

Asterix of Ide(e-)fix(e) in Limburg?

Marleen van Rijswick

1. Inleiding

Er zijn rechterlijke uitspraken waar je hart sneller van gaat kloppen.

Dat kan zijn omdat je van oordeel bent dat de uitspraak naar jouw oordeel anders had moeten zijn, omdat je vindt dat de rechters wel erg gemakkelijk over juridische vragen heen stappen, omdat een bepaalde vraag helemaal niet bij de bestuursrechter ter discussie gesteld kan worden omdat er geen sprake is van een appellabel besluit, maar soms ook omdat je blij bent met de beslissing die de rechters in kwestie genomen hebben. In de afgelopen periode is een aantal van zulke uitspraken verschenen.

De uitspraken betreffen een gevoelig punt in het hedendaagse omgevingsrecht, namelijk de betekenis van milieukwaliteitseisen, de eventuele doorwerking daarvan in de verdere besluitvorming en ten slotte de programmatische aanpak die volgens sommigen kan voorkomen dat Nederlands “op slot” gaat en die – ook naar mijn mening – zeer waardevol kan zijn bij de bescherming en verbetering van de milieukwaliteit. Om de programmatische aanpak succesvol te laten zijn moet er wel wat veranderen en daar is moed voor nodig, en veel toverdrank.

Met deze bijdrage borduur ik voort op een groot onderzoeksproject naar de betekenis en juiste inbedding van milieukwaliteitseisen dat in 2007 in Utrecht is gestart en dat bijna zijn voltooiing nadert. Aan dit onderzoek hebben veel collega's van onze onderzoeksgroep meegewerkt.¹ De start van dat onderzoek viel samen met een uitspraak die Peter deed over de doorwerking van de toenmalige luchtkwaliteitseisen in vele – ook ruimtelijke – besluiten. Het was ook de tijd dat de waterkwaliteitseisen op grond van de Kaderrichtlijn water (KRW) nog in het Nederlandse recht geïmplementeerd moesten worden én de tijd dat aan die kwaliteitseisen voldaan moet zijn – 2015 – nog eindeloos ver weg leek. Een goed moment dus om te onderzoeken of bij de omzetting van waterkwaliteitseisen in het Nederlandse recht geleerd kon worden van het ‘luchtkwaliteitsdossier’. De eerste uitspraken over dit onderwerp beginnen nu te komen, dus het is een goed moment om de balans op te maken.

Omdat mijn belangstelling vooral uitgaat naar het waterrecht, beperk ik mijn bijdrage hiertoe. Koeman behandelt in zijn bijdrage in deze bundel al de programmatische

¹ Vandaar dat in de literatuurverwijzingen veelvuldig publicaties van medewerkers van het Centrum voor Omgevingsrecht van de Universiteit Utrecht zijn opgenomen.

aanpak bij andere delen van het omgevingsrecht. Verder zijn er goede inhoudelijke redenen voor de keuze voor het waterrecht. Waterkwaliteitseisen bestaan al zeer lange tijd en er is al de nodige jurisprudentie over verschenen. Ook de programmatische aanpak is een oude bekende in het waterrecht en ook daar is al veel jurisprudentie over verschenen. Betrekkelijk nieuw is echter de KRW² en de implementatie daarvan in het Nederlandse recht, in het bijzonder in de Waterwet en het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009 (BKMW 2009).

Na een (zeer) korte uiteenzetting over de KRW, de status van waterkwaliteitseisen in de KRW en oudere waterrichtlijnen, de omzetting hiervan in het BKMW 2009 en het systeem van de programmatische aanpak in het waterrecht, zal ik drie uitspraken bespreken, die ogenschijnlijk weinig met elkaar te maken hebben, maar die de problemen die rijzen bij de programmatische aanpak goed illustreren.

In de eerste plaats de uitspraak over het Kierbesluit.³ Het Kierbesluit is een maatregel die de Nederlandse overheid neemt (of niet neemt, of toch weer wel neemt) om te voldoen aan internationale verplichtingen voor vismigratie en die deel uitmaakt van de programmatische aanpak in het waterbeheer, zoals die is uitgewerkt in stroomgebiedbeheerplannen en maatregelenprogramma's voor de Rijn en de Maas. De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat het Kierbesluit geen besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid Algemene wet bestuursrecht.⁴

In de tweede plaats een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 april 2011, waarin de Afdeling een oordeel geeft over maatwerkvoorschriften die zijn gesteld bij een lozing van koelwater door Nuon N.V. in de Nieuwe Meer, en waarbij de Afdeling – in tegenstelling tot vele milieurechtjuristen en mensen uit de praktijk van het waterbeheer in Europa – de vereisten van de KRW geheel duidelijk vindt, althans, zich niet geroepen voelt daar prejudiciële vragen over te stellen.⁵

Als laatste wil ik aandacht schenken aan de uitspraak waar mijn hart wat blijer van ging kloppen – een bijdrage aan een feestbundel moet tenslotte opgewekt eindigen. Het gaat om een uitspraak van de Rechtbank Maastricht van 13 juli 2011 over een watervergunning van de waterkrachtcentrale bij Borgharen, waarbij de programmatische aanpak ter discussie staat omdat onvoldoende verzekerd is dat ecologische waarden voldoende worden beschermd en op tijd kunnen worden bereikt.⁶ Ondanks dat deze drie uitspraken weinig met elkaar te maken lijken te hebben, bieden ze gezamenlijk inzicht in de kansen en bedreigingen van de programmatische aanpak in het waterbeheer in Nederland.

2 Nou ja, nieuw? Het jaar 2000 is ook alweer 11 jaar geleden.

3 Besluit Beheer Haringvlietsluizen, *Stcrt.* 9 juni 2000, 110. Zie ook Integraal Beleidsplan Haringvliet 1998 en later het Besluit tot wijziging Besluit Beheer Haringvlietsluizen van 24 december 2004, *Stcrt.* 31 december 2004, 254.

4 Rb. Rotterdam, 19 maart 2004, LJN:AO6259.

5 ABRvS 13 april 2011, nrs. 200907524/1/M1 en 200907580/1/M1, LJN: BQ1066.

6 Rb. Maastricht, Sector bestuursrecht, zaaknummers: AWB 10/1910 + AWB 10/1911 + AWB 10/1935.

2. De Kaderrichtlijn water

2.1 Een nieuwe benadering

De afgelopen tien jaar hebben het Europese en nationale waterrecht een belangrijke transitie doorgemaakt.⁷ Om die transitie te begrijpen, is een terugblik noodzakelijk. De KRW is namelijk een mengvorm met zowel elementen van de 'oude' watterrichtlijnen als van de nieuwe generatie Europese waterwetgeving. Men onderscheidt wel drie 'golven' van waterwetgeving.

De eerste golf loopt van 1975 tot 1980. De focus ligt op het voorkomen van verontreiniging met gevaarlijke stoffen en het garanderen van een minimumbeschermingsniveau voor de menselijke gezondheid en het milieu. De richtlijnen waren gebaseerd op economische grondslagen, omdat het primaire doel van de EG destijds het creëren van een interne markt was.

De tweede golf beslaat de periode 1980-2000, waarin milieubescherming een expliciete doelstelling in het EG-Verdrag is. Er werd regelgeving ontwikkeld voor bijzondere bronnen van verontreiniging, zoals stedelijk afvalwater, meststoffen en grote industriële installaties. De Nitraatrichtlijn maakt voor het eerst gebruik van vrijwillige instrumenten (goede landbouwpraktijken) en bevat geen kwaliteitsnormen. De IPPC-richtlijn kiest voor een geïntegreerde aanpak om afwenteling van het ene naar het andere milieucompartiment te voorkomen.

De belangrijkste instrumenten in deze oudere watterrichtlijnen zijn milieukwaliteitseisen, plannen, en vergunningen met verplichte emissiegrenswaarden. De juridische betekenis van deze instrumenten is dankzij jurisprudentie van het Hof van Justitie grotendeels duidelijk. Zo zijn milieukwaliteitsnormen door het Hof gekwalificeerd als resultaatsverplichtingen, waarin rechten worden toegekend aan burgers en zij dienen te worden vastgelegd in bindende wettelijke regels, waar burgers zich voor de rechter op moeten kunnen beroepen.⁸

De oudere watterrichtlijnen kenmerken zich door een *top-down* benadering: vaststelling van doelen, (bijna alle) kwaliteitseisen en instrumenten vindt plaats op Europees niveau. Dit biedt helderheid over de verplichtingen die op de lidstaten rusten, maar aandacht voor regionale verschillen ontbreekt. Het goede van deze generatie richtlijnen (met uitzondering van de Nitraatrichtlijn) is dat zij particulieren een minimumbeschermingsniveau bieden en instrumenten bevatten die door de lidstaten gemakkelijk te implementeren zijn. Desondanks verbeterde de waterkwaliteit onvoldoende. Dat kwam niet alleen door onwilligheid van lidstaten of de aard van de richtlijnen. Europese handhaving had niet echt prioriteit. Verder ontbraken belangrijke elementen, zoals een regeling voor grensoverschrijdende effecten van waterverontreiniging, ecologische bescherming, bescherming van het mariene milieu, het voorkomen van overstromingsrisico's, aandacht voor de zoetwatervoorziening,

⁷ H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswick, *Waterrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010.

⁸ Deze uitleg geldt ook voor kwaliteitseisen die worden vastgesteld op grond van de KRW: HvJ EG zaak C-32/05, Commissie versus Luxemburg.

de effecten van klimaatverandering en aandacht voor regionale verschillen binnen de Unie.

De derde golf wordt ingeluid met de KRW. De KRW brengt in de eerste plaats veranderingen voor bestuur en organisatie van het waterbeheer door de keuze voor het stroomgebied(district) als object van beheer. Er dient een bevoegd gezag per stroomgebied te zijn en er is sprake van gedeelde verantwoordelijkheden binnen een stroomgebied, zowel op nationaal als op internationaal niveau. Deze gedeelde verantwoordelijkheden spelen op Europees, nationaal en regionaal niveau, maar ook tussen verschillende beleidsterreinen.

De idee van gedeelde verantwoordelijkheden is bijzonder belangrijk en kan leiden tot veelgeprezen 'win-win' situaties, maar kan in de praktijk ook venijnig zijn. Dat is het geval indien de verantwoordelijkheidsverdeling niet duidelijk is.⁹ Het risico bestaat dat juist omdat iedereen verantwoordelijk is, niemand meer verantwoordelijkheid neemt.¹⁰ Het gevolg is dat het ambitieniveau formeel zo laag mogelijk wordt gehouden, in navolging van het regeringsbeleid dat de implementatie haalbaar en betaalbaar moet zijn.¹¹ Belangengroepen hebben de mogelijkheid te participeren in allerhande gremia, maar daar hebben in ieder geval de milieuorganisaties lang niet altijd de middelen voor. Partijen raakten gefrustreerd omdat publieke participatie niet bracht wat men ervan verwachtte.¹² Ook is de afstemming tussen water (KRW) en natuur (Habitatrichtlijn) problematisch, omdat waterbeheerders voor het bepalen van doelen en maatregelen afhankelijk zijn van de Minister van LNV (nu ELI) voor de aanwijzing van Natura 2000 gebieden en het vaststellen van de bijbehorende instandhoudingsdoelstellingen. Andere voorbeelden waar de gedeelde verantwoordelijkheden tot problemen leiden zijn grensoverschrijdende verontreiniging,¹³ verontreiniging op terreinen die volledig geharmoniseerd zijn en waar lidstaten geen bevoegdheden meer hebben (product, landbouw- en visserijbeleid),¹⁴ verontreinigingsbronnen die

-
- 9 M.N. Boeve en L. van Middelkoop (red.), *Het waterrecht in perspectief. Actuele ontwikkelingen en doorwerking naar het milieurecht en het ruimtelijke-ordeningsrecht*, Europa Law Publishing 2008.
- 10 *Leertafel Leven met Water 2010*, Governance-analyse van het Kierbesluit, gepresenteerd door de leertafel Leven met Water op het slotcongres van Leven met Water op 14 januari 2010. Voor een positief voorbeeld zie de governance-analyse van het duinversterkingsproject Noordwijk, gepresenteerd door de leertafel Leven met Water op het congres Delta's in time of Climate Change op 29 september 2010 in Rotterdam, beiden te vinden op www.centrumvoorumgevingsrecht.nl.
- 11 A.A.H. Smit, C. Dieperink, P. Driessen en H.F.M.W. van Rijswijk, 'Een onmogelijke opgave? Een onderzoek naar de wijze waarop waterschappen invulling geven aan de wateropgaven en de spanningen die zich daarbij voordoen', *Kaderrichtlijn water en Natura 2000*, Universiteit Utrecht, onderzoeksrapport, oktober 2008, www.centrumvoorumgevingsrecht.nl.
- 12 J. Behagel, 'Qua Vadis? Hoe gaan we verder met publieke participatie?' in: S. van der Arend, L. Santbergen, M. Wiering en J. Behagel (red.), *Tien jaar ervaring met de Europese Kaderrichtlijn water, Ambities en Ambivalenties*, Eburon 2010, p. 103-112.
- 13 H.K. Gilissen, J.J.H. van Kempen and H.F.M.W. van Rijswijk *The need for international and regional transboundary cooperation in European river basin management as a result of a governance approach in water law*, ERA Forum, Springer 2010/1; H.K. Gilissen, *Internationale en regionaal grensoverschrijdende samenwerking in het waterbeheer*, Den Haag: SDU 2009; Adviescommissie water en Commissie van Advies inzake de waterstaatswetgeving, *Bruggen bouwen, Nederlands waterbeheer in Europees, grensoverschrijdend perspectief*, Den Haag 2007.
- 14 A. M. Keessen, J.J.H. van Kempen and H.F.M.W. van Rijswijk, 'Transboundary river basin management in Europe, Legal Instruments to comply with European water management obligations in case of transboundary water pollution and floods', *Utrecht Law Review* 2008, p. 35-56.

behoren tot de competentie van andere beleidsterreinen, zoals verkeer en vervoer, mest, toelating van bestrijdingsmiddelen,¹⁵ en besluitvorming in het ruimtelijk spoor.¹⁶ Deze afhankelijkheid kan de uitvoering van het waterbeleid stroperig en minder daadkrachtig maken.

Met de KRW is de aandacht voor een duurzaam beheer van water als natuurlijke bron enorm toegenomen. Het is duidelijk geworden dat alleen bescherming tegen verontreiniging onvoldoende is om te zorgen voor gezonde en veerkrachtige ecosystemen. Dat is een grote vooruitgang, alhoewel de nadruk nu wellicht wel erg sterk op ecologie ligt en de bescherming van de drinkwaterbronnen er wat bij inschiet.¹⁷ Deze aandacht voor een duurzaam watergebruik en de bescherming van waterbronnen ziet men met name in de algemene doelstellingen uit artikel 1 van de KRW terug, maar veel minder in de milieudoelstellingen van artikel 4, welk artikel wordt beschouwd als de kern van de KRW en waaraan de meeste instrumenten zijn gerelateerd.¹⁸

2.2 Doelen en kwaliteitsnormen

Doelen en normen worden door de EU en de lidstaten gezamenlijk of door de lidstaten individueel vastgesteld. Daardoor kan beter aangesloten worden bij lidstaatspecifieke omstandigheden en ambities. In Nederland is er voor gekozen pragmatische doelen vast te stellen voor de ecologische waterkwaliteit, zodanig dat verwacht kon worden dat deze doelen (op lange termijn) ook gehaald kunnen worden. Waterkwaliteitseisen zijn geformuleerd als richtwaarden en gelden alleen voor aangewezen waterlichamen. De KRW hanteert in artikel 2 lid 35 echter de definitie dat

-
- 15 A. M. Keessen, H.A.C. Runhaar, O.F. Schoumans, H.F.M.W. van Rijswijk, P. P. J. Driessen, O. Oenema, K.B. Zwart, 'The need for flexibility and differentiation in the protection of vulnerable areas in EU environmental law: the implementation of the Nitrates Directive in the Netherlands', *Journal for European Environmental and Planning Law*, JEEPL 8.2 (2011), p. 162-185; Andrea Keessen, Annelies Freriks, Marleen van Rijswijk, 'The Clash of the Titans: The Relation between the European Water and Medicines Legislation', *CMLRev* (5) 2010, pp. 1429-1454.; A. M. Keessen, J.J.H. van Kempen, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe en Ch.W. Backes, 'European River basin districts: are they swimming in the same implementation pool? Different approaches to the transposition of the Water Framework Directive', *Journal of Environmental Law* 2010, Volume 22, Number 2, p. 197-222; H.F.M.W. van Rijswijk en A. M. Keessen, 'Drinkwaterwinning in een Natura 2000 gebied, Het juridisch regime voor beschermde gebieden', *Milieu en Recht* 2008, p. 557-566; H.F.M.W. van Rijswijk en E.M. Vogelesang-Stoute, 'De betekenis van de stroomgebiedbenadering uit de Kaderrichtlijn water voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen', *Milieu en Recht* 2008, p. 2-11.
- 16 F.A.G. Groothuijse, *Water weren*, Instituut voor Bouwrecht 2009; H.K. Gilissen en H.F.M.W. van Rijswijk, *Water en Ruimte, De bescherming van watersysteembelangen in het ruimtelijk spoor*, Berghauser Pont Publishers 2009.
- 17 H.F.M.W. van Rijswijk en S. Wuijts, 'Drinkwateraspecten en de Kaderrichtlijn water, Criteria voor de bescherming van drinkwaterbronnen en kwaliteitsdoelstellingen', *RIVM-rapport 734301028/2007*, 2007.
- 18 A. M. Keessen en H.F.M.W. van Rijswijk, 'Klimaatverandering en de bescherming van schaars water: regulering van watergebruik bij watertekorten in het Europese en Nederlandse waterrecht', in: N. Teesing (red.), *Juridische aspecten van Klimaatverandering*, Vereniging voor Milieurecht 2009/1, BJU 2009, p. 79-96.

“een milieukwaliteitsnorm de concentratie van een bepaalde verontreinigende stof (...) is die (...) niet mag worden overschreden”.

De KRW biedt op dit punt niets nieuws: milieukwaliteitsnormen waren al resultaatsverplichtingen en de KRW biedt zelfs meer uitzonderingsbepalingen dan voorheen, óók voor de situatie dat de ecologische maatregelen niet het gewenste resultaat hebben.¹⁹

Uit de regeringsnota ‘Pragmatische implementatie van de KRW’ blijkt dat Nederland kiest voor een maximaal gebruik van termijnverlengingen, met het risico dat als zich onverwachte omstandigheden voordoen (zoals de huidige financiële en economische crisis), geen extra termijnverlengingen meer mogelijk zijn. Er is ook veel discussie geweest over de vraag of de voorgeschreven milieukwaliteit in de milieukwaliteitseisen zelf gezien moeten worden als een resultaatsverplichting of dat het te bereiken resultaat alleen betrekking heeft op de te nemen maatregelen, zoals die in het maatregelenprogramma moeten worden opgenomen (de programmatische aanpak).

De doorwerking naar andere beleidsterreinen – waar veel oorzaken van waterproblemen liggen – is in het Nederlandse recht zeer marginaal geregeld.²⁰ Er is gekozen voor een koppeling van normen aan (niet bindende) waterplannen, overigens op uitdrukkelijk verzoek van de Tweede Kamer. Andere beleidsterreinen kunnen daarmee lastig gedwongen worden de noodzakelijke maatregelen op hun terrein te nemen, met als gevolg dat de lasten daarmee grotendeels bij de waterbeheerder en de individuele vergunninghouders komen te liggen. De motie van der Vlies garandeert dat de implementatie van de KRW de landbouw geen extra geld kost, waardoor de benodigde maatregelen en de bijbehorende kosten op anderen afgewenteld zullen moeten worden, wil Nederland op tijd de vereiste waterkwaliteit bereiken. Ook de Raad van State wees in haar advies bij het BKMW 2009 al op dit probleem.

Men ziet dat Nederland wat betreft de formele normstelling en het gebruik van de uitzonderingsbepalingen afwijkt van andere lidstaten. In de praktijk gaat men echter inmiddels wel uit van resultaatsverplichtingen. Nederland investeert in vergelijking met het buitenland veel geld in het waterbeheer, zeker als men bedenkt dat aan veel verplichtingen uit oudere richtlijnen al wordt voldaan. Andere lidstaten nemen veelal KRW-maatregelen die op grond van oudere richtlijnen al lang geleden genomen hadden moeten worden.²¹

19 H.F.M.W. van Rijswijk, ‘De betekenis en vormgeving van waterkwaliteitseisen’, *Milieu en Recht* 2007, p. 394-406.

20 C. Dieperink, T. Raadgever, P. P. J. Driessen, A. A.H. Smit, H.F.M.W. van Rijswijk, ‘Ecological ambitions and complications in the regional implementation of the Water Framework Directive in the Netherlands’, *Water Policy* 2011 (accepted); A.A.H. Smit, C. Dieperink, P. P. J. Driessen en H.F. M.W. van Rijswijk, *Een onmogelijke opgave? Een onderzoek naar de wijze waarop waterschappen invulling geven aan de wateropgaven en de spanningen die zich daarbij voordoen*, Kaderrichtlijn water en Natura 2000, Universiteit Utrecht, onderzoeksrapport, oktober 2008, www.centrum-voorumgevingsrecht.nl.

21 A. M. Keessen, J.J.H. van Kempen, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe en Ch.W. Backes, ‘European River basin districts: are they swimming in the same implementation pool? Different approaches to the transposition of the Water Framework Directive’, *Journal of Environmental Law* 2010, Volume 22, Number 2, p. 197-222; Y. Uitenboogaart, J.H.J. van Kempen, M. Wiering en H.F.M.W. van Rijswijk (eds.), *Dealing with complexity and policy discretion, the implementation of the Water Framework directive in five Member States*, SDU 2009.

Ondanks bovengenoemde schoonheidsfouten in de implementatie is Nederland inmiddels op de goede weg. Na enige jaren tegensputteren ging de knop om en is de implementatie en uitvoering ter hand genomen. Er kwam meer duidelijkheid over de betekenis van de KRW en de kansen om flexibeler te werken. Men vond kortom manieren om te gaan met onzekerheden.²²

2.3 De programmatische aanpak

De rol van plannen en programma's is altijd prominent aanwezig geweest in de waterrichtlijnen, maar verandert desondanks in de nieuwe generatie richtlijnen. De KRW biedt dienaangaande een mengvorm van klassieke en modernere Europese regelgeving. In de recentere Richtlijn overstromingsrisicobeheer (2007/60) zijn risicobeoordelingen en plannen de enig overgebleven instrumenten. Er wordt geen Europees beschermingsniveau meer geboden en er zijn geen veiligheidsnormen.

De groeiende betekenis van plannen kan worden verklaard door het belang dat lidstaten hechten aan het subsidiariteitsbeginsel, waardoor er alleen nog substantiële maatregelen op Europees niveau worden genomen als dat strikt noodzakelijk is. Andere redenen zijn de grote verschillen tussen de lidstaten, zowel geografisch als economisch (een Europa van twee snelheden), de groeiende weerzin van de bevolking tegen Europese inmenging en de impact van het milieu- en waterrecht op ruimtelijke ontwikkelingsmogelijkheden.

Hoe werkt nu de programmatische aanpak in het waterbeheer?

Na een beschrijving van de huidige situatie in de stroomgebieden, en het in kaart brengen van de aanwezige invloeden door menselijk handelen op het watersysteem moet door de lidstaten worden onderzocht welke maatregelen nodig zijn om op tijd aan de doelstellingen en normen te voldoen en deze maatregelen moeten worden opgenomen in de maatregelenprogramma's. In het nationale waterplan worden samenvattingen van deze maatregelen opgenomen en in de beheerplannen van het rijk en de waterschappen, alsmede in de provinciale c.q. regionale waterplannen worden de maatregelen gedetailleerder beschreven. Opgenomen maatregelen dienen op grond van het Waterbesluit binnen drie jaar operationeel te zijn, maar net als bij het Nationaal Programma Luchtkwaliteit en de programmatische Aanpak Stikstof is onduidelijk of derden uitvoering van maatregelen kunnen afdwingen.²³ Ter uitvoering van het maatregelenprogramma worden onder meer natuurvriendelijke oevers en

22 G.T. Raadgever, C. Dieperink, P. P. J. Driessen, A.A.H. Smit, H.F.M.W. van Rijswijk, *Uncertainty management strategies: Lessons from the regional implementation of the Water Framework Directive in the Netherlands*, Environ. Sci. Policy (2010), doi:10.1016/j.envsci.2010.11.001; G.T. Raadgever, A.A.H. Smit, C. Dieperink, P. P. J. Driessen en H.F.M.W. van Rijswijk, *Omgaan met onzekerheden bij de regionale implementatie van de Kaderrichtlijn Water*, onderzoeksrapport Aquaterra Nederland, Leven met Water projectnr. 1027, Centrum voor Omgevingsrecht 2009, ISBN 978-9078325-16-1, zie www.centrumvooromgevingsrecht.nl.

23 Zie de bijdrage van Koeman.

natte ecologische verbindingzones aangelegd, waarmee regelmatig wordt getracht natuurdoelen en waterdoelen te combineren.²⁴ Een belangrijk element in het (internationale) stroomgebiedbeheerplan en maatregelenprogramma voor de Maas is het verbeteren van de vismigratie, met het hiervoor reeds genoemde Kierbesluit als belangrijke maatregel. Ook in andere delen van het Maasstroomgebied worden maatregelen ter bevordering van vismigratie genomen en dienen nieuwe ontwikkelingen getoetst te worden op de effecten voor vissen.

Voor grensoverschrijdende stroomgebieden worden internationale plannen en programma's voor het hele stroomgebied gemaakt. In de plannen wordt ook aangegeven van welke uitzonderingsmogelijkheden een lidstaat of beheerder gebruik gaat maken, omdat niet op tijd of niet volledig aan de doelstellingen voldaan kan worden. Het gebruik van uitzonderingen mag het uiteindelijke bereiken van de doelstellingen echter niet in gevaar brengen.

Er gelden eveneens monitoringverplichtingen, waarmee (onder andere) in de gaten gehouden kan worden of de voorgenomen maatregelen het gewenste resultaat hebben. Is dat niet het geval dan dienen aanvullende maatregelen te worden genomen. Dat kan bij de zesjaarlijkse plan- en programmaherzieningen, maar soms zal dat ook tussentijds moeten gebeuren.

In plannen en programma's worden de belangrijke verdelingsbeslissingen over de watergebruiksruimte en de watervervuilingsruimte neergelegd en wordt beslist of bestaand gebruik wordt beschermd (de vervuiler betaald) of dat er ruimte wordt gemaakt voor nieuwe en milieuvriendelijkere oplossingen ten koste van bestaand gebruik (de vervuiler betaalt).²⁵ Voor burgers en bedrijven staat daar echter in Nederland geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen open. Uit recente jurisprudentie van de Rechtbank Maastricht (zie hierna) blijkt echter dat wel indirect getoetst wordt aan de plannen en maatregelenprogramma's en de achterliggende kwaliteitseisen. De Europese Commissie, het Hof van Justitie en de Nederlandse civiele rechter hebben bij de nieuwe programmatische benadering echter niet veel houvast wanneer zij dienen te beoordelen of een adequaat beschermingsniveau wordt gegarandeerd en of de lusten en lasten billijk worden verdeeld (als de rechter dat al zou willen of mogen beoordelen...).

24 Het is echter niet altijd duidelijk wat de effecten op de ecologie zullen zijn en of er voor het verbeteren van de ecologische kwaliteit misschien wellicht andere of aanvullende maatregelen nodig zijn. B. van der Wal en G. Waajen, 'De Kaderrichtlijn water, Het vermeende walhalla voor de aquatische ecologie?', in: S. van der Arend, L. Santbergen, M. Wiering en J. Behagel (red.), *Tien jaar ervaring met de Europese Kaderrichtlijn water, Ambities en Ambivalenties*, Eburon 2010, p. 7-18.

25 Rijswick, H.F.M.W. van, 'De verdeling van schaarse waterrechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (eds.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 133-158; H.F.M.W. van Rijswick, *Bewegend water, over de verdeling van waterrechten en waterplichten in het Europese en nationale waterrecht*, inaugurele rede, Universiteit Utrecht, Europa Law Publishing 2008.

3. Van theorie naar praktijk

3.1 Het Kierbesluit

Het Kierbesluit (het Besluit Beheer Haringvlietsluizen)²⁶ dient ter uitvoering van verschillende publieke belangen.

Het gaat daarbij in de eerste plaats om de veiligheid en bewoonbaarheid van het land. Het Kierbesluit maakt deel uit van de uitvoering van de Deltawerken, waarbij uitvoering wordt gegeven aan de publieke taak van de bescherming tegen overstromingen, in Nederland al vanaf de eerste grondwet gelijk gesteld met bijvoorbeeld de defensie van het land tegen invallen van vreemde mogendheden.²⁷ Bescherming tegen overstromingen (de waterstaat) maakt tegenwoordig deel uit van een sociaal grondrecht (artikel 21 van de Grondwet), namelijk de zorg van de overheid voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. De waterstaatszorg lijkt daarmee gedegradeerd tot een van de vele zorgplichten die de overheid heeft, maar de waterstaat in de zin van bescherming tegen overstromingen en de zorg voor de bewoonbaarheid van het land heeft nog steeds – terecht – een bijzondere plaats in het Nederlandse recht.²⁸

De tweede publieke taak met een bijzondere status – zowel op grond van het internationale, Europese als nationale recht – betreft de zorg voor de drinkwatervoorziening. Het recht op drinkwater als mensenrecht is zowel erkend in het internationale als het nationale recht. Op Europees niveau staat het belang van de drinkwatervoorziening op nummer 1 als er een afweging van belangen voor de zoetwatervoorziening moet plaatsvinden. In de nieuwe Drinkwaterwet wordt de zorg voor drinkwater als een zorg ‘van hoger openbaar belang’ dan andere belangen gezien. Nederland maakt hierop een uitzondering: de veiligheid tegen overstromingen staat gezien de ligging van onze Delta altijd op nummer 1, al was het maar om dijkverschuivingen zoals bij Wilnis te voorkomen. Men ziet in de ontwikkelingen rond het Kierbesluit dat de zorg voor de drinkwatervoorziening aanvankelijk te weinig aandacht heeft gekregen, maar in de loop van het proces is zijn er oplossingen gezocht om de drinkwatervoorziening veilig te stellen, door het verplaatsen van innamepunten.

26 Besluit Beheer Haringvlietsluizen, *Stcrt.* 9 juni 2000, 110. Zie ook Integraal Beleidsplan Haringvliet 1998 en later het Besluit tot wijziging Besluit Beheer Haringvlietsluizen van 24 december 2004, *Stcrt.* 31 december 2004, 254.

27 De Ru noemt de waterstaatszorg in Nederland zelfs een primaire staatsdoel dat rechtstreeks met de staatsstructuur verbonden is: H.J. de Ru, *Staat, markt en recht. De gevolgen van privatisering voor het publiekrecht*, WEJ Tjeenk Willink 1987, aangehaald in: Sap, Vermeulen en Zoethout, *De publieke taak*, Kluwer 2003.

28 Zo wordt de bescherming tegen overstromingen algemeen erkend als een legitieme uitzondering voor het strenge natuurbeschermingsregime uit het Europese en nationale recht. Vandaar ook dat ondanks dat men wist dat er schadelijke gevolgen voor de ecologie zouden zien, de Haringvlietsluizen oorspronkelijk zo gebouwd en ook tegenwoordig zo beheerd konden worden dat de bescherming tegen overstromingen voorrang kreeg op nadelige effecten voor de ecologie. Ook onder het regime van de Kaderrichtlijn water is deze bescherming een legitieme uitzondering op het vereiste dat een ‘goede toestand’ van alle wateren bereikt moet worden, hetgeen eveneens geldt voor de Kaderrichtlijn mariene strategie.

De overige publieke belangen die met het besluit worden gediend – te weten de ecologische bescherming van het watersysteem (inclusief mogelijkheden voor vismigratie), milieubescherming (waterbodemsanering) en verziltingsbestrijding ten behoeve van economische activiteiten (lees de landbouw) staan op een ‘lager’ niveau. Toch heeft de bescherming van de ecologie een bijzondere status, omdat deze bescherming en verbetering een verplichting is die voortvloeit uit het Europese recht – in het bijzonder de Kaderrichtlijn water en de Kaderrichtlijn mariene strategie. Het Kierbesluit is dan ook een van de maatregelen die is opgenomen in de internationale stroomgebiedbeheerplannen voor de Maas en de Rijn en in het Nationale waterplan en het beheerplan rijkswateren. Een totaalpakket aan maatregelen ter bevordering van de vismigratie in het hele stroomgebied moet er uiteindelijk voor zorgen dat de ecologische doelen worden bereikt.

De publieke taken die met het Kierbesluit worden behartigd worden nader uitgewerkt in Europese en nationale wetgeving, die zowel de bevoegdheden als de instrumenten geeft om deze belangen te beschermen. Ten tijden van het eerste Kierbesluit betrof dat voor de waterstaatkundige aspecten in het bijzonder nationale wetgeving, namelijk de Wet op de waterhuishouding, de Uitvoeringsregeling waterhuishouding, de Waterstaatswet 1900 en het Organiek Besluit Rijkswaterstaat. Voor de milieugevolgen was Europeesrechtelijk gezien de Mer-richtlijn relevant en voor bijzondere gebieden de natuurbeschermingsrichtlijnen (Vogel- en Habitatrichtlijn). Voorts waren de Wet milieubeheer,²⁹ en de toenmalige Wet op de Ruimtelijke Ordening (voor de ruimtelijke inpassing) van belang.

In de afgelopen decennia jaren groeide echter het inzicht dat er naast veiligheid ook meer aandacht voor de ecologische waarden in het gebied nodig was. Dat kan worden gezien als een verbetering en verfijning van de zorg voor de veiligheid zoals die door middel van de Deltawerken wordt vormgegeven. Deze integrale benadering is al geruime tijd – sinds 1985 – gangbaar in het Nederlandse waterbeleid. Ook uit internationale verplichtingen vloeide voort dat ecologische bescherming geboden was, onder meer op basis van de Rijnverdragen, de Beneluxverordening en Europese milieuregeling zoals de Aalverordening en de Kaderrichtlijn water.

Aan de besluitvorming worden verschillende juridische eisen gesteld. Zo dient een besluit zorgvuldig voorbereid te worden, waarbij alle betrokken belangen moeten worden meegewogen. Bij het Kierbesluit is van belang dat landbouw, drinkwatervoorziening, recreatie en scheepvaart gebaat zijn bij een zoet Haringvliet, als ook bij een kunstmatig geregelde verhoogde waterstand en een minimale verzilting van de Hollandse IJssel. Die belangen komen onder druk te staan door het Kierbesluit. Uit het besluit blijkt echter niet op welke wijze rekening is gehouden met deze belangen. Bij het Kierbesluit gaat het om grote belangen voor de verschillende betrokken partijen/De landbouw kreeg na de uitvoering van de Deltawerken de mogelijkheid haar activiteiten uit te breiden door de verbeterde grondsituatie en de verzoeting van de delta aldaar. Het is logisch en terecht dat iedere partij opkomt voor zijn ‘eigen belangen’. Daarbij geldt voor de overheid dat die ‘eigen belangen’ een samenstel

²⁹ MER Beheer Haringvlietsluizen 1998.

van verschillende algemene, of publieke belangen zijn, die door democratisch gekozen organen worden behartigd.³⁰

Voorts dient de voorgestelde maatregel proportioneel te zijn om het beoogde doel te bereiken. Er lijkt echter niet voldoende onderzocht te zijn welke inbreuken het Kierbesluit zou maken op gevestigde belangen en bestaande gebruiks- en eigendomsrechten. Tegelijkertijd lijken de verschillende betrokkenen er van uit gaan dat er of geen enkele verandering geoorloofd is, of dat voor iedere verandering volledige schadeloosstelling aan de orde is. Men lijkt uit te gaan van een onbeperkt 'recht op zoet water', en de verplichting voor de overheid (rijk en waterschappen) om daar zorg voor te dragen. Wanneer gesproken wordt over adaptatie aan klimaatverandering is het maar zeer de vraag of het uitgangspunt moet zijn dat alles moet blijven zoals het was.

Er waren ten tijden van het nemen van het eerste Kierbesluit nog geen concrete ecologische normen, waar rekening mee moest worden gehouden. In een periode van verandering – zoals hier het geval is, nu gekozen worden voor het meewegen van ecologische belangen in de waterveiligheid – valt er meer weerstand tegen besluiten te verwachten. Zeker bij het Kierbesluit, met verantwoordelijkheden voor verschillende overheidsorganen, meerdere doelstellingen, onduidelijkheid over de uiteindelijke effecten van het open zetten van de Haringvlietsluizen en zonder uitgekristalliseerde normen die houvast konden bieden, was de onzekerheid groot. De onzekerheden waar men mee te maken had, versterkten de weerstand en leidden tot trage en stroperige besluitvorming. Toch werd hier wel rekening mee gehouden, bijvoorbeeld door belanghebbenden gedurende het proces betrokken te houden bij de besluitvorming en door het inbouwen van flexibiliteitinstrumenten in het besluit zoals monitoringverplichtingen en de mogelijkheid af te wijken van het vastgestelde sluisbeheer indien dit noodzakelijk zou blijken.

Een probleem bij het Kierbesluit betreft het gebrek aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De rechter heeft namelijk bepaald dat het Kierbesluit geen besluit is waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.³¹ Het besluit is namelijk niet gericht op rechtsgevolg. Het is in juridische termen beter te spreken van een voornemen om een feitelijke handeling te verrichten. Er is immers niet alleen geen appellabel besluit genomen, er werd zelfs eigenlijk niet eens een definitieve beslissing genomen over wat men wil gaan doen. Dat wordt namelijk afhankelijk gesteld van onder meer de Rijnafoer bij Lobith en de toekomstige meetresultaten van het meetnet. Er is zagezegd nog geen 'knoop doorgemaakt.' Daardoor blijven alle opties tot

30 In het bijzonder voor het beheer van de waterschappen gold dat de belangenvertegenwoordiging in de besturen een grote invloed had en heeft op de besluitvorming door de waterschappen. Men kan dat kwalificeren als een specifieke vorm van publieke participatie en betrokkenheid bij besluitvorming door middel van democratisch gekozen besturen. Bij het Kierbesluit verklaart dat waarom juist de waterschappen zich sterk maakten voor verziltingsbestrijding en voldoende zoet water voor de landbouw.

31 Een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid Algemene wet bestuursrecht. Rb. Rotterdam 19 maart 2004, LJN:AO6259.

op de dag van vandaag ter discussie staan. Dat is niet alleen maar negatief: zo kreeg aanvankelijk bijvoorbeeld het belang van de drinkwaterbescherming onvoldoende aandacht en dat is gedurende het proces verbeterd. Het betekent echter ook dat op alle niveaus – nationaal, regionaal en lokaal – al meer dan 10 jaar wordt geprobeerd om het besluit te veranderen of zelfs niet uit te voeren.

In de afgesloten bestuursovereenkomst van 14 december 2004 (gesloten tussen de ministers van V en W, LNV en GS van Zuid-Holland) is afgesproken dat de gang naar de burgerlijke rechter is afgesloten indien zich geschillen voordoen. In plaats daarvan wordt gekozen voor *alternatieve geschillenbeslechting* door middel van een bindend advies door gezamenlijk door partijen aan te wijzen adviseurs. Bij die overeenkomst zijn echter gemeenten en waterschappen geen partij, terwijl blijkt dat bij hen juist ernstige bezwaren bestaan. De afspraak neemt ook niet weg dat derden bij de noodzakelijke uitvoeringsbesluiten de mogelijkheid kunnen benutten hun zaak aan de bestuursrechter voor te leggen.

Tijdens de laatste kabinetsformatie (kabinet Rutte) is besloten de Haringvlietsluizen toch niet open te zetten. Hiertegen kwamen felle protesten van vele lokale, regionale en buitenlandse overheden stroomopwaarts. Niet alleen waren in het buitenland al grote investeringen gedaan om ook daar de vismigratie te verbeteren, ook voor het Nederlandse waterbeheer zou het annuleren van een belangrijke maatregel uit het maatregelenprogramma leiden tot problemen bij de uitvoering van andere projecten stroomopwaarts. Binnen de programmatische aanpak is de verbetering van de vismigratie een zeer wezenlijk onderdeel om aan de ecologische doelstellingen uit de Kaderrichtlijn water te voldoen. Een bewijs hiervoor is te vinden in de uitspraak over de waterkrachtcentrale bij Borgharen, die hierna besproken zal worden.

Ook de Europese Commissie en de Eerste Kamer lieten van zich horen en de Commissie van Advies inzake de waterstaatswetgeving wees in een advies op de grote juridische risico's die kleven aan intrekking van het Kierbesluit.³²

De grensoverschrijdende stroomgebiedbenadering met zijn programmatische aanpak is immers de kern van het Europese waterbeheer en voor het welslagen daarvan is een eerste vereiste dat gemaakte afspraken over te nemen maatregelen ook daadwerkelijk nagekomen worden.

De belangentegenstellingen die speelden bij het Kierbesluit hebben geleid tot enorme vertragingen in de uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit het internationale, het Europese en het nationale recht. Omdat er vooralsnog nog geen uitvoeringsbesluit is genomen dat aan de rechter kon worden voorgelegd, moesten problemen worden opgelost in de politieke arena. Door alsnog te besluiten het Kierbesluit uit te voeren kan worden voorkomen dat de Europese Commissie de zaak aan het Hof van Justitie voorlegt. Door het ontbreken van bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden tegen de normen (ecologische doelstellingen) en tegen de plannen en programma's (het Nationaal Waterplan en het Beheerplan rijkswateren) rest voor belanghebbenden echter nog steeds alleen de mogelijkheid

32 Commissie van Advies inzake de Waterstaatswetgeving, Europese en internationaalrechtelijke aspecten van de eventuele intrekking van het Kierbesluit, CAW-advies 2011/039, Den Haag 20 april 2011, zie www.cawsw.nl.

het Kierbesluit ter discussie te stellen wanneer verdere uitvoeringsbesluiten worden genomen. Elf jaar na het nemen van het Kierbesluit zal dan vermoedelijk het bezwaar van juridisering van beleidsprocessen naar voren worden gebracht en gewezen worden op de vertragingen die dit oplevert.

Niet helemaal terecht lijkt me, gezien de hiervoor beschreven voorgeschiedenis.

3.2 Koelwaterlozingen in de Nieuwe Meer

Nuon heeft een koude krachtcentrale in Amsterdam en loost koelwater op de Nieuwe Meer. Voor deze koelwaterlozing gold voorheen een Wvo-vergunning maar momenteel zijn voorschriften en maatwerkvoorschriften voor de lozing gesteld op grond van artikel 3.6 lid 4 Activiteitenbesluit, dat inmiddels deels is gebaseerd op de Waterwet. Tegen het besluit waarin de maatwerkvoorschriften zijn gesteld gaan zowel Nuon als twee verenigingen in beroep. De verenigingen betogen dat de maatwerkvoorschriften onvoldoende zijn om de waterkwaliteit van de Nieuwe Meer voldoende te beschermen en stellen dat de Nieuwe Meer bijzondere bescherming behoeft. De voorgeschreven maatwerkvoorschriften zijn onvoldoende om de huidige blauwalgenproblematiek, waardoor er al vier jaar een zwemverbod geldt, te verminderen. Deze beroepsgrond wordt verworpen omdat de blauwalgenproblematiek een gevolg is van bestaande verontreinigingen en niet zal verergeren als gevolg van de opwarming die plaats vindt door de koelwaterlozing.

Van belang is voorts dat met de inwerkingtreding van het BKMW 2009 de norm voor de maximale temperatuur is verlaagd van 28 naar 25 graden Celsius. In bepaalde maanden zal de lozing een toename van de watertemperatuur van 0,35 graden tot gevolg hebben, met name in de oeverzone. Uit onderzoek blijkt dat een opwarming van 1 graad Celsius in ieder geval leidt tot onaanvaardbare effecten op de ecologische waterkwaliteit. De Afdeling acht de toegestane temperatuur echter geen *onaanvaardbare* opwarming (r.o. 2.8.5), althans voor wat betreft de beoordeling van de toegestane warmtevracht (onderdeel van de emissiebenadering).

Daar waar de uitspraak gaat over de gehanteerde beoordelingssystematiek voor de effecten van de koelwaterlozing op de waterkwaliteit (immissiebenadering, de zogenaamde emissie-immissietoets), oordeelt de Afdeling echter dat verweerder onvoldoende deugdelijk heeft gemotiveerd waarom een stijging van de temperatuur met 0,35 graden (beleid is een stijging tot maximaal 0,5 graden) geen nadelige invloed zal hebben op de waterkwaliteit en beoordeelt vervolgens zelf of de rechtsgevolgen van het besluit desondanks in stand kunnen blijven. Daarbij wordt nauwkeuriger gekeken naar de geldende waterkwaliteitseisen en het stand-stillbeginsel.

Ingevolge artikel 5.1, eerste lid, van de Wet milieubeheer kunnen in het belang van de bescherming van het milieu, voor zover dit van meer dan provinciaal belang is, bij algemene maatregel van bestuur eisen worden gesteld ten aanzien van de kwaliteit van onderdelen van het milieu vanaf een daarbij te bepalen tijdstip. Ingevolge artikel 5.2b, vierde lid, mag de kwaliteit van oppervlaktewateren en grondwatervoorkomens waarvoor milieukwaliteitseisen gelden *niet verslechteren*, behoudens voor zover overeenkomstig artikel 4, zesde of zevende lid, van de kaderrichtlijn water bij een maatregel als bedoeld in artikel 5.1, eerste lid, is bepaald dat een achteruitgang is toegelaten.

Ingevolge artikel 16, tweede lid, van het op 17 maart 2010 in werking getreden Bkwm 2009, voor zover hier van belang, is er niet aan artikel 5.2b, vierde lid, van de Wet milieubeheer voldaan indien voor een stof of kwaliteitselement waarvoor ingevolge dit besluit een *richtwaarde* geldt:

- a. de toestand van een waterlichaam in een *lagere toestandklasse* terecht is gekomen.

Ingevolge het vijfde lid, voor zover hier van belang, worden voor de toepassing van het tweede lid de volgende toestandklassen onderscheiden:

- a. voor oppervlaktewaterlichamen:
- 1°. wat betreft de chemische toestand: de toestandklasse goed als bedoeld in artikel 5, of niet goed;
 - 2°. wat betreft de ecologische toestand: de toestandklasse zeer goed, goed als bedoeld in artikel 6, eerste lid, matig, ontoereikend of slecht, bepaald voor het type natuurlijk oppervlaktewater waartoe het oppervlaktewaterlichaam behoort, zoals omschreven in bijlage V, paragraaf 1.2, de tabellen 1.2.1 tot en met 1.2.4, bij de kaderrichtlijn water;
 - 3°. wat betreft het ecologisch potentieel, indien van toepassing: de toestandklasse goed als bedoeld in artikel 6, derde lid, matig, ontoereikend of slecht, zoals omschreven in paragraaf 1.2, tabel 1.2.5, bij de kaderrichtlijn water, overeenkomstig hetgeen daaromtrent is aangegeven in het plan, bedoeld in artikel 6, tweede lid, onder b.

Verweerder licht tijdens de zitting toe dat de Nieuwe Meer een ecologisch minder kwetsbaar systeem is, waarvan de toestandklasse 'matig' is. Door de koelwaterlozing zal de Nieuwe Meer niet *in een lagere toestandklasse* komen. De Afdeling oordeelt vervolgens dat verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de lozing niet leidt tot een *verslechtering* van de waterkwaliteit in de zin van artikel 5.2b lid 4 Wm.

Met deze uitspraak lijkt de Afdeling een aantal belangrijke knopen te hebben doorgehakt, waarover in veel lidstaten onduidelijkheid heerst.³³ Gelukkig weet de Afdeling wel hoe de KRW moet worden uitgelegd. Dat voorkomt dat prejudiciële vragen moeten worden gesteld en bespaart zo veel tijd en gedoe.

Zo kan worden geconcludeerd dat de Afdeling van oordeel is dat het begrip 'geen verslechtering' – het vroegere standstill-beginsel – betekent dat er wel verslechtering op mag treden, mits het water maar niet in een lagere toestandklasse komt, in casu van 'matig' naar ontoereikend of slecht (de KRW kent slechts drie toestandklassen: goed, matig en slecht of ontoereikend). In beide gevallen wordt overigens *niet* aan de doelstellingen en kwaliteitseisen van de KRW en de Waterwet – de "goede toestand" – voldaan, maar dat hoeft ook pas in 2015 te zijn gerealiseerd. Er wordt ook *niet* voldaan aan de verplichting uit artikel 4 lid 9 van de KRW, waarin wordt gesteld dat het beschermingsniveau niet lager mag worden. Ten slotte wordt ook *niet* voldaan aan de verplichting uit artikel 4 lid 1 onder a sub ii KRW, waarin de verplichting staat (alle) oppervlaktewateren (dus niet alleen aangewezen waterlichamen) te *verbeteren* om zo in 2015 een goede toestand te bereiken.

33 A. M. Keessen, J.J.H. van Kempen, H.F.M.W. van Rijswijk, J. Robbe en Ch.W. Backes, 'European River basin districts: are they swimming in the same implementation pool? Different approaches to the transposition of the Water Framework Directive', *Journal of Environmental Law* 2010, Volume 22, Number 2, p. 197-222.

Nu appellanten zich niet concreet op deze Europeesrechtelijke bepalingen hebben beroepen, toetst de Afdeling hier zelf ook niet aan. Dat ook Richtlijn 2006/11/EG en het voormalige Besluit kwaliteitseisen en monitoring oppervlaktewateren een standstillbepaling kenden is kennelijk niet relevant. Maar er speelt iets belangrijkers.

De Waterwet heeft onder meer als doel ‘*de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen*’ (art. 2.1. lid 1) en de normen hiervoor worden vastgesteld ‘op de voet van hoofdstuk 5 Wet milieubeheer, *in overeenstemming met het stelsel van milieudoelstellingen, opgenomen in artikel 4 van de Kaderrichtlijn water*’ (art. 2.10). Artikel 6.21 bepaalt vervolgens dat een vergunning *moet* worden geweigerd voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met de doelstellingen in artikel 2.1. Artikel 6.6 biedt de mogelijkheid de vergunning te vervangen door algemene regels en artikel 6.25 verklaart de artikelen 8.40 lid 2 en 3, en artikel 8.40a Wm van overeenkomstige toepassing. Daarvan is hier sprake, nu de lozing is gereguleerd in het Activiteitenbesluit. Door de dynamische verwijzing naar de Kaderrichtlijn kan worden betoogd dat in de Waterwet (en voorheen de Wvo en de Implementatiewet Kaderrichtlijn water) de verplichtingen uit de KRW in beginsel goed zijn geïmplementeerd. Dan is het natuurlijk wel nodig dat de Nederlandse bepalingen richtlijnconform worden uitgelegd en toegepast. Dat appellanten zich in zo’n geval niet rechtstreeks beroepen op het Europese recht is niet vreemd gezien de verwijzing naar het Europese recht in de Nederlandse wettekst. Indien men er altijd alert op moet zijn dat in beginsel correct omgezette wetgeving niet richtlijn conform wordt uitgelegd en toegepast, en deze wetgeving uitgaat van dynamische verwijzingen naar Europese richtlijnen, zal men zich bij de huidige werkwijze van de Afdeling altijd expliciet op het Europese recht moeten beroepen.

Dat lijkt me een weg die we niet op moeten willen gaan.

Er zijn nog twee aspecten die naar aanleiding van deze uitspraak aandacht verdienen.

In de eerste plaats het feit dat de kwaliteitseisen uit het BKMW 2009 alleen gelden voor aangewezen waterlichamen, terwijl in Nederland een groot percentage wateren niet als waterlichaam is aangewezen. De waterbeheerders maken zich hier grote zorgen over en hebben dat ook bij de inspraak naar aanleiding van de totstandkoming van het BKMW 2009 naar voren gebracht. Als de kwaliteitsnormen op veel wateren niet van toepassing zijn, beschikken ze niet over een adequaat toetsingskader voor vergunningvoorschriften of maatwerkvoorschriften. De uitspraak maakt niet duidelijk of de Nieuwe Meer een aangewezen waterlichaam is en of er discussie was over de vraag of de waterkwaliteitseisen gelden voor de Nieuwe Meer, maar navraag leerde dat dit niet het geval is. Toch toetst de Afdeling de lozing aan het BKMW 2009. Dat kan voorlopig een geruststelling zijn voor de waterbeheerders, alhoewel natuurlijk niet zeker is dat de Afdeling dat in een latere zaak, wanneer wordt aangevoerd dat de waterkwaliteitseisen niet gelden voor niet-aangewezen waterlichamen – zich op hetzelfde standpunt zal stellen. Het BKMW 2009 ziet immers expliciet alleen op aangewezen waterlichamen.

Als laatste punt moet worden gewezen op een belangrijke omissie in algemene regels die de vergunningplicht vervangen, in dit geval het Activiteitenbesluit.³⁴ In de watersector kunnen maatwerkvoorschriften (of nadere eisen) op grond van bepaalde algemene regelingen een rol spelen om meer dan het basisbeschermingsniveau te bieden *aan wateren waaraan in een water(beheer)plan een bijzondere functie is toegekend of waarvoor bijzondere doelstellingen gelden*. Het basisbeschermingsniveau betekent niet – zo valt te concluderen uit de uitspraak – dat aan geldende waterkwaliteitseisen wordt voldaan. De algemene regels bieden daarmee zeer beperkte mogelijkheden om aan de doelen en normen van de Waterwet – de effectgerichte kwaliteitsnormen – te kunnen voldoen. In de huidige algemene regels ontbreekt de plicht – en zelfs de bevoegdheid – om maatwerkvoorschriften te stellen indien niet wordt voldaan aan de kwaliteitseisen, zoals die voortvloeien uit de Kaderrichtlijn water en zijn geïmplementeerd in het BKMW 2009.

Dat is een belangrijke omissie.

4. Een tussenstand

Waar leidt dit alles toe?

In 2015 dienen alle Nederlandse wateren in een goede toestand te verkeren (tenzij een terecht beroep op een uitzonderingsgrond wordt gedaan).

Daartoe zijn in de eerste plaats voor aangewezen wateren kwaliteitseisen vastgelegd in het BKMW 2009. Het lijkt erop dat de Afdeling toepassing van deze normen voor niet-aangewezen normen ook mogelijk acht.

Voorts moet worden geconcludeerd dat de Afdeling van oordeel is dat de eis dat de waterkwaliteit dient te verbeteren en hetzelfde beschermingsniveau moet worden gehandhaafd als onder oudere richtlijnen gold, niet direct voortvloeit uit het Nederlandse recht, maar dat daarvoor een direct beroep op bepalingen uit de Kaderrichtlijn water moet worden gedaan.

Ook is de Afdeling van oordeel dat de verplichting dat de waterkwaliteit niet mag verslechteren, betekent dat een waterlichaam wel mag verslechteren, mits het waterlichaam niet in een lagere toestandsklasse terecht komt.

Ten slotte moet worden geconcludeerd dat door het gebruik van algemene regels zoals neergelegd in het Activiteitenbesluit, het slechts in bijzondere gevallen mogelijk is maatwerkvoorschriften te stellen. Dat bij lange na niet aan de vereiste waterkwaliteit wordt voldaan, is in de ogen van de Afdeling in ieder geval géén reden om maatwerkvoorschriften te stellen. Het Activiteitenbesluit wordt niet getoetst aan de Waterwet en de achterliggende KRW. Daarmee kan worden geconcludeerd dat de Afdeling de wijze waarop de KRW in het Activiteitenbesluit is geïmplementeerd correct acht. Ik heb daar echter zeer mijn twijfels over.

³⁴ Zie hierover uitvoeriger T. Duijkersloot, A.A.J. de Gier, F.A.G. Groothuijse, H.F.M.W. van Rijswijk, en R. Uylenburg, *Algemeen geregeld is goed geregeld, een onderzoek naar de effecten van algemene regels ten opzichte van een vergunningstelsel in de watersector*, Onderzoek in opdracht van Rijkswaterstaat – Waterdienst, Universiteit van Amsterdam/Universiteit Utrecht 2010, www.centrumvooromgevingsrecht.nl. Over hetzelfde onderwerp verschijnt binnenkort een artikel van de hand van dezelfde auteurs in het *Tijdschrift voor Milieu en Recht*.

In de tweede plaats is binnen het waterbeheer gekozen voor een programmatische aanpak, en er zijn maatregelenprogramma's vastgesteld waarin tal van maatregelen worden opgenomen die er samen toe moeten leiden dat op tijd aan de doelstellingen wordt voldaan. Deze maatregelen zijn neergelegd in diverse waterplannen op grond van de Waterwet. Het gaat dan om het nemen van feitelijke maatregelen, zoals het voorbeeld van het Kierbesluit laat zien, maar ook waterbodemsaneringen, de aanleg van natuurlijke vriendelijke oevers en (natte) ecologische verbindingzones.³⁵ Daarnaast bevat het programma vergunningen (deels verplicht op grond van artikel 11 KRW), algemene regels die de vergunningplicht vervangen, actieprogramma's zoals het Nitraatactieprogramma, programma's ter verbetering van de luchtkwaliteit (depositie heeft ook een nadelige invloed op de waterkwaliteit), en financiële instrumenten zoals de verontreinigingsheffing en de watersysteemheffing. Een en ander kan nog worden uitgebreid met allerlei juridische en niet-juridische instrumenten die nodig kunnen zijn.

De doorwerking van de kwaliteitsnormen naar de verdere besluitvorming op alle beleidsterreinen die van invloed zijn op de waterkwaliteit is echter matig geregeld. Er hoeft alleen bij het vaststellen van *waterplannen* rekening gehouden te worden met de kwaliteitseisen uit het BKMW 2009. Dat maakt het ontzettend belangrijk dat het maatregelenprogramma daadwerkelijk zorg kan dragen voor het bereiken van de doelen, dat de daarin opgenomen maatregelen worden uitgevoerd en dat iedere verslechtering die wordt toegestaan ook wordt gecompenseerd met alternatieve maatregelen. Dat is des te belangrijker omdat op dit moment in Nederland op veel plaatsen niet aan de goede chemische kwaliteit wordt voldaan en werkelijk bijna nergens de ecologische kwaliteit goed is. Zowel bij het Kierbesluit als in de Nieuwe Meer zaak betreft het de ecologische kwaliteit. Bedacht moet worden dat in Nederland de waterbeheerders primair verantwoordelijk zijn voor het bereiken van de goede toestand (Europeesrechtelijk gezien is het natuurlijk Nederland als lidstaat), maar dat zij alleen bevoegdheden hebben op het terrein van het waterbeheer. Wanneer uit monitoringgegevens of andere gegevens blijkt dat de doelstellingen uit artikel 4 KRW *vermoedelijk* niet worden bereikt (deze verplichting geldt dus al vóór 2015),

- bijvoorbeeld omdat feitelijke maatregelen niet worden uitgevoerd (denk aan het Kierbesluit of bezuinigingen door het huidige kabinet),
- er geen maatwerkvoorschriften kunnen worden gesteld indien niet aan kwaliteitseisen wordt voldaan (zie de uitspraak inzake de Nieuwe Meer),
- maatregelen en besluiten op andere beleidsterreinen die nodig zijn om aan de waterkwaliteitsdoelstellingen te voldoen niet worden genomen (zie de noodzakelijke maatregelen in het mestbeleid en de hiervoor genoemde motie Van der Vlies), dan dwingt de Kaderrichtlijn water op grond van artikel 11 lid 5 er toe dat bestaande vergunningen en toestemmingen worden aangescherpt. Daarmee komt

35 A. M. Keessen, J.J.H. van Kempen en H.F.M.W. van Rijswijk, *Verantwoordelijkheden van en risico's voor waterschap Vallei en Eem bij de implementatie van de Kaderrichtlijn Water, in het bijzonder met betrekking tot de aanleg van ecologische verbindingzones en de bestrijding van diffuse bronnen van verontreiniging*, Advies in opdracht van Waterschap Vallei en Eem 2010, www.centrumvooromgevingsrecht.nl.

de last voor het voldoen aan de verplichtingen van de Waterwet en de Kader-richtlijn water eenzijdig op bestaande vergunninghouders te liggen (tenzij algemene regels worden aangescherpt), de prachtige programmatische aanpak ten spijt.

Dit is naar mijn oordeel een onbillijke situatie, waarbij veel vervuilers worden betaald in plaats van dat zij moeten betalen, en deze situatie dient op korte termijn te worden verbeterd. Dit klemt des te meer omdat diegenen die in deze situatie voor de lasten op moeten draaien, maar zeer weinig mogelijkheden hebben om deze onbillijke verdeling aan de bestuursrechter voor te leggen. In tegenstelling tot bijvoorbeeld een gebieds-ontwikkelingsplan op basis van de Crisis- en Herstelwet, staat tegen waterplannen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Wanneer de vergunningplicht vervangen wordt door algemene regels (wat een voortgaande trend in het omgevingsrecht is), kan alleen tegen het wel of niet voorschrijven van maatwerkvoorschriften beroep bij de rechter worden ingesteld. Nu de algemene regels niet voorzien in de mogelijkheid maatwerkvoorschriften te stellen als kwaliteitseisen worden overschreden – en de Afdeling deze regeling ook niet wenst te toetsen aan de verplichtingen van de Waterwet en Europese watterrichtlijnen – lijkt dit een afgesneden weg.

De Nieuwe Meer zaak maakt ook duidelijk dat de Afdeling akkoord gaat met de uitleg in het BKMW 2009 dat een achteruitgang van de waterkwaliteit geen enkel probleem is, zolang een waterlichaam maar niet in een lagere toestandsklasse komt. Ook daar is de weg voor derdenbelanghebbenden, inclusief huidige en toekomstige vergunninghouders, dus afgesloten.

De combinatie van bezuinigingen, het niet nemen van feitelijke maatregelen, de huidige uitleg van het BKMW 2009, het gebrek aan rechtsbescherming tegen de plannen, de onduidelijkheid of het nemen van maatregelen bij de rechter kan worden afgedwongen, de zeer beperkte koppeling van kwaliteitseisen aan alleen waterplannen en dan alleen nog door middel van een 'rekening houden met' en ten slotte de beperkte mogelijkheden tot het stellen van maatwerkvoorschriften lijkt mij gevaarlijk indien men van de programmatische aanpak een succes wil maken.

Hoe op deze manier door middel van een programmatische aanpak gezorgd gaat worden voor het voldoen aan de doelstellingen en het verbeteren van de kwaliteit laat zich raden: of men lapt de doelstellingen die gezamenlijk in de KRW zijn afgesproken gewoon aan zijn laars (Kierbesluit) of de lasten komen eenzijdig te liggen bij de huidige en toekomstige weinige vergunninghouders (Nieuwe Meer).

Ten slotte: de kosten van de feitelijke maatregelen die nodig zijn voor de verbetering van het watersysteem worden via de rijksbelastingen en de watersysteemheffing betaald door de ingezetenen en niet door de vervuiler.

5. Asterix, Obelix en Idefix en de waterkrachtcentrale bij Borgharen

Op 13 juli 2011 wijst de rechtbank Maastricht een uitspraak die moed geeft voor de toekomst van de programmatische aanpak, al zullen de meningen daarover

ongetwijfeld verdeeld zijn.³⁶ Ter discussie staat een door de Minister van Infrastructuur en Milieu aan ARBRA BV verleende watervergunning voor een waterkrachtcentrale aan de linkeroever van de Maas ter hoogte van de stuw bij Borgharen in de gemeente Maastricht. Zowel vergunninghoudster als belangenorganisaties op het gebied van de visstand en de sportvisserij hebben beroep ingesteld. De uitspraak is om meerdere redenen interessant (onder meer in verband met art. 1.5 en 1.9 Crisis- en herstelwet en de bekendmakingsverplichting van het besluit in België, het ontbreken van duidelijkheid over wat de beste bestaande technieken zijn voor vistrappen, eventuele strijd met de Beneluxbeschikking over vrije vismigratie van vissoorten in de hydrografische stroomgebieden van de Benelux landen M (2009) 1), maar ik zal mij hier beperken tot de effecten voor de programmatische aanpak. De zaak was milieutechnisch zeer complex, reden voor de rechtbank om de Stichting advisering bestuursrechtspraak in te schakelen en is ook reden om hier niet alle punten die ter discussie stonden uitvoerig te behandelen.

Een eerste punt betreft de reikwijdte van de stroomgebiedbenadering en de mogelijkheden voor saldering die een groot stroomgebied volgens vergunninghoudster zou moeten bieden, in die zin dat een cumulatieve schadenorm betrekking zou moeten hebben op het hele stroomgebied van de Maas en niet alleen de vispopulatie bovengstrooms van de warmtekrachtcentrale. De andere appellanten – visverenigingen – betogen daarentegen dat met de vergunning de norm van maximaal 10 % visschade juist in het gedrang komt, omdat deze norm al wordt overschreden door de aanwezigheid van twee andere warmtekrachtcentrales. Zij betogen dat er voor de nieuwe centrale dus geen milieugebruiksruimte meer over is, een onderwerp dat hiervoor al ter sprake kwam.

Vergunninghoudster betoogt dat het voorschrijven van een tweede inzwemopening voor de vistrap buitenproportionele kosten met zich meebrengt. De rechtbank oordeelt echter dat deze deel uitmaakte van de aanvraag en – belangrijker – dat “tevens van belang is dat er ten aanzien van de reeds in 2007 gerealiseerde vispassage, die moet wijken, *mogelijk sprake kan zijn van een verslechtering* omdat bij die bekkenvistrap geen sprake is van compartimenten. In dat verband heeft verweerder om de nieuwe vistrap vergelijkbaar te achten aan de oude vistrap als eis mogen stellen dat een tweede inzwemopening noodzakelijk is. Dat dit mogelijk buitenproportionele kosten met zich brengt (...), doet daaraan niet af.” Hiermee lijkt de rechtbank uit te gaan van zowel een strengere invulling van het begrip ‘geen achteruitgang’ dan de Afdeling in bovengenoemde Nieuwe Meer uitspraak én waarde te hechten aan het voorzorgsbeginsel, nu nog niet eens vaststaat dat er sprake van verslechtering zal zijn.

Vervolgens komt het toetsingskader dat verweerder hanteert aan de orde. De rechtbank oordeelt conform het stappenplan zoals ik dat hiervoor al heb beschreven.

De rechtbank stelt vast dat de in hoofdstuk 5 van de Wm geregelde kwaliteitseisen inzake de goede watertoestand, die een vertaling zijn van de Kaderrichtlijn water, en

36 Rb. Maastricht AWB 10 / 1910 + AWB 10 / 1911 + AWB 10 / 1935, LJN: BR1582.

het BKMW 2009 van belang zijn bij de vaststelling van de relevante plannen. In het onderhavige geval gaat het dan om het Beheer- en ontwikkelplan voor de Rijkswateren 2010-2015, Werken aan een robuust watersysteem, van december 2009 (plan) en het daarbij behorende Programma Rijkswateren 2010-2015, Uitwerking waterbeheer 21e eeuw, Kaderrichtlijn water en Natura 2000; Beheer- en ontwikkelplan voor de Rijkswateren 2010-2015, eveneens van december 2009 (programma). In dit plan/programma liggen de maatregelen vast die de doelstellingen van de op grond van de Wm vastgelegde milieukwaliteitseisen en dus de Kaderrichtlijn water moeten realiseren.

Het verlenen van vergunningen, zoals de onderhavige watervergunning, zal aan dit plan/programma getoetst moeten worden in het licht van de daarin opgenomen maatregelen omtrent het bereiken van een goede waterkwaliteit. Dit plan/programma bevat *het toetsingskader* voor nieuwe activiteiten in rijkswateren, waarbij het uitgangspunt is 'geen achteruitgang' voor de toestand van (alle) kwaliteits-elementen op KRW-waterlichamen aan het eind van de planperiode (2015).

De geplande waterkrachtcentrale te Borgharen wordt gerealiseerd op de grens van het waterlichaam Bovenmaas en het waterlichaam Grensmaas, zijnde sterk veranderde waterlichamen die deel uitmaken van het stroomgebied van de Maas. De huidige toestand (2006-2008) van het waterlichaam Grensmaas voor het kwaliteits-element 'vissen' is geïnclassificeerd als *ontoereikend* en voor het waterlichaam Bovenmaas voor dit kwaliteitselement als *matig*. De Grensmaas kan in 2015 nog niet voldoen aan een 'goed ecologisch potentieel', zoals voortvloeiend uit de KRW, maar er wordt wel uit gegaan van een verbetering voor 2015 voor het kwaliteitselement 'vissen' naar de toestandklasse matig. Voor de Bovenmaas is de prognose voor 2015 voor dit kwaliteitselement eveneens het boeken van vooruitgang, zij het dat de toestandklasse 'matig' wordt gehandhaafd.

Ten aanzien van de beroepsgronden die betrekking hebben op de in de watervergunning opgenomen normen voor visschade mede in relatie tot het gebruik van het voorgeschreven visgeleidingssysteem voor de stroomafwaarts migrerende vissen, is met name het bepaalde in voorschrift 8 van de vergunning relevant, waarbij een cumulatieve visschadenorm van 10% wordt gehanteerd. De rechtbank vindt die norm niet onredelijk en stelt dat verweerder er bij de cumulatieve schadenorm vanuit mag gaan dat deze cumulatieve norm, nu die betrekking heeft op de stroomafwaarts migrerende populatie van prioritaire vissoorten, gekoppeld is aan de stand van de vissoorten zoals die zich vóór het passeren van de warmtekrachtcentrales voordoet. Dat betekent dat verweerder de vispopulatie – het betreft dan met name (schier)aal – mocht afzetten tegen de populatie, die zich bovenstrooms van Lith bevindt.

Deze benadering doet naar mijn mening niet volledig recht aan de stroomgebiedbenadering, omdat de schade zo over kleinere trajecten verdeeld kan worden, waarbij de totale visschade groter kan worden dan 10 %. Gebleken is echter ook, dat proeven (in 2010) met het visgeleidingssysteem dat ook voor de geplande waterkrachtcentrale in Borgharen zal worden gebruikt, slecht hebben uitgepakt wat betreft het voorkomen van visschade. De (aanzienlijke) visschade als gevolg van waterkrachtcentrales komt volgens de rechtbank ook naar voren uit diverse in opdracht van verweerder verrichte onderzoeken.

Dan komt het spannende moment waarop de rechtbank de o zo ongewenste koppeling gaat leggen en op een – naar mijn mening – juiste manier invulling geeft aan de relatie doelstellingen – kwaliteitsnormen – programma – en vergunningverlening.

De rechtbank stelt het in r.o. 6.7 als volgt:

“Zoals blijkt uit het onder 6.1 en 6.2 beschreven toetsingskader dient het bestreden besluit getoetst te worden aan het plan en het programma.

Zo de maatstaf voor ‘achteruitgang’ van de ecologische waterkwaliteit al zou zijn, zoals verweerder heeft betoogd, de overgang naar een slechtere toestandsklasse en niet gesproken kan worden van achteruitgang indien er binnen dezelfde toestandsklasse wordt gebleven,³⁷ is de rechtbank van oordeel dat verweerder onvoldoende heeft onderbouwd dat, met de gestelde normering voor visschade in voorschrift 8, die voortvloeit uit de cumulatieve visschadenorm, mede in relatie tot de totale visschade als gevolg van de twee reeds genoemde andere wkc’s (warmtekrachtcentrales) in de Maas, wordt voldaan aan de in het plan en programma opgenomen maatstaf van ‘geen achteruitgang’.

De rechtbank overweegt daartoe voorts dat verweerder zich (...) op het standpunt heeft gesteld, (...), dat de cumulatieve visschadenorm, zoals neergelegd in de door verweerder gehanteerde handreiking ‘Afwegings- en toetsingskader voor waterkrachtcentrales in de Maas (oktober 2006)’, op dit moment reeds overschreden wordt met name voor de aal en smolts van zalm en zeeforel. Verweerder gaat er voorts van uit dat als er maatregelen getroffen worden bij de waterkrachtcentrale in Linne en de waterkrachtcentrale in Lith met de thans opgenomen visschadenormen voor de waterkrachtcentrale in Borgharen die cumulatieve norm kan worden gehaald. Behalve uit de reeds onder 6.6 genoemde rapporten blijkt ook uit het Aalbeheerplan (p. 53) dat er geen beproefde visgeleidingssystemen zijn (al dan niet voor aal). Tevens staat vast, mede in het licht van de gedingsstukken en het behandelde ter zitting, dat een visschade van 0% voor de wkc in Borgharen niet realiseerbaar is.

Voorts is de rechtbank van oordeel dat met onvoldoende zekerheid kan worden gezegd dat de cumulatieve norm van 10% in 2012 (door maatregelen in Linne en Lith) dan wel aan het eind van de planperiode te weten 2015 haalbaar is. Anders gezegd: Verweerder heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de extra vissterfte die wordt toegestaan en zal optreden ten gevolge van de geplande waterkrachtcentrale in Borgharen niet een zodanige achteruitgang met zich brengt dat hiermee geen sprake is van strijd met het door verweerder gehanteerde beleid dat is vastgelegd in plan en het programma. Niet gebleken is dat er, mede in het licht van de in de Kaderrichtlijn water neergelegde uitgangspunten, bijzondere omstandigheden zijn die – zo al gesteld – aanleiding geven om van dit beleid af te wijken.

Hierbij betreft de rechtbank nog dat in voorschrift 8 de indirecte (uitgestelde) schade niet wordt meegeteld bij de bepaling van de visschade, terwijl vooralsnog voldoende aannemelijk is gemaakt (...) dat het hier een niet te verwaarlozen percentage visschade betreft. *Tevens is in dit verband van belang dat de vergunning niet voorziet in maatregelen die de visschade compenseren dan wel mitigeren.*”

Het besluit wordt vernietigd wegens een motiveringsgebrek, waar de rechtbank nog aan toevoegt dat verder aangevoerde gronden geen bespreking meer behoeven, aangezien het hier gaat om een zeer wezenlijk en dragend gedeelte van het bestreden besluit en het niet voor de hand ligt dat dit gebrek binnen afzienbare tijd kan worden hersteld, bij voorbeeld door toepassing van de zogenaamde bestuurlijke lus, zoals met name geregeld in de artikelen 8:51a en 8:80a van de Awb.

37 De rechtbank verwijst in dit verband naar Guidance Document No. 20, Guidance on exemptions to the environmental objectives, ISBN 978-92-79-11371-0 European Communities 2009.

6. Slot: Dappere Asterix, Obelix en Idefix

In deze uitspraak komen veel van de onderwerpen die het omgevingsrecht op dit moment spannend maken aan de orde. Door aan te sluiten bij de bedoeling en systeem van de KRW en de Waterwet – en zich iets minder aan te trekken van de wensen van bestuur, bedrijf en de Tweede Kamer- biedt de rechtbank uiteindelijk kansen voor de programmatische aanpak door toch een (weliswaar indirecte) koppeling te leggen tussen het voldoen aan de doelstellingen en kwaliteitseisen enerzijds en de vergunningverlening anderzijds. De plannen en programma's zijn er om een directe koppeling te voorkomen, maar dat systeem werkt naar mijn oordeel alleen goed als er zekerheid is dat op tijd aan de doelen en normen wordt voldaan. Dat kan alleen door soms streng te zijn en met behulp van het voorzorgsbeginsel ook ruimte te creëren voor zaken die nog tegen kunnen zitten.

De uitspraak lost het eerder genoemde billijkheidsprobleem niet op. Zo kan worden betoogd dat als het Kierbesluit jaren geleden daadwerkelijk was uitgevoerd, de vispopulatie nu aanmerkelijk beter zou zijn geweest. Nu onduidelijk is of, hoe, en zo ja, wanneer het Kierbesluit eindelijk uitgevoerd zal worden, is het deze toevallige vergunninghouder die de consequenties moet dragen van de beroerde besluitvorming over de Haringvlietsluizen. Met een beetje pech worden nog veel meer vergunningaanvragers de dupe van dit falend bestuurlijk optreden. Het past dan naar mijn oordeel niet om te wijzen op een vergaande juridisering, hinderlijke milieu- of belangenorganisaties of de complexiteit van het omgevingsrecht..

Verwacht kan worden dat vergunninghouder in beroep gaat en dan wordt het spannend of de Afdeling de redenering van de rechtbank zal volgen en het oordeel van de rechtbank in stand zal laten. De zaak zal waarschijnlijk niet door Peter worden behandeld, nu het gaat om milieu- c.q. waterwetgeving. Gezien eerdere – ook dappere – uitspraken van hem, het warme hart dat hij de bescherming van de natuur toedraagt en zijn scherpe analytische oordelen die ik vaak heb mogen meemaken zowel als collega als in de hoedanigheid van lid van de Commissie van Advies inzake de waterstaatswetgeving, zou ik daar wel vertrouwen in hebben. Beslist de Afdeling anders, dan zullen Asterix en consorten verzuchten: “Rare jongens, die Hollanders”.