespreking van de verantwoordelijkheden van de instanties.

Decentralisatie kan echter in twee vormen onderscheiden worden, namelijk de territoriale en de functionele. De territoriale decentralisatie betreft de provincies en de gemeenten die een algemene taakstelling hebben. Zij worden daarom aangeduid als lichamen van het algemeen bestuur. Daarentegen zijn de functionele bestuurslichamen belast met de vervulling van één of meer specifiek omschreven taken binnen eigen gebiedsgrenzen. De waterschappen en de andere openbare lichamen die tot stand zijn gekomen op basis van art. 134 GW, zijn voorbeelden van functionele bestuurslichamen. Sterker nog, het waterschap kan juist als de meest zuivere vorm van de functionele decentralisatie beschouwd worden. Dit omdat de waterschappen een specifieke functie op het gebied van de waterstaatszorg hebben, terwijl het Rijk, de provincie en de gemeenten naast hun specifieke taken zich tevens met andere opgaven bezighouden.

Gelet op het bovenstaande kan thans gezegd worden dat de rijksoverheid, de provincies en de gemeenten tot de bestuursvorm algemene en de waterschappen tot de bestuursvorm functionele democratie behoren. In tegenstelling tot de algemene besturen financieren de waterschappen zichzelf door middel van respectievelijk waterschapsbelastingen en waterprijzen in rekening te brengen. Waterschappen hebben vanwege hun functionele karakter operationele taken en zijn in tegenstelling tot Rijkswaterstaat – die als uitvoeringsorganisatie van het Rijk functioneert – zelfstandige overheden en echter geen

⁷⁸ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 87.

⁷⁹ Brommet e.a. 2009, p. 14.

⁸⁰ Zie begrippenlijst voor uitleg operationeel beheer.

⁸¹ Boeve en Van Middelkoop 2008, p. 26.

⁸² Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 75.

uitvoeringsorganisatie van de provincie. Wel houdt de provincie zich bezig met de instelling van en het toezicht op de waterschappen.

Wat betreft het niveau staan de waterschappen ongeveer gelijk aan de gemeenten aangezien zij net als de gemeenten op lokaal niveau werken.

Het Rijk als de hoogste instantie, houdt toezicht op de provincies en de provincie houden op hun beurt toezicht op zowel de gemeenten als op de waterschappen. Dit trapsgewijze toezicht van het Rijk via de provincies op de andere overheden heet – heel toepasselijk – getrapt toezicht.

Samenvattend komt het bovenstaande op het volgende neer: rijksoverheid, provincie gemeente en waterschap, alles onder toezien én sturend oog van het Rijk en de provincie, zijn ondanks dat de Waterwet dit niet expliciet op alle gebieden duidelijk maakt, tot elkaar veroordeeld om de doelstellingen van de Waterwet te verwezenlijken. Zij hebben in ieder geval allemaal een bepaalde zorgplicht met betrekking tot het waterbeheer.⁸³ Bijlage 4 bevat een schema waarin de verhoudingen tussen de instanties weergegeven worden.

3.5 Conclusie

In dit laatste gedeelte van het hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vragen *‘Welke instanties zijn betrokken bij het waterbeheer, wat zijn hun taken en bevoegdheden en hoe verhouden deze instanties zich tot elkaar?’*

Gebleken is dat binnen het waterbeheer vijf instanties een rol spelen. Deze zijn namelijk de rijksoverheid met Rijkswaterstaat als uitvoeringsorganisatie, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en tot slot de drinkwaterbedrijven. Omdat de taken en bevoegdheden binnen het waterbeheer verspreid zijn over de verschillende bestuurslagen, komt het decentrale karakter beter in beeld. Hieronder volgt een beknopte weergave van deze taken en bevoegdheden.

Het Rijk en de provincies zijn belast met beleidsvormende en coördinerende taken. Daarentegen is aan de gemeenten de zorgplicht voor het beheer van het stedelijk water opgedragen. Verder zijn de gemeenten en de provincies belast met de uitvoerende taken binnen het waterbeheer en het waterketenbeheer.

Hoewel de Waterwet slechts het Rijk en de waterschappen als waterbeheerder kent, wordt de provincie vanwege haar waterstaatskundige taken echter als waterbeheerder aangemerkt.

De waterschappen spelen ook een grote rol in het waterbeheer. Zo gaan de waterschappen over het beheer van de regionale watersystemen en de zuivering van het stedelijk afvalwater.

Tot slot wordt geconcludeerd dat het waterbeheer in drie bestuursvormen voorkomt aan de hand van welke de verhoudingen tussen de instanties in beeld komen. Zo behoren de rijksoverheid, provincies en de gemeenten tot de bestuursvorm algemene democratie en de waterschappen tot de functionele democratie. De rijksoverheid en de provincie houden toezicht op alle andere overheden. Wat betreft het opstellen van projectplannen houdt de provincie zelfs toezicht op de rijksoverheid.

⁸³ Bolkestein e.a. 2007, p. 29.

Hoofdstuk 4 *De huidige situatie bij de provincies*

4.1 *Inleiding*

In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet met welke wet- en regelgeving men te maken gaat krijgen in dit onderzoek. Daarna is de organisatie binnen het waterbeheer ontleed. In dit hoofdstuk wordt echter gekeken hoe de provincies in Nederland tot heden met de problematiek van de meetpunten zijn omgegaan.

4.2 *Regulatie meetpunten in provincie Noord-Brabant*

Het grondwatermeetnet van provincie Noord-Brabant is ongeveer 30 jaar geleden ingericht. Een deel van de meetpunten is van de TNO overgenomen. De meetpunten liggen zowel op particulier als op publiek terrein. Bekend is dat voor sommige meetpunten een zakelijk recht is gevestigd. Ook zijn er gevallen waarbij een gebruiksovereenkomst is gehanteerd. Gedoogplichten zijn nimmer opgelegd. Niet bekend is of toentertijd grondeigenaren vergoeding hebben ontvangen voor het mogen aanleggen van de meetpunten. Met zekerheid kan gezegd worden dat er gevallen bekend zijn van een gevestigde recht van opstal en gehanteerde gebruiksovereenkomst. Bij de laatste is een kleine vergoeding toegekend aan de grondeigenaar. De provincie heeft in 1995 op het punt gestaan zakelijke rechten voor alle meetpunten te vestigen. Uiteindelijk is dit plan vanwege de hoge kosten niet uitgevoerd.

4.3 *Regulatie meetpunten in andere provincies*

Tijdens het Interprovinciaal Overleg (IPO) in Utrecht is de onderzoeksvraag aan de andere provincies in Nederland voorgelegd. Alle provincies met uitzondering van Zuid-Holland en Overijssel hebben toelichting gegeven hoe de meetpunten in hun provincie geregeld zijn. Samengevat heeft de toelichting van iedere provincies geresulteerd tot het onderstaande.

In hoofdstuk 3 is de plicht van de provincies om een meetnet in te richten, besproken. Krachtens deze plicht beschikken alle provincies in Nederland over een grondwatermeetnet. De meetpunten liggen zowel op publiek als op particulier terrein. Niet alle provincies hebben een vergoeding uitgekeerd of een zakelijk recht op de meetpunten gevestigd. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt een vergoeding toegekend. De bestaande meetpunten zijn meestal aangebracht na het voeren van een goed overleg met een grondeigenaar. De nieuwe meetpunten worden door de meeste provincies zo veel mogelijk op publiek terrein aangebracht, bijv. op provinciale landschappen en andere natuurgebieden. Sommige meetpunten liggen op het terrein van organisaties die zelf ook belang bij de metingen hebben, bijv. Staatsbosbeheer (SBB). In geen enkele geval is een gedoogplicht opgelegd. Hieronder worden een aantal opvallende zaken genoemd.

Provincie Drenthe heeft de laatste jaren haar meetnet geoptimaliseerd waarbij meetpunten bij de particulieren weggehaald zijn en op publiek terrein zijn geplaatst.

Provincie Gelderland biedt in ruil voor de medewerking de meetgegevens aan de grondeigenaren.

Provincie Zeeland heeft bij het realiseren van haar meetnet de meetpunten op publiek terrein aangebracht. Ongeveer 15-18 meetpunten zijn op particulier terrein komen te liggen en slechts voor die heeft de provincie een vergoeding uitgekeerd.

In provincie Utrecht worden sommige meetpunten die op een ongelukkige plek zijn aangebracht en/of deze schade veroorzaken omdat het storend in zicht is, zodanig afgewerkt dat ze op of onder maaiveldniveau komen te liggen.

Provincie Limburg heeft bij de aanleg van vijftig nieuwe meetpunten een zakelijk recht gevestigd. Bijlage 5 bevat een schematisch overzicht van de regulatie van de meetpunten in tien provincies.

4.4 Conclusies

Dit hoofdstuk stond in het teken van de vraag: 'Hoe zijn de meetpunten tot nu toe door de Nederlandse provincies juridisch beschermd?'

Binnen de provincie Noord-Brabant is het nodige onderzocht. Deze vraag is tevens tijdens het IPO aan de provincies voorgelegd.

In alle provincies van Nederland zijn de meetpunten op zowel particulier als op publiek terrein aangebracht. Na de optimalisering van haar grondwatermeetnet, beschikt de provincie Drenthe als enige provincie geen meetpunten op particulier terrein. De meetpunten op particulier terrein zijn jaren geleden in goed overleg met de grondeigenaar aangebracht. Slechts in uitzonderlijke situaties is/wordt een vergoeding toegekend.

In provincie Noord-Brabant zijn gevallen bekend waarvoor een recht van opstal is gevestigd of een gebruiksovereenkomst is gebruikt. Daarbij is een kleine vergoeding uitgekeerd. Er zijn geen gevallen bekend waarbij een gedoogplicht is opgelegd of een kwalitatieve verplichting is overeengekomen.

De andere provincies in Nederland proberen de meetpunten zo veel mogelijk op openbaar terrein te plaatsen. Sommige meetpunten liggen op het terrein van organisaties die zelf ook belang hebben bij de metingen. Slechts provincie Limburg heeft op een tiental nieuwe meetpunten een zakelijk recht gevestigd. Ook bij de andere provincies zijn geen gedoogplichten opgelegd of een kwalitatieve verplichting afgesproken.

Geconcludeerd wordt dat de meeste meetpunten in Nederland juridisch niet beschermd zijn. Slechts op een tiental meetpunten is een zakelijk recht gevestigd.

Hoofdstuk 5 *Juridische mogelijkheden*

5.1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk wordt de kern van het onderzoek behandeld, namelijk de mogelijkheden die de verschillende wet- en regelgeving bieden om de meetpunten juridisch te beschermen. Hierbij worden de in hoofdstuk 2 besproken wetten uitgewerkt. Eerst wordt ingegaan op de reikwijdte van de bevoegdheden van een eigenaar waarna de publiek- en privaatrechtelijke mogelijkheden uitgewerkt worden. Verder wordt gekeken hoe deze mogelijkheden zich tot elkaar verhouden. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

5.2 *Eigendomsrecht en zijn grenzen*

Eigendomsrecht

Zoals bekend, bevinden zich een deel van de meetpunten van de provincie op terrein waarvan zij geen rechthebbende is. De eigenaar van de grond waarop deze meetpunten aangebracht zijn, kan in beginsel alle bevoegdheden uitoefenen die met betrekking tot zijn grond mogelijk zijn.⁸⁴ Deze grond wordt aangemerkt als de zaak die het voorwerp van zijn eigendom is. Zaken worden in het goederenrecht aangemerkt als de voor de menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten, art. 3:1 BW. Eigendom is daarnaast het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben, art. 5:1 BW. Dit eigendomsrecht en het ongestoorde genot daarvan zijn ook vastgelegd in art. 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het ongestoord genot op eigendom ziet niet alleen op het beschermen tegen ontneming maar ook tegen regulering van het gebruik van eigendom. Hoewel het eigendomsrecht de eigenaar de mogelijkheid biedt de hem toebehorende zaak ongestoord te gebruiken, zal hij zich toch onder bepaalde voorwaarden erbij neer moeten leggen wanneer inbreuk wordt gemaakt op zijn eigendomsrecht. Zo kan hem op grond van art. 1 EP van EVRM zijn eigendom ontnomen worden in het algemeen belang, onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De Staat is daarnaast bevoegd het gebruik van eigendom onder andere in het algemeen belang te reguleren. De ontneming en regulering van eigendom door de overheid is tevens verankerd in art. 14 GW. Lid 3 van dit artikel ziet op het recht van schadevergoeding wanneer er inbreuk gemaakt wordt op het eigendomsrecht.

Op grond van art. 120 GW mag de Nederlandse rechter wetten, verdragen en algemene rechtsbeginselen niet toetsen aan de Grondwet. Daarentegen kunnen wetten (met de daarin eventueel opgenomen schadevergoedingsregel) volgens art. 94 GW wel aan verdragen getoetst worden. Daarmee is art. 1 EP van EVRM een aanvullende regel op het nationale recht.⁸⁵

Overheid en beperkingen eigendomsrecht

Uit het bovenstaande blijkt dat de overheid onder voorwaarden publiekrechtelijke beperkingen aan een eigenaar van een zaak mag opleggen. De overheid (en dus inclusief de provincie als een decentraal overheidslichaam) mag ook privaatrechtelijke beperkingen opleggen aangezien zij volgens art. 2:1 BW een publiekrechtelijke rechtspersoon is die gelijk staat aan een natuurlijke persoon, art. 2:5 BW. Dit houdt in dat zij als zelfstandig rechtssubject aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Zij is zelf drager van rechten en plichten (rechtsbevoegd) en is in staat zelf rechtshandelingen te verrichten (handelingsbevoegd).⁸⁶ Tot het besluiten van privaatrechtelijke handelingen van de provincie zijn de GS bevoegd, art. 158 lid 1 sub e Provinciewet (Pw) waarbij de Commissaris van de Koningin de provincie in en buiten rechte vertegenwoordigt, art. 176 lid 1 Pw. Hieronder worden eerst de publiekrechtelijke daarna de privaatrechtelijke beperkingen die een overheid ten aanzien van de meetpunten mag opleggen, behandeld.

⁸⁴ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p. 31.

⁸⁵ Groothuijs 2009, p. 377-378.

⁸⁶ 'Rechtspersonen', *Advocatenkantoor Goossens* 23 april 2011, www.advocatengoossens.nl (ga naar Ondernemingsrecht, selecteer Rechtspersonenrecht).

5.3 Publiekrechtelijke mogelijkheden

In hoofdstuk 2 is uitgebreid ingegaan op de vraag welke wet- en regelgeving in dit onderzoek van toepassing is. Aangegeven is dat ten aanzien van het publiekrecht de Waterwet in dit onderzoek een heel belangrijke wet is vanwege haar specifieke karakter op het gebied van waterrecht. Daarnaast biedt de BP de overheden en ondernemers van openbare werken een publiekrechtelijk instrument dat de aanleg of het behoud ervan garandeert. Hieronder wordt ingegaan op de mogelijkheden die deze wetten bieden waarmee de om de bevoegdheden van een eigenaar op zijn zaak beperkt kunnen worden.

5.3.1 Waterwet

De Waterwet biedt overheden een instrument waarmee zij de bevoegdheid die een eigenaar heeft om op zijn zaak uit te oefenen, kan beperken. Dit is mogelijk door middel van het opleggen van een zogenaamde gedoogplicht. Ook biedt de Waterwet de mogelijkheid van het toekennen van schadevergoeding. Dit kan zowel bij zelfstandig als bij onzelfstandig schadebesluit. Met zelfstandig schadebesluit wordt bedoeld dat de benadeelde – los van enig besluit – zelf om een schadevergoeding kan verzoeken (bijv. wanneer bij het opleggen van een gedoogplicht aan de rechthebbende van een grond de vergoeding van de schade niet in het besluit van de gedoogplicht is verzekerd). Bij onzelfstandig schadebesluit is de toekenning van een vergoeding in het besluit verzekerd (bijv. in gevallen wanneer de schade niet of niet geheel ten laste van een individueel persoon behoort te blijven). Omdat de grondwatermeetpunten onder het begrip watersystemen vallen, kunnen de artikelen met betrekking tot gedoogplichten en schadevergoeding die niet van toepassing zijn op de watersystemen en daarmee de grondwatermeetpunten, buiten beschouwing blijven.

5.3.1.1 Gedoogplicht

In het waterrecht zijn gedoogplichten van oudsher van groot belang om het actieve beheer uit te kunnen voeren.⁸⁷ Niet alle gronden waarop dit beheer uitgevoerd wordt, zijn namelijk in eigendom van de waterbeheerder. In hoofdstuk 3 is uitgelegd dat in dit onderzoek wordt ervan uitgegaan dat de provincie een beheerder is.

In de Waterwet zijn een aantal bepalingen aanwezig die een gedoogplicht regelen. Slechts één is van toepassing in dit onderzoek. Dat is de gedoogplicht uit art. 5.21 Waterwet die hieronder uitgewerkt wordt.

Met een gedoogplicht wordt mogelijk gemaakt om rechthebbenden te verplichten op eigen grondgebied bepaalde werkzaamheden uit te voeren die in het publiek belang noodzakelijk zijn.⁸⁸ Het gaat om handelingen die geen onteigening rechtvaardigen en waarbij de belangen van de rechthebbende – in verhouding tot het doel dat de overheid dient – nauwelijks worden geschaad.⁸⁹ De effectieve verplichting om iets te gedogen ontstaat pas wanneer deze in een concreet, individueel geval bij een beschikking wordt opgelegd. Naast deze gedoogplicht kent de Waterwet de gedoogplicht die in bepaalde gevallen *ex lege*⁹⁰ – dat wil zeggen dat hiervoor geen beschikking nodig is en uit de wet voortvloeit – gelden.⁹¹ Voor de gedoogplichten opgelegd bij beschikking staat op grond van de Awb bezwaar en beroep open.

Gedoogplicht ex art. 5.21 Waterwet

De gedoogplicht uit art. 5.21 Waterwet (equivalent van oud art. 31 Gww) behandelt de plicht, voor de rechthebbenden van gronden, om te dulden dat hierop onderzoeken en daarmee verband houdende werkzaamheden worden verricht. De beheerder is bevoegd een dergelijke gedoogplicht op te leggen wanneer het gaat om onderzoeken ten behoeve van de vervulling van zijn eigen taken. Hier gaat het om een gedoogplicht die bij een beschikking

⁸⁷ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 186.

⁸⁸ Havekes en De Putter 2009, p. 110.

⁸⁹ 'Gedoogplichten' Kenniscentrum InfoMil 4 oktober 2010 www.infomil.nl (zoek op *Gedoogplichten*).

⁹⁰ Artt. 5.20 en 5.25 Waterwet zijn voorbeelden van gedoogplichten die van rechtswege gelden.

⁹¹ Havekes en Van Rijswijk 2010, p. 186.

wordt opgelegd en dus niet ex lege geldt. Art. 5.21 van MvT op de Waterwet⁹² sluit onderzoeken om ter plaatse de toestand van een bepaald waterstaatswerk op te nemen of de meetmiddelen af te lezen (daarvoor is art. 5.20 Waterwet bedoeld) uit. Art. 5.21 Waterwet is juist bedoeld voor meer ingrijpende onderzoeken waarbij meer uitgebreide metingen of inventarisaties worden verricht, (water)bodemmonsters worden genomen of zelfs wanneer er gegraven moet worden. De MvT geeft aan dat wanneer het om onderzoeken gaat door de beheerder ter vervulling van eigen beheertaak, deze onderzoeken onder andere ook in het kader van monitoringsactiviteiten plaats kunnen vinden.

De oplegging van de plicht om de meetpunten en de daarmee samenhangende regelmatige metingen te gedogen, is gedekt bij art. 5.21 Waterwet omdat voor het plaatsen van de meetpunten in de grond gegraven/geboord wordt. Daarnaast is in hoofdstuk 3 uitgelegd dat de grondwatermeetpunten in het kader van de monitoringsactiviteiten passen. Naar de mening van de onderzoeker behelst deze gedoogplicht tevens de toegang tot een meetpunt omdat (in tegenstelling tot de BP-gedoogplicht – deze komt in subparagraaf 5.3.2.1 aan de orde – waar het om het aanleggen/instandhouden van een werk gaat) hier om het gedogen van onderzoeken en de daarmee verband houdende werkzaamheden gaat. Dit artikel ziet dus niet alleen op het gedogen van de aanleg en de aanwezigheid van een meetpunt maar ook dat er bepaalde onderzoeken verricht kunnen worden. Volgens lid 1 van dit artikel kan gedoogplicht slechts opgelegd worden indien dit redelijkerwijs nodig is voor een goede taakvervulling. Dit doelt op het evenredigheidsbeginsel (een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat is vastgelegd in art. 3:4 Awb) dat wil zeggen dat de gedoogplicht slechts tot de vervulling van die taken strekt waarvoor deze plicht is opgelegd – in casu de vervulling van de waterbeheertaken van de provincie – en dus zo weinig mogelijk schade moet veroorzaken.⁹³ Voordat er overgegaan wordt tot het opleggen van een dergelijke gedoogplicht, dient de provincie goed af te wegen of deze manier in dat geval het minst bezwarend is.

In hoofdstuk 1 is uitgelegd dat de grondwatermeetpunten in casu tot het primaire meetnet behoren. Dit betekent dat bij de aanleg van zulke meetpunten de plaats en de tijd niet van belang zijn. Ze kunnen in principe overal aangebracht worden aangezien deze omtrent het grondwaterheer algemene metingen verrichten en niet gericht zijn op een specifiek gebied/probleem/tijdsbestek (hierbij kan men denken aan meetpunten die speciaal bij de verontreinigde gebieden geplaatst worden om te kijken wanneer en waar precies de meeste verontreiniging plaatsvindt). Dit in aanmerking nemende, kan aangenomen worden dat bij de aanleg van nieuwe meetpunten er sprake kan zijn van schending van het evenredigheidsbeginsel indien de provincie de keuze heeft een meetpunt (ten behoeve van het primaire meetnet) op een andere plaats aan te leggen en toch – tegen de wil van de rechthebbende – op zijn terrein aanbrengt. Dit ligt anders wanneer het om de bestaande meetpunten gaat.

Bij het opleggen van een gedoogplicht op de bestaande meetpunten dient de provincie rekening te houden met de discontinuïteit (dat wil zeggen dat bij de verwijdering of verplaatsing van het meetpunt waardevolle informatie van de jarenlange meetreeksen ten aanzien van juist die plek waar een meetpunt gevestigd was, verloren gaat) en de kosten die reeds gemaakt zijn voor de aanleg van dat meetpunt, verloren gaan. Daarnaast moeten eveneens kosten gemaakt worden voor het verplaatsen/verwijderen van het meetpunt en eventueel voor het aanleggen van een nieuw meetpunt. De provincie dient hier het belang van het behouden en opleggen van een gedoogplicht tegen het belang van de grondeigenaar af te wegen. Wanneer bij de oplegging van de gedoogplicht bij bestaande meetpunten het evenredigheidsbeginsel niet geschonden wordt, kan van de grondeigenaar redelijkerwijze gevorderd worden hiertoe medewerking te verlenen.

Gelet op het bovenstaande wordt aangenomen dat de provincie als beheerder (indien uiteindelijk met zekerheid vastgesteld kan worden dat de provincie een beheerder is in de zin

⁹² Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, art. 5.14 MvT.

⁹³ Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 329.

van de Waterwet) op grond van art. 5.21 Waterwet een gedoogplicht kan opleggen indien de metingen of het instandhouden van de meetpunten niet meer geduld worden door de grondeigenaar en het evenredigheidsbeginsel niet geschonden wordt. Bij niet naleving van een gedoogplicht heeft de provincie op grond van art. 8.1 lid 1 sub a Waterwet de taak zorg te dragen voor de handhaving van onder andere de gedoogplicht uit art. 5.21 Waterwet. Daarop zijn de handhavingregels uit hoofdstuk 5 van de Awb van toepassing.

Bekendmaking en derdenwerking

De gedoogplicht uit art. 5.21 Waterwet is opgenomen in Hoofdstuk V van de bijlage behorende bij het Aanwijzingsbesluit Wkbp⁹⁴ en wordt aangemerkt als een beperkingbesluit op grond van art. 1 sub b onder 1 Bkpb. Beperkingbesluiten dienen op grond van art. 3 lid 2 jo. art. 15 lid 2 sub a Wkbp in het openbare register ter inschrijving aangeboden te worden. Aangezien een gedoogplicht bij beschikking opgelegd wordt en in beginsel gericht is aan een bepaald individu, ontstaat de vraag of deze gedoogplicht ook werking tegen een opvolgende eigenaar heeft. Deze vraag kan als volgt beantwoord worden.

Art. 7:15 BW bepaalt dat een verkoper verplicht is de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, tenzij de koper deze uitdrukkelijk heeft aanvaard. Hoewel literatuur⁹⁵ aangeeft dat slechts privaatrechtelijke beperkingen onder de reikwijdte van dit artikel vallen en publiekrechtelijke beperkingen als feitelijke gebreken bepaald zijn in art. 7:17 BW, heeft de Hoge Raad in het arrest van 27 februari 2004⁹⁶ uitgesproken dat publiekrechtelijke beperkingen onder art. 7:15 BW vallen, mits zij van bijzonder karakter zijn (in het bijzonder op een bepaald perceel drukken). In het arrest van de Hoge Raad van 25 februari 2005⁹⁷ is bepaald dat de conformiteitseis van art. 7:17 BW meebrengt dat een koper van een woning ervan mag uitgaan dat een woning is gebouwd met de op dat moment geldende voorschriften ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op de gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidsaspecten van de woning. In dit arrest heeft de rechter art. 7:17 BW ook toegepast wanneer er geen sprake is van een feitelijk gebrek. Zo is de onderzoeker van mening dat de toepassing van art. 7:17 BW in zoverre doorgetrokken kan worden dat het ook op publiekrechtelijke beperkingen slaat. Zo kan bij een gedoogplicht – aangezien deze in openbare registers ingeschreven wordt en kenbaar is voor een opvolgend eigenaar – een beroep op art. 7:17 lid 5 BW worden gedaan, welke bepaalt dat een koper zich er niet kan beroepen op dat een zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien dit hem tijdens het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijze bekend kon zijn.

Gelet op het bovenstaande kan men concluderen dat een gedoogplicht ex art. 5.21 Waterwet een publiekrechtelijke beperking is met een bijzonder karakter aangezien het in het bijzonder op de rechthebbende van een bepaalde perceel rust. Deze gedoogplicht kan zowel op grond van 7:15 BW als op grond van 7:17 BW ingeroepen worden tegen derden.

5.3.1.2 Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

Voordat er dieper wordt ingegaan op schadevergoeding, is uitleg bij de begrippen schadevergoeding en nadeelcompensatie van belang. In de literatuur⁹⁸ wordt een onderscheid gemaakt tussen deze begrippen. In beginsel betekent schadevergoeding de vergoeding die men kan krijgen voor het onrechtmatig (overheids)handelen. Daarentegen houdt nadeelcompensatie de vergoeding van nadeel in die men kan krijgen bij rechtmatig overheidshandelen. In de MvT op de Waterwet worden beide termen door elkaar gebruikt. Uit de tekst van de Waterwet kan echter opgemaakt worden dat het hier om rechtmatig overheidshandelen gaat – gedoogplicht strekt immers tot behartiging van (een aspect van) het algemeen belang⁹⁹ – al wordt de term schadevergoeding gebruikt. In dit onderzoek wordt

⁹⁴ Besluit van 19 maart 2007, houdende aanwijzing van categorieën van beperkingenbesluiten waarop de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken van toepassing is (Aanwijzingsbesluit Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken).

⁹⁵ Asser/Hijma 2007 (5-I), p. 269.

⁹⁶ HR 27 februari 2004, NJ 2004,635. Zie ook Van Velten 2009, p. 172.

⁹⁷ HR 25 februari 2005, LJN AR5383.

⁹⁸ Van Damen e.a. 2005, p. 530. Zie ook De Haan, Drupsteen en Fernhout 1998, p. 55.

⁹⁹ ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252 (m.nt. Van Ravels). Zie ook Havekes en De Putter 2009, p. 172.

bij de tekst van de Waterwet aangesloten en de term schadevergoeding in plaats van nadeelcompensatie gebruikt.

Van belang is te ontleden waaruit een mogelijke schade bij het aanleggen en instandhouden van meetpunten kan bestaan. Allereerst kan er materiële schade ontstaan bij het aanleggen van de meetpunten. Het aanbrengen van een meetpunt is een beperking van de bevoegdheden van een rechthebbende die hij op zijn grond kan uitoefenen. Daarnaast zijn de regelmatige metingen die door de daarvoor aangewezen personen plaatsvinden, een breuk op de privé-sfeer (art. 10 GW) van de grondeigenaar (dit geldt vooral wanneer een meetpunt in een tuin is geplaatst). De provincie dient op grond van het evenredigheidsbeginsel de schade zo veel mogelijk te beperken. De vraag of deze schade vergoed kan worden, wordt hieronder uitgewerkt.

Schadevergoeding is in de Waterwet in de artt. 7.14 tot en met 7.20 geregeld. Wanneer aan de rechthebbende van een grond een gedoogplicht op grond van de Waterwet wordt opgelegd, zijn deze artikelen met betrekking tot de bestaande meetpunten niet van kracht. Dit is bepaald in art. 2.34 lid 1 van de Invoeringswet op de Waterwet¹⁰⁰ (hierna Invoeringswet) die de toepassing van deze artikelen uitsluit bij schade die is veroorzaakt door uitoefening van een taak of bevoegdheid die plaatsvond vóór het tijdstip van de inwerktreding van die artikelen. De Waterwet is in december 2009 in werking getreden en de meetpunten zijn veel eerder dan dit tijdstip aangebracht. Daarom valt de schade die veroorzaakt is door de meetpunten (aanleg, instandhouding en/of metingen) niet onder de reikwijdte van de schadevergoedingsbepalingen van de Waterwet. Voor dit soort schade verwijst art. 2.34 lid 2 Invoeringswet naar artt. 41 en 42 Gww. Deze artikelen houden echter verband met de schade die ontstaan is bij intrekking of wijziging van een vergunning. Art. 31 Gww (overgenomen als art. 5.21 in de Waterwet) dat betrekking heeft op het gedogen van onderzoeken ten aanzien van gronden en wateren, alsmede het aanbrengen van de nodige middelen, is in art. 2.34 Invoeringswet echter niet genoemd. De MvT van de Invoeringswet¹⁰¹ biedt geen verklaring voor het ontbreken van art. 31 Gww in de Invoeringswet. Gelet op het jonge bestaan van de Waterwet en het ontbreken van jurisprudentie met betrekking tot deze wet is de vraag aan de Helpdesk Water van Rijkswaterstaat voorgelegd. De onderzoeker leek het onbehoorlijk wanneer bij de toepassing van de gedoogplicht uit art. 5.21 Waterwet op de bestaande meetpunten, geen schadevergoedingsbepaling van toepassing kon zijn. De Helpdesk Water heeft de vermoedens van de onderzoeker bevestigd en aangegeven dat er sprake is van een mogelijke omissie in de Invoeringswet. Mede naar aanleiding van dit onderzoek overweegt het ministerie deze omissie te herstellen. De bevestiging van Helpdesk Water is als bijlage 6 aan dit onderzoek gekoppeld.

Het evenredigheids- en égalité-beginsel

Ondanks het ontbreken van schadevergoedingsbepaling ten aanzien van de bestaande meetpunten is het echter zo dat de provincie bij het opleggen van een gedoogplicht ex art. 5.20 Waterwet de beginselen van het ongeschreven recht in acht dient te nemen om zo te beoordelen of de rechthebbende van een grond in de gedoogbeschikking van schadevergoeding verzekerd wordt. Of schadevergoeding mogelijk is, wordt getoetst aan het égalité-beginsel¹⁰² (dit beginsel vloeit voort uit het evenredigheidsbeginsel maar is niet gelijk hieraan)¹⁰³ wat houdt in dat burgers zoveel mogelijk gelijkelijk de lasten van het openbaar bestuur, die in het algemeen belang zijn opgelegd, moeten dragen.¹⁰⁴ Bij vergoeding van dit nadeel moet er dus sprake zijn van een ongelijk verdeelde last. Hiervoor geldt een aantal criteria, namelijk dat de last speciaal is (hij drukt op een beperkte groep burgers of

¹⁰⁰ Wet van 9 november 2009 tot intrekking van enige wetten betreffende het waterbeheer, aanpassing van een aantal andere wetten, regeling van het overgangsrecht en aanvulling van de Waterwet, met het oog op de invoering van die wet (Invoeringswet Waterwet)

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 858, nr. 3 (MvT op de Invoeringswet Waterwet).

¹⁰² Barkhuysen en Tjepkema 2006, p. 182.

¹⁰³ ABRvS 8 november 2006, AB 2007, 252 (*Venlo*: m.nt. B.P.M van Ravels)

¹⁰⁴ Havekes en De Putter 2009, p. 21.

instellingen) en abnormaal (hij behoort niet tot het normaal maatschappelijke risico) en deze last is veroorzaakt door een handeling die verricht is in het algemeen belang.¹⁰⁵

Bij de beoordeling van de schadevergoeding bij de bestaande meetpunten, kan gezegd worden dat er voldaan is aan de criteria van speciale last en in het algemeen belang. De gedoogplicht rust slechts op een enkeling – niet iedere burger wordt namelijk daarmee belast – en het geschiedt in het algemeen belang aangezien elke handeling met een publiekrechtelijke grondslag geacht wordt in het algemeen belang te zijn verricht.¹⁰⁶ Of een last tot een normaal maatschappelijk risico behoort, hangt af van verschillende factoren. In deze situatie zou aangenomen kunnen worden dat er sprake is van een normaal maatschappelijk risico. Dit omdat de schadeveroorzakende gebeurtenis (de metingen die met behulp van de nodige werken plaatsvinden) tot de normale uitoefening van de overheidstaak behoort, de ernst en omvang van de schade van een zeer geringe mate zijn (meetpunten zijn veelal tegen de perceelgrens aangebracht waardoor de grondeigenaar bijna tot geen schade ondervindt) en de handelingen voorzienbaar waren (de grondeigenaar heeft eerder toestemming gegeven voor het aanbrengen van de meetpunten en wist of behoorde te weten dat er regelmatig metingen zouden plaatsvinden). Een schematische weergave van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad is als bijlage 7 gekoppeld aan dit onderzoeksrapport.

Na het ontleden van het égalité-beginsel waaruit blijkt dat de last tot het normaal maatschappelijke risico behoort, kan aangenomen worden dat dit beginsel bij de bestaande meetpunten niet geschonden is. De provincie is in principe niet verplicht tot het vergoeden van het nadeel welke is ontstaan door het gedogen van de meetpunten en de daarmee verband houdende werkzaamheden. Dit geldt zowel bij de zelfstandige als bij de onzelfstandige schadebesluiten.

Dat nu gebleken is dat bij het opleggen van een gedoogplicht ex art. 5.21 Waterwet de provincie op grond van het égalité-beginsel niet verplicht is tot het toekennen van schadevergoeding, geldt als aanvullende motivering op het feit dat de provincie sinds jaar en dag de meetpunten door het voeren van een goed overleg en zelden door toekenning van een vergoeding heeft aangebracht. Dit betekent dat het toekennen van een vergoeding niet tot iets gewoons behoort, maar slechts bij uitzondering wordt toegekend.

5.3.2 Belemmeringenwet Privaatrecht

In de voorgaande paragraaf is onder andere ingegaan op de gedoogplicht die voortvloeit uit de Waterwet. In deze paragraaf wordt de nadruk gelegd op de gedoogplicht die uit de BP volgt en de daarop van toepassing zijnde mogelijkheid van het toekennen van schadevergoeding.

5.3.2.1 Gedoogplicht

De BP¹⁰⁷ dient ervoor de ondernemers en overheden van een openbaar werk een wettelijk instrument te bieden om openbare werken aan te kunnen leggen op gronden die niet in eigendom zijn bij de rechthebbende van de aan te leggen openbare werken. Dit instrument betreft een gedoogplicht die opgelegd wordt bij beschikking door de Minister van I&M. Een gedoogplicht kan pas opgelegd worden indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan en het algemeen belang – bij aanleg en instandhouding van het werk – tegen het private belang van de rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken, is afgewogen.¹⁰⁸ Met een gedoogbeschikking wordt niet alleen de aanleg van het werk verzekerd, maar ook de instandhouding hiervan gedurende een onbepaalde duur en de verandering van een (bestaand) werk.¹⁰⁹ Wanneer een gedoogplicht krachtens de BP wordt opgelegd, wordt

¹⁰⁵ Havekes en De Putter 2009, p. 21.

¹⁰⁶ ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252, r.o. 2.7.1 (m.nt. Van Ravels), zie ook Havekes en De Putter 2009, p. 21.

¹⁰⁷ Wet van 13 mei 1927, Stb. 159, tot opheffing van privaatrechtelijke belemmeringen.

¹⁰⁸ Coenen 1999, p. 1.

¹⁰⁹ Coenen 1999, p. 12.

daarmee slechts het gebruiksrecht op iemands eigendom beperkt. Van ontneming van de eigendom is geen sprake. Bij de aanleg van het werk gaat het om een tijdelijke onderbreking van de gebruiksmogelijkheden van een gedeelte van de onroerende zaak. Bij de instandhouding van het werk gaat het daarentegen om een permanente gebruiksbeperking van de onroerende zaak, aangezien de rechthebbende zekere activiteiten ter plaatse niet meer kan uitoefenen, dan wel hierin beperkt wordt.¹¹⁰ De tijdelijke onderbreking voor wat betreft de aanlegfase, alsmede de permanente gebruiksbeperking gedurende de aanwezigheid van het werk tezamen geven inhoud aan het begrip 'gedoogplicht'.¹¹¹ In de praktijk gaat het vaak om de aanleg van rioolbuizen, elektriciteitsleidingen, peilbuizen etc. Overheden die gerechtigd zijn tot een mogelijk gebruik van de BP zijn het Rijk, de provincies, de waterschappen en de gemeenten.¹¹²

Artikel 1 BP- gedoogplicht

De BP kent zeven verschillende gedoogplichten. Omdat het in dit onderzoek om het instandhouden van de grondwatermeetpunten gaat, is slechts de gedoogplicht uit art. 1 BP van toepassing. In dit artikel gaat het om een plicht ten laste van de rechthebbende tot het gedogen van de aanleg/instandhouding van een openbaar werk. Voor de toepassing ervan gelden een aantal wettelijke voorwaarden. Het moet namelijk gaan om:

- een werk ten behoeve van de realisering van het openbaar werk;
- een poging vooraf tot het bereiken van een minnelijke overeenkomst;
- belangen van de rechthebbenden die redelijkerwijs geen onteigening vorderen en
- niet meer belemmering dan redelijkerwijs nodig is.

Openbaar werk

Allereerst is het van belang stil te staan bij het begrip 'openbaar werk'. Uit art. 1 BP volgt geen definitie van dit begrip, maar literatuur definieert het als werken die bijdragen aan de bevordering van het openbaar belang/algemeen nut.¹¹³ Bij de verdere bespreking van het begrip (openbaar) werk is het zinvol onderscheid te maken tussen openbare werken en werken nodig ten behoeve van openbare werken.

Met werken nodig ten behoeve van openbare werken worden die werken bedoeld waarvan aanleg noodzakelijk is ter realisering van het openbaar werk. Duidelijk is dat het werk een concreet object betreft.¹¹⁴ Gelet op het voorgaande is een grondwatermeetnet in geval van de grondwatermeetpunten gelijk te stellen met het openbaar werk. De peilbuizen zijn aan te duiden als werken die nodig zijn voor de realisering van het openbaar werk, namelijk het grondwatermeetnet. Dit laatste vervult een functie van openbare nut.

Art. 1 BP geeft een rubricering van openbare werken weer. Voor de eerste rubriek – te weten de feitelijke erkenning van Rijk en provincie – is het voldoende dat het om een werk gaat dat door de provincie wordt ondernomen.¹¹⁵ Het openbaar belang van de meetpunten staat hiermee vast.

Minnelijke overeenkomst

Voordat er een verzoek om toepassing van de BP ingediend wordt bij de Minister van I&M en GS van de desbetreffende provincie, is het een voorwaarde om ten aanzien van de betreffende onroerende zaak via een minnelijk overleg een overeenstemming te bereiken. Dit houdt in dat de verzoeker die voornemens heeft door toepassing van de BP eigendomsrechten van derden te beperken, binnen de redelijke grenzen alles in het werk moet stellen om tot een minnelijke overeenstemming te komen.¹¹⁶ Een gedoogplicht is derhalve een ultimatum remedium dat wil zeggen dat het als laatste reddingsmiddel moet gelden en de oplegging van een gedoogplicht krachtens BP pas mogelijk is als er op geen

¹¹⁰ Coenen 1999, p. 12.

¹¹¹ Coenen 1999, p. 12.

¹¹² Smedana, 'Belemmeringenwet Privaatrecht: nooit van gehoord?' *Smedana Makelaars-Taxateurs* 1 september 2008, www.smedana.nl (zoek op belemmeringen).

¹¹³ Coenen 1999, p. 14.

¹¹⁴ Coenen 1999, p. 15.

¹¹⁵ Coenen 1999, p. 28.

¹¹⁶ Smedana, 'Belemmeringenwet Privaatrecht: nooit van gehoord?' *Smedana Makelaars-Taxateurs* 1 september 2008, www.smedana.nl (zoek op belemmeringen).

enkele wijze overeenstemming over het gebruik van de grond kan worden bereikt.¹¹⁷ Uit de BP-praktijk blijkt dat het bereiken van een minnelijke overeenkomst in het algemeen door het voeren van een serieus overleg geschiedt.

Niet meer belemmering dan redelijkerwijs nodig

De rechthebbende van een onroerende zaak kan geen gedoogplicht opgelegd worden wanneer bijv. een meetpunt of de metingen meer beperking van het gebruiksrecht van de grondeigenaar teweeg brengen dan redelijkerwijs nodig is. Deze bepaling doelt op de mate van de beperking¹¹⁸ en houdt verband met het evenredigheidsbeginsel uit art. 3:4 Awb. Een voorbeeld van zo min mogelijk beperking is wanneer een werk zo dicht mogelijk tegen de perceelgrens aangebracht wordt.

Belangen die onteigening niet vorderen

Een gedoogplicht kan opgelegd worden wanneer de belangen van de rechthebbenden redelijkerwijs onteigening niet vorderen. Onteigeningsnoodzaak zal aangenomen moeten worden wanneer als gevolg van de aanleg/instandhouding van het werk verdere bedrijfsvoering op de onroerende zaak onmogelijk wordt. Duidelijk is dat geen onteigening gevorderd kan worden als de gebruiksbepaling slechts een relatief klein deel van de eigendom van een rechthebbende betreft.¹¹⁹ Het onteigeningsinstrument is in de situatie van de meetpunten die slechts een klein gedeelte van het perceel grond in beslag nemen, een te ingrijpend en onevenredig middel.

Na de uitwerking van de vereisten die voor de gedoogplicht van art. 1 BP gelden, kan worden aangenomen dat deze van toepassing is in dit onderzoek. Een minnelijke overeenkomst – naast de verplichting van de toepassing hiervan – is echter een optie die veel voordelen kent.

Allereerst wordt tijdswinst geboekt wanneer de BP-procedure niet doorlopen hoeft te worden. Het gaat namelijk om een procedure die lang en onoverzichtelijk is en een aantal mogelijkheden tot rechtsbescherming bij verschillende rechters kent.¹²⁰ In tegenstelling tot het minnelijk overleg, bestaat bij een gedoogplicht geen mogelijkheid om details – bijv. de regelmatige bezoeken vanuit de provincie – af te spreken. Daarnaast doorbreekt een gedoogplicht de natrekkingsregel niet (wordt in subparagraaf 5.4.2.2 behandeld). Tot slot betreft een laatste nadeel dat bij een gedoogplicht ieder opvolgend eigenaar – los van het feit dat een voormalige eigenaar een schadevergoeding heeft gekregen – een rechtsvordering tot een volledige schadevergoeding kan instellen.

Wanneer de pogingen tot het bereiken van een minnelijke overeenkomst zijn mislukt, heeft de rechthebbende op grond van art. 2 BP de mogelijkheid zich tegen een verzoek tot oplegging alsmede tegen een opgelegde gedoogbeschikking te verzetten. Zo kan hij zijn zienswijze indienen en tijdens de zitting de eventuele bezwaren toelichten. Wordt alsnog een gedoogplicht opgelegd, dan kan binnen één maand na de terinzagelgging van de beschikking een verzoek tot vernietiging van de beschikking ingediend worden.¹²¹ Een gedoogplicht wordt net als die van de Waterwet, ingeschreven in de openbare registers. Dit is mogelijk omdat onder meer de gedoogplicht ex art. 1 jo. art. 2 lid 5 BP als een publiekrechtelijke beperking te beschouwen is en daarom op grond van art. 3 lid 2 jo. art. 15 lid 2 sub a Wkbp binnen 4 dagen na bekendmaking in het openbare register ter inschrijving aangeboden moet worden.¹²² Het zich niet houden aan de gedoogplicht is krachtens art. 15 BP strafbaar en wordt dit feit wordt als overtreding beschouwd.

¹¹⁷ Romeijnsen en Van der Terp, 'Belemmeringenwet Privaatrecht: een praktische toepassing', *Cobouw* 29 november 2000, www.romeijnsenvastgoed.nl (selecteer Publicaties en kies Cobouw 29 november 2000). Zie ook Coenen 1999, p. 64.

¹¹⁸ Coenen 1999, p. 66.

¹¹⁹ Coenen 1999, p. 70.

¹²⁰ 'Belemmeringenwet Privaatrecht', *Van der Boom Advies* 26 april 2011, www.vdboomadv.nl (Selecteer Belemmeringenwet Privaatrecht).

¹²¹ Smedana, 'Belemmeringenwet Privaatrecht: nooit van gehoord?' *Smedana Makelaars-Taxateurs* 1 september 2008, www.smedana.nl (zoek op belemmeringen).

¹²² Coenen 2008, p. 26.

5.3.2.2 Schadevergoeding

De BP sluit schadevergoeding niet uit. Schadevergoeding is zowel bij het opleggen van een gedoogplicht mogelijk als bij het (niet) bereiken van een minnelijke overeenkomst.

Vergoeding bij minnelijke overeenkomsten

Wanneer partijen een minnelijke overeenkomst bereiken kunnen zij een vergoeding overeen komen voor de schade als gevolg van de aanleg/instandhouding van een werk. Dit ligt anders wanneer er geen overeenstemming wordt bereikt, een rechthebbende kan dan geen aanspraak meer maken op bijv. een medewerkingvergoeding.¹²³

Bij het opleggen van een gedoogplicht heeft de Minister een beperkt toetsingkader en kan dus in de besluitvormingsfase geen zelfstandige uitspraken doen over de inhoud van de aan de rechthebbende eerder voorgelegde overeenkomst of het vergoedingspakket (hoogte en samenstelling). Zelfs de toetsing of er op voldoende wijze minnelijk overleg is gevoerd, is marginaal. De soort en inhoud van de overeenkomst zijn onderwerpen die gedurende de minnelijke fase ter sprake horen te komen. Op het moment waarop de beslissing wordt voorbereid staat immers, uitzonderingen daargelaten, vast dat geen overeenstemming in de zin van art. 2 BP is bereikt.¹²⁴

Schadevergoeding in geval van oplegging gedoogplicht

Art. 14 lid 1 BP bepaalt dat alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade als bedoeld in onder andere art. 1 BP, ter kennisneming staan van de kantonrechter. De rechthebbende van de onroerende zaak heeft in het geval van oplegging van een gedoogplicht recht op volledige schadevergoeding art. 1 lid 1 BP en art. 14 lid 3 GW. Deze vorderingsprocedure van de schadevergoeding staat los van de procedure die leidt tot de oplegging van de gedoogplicht.

Schade kan ontstaan zowel bij aanleg/instandhouding van een werk als in de vorm van toekomstschade. Toekomstschade is schade die later is ontstaan dan wat overeengekomen is bij het minnelijke overleg en welke niet de overeenkomst is opgenomen, bijv. waardevermindering van de belaste onroerende zaak.¹²⁵ Toekomstschade komt voor vergoeding in aanmerking zowel in de situatie waarin partijen erin geslaagd zijn een recht van opstal te vestigen alsook in de situatie waarin het overleg niet geresulteerd heeft in een dergelijk recht en de gedoogplicht is opgelegd.¹²⁶

De mogelijkheid om op grond van art. 14 BP een vordering voor schadevergoeding in te stellen is niet beperkt tot de oorspronkelijke eigenaar van de belaste onroerende zaak maar ook tot aan de opvolgende eigenaar (in algemene of bijzondere titel). In het geval een opvolgende eigenaar een vorderingsprocedure instelt ter vergoeding van de schade bestaande uit waardevermindering, zal de vordering hiertoe waarschijnlijk niet gehonoreerd worden. Er wordt namelijk vanuit gegaan dat waardevermindering vanwege de aanwezigheid van een werk reeds in de koopprijs is verwerkt. Van optredende schade aan de zijde van de koper zal dan geen sprake zijn.¹²⁷

Vervanging BP

De BP is een wet die dateert uit 1927. Zij is verouderd en sluit niet meer aan bij de wetsontwikkelingen van de afgelopen jaren. Daarom is er momenteel (mei 2011) een wet – in hoofdstuk 2 aangehaald als Wgwab – in ontwikkeling die de BP gaat vervangen. Als gevolg van deze wet zullen volgens de MvT van de Wgwab¹²⁸ enkele verplichtingen uit de BP vervallen en de procedures overzichtelijker worden gemaakt. Zo zullen de procedures (inclusief de procedures van rechtsbescherming) betere aansluiting vinden bij Awb. De Wgwab is heel specifiek met het benoemen van werken van algemeen belang. Zo benoemt zij werken die ten behoeve van onder meer de Spoorwegwet en Gaswet aangelegd worden. De werken die ten behoeve van de uitoefening van de Waterwet van openbaar belang zijn,

¹²³ Coenen 1999, p. 88.

¹²⁴ Coenen 1999, p. 90.

¹²⁵ Coenen 1999, p. 73. Zie ook HR 19 december 2008, LJN BG4004 (op www.jure.nl).

¹²⁶ Coenen 1999, p. 93.

¹²⁷ Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3. Zie ook Coenen 1999, p. 96.

¹²⁸ MvT II behorende bij de conceptversie Wet tot gedogen van werken van algemeen belang van april 2010.

komen echter niet voor in de Wgwab. Ook is art. 17 BP dat de parallelle toepassing van bepalingen omtrent gedogen uit andere bijzondere wetten openlaat, in de Wgwab vervallen. Naar de mening van de onderzoeker is dit gedaan met het oog op het feit dat de gedoogplichten ten behoeve van watersystemen reeds in de Waterwet besloten zijn. Bepalingen ten aanzien van het aanleggen/instandhouden/wijzigen of verplaatsen van werken van openbaar belang die uit andere wetten voortvloeien, zijn namelijk op grond van art. 27 Wgwab vervallen.

Dit betekent dat na de inwerktreding van Wgwab de mogelijkheid om ten behoeve van watersystemen (waar het grondwatermeetnet onder te brengen is) een gedoogplicht op grond van de BP op te leggen, niet meer zal bestaan.

5.4 Privaatrechtelijke mogelijkheden

In de voorgaande paragrafen zijn de mogelijkheden besproken die de Waterwet en de BP bieden ten aanzien van het juridisch beschermen van de grondwatermeetpunten. In deze paragraaf wordt ingegaan op de zuiver privaatrechtelijke mogelijkheden waarmee de aanwezigheid en het gebruik van de meetpunten een deugdelijke juridische grondslag kunnen krijgen.

Zo zijn er mogelijkheden binnen het kader van een overeenkomst en zakelijke rechten.

5.4.1 Overeenkomst

Volgens de omschrijving van art. 6:213 lid 1 BW houdt een overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling in waarbij één of meerdere partijen tegenover een of meer andere partijen een verbintenis aangaan. Een overeenkomst wordt gekenmerkt door haar verbintenis-scheppende karakter. Dit wil zeggen dat wanneer partijen een overeenkomst sluiten, ze verbonden zijn aan elkaar en tegenover elkaar rechten en plichten hebben. Deze overeenkomst geldt dan slechts tussen de aan de overeenkomst verbonden partijen en heeft geen kracht bij derden. Dit wordt aangemerkt als relatieve werking of relativiteit van de overeenkomst.

Binnen het kader van de overeenkomst zijn er verschillende manieren om hetgeen wat overeengekomen is, vast te leggen. Er zijn verschillende vormen van overeenkomsten zoals een koop- of huurovereenkomst of in dit geval spreekt men van een gebruiksovereenkomst. In een overeenkomst kunnen verschillende bedingen en verplichtingen vastgelegd worden. Zo zijn kwalitatieve verplichtingen en kettingbedingen hier voorbeelden van. Een kettingbeding is in dit onderzoek echter niet van toepassing omdat het hierbij om een 'doen' gaat, terwijl in dit onderzoek naar de mogelijkheden gekeken wordt waarmee een 'dulden' of 'niet doen' wordt bedongen. Bijlage 8 geeft een toelichting op de mogelijkheid van kettingbeding.

5.4.1.1 Gebruiksovereenkomst

Een overeenkomst behoort tot het verbintenissenrecht en dit recht kent een open systeem. Dit wil zeggen dat bij een verbintenis partijen vrij zijn om hieraan de inhoud te geven die hun goeddunkt.¹²⁹ Deze contractvrijheid kent twee aspecten, namelijk dat een ieder in beginsel vrij is te bepalen met wie hij een overeenkomst aangaat en dat de partijen vrij zijn om zelf de inhoud van een overeenkomst te bepalen.¹³⁰ Deze contractsvrijheid volgt uit art. 6:250 BW dat slechts een aantal artikelen van deze vrijheid uitsluit. Voor de overheid als contractspartij volgen ten aanzien van de contractsvrijheid echter bijzondere regels uit art. 3:14 BW. Dit artikel houdt in dat iemand aan wie op grond van het burgerlijk recht een bevoegdheid toekomt, hij deze niet mag uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht. Het komt erop neer, dat de overheid (die zoals in paragraaf 5.2 werd vermeld rechtspersoonlijkheid bezit en dus rechtshandelingen kan verrichten) haar

¹²⁹ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p.3.

¹³⁰ Hijma e.a. 2007, p. 160.

bevoegdheid om (niet) te contracteren niet mag uitoefenen in strijd met onder andere de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals bijv. het gelijkheidsbeginsel.¹³¹ Ten aanzien van de inhoud, zijn de partijen vrij te bepalen wat ze in de overeenkomst regelen zolang deze niet in strijd is met de wet, de goede zeden of de openbare orde, art. 3:40 BW.

Gelet op de contractvrijheid is het voor de provincie mogelijk om het gebruik van het stuk grond waarop/in een meetpunt is gevestigd en waarvan de provincie geen rechthebbende is, in een overeenkomst vast te leggen. De provincie als beheerder van zo'n meetpunt en de grondeigenaar als rechthebbende van de betreffende grond, kunnen naar hun wens de overeenkomst invullen. Zo kunnen voorwaarden vastgelegd worden ten aanzien van het meetpunt en de regelmaat en/of de tijdstippen van de metingen. Het afspreken van eenmalige vergoeding (de hoogte, de regelmaat en de voorwaarden ervan) voor het dulden van de meetpunten en de daarmee samenhangende metingen passen dan ook helemaal in het beeld van de contractsvrijheid bij de overeenkomst.

Een gebruiksovereenkomst behoort tot de duurovereenkomsten. Hierbij gaat het om overeenkomsten waaruit voortdurende of telkens terugkerende rechten en verplichtingen voortvloeien.¹³² De rechtsgevolgen bij een duurovereenkomst zijn namelijk anders dan bij overeenkomsten van korte duur. Het verschil is dat bij de eerste eenzijdige opzegging mogelijk is terwijl bij overeenkomsten van korte duur de weg van art. 6:258 BW (wijziging van de gevolgen van de overeenkomst of gedeeltelijke ontbinding ervan door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden) bewandeld moet worden. Hoewel voor duurovereenkomsten naast opzegging de weg van 6:258 BW openstaat, is deze weg onnodig zwaar, omdat de opzegging slechts op de toekomst ziet en niet net als bij 6:258 BW ook op reeds verrichte prestaties is gericht.¹³³

De bevoegdheid van opzegging van sommige overeenkomsten is bij de wet geregeld. Ook partijen kunnen in de overeenkomst de mogelijkheid van opzegging met inachtneming van een redelijke opzegtermijn, opnemen. Wanneer in de wet of de overeenkomst een dergelijke mogelijkheid niet is gegeven, vloeit deze mogelijkheid tot opzegging uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid voort. Dit verwijst naar het ongeschreven objectief recht waarbij gekeken dient te worden naar waartoe de partijen op grond van de overeenkomst in hun onderlinge verhouding verplicht en gerechtigd zijn.¹³⁴ Op grond van rechtspraak is opzegging ook in het geval van de duurovereenkomsten van onbepaalde tijd mogelijk, indien een redelijke opzegtermijn in acht wordt genomen.¹³⁵ Wanneer bij de wederpartij bijzonder grote belangen op het spel staan, wordt de opzeggingsbevoegdheid echter beperkt tot gevallen waarin zwaarwegende redenen voor opzegging (bijv. aanleg van een weg of bouw van een instelling welke al jaren in het bestemmingsplan opgenomen waren) bestaan,¹³⁶ of zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.¹³⁷ De redelijke termijn is van belang om een partij op een nieuwe situatie voor te bereiden. In bepaalde gevallen (bijv. wanneer een provincie een meetpunt moet verplaatsen) kan een redelijke termijn niet voldoende de belangen van de wederpartij tegemoetkomen. In dat geval kan de opzeggende partij verplicht worden tot schadevergoeding.¹³⁸

5.4.1.2 Kwalitatieve rechten en verplichtingen

In het voorgaande onderdeel is besproken dat een overeenkomst – met name een gebruiksovereenkomst – een mogelijkheid is om omtrent de meetpunten afspraken vast te leggen tussen de provincie en de grondeigenaren. Hiernaast biedt de wet de mogelijkheid tot het in het leven roepen van kwalitatieve rechten (6:251 BW) en verplichtingen (6:252 BW) ten aanzien van goederen.

¹³¹ Hijma e.a. 2007, p. 160.

¹³² Hijma e.a. 2007, p. 326.

¹³³ Hijma e.a. 2007, p. 326-327.

¹³⁴ Hijma e.a. 2007, p. 302.

¹³⁵ HR 21 april 1995, NJ 1995 (*Kakkenberg/Kakkenberg*).

¹³⁶ HR 16 december 1966, NJ 1966, 302 (*Sanders/Sanders m.nt. GJS*); HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*).

¹³⁷ HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 (*Ziekenfondsarrest m.nt. ARB*).

¹³⁸ HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 (*Mattel/Borka m.nt. PAS*).

Kwalitatieve rechten

Kwalitatieve rechten zijn rechten die verbonden zijn aan een bepaalde kwaliteit, zoals het eigenaar zijn van het perceel grond waarop/in een meetpunt is gevestigd. Wanneer de eigendom van dit perceel op een ander overgaat, dan verkrijgt die ander ook het aan de kwaliteit verbonden recht (bijv. het eigendomsrecht).¹³⁹

Kwalitatieve verplichtingen

De in art. 6:252 lid 1 BW verankerde bepaling van een kwalitatieve verplichting houdt in dat een rechthebbende van een registergoed, met betrekking tot dat goed bij overeenkomst een kwalitatieve verplichting aangaat om iets te dulden of niet te doen. Deze verplichting is geen goederenrechtelijke maar een verbintenissenrechtelijke overeenkomst ofwel een verbintenis met een zakelijke werking.¹⁴⁰ De duur van de overeenkomst is afhankelijk van de wil van de partijen. Een verplichting een bepaalde rechtshandeling niet te verrichten kan overigens ook tot de inhoud van een kwalitatieve verplichting worden gemaakt.¹⁴¹

De bepaling van de kwalitatieve overeenkomst vormt een uitzondering op de relativiteit van de overeenkomst aangezien deze verplichting – net als het kwalitatief recht – aan de kwaliteit van de rechthebbende verbonden is. Dit betekent dat wanneer een rechthebbende van een registergoed een verplichting op zich heeft genomen en zijn eigendomsrecht op zijn perceel waarop/in een meetpunt is gevestigd aan een ander overdraagt, de kwalitatieve verplichting (om iets te dulden) hiermee ook overgaat. Deze heeft in zoverre een absolute werking dat bij overdracht het tegengeworpen kan worden aan een derde die geen partij was bij de overeenkomst.¹⁴² Het verdient een opmerking dat de absolute derdenwerking in drietal gevallen een uitzondering kent, namelijk in de gevallen dat derden een beperkt recht hebben dat ouder is dan de inschrijving, beslaglegger die vóór de inschrijving beslag heeft gelegd en iemand die zijn recht van de eerdergenoemde gerechtigde of beslaglegger heeft verkregen (art. 6:252 lid 3 BW).

Voor de werking van de in de overeenkomst opgenomen kwalitatieve verplichting is het een vereiste van deze overeenkomst een notariële akte op te maken en de verplichting vervolgens in de openbare registers in te schrijven (6:252 lid 2 jo. 3:17 lid 1 BW). Op grond van art. 6:252 lid 4 BW kunnen partijen een (periodieke) vergoeding in de vorm van een tegenprestatie vragen voor het in gebruik geven van de grond. Bij de overgang van de verplichting gaat het hieruit voortvloeiende recht op vergoeding mee over indien tevens het beding omtrent de vergoeding in de register is ingeschreven.

Verder bepaalt art. 6:252 lid 5 BW dat een rechthebbende door een kwalitatieve verplichting niet beperkt kan worden in zijn bevoegdheid het goed te vervreemden of te bezwaren. Dit is in verband met de bepaling dat eigendom en beperkte rechten steeds voor overdracht vatbaar zijn tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet.¹⁴³

Wanneer een kwalitatieve verplichting niet meer nagekomen wordt door de grondeigenaar dan heeft de schuldeiser – in casu de provincie – de keuze tussen directe reële executie (optreden met de sterke arm) en schadevergoeding. Voor de schade die al veroorzaakt is (kan men denken aan dichtlassen van een meetpunt) kan op grond van art. 3:299 lid 2 BW een rechtelijke machtiging verkregen worden om op kosten van de grondeigenaar de in strijd met de verplichting verrichte handeling teniet te doen. Ook is mogelijk de grondeigenaar te verplichten een meetpunt in de oude staat te herstellen wanneer deze beschadigd is/wordt, art. 6:103 BW.¹⁴⁴

Tot slot biedt de wet in art. 6:259 BW de mogelijkheid om de overeenkomst waarbij een of meer kwalitatieve verplichtingen in het leven werden geroepen, door de rechter te doen

¹³⁹ Asser/Mijnssen, De Haan en Van Dam 2006 (3-I), p. 41.

¹⁴⁰ Wibbens-deJong 2006, p. 49.

¹⁴¹ Asser/Hijma 2007 (5-I), p. 228.

¹⁴² Asser/Mijnssen, De Haan en Van Dam 2006 (3-I), p. 35 en 41.

¹⁴³ Art. 3:38 lid 1 BW.

¹⁴⁴ Van Oostrom-Streep 2006, p. 132.

ontbinden of de gevolgen ervan te doen wijzigen indien na het sluiten van de overeenkomst minstens tien jaar is verstreken en het ongewijzigd voortduren in strijd is met het algemeen belang. Wijziging of ontbinding van de overeenkomst kan ook wanneer bij de nakoming van de verplichting geen redelijk belang meer bestaat en het terugkeer van dit belang niet aannemelijk is.¹⁴⁵

5.4.2 Zakelijke rechten

Een zakelijk recht is een recht dat op een zaak rust.¹⁴⁶ Tegenover het open systeem van het verbintenissenrecht kent het Nederlandse objectieve recht een gesloten systeem van zakelijke rechten. Dit wil zeggen dat er in beginsel geen andere zakelijke rechten in het leven geroepen kunnen worden dan die geregeld zijn in de wet.¹⁴⁷ Zo bestaan er binnen het zakelijke recht: het eigendomsrecht¹⁴⁸ (art. 5:1 BW), het appartementsrecht (5:106 BW)¹⁴⁹ en beperkte rechten waarmee eigendom vervolgens verzwaaard kan worden (art. 3:8 BW). Zo kent het Nederlandse burgerlijk recht de volgende beperkte rechten: erfdienstbaarheid, erfpacht, opstal, vruchtgebruik, pandrecht en hypotheekrecht. De wet kent geen andere zakelijke rechten dan de genoemde, wat betekent dat partijen de inhoud van een beperkt recht niet naar eigen goeddunken kunnen vaststellen.¹⁵⁰ Hoewel de eerder behandelde kwalitatieve verplichting zakelijke kenmerken toont, hoort zij in het verbintenissenrecht thuis.¹⁵¹

Het recht op een zaak wordt meestal beschouwd vanuit het privaatrecht. Het gaat dan vooral om de bevoegdheden die de rechthebbende aan zijn recht kan ontleen en de vraag in hoeverre deze bevoegdheden door anderen moeten worden gerespecteerd. Het recht op een zaak, in het bijzonder op een onroerende zaak, moet echter ook worden beschouwd vanuit het publieke recht. Wanneer aan de overheid op grond van het burgerlijk recht bevoegdheden toekomt, mag zij deze niet uitoefenen in strijd met de geschreven en ongeschreven regels van het publiekrecht, art. 3:14 BW.

5.4.2.1 Opsomming beperkte rechten

Hieronder wordt kort aangegeven waarom de eerder genoemde rechten (met uitzondering van het recht van opstal) geen nadere uitwerking in dit onderzoek verdienen. Het recht van opstal wordt vanwege zijn toepasselijkheid in dit onderzoek in paragraaf 5.3.2.2 uitgebreid behandeld.

Bij erfdienstbaarheid gaat het om een last, waarmee een onroerende zaak – het dienende erf – ten behoeve van een andere onroerende zaak – het heersende erf is verzwaaard, art. 5:70 BW. In de akte van vestiging kan worden bepaald dat er voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid, gebouwen, werken of beplantingen op het dienende erf aangebracht kunnen worden, art. 5:71 BW. Zoals uit deze beschrijving blijkt, is het dulden van het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen een nevenverplichting en niet het hoofddoel van een erfdienstbaarheid, terwijl in casu de verplichting een hoofddoel betreft. Op grond van art. 5:85 BW geeft de erfpachter de bevoegdheid eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken. In casu ligt het vestigen van een recht van erfpacht op een meetpunt dat maar een heel klein gedeelte van de grond in beslag neemt, niet voor de hand. Het gaat immers niet om het gebruik en houden van een groot deel van de grond van de rechthebbende.

Bij vruchtgebruik gaat het om het recht op goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten (art. 3:201 BW). Ook hier geldt dat toepassing

¹⁴⁵ Asser/Mijnssen, De Haan en Van Dam 2006 (3-I), p. 44.

¹⁴⁶ Zie paragraaf 5.2 of begrippenlijst voor uitleg begrip zaak.

¹⁴⁷ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p. 2.

¹⁴⁸ Zie paragraaf 5.2 of begrippenlijst voor uitleg begrip zaak.

¹⁴⁹ Hoewel appartementsrecht een zakelijk recht is, is het geen beperkt recht maar een vorm van een aandeel in de in de splitsing betrokken goederen, Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p. 14.

¹⁵⁰ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p.1-3.

¹⁵¹ Hijma e.a. 2007, p. 346.

van vruchtgebruik in casu niet voor de hand ligt. Er is immers geen sprake van volledig gebruik van de grond en al helemaal niet van genot van de afgeworpen vruchten. Het recht van pand en hypotheek zijn beide zekerheidsrechten. Dit wil zeggen dat ze niet tot het genot of het gebruik van een goed strekken maar aan geldverstrekker een zekerheid verschaffen in het geval het geleende bedrag niet afgelost kan worden. Om deze reden al blijven deze rechten in dit onderzoek buiten beschouwing. Voor meer uitleg over deze rechten en argumentatie waarom ze niet van toepassing zijn wordt verwezen naar bijlage 9.

5.4.2.2 Het recht van opstal

Art. 5:101 BW beschrijft dat het recht van opstal een zakelijk recht is om in, op of boven de onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Het is dus afgeleid uit het eigendomsrecht van een onroerende zaak dat met een opstalrecht is verzaamd.¹⁵² Daarom is dit recht zowel een beperkt recht als bedoeld in artikel 3:8 BW als een registergoed als bedoeld in artikel 3:10 BW. Art. 5:101 BW ziet niet alleen op het dulden van de aanwezigheid van bepaalde gebouwen, werken of beplantingen, maar ook op het dulden dat de opstaller eigenaar is van de genoemde zaken. De opstaller heeft dus naast het beperkt recht op de grond van een ander, het volledige eigendomsrecht op een gebouw, werk of beplanting. Er wordt een akte van vestiging opgemaakt. Het recht van opstal wordt in de openbare registers ingeschreven waardoor het een absolute werking heeft en in beginsel tegen iedereen ingeroepen kan worden.¹⁵³

De meetpunten van de provincie vallen volledig onder art. 5:101 BW. Een meetpunt is een werk dat voor een deel in en voor een deel op een onroerende zaak – hier de grond van een rechthebbende – is aangebracht. Bij opstalrecht is ook mogelijk om dit recht op een deel van het (kadastraal) perceel te vestigen.¹⁵⁴ Daarnaast voorkomt dit recht dat een eigenaar van een perceel grond door de in art. 5:20 BW neergelegde natrekkingsregel eigenaar wordt van de in of op zijn grond bevindende zaken. De natrekkingsregel houdt met name in dat de eigendom van de grond mede omvat de eigendom van de daarmee verenigde gebouwen, werken en beplantingen. In de akte van de vestiging kunnen de partijen bepalen ten aanzien van welke (soort) zaken de natrekking wordt doorbroken.¹⁵⁵ Door de absolute werking van dit recht blijft de provincie – in het geval van het vestigen van een recht van opstal – alsnog eigenaar van het meetpunt.

Een recht van opstal kan zowel zelfstandig als afhankelijk van een ander zakelijk recht of van een recht van huur of pacht op de onroerende zaak worden verleend, 5:101 lid 2 BW. Wanneer op een meetpunt een recht van opstal gevestigd wordt, dan is er sprake van een zelfstandig opstalrecht omdat het niet verbonden is aan een ander recht en dus zelfstandig kan bestaan. Het onderscheid tussen een zelfstandig en een afhankelijk recht van opstal is in zoverre van belang dat het invloed heeft op de rechtsgevolgen. Een afhankelijk opstalrecht eindigt namelijk tegelijk met het recht waaraan het verbonden is tenzij in de akte van vestiging een kortere termijn is bepaald, art. 3:7. BW Daarentegen kan bij een zelfstandig opstalrecht de duur van het recht van opstal in de akte van vestiging geregeld worden (op grond van op erfpacht geldende art. 5:86 BW). Zo kan een opstalrecht eeuwigdurend zijn zonder enige opzegmogelijkheid.

Geldsom

Het recht van opstal brengt voor de opstaller de verplichting mee om aan de eigenaar ineens of periodiek een geldsom – retributie – te betalen, art. 5:101 lid 3 BW. De retributie betreft slechts de gebouwen, werken en beplantingen, art. 5:105 lid 3 BW en is aan de kwaliteit (dus het werk) verbonden. Dit betekent dat de retributie meet overgaat naar een opvolgend eigenaar. Ook krijgt de opstaller tijdens de duur van het opstalrecht alle bevoegdheden tot het feitelijk handelen die als eigenaar van de gebouwen, werken en beplantingen aan hem toekomen. De bij de wet aan de opstaller toegekende bevoegdheden kunnen in de akte van

¹⁵² Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p. 308.

¹⁵³ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p.19.

¹⁵⁴ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p. 309.

¹⁵⁵ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p. 306-309.

vestiging worden beperkt (art. 5:102 BW) of uitgebreid. Wanneer in de akte een regeling hieromtrent ontbreekt, heeft de opstaller de bevoegdheid voor het volle genot van zijn zaak, art. 5:103 BW. Er bestaat dus een grote mate van vrijheid om bedingen onder de werking van het recht van opstal te brengen. Zo kan bijv. in de akte van de vestiging een regeling opgenomen worden dat in casu de provincie over de grond van de rechthebbende bij haar meetpunt kan komen. Deze regeling zal echter geen derdenwerking hebben omdat het dan slechts een bepaling is tussen de opstaller en de grondeigenaar. Om deze regeling toch een werking tegen derden te geven, bestaat de mogelijkheid om een kwalitatieve verplichting of een recht van erfdiensbaarheid in de vorm van recht van overpad in de akte op te nemen en deze met de inschrijving van de akte van het genoemde recht of verplichting in de openbare registers in te schrijven. In geval recht van opstal gecombineerd wordt met een erfdiensbaarheid dan is de laatste een afhankelijk recht en zal eindigen op het moment dat het recht van opstal beëindigd wordt.

Beëindiging

Het recht van opstal en het recht van erfpacht zijn nauw met elkaar verbonden daarom zijn een aantal bepalingen van erfpacht via art. 3:104 BW van overeenkomstige toepassing op het recht van opstal. Het nut van een aparte wettelijke regelgeving van het recht van opstal ligt volgens Asser vooral in de mogelijkheid om van de natrekkingsregel af te wijken.¹⁵⁶

Art. 5:97 BW bepaalt dat het recht van opstal vijftientig jaar na de vestiging gewijzigd of opgeheven kan worden op grond van onvoorziene omstandigheden. Wanneer het om een opstalrecht van bepaalde tijd gaat, dan blijft dit recht doorlopen mits de termijn hiervan is verstreken, de opstaller de zaak op dat tijdstip niet heeft ontruimd en de grondeigenaar binnen zes maanden na de voorgenomen datum van de beëindiging van het recht van opstal niet te kennen heeft gegeven dit recht als beëindigd te hebben beschouwd, art. 5:98 BW.

(Dit doen blijken kan afhankelijk wat er in de akte is bepaald, bij aangetekend schrijven of per deurwaardersexploot. Ook kan in de akte bepaald zijn dat een recht van opstal van rechtswege kan eindigen wanneer de termijn van het gevestigde opstalrecht afloopt.)

Gebeurt dit niet kan opzegging alsnog één jaar vóór het tijdstip waartegen ze het opzeggen per deurwaardersexploot plaatsvinden, art. 5:88 lid 1 BW. De provincie kan weigeren dit afschrift in ontvangst te nemen. Dit heeft als gevolg dat van de weigering op het exploot een melding wordt gemaakt en de provincie wordt dan geacht dit afschrift toch in persoon te hebben ontvangen, art. 46 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering c.a. (Rv).

Na de beëindiging van het recht van opstal gaan de gebouwen, werken en beplantingen van rechtswege in eigendom over naar de grondeigenaar, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald.¹⁵⁷ Dit geschiedt dan op grond van de natrekkingsregel van art. 5:20 BW. Dit neemt niet weg dat in dat geval de opstaller bevoegd is de werken, gebouwen en beplantingen bij het einde van zijn recht weg te nemen, zolang de onroerende zaak waarop het recht rustte in de oude toestand wordt teruggebracht, art. 5:105 lid 2 BW.

Verjaring

Een recht van opstal ontstaat door het opstalrecht – met voldoende bepaaldheid omschreven, art. 3:98 BW jo. art. 3:84 lid 2 BW – in de notariële akte te vestigen en deze ter inschrijving in de openbare registers aan te bieden. De akte dient de benaming van het recht – hier dus recht van opstal – te bevatten, art. 24 lid 2 sub b Kadasterwet.

Het recht van opstal kan ook verkregen worden door verjaring indien de verkrijger te goeder trouw is en er sprake is van onafgebroken bezit van tien jaar, art. 3:99 BW. Bij het ontbreken van te goeder trouw kan het recht van opstal worden verkregen na twintig jaar, art. 3:105 BW.

Verjaring te goeder trouw

Voor verkrijging van een goed door verjaring te goeder trouw is bezit van dat goed vereist. Hiervoor is nodig dat degene die door verjaring een goed verkrijgt, dit goed voor zichzelf houdt (art. 3:107 BW) en dus zich redelijkerwijze als rechthebbende mag beschouwen. Niet

¹⁵⁶ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p. 306.

¹⁵⁷ Vos, 'Beperkte rechten (1): het recht van opstal', *Wieringa Advocaten* 12 maart 2009, www.wieringa-advocaten.nl (zoek op *Recht van opstal*).

nodig is dat de bezitter zelf bezitsdaden verricht. Ook iemand die een goed middellijk bezit – door middel van een ander die het goed voor hem houdt, art. 3:107 lid 2 BW – kan dat goed door verjaring verkrijgen.¹⁵⁸ Op grond van art. 3:111 BW kan een houder nooit een bezitter worden tenzij zich een verandering in deze situatie voordoet. Dit toepassend op de praktijk heeft de provincie een meetpunt tot op heden in haar bezit gehad en voor zichzelf gehouden. Een grondeigenaar heeft dit meetpunt onmiddellijk voor de provincie gehouden. Deze eigenaar heeft verder niets met het meetpunt te doen (gehad), de provincie daarentegen voert regelmatig metingen uit bij deze meetpunten (en oefent dus regelmatig bezitsdaden uit). Art. 3:111 BW belet de grondeigenaar als houder door verjaring bezitter te worden. Verder is een bezitter te goeder trouw wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijze als zodanig mag beschouwen, art. 3:118 BW. Aangezien de meetpunten met de toestemming van de grondeigenaar zijn aangebracht, kan ervan worden uitgegaan dat hier sprake is van te goeder trouw. De literatuur¹⁵⁹ en jurisprudentie¹⁶⁰ geven echter aan dat te goeder trouw zich met name zal voordoen wanneer de ingeschreven titel tot verkrijging of de akte van vestiging een gebrek toont. Dit wil zeggen dat de bezitter zich krachtens een erfdienstbaarheid of recht van opstal bevoegd beschouwde tot het gebruik van zijn recht en dit redelijkerwijze mocht doen.¹⁶¹ Ondanks dit is de onderzoeker echter van mening dat in casu ook sprake kan zijn van te goeder trouw. De grondeigenaar heeft immers toestemming gegeven voor het aanbrengen van een meetpunt, daarnaast had deze tien jaar de tijd om te vorderen dat het onafgebroken bezit van de provincie over het meetpunt beëindigd werd. Inmiddels is deze termijn bij sommige meetpunten al verstreken. Art. 3:101 BW geeft aan dat de termijn van tien jaar begint te lopen met aanvang van de dag na het begin van het bezit. Opmerking verdient dat te goeder trouw wordt vermoed aanwezig te zijn, het ontbreken ervan dient echter bewezen te worden, art. 3:118 lid 3 BW. Bij het opmaken van de akte van vestiging beoordeelt de notaris of er sprake is van te goeder trouw.¹⁶²

Verjaring te kwader trouw

Zelfs als er geen sprake kan zijn van bezit te goeder trouw kan de provincie alsnog recht van opstal verkrijgen door verjaring. Dit kan wanneer de termijn van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende (wanneer er bij een meetpunt niets geregeld is, wordt de grondeigenaar door natrekking immers eigenaar van het meetpunt) verlopen is. Dit is mogelijk op grond van art. 3:105 lid 1 BW dat bedoeld is voor bevrijdende verjaring. Na wetwijziging van BW in 1992 is onder het huidige BW echter mogelijk dat een bevrijdende verjaring ‘omslaait’ in verkrijgende verjaring.¹⁶³ Zo kan iemand die een goed bezit op het tijdstip waarop de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit verjaart, dit goed verkrijgen, art. 3:105 BW. Uit art. 3:314 lid 2 BW volgt dat deze termijn begint met de aanvang van de dag die volgt op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden. Hier geldt naar in art. 3:306 BW is bepaald, een verjaringstermijn van twintig jaar. Art. 95 Overgangswet van het BW¹⁶⁴ bepaalt dat de termijn van deze nieuwe verjaring gaat lopen vanaf het moment dat bezit op deze manier mogelijk is, dus vanaf 1 januari 1992 (de datum waarop het nieuwe BW van kracht is).

Gelet op het bovenstaande kan per 1 januari 2012 van verkrijgende verjaring krachtens art. 3:105 BW gesproken worden. Dan is de termijn van twintig jaar verlopen. Indien een grondeigenaar voor deze datum de beëindiging van het bezit van de meetpunten vordert, kan de provincie zich niet meer beroepen op verkrijging van het recht van opstal door verjaring ex art. 3:105 BW.

¹⁵⁸ Asser/Mijnssen, De Haan en Van Dam 2006 (3-I), p. 477.

¹⁵⁹ Asser/Mijnssen, Velten en Bartels 2008 (5*), p. 316 en 340.

¹⁶⁰ Schelhaas, ‘Verjaring van een recht van overpad: goeder trouw?’, *Banning Advocaten* 14 april 2010, www.banning.nl/3140/home-nl/publicaties/archief/verjaring-van-een-recht-van-overpad-goede-trouw.html.

¹⁶¹ HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 501.

¹⁶² ‘Kan een grondstuk door verjaring in eigendom worden verkregen?’, *Kadaster* 2 mei 2011, www.kadaster.nl (selecteer Contact, daarna Veelgestelde vragen, zoek vervolgens op *Verjaring*).

¹⁶³ Rb. Dordrecht 5 januari 2005, *LJN* AR8691 (op www.jure.nl).

¹⁶⁴ Wet van 2 april 1991, houdende invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek houdende het overgangsrecht.

Verjaring die leidt tot de verkrijging van een registergoed, dient nadat er een notariële akte is opgemaakt, ingeschreven te worden in openbare registers art. 3:17 lid 1 sub i BW. Ook de reguliere manier van het vestigen van recht van opstal behoeft een notariële akte en inschrijving in de openbare registers, art. 3:98 jo. 3:89 BW. In principe is voor de provincie niet doorslaggevend of het recht van opstal door vestiging of verjaring is ontstaan, aangezien er toch dezelfde procedurele eisen zijn gesteld. Het enige onderscheid ligt in de bereidheid van de grondeigenaar tot medewerking. Bij het ontstaan van recht van opstal door verjaring wordt er geen rekening gehouden met de wil van de grondeigenaar.

5.5 Onderlinge afweging en verhouding mogelijkheden

Na de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beperkingen op iemands eigendomsrecht onderzocht te hebben, is het van belang om te weten welke van deze beperkingen het minst bezwarende is voor de eigenaar en welke beperking de grootste rechtskracht heeft.

Besproken is dat zowel op grond van de Waterwet als op grond van de BP de mogelijkheid bestaat een gedoogplicht op te leggen. Uit het privaatrecht bestaat de mogelijkheid van overeenkomst (in de vorm van gebruiksovereenkomst en in de vorm van kwalitatieve verplichting met zakelijke werking) en binnen de zakelijke rechten de mogelijkheid van het vestigen van een recht van opstal. Een overzicht van deze mogelijkheden is in bijlage 10 opgenomen.

Uit de gegeven mogelijkheden is een gebruiksovereenkomst het minst bezwarende voor een grondeigenaar. De laatste kan immers zijn wil uiten en beschikt over de mogelijkheid de overeenkomst te ontbinden. Hoewel bij de kwalitatieve verplichting en het recht van opstal de wil van de eigenaar nog steeds een rol kan spelen, is ondanks de mogelijkheid tot beëindiging de stap hiertoe groter omdat deze tijdrovend is en slechts in uitzonderlijke situaties mogelijk is. De gedoogplichten uit de Waterwet en de BP zijn het meest bezwarende voor een grondeigenaar omdat los van zijn wil hem een plicht wordt opgelegd en zijn eigendomsrecht op een zaak wordt beperkt. Na het onherroepelijk worden van de beschikking, is de rechthebbende verbonden aan de gedoogplicht.

De verhoudingen van de mogelijkheden binnen het publieksrecht zijn als volgt te beschrijven. De gedoogplicht ex art. 1 BP is pas mogelijk wanneer er een poging is gedaan tot het bereiken van een minnelijke overeenkomst. Deze gedoogplicht is zo ingrijpend dat het als laatste redmiddel moet gelden. Of de gedoogplicht uit de Waterwet ook als ultimum remedium moet gelden, blijkt uit de MvT op de Waterwet en literatuur niet. Naar de mening van de onderzoeker is dat niet het geval omdat de gedoogplicht uit de Waterwet minder ingrijpend is dan de gedoogplicht uit de BP. Het zich niet houden aan de laatste levert namelijk een overtreding op.

Binnen het publieksrecht kunnen op grond van art. 17 BP de gedoogplicht uit de Waterwet en die uit de BP in principe naast elkaar opgelegd worden (dat het naast elkaar opleggen van twee gedoogplichten geen nut heeft, is een andere zaak).

Binnen het privaatrecht is er geen sprake van rangorde van de van toepassing zijnde mogelijkheden. Van welke mogelijkheid er gebruik wordt gemaakt, is afhankelijk welke het minst bezwarende en het meest effectieve is. Wel zijn kwalitatieve verplichting en het recht van opstal vanwege hun derdenwerking sterker dan een gebruiksovereenkomst. Een recht van opstal is op zijn beurt sterker dan een kwalitatieve verplichting. Het wordt namelijk in een aparte akte gevestigd en ingeschreven in de openbare registers. Terwijl de kwalitatieve verplichting gehangen is aan de koopakte van de grond waarop een meetpunt is gevestigd. Bovendien wordt door het vestigen van een recht van opstal het eigendom verkregen terwijl bij de kwalitatieve verplichting de grondeigenaar door natrekking alsnog eigenaar kan worden van alle gebouwen, werken en beplantingen op/boven/in zijn grond.

5.6 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de volgende vraag centraal: 'Over welke publiekrechtelijke en privaatrechtelijke mogelijkheden beschikt de provincie om haar juridische positie ten aanzien van de meetpunten gelegen op andermans grondgebied vast te stellen of te versterken?' De meest voor de hand liggende mogelijkheden zijn onderzocht. Gebleken is dat de overheid in het algemeen belang het eigendomsrecht dat iemand op een zaak heeft, kan beperken mits de beperking evenredig is aan het te bereiken doel en met betrekking tot de beoordeling van de schade die hierdoor is ontstaan, het égalité-beginsel in acht is genomen.

Binnen de Waterwet staat de provincie de mogelijkheid open een gedoogplicht ex art. 5.21 op te leggen waarmee een rechthebbende van een zaak verplicht wordt werkzaamheden te dulden die in het publiek belang noodzakelijk zijn geacht. De schadevergoedingsbepalingen uit de Waterwet blijven voor de bestaande meetpunten echter buiten toepassing. Door een mogelijke omissie in de Invoeringswet Waterwet zijn de schadevergoedingsbepalingen uit de Gww evenmin van toepassing. Omdat de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort, hoeft de provincie ook niet schadevergoeding toe te kennen op grond van het égalité-beginsel.

Ook bestaat de mogelijkheid van het opleggen van een gedoogplicht voor werken ten behoeve van openbare werken op grond van art. 1 BP. Deze mogelijkheid is echter niet de meest geëigende weg en dient als een laatste middel ingezet te worden. Dit instrument komt van pas wanneer pogingen tot het bereiken van een minnelijke overeenkomst zijn mislukt. Wanneer in de gedoogbeschikking geen schadevergoeding is verzekerd, bestaat de mogelijkheid in een aparte procedure via de kantonrechter vergoeding van de schade te vorderen. Beide gedoogplichten worden in de openbare registers ingeschreven en zijn voor een ieder kenbaar. Ze kunnen bovendien aan een opvolgende eigenaar tegengeworpen worden. Niet onbelangrijk is om op te merken dat er een wet – Wgwab – in ontwikkeling is die de BP gaat vervangen. Op grond van deze wet zal het niet meer mogelijk zijn de BP toe te passen bij de meetpunten. Daarvoor zal dan slechts de gedoogplicht uit de Waterwet gelden.

Binnen het privaatrecht zijn er mogelijkheden op grond van het verbintenissenrecht (gebruiksovereenkomst en kwalitatieve verplichting) en zakelijk recht (het recht van opstal). Bij een gebruiksovereenkomst zijn partijen vrij de inhoud naar hun eigen wil te bepalen. Zo kunnen zij onder meer de duur en een eventuele vergoeding overeenkomen. Een overeenkomst heeft echter geen derdenwerking en geldt slechts tussen de aan de overeenkomst gebonden partijen. De kwalitatieve verplichting heeft daarentegen vanwege de opgemaakte notariële akte, welke vervolgens ingeschreven wordt in de openbare registers, wel een derdenwerking en kan tegengeworpen worden aan een opvolgende eigenaar. In de overeenkomst van de kwalitatieve verplichting kunnen de partijen een vergoeding in de vorm van tegenprestatie opnemen. Indien dit beding ook ingeschreven wordt in de openbare registers, gaat het recht op de vergoeding mee over naar een opvolgende eigenaar. In tegenstelling tot de gebruiksovereenkomst en de kwalitatieve verplichting doorbreekt het recht van opstal de natrekkingsregel waardoor een rechthebbende van een grond niet van rechtswege eigenaar wordt van de op/in/boven de daarop aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen. Dit samen met de krachtige derdenwerking van het recht van opstal maakt het laatstgenoemde sterker dan de kwalitatieve verplichting omdat het in een aparte akte gevestigd wordt en ingeschreven wordt in de openbare registers. Bij recht van opstal dient de opstaller eenmalig of periodiek een geldsom (retributie) te betalen. Om toegang tot de opstal te krijgen kan een recht van opstal gecombineerd worden met erfdienstbaarheid of een kwalitatieve verplichting.

Tot slot is het mogelijk een recht door verjaring te verkrijgen. Wanneer een bezitter te goeder trouw is, geldt een verjaringstermijn van tien jaar en bij anders dan te goeder trouw, is deze termijn twintig jaar welke loopt per 1 januari 1992.

Hoofdstuk 6 Juridische bescherming

6.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 zijn de mogelijkheden besproken die de provincie heeft om ter bescherming van het voortbestaan van de grondwatermeetpunten die voor het algemeen belang dienen en aangebracht zijn op andermans onroerende zaak, de bevoegdheden die een eigenaar op zijn zaak heeft, te beperken. In dit hoofdstuk worden deze juridische mogelijkheden toegepast op de meetpunten en tegen elkaar afgewogen om uiteindelijk een conclusie te trekken welke mogelijkheid voor de provincie het meeste voor de hand ligt om toe te passen. Eerst worden de mogelijkheden toegepast op de bestaande meetpunten die reeds juridisch geregeld zijn. Daarna worden de mogelijkheden toegepast op de bestaande meetpunten waarvoor nog niets geregeld is. In de conclusie zal weergegeven worden welke mogelijkheid voor deze meetpunten het beste is.

6.2 Toepassing mogelijkheden bij de huidige juridisch geregelde meetpunten

De provincie heeft een aantal meetpunten waarvoor in het verleden regelingen getroffen zijn. In hoofdstuk 1 is uitgelegd dat de provincie in 1995 voor 84 oude en 22 nieuwe meetpunten een zakelijk recht in de vorm van een recht van opstal (sommige meetpunten in combinatie met recht van overpad) heeft willen vestigen. Uiteindelijk is dit plan niet tot uitvoering gebracht, deels door de hoge kosten en deels door de lage kans dat een meetpunt problemen zou kunnen opleveren (slechts eens in vijf jaar kwam het voor dat een meetpunt verplaatst moest worden). Daarom zijn in incidentele gevallen rechten of overeenkomsten gesloten. Er zijn geen gevallen bekend waarbij de provincie een gedoogplicht heeft opgelegd of een kwalitatieve verplichting is overeengekomen.

Inmiddels zijn er rechten die verlopen zijn en overeenkomsten die beëindigd zijn. De vraag is dan hoe om te gaan met de bestaande regelingen die verlopen zijn en heeft de provincie rechten verkregen door verjaring? Hieronder worden deze vragen uitgewerkt.

6.2.1 Bestaande regelingen

Recht van opstal voor bepaalde duur

Een recht van opstal van bepaalde duur blijft in principe doorlopen wanneer de termijn waarvoor dit recht gevestigd was, is verstreken en de provincie het meetpunt op dat tijdstip niet heeft ontruimd. Indien de beëindiging van rechtswege niet in de akte is bepaald, heeft de grondeigenaar de mogelijkheid binnen zes maanden na dat tijdstip (door middel van aangetekend schrijven of bij exploit) te kennen te geven het recht als beëindigd te beschouwen. Wanneer dit ook niet gebeurt, blijft het recht van opstal alsnog voortduren. In dat geval kunnen zowel de provincie als de grondeigenaar het recht van opstal alsnog met één jaar opzegtermijn beëindigen.

Recht van opstal voor onbepaalde duur

Een recht van opstal dat gevestigd is met onbepaalde duur, geldt in beginsel als eeuwigdurend zonder enige opzegmogelijkheid. Toch bestaat de mogelijkheid om dit recht op grond van onvoorziene omstandigheden te wijzigen of op te zeggen wanneer een periode van vijftig jaar na het vestigen van het recht is verstreken.

Wanneer in de akte van vestiging de provincie de verplichting is opgelegd retributie (vergoeding) aan de grondeigenaar te betalen, dient de provincie zich aan deze verplichting te houden.

Opzegging van het recht van opstal geschiedt bij deurwaardersexploit. De provincie kan weigeren dit afschrift in ontvangst te nemen. Dit heeft als gevolg dat van de weigering op het exploit een melding wordt gemaakt en de provincie geacht wordt dit afschrift in persoon te hebben ontvangen.

Indien het in de akte van vestiging niet anders is bepaald, hoeft de provincie na de beëindiging van het recht van opstal de meetpunten niet te verwijderen of de grond in de oude staat te brengen. De grondeigenaar wordt dan van rechtswege eigenaar van de meetpunten.

Overeenkomst van bepaalde duur

Bij een overeenkomst zijn partijen vrij de inhoud ervan naar eigen goeddunken in te vullen. Welke rechtsgevolgen hieruit voortvloeien is afhankelijk van datgene wat in de overeenkomst is vastgelegd. Dit geldt ook voor de opzegmogelijkheid of een eventuele verlenging.

Wanneer een dergelijke regeling in de overeenkomst ontbreekt, dienen de partijen acht te slaan op de ongeschreven regels van redelijkheid en billijkheid en te kijken waartoe zij in hun onderlinge verhouding op grond van de overeenkomst verplicht en gerechtigd zijn. Anders gezegd, wanneer partijen in de overeenkomst bijv. bij de beëindiging ervan de ontruiming van een meetpunt niet hebben bepaald, hoeft een meetpunt ook niet ontruimd te worden (zolang de grondeigenaar er niet om vraagt) en kan door middel van een nieuwe overeenkomst blijven voortbestaan.

Is een opzegging niet geregeld in de overeenkomst, is deze alsnog mogelijk met inachtneming van een redelijke opzegtermijn. Hoelang deze termijn moet zijn, is afhankelijk van het feit hoeveel tijd de provincie nodig heeft om zich voor te bereiden op de gevolgen van de beëindiging van de overeenkomst, bijv. het verwijderen of verplaatsen van een meetpunt. Wanneer deze periode langer voortduurt dan redelijk is, kan van de grondeigenaar schadevergoeding gevorderd worden.

Overeenkomst van onbepaalde duur

Opzegging bij overeenkomsten van onbepaalde duur is ook mogelijk indien een redelijke termijn in acht wordt genomen. De meetpunten van de provincie dienen een bijzonder belang, zij zijn in het algemeen belang aangelegd. In beginsel weegt het algemeen belang zwaarder dan een individueel belang en opzegging is dan slechts in gevallen mogelijk wanneer een grondeigenaar zwaarwegende redenen voor opzegging heeft (zoals het bouwen in overeenstemming met het bestemmingsplan) of als zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan (de laatste is mogelijk bij tussenkomst van een rechter).

6.2.2 Verjaarde regelingen

De provincie kan een recht van opstal ook door verjaring verkrijgen.

De verjaring kan zowel wanneer de provincie te goeder trouw is geweest als wanneer te goeder trouw niet aan de orde is. Wil de provincie zich beroepen op verjaring te goeder trouw dan zijn er een aantal vereisten aan verbonden. Er moet namelijk sprake zijn van bezit te goeder trouw. De provincie moet dus geen houder maar een bezitter van het meetpunt zijn en zich redelijkerwijs als zodanig beschouwen. Dit is het geval aangezien de provincie regelmatig metingen komt doen en zelf verantwoordelijk is voor onderhoud van de meetpunten. Zij is een middellijke bezitter en de grondeigenaar houdt het meetpunt voor haar. De provincie heeft dit bezit te goeder trouw verkregen omdat een meetpunt met de toestemming van de eigenaar is verkregen. De goede trouw wordt overigens vermoed aanwezig te zijn, het ontbreken ervan dient aangetoond te worden. Er moet sprake zijn van onafgebroken bezit van – bij registergoederen, zoals het recht van opstal – tien jaar.

Wanneer de provincie een meetpunt meer dan tien jaar bezit, kan zij zich beroepen op het verkrijgen van een recht van opstal door verjaring te goeder trouw. Tijdens het vestigen van de notariële akte beoordeelt de notaris of hiervan sprake is. Is dit niet het geval dan kan er gekeken worden of er sprake is van bevrijdende verjaring die omslaat in verkrijgende verjaring. Daarvoor geldt een termijn van twintig jaar, gerekend vanaf 1 januari 1992. Dit betekent dat er een recht van opstal verkregen kan worden wanneer een grondeigenaar twintig jaar de tijd heeft gehad om de beëindiging van het bezit te vorderen en dat niet heeft gedaan. In praktijk verloopt deze termijn op 1 januari 2012. Dit wil zeggen dat de provincie

zich op verkrijging door verjaring anders dan te goeder trouw pas na dit tijdstip kan beroepen mits de grondeigenaar voor dit tijdstip beëindiging van het bezit niet heeft gevorderd.

Uit het bovenstaande wordt geconcludeerd dat de provincie bij meetpunten die ouder zijn dan tien jaar waarbij eerder geen rechtsvorderingen tot het beëindigen van dit bezit plaats hebben gevonden, zich voorlopig op verkrijging door verjaring te goeder trouw kan beroepen. Een beroep op verkrijging door verjaring te kwader trouw is pas mogelijk per 1 januari 2012.

6.3 Toepassing mogelijkheden bij de juridisch niet geregelde meetpunten

Voor de meetpunten waarvoor niets is geregeld, heeft de provincie verschillende mogelijkheden. Zo kan zij een gedoogplicht opleggen krachtens de Waterwet of krachtens de BP. Ook heeft zij de mogelijkheid om door middel van een gebruiksovereenkomst afspraken vast te leggen, bij een overeenkomst een kwalitatieve verplichting op te leggen of door middel van het vestigen van een recht van opstal haar eigendomsrecht op de meetpunten in de openbare registers vast te leggen. De mogelijkheden zijn tevens van toepassing op de nieuwe meetpunten. Hieronder is een nadere uitwerking van deze mogelijkheden opgenomen.

Gedoogplicht Waterwet

Een gedoogplicht op grond van de Waterwet is een mogelijkheid die veel zekerheid met zich brengt. Het wordt in de openbare registers ingeschreven en is bekend voor derden. Tevens is de toegang tot een meetpunt daarmee gedekt. Zodra een beschikking onherroepelijk is geworden, kan degene die het opgelegd krijgt er niet meer onderuit. Ook heeft de provincie de mogelijkheid om handhavend op te treden wanneer een gedoogplicht niet nageleefd wordt. Deze procedure is niet zo ingewikkeld en tijdrovend als de procedure die gevolgd moet worden voor het opleggen van een gedoogplicht uit de BP. De gedoogplicht is echter wel een instrument dat zeer ingrijpend is en een grote beperking op de uitoefening van de eigendomsrechten van een grondeigenaar vormt. Bij een gedoogplicht dient de provincie zo min mogelijk schade te veroorzaken en de schade die veroorzaakt is, dient zij te beoordelen door de ongeschreven regels uit het publieksrecht (égalité-beginsel) in acht te nemen. De gedoogplicht kan tevens tegen een opvolgend eigenaar geworpen worden.

Gedoogplicht BP

De gedoogplicht uit de BP heeft dezelfde ingrijpende gevolgen als de gedoogplicht uit de Waterwet. De procedure uit de BP is echter veel zwaarder en vergt veel meer tijd. Bovendien dient deze gedoogplicht als ultimum remedium gezien te worden. Voorafgaand een verzoek tot de toepassing van een gedoogplicht op grond van de BP, is de provincie verplicht een minnelijk overleg te voeren met de grondeigenaar en geprobeerd te hebben een overeenkomst, kwalitatieve verplichting of een recht van opstal overeen te komen. Een minnelijk overleg brengt heel veel voordelen met zich mee.

Er wordt niet alleen tijdswinst geboekt wanneer de BP-procedure niet doorlopen hoeft te worden, maar bij een overeenkomst, kwalitatieve verplichting of recht van opstal bestaat de mogelijkheid om nadere regels vast te leggen ten aanzien van de toegang tot een meetpunt. De BP-gedoogplicht regelt alleen het gedogen van de aanleg en de aanwezigheid van een meetpunt en niet de regelmatige bezoeken voor de metingen. Bovendien doorbreekt een gedoogplicht (zowel van de Waterwet als van de BP) de natrekkingsregel niet. Tot slot geldt ten aanzien van schadevergoeding op grond van de BP dat (niet alleen de huidige maar) iedere opvolgende eigenaar een volledige schadevergoeding kan vorderen. Bij de in dit hoofdstuk behandelde privaatrechtelijke mogelijkheden gaat het echter om vergoeding van een gedeelte van de schade. Bovendien komt niet iedere opvolgende eigenaar in aanmerking hiervoor.

Gebruiksovereenkomst

De provincie kan ook door middel van een gebruiksovereenkomst met de grondeigenaar overeenkomen het gebruik van en de toegang tot een meetpunt toe te staan. Vanwege de contractsvrijheid kunnen de provincie en de grondeigenaar de inhoud van de overeenkomst

naar hun eigen wil invullen. Een overeenkomst is vanwege de eenzijdige opzegmogelijkheid minder ingrijpend op de eigendomsrechten van de grondeigenaar. Het is overigens ook niet kenbaar voor derden en is slechts een contract tussen de provincie en de grondeigenaar. Door het voeren van een goed overleg met de grondeigenaar en een kleine vergoeding welke ook in de overeenkomst vastgesteld wordt, kan de provincie zowel het vertrouwen van de grondeigenaar winnen als de omslachtige procedures en de ontwrichting van de band met de grondeigenaar voorkomen. Het toepassen van deze mogelijkheid is eenvoudig, kosteloos (afgezien van een eventuele vergoeding) en tijdsbesparend. Hoewel het geen werking tegen derden heeft en ook de natrekkingsregel niet doorbreekt is het toch een manier van hoe de andere provincies het tot nu toe geregeld hebben. Wanneer een grondeigenaar na een goed overleg nog steeds de meetpunten niet wil gedogen, kan de provincie afhankelijk van de kosten, de materiële (de kosten van een meetpunt) en de immateriële waarde (continuïteit van de meetreeksen) van een meetpunt en de diepte ervan overwegen een meetpunt te verplaatsen of wanneer de belangen van de grondeigenaar niet zo zwaar opwegen tegen die van bijv. de discontinuïteit van jarenlange metingen op die plek, als laatste middel een gedoogplicht opleggen. Een voorbeeld van een gebruiksovereenkomst is als bijlage 11 aan dit onderzoeksrapport gekoppeld.

Kwalitatieve verplichting

Een kwalitatieve verplichting bij een overeenkomst is een andere mogelijkheid. Deze mogelijkheid is iets sterker dan de overeenkomst vanwege de werking van de verplichting tegen een opvolgende eigenaar (derdenwerking). De kwalitatieve verplichting (net als een gebruiksovereenkomst) doorbreekt de natrekkingsregel niet waardoor de grondeigenaar geen eigenaar van het meetpunt kan worden. De duur en een eventuele vergoeding in de vorm van tegenprestatie kunnen in de notariële akte vastgesteld worden. Voor de grondeigenaar bestaat nog altijd de mogelijkheid om de overeenkomst door de rechter te doen ontbinden of de gevolgen ervan te doen wijzigen indien na het sluiten van de overeenkomst minstens tien jaar is verstreken en het ongewijzigd voortduren ervan in strijd is met het algemeen belang. Ook kan tot deze stap overgegaan worden wanneer er geen redelijk belang meer bestaat om de meetpunten te dulden.

Recht van opstal

Binnen het privaatrecht bestaat nog de mogelijkheid om een recht van opstal te vestigen welke in een notariële akte vastgelegd wordt en ingeschreven wordt in de openbare registers. Het is vanwege zijn derdenwerking een heel sterk recht waarbij het mogelijk is de toegang tot een meetpunt te regelen in combinatie met een erfdienstbaarheid of een kwalitatieve verplichting. Bovendien doorbreekt dit recht de natrekkingsregel. Wanneer de provincie de meetpunten door middel van een recht van opstal wil regelen, dient zij echter rekening te houden met de kosten die daaraan verbonden zijn. Niet alleen is zij verplicht retributie aan de grondeigenaar te betalen maar ook de akte van vestiging en de inschrijving ervan in de openbare registers geschiedt op kosten van de provincie.

In bijlage 12 is een schema opgenomen dat de situatie van de meetpunten schetst. Daarnaast zijn in dezelfde bijlage schema's aanwezig waarin de besproken mogelijkheden op praktijk worden toegepast.

6.4 Conclusie

Uit de bespreking van het bovenstaande wordt in dit onderdeel antwoord gegeven op de vraag: 'Welke mogelijkheden zijn toepasbaar op de juridisch wel en niet geregelde grondwatermeetpunten?'

Bekend is dat de provincie voor een aantal meetpunten de opties van een zakelijk recht (recht van opstal) of een gebruiksovereenkomst toegepast heeft. Indien de provincie een recht van opstal gevestigd heeft en dit inmiddels verlopen is, blijft dit echter doorlopen totdat de grondeigenaar het als beëindigd beschouwt of het opzegt. In dat geval gaat een meetpunt van rechtswege bij het eigendom van de grondeigenaar horen als

hierover in de akte niets is bepaald. De provincie kan een recht van opstal verkrijgen door verkrijgende verjaring te goeder trouw na tien jaar onafgebroken bezit. Wanneer te goeder trouw niet aangenomen wordt, kan een beroep op verkrijging door verjaring anders dan niet te goeder trouw pas na 1 januari 2012 plaatsvinden.

Wanneer een overeenkomst eindigt, dient de provincie (indien zo afgesproken) de meetpunten te verwijderen en de grond in de oude staat op te leveren.

Voor de juridisch niet geregelde meetpunten heeft de provincie zowel de mogelijkheid van de toepassing van een gebruiksovereenkomst en het vestigen van een recht van opstal als het vastleggen van een kwalitatieve verplichting en opleggen van gedoogplichten uit de Waterwet en de BP.

Voor de provincie is een gedoogplicht uit de BP een te ingrijpend instrument op het eigendomsrecht van een grondeigenaar op zijn zaak. Deze gedoogplicht geldt daarom als laatste middel en de toepassing ervan dient te geschieden wanneer de provincie binnen redelijke grenzen alles in het werk heeft gesteld met de grondeigenaar een minnelijke overeenkomst te bereiken.

Een gedoogplicht uit de Waterwet is daarentegen minder ingrijpend en procedureel minder tijdrovend. Ondanks dit, wordt bij beide gedoogplichten een last op een grondeigenaar gelegd zonder dat hij erom heeft gevraagd en daarmee eens is. Overigens hebben deze gedoogplichten een werking tegen derden en kunnen dus aan een opvolgende eigenaar tegengeworpen worden.

De provincie kan echter meer bereiken via de privaatrechtelijke weg. Een recht van opstal zou daarbij een goede oplossing zijn doordat eigendom van het meetpunt juridisch vastgelegd wordt. Het biedt tevens zekerheid omdat het beëindigen ervan niet eenvoudig is. De beëindiging van een kwalitatieve verplichting is evenmin eenvoudig. De derdenwerking van een kwalitatieve verplichting is echter minder sterk omdat het de natrekkingsregel niet doorbreekt en aanhangig aan de koopakte ingeschreven wordt in de openbare registers. Het recht van opstal wordt voordat het ingeschreven wordt, in een aparte akte gevestigd. De provincie is bij beide vormen beperkingen van eigendomsrechten verbonden aan kosten van de notaris en de inschrijving in de openbare registers en dient retributie (eenmalig of periodiek) voor het recht van opstal en een eventuele vergoeding in de vorm van tegenprestatie bij de kwalitatieve verplichting te betalen.

Om de goede samenwerking tussen de provincie en de grondeigenaar niet te verstoren zou de beste oplossing in het gebruiken van een gebruiksovereenkomst liggen. Daarmee wordt voorkomen dat een grondeigenaar te zwaar in de uitoefening van zijn eigendomsrechten beperkt wordt. Bovendien is deze optie eenvoudig toe te passen en zijn er naast een eventuele vergoeding geen andere kosten aan verbonden. Hoewel een gebruiksovereenkomst met inachtneming van een redelijke opzegtermijn opgezegd kan worden en het geen derdenwerking heeft, is het toepassen ervan toch het proberen waard. Een grondeigenaar stemt immers toe een meetpunt en de daarmee samenhangende werkzaamheden te gedogen en hij wordt daarnaast met eenmalige vergoeding tevreden gesteld. Er is dan sprake van een goede samenwerking waardoor het vertrouwen in de provincie niet geschaad wordt. De kans dat een meetpunt niet meer gedoogd wordt is in dat geval klein omdat zowel de belangen van de provincie als die van de grondeigenaar gewaarborgd zijn. Wanneer een grondeigenaar vanwege zwaarwegende belangen een meetpunt wil verwijderen, zal dit toch moeten gebeuren los van het feit of er een gedoogplicht, een recht van opstal of een kwalitatieve verplichting geldt.

Indien een grondeigenaar zonder enige reden weigert een overeenkomst te sluiten, kan alsnog een gedoogplicht opgelegd worden. Mocht er in dat geval reeds door verjaring recht van opstal verkregen zijn, dan is dit zelfs een betere optie omdat de provincie niet meer afhankelijk is van de medewerking van de eigenaar.

Hoofdstuk 7 *Conclusies en aanbevelingen*

7.1 *Inleiding*

In de voorgaande hoofdstukken is verschillende wet- en regelgeving uitgewerkt die van toepassing kan zijn ten aanzien van het waterbeheer en de juridische bescherming van de grondwatermeetpunten. De grondslagen van het waterrecht zijn besproken en de verschillende instanties die betrokken zijn bij het waterbeheer zijn aan de orde geweest. Gekeken is hoe de provincies in Nederland met de problematiek omtrent de meetpunten omgaan. Uiteindelijk is de kern van het onderzoek uitgebreid behandeld waardoor in dit onderzoek thans een antwoord wordt gegeven op de vraag: *‘Over welke juridische mogelijkheden beschikt de provincie Noord-Brabant ten aanzien van de zich op andermans grondgebied bevindende grondwatermeetpunten zodat zij deze met de passende juridische mogelijkheid kan beschermen?’* Hieronder zullen slechts de doorslaggevende conclusies voor dit onderzoek weergegeven worden. Na de behandeling van ieder hoofdstuk zijn immers conclusies getrokken. Aan de hand van de conclusies in dit hoofdstuk, zullen aanbevelingen aan de provincie Noord-Brabant worden gedaan.

7.2 *Conclusies*

Uit een grondig onderzoek naar de mogelijkheden voor de provincie om de meetpunten juridisch te beschermen, kunnen de volgende conclusies getrokken worden.

Algemene conclusies

- In dit onderzoek is verschillende wet- en regelgeving van toepassing. De Waterwet, de BP en het BW vormen echter de rode draad van de wettelijke regels in dit onderzoek.
- Waterbeheer is in Nederland van essentieel belang vanwege de kwetsbare ligging van het land. De instanties Rijk, provincies, gemeenten, waterschappen en de drinkwaterbedrijven zijn allen betrokken in het waterrecht. Bij het waterbeheer zijn slechts de eerste vier instanties betrokken.
- De Waterwet kent slechts twee waterbeheerders, namelijk het Rijk en de waterschappen. De rol van de provincie in het waterbeheer is met name in art. 5.21 Waterwet uitgesloten terwijl in de praktijk in deze rol geen verandering is gekomen. De Waterwet zal hieromtrent waarschijnlijk gewijzigd worden. De provincie wordt in dit onderzoek als beheerder gezien omdat ze nog steeds over waterstaatkundige taken beschikt.
- Uit het BKMW vloeit indirect voort dat de provincie belast is met de plicht een grondwatermeetnet in te richten en de grondwaterstanden te monitoren om in 2015 te voldoen aan de Europese eisen van een goede grondwatertoestand.
- De grondwatermeetpunten maken deel uit van het primair meetnet van de provincie, wat betekent dat ze algemene metingen verrichten en niet aan een gebied, probleem of tijdbestek gebonden zijn. Ze dienen voor het algemeen belang en in het waterbeheer maken ze deel uit van het watersysteem.
- Een grondeigenaar kan schade ondervinden aan het bestaan van een meetpunt op zijn grondgebied en aan de regelmatige metingen die hierbij plaatsvinden. Deze schade behelst een beperking van de bevoegdheid tot het uitoefenen van het eigendomsrecht en een beperking van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.
- Binnen de provincie Noord-Brabant zijn veelal geen juridische regelingen getroffen omtrent het gebruik van de zich op andermans grond bevindende meetpunten. Het gebruik van de grond is meestal overeengekomen door het voeren van goed overleg. Incidenteel zijn er aantal zakelijke rechten gevestigd of een gebruiksovereenkomst afgesloten.
- De meeste provincies in Nederland hebben de meetpunten zo veel mogelijk op openbaar terrein aangelegd. Sommige meetpunten liggen op het terrein van organisaties zoals SBB, die zelf ook belang hebben bij de metingen. Het aanleggen van meetpunten op terrein waarvan de provincie geen rechthebbende is, is in goed overleg met de grondeigenaar gebeurd waarbij de toestemming slechts mondeling is geschied. De

toestemming hiervoor is echter schriftelijk niet vastgesteld. In uitzonderlijke situaties wordt een vergoeding gegeven.

- De provincie kan in het openbaar belang publiekrechtelijke beperkingen aan een grondeigenaar opleggen. Ook de privaatrechtelijke weg staat open indien via het publiekrecht niet hetzelfde bereikt kan worden als via de privaatrechtelijke weg.

Conclusies ten aanzien van publiekrechtelijke mogelijkheden

- Publiekrechtelijke mogelijkheden met betrekking tot de bescherming van de meetpunten vloeien voort uit de Waterwet en de BP. Deze beperkingen betreffen de gedoogplichten ex art. 5.21 Waterwet en art. 1 BP. Zij worden bij beschikking opgelegd en gelden niet ex lege.

Gedoogplicht Waterwet

- Art. 5.21 Waterwet (voormalig art. 31 Gww) regelt een gedoogplicht voor onderzoeken en de daarmee verband houdende werkzaamheden. Dit artikel ziet ook op onderzoeken in het kader van monitoringsactiviteiten, wat het geval is bij de meetpunten. Tevens behelst deze gedoogplicht de toegang tot een meetpunt.
- Toepassing van de gedoogplicht ex 5.21 Waterwet geschiedt indien een meetpunt en de daarmee verband houdende werkzaamheden niet gedoogd worden en er voldaan is aan het evenredigheidsbeginsel. Dit wil zeggen dat een gedoogplicht slechts tot de vervulling van die taken strekt waarvoor deze plicht opgelegd is en deze zo min mogelijk schade moet veroorzaken.
- De schadevergoedingsbepalingen uit de Waterwet zijn niet van toepassing op de bestaande meetpunten. Vanwege een omissie in de Invoeringswet op de Waterwet zijn de overgangsbepalingen uit de Gww ook niet van toepassing. Er kan eventueel schadevergoeding toegekend worden indien voldaan is aan de criteria van het ongeschreven égalité-beginsel (gelijke verdeling van de publieke lasten).
- In principe hoeft de provincie geen schadevergoeding uit te keren aangezien niet aan het egalite-beginsel wordt voldaan. Door de toets aan verschillende factoren is gebleken dat de last tot het gedogen van het meetpunt en de daarmee verband houdende metingen tot het normaal maatschappelijke risico behoren.
- Bij de niet-naleving van de gedoogplicht uit de Waterwet kan de provincie krachtens hoofdstuk 5 van de Awb handhavend optreden.

Gedoogplicht BP

- Art. 1 BP regelt de mogelijkheid voor het opleggen van een gedoogplicht aan een grondeigenaar als een werk (meetpunt) ten behoeve van een openbaar werk (namelijk het meetnet) dient en in het openbaar belang is (aanleg of instandhouden door de provincie). Voorwaarde hiervoor is dat onteigening van het stukje grond waarop een meetpunt is gevestigd, niet kan omdat de belangen van een grondeigenaar niet zover geschaad mogen worden.
- De provincie kan een verzoek tot het toepassen van art. 1 BP bij de Minister van I&M indienen wanneer zij binnen redelijke grenzen alles in het werk heeft gesteld in minnelijk overleg overeenstemming te bereiken met de grondeigenaar en bij het verzoek rekening heeft gehouden dat er niet meer belemmering ontstaat dan redelijkerwijze nodig is.
- Een gedoogplicht op grond van de BP is een zeer ingrijpend instrument op de uitoefening van de eigendomsrechten van een grondeigenaar en het moet daarom als een laatste middel ingezet worden. Bovendien is de procedure lang en onoverzichtelijk.¹⁶⁵
- Na de oplegging van een gedoogplicht kan schadevergoeding zowel in de beschikking verzekerd zijn als in een aparte procedure op grond van art. 14 BP worden gevorderd. Dit artikel voorziet in volledige schadevergoeding en iedere opvolgende rechthebbende kan weer aanspraak hierop maken.

¹⁶⁵ 'Belemmeringenwet Privaatrecht', *Van der Boom Advies* 26 april 2011, www.vdboomadv.nl (Selecteer Belemmeringenwet Privaatrecht).

- De BP wordt in de toekomst vervangen door de thans in ontwikkeling zijnde Wgwab. Op grond van de Wgwab zal het niet meer mogelijk zijn om voor werken ten behoeve van de uitoefening van de Waterwet een gedoogplicht krachtens de BP/Wgwab op te leggen.

Verhouding en gelijkenissen gedoogplichten

- Bij de gedoogplichten uit de Waterwet en de BP bestaat geen mogelijkheid om details af te spreken over het gebruik van de meetpunten of schadevergoeding omdat door de overheid de plicht tot gedogen opgelegd wordt waarbij de medewerking van de grondeigenaar niet vereist is.
- De gedoogplicht uit de Waterwet kan parallel aan de gedoogplicht uit de BP worden opgelegd. Dit heeft echter geen nut, een gedoogplicht is voldoende om het beoogde doel te bereiken.
- Beide gedoogplichten zijn aan te merken als beperkingbesluiten en dienen op grond van de Wkpb en het hierop geldende Aanwijzingsbesluit in de openbare registers ingeschreven te worden.
- Beide gedoogplichten kunnen vanwege hun kenbaarheid voor derden krachtens artt. 7:15 of 7:17 BW aan nieuwe grondeigenaren tegengeworpen worden.

Conclusies ten aanzien van privaatrechtelijke mogelijkheden

- De provincie als een publiekrechtelijke rechtspersoon kan privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten. Zo staan haar ten aanzien van het juridisch regelen van het instandhouden van de meetpunten op gronden waarvan de provincie geen rechthebbende is en de daarmee verband houdende werkzaamheden drie mogelijkheden ter beschikking, namelijk: een gebruiksovereenkomst te hanteren, een kwalitatieve verplichting overeenkomen of het vestigen van een recht van opstal.
- Een kettingbeding is niet van toepassing aangezien daarbij het om een doen gaat en alleen mogelijk is in het geval wanneer een kwalitatieve verplichting niet mogelijk is.

Overeenkomst

- Bij een overeenkomst zijn de partijen op grond van art. 6:250 BW vrij de inhoud ervan te bepalen. Een gebruiksovereenkomst is een duurovereenkomst waarbij eenzijdige opzegging alsmede wijziging of ontbinding door de rechter bij onvoorziene omstandigheden op grond van 6:258 BW mogelijk is. Indien er niet anders is overeengekomen, is de onderzoeker van mening dat na de beëindiging van de overeenkomst een meetpunt niet opgeruimd en de grond niet in de oude staat teruggebracht hoeft te worden. Wanneer de partijen de ontruiming van een meetpunt wensten, waren zij immers vrij om dit in de overeenkomst vast te leggen.

Kwalitatieve verplichting

- Met een kwalitatieve verplichting bij overeenkomst wordt een dulden of niet doen bedongen. De verplichting is aan de kwaliteit van een rechthebbende verbonden. Door een notariële akte op te maken en deze in de openbare registers in te schrijven, krijgt deze verplichting een werking tegen derden. Deze werking is iets minder sterk dan de derdenwerking van het recht van opstal omdat bij het laatste het recht verbonden is aan de zaak (meetpunt) zelf. De kwalitatieve verplichting is verbonden aan de kwaliteit van een rechthebbende, dus aan het eigendomsrecht op een zaak, hier grond waarop meetpunt is gevestigd. Er kan eventueel een periodieke vergoeding in de vorm van tegenprestatie aan de grondeigenaar uitgekeerd worden welke op een opvolgende eigenaar overgaat wanneer de vergoeding ook in de registers ingeschreven wordt. Een kwalitatieve verplichting, is echter geen zakelijk recht maar een verbintenissenrechtelijke overeenkomst met een zakelijk karakter.
- Bij niet naleving van de kwalitatieve verplichting is het mogelijk door middel van een rechterlijke machtiging de handeling teniet te doen of de verplichting op te leggen het werk in de oude staat te herstellen. Ontbinding is mogelijk op grond van art. 6:259 BW indien tien jaar is verstreken en bij het voortduren ervan geen redelijk belang meer bestaat.

Beperkte rechten

- Eigendom kan, als het meest omvattende recht op een zaak, verzwaaard worden met een beperkt recht, art. 3:8 BW. Beperkte rechten zijn erfdienstbaarheid, erfpacht, recht van opstal, vruchtgebruik, pand- en hypotheekrecht. Het recht van opstal is bedoeld om gebouwen, werken en beplantingen op andermans onroerende zaak in eigendom te verkrijgen en het betreft zowel het dulden van de werken als het eigendomsrecht daarop, art. 5:101 BW. Daarom is dit recht heel geschikt voor de juridische bescherming van de meetpunten.

Recht van opstal

- Door het vestigen van een recht van opstal wordt voorkomen dat een meetpunt door natrekking deel gaat uitmaken van het eigendom van de grondeigenaar. Het wordt gevestigd bij notariële akte en dient voor de derdenwerking ingeschreven te worden in de openbare registers. Daarbij geldt dat een opstaller verplicht kan worden een eenmalige of periodieke vergoeding (retributie) aan de grondeigenaar te betalen. In dat geval gaat de periodieke vergoeding mee over naar een opvolgende eigenaar.
- Indien niet anders is bepaald in de akte, blijft het recht van opstal doorlopen wanneer het binnen zes maanden na de vastgestelde beëindigingsdatum de partijen elkaar niet te kennen geven dit recht als beëindigd te beschouwen. Na deze zes maanden geldt voor het verlengde recht van opstal alsnog een opzegging bij exploit met één jaar opzegtermijn.
- Recht van opstal kan opgeheven worden na vijftientig jaar na vestiging op grond van onvoorziene omstandigheden, 5:97 BW. Na de beëindiging van het recht gaan de gebouwen, werken en beplantingen van rechtswege over naar de grondeigenaar op grond van de natrekkingsregel van art. 5:20 BW.
- Recht van opstal kan verkregen worden door verkrijgende verjaring bij te goeder trouw na een onafgebroken bezit van tien jaar en door extinctieve verjaring die omslaat in verkrijgende verjaring waarbij te goeder trouw geen vereiste is, na twintig jaar. In het laatste geval is de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit verlopen.
- De provincie heeft mogelijk recht van opstal door verjaring te goeder trouw verkregen bij de meetpunten die tien jaar en ouder zijn. De provincie heeft immers met de toestemming van de grondeigenaar het meetpunt kunnen aanbrengen, bovendien wordt te goeder trouw vermoed aanwezig te zijn en het ontbreken ervan dient bewezen te worden, 3:118 lid 3 BW.
- Op dit moment (mei 2011) kan geen sprake zijn van verkrijging anders dan te goeder trouw omdat de termijn van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit pas per 1 januari 2012 verstreken is.
- Een recht van opstal kan eventueel in combinatie met een recht van erfdienstbaarheid of een kwalitatieve verplichting gevestigd worden, om hiermee de toegang tot een meetpunt te regelen.

Conclusies ten aanzien van de onderlinge afweging van de toe te passen mogelijkheden

- Een gebruiksovereenkomst is het minst bezwarende en het minst sterke mogelijkheid om de meetpunten juridisch te beschermen. Het opleggen van de besproken gedoogplichten is daarentegen de meest bezwarende mogelijkheid.
- Binnen het privaatrecht biedt het recht van opstal de meeste rechtszekerheid vanwege de doorbreking van de natrekkingsregel en de sterke derdenwerking. Een kwalitatieve verplichting is vanwege haar derdenwerking sterker dan de gebruiksovereenkomst. Ten opzichte van het recht van opstal heeft de kwalitatieve verplichting een minder sterke derdenwerking omdat de verplichting aan het eigendomsrecht is verbonden. De gebruiksovereenkomst is ten opzichte van de kwalitatieve verplichting en het recht van opstal een veel eenvoudigere en voordeligere oplossing en voorkomt verslechtering van de goede band met en het verlies van vertrouwen van een particulier.
- Gedoogplichten zijn aan lange procedures onderworpen en zijn ingrijpend op de uitoefening van de eigendomsrechten van een grondeigenaar aangezien na het onherroepelijk worden van een beschikking een grondeigenaar aan de gedoogplicht is

onderworpen. Daarentegen zijn de privaatrechtelijke mogelijkheden snel en eenvoudig toepasbaar waarbij voor de grondeigenaar opzegmogelijkheden ontstaan.

7.3 Aanbevelingen

Aan de hand van de getrokken conclusies kan aan de provincie Noord-Brabant de volgende aanbevelingen gegeven worden.

Aanbevelingen ten aanzien van de huidige juridisch geregelde meetpunten

- Indien een recht van opstal verlopen is en een grondeigenaar binnen zes maanden niet te kennen geeft dit recht als beëindigd te beschouwen, wordt de provincie aanbevolen dit recht ook niet als beëindigd te beschouwen. Het recht van opstal blijft namelijk doorlopen. Wanneer de grondeigenaar dit recht wel als beëindigd beschouwt, wordt de provincie aanbevolen – afhankelijk van wat er in de akte is bepaald ten aanzien van het opruimen van een meetpunt – een nieuwe regeling te treffen voor het meetpunt, wil zij voorkomen dat dit van rechtswege overgaat op de grondeigenaar.
- Indien een gebruiksovereenkomst afloopt – afhankelijk van wat er in de overeenkomst is afgesproken – dient de provincie een nieuwe regeling te treffen voor de meetpunten. Wanneer ontruiming van een meetpunt en de onherroepelijkheid van de overeenkomst is afgesproken, dient de provincie te beantwoorden aan de overeenkomst. In het geval geen van de partijen een gehoor geeft aan de beëindiging en zolang de grondeigenaar de ontruiming van een meetpunt niet vordert, hoeft de provincie dit in principe ook niet te doen.

Aanbevelingen ten aanzien van de huidige juridisch niet geregelde meetpunten

- De toepassing van de gedoogplicht ex art. 1 BP wordt de provincie absoluut afgeraden vanwege de lange procedures en het feit dat een eenvoudigere vorm van de gedoogplicht ook in de Waterwet is opgenomen.
- Aangeraden wordt om een beroep te doen op de toepassing van de gedoogplicht uit art. 5.21 Waterwet wanneer het een meetpunt van grote materiële (de kosten van een meetpunt) en immateriële waarde (continuïteit van de meetreeksen) betreft en de grondeigenaar op geen enkele manier (zonder een redelijke belang hierbij te hebben) wil instemmen via de privaatrechtelijke weg afspraken te maken over het grondgebruik en de regelmatige metingen.
- Indien zich het bovenstaande geval voordoet, wordt de provincie aanbevolen na te gaan of er mogelijk een recht van opstal is verkregen door verjaring te goeder trouw (en indien het geval zich na 2012 voordoet, anders dan te goeder trouw). Bij het opmaken van de akte beoordeelt de notaris of er daadwerkelijk gesproken kan worden van verjaring te goeder trouw.¹⁶⁶ Is dit wel het geval dan is de provincie niet afhankelijk van de medewerking van de grondeigenaar en kan een recht van opstal in een akte vastgelegd worden en vervolgens ingeschreven worden in de openbare registers. Dan hoeft er dus geen gedoogplicht opgelegd te worden. Is er geen sprake van verkrijging van het recht te goeder trouw en is een meetpunt van een grote waarde, dan rest het opleggen van een gedoogplicht ex art. 5.21 Waterwet.
- Is het meetpunt van geen grote materiële en immateriële waarde dan wordt de provincie aanbevolen te overwegen een meetpunt te verplaatsen en op openbaar terrein aan te brengen, indien de kosten hiervan zich verhouden tot de waarde van het meetpunt. Zo zorgt ze ervoor dat de meetpunten geleidelijk aan op openbaar terrein komen te liggen. Bovendien wordt hiermee voorkomen dat een dergelijke situatie zich bij een opvolgende eigenaar voordoet.
- In het geval een grondeigenaar bereid is om een meetpunt te gedogen op voorwaarde dat hij een vergoeding ontvangt, wordt de provincie aanbevolen, net als andere provincies een goed overleg te voeren met de grondeigenaar om toch een instemming zonder vergoeding te bereiken. (Er is immers vanwege het normaal maatschappelijk risico niet voldaan aan het égalité-beginsel). Meestal worden in dat geval in ruil voor het

¹⁶⁶ 'Kan een grondstuk door verjaring in eigendom worden verkregen?', Kadaster 2 mei 2011, www.kadaster.nl (selecteer Contact, daarna Veelgestelde vragen, zoek vervolgens op Verjaring).

gedogen de meetresultaten aangeboden. Zo krijgt een grondeigenaar zicht op de metingen en is bewuster van het belang van de metingen en zijn bijdrage eraan. Bovendien wordt de grondeigenaar niet beperkt in de uitoefening van zijn eigendomsrechten.

- Wanneer zonder toekenning van een vergoeding met een grondeigenaar geen overeenstemming wordt bereikt over het gebruik van de meetpunten en de toegang hiertoe, kan de provincie overwegen om op voorwaarde van toekenning van een vergoeding een gebruiksovereenkomst te hanteren, een kwalitatieve verplichting overeen te komen of een recht van opstal te vestigen. Deze privaatrechtelijke oplossingen (eventueel met een vergoeding) verdienen de voorkeur dan het opleggen van een gedoogplicht. Het hanteren van een overeenkomst is daarbij heel passend. Daarin kunnen het grondgebruik en de regelmatige metingen vastgelegd worden en een eenmalige vergoeding overeen te komen, zonder dat een grondeigenaar in zijn bevoegdheid tot het uitoefenen van zijn eigendomsrecht wordt beperkt. Hoewel dit voor de provincie niet de optie is met de sterke rechten, wordt hiermee hetzelfde doel bereikt, namelijk toestemming tot gebruik van en toegang tot de meetpunten. Door de toepassing van deze optie blijft het vertrouwen van een grondgebruiker in de provincie behouden en het vermindert de kans dat een grondeigenaar (zonder dat hij er enige reden voor heeft) overgaat tot het beschadigen of het niet meer gedogen van een meetpunt. Afgeraden wordt om een beding in de overeenkomst op te nemen waarmee de provincie verplicht wordt na de beëindiging van de overeenkomst de meetpunten te verwijderen en de grond onbelast op te leveren. Dit omdat er alsnog een nieuwe overeenkomst gesloten kan worden over de voortzetting van het gebruik en de toegang tot de meetpunten.
- Het overeenkomen van een kwalitatieve verplichting of het vestigen van een zakelijk recht wordt afgeraden zolang de grondeigenaar zich er niet op beroept. Hoewel deze mogelijkheden meer zekerheid bieden en ook tegen derden werken, hebben ze weinig effect wanneer een meetpunt vanwege zwaarwegende belangen van de grondeigenaar (bijv. aanleg van een weg of bouw van een instelling welke al jaren in het bestemmingsplan opgenomen waren) verwijderd moet worden.
- Wanneer de provincie toch besluit een recht van opstal te vestigen, wordt zij geadviseerd dit recht te combineren met een erfdienstbaarheid of een kwalitatieve verplichting zodat niet alleen het eigendomsrecht van de provincie op het meetpunt is vastgesteld maar ook de toegang tot dit meetpunt is verzekerd.

Aanbeveling ten aanzien van de nieuwe meetpunten

- De provincie wordt aanbevolen nieuwe meetpunten zo veel mogelijk op openbaar terrein (bijv. provinciale landschappen of andere natuurgebieden) of op terrein van organisaties die zelf ook belang bij de meetpunten hebben, aan te brengen (bijv. SBB). Voor de meetpunten die zeer kostbaar zijn, wordt de provincie aanbevolen een recht van opstal te vestigen door dit bij de notaris in een akte van vestiging op te nemen en deze akte vervolgens in de openbare registers in te laten schrijven.

Eindaanbeveling ten aanzien van de huidige meetpunten

- De provincie wordt aanbevolen – indien mogelijk – de schade bij de meetpunten die storend in zicht zijn, te beperken door deze zodanig af te werken dat ze op of onder maaiveldniveau komen te staan.
- De provincie wordt uiteindelijk aanbevolen door middel van een goed overleg (met of zonder toekenning van een kleine vergoeding of aanbod van meetresultaten) overeenstemming te bereiken met de grondeigenaar en deze in een gebruiksovereenkomst op te nemen, zodat de aanwezigheid van een meetpunt en de regelmatige bezoeken voor de metingen ongestoord kunnen plaatsvinden. Wanneer dit toch niet lukt en er mogelijk sprake is van verkrijging door verjaring, wordt zij aanbevolen recht van opstal te vestigen. Is verjaring niet aan de orde dan kan de provincie overwegen (afhankelijk van de waarde van een meetpunt) een meetpunt te verplaatsen of de gedoogplicht uit art. 5.21 Waterwet op te leggen.

Lijst van geraadpleegde bronnen

Literatuurlijst

Asser/Hijma 2007 (5-I)

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. 5*. *Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer: Jac. Hijma en Kluwer 2007.

Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 2006 (3-I)

F.H.J. Mijnssen, P. de Haan & C.C. van Dam, Mr. C. Asser's *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. 3. *Goederenrecht. Deel I. Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Mijnssen, Velten & Bartels 2008 (5*)

F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten & S.E. Bartels, Mr. C. Asser's *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*. 5. *Zakenrecht. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.

Barkhuysen & Tjepkema 2006

T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, 'Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht', *RMThemis* 2006, p. 179-201.

Van den Berg, Van Hall & Van Rijswick 2003

J.T. van den Berg, A. van Hall & H.F.M.W. van Rijswick, *Waterstaats- en waterschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Boeve & Van Middelkoop 2008

M.N. Boeve & L. van Middelkoop, *Het waterrecht in perspectief: Actuele ontwikkelingen en doorwerking naar het milieurecht en ruimtelijke-orderingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2008.

Bolkenstein e.a. 2007

J.A. Bolkenstein e.a., *De nieuwe Waterwet: Verslag van de 93^e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 1 november 2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Brommet e.a. 2010

J. Brommet e.a., *Werken met de Waterwet: Juridische Leidraad voor Rijkswaterstaat*, Den Haag: Rijkswaterstaat 2010.

Coenen 1999

E.J.M. Coenen, *Handboek Belemmeringenwet Privaatrecht c.a.*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

Coenen 2008

E.J.M. Coenen, *Leidraden. De gedoogplichtprocedure ingevolge de Belemmeringenwet Privaatrecht*, Utrecht: Bestuurlijk Juridische KaderReeks 2008.

Van Damen e.a. 2005

L.J.A. van Damen e.a., *Bestuursrecht 1. Systeem; bevoegdheid; bevoegdheidsuitoefening; handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

De Goede 1951

B. de Goede, *Het beheer in het waterstaatsrecht* (diss. Leiden), Utrecht: A.W. Bruna en & Zoon 1951.

Groothuijse 2009,

F.A.G. Groothuijse, *Water weren. Het publiekrechtelijke instrumentarium voor de aanpassing en bescherming van watersystemen ter voorkoming en beperking van wateroverlast en overstroming*, *Bouwrecht Monografieën*, nr. 28 (diss. Utrecht), Den Haag: Instituut voor bouwrecht 2009.

De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998

P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat. 2. Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1998.

Van Hall 1996

A. van Hall, 'Over de reikwijdte van een sociaal grondrecht', *Het Waterschap* 1996-9, p. 290-298.

Havekes & De Putter 2009

H.J.M. Havekes & P.J. de Putter, *Wegwijzer Waterwet*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Havekes & Van Rijswijk 2010

H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk, *Waterrecht in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010.

Hijma e.a. 2007

Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Oostrom-Streep 2006

N.C. Van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2007

J.H. Nieuwenhuis, S.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Velten 2009

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*. Deventer: Kluwer 2009.

Wibbens-de Jong 2006

A.C. Wibbens-de Jong, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2002.

Rapporten

Rapport Commissie Waterschapsbestuur 1979

Rapport Commissie Waterschapsbestuur, *Het bestuur van het waterschap*, 's Gravenhage 1979.

Rapport Grondwatertoestanden 2010

Rapport Grondwatertoestanden, *Provinciale naleving van Europese verplichtingen*, Den Haag: Inspectie Verkeer & Waterstaat/Waterbeheer 2010.

Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid 2000

Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

Elektronische bronnen

'Achtergrond Waterwet', *Kenniscentrum InfoMil* 23 februari 2011, www.infomil.nl (zoek op *Achtergrond Waterwet*).

'Belemmeringenwet Privaatrecht', *Van der Boom Advies* 26 april 2011, www.vdboomadv.nl (Selecteer Belemmeringenwet Privaatrecht).

'Belemmeringenwet Privaatrecht', *Rijkswaterstaat* 23 januari 2009, www.rijkswaterstaat.nl (zoek op *Belemmeringenwet Privaatrecht*).

F.J. Romeijnsen en M.T. van der Terp, 'Belemmeringenwet Privaatrecht: een praktische toepassing', *Cobouw* 29 november 2000, www.romeijnsenvastgoed.nl (selecteer Publicaties en kies Cobouw 29 november 2000).

J. Smedana, 'Belemmeringenwet Privaatrecht: nooit van gehoord?' *Smedana Makelaars-Taxateurs* 1 september 2008, www.smedana.nl (zoek op *Belemmeringen*).

T. Vos, 'Beperkte rechten (1): het recht van opstal', *Wieringa Advocaten* 12 maart 2009, www.wieringa-advocaten.nl (zoek op *Recht van opstal*).

'Bestuursakkoord waterketen 2007', *Rijksoverheid* 1 juli 2007, www.rijksoverheid.nl (zoek op *Waterketen*, selecteer Bestuursakkoord waterketen, p. 2).

'EU beleid voor waterschaarste en droogte', *Helpdesk Water* 4 augustus 2009, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Waterschaarste*).

'Gedoogplichten' *Kennniscentrum InfoMil* 4 oktober 2010 www.infomil.nl (zoek op *Gedoogplichten*).

'Grondwaterkwantiteit', *DinoLoket* 14 februari 2011, www.dinoloket.nl (ga naar DinoData, selecteer Grondwaterkwantiteit).

'Ik heb vocht- of wateroverlast in de kruipruimte. Hoe komt dat en wat kan ik eraan doen?' *Waterservicepunt Nijmegen* 14 mei 2011, www.waterbewust.nl/factkruipruimte.html.

'Kan een grondstuk door verjaring in eigendom worden verkregen?', *Kadaster* 2 mei 2011, www.kadaster.nl (selecteer Contact, daarna Veelgestelde vragen, zoek vervolgens op *Verjaring*).

'Monitoringsprogramma KRW', *Helpdesk Water* 26 april 2010, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Monitoringsprogramma*).

'Netherlands', *The World Factbook* 16 maart 2011, www.cia.gov (zoek op *Netherlands*).

'Positie en rol van de provincie', *Ons Brabant* 14 februari 2011, www.brabant.nl (zoek op *Positie en rol van de provincie*).

'Provinciaal Waterplan 2010 – 2015', *Provincie Noord-Brabant* 22 december 2009, www.brabant.nl (zoek op Provinciaal Waterplan 2010 – 2015, onder 1.1).

'Provinciaal Waterplan Noord-Brabant 2010 – 2015', *Ons Brabant* 1 oktober 2010, www.brabant.nl (zoek op *Waterplan*, selecteer Provinciaal Waterplan 2010 – 2015, kies aan de rechterzijde bijlage 1 t/m 3 en kies Begrippenlijst uit bijlage 3).

'Rechtspersonen', *Advocatenkantoor Goossens* 23 april 2011, www.advocatengoossens.nl (ga naar Ondernemingsrecht, selecteer Rechtspersonenrecht).

'Sta jij aan de knoppen voor een vlotte doorstroom?', *Rijksoverheid* 1 maart 2011, www.werkenbijhetrijk.nl (zoek op *Rijkswaterstaat uitvoeringsorganisatie*).

Taken en bevoegdheden', *Helpdesk Water* 7 juni 2009, www.helpdeskwater.nl (zoek op *Taken en bevoegdheden*).

E.H.H. Schelhaas, 'Verjaring van een recht van overpad: goeder trouw?', *Banning Advocaten* 14 april 2010, www.banning.nl/3140/home-nl/publicaties/archief/verjaring-van-een-recht-van-overpad-goede-trouw.html.

Jurisprudentie

ABRvS 22 juli 1999, *JB* 1999, 244.

ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, r.o 2.7.1 (m.nt. Van Ravels).

ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252 (*Venlo*; m.nt. B.P.M van Ravels).

HR 16 december 1966, *NJ* 1966, 302 (*Sanders/Sanders* m.nt GJS).

HR 16 december 1977, *NJ* 1978, 156 (*Ziekenfondsarrest* m.nt ARB).

HR 26 januari 1991, *NJ* 1991, 393 (*Windmill*).

HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (*Mattel/Borka* m.nt. PAS).

HR 21 april 1995, *NJ* 1995 (*Kakkenberg/Kakkenberg*).

HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 501.

HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*).

HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 635.

HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41.

HR 25 februari 2005, *LJN* AR5383 (op www.rechtspraak.nl).

HR 19 december 2008, *LJN* BG4004 (op www.jure.nl).

Rb. Dordrecht 5 januari 2005, *LJN* AR8691 (op www.jure.nl).

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3.

Kamerstukken II 2008/09, 31 858, nr. 3.

MvT II behorende bij de conceptversie Wet tot gedogen van werken van algemeen belang van april 2010.