

Actualiteiten waterrecht 2019-2021

M en R 2021/48



In deze bijdrage komt de belangrijkste jurisprudentie in de periode september 2019 tot en met april 2021 op het terrein van het waterrecht aan de orde. Onder punt 1 wordt ingegaan op het algemene toetsingskader van de Waterwet, waarbij aandacht is voor het limitatieve stelsel van weigeringsgronden en specifiek voor de doelstelling van het vervullen van maatschappelijke functies door watersystemen en voor de vraag of evidente privaatrechtelijke belemmeringen tot weigering kunnen leiden. Onder punt 2 wordt ingegaan op enkele actualiteiten op het gebied van het waterkwaliteitsrecht, onder meer een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie over het achteruitgangverbod ten aanzien van de chemische grondwatertoestand, alsook een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over de vereiste juridische verankering van normen voor de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen. Onder punt 3 komen diverse uitspraken aan bod over actief waterbeheer, waarbij ingegaan wordt op de rol van de legger en op het afwegingskader voor projectplannen. De bijdrage sluit onder punt 4 af met een literatuursuggestie.

1. Toetsen van vergunningen aan de doelstellingen van de Waterwet

1.1 Weigeringsgronden

Een jaarlijks terugkerend thema in deze rubriek² is de beoordeling of vergunningaanvragen verenigbaar zijn met de doelstellingen van art. 2.1 van de Waterwet (Wtw):

- 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.

Aanvragen die onverenigbaar zijn met deze doelstellingen moeten geweigerd worden (art. 6.21 Wtw). Het is vaste jurisprudentie dat dit een limitatieve opsomming van weigeringsgronden betreft; redenen die niet te herleiden zijn tot die doelstellingen, kunnen niet leiden tot weigering van de aanvraag.³ Ook in de afgelopen periode is dit weer bevestigd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS).⁴ Waar de ABRvS eerder oordeelde dat de achterliggende reden waarom een vergunning wordt aangevraagd niet relevant is voor de vraag of de aanvraag geweigerd moet worden,⁵ lijkt zij hier in een recente uitspraak een uitzondering op te maken.⁶ Zie voor een verdere bespreking de in deze editie van dit tijdschrift opgenomen annotatie bij die uitspraak.⁷

In tegenstelling tot waar de memorie van toelichting bij de Waterwet van uitgaat,⁸ is in jurisprudentie geoordeeld dat ook voor het verbinden van voorschriften aan een watervergunning geldt dat dit slechts kan met het oog op de doelstellingen van art. 2.1 Wtw, en niet met het oog op andere belangen.⁹

Waar deze weigeringsgronden (en gronden dus voor het stellen van vergunningvoorschriften) in de afdelingsjurisprudentie eerder consequent 'waterstaatkundig' van aard genoemd werden, wordt in de jurisprudentie over de afgelopen periode deze term vermeden en wordt – neutraler en correcter¹⁰ – ver-

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.

2 Zie voor eerdere besprekingen van dit onderwerp: J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2018/2019', *M en R* 2019/103, p. 665-669; J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2018', *M en R* 2018/81, p. 452-453; J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2017', *M en R* 2017/77, p. 503-505; en J.J.H. van Kempen, 'Kroniek jurisprudentie waterrecht', *M en R* 2016/89, p. 520-522.

3 Zie voor het eerst expliciet: ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:850. In algemene zin is dit bij vergunningverlening op grond van de Waterwet overigens niet volledig, want er kunnen ook andere beoordelingsregels aan de orde zijn, zie bijvoorbeeld art. 6.11 lid 2 Wtw, art. 6.26 lid 3 Wtw en art. 6.8 lid 1 Waterbesluit. Art. 6.26 lid 1 Wtw verklaart verder nog enkele beoordelingsregels van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht van overeenkomstige toepassing, die ook tot weigering kunnen leiden, zoals het vereiste dat de beste beschikbare technieken worden toegepast. Ook noemt art. 6.21 Wtw zelf nog andere belangen dan die genoemd in art. 2.1 Wtw, namelijk de belangen als bedoeld in art. 6.11 Wtw.

4 ABRvS 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2809.

5 ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3169, *M en R* 2019/112, m.nt. J.J.H. van Kempen, *AB* 2019/521, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk. Zie eerder reeds ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2056, *AB* 2014/30, m.nt. S. Handgraaf.

6 ABRvS 24 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:634.

7 *M en R* 2021/59, m.nt. J.J.H. van Kempen.

8 *Kamerstukken II* 2006/07, 30818, 3, p. 123.

9 ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3169, *M en R* 2019/112, m.nt. J.J.H. van Kempen, *AB* 2019/521, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk. De ABRvS licht hierbij niet toe waarom zij afwijkt van de opvatting van de (mede)wetgever.

10 Met name de maatschappelijke functies van watersystemen kunnen belangen omvatten die niet waterstaatkundig van aard zijn (zoals bijvoorbeeld recreatie). Bovendien sluit de beperking tot waterstaatkundige belangen niet aan bij art. 3.1 van de Waterwet, waarin waterstaatkundige belangen per definitie niet de waterkwantiteits- en waterkwaliteitsbelangen betreffen, die evident tot de doelstellingen van art. 2.1 Wtw behoren.

wezen naar 'de doelstellingen die worden genoemd in artikel 2.1, eerste lid, van de Waterwet'.¹¹

1.2 Maatschappelijke functies als weigeringsgrond

Het is inmiddels vaste jurisprudentie¹² dat onder de derde in art. 2.1 Wtw genoemde doelstelling – de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen – ook feitelijk aanwezige functies kunnen vallen, die niet als zodanig als maatschappelijke functie aan een watersysteem zijn toegekend in een water-/beheerplan.¹³ Zoals in vorige edities van deze rubriek is aangegeven leidt dit tot enige rechtsonzekerheid nu niet altijd even duidelijk is welke activiteiten plaatsvinden in het watersysteem en welke daarvan kwalificeren als maatschappelijke functie van dat watersysteem en dus tot weigering kunnen leiden. In de genoemde jurisprudentie wordt nagelaten hierover verder duidelijkheid te scheppen. Het zou voor de uitvoeringspraktijk welkom zijn om te beschikken over criteria waarmee getoetst kan worden of bepaald feitelijk gebruik als maatschappelijke functie gekwalificeerd moet worden. De Waterwet geeft hiervoor in elk geval geen duidelijke criteria.

Ook in de afgelopen periode heeft de ABRvS weer de kans gehad dit punt verder te verduidelijken. In een zaak waarin geoordeeld werd over de vraag of vergunning verleend kon worden voor de demping van een sloot, waardoor het gebruik van de sloot door grondschippers en rondvaartboten niet langer mogelijk was, oordeelde de ABRvS dat de sloot – door dit gebruik ervan door het betreffende scheepvaartverkeer – een maatschappelijke functie vervulde.¹⁴ Helaas laat de ABRvS wederom na duidelijk te maken waarom dit specifieke gebruik heeft te gelden als een maatschappelijke functie. In de onderhavige casus onderbouwt de ABRvS haar oordeel slechts door te verwijzen naar pagina 90 van de memorie van toelichting bij de Waterwet.¹⁵ Ik kan daarin echter geen enkel duidelijk argument ontwaren. De enige passage waarin maatschappelijke functies voorkomen is die waarin in algemene zin wordt opgemerkt dat vergunningverlening (voor lozingen!) niet alleen ten dienste van de milieukwaliteit staat, maar waar nodig ook van het veilig gebruik van watersystemen door scheepvaart. Hoewel het aannemelijk lijkt dat het niet gelijk om een maatschappelijke functie gaat als één schip eenmalig van een oppervlaktewaterlichaam gebruik maakt, lijkt bovenstaande verwijzing zo algemeen dat dit wellicht toch ook als maatschappelijke functie heeft te gelden in de ogen van de hoogste bestuursrechter. Kortom: voor de praktijk blijft het gissen.

11 Voor het eerst in ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:887. In de afgelopen periode is dit de vaste lijn geworden, zie: ABRvS 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2809; ABRvS 17 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:316.

12 ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2154, AB 2016/151, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk; 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.

13 Dit is niet evident, nu *overall* waar in de memorie van toelichting bij de Waterwet (*Kamerstukken II* 2006/07, 30818, 3) gesproken wordt over functies van watersystemen, deze woorden vergezeld gaan van een vorm van het werkwoord 'toekennen'.

14 ABRvS 13 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:58, M en R 2021/39, m.nt. J.J.H. van Kempen.

15 *Kamerstukken II* 2006/07, 30818, 3.

Gelukkig heeft de wetgever deze onzekerheid erkend en bij het Invoeringsbesluit Omgevingswet een toelichting gegeven bij de beoordelingsregels voor wateractiviteiten, die deze onzekerheid onder de Omgevingswet enigszins zou moeten inperken.¹⁶ Hieruit blijkt dat – in ieder geval onder de Omgevingswet – niet ieder feitelijk gebruik leidt tot de conclusie dat het watersysteem een maatschappelijke functie vervult. Vooral incidenteel, particulier of kleinschalig gebruik, of functies die niet eigen zijn aan watersystemen, lijken niet voor die kwalificatie in aanmerking te komen.

1.3 Privaatrechtelijke belemmeringen als weigeringsgrond

De in paragraaf 1.1 genoemde jurisprudentielijn is duidelijk: de weigeringsgronden van art. 6.21 Wtw in samenhang met art. 2.1 Wtw vormen een limitatief stelsel. Daarmee is duidelijk dat andere overwegingen niet *naast* de doelstellingen van art. 2.1 Wtw kunnen leiden tot weigering. Dit geldt ook voor de overweging of er privaatrechtelijke belemmeringen zijn voor de aangevraagde activiteit. De vraag zou echter kunnen rijzen of privaatrechtelijke belemmeringen *onderdeel* kunnen zijn van deze doelstellingen, of – zoals de ABRvS het formuleert – of privaatrechtelijke belemmeringen tot deze doelstellingen zijn 'te herleiden'.

Het is goed om eerst even stil te staan bij de vraag wat bedoeld wordt met een 'privaatrechtelijke belemmering'. In omgevingsrechtelijke jurisprudentie over dit begrip buiten het terrein van het waterrecht gaat het dan in de regel om privaatrechtelijke redenen waarom de aanvrager van een vergunning/vrijstelling de aangevraagde activiteit niet zou kunnen verrichten, ook al zou deze aanvraag ingewilligd worden. Als voorbeeld kan gewezen worden op de aanvrager van een vergunning voor het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, die geen eigenaar is van de gronden waarop de aanvraag ziet en evenmin over toestemming van de eigenaar beschikt. Omdat overwogen kan worden dat het in die gevallen zinloos is om de vergunning te verlenen (deze kan immers niet gebruikt worden wegens de privaatrechtelijke belemmering), kan de gedachte opkomen dat het toegestaan is om de aangevraagde vergunning om die reden dan maar te weigeren.¹⁷ In de betreffende jurisprudentie is uitgemaakt dat dit inderdaad een weigeringsgrond kan zijn, mits de privaatrechtelijke belemmering een evident karakter heeft.

16 *Kamerstukken II* 2018/19, 33118, 118, bijlage 884930, p. 514-515.

17 Een andere gedachte die kan opkomen, is dat een dergelijk verzoek om vergunningverlening geen aanvraag is in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb, omdat de verzoeker geen belanghebbende is in de zin van art. 1:2 lid 1 Awb. Ook dit is in jurisprudentie aanvaard. Nijmeijer betoogt – mijns inziens terecht – dat dit een regel is die voor alle omgevingsvergunningen opgaat (zie zijn annotatie in AB 2021/83 bij ABRvS 3 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:208). Waar het eerst vereist was om tot niet-belanghebbendheid te oordelen, dat het verzochte 'nimmer' verwezenlijkt kan worden (zie bijvoorbeeld ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:375), is inmiddels het criterium dat het verzochte 'niet' verwezenlijkt kan worden (ABRvS 15 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2717, BR 2018/93, m.nt. J.A. Mohuddy). Zie voor een bespreking van het onderscheid tussen beide aspecten (weigeringsgrond en belanghebbende-begrip) de annotatie van Nijmeijer in AB 2017/297 bij ABRvS 26 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2002. Beide aspecten kwamen ook onlangs weer aan de orde in een uitspraak over de Waterwet: ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:846.

Ook in jurisprudentie over dit begrip onder de Waterwet ging het tot dusverre om gevallen waarin de aanvrager van een watervergunning niet over de benodigde toestemmingen/rechten beschikte om een aangevraagde activiteit te kunnen verrichten. Hierover oordeelde de ABRvS dat dergelijke privaatrechtelijke belemmeringen niet tot deze weigeringsgronden zijn te herleiden.¹⁸

In de afgelopen periode was echter een zaak aan de orde waarbij een ander soort privaatrechtelijke belemmering speelde. Het ging hierbij om de hierboven al genoemde zaak¹⁹ waarbij een sloot zou worden gedempt waardoor scheepvaartverkeer niet meer mogelijk is. Eerder had de ABRvS al geoordeeld²⁰ dat – nu het ging om een maatschappelijke functie die het watersysteem vervulde – de vergunning geweigerd moest worden als een alternatieve vaarroute ontbrak. In dat geval was immers de scheepvaartfunctie van het watersysteem als geheel in het geding, en was de demping daarmee onverenigbaar met die functievervulling door het watersysteem. Feitelijk was aan de orde dat een alternatieve vaarroute ontbrak omdat andere vaargangen onvoldoende diepgang hadden.

In de hier voorliggende uitspraak over deze zaak werd een alternatieve vaargang dusdanig uitgebaggerd, dat deze scheepvaart in fysieke zin toeliet. Probleem was echter dat de betreffende perceeigenaren geen toestemming hadden verleend voor het gebruik van die vaargang. Feitelijk was daarmee nog steeds geen alternatieve vaarroute voorhanden en zou demping dus nog steeds ertoe leiden dat het nu plaatsvindende scheepvaartverkeer niet meer mogelijk zou zijn. Het gaat hier dus – anders bij voornoemde jurisprudentie over privaatrechtelijke belemmeringen – niet om een privaatrechtelijke belemmering die de aanvrager ondervindt bij het uitvoeren van de aangevraagde activiteit, maar om een privaatrechtelijke belemmering waarmee derden geconfronteerd worden als de aangevraagde activiteit wordt uitgevoerd.

Hierover oordeelt de ABRvS nu dat ook in dit geval dergelijke privaatrechtelijke belemmeringen niet te herleiden zijn tot de doelstellingen van art. 2.1 Wtw en dus niet tot weigering van de aangevraagde vergunning kunnen leiden. Dit is minder evident dan het gegeven dat privaatrechtelijke belemmeringen die de aanvrager ondervindt, niet te herleiden zijn tot die doelstellingen. Het is immers de vraag of het watersysteem na demping nog daadwerkelijk een scheepvaartfunctie vervult. Helaas licht de ABRvS haar oordeel op geen enkele wijze toe.

18 ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:850. De ABRvS overweegt hierbij dat de omgevingsrechtelijke jurisprudentie waarbij evidente privaatrechtelijke belemmeringen wel als weigeringsgrond zijn aanvaard, niet ziet op de Waterwet. De ABRvS oordeelt dus – zonder nadere onderbouwing – dat de Waterwet op dit punt anders is dan de overige wetgeving waaronder die jurisprudentie is geweest. Ook eerder al oordeelde de ABRvS overigens – impliciet – dat dergelijke privaatrechtelijke belangen niet betrokken kunnen worden, zie ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4559, AB 2012/242, m.nt. A. van Hall. Zie meest recent: ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:846.

19 ABRvS 13 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:58, *Men R* 2021/39, m.nt. J.J.H. van Kempen.

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

Hiermee is het gissen waarom dit oordeel zo uitvalt. Wellicht beschouwt de ABRvS het als een generieke lijn dat privaatrechtelijke belemmeringen niet tot de doelstellingen van art. 2.1 Wtw zijn te herleiden, ongeacht de soort privaatrechtelijke belemmeringen waar het om gaat. Een andere mogelijkheid is dat de ABRvS de 'functievervulling' van een watersysteem zodanig opvat, dat wanneer de fysieke inrichting daarvan scheepvaartverkeer toelaat (voldoende diepgang), het watersysteem de scheepvaartfunctie 'vervult', ongeacht de vraag of er andere belemmeringen zijn om van die fysieke dimensies gebruik te maken. Dit lijkt een verdedigbare onderbouwing, omdat het watersysteem niet op andere wijze dan via de fysieke inrichting daarvan functies kan vervullen. Andere belemmeringen gaan buiten het watersysteem als zodanig om. Wat precies de redenering is, wordt echter niet duidelijk. Duidelijk is wel dat in toekomstige gevallen aanvragen om een watervergunning niet om deze reden geweigerd kunnen worden.

2. Vergunningverlening en waterkwaliteit

2.1 Achteruitgang van de toestand

Art. 4 van de Europese Kaderrichtlijn Water (KRW) verplicht lidstaten onder meer tot het tijdig bereiken van een goede toestand van KRW-oppervlaktewaterlichamen en grondwaterlichamen en tot het voorkomen van achteruitgang van de toestand van die waterlichamen. De toestand van een oppervlaktewaterlichaam bestaat uit een chemische en een ecologische component; de toestand van een grondwaterlichaam bestaat uit een chemische en een kwantitatieve component. Van belang is dat de toestand van een waterlichaam wordt bepaald door de toestand van bepaalde daarin aanwezige stoffen en kwaliteitselementen. Elk van die stoffen en kwaliteitselementen kan zich in verschillende toestandsklassen bevinden. Voor zowel de chemische als de kwantitatieve oppervlaktewatertoestand zijn er twee kwaliteitsklassen: 'goed' en 'ontoereikend'. Ook voor de chemische oppervlaktewatertoestand zijn er per relevante stof twee kwaliteitsklassen: 'goed' en 'niet goed'. Voor de ecologische oppervlaktewatertoestand zijn er per relevant kwaliteitselement vijf kwaliteitsklassen: 'zeer goed', 'goed', 'matig', 'ontoereikend' en 'slecht'.

In het zogenoemde Wezer-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) is uitgemaakt dat goedkeuring voor een project geweigerd moet worden, wanneer dat project een achteruitgang van de toestand van een oppervlaktewaterlichaam kan teweegbrengen of het tijdig bereiken van een goede toestand van dat water in gevaar brengt.²¹

Dit vertaalt zich naar de in paragraaf 1 besproken weigeringsgronden van de Waterwet doordat een aanvraag om een watervergunning geweigerd moet worden als verlening onverenigbaar zou zijn met de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen (art. 6.21 Wtw in samenhang met art. 2.1 lid 1 aanhef en onder b Wtw). In navolging van art. 2.10 Wtw zijn normen

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

voor de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen vastgesteld in het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water (Bkwmw) 2009, in overeenstemming met het stelsel van milieudoelstellingen van art. 4 KRW. Hiermee vereist het samenhangende geheel van art. 6.21, 2.1 en 2.10 Wtw dat een aanvraag om een watervergunning geweigerd wordt als verlening het tijdig voldoen aan de in het Bkwmw 2009 vastgestelde milieukwaliteitseisen voor water in gevaar brengt of zou kunnen leiden tot een achteruitgang van de toestand van een waterlichaam als bedoeld in art. 16 lid 2 Bkwmw 2009.²²

De KRW definieert niet wanneer sprake is van een achteruitgang van de toestand van een waterlichaam; het HvJ EU heeft deze term in het Wezer-arrest verduidelijkt voor zover het oppervlaktewaterlichamen betreft. Volgens het HvJ EU is sprake van een achteruitgang van de toestand van een oppervlaktewaterlichaam zodra de toestand van ten minste een van de kwaliteitselementen als bedoeld in bijlage V bij de KRW een klasse achteruitgaat. Als het kwaliteitselement zich reeds in de laagste klasse bevindt vormt iedere achteruitgang van dat element een 'achteruitgang van de toestand' van het oppervlaktewaterlichaam. In een eerdere uitspraak van de ABRvS is erop gewezen dat het HvJ EU geen eenheid heeft gegeven voor de feitelijke vaststelling van achteruitgang van een kwaliteitselement in de laagste toestandsklasse.²³ In die uitspraak geeft de ABRvS die eenheid zelf, voor zover het de ecologische toestand betreft: zolang er geen verandering plaatsvindt in de Ecologische KwaliteitsRatio (EKR, de getalsmatige uitdrukking van de ecologische toestand) is er geen sprake van achteruitgang van de toestand. Dit betekent dat er dus ook in die laagste klasse wel enige verandering van de relevante fysieke kenmerken van het oppervlaktewaterlichaam in negatieve zin mag optreden (in de voorliggende zaak ging het om verlies aan areaal waarop waterplanten kunnen groeien). Het achteruitgangsverbod krijgt volgens de ABRvS pas werking zodra die verandering van de fysieke kenmerken van het waterlichaam doorwerkt in de getalsmatige uitdrukking van de ecologische toestand.

In de afgelopen periode heeft het HvJ EU verder verduidelijkt wanneer sprake is van achteruitgang van de chemische toestand van een grondwaterlichaam. In het Detmold-arrest²⁴ overweegt het HvJ EU dat er geacht moet worden sprake te zijn van een achteruitgang van de chemische toestand van een grondwaterlichaam als door een project ten minste één van de voor het waterlichaam vastgestelde maximale stofconcentraties overschreden wordt (r.o. 119). De betreffende stof gaat daarmee van de klasse 'goed' naar 'ontoereikend'. Een dergelijke

invulling van het achteruitgangsverbod door het HvJ EU viel te verwachten, nu dat analoog is aan de invulling die in het Wezer-arrest is gegeven aan het achteruitgangsverbod ten aanzien van de ecologische oppervlaktewatertoestand. Hoewel dit nog niet expliciet in jurisprudentie van het HvJ EU is bepaald, valt te verwachten dat analoog hieraan sprake is van achteruitgang van de chemische oppervlaktewatertoestand door een project zodra ten minste een van de vastgestelde maximale stofconcentraties overschreden wordt. De betreffende stof gaat daarmee van de klasse 'goed' naar 'niet goed'.

In Nederland worden vergunningaanvragen voor lozingen al op deze wijze getoetst aan het achteruitgangsverbod. Op grond van een serie wetsbepalingen²⁵ wordt bij vergunningverlening rekening gehouden met het Handboek Immissietoets. In de afgelopen periode oordeelde de ABRvS²⁶ dat de toepassing van dit handboek invulling geeft aan doelstellingen van de KRW, door een zodanige toets voor te schrijven dat een lozing in de praktijk nooit tot een overschrijding van de milieukwaliteitseisen op het monitoringpunt kan leiden. Het lijkt erop dat de ABRvS hiermee oordeelt dat deze wijze van toetsing daarmee 'KRW-proof' is; hiermee kan een stof immers nooit van de klasse 'goed' naar 'niet goed' verschuiven.

In het hiervoor genoemde Detmold-arrest overwoog het HvJ EU verder dat ook sprake is van een achteruitgang van de chemische toestand van een grondwaterlichaam als een stof die zich reeds in de laagste toestandsklasse bevindt ('ontoereikend') geen voorzienbare concentratieverhoging mag ondergaan (r.o. 119). Dit is de eerste keer dat het HvJ EU precies uitlegt wat onder het achteruitgangsverbod moet worden verstaan voor de laagste toestandsklasse. Waar in het Wezer-arrest ten aanzien van de ecologische toestand nog weinig verduidelijkend over 'iedere achteruitgang' werd gesproken, wordt hier nader bepaald wat dat betekent waar het de chemische grondwatertoestand betreft. Ook valt op dat dit een tamelijk vergaande invulling van het achteruitgangsverbod is. Waar de ABRvS – zoals hierboven aangegeven – voor de ecologische oppervlaktewatertoestand eerder nog overwoog dat ook in de laagste toestandsklasse niet iedere negatieve verandering van de relevante fysieke kenmerken van een waterlichaam verboden is maar enkel een negatieve verandering van de getalsmatige uitdrukking van de ecologische toestand, overweegt het HvJ EU hier dat wel degelijk iedere negatieve verandering van de relevante fysieke kenmerken van het waterlichaam (in dit geval: de concentraties van de relevante stoffen) verboden is. Het achteruitgangsverbod is aan de orde zodra een dergelijke verandering 'voorzienbaar' is. Onduidelijk is of hier een andere uitleg wordt gegeven aan het achteruitgangsverbod omdat de verplichtingen van de KRW voor grondwaterlichamen verschillen van die van oppervlaktewaterlichamen, of omdat het HvJ EU

22 Zie voor een nadere uiteenzetting *Men R* 2017/73, annotatie bij Rb. Rotterdam 17 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2000. Onder de Omgevingswet wordt dit (tamelijk ingewikkelde) stelsel vereenvoudigd door expliciet in de beoordelingsregels voor wateractiviteiten te bepalen dat het verlenen van een omgevingsvergunning voor een wateractiviteit er in ieder geval niet toe mag leiden dat niet wordt voldaan aan de omgevingswaarden voor waterkwaliteit, noch dat de doelstelling van het voorkomen van de achteruitgang van de chemische en ecologische toestand van KRW-oppervlaktewaterlichamen niet wordt bereikt (art. 8.84 Besluit kwaliteit leefomgeving).

23 ABRvS 13 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1949, *AB* 2018/256, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

24 HvJ EU 28 mei 2020, ECLI:EU:C:2020:391, zaak C-535/18 (*Detmold*).

25 Art. 6.26 lid 1 aanhef en onder a Wtw in samenhang met art. 2.14 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, art. 5.4 Besluit omgevingsrecht, art. 9.2 Regeling omgevingsrecht en de bijlage bij die regeling.

26 ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:442, *Men R* 2020/44, m.nt. A. Collignon, r.o. 6.4.

het achteruitgangsverbod meer principieel anders uitlegt dan de ABRvS heeft gedaan.

Een andere relevante ontwikkeling in de afgelopen periode is dat de Franse *Conseil d'État* prejudiciële vragen heeft gesteld over de uitleg van art. 4 KRW.²⁷ De verwijzende rechter wil weten of deze bepaling zich verzet tegen een regeling volgens welke autoriteiten, bij de beoordeling of programma's en besluiten op het gebied van water die kunnen leiden tot een achteruitgang van de toestand van een oppervlaktewaterlichaam, geen rekening behoeven te houden met tijdelijke effecten van korte duur, die geen langetermijneffecten hebben. De verwijzende rechter wil verder weten of art. 4 KRW voorwaarden of beperkingen stelt aan deze goedkeuring.

In essentie gaat het daarmee om de vraag of tijdelijke 'achteruitgang' is toegestaan, zolang op langere termijn maar geen achteruitgang van de toestand optreedt, of dat iedere achteruitgang – ook van korte duur – verboden is. Deze vraag is erg relevant voor het waterbeheer, ook in Nederland. Zo kan gewezen worden op de ingrepen die waterbeheerders doen in het watersysteem om aan de verbeterdoelstelling van de KRW te voldoen (het bereiken van een goede toestand), zoals de aanleg van een natuurvriendelijke oever, een nevengeul of een vispassage. Ook bij dergelijke ingrepen zullen kortdurende negatieve effecten optreden die niet of nauwelijks te voorkomen zijn (bijvoorbeeld de opwerveling van systeemeigen bodemmateriaal in de waterkolom waardoor het doorzicht tijdelijk en lokaal slechter wordt en de watergehalten van chemische stoffen, die gebonden zijn aan de bodemdeeltjes, tijdelijk en lokaal toenemen). Als dergelijke effecten in strijd komen met het achteruitgangsverbod, zou dat het tijdig bereiken van de verbeterdoelstelling juist in gevaar kunnen brengen. Het is dus afwachten hoe het HvJ EU op deze prejudiciële vragen zal antwoorden.

2.2 Normen voor de chemische en ecologische waterkwaliteit

Hierboven werd reeds gewezen op de Nederlandse implementatie van de verplichting om projecten te toetsen aan de doelstellingen van de KRW. Hierbij speelt art. 2.10 Wtw – dat de regering opdraagt om normen voor de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen vast te stellen krachtens hoofdstuk 5 Wm, in overeenstemming met het stelsel van milieudoelstellingen van art. 4 KRW – een belangrijke rol. Ook over dit art. 2.10 Wtw is de afgelopen periode een belangwekkende uitspraak verschenen.²⁸

In deze zaak²⁹ ging het om het verlenen van een watervergunning voor het onttrekken van oppervlaktewater door een

waterkrachtcentrale.³⁰ Hierbij kunnen migrerende vissen verzeild raken in de turbine en sterven. Voor het toetsen van dergelijke vergunningaanvragen namens de Minister van IenW heeft Rijkswaterstaat een beleidsregel³¹ vastgesteld, waarin is bepaald dat de aanvraag getoetst wordt aan een norm van ten hoogste 10% cumulatieve vissterfte door waterkrachtcentrales in het betreffende gebied. Die norm is al eerder gehanteerd bij vergunningverlening voor waterkrachtcentrales en ook al eerder in jurisprudentie aan de orde gekomen.³²

Opvallend in deze uitspraak is dat de ABRvS oordeelt dat de norm van 10% cumulatieve vissterfte een norm is in de zin van art. 2.10 Wtw en dus krachtens hoofdstuk 5 Wm had moeten worden vastgesteld. Nu dat niet is gebeurd, had bij vergunningverlening niet aan deze norm getoetst mogen worden. Om die reden wordt het vergunningbesluit vernietigd.

In zijn annotatie bij deze uitspraak wijst Simon Handgraaf erop dat er twee dingen zijn aan te merken op de overwegingen van de ABRvS. Ten eerste is het volgens hem niet zo dat de 10%-norm een norm is voor de ecologische kwaliteit van watersystemen. Daarbij wijst hij onder meer op het feit dat de norm niet zozeer ziet op de kwaliteit van het watersysteem, maar op het effect van waterkrachtcentrales. Deze sterftenorm bepaalt volgens hem niet of de visstand in het oppervlaktewaterlichaam goed, matig of slecht is (vergelijk de kwaliteitsklassen voor de ecologische oppervlaktewatertoestand zoals beschreven in paragraaf 2.1 van deze bijdrage), maar slechts dat niet meer dan 10% van de passerende vissen mag sterven, ongeacht de feitelijke toestand van het oppervlaktewater.

Ten tweede wijst hij erop dat – als dit al een norm is voor de ecologische kwaliteit van watersystemen – art. 2.10 Wtw nog niet vereist dat die norm krachtens hoofdstuk 5 Wm had moeten worden vastgesteld. Daarbij geeft hij aan dat de ABRvS die bepaling blijkbaar zodanig leest dat dat normen voor de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen *uitsluitend* krachtens hoofdstuk 5 Wm mogen worden vastgesteld, terwijl ook de lezing mogelijk is dat *in ieder geval* bepaalde normen langs deze weg worden vastgesteld (waarschijnlijk doelt hij op normen die nodig zijn voor de uitvoering van de KRW) maar dat andere normen voor de waterkwaliteit ook langs andere weg kunnen worden vastgesteld.

Ten slotte wijst de annotator erop dat in het waterbeheer veelvuldig normen voor de chemische en ecologische waterkwaliteit worden toegepast, die niet krachtens hoofdstuk 5 Wm zijn vastgesteld. Het gaat dan met name om diverse normen voor de aanwezigheid van verontreinigende stoffen in het

27 Zaak C-525/20 (*Association France Nature Environnement*).

28 Deze uitspraak wordt in deze bijdrage niet uitvoerig van commentaar voorzien, gezien de persoonlijke betrokkenheid van de auteur bij deze zaak.

29 ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2888, *Men R* 2021/30, m.nt. S. Handgraaf. Over deze materie zijn op dezelfde dag nog twee andere uitspraken met dezelfde inhoudelijke overwegingen verschenen: ECLI:NL:RVS:2020:2931 en ECLI:NL:RVS:2020:2932.

30 Dat waterkrachtcentrales oppervlaktewater onttrekken als bedoeld in art. 6.5 onder a Wtw, was reeds uitgemaakt in ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3249, *Men R* 2012/56, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk, AB 2012/57, m.nt. A. van Hall. Dit wordt in de onderhavige uitspraak opnieuw bevestigd door de ABRvS (r.o. 4.2).

31 Beleidsregel watervergunningverlening waterkrachtcentrales in rijkswateren, *Stcrt.* 2014, 34276.

32 ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3249, *Men R* 2012/56, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk, AB 2012/57, m.nt. A. van Hall; ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3353, AB 2018/39, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk.

oppervlaktewater. De voorliggende uitspraak zou daarmee een verder strekkende reikwijdte kunnen hebben dan enkel waterkrachtcentrales en zou kunnen inhouden dat ook die normen niet meer bij vergunningverlening gebruikt kunnen worden. Dat zou een serieuze inperking betekenen voor de mogelijkheid om het oppervlaktewater te beschermen bij vergunningverlening, met name waar het vergunningverlening voor lozingen betreft. Het is dan ook voor de uitvoerbaarheid van het waterbeheer van belang dat er een oplossing komt voor het probleem dat deze uitspraken veroorzaken. Voor vergunningverlening in bredere zin ziet de annotator die oplossing in de komende Omgevingswet, waarin art. 2.10 Wtw wordt opgevolgd door art. 2.15 lid 1 aanhef en onder b Omgevingswet. Hij geeft aan dat de formulering van deze bepaling dermate afwijkt van art. 2.10 Wtw dat deze – in combinatie met de memorie van toelichting – meer ruimte biedt voor de interpretatie dat er ook andere mogelijkheden zijn om waterkwaliteitsnormen vast te stellen.

Specifiek voor de 10%-norm heeft de Minister van IenW in antwoord op Kamervragen aangegeven dat zij het toetsingskader zo spoedig mogelijk formeel wil herstellen en dat zij daartoe de juridische verankering van de beleidsregel waarin de vissterfthenorm is opgenomen, laat aanpassen om zo vergunningverlening door Rijkswaterstaat weer mogelijk te maken.³³

2.3 Lozingen

In jurisprudentie is reeds uitgemaakt dat 'elke aan een persoon toe te schrijven handeling waarbij volgens de algemene ervaringsregels voorzienbaar is dat de stoffen direct of indirect in oppervlaktewater worden gebracht' een lozing is.³⁴ Ook is bepaald dat al sprake is van een lozing, indien de stoffen nog niet in het oppervlaktewater terecht zijn gekomen, maar wel 'te voorzien [valt] dat zij op den duur op enigerlei wijze met het oppervlaktewater in aanraking zullen komen dan wel daarin terecht zullen komen'.³⁵ Omgekeerd kunnen stoffen ook al aanwezig zijn in het water voordat de aan een persoon toe te schrijven handeling daarmee verricht wordt. Uit jurisprudentie blijkt dat ook het terugplaatsen vanuit een (ander) oppervlaktewater afkomstige stoffen, alsmede het onder water verplaatsen van stoffen onder het lozingenbegrip valt.³⁶ Het lozen hoeft ten slotte ook helemaal niet bewust of opzettelijk te zijn. Zo is bijvoorbeeld bij het blussen van een brand ook het afstromen van het bluswater een lozing.^{37, 38}

In de afgelopen periode zijn ook weer enkele uitspraken over dit begrip verschenen. Zo overwoog de ABRvS dat ook het laten afstromen van verontreinigd regenwater in een

oppervlaktewaterlichaam valt onder het begrip lozen, en dat hiervoor niet doorslaggevend is in hoeverre de 'lozer' hieraan actief bijdraagt.³⁹ In een strafrechtelijke procedure oordeelde het gerechtshof Den Haag dat sprake was van een lozing in een situatie waarin puin op een aflopende kade werd gestort en het niet anders kon dan dat het puin uiteindelijk in het oppervlaktewater terecht zou komen.⁴⁰ Opvallend was dat in een eveneens strafrechtelijke procedure de rechtbank Limburg oordeelde dat geen sprake was van een lozing in een geval waarbij jerrycans met daarin drugsafval in een oppervlaktewaterlichaam werden gebracht. Nu de jerrycans niet gelekt zouden hebben, zou de inhoud daarvan het oppervlaktewater niet bereikt hebben en er dus geen sprake zijn van een lozing.⁴¹ Niet alleen staat deze uitspraak haaks op de hierboven beschreven lijn, dat sprake is van een lozing als te voorzien valt dat de stoffen op den duur op enigerlei wijze in het oppervlaktewater terecht zullen komen (ten tijde van het dumpen van de jerrycans was voorzienbaar dat als die daar (zeer) lang blijven liggen, ze op de duur wel zullen gaan lekken), ook miskent de uitspraak dat de jerrycans als zodanig geloosde stoffen zijn. Ook al zouden jerrycans niet schadelijk voor het oppervlaktewater of verontreinigend zijn, dan nog lijkt buiten kijf te staan dat het hier om afvalstoffen gaat (ze werden immers gedumpt, duidelijk met het oogmerk om zich daarvan te ontdoen). Daarmee is nog steeds sprake van een lozing in de zin van art. 6.1 Wtw.

In de afgelopen periode is ook in jurisprudentie aan de orde gekomen welke stoffen die in een lozing aanwezig zijn, vergund moeten worden. Hoewel uit het systeem van de Waterwet volgt dat iedere stof die in een vergunningplichtige lozing aanwezig is, vergund moet worden, is het in de praktijk niet altijd mogelijk om reeds bij vergunningverlening te weten welke stoffen allemaal in de lozing aanwezig zijn. Er zullen in de lozing ook vaak zogenoemde 'onbekende stoffen'⁴² aanwezig zijn, waarvan pas tijdens de looptijd van de vergunning bekend wordt dat de stoffen geloosd worden met de vergunde activiteit. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat de aanwezigheid van de stoffen nog niet kan worden vastgesteld met de tijdens vergunningverlening beschikbare detectiemethoden, of omdat het praktisch ondoenlijk is om een uitputtend overzicht te geven van de bij een lozing vrijkomende stoffen (dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij lozingen uit baggerspeciedepots, waarbij de aanwezige stoffen afkomstig zijn uit de waterbodems van de Nederlandse rivieren en daarmee vele duizenden stoffen kunnen betreffen).

Ook de lozing van dergelijke onbekende stoffen kan worden aangevraagd bij het indienen van een vergunningaanvraag voor

33 *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, 1810.

34 HvJ EU 29 september 1999, ECLI:EU:C:1999:458, zaak C-231/97, AB 2000, 22, m.nt. C.W. Backes; HvJ EU 29 september 1999, ECLI:EU:C:1999:459, zaak C-232/97, *Milieurecht Totaal* 1999/3811, m.nt. Van Rijswijk.

35 HR 24 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8458, NJ 1992, 76.

36 HR 21 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AP8079, NJ 2004, 641.

37 Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 oktober 2008, AB 2008, 364, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

38 Zie voor een verdere uitleg van het lozingenbegrip: H.J.M. Havekes, P.J. de Putter & W.J. Wensink (red.), *Wegwijzer van Waterwet naar Omgevingswet*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2018, p. 293-295.

39 ABRvS 20 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:271, r.o. 4.2.

40 Hof Den Haag 6 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1260.

41 Rb. Limburg 24 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:8656 en Rb. Limburg 25 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:8655.

42 Dit zijn stoffen die geloosd worden, zonder dat dit bij het verlenen van de vergunning bekend was. Het begrip moet niet verward worden met zogenoemde 'opkomende stoffen': niet (wettelijk) genormeerde stoffen, waarvan de schadelijkheid nog niet (volledig) is vastgesteld (*Kamerstukken II* 2016/17, 27625, 404). Onbekende stoffen kunnen opkomende stoffen zijn, maar ook stoffen die al lang bekend zijn, alleen was nog niet bekend dat ze ook in de betreffende lozing voorkomen. Onbekende stoffen kunnen bovendien zowel schadelijk als onschadelijk zijn.

een lozing op een oppervlaktewaterlichaam. Dit was ook het geval bij een van de meest omvangrijke Nederlandse lozingen: die van het bedrijf dat het afvalwater zuivert en loost afkomstig van het industrieterrein Chemelot. Bekend is dat in deze lozing ten minste 600 individuele stoffen voorkomen, maar vermoed wordt dat ook nog andere – onbekende – stoffen in de lozing aanwezig zijn. Het betreffende bedrijf vroeg ook de lozing van deze stoffen aan, maar het bevoegd gezag wilde de lozing daarvan niet vergunnen. De ABRvS oordeelde⁴³ dat in dit geval het bevoegd gezag zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat alleen de bekende, aangevraagde stoffen vergund werden. De aard van de bedrijven waarvan het afvalwater afkomstig is (in het bijzonder de chemische fabrieken) en het feit dat in het ontvangende oppervlaktewaterlichaam een innamepunt aanwezig is voor de drinkwaterproductie rechtvaardigen volgens de ABRvS deze beperking. Onduidelijk is nog of in dit geval het bevoegd gezag ook tot een ander oordeel had kunnen komen en of het bevoegd gezag in andere gevallen (waarbij geen sprake is van dergelijke chemische fabrieken en/of de aanwezigheid van een innamepunt voor de drinkwaterproductie) ook tot een ander oordeel kan komen omtrent het vergunnen van onbekende stoffen.

Het niet vergunnen van onbekende stoffen voorkomt overigens niet per se de aanwezigheid daarvan. Het kan nog steeds voorkomen dat gedurende de looptijd van de vergunning stoffen worden aangetroffen waarvan de aanwezigheid nog niet bekend was ten tijde van de aanvraag. Om die reden heeft het bevoegd gezag in de meest recente vergunning voor dit bedrijf ook een voorschrift opgenomen over hoe gehandeld moet worden als een dergelijke onbekende stof toch wordt aangetroffen.

Hoewel duidelijk is dat bij het niet-vergunnen van onbekende stoffen een beginselplicht tot handhaving ontstaat bij het vervolgens aantreffen van dergelijke stoffen in de lozing, is daarmee immers nog niet direct duidelijk wat het handelingsperspectief op dat moment is voor de lozer en voor het bevoegd gezag. Er zal in die gevallen zo spoedig mogelijk vastgesteld moeten worden welke stof het precies betreft, wat de eigenschappen daarvan zijn en welke effecten de lozing ervan heeft op het oppervlaktewater. De uitkomsten daarvan bepalen mede de (on)evenredigheid van handhaving en de vergunbaarheid. Dergelijke vragen omtrent het handelingsperspectief van de lozer en het bevoegd gezag spelen ook als het bevoegd gezag de beslissing zou nemen om dergelijke stoffen wel te vergunnen.

Het is dan ook van belang dat de lozingsvergunningen van de toekomst duidelijk en expliciet rekening houden met het vraagstuk van onbekende stoffen. Niet alleen zou daarin duidelijk beschreven moeten zijn wat de status van dergelijke stoffen is (wel/niet vergund), ook zou duidelijk moeten zijn welke

stappen door wie gezet moeten worden bij het aantreffen van een onbekende stof, teneinde zo spoedig mogelijk te kunnen vaststellen waar men aan toe is. Dat is niet in het minst van belang in het licht van mogelijke maatschappelijke zorgen die kunnen ontstaan bij het aantreffen van dergelijke stoffen. Om dit vraagstuk verder op te pakken loopt er momenteel een interbestuurlijk beleidstraject onder begeleiding van het Ministerie van IenW, waarbij omgevingsdiensten, waterschappen en Rijkswaterstaat – samen met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en de drinkwatersector – proberen bedrijven, vergunningverleners en handhavers meer houvast te geven bij toekomstige vergunningenprocedures voor lozingen.

2.4 Vergunningvrije lozingen en maatwerkvoorschriften

In de systematiek van de Waterwet geldt voor het lozen van stoffen op een oppervlaktewaterlichaam een vergunningplicht, tenzij vrijstelling van het lozingsverbod is verleend bij AMvB (art. 6.2 lid 1 Wtw). Van die mogelijkheid om bij AMvB vrijstelling te verlenen is veelvuldig gebruik gemaakt in de zogenoemde 'lozingen-AMvB's': het Activiteitenbesluit milieubeheer, het Besluit lozen buiten inrichtingen, het Besluit lozing afvalwater huishoudens, het Besluit bodemkwaliteit en het Scheepsafvalstoffenbesluit Rijn- en binnenvaart.⁴⁴

In plaats van een vergunningplicht gelden voor dergelijke vrijgestelde lozingen meestal algemene regels, waaronder een zorgplicht. Hiernaast beschikt het bevoegd gezag vaak over de mogelijkheid om maatwerkvoorschriften vast te stellen. Deze bevoegdheid kan onder meer gebruikt worden om de zorgplicht – waarvan in de regel niet precies duidelijk is wat deze in concrete gevallen precies vergt – nader in te vullen in een specifiek geval. Een dergelijke nadere invulling van de zorgplicht kan alleen voor zover het betreffende aspect niet reeds uitputtend in de AMvB is gereguleerd.

Een nadere invulling van de zorgplicht hoeft overigens niet altijd op formele wijze plaats te vinden. In wezen gaat het hierbij om de neerslag van de interpretatie die het bevoegd gezag in een concreet geval geeft aan een algemeen verbindend voorschrift (de zorgplicht). Die interpretatie kan ook op informele wijze gecommuniceerd worden (bijvoorbeeld in een brief). Als de lozer toch besluit anders te handelen, ontstaat bij een informele invulling van de zorgplicht de bevoegdheid om op die zorgplicht te handhaven⁴⁵ (op de brief zelf kan niet gehandhaafd worden). Bij een formele invulling ontstaat de bevoegdheid om ook te handhaven op het maatwerkvoorschrift zelf – naast de bevoegdheid om te handhaven op een schending van de zorgplicht.

Het kan voorkomen dat derden van mening zijn dat een bepaalde lozing in strijd komt met de zorgplicht. De meest

43 ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3479, AB 2019/532, m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk, r.o. 12.5. Deze uitspraak is ook besproken in *M en R 2020/16* (m.nt. J.J.H. van Kempen) en *AB 2019/531* (m.nt. H.F.M.W. van Rijswijk). Zie *M en R 2020/16* voor een bespreking van de vraag of de ABRvS in dit geval terecht heeft geoordeeld dat met het vergunningbesluit de lozing van onbekende stoffen niet vergund is.

44 Zie voor een uitvoeriger bespreking J.J.H. van Kempen & W.J. Wensink, '50 jaar regulering van lozingen: volwassen of toch nog niet?', in: H.J.M. Havekes e.a. (red.), *Over waterkwaliteit gesproken... Verleden, heden en toekomst*, Den Haag: Koninklijk Nederlands Waternetwerk 2021, p. 260-273.

45 Aangenomen dat de invulling die het bevoegd gezag aan de zorgplicht geeft, juist is. Anders is immers geen sprake van een overtreding en dus geen sprake van een bevoegdheid tot handhaving.

voor de hand liggende juridische route is dan om een handhavingsverzoek in te dienen bij het bevoegd gezag. Uit twee uitspraken⁴⁶ uit de afgelopen periode lijkt echter te volgen dat ook een andere route openstaat. In beide gevallen had het bevoegd gezag ambtshalve maatwerkvoorschriften vastgesteld voor de lozing van bepaalde stoffen. Belanghebbers vroegen in beide gevallen echter om het vaststellen van *aanvullende* maatwerkvoorschriften, voor de lozing van andere stoffen. Blijkbaar waren zij van mening dat de lozing van deze stoffen in de mate waarin dat het geval zou zijn, in strijd zou zijn met de zorgplicht. In beide uitspraken oordeelt de rechter dat in deze gevallen het bevoegd gezag om inhoudelijke redenen niet de gevraagde maatwerkvoorschriften hoefde vast te stellen. De rechter overweegt niet dat het hier gaat om een ambtshalve bevoegdheid van het bevoegd gezag en dat bij vrees voor strijd met de zorgplicht maar een handhavingsverzoek moet worden ingediend.

Hoewel het beschouwen van het vaststellen van een maatwerkvoorschrift als een besluit op aanvraag niet per se problematisch is in het licht van de wetssystematiek, is het desalniettemin verrassend. In de praktijk werd er (impliciet) altijd van uitgegaan dat een dergelijk besluit tot het vaststellen van een maatwerkvoorschrift een ambtshalve besluit is. Blijkbaar behoort een ander gebruik van het instrument ook tot de mogelijkheden.

Dit kan wel bepaalde onbedoelde gevolgen hebben. Waar de wetgever zorgplichten juist bedoeld heeft om de regedruk te verminderen door niet meer alles in detail vast te leggen en het niet de bedoeling is dat het bevoegd gezag op grote schaal gebruik gaat maken van de bevoegdheid om alsnog met maatwerkvoorschriften alles dicht te regelen⁴⁷ kan op deze wijze de (bezorgde) burger het bevoegd gezag wel dwingen om weer op detailniveau regels te stellen.

3. Actief beheer

In de vorige paragrafen ging het om 'passief beheer': het reguleren van de handelingen van derden in het watersysteem. Bij 'actief beheer' gaat het daarentegen om ingrepen van de beheerder zelf in het watersysteem.

3.1 Actief beheer en de legger

Er worden twee categorieën van actief beheer onderscheiden: enerzijds is er onderhoud en herstel van waterstaatswerken, anderzijds is er aanleg of wijziging van waterstaatswerken. Dit verschil is relevant omdat voor aanleg/wijziging een andere besluitvormingsprocedure geldt dan voor beheer/onderhoud. Wanneer actief beheer de vorm van aanleg of wijziging krijgt, moet een projectplan worden vastgesteld op grond van art. 5.4 Wtw. Dit besluit vervangt voor dat project enkele vergunningplichten van hoofdstuk 6 Waterwet (art. 6.12 lid 2 sub c Wtb, zo nodig in samenhang met art. 6.13 lid 2 Wtb, of art. 6.14 lid 2

Wtb).⁴⁸ Voor beheer en onderhoud is in de regel geen formele besluitvorming nodig op grond van de Waterwet. Dergelijke handelingen door de beheerder zijn in de regel vrijgesteld van de regulering die op grond van de Waterwet of de Keur van een waterschap wel geldt voor handelingen van derden.

Voor de vraag of sprake is van onderhoud/herstel of van aanleg/wijziging is de legger die wordt vastgesteld op grond van art. 5.1 Wtw allesbepalend. In die legger is omschreven waaraan waterstaatswerken naar ligging, vorm, afmeting en constructie moeten voldoen. De legger beschrijft daarmee de 'normatieve toestand' van waterstaatswerken.

Van 'wijziging van een waterstaatswerk' is in algemene zin slechts sprake als de voorgenomen werken of werkzaamheden in of bij een waterstaatswerk tot gevolg hebben dat wijziging wordt gebracht in die normatieve toestand.⁴⁹ Nadat die normatieve toestand is gewijzigd, is het vervolgens de bedoeling dat die ook als zodanig verankerd wordt middels wijziging van de legger. Onderhouds- en herstelwerkzaamheden zijn daarentegen juist gericht op het in overeenstemming brengen/houden van een waterstaatswerk met de in de legger beschreven toestand; zij beogen niet die normatieve toestand te wijzigen. Dit betekent dat voor onderhoud en voor herstelwerkzaamheden geen projectplan behoeft te worden opgesteld.⁵⁰

Dit onderwerp was in de afgelopen periode ook weer aan de orde in jurisprudentie. Dat de legger bepalend is voor de vraag wat de normatieve toestand is en niet hoe een waterstaatswerk er in het verleden uitzag, werd nogmaals duidelijk overwogen in een uitspraak van de Rechtbank Den Haag.⁵¹ Het ging hierbij om een kering die in de loop van de geschiedenis veelvuldig is verlegd, waardoor een perceel achtereenvolgens buitendijks en binnendijks kwam te liggen. De rechtbank overweegt duidelijk dat het feit dat de ligging in het verleden anders is geweest en dat eiser daar de voorkeur aan geeft, niet kan afdoen aan het feit dat de legger in deze bepalend moet worden geacht.

Dat de legger bepalend is voor de vraag of sprake is van wijziging van een waterstaatswerk en daarvoor niet bepalend is of er feitelijk een wijziging plaatsheeft in de fysieke eigenschappen van een waterstaatswerk, werd nogmaals duidelijk overwogen in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.⁵² Hoewel omvangrijke werkzaamheden voorzien waren die een verandering zouden veroorzaken in de feitelijke toestand, past de nieuwe beoogde toestand binnen de normatieve toestand van de legger. Het ging hierbij onder meer om de ophoging van een talud. Nu de legger bepaalde dat taluds een hellingshoek

48 Als zich bij de aanleg of wijziging andere handelingen voordoen dan het 'gebruikmaken van een waterstaatswerk' (art. 6.5 aanhef en onder c Wtw), zoals onttrekkingen van grond- of oppervlaktewater, lozingen, of storten op zee, dan blijft voor die handelingen een vergunningplicht gelden. Voor vergunningplichten op grond van de waterschapskeur is in de regel in die keur bepaald dat die vergunningplichten ook niet aan de orde zijn bij aanleg of wijziging van een waterstaatswerk door of vanwege de beheerder.

49 Kamerstukken II 2006/07, 30818, 3, p. 103.

50 Kamerstukken II 2006/07, 30818, 3, p. 103.

51 Rb. Den Haag 23 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10631.

52 Rb. Rotterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBRot:2020:7255.

46 Rb. Gelderland 31 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:548; Rb. Gelderland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:773.

47 Vgl. nota van toelichting bij het Besluit activiteiten leefomgeving, Stb. 2018, 293, p. 536.

van ten minste 1:2 moesten hebben en de hellingshoek feitelijk werd aangepast naar 1:3, was dat in lijn met de normatieve toestand en daarmee geen wijziging van het waterstaatswerk. Dat het is toegestaan om in de legger te werken met dergelijke minimum-maten en niet altijd een exacte normatieve toestand bepaald hoeft te worden is overigens in de afgelopen periode ook nog in jurisprudentie bevestigd.⁵³

3.2 Projectplan

Zoals in de vorige paragraaf is aangegeven, is voor aanleg of wijziging van een waterstaatswerk door de beheerder een projectplan vereist op grond van art. 5.4 Wtw. In de vorige editie van deze actualiteitenrubriek⁵⁴ is uiteengezet wat het toetsingskader voor de vaststelling van een projectplan is: de aanleg/wijziging moet nodig zijn met het oog op de doelstellingen van het waterbeheer zoals vastgelegd in art. 2.1 Wtw, het projectplan mag niet onverenigbaar zijn met die doelstellingen, en nadelige gevolgen van de aanleg/wijziging moeten zoveel mogelijk vermeden worden. Hier is onder meer van belang dat een afweging plaatsvindt van de rechtstreeks bij het projectplan betrokken belangen (art. 3:4 Awb) en omdat bij deze afweging de beheerder beleidsvrijheid toekomt, toetst de rechter deze belangenafweging terughoudend door zich te beperken tot de vraag of de beheerder in redelijkheid heeft kunnen komen tot vaststelling van het projectplan.⁵⁵

Ook in de afgelopen periode is weer bevestigd⁵⁶ dat een projectplan alleen kan worden vastgesteld ten behoeve van een in art. 2.1 Wtw opgenomen doelstelling van het waterbeheer. Het ging in die zaak om een belanghebbende die het waterschap verzocht om een watergang aan te passen ten behoeve van zijn eigen belangen (hij wil zijn onderhoudslasten verminderen en een groter oppervlak als weidegebied kunnen gebruiken). Het waterschap vatte dit verzoek op als een verzoek tot vaststelling van een projectplan, aangezien voor deze aanpassing wijziging in de normatieve toestand van de watergang nodig zou zijn. De ABRvS overweegt dat een projectplan alleen kan worden vastgesteld als daarmee wordt beoogd een 'waterbelang' als genoemd in art. 2.1 Wtw te behartigen. De genoemde particuliere belangen vallen daarbuiten, waardoor het waterschap geen projectplan hoefde vast te stellen (het lijkt erop dat het waterschap volgens deze redenering ook geen projectplan kon vaststellen).

3.3 Noodoverloopgebieden

In de vorige editie van deze actualiteitenrubriek⁵⁷ werd melding gemaakt van een rechtbankuitspraak over een projectplan ter realisatie van een noodoverloopgebied.⁵⁸ Anders dan een bergingsgebied wordt een noodoverloopgebied enkel ingezet

in noodsituaties waarin zich wateroverlast voordoet waarop het watersysteem, gelet op de daarvoor geldende normen, niet hoeft te zijn berekend. Anders dan een in de legger opgenomen bergingsgebied maakt een noodoverloopgebied dan ook zelf geen onderdeel uit van het watersysteem en is geen waterstaatswerk. Voor aanleg van een dergelijk gebied is dan ook geen projectplan nodig, tenzij daarbij wijziging plaatsvindt in de normatieve toestand van andere waterstaatswerken, bijvoorbeeld een kering waarin een voorziening wordt aangebracht om het noodoverloopgebied in geval van nood te inunderen.

In de in de vorige editie van deze rubriek opgenomen bespreking van de hiervoor genoemde rechtbankuitspraak stond de vraag centraal of in een procedure over een dergelijk projectplan ten behoeve van een noodoverloopgebied, ook de ligging van dat gebied aan de orde kan komen. In de afgelopen periode heeft de ABRvS de lijn van de rechtbank hierover bevestigd dat dit onderwerp inderdaad *niet* in een dergelijke procedure aan de orde kan komen.⁵⁹ De ABRvS overweegt dat de vraag waar een noodoverloopgebied komt te liggen, een planologische aanwijzing is die plaatsvindt in het bestemmingsplan. Dat in een bestemmingsplan niet altijd de exacte grenzen van het gebied zijn aangeduid, vindt de ABRvS daarbij niet van belang. Waar bij de aanleg van een bergingsgebied een aanwijzing op de legger noodzakelijk is voor het bepalen van de exacte begrenzing van dat gebied (en dat bij een noodoverloopgebied niet aan de orde is, omdat dat geen waterstaatswerk is), is dat volgens de ABRvS met name noodzakelijk voor het vaststellen waar de duldplicht van toepassing is die geldt op grond van art. 5.26 Wtw. Aangezien bij een noodoverloopgebied een dergelijke duldplicht niet geldt, is ook een dermate precieze afbakening van het gebied volgens de ABRvS niet nodig.

4. Overig

Afgelopen jaar was het precies vijftig jaar geleden dat de Wet verontreiniging oppervlaktewateren in werking trad. Ook was het twintig jaar geleden dat de KRW in werking trad. Sindsdien heeft de ontwikkeling van het waterkwaliteitsrecht niet stilgestaan. Bovendien staan we aan de vooravond van een nieuwe significante verandering die het waterkwaliteitsrecht – en het waterrecht in brede zin – raakt: de komst van de Omgevingswet.

Deze ontwikkelingen waren aanleiding voor de publicatie van een overzichtsboek waarin diverse ontwikkelingen in het waterkwaliteitsbeheer en -recht aan de orde komen: H.J.M. Havekes e.a. (red.), *Over waterkwaliteit gesproken... Verleden, heden en toekomst*, Den Haag: Koninklijk Nederlands Waternetwerk 2021. Het boek plaatst historische en huidige ontwikkelingen in perspectief en geeft ook een inkijkje in de toekomst van het waterkwaliteitsrecht. Daarmee is het een aanrader voor iedereen die meer wil weten over dit onderwerp.

53 ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2770.

54 J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2018/2019', *M en R* 2019/103, p. 669-671.

55 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1311, r.o. 5.1.

56 ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3084, *AB* 2021/122, m.nt. F.A.G. Groothuijse, r.o. 5.3.

57 J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2018/2019', *M en R* 2019/103, p. 671-672.

58 Rb. Amsterdam 8 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:315 en ECLI:NL:RBAMS:2019:316.

59 ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:222.