



Utrecht Centre for Water,
Oceans and Sustainability Law

**DE EFFECTEN VAN HET WEZERARREST
OP DE BESCHERMING VAN DRINKWATERBRONNEN
EN DE DRINKWATERVOORZIENING**

Marleen van Rijswick en Annelies Freriks

Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law

Universiteit Utrecht
Achter Sint Pieter 200
3512 HT UTRECHT
030-2539352
H.vanRijswick@uu.nl

4 april 2016

Inleiding

Op 7 maart 2016 ontvingen wij via Wendela Slok van de VEWIN het verzoek om ten behoeve van de vergadering van de Stuurgroep Water op 7 april 2016 een korte notitie te schrijven met een analyse van de gevolgen van het Wezer-arrest (Hof van Justitie EU, 1 juli 2015, C-461/13, AB 2015/262, m.nt. Van Rijswick) voor de bescherming van de drinkwatervoorziening. Het Wezer-arrest is zowel relevant voor de huidige beleidspraktijk als voor de verdere ontwikkeling van de Omgevingswet en in het bijzonder de daarbij behorende AMvB's zoals het Besluit kwaliteit leefomgeving, waarin de kwaliteitseisen als omgevingswaarden zullen worden opgenomen.

In deze notitie beschrijven we achtereenvolgens

- de aan het Wezer-arrest ten grondslag liggende feiten (kort samengevat);
- de belangrijkste discussiepunten met betrekking tot de betekenis van artikel 4 KRW en de bijzondere positie van drinkwater in dat verband;
- de implementatie van de milieudoelstellingen uit de Kaderrichtlijn water (KRW) in het Nederlandse recht, in het bijzonder in de Waterwet en het BKMW 2009, zowel onder het 'oude' regime als het regime zoals dat geldt sinds het wijzigingsbesluit van 15 oktober 2015 (Staatsblad 2015, 394), in werking getreden op 1 januari 2016;
- de voorgestelde implementatie in het Besluit kwaliteit leefomgeving en de consequenties voor de bescherming van de drinkwaterbronnen (oppervlaktewater en grondwater), en
- de mogelijkheden voor de drinkwaterbedrijven om hun belangen voor het voetlicht te brengen.

De feiten van de Wezerzaak

De Wezerzaak betreft 3 goedkeuringen voor projecten om de rivier de Wezer uit te diepen om deze zo voor meer scheepvaart geschikt te maken en havens beter bereikbaar te maken voor grotere schepen. Het gaat bij de betrokken wateren deels om natuurlijke waterlichamen (de kustwateren) en deels om sterk-veranderde waterlichamen (de rivier zelf). De consequenties voor de waterkwaliteit vloeien voort uit het baggeren, het storten van baggerspecie in het rivierbed, de stroomsnelheid, de waterstanden, het zoutgehalte, de verschuiving van de zoet- en brakwatergrens en een toename van verslibbing (r.o. 21 van het Wezer-arrest). Voor de kustwateren werd geen achteruitgang verwacht, voor andere delen van de Wezer werd wel een achteruitgang van de watertoestand verwacht, maar niet in die mate dat de waterlichamen in een lagere toestandsklasse zouden komen. De Duitse water- en scheepvaartdirectie gaat er in dat geval van uit dat er geen sprake is van een achteruitgang van het ecologisch potentieel of de ecologische toestand van het waterlichaam in de zin van de KRW en dat toestemming kan worden verleend.

De betekenis van artikel 4 KRW en de bijzondere positie van drinkwater

In het Wezer-arrest beantwoordt het Hof van Justitie een aantal vragen met betrekking tot de milieudoelstellingen uit artikel 4 KRW. De belangrijkste vragen hebben betrekking op de navolgende punten:

- het juridisch karakter van de milieudoelstellingen (resultaats- of inspanningsverplichting);
- de vraag of de doelstellingen alleen betrekking hebben op aangewezen waterlichamen of op alle wateren;
- de vraag of er een rechtstreekse '**koppeling**' dient te zijn tussen enerzijds milieudoelstellingen en de daaruit voortvloeiende kwaliteitseisen en anderzijds concrete besluiten en maatregelen, of dat een koppeling aan een plan voldoende is. Hiervan dient onderscheiden te worden de vraag of er ruimte is voor een zogenaamde 'programmatische aanpak' (zie uitvoeriger hierna).
- de vraag naar de betekenis van de verplichting om ervoor zorg te dragen dat '**geen achteruitgang**' van de toestand van een waterlichaam plaatsvindt, meer in het bijzonder of de methode van de '*toestandsklassen*' gehanteerd mag worden;
- de betekenis van de **verbeteringsdoelstelling**. Dit laatste lijkt in het bijzonder van belang nu ook voor de gebieden die bestemd zijn voor de winning van drinkwater wordt uitgegaan van een verbetering, in de zin dat de KRW in artikel 7 vereist dat "de lidstaten zorg dragen voor de nodige bescherming van de aangewezen waterlichamen met de bedoeling de achteruitgang van de kwaliteit daarvan te voorkomen, *teneinde het niveau van zuivering dat voor de productie van drinkwater is vereist, te verlagen*".

Het Wezer-arrest heeft in het bijzonder betrekking op de uitleg van artikel 4, lid 1, onder a), i) tot en met iii) KRW. De prejudiciële vragen die de Duitse rechter aan het Hof van Justitie heeft gesteld hebben daarmee betrekking op het regime voor oppervlaktewaterkwaliteit. Dat is het meest complexe deel van de milieudoelstellingen zoals die in artikel 4 KRW zijn verwoord. De overige doelstellingen zien op grondwater en water in beschermde gebieden.

Voor de drinkwaterbedrijven zijn daarnaast drie zaken van belang.

- Voor de bescherming van de kwaliteit van het grondwater is een afzonderlijke richtlijn vastgesteld, namelijk Richtlijn 2006/118/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de bescherming van het grondwater tegen verontreiniging en achteruitgang van de toestand (PB L 372 van 27.12.2006, blz. 19-31), waarin ook voor nutriënten en gewasbeschermingsmiddelen chemische kwaliteitseisen zijn vastgesteld (voor de oppervlaktewaterkwaliteit zijn nutriënten en gewasbeschermingsmiddelen parameters voor de goede ecologische toestand).

- Op grond van artikel 7 KRW dienen gebieden te worden aangewezen voor de onttrekking van voor menselijke consumptie bestemd water. Deze gebieden vallen onder de gebieden die op grond van artikel 6 moeten worden opgenomen in het register van beschermde gebieden.
- Voor beschermde gebieden geldt op grond van artikel 4, lid 1, onder c KRW het volgende: “voor beschermde gebieden: **uiterlijk 15 jaar** na de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn (22 december 2015) voldoen de lidstaten aan alle normen en doelstellingen, voor zover niet anders bepaald in de communautaire wetgeving waaronder het betrokken beschermde gebied is ingesteld”. Nu zijn de beschermde gebieden voor de drinkwaterwinning aangewezen op grond van de KRW zelf, dus kan worden betoogd dat ook alle uitzonderingen van de KRW onverkort van toepassing zijn. Bedacht moet echter worden dat deze gebieden in de plaats komen van de gebieden die waren aangewezen op grond van de ‘oude’ Drinkwaterrichtlijn (Richtlijn 75/440/EEG van de Raad van 16 juni 1975 betreffende de vereiste kwaliteit van het oppervlaktewater dat is bestemd voor productie van drinkwater in de lidstaten), welke is ingetrokken 7 jaar na de inwerkingtreding van de KRW (dus 22 december 2007). Artikel 4, lid 9 KRW vereist dat “stappen moeten worden genomen om ervoor te zorgen dat de toepassing van de nieuwe bepalingen, met inbegrip van de toepassing van de leden 3, 4, 5, 6 en 7, *ten minste hetzelfde beschermingsniveau* waarborgt als de bestaande Gemeenschapswetgeving.” In Richtlijn 75/440/EEG waren grenswaarden opgenomen voor onder meer nitraat (50 mg per liter).
- De precieze betekenis van een eventuele extra verplichting die voortvloeit uit de combinatie van deze bepalingen is nog niet verduidelijkt in jurisprudentie van het Hof van Justitie of in de Nederlandse rechtspraak.

Artikel 7 (Voor de drinkwateronttrekking gebruikt water)

1. De lidstaten wijzen binnen elk stroomgebiedsdistrict aan:

- alle waterlichamen die voor de onttrekking van voor menselijke consumptie bestemd water worden gebruikt en dagelijks gemiddeld meer dan 10 m³ per dag leveren of meer dan 50 personen bedienen, alsmede
- de voor dat toekomstig gebruik bestemde waterlichamen.

De lidstaten monitoren overeenkomstig bijlage V de waterlichamen die overeenkomstig bijlage V gemiddeld meer dan 100 m³ per dag leveren.

2. Voor elk overeenkomstig lid 1 aangewezen waterlichaam dragen de lidstaten er zorg voor dat de doelstellingen van artikel 4 overeenkomstig de voorschriften van deze richtlijn voor oppervlaktewaterlichamen met inbegrip van de ingevolge artikel 16 op Gemeenschapsniveau vastgestelde kwaliteitsnormen worden bereikt en dat het met de toegepaste waterbehandelingsmethode verkregen water in overeenstemming met de communautaire wetgeving voldoet aan de eisen van Richtlijn 80/778/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/83/EG.

3. De lidstaten dragen zorg voor de nodige bescherming van de aangewezen waterlichamen met de bedoeling de achteruitgang van de kwaliteit daarvan te voorkomen, teneinde het niveau van zuivering dat voor de productie van drinkwater is vereist, te verlagen. De lidstaten kunnen voor die waterlichamen beschermingszones vaststellen.

De implementatie van de milieudoelstellingen uit de Kaderrichtlijn water in het huidige Nederlandse recht (Waterwet en Wet milieubeheer)

De Waterwet heeft als **doelstelling** de voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met de bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.

Voor de bescherming van drinkwaterbronnen zijn alle drie de doelstellingen relevant, maar in verband met de consequenties van het Wezer-arrest ligt de nadruk op de bescherming van de chemische en ecologische kwaliteit in relatie tot de functietoekenning aan water dat is bestemd voor de winning of productie van drinkwater.

De **kwaliteitseisen** die voortvloeien uit de KRW zijn in het Nederlandse recht geïmplementeerd in de Waterwet en het BKMW 2009 op grond van de Wet milieubeheer (Wm). Artikel 2.10 Waterwet bepaalt dat “normen voor de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen worden vastgesteld krachtens hoofdstuk 5 van de Wet milieubeheer, in overeenstemming met het stelsel van milieudoelstellingen, opgenomen in artikel 4 van de kaderrichtlijn water.”

Van belang hierbij is de zogenaamde ‘dynamische verwijzing’ naar de KRW. Dat betekent dat, zonder wijziging van de Waterwet, de toepassing in de praktijk in overeenstemming dient te zijn met de KRW. Of daarmee ook een eventuele onjuiste implementatie in het BKMW 2009 geen problemen oplevert, is nog onduidelijk. In ieder geval vloeit uit het Europese recht, de KRW en de Waterwet voort dat het Europese recht niet alleen goed moet worden omgezet, maar het bevoegd gezag ook in overeenstemming met het Europese recht moet handelen. Dat geldt ook voor de lagere overheden.

De **functietoekenning** vindt plaats in de waterplannen van rijk en provincie.

De **doorwerking van de doelstellingen** in de besluitvorming, zoals in de plannen, projectbesluiten en vergunningverlening is nogal gecompliceerd en niet sterk juridisch bindend. Het systeem vertoont wat zwakke schakels die tezamen waarschijnlijk niet in alle omstandigheden garanderen dat aan de vereisten van de KRW wordt voldaan.

- Voor de bescherming van de drinkwaterbronnen is met name de functietoekenning in de plannen van belang, omdat daarmee ook de status als beschermd gebied wordt vastgesteld.
- Daarnaast is het van belang dat bij de vergunningverlening (of eventuele maatwerkvoorschriften in het geval algemene regels van toepassing zijn) voldoende rekening moet worden gehouden met de belangen van de drinkwatervoorziening.
- Opgemerkt moet daarenboven worden dat de waterkwaliteitseisen formeel alleen direct doorwerken bij de vaststelling van de waterplannen van de waterbeheerders.

- De waterbeheerders moeten 'rekening houden met' de kwaliteitseisen. Dat is minder bindend dan de juridische doorwerking die wordt verzekerd indien waterkwaliteitseisen 'in acht moeten worden genomen'. In het huidige systeem (rekening houden met) kan gemotiveerd van de eisen worden afgeweken.
- Andere overheden hoeven op andere beleidsterreinen zoals de ruimtelijke ordening, het milieubeheer, het mestbeleid en het bestrijdingsmiddelenbeleid alsmede de toelating en het gebruik van andere stoffen en producten (die ook van invloed kunnen zijn op de drinkwatervoorziening) **geen** rekening te houden met de kwaliteitseisen.
Hier kan zich een probleem voordoen waar het gaat om de juiste toepassing van de KRW: de KRW is namelijk niet beperkt tot besluitvorming op het terrein van het waterbeheer, omdat iedere lidstaat dit anders geregeld kan hebben. Het gaat om het bereiken van de doelstellingen door middel van het nemen van de gepaste maatregelen, onafhankelijk van het beleidsterrein waarop dit op nationaal niveau is geregeld.
- Bij de vergunningverlening dienen waterbeheerders vervolgens weer 'rekening te houden met' hetgeen zij in hun plannen hebben opgenomen. Ook hier kan weer gemotiveerd van worden afgeweken.
- Voorts dient een vergunning geweigerd te worden, voor zover verlening daarvan niet verenigbaar is met de doelstellingen (artikel 6.21 Waterwet).
- Indien de vergunningplicht is vervangen door een algemene regeling, zoals bijvoorbeeld het Activiteitenbesluit, dient in de algemene regeling gekeken te worden of het mogelijk is maatwerkvoorschriften of nadere eisen te stellen indien nog niet aan de vereiste waterkwaliteit wordt voldaan. Daarbij geldt vaak dat dit alleen mogelijk is indien het betreffende water een specifieke kwetsbare functie heeft.
Dit is relevant voor de bescherming van de drinkwaterbronnen en daarom is het van belang na te gaan of alle relevante wateren inderdaad in een waterplan (rijks- regionaal of waterbeheerplan) zijn aangewezen als beschermd gebied in verband met de drinkwatervoorziening.

Geconcludeerd kan worden dat er in het Nederlandse systeem geen directe koppeling is tussen waterkwaliteitseisen en toestemmingen voor concrete projecten, activiteiten of maatregelen. Dat geldt zowel voor toestemmingen en besluiten op het terrein van het waterbeheer als voor de koppeling met besluiten op aanpalende beleidsterreinen. Op het terrein van het waterbeheer geldt een indirecte doorwerking van de kwaliteitseisen via de waterplannen en via het toetsingskader dat geldt bij de vergunningverlening. Hierbij bestaat altijd de mogelijkheid gemotiveerd van de kwaliteitseisen af te wijken. Er bestaat geen bijzonder beschermingsregime voor beschermde gebieden zoals gebieden die zijn aangewezen voor de winning van drinkwater, althans niet voor zover het de doorwerking van waterkwaliteitseisen betreft.

Het oordeel van het Hof: directe koppeling noodzakelijk?

Het Hof van Justitie oordeelt in het Wezer-arrest als volgt:

“Artikel 4, lid 1, onder a), i) tot en met iii), van richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid moet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten, behoudens indien een afwijking wordt toegestaan, hun *goedkeuring voor een project moeten weigeren wanneer dat project een achteruitgang van de toestand van een oppervlaktewaterlichaam kan teweegbrengen of het bereiken van een goede toestand van het oppervlaktewater respectievelijk een goed ecologisch potentieel en een goede chemische toestand van dat water op het volgens die richtlijn relevante tijdstip in gevaar brengt.*”

Bij dit oordeel van het Hof kunnen een paar vragen worden gesteld.

- Moet er een directe koppeling zijn tussen iedere toestemming die de waterkwaliteit beïnvloedt (op alle relevante beleidsterreinen en zowel bij vergunningen als algemene regels) of gaat het alleen om ‘projecten’?
- Betekent dit oordeel van het Hof dat er geen ruimte meer is voor een programmatische aanpak?

Laten we eerst de programmatische aanpak nader bekijken. In theorie dient een onderscheid gemaakt te worden tussen het baseren van besluitvorming en het nemen van maatregelen op grond van vastgestelde plannen en programma’s en de zogenoemde ‘programmatische aanpak’.

Bij een reguliere **planmatige aanpak** waarbij de te nemen maatregelen in maatregelenprogramma’s worden opgenomen is er in beginsel sprake van zorgvuldig beleid omdat de plannen en programma’s richting geven aan het overheidshandelen en de burgers duidelijkheid verschaffen wat zij in een bepaalde periode aan maatregelen kunnen verwachten. Deze planmatige aanpak staat los van de vraag of aan kwaliteitseisen wordt voldaan.

De **programmatische aanpak** wordt toegepast op het moment dat *niet* aan de kwaliteitseisen wordt voldaan en biedt door middel van saldering de mogelijkheid activiteiten toe te staan ondanks dat niet aan de eisen wordt voldaan. In essentie wordt door middel van saldering binnen een totaalpakket aan maatregelen gezorgd dat na enige tijd de waterkwaliteit vooruit gaat zodat op termijn aan de doelstellingen kan worden voldaan zonder dat het gebied ‘op slot gaat’.

In Nederland lopen deze twee benaderingen door elkaar. Binnen het waterbeheer wordt al sinds jaar en dag planmatig gewerkt en dat is ook geheel in overeenstemming met de eisen van de KRW, die ook (stroomgebiedbeheer)plannen voorschrijft, alsmede maatregelenprogramma’s.

Nu in Nederland nog niet aan de kwaliteitseisen wordt voldaan is er de facto ook sprake van een programmatische aanpak. Door geen directe koppeling tot stand te brengen tussen kwaliteitseisen en concrete besluitvorming en maatregelen wordt ruimte gecreëerd voor een programmatische aanpak met saldering.

Vervolgens rijst de vraag wat onder een **project** (het Hof van Justitie vraagt een directe koppeling tussen een toestemming voor een project en de kwaliteitseisen en milieudoelstellingen) moet worden verstaan. Is een project een individueel besluit of kan het ook een set aan maatregelen of besluiten zijn die in één programma worden opgenomen? Indien dat het geval is zou er in theorie nog steeds sprake zijn van een koppeling aan een maatregelenprogramma in plaats van aan ieder besluit of maatregel afzonderlijk. Nu komt de term 'project' in meerdere richtlijnen voor en duidelijk is dat een project iets anders is dan een plan (vergelijk bijvoorbeeld de mer-richtlijnen, die een onderscheid maken naar strategische plannen en andere projecten).

Een programma is wellicht niet hetzelfde als een strategisch plan, maar nu het KRW-maatregelenprogramma in Nederland in verschillende (water)plannen moet worden gevonden, waar ook een plan-mer voor wordt gemaakt, zou betoogd kunnen worden dat in Nederland een waterplan geen maatregelenprogramma *sec* is en dus ook geen 'project'. Meestal vat het Hof het woord project ruim op in de zin dat een toestemming als project wordt gekwalificeerd (inclusief het ieder jaar opnieuw verlenen van toestemming voor dezelfde activiteit, zie de Waddenzee kokkelvisserij uitspraak inzake de Habitatrichtlijn) en wellicht zou kunnen worden verdedigd dat daar ook een set van projecten en maatregelen onder kunnen vallen (wat een maatregelenprogramma in essentie is.).

Uit het voorgaande blijkt echter dat zelfs als men zou kunnen verdedigen dat een koppeling aan een maatregelenprogramma nog steeds tot de mogelijkheden behoort, er toch een aanpassing van de Nederlandse wetgeving nodig is als men een directe koppeling van kwaliteitseisen aan individuele toestemmingen of projecten wil vermijden. En wel om verschillende redenen:

- de koppeling aan een maatregelenprogramma moet dan dezelfde garantie bieden als een directe koppeling aan een 'project'. Dat is nu niet zo. Deze weg zou noodzakelijk maken dat het maatregelenprogramma wordt los gekoppeld van de meer beleidsmatige delen van een waterplan. Het maatregelenprogramma zou moeten worden vastgesteld per waterlichaam (afhankelijk van de specifieke kwaliteitsproblemen die voor een waterlichaam relevant zijn en in aanvulling op generiek beleid) en bij voorkeur als een apart besluit – met bestuursrechtelijke rechtsbescherming- in de wetgeving worden opgenomen. Dat geldt eens te meer omdat er nu ook gesaldeerd wordt. Daarvan moet worden betwijfeld of dat na het Wezer-arrest nog mogelijk is.
- het 'rekening houden met' is te 'licht' qua doorwerking
- vooralsnog is er alleen een koppeling met waterplannen. Nu ook projecten op basis van andere beleidsterreinen (niet alleen wat onder de Omgevingswet zal vallen) van invloed kunnen zijn op de waterkwaliteit lijkt dit onvoldoende.
- Het is ook de vraag wat moet gebeuren met de algemene regels: die zijn niet toegespitst op de waterkwaliteit ter plaatse en wellicht dient dan per melding nagegaan te worden of een extra activiteit leidt tot verslechtering? En vervolgens dient dan besloten te worden of eventuele maatwerkvoorschriften noodzakelijk zijn.

- De redenering van de minister is dat getoetst wordt aan de doelstellingen van de Waterwet, waaronder de functieervulling. Die toetsing laat echter veel beleidsvrijheid in de afweging welke functies prioriteit hebben. Er is namelijk geen rangorde, noch tussen de drie doelstellingen van de Waterwet, noch tussen de maatschappelijke functies. Dat biedt niet dezelfde garanties als een directe koppeling.
- Voor de drinkwatervoorziening zou men kunnen stellen dat de kwaliteit van de bron in ieder geval moet *verbeteren* (art. 7 KRW) en zeker niet mag verslechteren. Onduidelijk is hoe de verhouding met de Drinkwaterwet in deze is.

Het is niet zo dat een toestemming direct geweigerd moet worden zolang in het betreffende waterlichaam nog niet aan de doelstellingen wordt voldaan. Het is ook mogelijk voorschriften te verbinden aan de toestemming (vergunning of maatwerkvoorschriften of gebruik maken van de zorgplicht). Verder kan met strenger generiek beleid ruimte worden gecreëerd (mits saldering mogelijk is, anders levert dit pas op termijn ruimte op, maar dat doet aan de noodzakelijkheid van de aanscherping van generiek beleid niet af). Het is dus goed vanuit de drinkwaterbedrijven te pleiten voor een meer directe koppeling zoals ook door het Hof van Justitie wordt voorgestaan, mede omdat het landgebruik van invloed kan zijn op de waterkwaliteit (mestgebruik, bestrijdingsmiddelen, depositie van luchtverontreiniging, lozingen vanuit de riolering op de zuivering waarbij niet alle risicostoffen eruit worden gehaald (al zijn deze vaak nog niet genormeerd)).

Artikel 11 lid 5: herziening van vergunningen en toestemmingen als de doelstellingen niet worden bereikt

In Nederland zal op veel plaatsen niet op tijd aan de KRW-doelstellingen worden voldaan. Niet in 2015, niet in 2021 en misschien ook nog niet in 2027 . Deze wetenschap is reeds nu van belang in verband met hetgeen is bepaald in artikel 11, lid 5 KRW dat luidt:

“5. Wanneer uit monitoringsgegevens of andere gegevens blijkt dat de doelstellingen uit hoofde van artikel 4 voor een waterlichaam *vermoedelijk niet worden bereikt*, zorgen de lidstaten ervoor dat:

- de oorzaken van het eventuele falen worden onderzocht;
- *de betrokken vergunningen en toestemmingen onderzocht en zo nodig herzien worden;*
- de monitoringsprogramma's getoetst en zo nodig bijgesteld worden;
- eventueel *noodzakelijke aanvullende maatregelen worden getroffen teneinde die doelstellingen te bereiken, waaronder indien nodig de vaststelling van strengere milieukwaliteitsnormen, (...)*”.

Uit de bepaling blijkt dat, indien *lijkt* dat de doelstellingen niet tijdig zullen worden gehaald, het niet is toegestaan om toestemming te verlenen voor nieuwe activiteiten die de waterkwaliteit nadelig beïnvloeden . Integendeel: in plaats van nieuwe activiteiten toe te staan dienen bestaande vergunningen en toestemmingen te worden herzien. Dat kan natuurlijk als onderdeel van het maatregelenprogramma, maar ons is vooralsnog niet duidelijk of bij de recent vastgestelde waterplannen (december 2015) rekening is gehouden

met artikel 11, lid 5 KRW en een verplichting om bestaande toestemmingen te herzien is opgenomen in deze plannen. Ook dient nog onderzocht te worden in hoeverre de plannen expliciet per waterlichaam en per activiteit aangeven op welke uitzonderingsbepalingen uit de KRW men zich – indien de doelen niet worden gehaald - wil of kan beroepen en waarom. Daarbij dient wederom opgemerkt te worden dat de verplichtingen van de KRW zich niet beperken tot alleen toestemmingen en vergunningen op grond van de Waterwet!

Geen achteruitgang

Naast de doorwerking van de kwaliteitseisen in de besluitvorming is ook van belang of en hoe wordt voldaan aan het vereiste van **'geen achteruitgang'** uit de KRW.

In het BKMW 2009 werd in artikel 16 bepaald:

“2. Er is niet aan artikel 5.2b, vierde lid, van de wet 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”

De Raad van State oordeelde – mede naar aanleiding van de toelichting bij het BKMW 2009- over de vraag wanneer er sprake is van achteruitgang als volgt:

“er is sprake van een achteruitgang in waterkwaliteit, indien de toestand van een waterlichaam in een lagere toestandklasse is gekomen.”¹

De toelichting bij de wijziging van het BKMW 2009 luidt als volgt:

“Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt in dit verband te wijzen op een recent arrest van het Hof van Justitie van de EU (hierna: Europese Hof), waarin een uitleg wordt gegeven aan het vereiste van geen achteruitgang in artikel 4, eerste lid, van de KRW. Om dit vereiste voor de toepassing in Nederland te operationaliseren en een eenduidige uitleg door alle waterbeheerders te verzekeren, is daaraan in artikel 16 van het Bkmw 2009 een nadere invulling gegeven. Uit het arrest blijkt dat het Europese Hof tot dezelfde uitleg komt als in artikel 16 is gegeven, met name dat het vereiste van geen achteruitgang betrekking heeft op een verslechtering van de toestandklasse voor een kwaliteitselement van de watertoestand, dat naar de afzonderlijke kwaliteitselementen moet worden gekeken en dat in de slechtste toestandklasse geen verdere verslechtering mag optreden”.

Het Hof van Justitie heeft het begrip 'geen achteruitgang' als in rechtsoverweging 70 als volgt uitgelegd:

“Gelet op een en ander dient op de tweede en derde vraag (*prejudiciële vragen van de Duitse rechter*) te worden geantwoord dat het begrip „achteruitgang van de

¹ Borgharen: ABRvS 8 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3249, met een verwijzing naar het destijds geldende art. 16 BKMW 2009 en de Memorie van Toelichting.

toestand” van een oppervlaktewaterlichaam in artikel 4, lid 1, onder a), i), van richtlijn 2000/60 aldus moet worden uitgelegd dat sprake is van achteruitgang zodra *de toestand van ten minste een van de kwaliteitselementen als bedoeld in bijlage V bij die richtlijn een klasse achteruitgaat*, zelfs als die achteruitgang niet tot gevolg heeft dat het oppervlaktewaterlichaam in het algemeen wordt ingedeeld in een lagere klasse. Indien het betreffende kwaliteitselement als bedoeld in deze bijlage zich reeds in de laagste klasse bevindt, vormt iedere achteruitgang van dat element evenwel een „achteruitgang van de toestand” van een oppervlaktewaterlichaam in de zin van dat artikel 4, lid 1, onder a), i).”

Er is nog geen jurisprudentie over het BKMW 2009 zoals dat per 1 januari 2016 is gewijzigd. Mogelijk kan het BKMW 2009 richtlijnconform worden uitgelegd wat betreft het begrip geen achteruitgang, ook al was de toelichting bij het oorspronkelijke BKMW 2009 duidelijk over de bedoeling dat er pas sprake was achteruitgang *indien het oppervlaktewaterlichaam in het algemeen* wordt ingedeeld in een lagere klasse (r.o. 69 in de Hofuitspraak en de wijze waarop zowel Duitsland als Nederland de verplichting uitlegden). Er is ook nog geen Nederlandse jurisprudentie over het begrip ‘geen achteruitgang’ na het Wezer-arrest.

Formele standpunt van de Minister van I en M over de consequenties van de Wezerzaak

In een brief van 25 november 2015 aan de Tweede Kamer heeft de minister van I&M uiteengezet hoe zij de consequenties van het Wezer-arrest ziet.² Haar oordeel komt kort samengevat op het volgende neer:

- de Nederlandse programmatische aanpak is niet in strijd met KRW;
- het begrip ‘geen achteruitgang’ komt overeen met de uitleg in Nederlandse wetgeving;
- de ontwikkelingen in het waterrecht zullen nauwlettend worden gevolgd; en
- de KRW-vereisten worden in de regelgeving onder de Omgevingswet nauwkeurig geïmplementeerd.

Voorts constateert ze dat de Nederlandse werkwijze hoge eisen stelt aan de plannen en dat de praktijk ingewikkeld kan zijn.

In een eerder overleg van de Stuurgroep Water is kennis genomen van deze duiding en is afgesproken dat het zinvol is om aan de hand van praktijkcases van plannen en projecten/vergunningen eventuele risico’s en beheersing daarvan uit te diepen. Daarvoor wordt een bijeenkomst georganiseerd met betrokkenen. Daarin wordt nagegaan of de praktijk voldoende aansluit bij de beoogde werking van de nationale wetgeving.

² Dossier 27625/kst 31710.

De Omgevingswet

De systematiek van de Omgevingswet gaat net als de huidige regelgeving uit van een **indirecte toetsing** aan omgevingswaarden via plannen. Het concept Besluit kwaliteit leefomgeving³ stelt dat bij de vaststelling van programma's het bestuursorgaan voor 'waterwinlocaties' 'rekening houdt met' bepaalde omgevingswaarden. Nu expliciet de term 'waterwinlocaties' wordt gebruikt kan daaruit worden afgeleid dat ook voor de beschermde gebieden geen strikter beschermingsregime wordt gehanteerd. Daarbij moet worden bedacht dat de KRW ervan uit gaat dat de bescherming zodanig dient te zijn dat de zuiveringsinspanning zal verminderen.

In de Omgevingswet wordt ook geen sterkere juridische binding beoogd, nu gekozen wordt voor een 'rekening houden met' omgevingswaarden. Geconstateerd kan worden dat hier een spanningsveld kan ontstaan met de verplichtingen uit de KRW, zeker waar het beschermde gebieden – zoals die voor de drinkwaterwinning - betreft. Juist ten aanzien van artikel 7 KRW, maar zeer vermoedelijk ook ten aanzien van de milieudoelstellingen uit artikel 4 KRW, kan worden aangenomen dat het gaat om resultaatsverplichtingen, waar slechts niet (op tijd) aan hoeft te worden voldaan indien een terecht en goed gemotiveerd beroep op de uitzonderingsbepalingen uit de KRW kan worden gedaan.

Onduidelijk is nog (maar zeer waarschijnlijk is dat wel het geval), of de Omgevingswet ook blijft uit gaan van de mogelijkheid van een programmatische aanpak voor de waterkwaliteit. Onduidelijk is eveneens op welke wijze dan voldaan kan worden aan de uitleg van artikel 4 en artikel 11 lid 5 KRW (zoals hiervoor besproken).

Artikel 8.9 van het ontwerp Besluit kwaliteit leefomgeving (BLK) gaat uit van een indirecte toetsing van wateractiviteiten aan omgevingswaarden. De in de toelichting voorziene werkwijze die inhoudt "dat de vergunning alleen wordt verleend als de activiteit verenigbaar is met het belang van beschermen en verbeteren chemische en ecologische waterkwaliteit en/of vervulling toegekende maatschappelijke functies" zou in beginsel richtlijnconform kunnen worden uitgelegd, maar dat is afhankelijk van het antwoord op de vraag

- of inderdaad wordt *gegarandeerd* dat de toepassing conform de uitleg van het Hof van Justitie in het *Wezer*-arrest zal zijn; en dat ook geldt voor de verbeteringsdoelstelling;
- in hoeverre saldering c.q. de programmatische aanpak mogelijk zijn/blijven; dit lijkt niet waarschijnlijk gezien de bewoordingen die het Hof van Justitie kiest;
- wat het regime voor beschermde gebieden - zoals de gebieden die worden gebruikt voor de drinkwaterwinning - zal inhouden en of dit afdoende bescherming garandeert;

³ Wij baseren ons hier op informatie zoals die is verkregen via de opdrachtgever, nu het concept BKL nog niet openbaar is.

- of duidelijk is hoe de verschillende overheden (niet alleen de waterbeheerders) invulling geven aan artikel 11 lid 5 KRW;
- of de beleidsvrijheid die ontstaat door de systematiek van de Omgevingswet en de keuze voor een indirecte toetsing en een 'rekening houden met' alleen kan worden ingevuld door een expliciet en gemotiveerd beroep op de uitzonderingen die de KRW biedt door alle overheden die activiteiten reguleren die van invloed zijn op de waterkwaliteit.

Het veiligstellen van de duurzame drinkwatervoorziening wordt niet expliciet als beoordelingsregel voor de aanvraag van een wateractiviteit beschouwd maar valt onder vervulling van maatschappelijke functies.

Het kan worden betwijfeld of met de Omgevingswet en het BLK aan de voorwaarden die voortvloeien uit de KRW en de daaraan door het Hof van Justitie gegeven interpretatie kan worden voldaan. Nu het bij de drinkwatervoorziening gaat om een functie waarvoor de KRW expliciet een bijzonder beschermingsregime met een duidelijke doelstelling kent, verdient het aanbeveling de bescherming meer expliciet in de Omgevingswet zeker te stellen. Dat zou kunnen door de veiligstelling openbare drinkwatervoorziening expliciet in de NvT bij art. 8.9 te benoemen, alhoewel dat waarschijnlijk onvoldoende is. Voorts wordt aanbevolen om voor activiteiten die van invloed kunnen zijn op de waterkwaliteit in beschermde gebieden (zoals de gebieden die bestemd zijn voor de drinkwatervoorziening) zorg te dragen voor een betere en meer dwingende doorwerking waarbij meer sturing op waterkwaliteit mogelijk is. Dit is meer in lijn met de uitspraak van het Hof van Justitie in de Wezer-arrest (C-461/13). Voor grondwater gelden overigens dezelfde aanbevelingen.

Mogelijkheden voor de drinkwaterbedrijven om hun belangen voor het voetlicht te brengen

In het voorgaande zijn de belangen van de drinkwaterbedrijven – de bescherming en de verbetering van de kwaliteit van water dat wordt gebruikt voor de winning van drinkwater – en de wijze waarop deze in het huidige en toekomstige recht worden meegewogen aan de orde gekomen.

Er zijn verschillende manieren om de belangen voor het voetlicht te brengen:

- lobbywerk en aandacht voor de problematiek vragen bij politiek en publiek;
- aandringen op een betere bescherming van het publieke belang van de drinkwatervoorziening in de Omgevingswet en het BLK. Daarbij gaat het om het zorg dragen voor een betere en meer dwingende doorwerking waarbij meer sturing op waterkwaliteit mogelijk is. Dit kan door het in acht nemen van de omgevingswaarden door alle overheden die activiteiten reguleren of uitvoeren die van invloed zijn op de waterkwaliteit (grondwater en oppervlaktewater) in beschermde gebieden op grond van artikel 7 KRW, maar wellicht zijn er ook andere mogelijkheden om het gewenste resultaat te bewerkstelligen. Dat is ook beter in lijn met de zorgplicht in de Drinkwaterwet. Vooralsnog kan uit het Wezer-arrest niet klip en klaar worden

afgeleid dat een programmatische aanpak met saldering is toegestaan. Of een maatregelenprogramma met aangescherpt generiek en specifiek beleid in de plaats kan komen van een directe toetsing is niet helemaal duidelijk. Bij beschermde gebieden kan daarom beter gekozen worden voor een preventieve benadering die in ieder geval de beschermde gebieden goed beschermd.

- Bij de vaststelling van plannen zo goed mogelijk zeker stellen dat alle wateren die van belang zijn voor de drinkwaterwinning inderdaad deze functie formeel hebben in de waterplannen en omgevingsplannen.
- Bij vergunningverlening de belangen van de drinkwaterbedrijven naar voren te brengen. Dit geldt niet alleen om vergunningen verleend door waterbeheerders.
- Daar waar het water niet aan de kwaliteitseisen voldoet vragen om nadere eisen of maatwerkvoorschriften indien er algemene regels van toepassing zijn.
- Een geschikte casus zoeken voor een proefproces zodat duidelijk wordt wat de nieuwe lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt. Indien nodig zou geprobeerd kunnen worden de Afdeling bestuursrechtspraak prejudiciële vragen te laten stellen of de systematiek van de Omgevingswet, die uitgaat van een programmatische aanpak met de mogelijkheid van saldering, in lijn is met het regime zoals het Hof van Justitie dat in de Wezeruitspraak uitlegt. Nu het Hof van Justitie veel nadruk legt op de systematiek van de KRW als geheel, zou het aanbeveling verdienen ook de systematiek van de Omgevingswet als geheel te laten beoordelen. Daarbij spelen de verruimde beleidsvrijheid van overheden en de experimenteerbepalingen in combinatie met de indirecte toetsing aan omgevingswaarden een belangrijke rol.