

Actualiteiten waterrecht 2018

M en R 2018/81



In deze bijdrage komen de belangrijkste ontwikkelingen op het terrein van het waterrecht aan de orde sinds begin 2017.

1. Toetsen van vergunningen aan de doelstellingen van de Waterwet

Een jaarlijks terugkerend thema in deze rubriek is de toetsing van vergunningaanvragen aan de doelstellingen van art. 2.1 van de Waterwet (Wtw):²

- voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met
- bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en
- vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.

Inmiddels staat vast dat de in art. 2.1 Wtw genoemde doelstellingen ook de enige redenen kunnen zijn voor vergunningweigering.³ Uit jurisprudentie blijkt echter ook dat zaken als recreatie tot die maatschappelijke functies van watersystemen kunnen behoren⁴ en dat die doelstellingen dus divers van aard kunnen zijn. Eerder is al bekritiseerd⁵ dat de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State desondanks blijft spreken over louter 'waterstaatkundige' belangen die tot weigering kunnen leiden, terwijl dat evident niet het geval is bij zaken als recreatie. Helaas heeft ook de Rechtbank Noord-Nederland ook dit jaar toch weer die

bewoordingen gehanteerd.⁶ Het hanteren van deze bewoordingen maakt het er niet duidelijker op voor de praktijk; beter zou de rechter gewoon aansluiten bij de bewoordingen van de Waterwet zelf.

Onderdeel van de doelstellingen van art. 2.1 Wtw is de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen. Afgelopen jaar lag wederom de vraag voor wat hieronder verstaan moet worden. Betreft dit louter toegekende functies, of kunnen ook feitelijk aanwezige, niet-toegekende functies hiertoe gerekend worden? In dit concrete geval was sprake van het dempen van een sloot waarop gevaren werd, maar waaraan de vaarwegfunctie niet expliciet was toegekend. De Afdeling oordeelt hierover dat:

“het gebruik van de sloot door [de scheepvaart] een maatschappelijke functie door een watersysteem (...) vervult”.⁷

Nu deze maatschappelijke functie door demping van de sloot in het geding is, was de vergunning voor die demping terecht geweigerd, aldus de Afdeling. Ik concludeer hieruit dat nu onomstotelijk vaststaat dat functietoekenning geen noodzakelijk voorwaarde is om die functie als weigeringsgrond bij vergunningverlening te betrekken. Het is echter betreurenswaardig dat de Afdeling blijft nalaten duidelijk te maken waarom in dit geval het feitelijke gebruik als maatschappelijke functie te kwalificeren valt. Zou zij daar wel enige woorden aan gewijd hebben, dan zou dat de praktijk richting kunnen geven in welke gevallen feitelijk gebruik als maatschappelijke functie heeft te gelden. Immers, niet ieder feitelijk gebruik zal als zodanig kunnen gelden. Denk bijvoorbeeld aan louter incidenteel, zeer lokaal of zeer kleinschalig gebruik. Nu de memorie van toelichting bij de Waterwet toch duidelijk suggereert dat het bij deze weigeringsgrond om toegekende functies moet gaan,⁸ is het nogal wat om daar in rechtspraak van af te wijken. Blijkbaar heeft de Afdeling goede redenen om ook feitelijk gebruik middels weigering te laten beschermen, maar zonder nadere toelichting leidt dit tot rechtsonzekerheid.

Ook al staat vast dat de doelstellingen van art. 2.1 Wtw de enige weigeringsgronden kunnen zijn, bijzondere nadruk kan er liggen op bescherming van het drinkwaterbelang. Wanneer in het oppervlaktewaterlichaam waar de vergunde handeling plaatsvindt, een drinkwaterinnamepunt aanwezig is, dan is dat evident een maatschappelijke functie van dat waterlichaam (de drinkwaterfunctie wordt ook

1 Mr. dr. ir. J.J.H. van Kempen is senior juridisch adviseur bij Rijkswaterstaat, waar hij adviseert over de toepassing van het Europese en Nederlandse waterrecht, in het bijzonder op het gebied van de chemische en ecologische waterkwaliteit. Daarnaast is hij geassocieerd onderzoeker bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel. De inhoud van deze bijdrage vloeit voort uit een presentatie die de auteur gaf op de Actualiteitendag van de Vereniging voor Milieurecht op 22 maart 2018 te Utrecht, en is bijgewerkt met de meest actuele jurisprudentie tot juni 2018.

2 Deze toetsing vindt plaats op grond van art. 6.21 Wtw.

3 J.J.H. van Kempen, 'Kroniek jurisprudentie waterrecht', *M en R* 2016/89. Voor enkele specifieke activiteiten gelden overigens nog aanvullende beoordelingsregels: zie art. 6.11 lid 2, art. 6.26 lid 3 Wtw en art. 6.8 lid 1 Waterbesluit.

4 ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2357, AB 2014/351, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk. ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2154, AB 2016/151, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

5 J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2017', *M en R* 2017/77.

6 Rechtbank Noord-Nederland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:370, AB 2018/143, m.nt. J. Kevelam.

7 ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2999, *M en R* 2018/25, m.nt. J.J.H. van Kempen, AB 2018/47, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

8 Nagenoeg ieder voorkomen van het woord 'functie' wordt in de MvT (*Kamerstukken II* 2006/07, 30818, 3) vergezeld van een vorm van het werkwoord 'toekennen'. In de verdere ontstaansgeschiedenis is daarover ook geen enkele discussie ontstaan.

altijd toegekend in die gevallen). Maar ook als een lozing plaatsvindt in een waterlichaam dat stroomopwaarts ligt van een *ander* waterlichaam, waarin een drinkwaterinnamepunt ligt, is de drinkwaterfunctie aan de orde bij de beoordeling van die lozing. Die situatie was aan de orde in drie uitspraken van dezelfde dag van de Rechtbank Limburg.⁹ Bij vergunningverlening kan dus niet alleen naar het waterlichaam gekeken worden waarin de aangevraagde handeling plaatsvindt, maar moet de blik gericht zijn op het hele watersysteem.¹⁰ Voor lozingen staat dit overigens ook expliciet zo in het Handboek Immissietoets 2016.¹¹

Ook is het het signaleren waard dat de rechter in deze uitspraken de reden voor toetsing aan het drinkwaterbelang niet (alleen) vindt in de Waterwet, maar vooral ook in de Drinkwaterwet. Art. 2 van de Drinkwaterwet bepaalt dat bestuursorganen – dus ook het bevoegd gezag op grond van de Waterwet – de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening als een ‘dwingende reden van groot openbaar belang’ moeten meenemen in hun besluitvorming.

Ditzelfde overwoog de Rechtbank Den Haag in een zaak¹² waarin in de nabijheid van een waterwinlocatie het behouden van twee buispalen werd vergund, waaraan schepen kunnen aanmeren. In deze zaak gaat de rechter echter wel heel erg ver bij het bepalen van de gevolgen die deze zorgplicht meebrengt. De rechtbank overweegt dat het plaatsen van de buispalen automatisch leidt tot het aanmeren van schepen en nu bij schepen altijd een risico bestaat op lozingen, is het aanmeren van schepen in de buurt van een waterwinlocatie een vergroting van het risico dat bij het innamepunt wat misgaat. De buispalen kunnen volgens de rechtbank dus niet zomaar vergund worden.¹³ Naar mijn mening gaat de rechter hier te ver. Niet alleen is er feitelijk geen reden waarom het risico op lozingen zou toenemen bij aanmeren (die schepen varen daar immers al en ook dan kunnen er stoffen vrijkomen), maar juridisch gezien is het vooral zo dat er vanaf die schepen helemaal niet zomaar geloosd mag worden. Daar staan allerlei bepalingen in wet- en regelgeving aan in de weg.¹⁴ Het is nogal gek dat het bevoegd gezag bij vergunningverlening voor het maken van buispalen moet betrekken dat er in strijd met andere wet-

telijke bepalingen toch handelingen zouden kunnen plaatsvinden – die geen onderdeel zijn van de aanvraag en die dus ook niet zomaar betrokken kunnen worden. Juridisch zit dat niet lekker. Ook in praktische zin is het oordeel van de rechter nogal problematisch, want dit zou betekenen dat veel havens in de buurt van waterwinlocaties, geen steigers vergund kunnen krijgen. In deze zaak is hoger beroep ingesteld en ik ben benieuwd naar het oordeel van de Afdeling hierover.

2. Toetsen van vergunningen aan KRW-doelstellingen

Onderdeel van de verplichte toetsing aan de doelen van de Waterwet, is een dwingende toetsing aan de milieudoelstellingen van de Europese Kaderrichtlijn Water (KRW).¹⁵ Dat die toetsing ook op grond van Europees recht is voorgeschreven, is duidelijk sinds het *Weser*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) uit 2015: behalve wanneer de lidstaten toepassing geven aan een van de uitzonderingsbepalingen die de KRW biedt, moeten zij hun goedkeuring voor een project weigeren wanneer dat project een achteruitgang van de toestand van een oppervlaktewaterlichaam kan teweegbrengen of het bereiken van een goede toestand van het oppervlaktewater respectievelijk een goed ecologisch potentieel en een goede chemische toestand van dat water op het volgens die richtlijn relevante tijdstip in gevaar brengt.¹⁶ Het is aannemelijk dat deze Europeesrechtelijke eis ook geldt ten aanzien van het bereiken van een goede grondwatertoestand en het voorkomen van achteruitgang van die toestand.¹⁷

2.1 *Wie moet toetsen aan de KRW-doelstellingen*

De KRW richt zich – zoals alle richtlijnen – tot de *lidstaten* van de Europese Unie. Dat het HvJ EU in het *Weser*-arrest heeft bepaald dat die lidstaten vergunningaanvragen aan de KRW-doelstellingen moeten toetsen, maakt nog niet duidelijk wie daar binnen de lidstaten voor aan de lat staat. Dat is een zaak van nationaal recht.

9 Rechtbank Limburg 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10048, ECLI:NL:RBLIM:2017:10043 en ECLI:NL:RBLIM:2017:10047, *Men R* 2018/10, m.nt. J.J.H. van Kempen.

10 Dit is ook in lijn met de bewoordingen van de Waterwet, waar in art. 2.1 gesproken wordt over ‘watersystemen’ en niet over louter onderdelen daarvan.

11 Zie www.infomil.nl/Immissiewater. Dit Handboek is bij vergunningverlening op grond van de Waterwet voorgeschreven middels art. 6.26 Wtw jo. art. 2.14 lid 1, sub c, onder 1, Wet algemene bepalingen omgevingsrecht jo. art. 5.4 lid 1 Besluit omgevingsrecht jo. art. 9.2 Regeling omgevingsrecht en de bijlage bij die regeling.

12 Rechtbank Den Haag 13 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12968.

13 De rechtbank overweegt overigens ten onrechte ook dat een watervergunning nodig is voor het tijdelijk aanmeren van schepen. Dit is niet het geval, nu die handeling niet valt onder art. 6.5 onderdeel c Wtw.

14 Zie bijvoorbeeld art. 6.2 Wtw, art. 4 van het Scheepsafvalstoffenbesluit Rijn- en binnenvaart en art. 5 van de Wet voorkoming verontreiniging door schepen.

15 Die dwingende toetsing volgt uit de combinatie van de art. 2.1, 2.10 en 6.21 Wtw. Deze artikelen houden gezamenlijk in dat een vergunning geweigerd moet worden als de conform het systeem van hoofdstuk 5 van de Wm vastgestelde doelen voor een waterlichaam in gevaar komen. De algemeen geformuleerde doelstelling van art. 2.1 lid 1 onder b Wtw om de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen te beschermen en verbeteren, vindt zijn uitwerking via de Wet milieubeheer (geen achteruitgang), het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009 (Goede Chemische Toestand en Goede Ecologische Toestand) en de water-/beheerplannen (Goed Ecologisch Potentieel). Voor de beoordeling is daarnaast van belang welke maatregelen in het betreffende plan zijn opgenomen, of reeds rekening is gehouden met de te vergunnen activiteit en of er sprake is van het gebruik van KRW-uitzonderingsbepalingen. Het geheel van doelstellingen, maatregelen en eventuele afwijkingen vormt het toetsingskader voor de vergunningverlening. Daarom is in art. 6.1a van het Waterbesluit geregeld dat bij de vergunningverlening rekening moet worden gehouden met de betreffende plannen, waarin de maatregelen en het eventuele gebruik van uitzonderingsbepalingen zijn opgenomen.

16 HvJ EU 1 juli 2015, zaak C-461/13, ECLI:EU:C:2015:433, *AB* 2015/262, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

17 Deze verplichtingen zijn naar hun aard en formulering immers nagenoeg identiek.

Op 25 oktober 2017 deed de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak in een zaak¹⁸ waarin een omgevingsvergunning was verleend voor afwijken van het bestemmingsplan en voor bouwen ten behoeve van de realisatie van een watersportgebied in het KRW-waterlichaam de Binnenrotte. In potentie had dit project dus gevolgen voor de KRW-doelstellingen van de Binnenrotte, waarop appellanten met een beroep op het *Weser*-arrest aanvoerden dat elk bestuursorgaan dat toestemming verleent voor een project waarop de KRW betrekking heeft, ten volle moet toetsen of aan die richtlijn wordt voldaan.

Met deze lezing van het *Weser*-arrest gaat de Afdeling echter – terecht – niet mee. Voor een goede implementatie van de KRW is het volgens de Afdeling voldoende dat er een bestuursorgaan is in iedere lidstaat dat de bevoegdheid heeft om goedkeuring te weigeren aan een project waarop de KRW betrekking heeft. Dat betekent niet dat er een Europeesrechtelijke verplichting is die inhoudt dat ieder van de bestuursorganen die naar nationaal recht bevoegd zijn over een project te oordelen, deze toetsing aan de KRW moet uitvoeren. Dat mag best, maar het Europese recht verplicht daar geenszins toe. Het is naar Europees recht voldoende als ten minste één van die bestuursorganen dat doet.

De Afdeling overwoog vervolgens dat naast de omgevingsvergunning voor het project ook een vergunning op grond van de Waterwet vereist was en dat daarin een toetsing aan de KRW-doelstellingen plaatsvindt. Dat betekent dat bij de verlening van de omgevingsvergunning deze toetsing dus niet alsnog hoeft plaats te vinden.

2.2 Hoe moet aan de KRW-doelstellingen getoetst worden

De voor het bovenstaande watersportproject benodigde watervergunning, waarbij dus een toetsing plaatsvond aan de KRW-doelstellingen, heeft ook tot interessante uitspraken geleid. In de vorige editie van deze actualiteitenrubriek¹⁹ werd al melding gemaakt van de rechtbank-uitspraak over deze door het hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard verleende vergunning, waarin geoordeeld werd dat een toetsing aan de KRW-doelstellingen via de waterplannen, niet in strijd is met de KRW. Over deze in de literatuur bekritiseerde 'indirecte' toetsing, oordeelde rechtbank: het is niet zo 'dat slechts een systeem waarin het bevoegde bestuursorgaan rechtstreeks toetst aan de milieudoelen gesteld bij en krachtens de KRW in overeenstemming kan zijn met de Unierechtelijke eisen van implementatie'.²⁰

Tegen deze uitspraak werd hoger beroep ingesteld, waarin de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uit-

spraak deed op 13 juni 2018.²¹ Belangrijk punt in deze zaak was, dat het waterlichaam waarin het project plaats zou vinden, zich reeds in de laagste ecologische toestandklasse bevond. Ook het kwaliteitselement waarop het project invloed zou hebben – 'overige waterflora' – bevond zich in de laagste toestandklasse. In het hierboven genoemde *Weser*-arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat het verbod op achteruitgang van de toestand – zoals vervat in art. 4, eerste lid, onder a, punt i, van de KRW – iedere achteruitgang verbiedt van kwaliteitselementen die zich in de laagste toestandklasse bevinden. Zoals ik in de vorige editie van deze actualiteitenrubriek al opmerkte²² heeft het HvJ EU hier echter geen volledige duidelijkheid geboden. Prejudicieel gevraagd naar de betekenis van het begrip 'achteruitgang van de toestand', antwoordde het HvJ EU dat dit in de laagste toestandklasse 'iedere achteruitgang' betreft. Achteruitgang is een verschil tussen twee situaties, die op basis van een zekere eenheid met elkaar vergeleken worden. Het HvJ EU heeft verzuimd de eenheid voor te schrijven die bij deze vergelijking gehanteerd moet worden.

Dit viel ook de Afdeling op, die hierover opmerkt:

"Het *Wezer*-arrest en de Kaderrichtlijn Water geven geen eenheid voor de feitelijke vaststelling van achteruitgang als een kwaliteitselement zich in de laagste klasse bevindt. Het is daarom aan de nationale autoriteit om dit vast te stellen. Voorwaarde voor deze vaststelling is dat de uitvoering van een richtlijn de volledige toepassing van deze richtlijn moet verzekeren."

De eenheid die in Nederland gebruikt wordt om de ecologische toestand van een kwaliteitselement uit te drukken, is de Ecologische KwaliteitsRatio (EKR). Conform paragraaf 1.4, onder ii, van bijlage V van de KRW is dit een getalswaarde tussen nul en één, waarbij waarden in de buurt van één op een zeer goede ecologische toestand wijzen en waarden in de buurt van nul op een slechte ecologische toestand. De Afdeling oordeelt in deze uitspraak dat wanneer de EKR niet wijzigt ten gevolge van een project, er geen sprake is van achteruitgang van de toestand. Anders dan door appellanten werd aangevoerd, vergt het achteruitgangverbod voor kwaliteitselementen in de laagste toestandklasse dus niet dat er geen enkele afname mag zijn van het wateroppervlak of van de hoeveelheid (potentiële) waterplanten, of dat in deze toestandklasse louter maatregelen met een positief effect genomen mogen worden. Er mag dus ook in de laagste toestandklasse sprake zijn van een negatief effect, zolang dat effect maar niet leidt tot een verandering van de eenheid waarin de kwaliteit wordt uitgedrukt.

Dan resteert de vraag of bij deze vergunningverlening op juiste wijze beoordeeld is dat er geen negatieve verandering

18 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904, *M en R* 2017/144, m.nt. J.J.H. van Kempen, *AB* 2018/31, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

19 J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2017', *M en R* 2017/77.

20 Rechtbank Rotterdam 17 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2000, *M en R* 2017/73, m.nt. Van Kempen, *AB* 2017/177, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

21 ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1949, *AB* 2018/256, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk. Wegens persoonlijke betrokkenheid van de auteur bij deze zaak wordt in deze bijdrage volstaan met een beknopte weergave van de uitspraak zonder hier een kwalificatie aan te geven.

22 J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2017', *M en R* 2017/77.

van de EKR optreedt. Om die vraag te kunnen beantwoorden is eerst een korte uitleg over de wijze van toetsing noodzakelijk. Bij de toetsing van de vergunningaanvraag heeft het hoogheemraadschap gebruikgemaakt van het 'Toetsingskader waterkwaliteit' zoals opgenomen in het Beheer- en ontwikkelplan voor de rijkswateren.²³ Op grond van het in dit toetsingskader opgenomen 'beslisschema ecologie' worden de effecten van een project op de ecologische kwaliteit in meerdere stappen getoetst. Voor een efficiënte beoordeling van de mogelijke effecten van een project kijkt het beslisschema eerst hoe groot het effect van het project is op het 'ecologisch relevant areaal' (ERA). Dit is het oppervlak dat relevant is voor een KRW-kwaliteits-element. Per kwaliteits-element is er dus een ERA. Bijvoorbeeld voor het kwaliteits-element 'overige waterflora', dat in deze zaak aan de orde was, is het ERA het voor de betreffende waterplanten begroeibare deel van het waterlichaam.²⁴

Als er minder dan 1% van dat ERA verdwijnt, dan neemt de EKR ook met minder dan 1% af.²⁵ Bij een maximale EKR van 1, komt een afname van 1% overeen met een afname van 0,01 EKR. De afname bij een effect op minder dan 1% van het ERA is dus altijd minder dan 0,01 EKR. Aangezien de EKR tot 2 cijfers achter de komma is uitgedrukt, is er daarmee nooit een zichtbare verslechtering van deze EKR. Is het effect van een project kleiner dan 1 procent van het ERA, dan kan het project op grond van het beslisschema ecologie dus doorgang vinden, zonder dat bepaald hoeft te worden hoe groot het effect op het kwaliteitselement *precies* is. Hierbij wordt overigens rekening gehouden met cumulatie van meerdere, kleine projecten. Alleen wanneer er een (cumulatief) effect is op 1 procent of méér van het ecologisch relevant areaal, hoeft ingevolge het beslisschema ecologie bekeken te worden hoe groot die invloed precies is om aan de KRW-doelstellingen te kunnen toetsen.

Over dit toetsingskader oordeelt de Afdeling vervolgens:

"Mede gelet op de omstandigheid dat [appellant sub 1] en [appellant sub 2] geen contra-expertise hebben overgelegd [dat de ecologische achteruitgang door de afname van het ecologisch relevant areaal met 0,16% niet meetbaar is en derhalve feitelijk niet is vast te stellen], oordeelt de Afdeling dat het college in de onderhavige situatie de 1%-regel in redelijkheid heeft kunnen toepassen ter invulling van het verbod op achteruitgang. In het door [appellant sub 1] en [appellant sub 2] gestelde ziet

de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de hantering van de 1%-regel in het toetsingskader waterkwaliteit in dit geval niet de volledige toepassing van de Kaderrichtlijn Water verzekert. Anders dan [appellant sub 1] veronderstelt, laat dit beleid geen ruimte voor een belangenafweging. Het college heeft zich, nu het effect van het vergunde project 0,16% op het ecologisch relevant areaal bedraagt en derhalve minder is dan 1%, op het standpunt kunnen stellen dat de EKR niet wijzigt en dat daarom geen sprake is van achteruitgang van de kwaliteit van het oppervlaktewaterlichaam, zoals bedoeld in artikel 4, eerste lid, aanhef en onder a, van de Kaderrichtlijn Water. Het college was dan ook niet verplicht de watervergunning te weigeren wegens strijd met het verbod op achteruitgang."

2.3 Vergunningen toch toestaan bij strijd met de KRW-doelstellingen

Een toetsing aan de KRW-doelen hoeft volgens het *Weser*-arrest niet tot het weigeren van een vergunning te leiden, als terecht een beroep is gedaan op de uitzonderingsmogelijkheden die de KRW biedt. Een van die uitzonderingsmogelijkheden is het zevende lid van art. 4 KRW, dat nieuwe projecten toestaat die tot achteruitgang leiden of tot het niet tijdig bereiken van een goede toestand, onder meer wanneer die projecten een hoger of nuttiger belang dienen dan het waterkwaliteitsbelang en wanneer er geen alternatieven voor zo'n project zijn. Precies het bestaan van deze uitzonderingsmogelijkheid was voor het HvJ EU in het *Weser*-arrest reden om te oordelen dat individuele besluiten *dus* ook aan de KRW-doelen getoetst moeten worden.

Wil een project doorgang kunnen vinden met een beroep op art. 4 lid 7 KRW, dan dient het bestuursorgaan dat het project beoordeelt, een toets uit te voeren aan de criteria van dat artikellid. Alleen als aan die criteria is voldaan, kan immers terecht een beroep op deze uitzonderingsbepaling gedaan worden. Als een bestuursorgaan deze toetsing niet heeft uitgevoerd en het besluit komt voor de rechter, komt de vraag op of de rechter zelfstandig aan de criteria van art. 4 lid 7 KRW moet toetsen om te beoordelen of het project doorgang kan vinden.

Halverwege 2017 boog het HvJ EU zich over deze vraag en oordeelde²⁶ dat het artikellid geen rechtstreekse werking heeft omdat het niet duidelijk en nauwkeurig voorschrijft wanneer een specifiek project doorgang mag vinden, maar voor de vaststelling hiervan verdere uitvoeringsstappen nodig zijn. De rechter is dus niet verplicht tot een zelfstandige toetsing aan de criteria van art. 4 lid 7 KRW. Hiermee sluit het HvJ EU aan bij zijn eerdere arrest²⁷ over dit artikellid, waarin het oordeelde dat bij de afweging of sprake is van een hoger openbaar belang van het project, lidstaten een bepaalde beoordelingsruimte toekomt. Hier is al duidelijk

23 Het is opmerkelijk dat het hoogheemraadschap een toetsingskader van Rijkswaterstaat gebruikt. De Unie van Waterschappen heeft immers een inhoudelijk nagenoeg identiek toetsingskader aan de waterschappen ter beschikking gesteld in de Modelbeleidsregel ecologie.

24 Dit is het gebied binnen het waterlichaam waar de betreffende groeivorm kan voorkomen onder referentie-omstandigheden.

25 Het effect is voor sommige kwaliteitselementen overigens nog gunstiger dan dat. Dat komt doordat de relatie tussen kwaliteit (in termen van EKR) en kwantiteit (in termen van ERA) meestal niet lineair is. Een kleine vermindering van goed of potentieel leefgebied leidt bij bijvoorbeeld een hoge bedekking tot een relatief betere benutting van het overgebleven gebied. Hoewel dit niet opgaat voor grote afnames van leefgebied, geldt deze regel wel bij dit soort kleine afnames.

26 HvJ EU 1 juni 2017, zaak C-529/15, ECLI:EU:C:2017:419, *M en R* 2017/111, m.nt. J.J.H. van Kempen.

27 HvJ EU 4 mei 2016, ECLI:EU:C:2016:322, C-346/14, *AB* 2016/242, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

dat er *dus* verdere uitvoeringsstappen nodig zijn om werking te geven aan art. 4 lid 7 KRW. Omdat hier sprake is van een politiek oordeel, zal de rechter deze beslissing terughoudend moeten toetsen.²⁸

Dat art. 4 lid 7 KRW de nodige vragen open laat die het bestuur in voorkomende gevallen zal moeten beantwoorden, waardoor toepassing door een rechter dus inderdaad niet zonder meer mogelijk is, blijkt overigens wel uit het feit dat in december 2017 door de Europese waterdirecteuren binnen de 'Common Implementation Strategy' een 77 pagina's lang nieuw 'Guidance Document'²⁹ is vastgesteld waarin de lidstaten, de Commissie en andere partijen aangeven hoe omgegaan wordt met tenuitvoerlegging van dit artikellid.

3. Het beoordelen van de effecten van een project in het omgevingsrecht

Op 6 december 2017 deed de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak³⁰ inzake het hoger beroep tegen de vergunning die verleend was voor de waterkrachtcentrale (wkc) te Borgharen.³¹ De belangrijkste vraag die hier voorlag, was of bij de beoordeling van de effecten die de wkc kon veroorzaken, een worstcasebenadering gevolgd moest worden.

Vis die stroomafwaarts migreert, kan in de turbines van de wkc terecht komen. Beoordeeld moest worden of de wkc vissterfte veroorzaakt.³² Een aantal factoren bepaalt of – en hoeveel – vissterfte veroorzaakt wordt door de wkc: a) de hoeveelheid vis die richting de centrale zwemt (de rest gaat namelijk langs de centrale, over de stuw); b) de hoeveelheid vis die zich niet laat weggeleiden door een voor de turbine geplaatst rooster; c) de hoeveelheid vis die vervolgens ook fysiek door het rooster past en in de turbine terecht komt; d) de hoeveelheid vis die vervolgens ook dodelijk gewond raakt door die turbine. De rechtbank had in deze zaak – met de StAB – overwogen dat de vraag of de in de vergunning opgenomen vissterftenorm gehaald kan worden, met een worstcasebenadering beantwoord moet worden: als alle net genoemde factoren de meest ongunstige waarde zouden hebben, wordt ook dan nog aan de norm voldaan?

Ook in hoger beroep lag die vraag weer voor. Het bevoegd gezag betoogde dat bij het beoordelen van vergunningaanvragen geen worstcasebenadering gevolgd moet worden, maar dat het bevoegd gezag mag uitgaan van representatieve uitgangspunten. Hierbij werd verwezen naar hier-

boven onder punt 2.1 reeds genoemde uitspraak van de Afdeling over de omgevingsvergunning voor een watersportgebied.³³ Daar lag niet alleen de vraag voor of het bevoegd gezag aan de KRW-doelstellingen moest toetsen, maar ook of het terecht had geoordeeld dat het geluidsniveau dat door de daar aanwezige mensen geproduceerd zou worden, binnen de normen bleef. Daarover oordeelde de Afdeling dat bij de beantwoording van deze vraag van representatieve uitgangspunten mag worden uitgegaan en dat een worstcasebenadering niet nodig was.

In haar uitspraak over de wkc oordeelde de Afdeling echter iets anders: daar moest *wel* een worstcasebenadering gehanteerd worden. Onduidelijk is waarom de Afdeling in twee gevallen zo verschillend oordeelt. De Afdeling acht het bij de wkc van belang dat er onzekere factoren zijn waardoor er aannames gedaan moeten worden en dat die factoren daarnaast niet door de vergunninghouder kunnen worden beïnvloed. Dat zijn blijkens de uitspraak de redenen waarom hier een worstcasebenadering gehanteerd moet worden. Het eerste was zeker ook aan de hand in het watersportgebied in Rotterdam. Hoe hard de mensen daar precies zullen gaan schreeuwen, kan niemand met zekerheid voorspellen. Het tweede element is ook niet zo verschillend: in Rotterdam kon de vergunninghouder mensen vragen stil te zijn en daardoor geluidsoverlast proberen te stoppen. Bij de wkc kon – en moest volgens de vergunningvoorschriften – de centrale stilgelegd worden bij te veel vissterfte. Ik zie het verschil dus niet zo en zou eerder denken dat er bij de wkc meer waarborgen zijn dat de norm wordt gehaald dan bij het watersportgebied.

Beide uitspraken betreffen het beoordelen van effecten van vergunningaanvragen op de fysieke leefomgeving: de ene met betrekking tot geluid, de andere met betrekking tot de ecologische waterkwaliteit. Waar onder de toekomstige Omgevingswet de wetgeving met betrekking tot de fysieke leefomgeving geïntegreerd en waar mogelijk geharmoniseerd wordt (ook wat de beoordelingsregels voor vergunningaanvragen betreft),³⁴ steekt deze jurisprudentie hiertegen af met een niet nader onderbouwde differentiatie in de wijze van beoordeling van deze aanvragen. Ik kijk uit naar toekomstige jurisprudentie waarin een en ander verhelderd wordt.

Overigens was de Afdeling wel milder dan de rechtbank: een scenario waarin *alle* factoren tegelijkertijd in worst case verkeren is niet meer realistisch. Het vraagstuk moest dus wel met een worstcasebenadering beantwoord worden, maar met factoren die realistische waarden aannemen. Dit leidde ertoe dat de vergunning toch in stand kon blijven.

28 Zie ook J.J.H. van Kempen, 'Kroniek jurisprudentie waterrecht', *M en R* 2016/89.

29 Guidance Document No. 36. Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7), te vinden op http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/facts_figures/guidance_docs_en.htm.

30 ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3353, *AB* 2018/39, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

31 De voorafgaande rechtbank-uitspraak is behandeld in de vorige editie van deze actualiteitenrubriek.

32 Ingevolge de 'Beleidsregel watervergunningverlening waterkrachtcentrales in rijkswateren' van Rijkswaterstaat, mag de wkc ten hoogste 0,1% vissterfte veroorzaken.

33 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2904, *M en R* 2017/144, m.nt. J.J.H. van Kempen, *AB* 2018/31, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

34 Zie hiervoor het toekomstige Besluit kwaliteit leefomgeving.

4. Actief waterbeheer

4.1 Projectplan

Bovenstaande jurisprudentie betreft uitsluitend het passieve waterbeheer. Bij actief waterbeheer gaat het niet om vergunningverlening, maar om het onderhouden, aanleggen of wijzigen van waterstaatswerken. Het instrument voor de beheerder om zelf aan de slag te gaan in zijn beheergebied, is het projectplan op grond van de Waterwet. Hiermee kan de beheerder een waterstaatswerk aanleggen of wijzigen en omdat dit ook ingrijpende gevolgen kan hebben voor derden, staat hiertegen rechtsbescherming open.

De figuur van het projectplan wordt vaak gezien als een ambtshalve besluit: ook aanleg en wijziging moeten gericht zijn op de doelstellingen van de Waterwet, maar die doelstellingen werkt de waterbeheerder uit in normen voor de in beheer zijnde watersystemen en door het toekennen van functies in plannen. Het beheer is vervolgens gericht op die toegekende functies, zo bepaalt art. 5.3 van de Waterwet het. Anders dan bij passief beheer in de vorm van vergunningverlening, is er dus een beperking tot louter de *toegekende* functies. Dat is maar goed ook, want dat actieve beheer kost een boel geld en middelen, dus de beheerder moet daar zelf in kunnen sturen.

Toch kan ook een projectplan een besluit op aanvraag zijn.³⁵ Sterker nog: daarover kan de overheid blijkbaar uitvoerig afspraken maken. Op 13 februari 2018 oordeelde³⁶ het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in een zaak waarin enkele agrariërs wateroverlast op hun percelen ervoeren. Na een langslpend conflict hierover met het waterschap, hebben de agrariërs en het waterschap in een overeenkomst afgesproken dat het waterschap bepaalde specifieke waterlopen zou aanleggen en wijzigen teneinde de problemen op te lossen. Na afloop van de werkzaamheden zijn de agrariërs echter nog niet tevreden en vorderen bij de civiele rechter nakoming van de overeenkomst. Zo moet het waterschap onder meer waterlopen uitdiepen, verbreden, egaliseren, verval creëren, begroeiing verwijderen, duikers vervangen. De agrariërs stellen dat hetgeen zij eisen feitelijke handelingen zijn. Het gerechtshof oordeelt – met de rechtbank – echter terecht anders: voor het treffen van deze maatregelen is het uitvoeren van publiekrechtelijke bevoegdheden noodzakelijk, namelijk het vaststellen van een of meer projectplannen. Het betreft dus een bevoegdhedenovereenkomst en nakoming daarvan dient derhalve bij de bestuursrechter gevorderd te worden, niet bij de civiele rechter. De agrariërs worden dan ook niet-ontvankelijk verklaard.

Wend je je wel tot de juiste rechter – de bestuursrechter – om vaststelling van een projectbesluit gedaan te krijgen, dan toetst die rechter zo'n verzoek vervolgens verrassend indringend. Op 21 februari 2018 deed de Afdeling Bestuurs-

rechtspraak van de Raad van State uitspraak³⁷ in een andere zaak waarin sprake was van wateroverlast. Hier werd verzoekt om vaststelling van een projectplan op basis waarvan maatregelen getroffen zouden moeten worden om de overlast weg te nemen. Het waterschap wees dit verzoek af omdat ter plekke reeds voldaan zou zijn aan de normen voor wateroverlast. De Afdeling gaat in deze zaak met het waterschap mee, omdat:

“appellant niet aannemelijk heeft gemaakt dat niet aan deze normen wordt voldaan. Voor het vaststellen van een projectplan om aan deze normen te voldoen bestaat dan ook geen aanleiding.”

Een interessante vraag is hoe dan het oordeel van de rechter zou zijn uitgevallen als inderdaad niet aan de wateroverlastnormen zou zijn voldaan. Bestaat er in die gevallen wel een automatische verplichting tot het vaststellen van een projectplan? Mij lijkt dat dat enigszins strijdig is met de beoordelingsruimte die een bestuursorgaan in het actieve beheer zou moeten hebben. Ik ben benieuwd hoe de rechter in dat geval over deze zaak zou hebben geoordeeld.³⁸

4.2 Gedoogplicht

Als een projectplan wordt uitgevoerd is voor het feitelijk aanleggen of wijzigen van waterstaatswerken vaak medewerking nodig van rechthebbenden ter plekke, bijvoorbeeld van burgers die eigenaar zijn van de percelen waarop werkzaamheden uitgevoerd worden. In die gevallen biedt de Waterwet aan beheerders de mogelijkheid een gedoogplicht op te leggen (art. 5.24 Wtw). Natuurlijk kan uit het opleggen van een gedoogplicht schade voortvloeien; art. 7.14 Wtw biedt in die gevallen voor beheerders een grondslag om geleden schade te vergoeden. Op 1 maart 2017 deed de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak³⁹ in een zaak over toepassing van dit artikel. Hoewel art. 7.14 Wtw in wezen een nadeelcompensatieregeling is, met bijbehorend normaal maatschappelijk risico dat voor rekening van de benadeelde moet blijven en niet voor vergoeding in aanmerking komt, oordeelt de Afdeling hier – in lijn met eerdere jurisprudentie⁴⁰ en de memorie van toelichting bij de Waterwet⁴¹ – anders. In dit geval was er aanleiding tot een *volledige* schadeloosstelling, omdat er sprake was van een 'aantasting' van het perceel; er werd ter plekke namelijk gegraven. Wel volgt uit de toelichting dat de schade niet voorzienbaar mag zijn en uit art. 7.14 Wtw zelf dat de schade ook niet anderszins verzekerd mag zijn.

³⁵ Op zich is dat niets vreemds. Een besluit kan altijd op aanvraag zijn, omdat er altijd aan een bestuursorgaan verzoekt kan worden om van bevoegdheden gebruik te maken.

³⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:585.

³⁷ ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:582, AB 2018/175, m.nt. Groothuijse.

³⁸ Los van de bestuursrechtelijke vraag of in deze gevallen een projectplanplicht bestaat, kunnen gedupeerden van wateroverlast natuurlijk proberen door die overlast geleden schade civielrechtelijk te verhalen. Zie voor een overzicht van recente jurisprudentie met betrekking tot wateroverlast en civielrechtelijke aansprakelijkheid van waterschappen: H.J.M. Havekes & M.J. Kraak, 'Het regent jurisprudentie. Wateroverlast en aansprakelijkheid opnieuw bezien', *TvAR*, nr. 7/8, juli/augustus 2018, p. 328-339.

³⁹ ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:524, BR 2017/48, m.nt. J.S. Procee en T.E.F. Reijnders, AB 2017/181, m.nt. Bullens.

⁴⁰ ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3668.

⁴¹ *Kamerstukken II 2006/07*, 30818, 3, p. 63.

Bijzonder hier was dat het projectplan – waarin de werkzaamheden op het perceel waren vastgelegd – al gepubliceerd was ten tijde van aankoop van het betreffende perceel door appellant. Het waterschap in kwestie voerde dan ook aan dat de schade voorzienbaar was. De Afdeling ging daar in dit geval niet in mee, maar niet geheel duidelijk is waarom niet. De Afdeling stelt dat zelfs voorzienbaarheid onverlet laat dat schade gecompenseerd wordt. Mogelijk was deze conclusie in dit geval onontkoombaar, omdat het projectplan in kwestie stelde dat de hoogte van de vergoeding per eigenaar zou worden uitgewerkt in een schriftelijke overeenkomst en appellant er dus op mocht vertrouwen dat er wel degelijk vergoed zou worden. Het lijkt in ieder geval te vroeg om op basis van enkel deze uitspraak te concluderen dat voorzienbaarheid bij toepassing van art. 7.14 Wtw geen rol meer speelt.⁴²

5. Waterrecht onder de Omgevingswet

Het inhoudelijke Nederlandse waterrecht is momenteel grotendeels opgenomen in de Waterwet en de daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving. Met de komst van de Omgevingswet wordt het waterrecht verplaatst naar dat nieuwe stelsel en wordt het daarmee nadrukkelijker onderdeel van en geïntegreerd in het bredere omgevingsrecht. De stelselkeuzes die aan de Omgevingswet ten grondslag liggen (decentralisatie, de 'ja, mits-gedachte', een uniforme set instrumenten, etc.) beïnvloeden daarmee ook het waterrecht en zullen tot enkele belangrijke veranderingen leiden.

De inwerkingtreding van de Omgevingswet is vooralsnog in 2021 voorzien en waterbeherend Nederland is inmiddels gestart met de voorbereidingen hierop. Op 28 juni 2018 werd aan Minister Ollongren van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties⁴³ de 'Wegwijzer Van Waterwet naar Omgevingswet'⁴⁴ aangeboden. Dit boek bevat een vooruitblik vanuit het huidige waterrecht naar de veranderingen onder de Omgevingswet, waarbij per onderdeel van de Waterwet geschetst wordt wat de consequenties zijn van de komst van de Omgevingswet voor het waterbeheer, met als doel om de uitvoering van het waterrecht onder het nieuwe stelsel in de praktijk te vergemakkelijken. Het boek, waaraan is meegewerkt door een aantal auteurs die in de dagelijkse praktijk van het waterbeheer werkzaam zijn, bevat daarmee een gedetailleerd en veelomvattend overzicht van de belangrijke veranderingen die het waterrecht in de nabije toekomst zal ondergaan.

42 Ter vergelijking: begin 2017 oordeelde de ABRvS nog dat bij de gedoogplicht van rechtswege zoals vastgelegd in art. 5.23 Wtw in het betreffende geval geen *enkel* recht op vergoeding bestaat. Zie ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:94.

43 Sinds de laatste kabinetsformatie verantwoordelijk voor de totstandkoming van het nieuwe stelsel.

44 H.J.M. Havekes, P.J. de Putter & W.J. Wensink (red.), *Wegwijzer Van Waterwet naar Omgevingswet*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018.