



Universiteit Utrecht

De juridische mogelijkheden van alternatieve afvalwatervoorzieningen

Onderzoek in opdracht van de provincie Flevoland

Dr. Andrea Keessen, Dr. Martijn van Kogelenberg, Tim de Graaff

Utrecht, februari 2018



Utrecht Centre
for Accountability
and Liability Law



Utrecht Centre for Water,
Oceans and Sustainability Law

Inhoudsopgave

Samenvatting

1 Inleiding

2 De Europese Richtlijn Stedelijk Afvalwater en de Kaderrichtlijn water

2.1 De Richtlijn stedelijk afval

2.2 De Kaderrichtlijn water

2.3 Conclusies

3 De Nederlandse publiekrechtelijke wet- en regelgeving

3.1 De zorgplichten voor stedelijk afvalwater

3.2 Doorwerking van Europese waterkwaliteitseisen in Nederland

4 Verandering door de Omgevingswet?

4.1 Rioleren tenzij

4.2 Lozingen

4.3 Omgevingswaarden

4.5 Conclusies

5 Privaatrecht

5.1 Partijautonomie, contractvrijheid en art. 3:40 BW

5.2 Misbruik van bevoegdheid via art. 3:13 BW

5.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en art. 3:14 BW

5.4 Doorkruisingsleer

5.5 Toepassing bepalingen BW en doorkruisingsleer in de casus Oosterwold

5.6 Een analyse op contractsniveau

5.7 Conclusies

6 Conclusies

Samenvatting

Dit onderzoek laat zien welke juridische mogelijkheden er zijn om individuele of collectieve afvalwaterzuiveringssystemen te realiseren. Er wordt specifiek ingegaan op situaties die zich voordoen, of voor kunnen doen in de provincie Flevoland, en in het bijzonder op Almere Oosterveld.

De Europese Richtlijn Stedelijk Afvalwater en de Kaderrichtlijn water

De Richtlijn Stedelijk Afvalwater (RSA) reguleert de inzameling, het zuiveren en het lozen van stedelijk afvalwater en het effect hiervan op de waterkwaliteit in de EU. Het is de plicht van Nederland om te voldoen aan de eisen die hier in zijn gesteld. De kwaliteitseisen die worden gesteld op de afvalwaterzuivering, zijn afhankelijk van twee factoren: Het aantal inwoners dat in het desbetreffende gebied woont, en of er sprake is van een kwetsbaar gebied. Nederland heeft al haar gebieden aangewezen als kwetsbaar gebied, dus de enige factor van belang is het inwoneraantal.

Voor een agglomeratie geldt dat er geen afvalwater hoeft worden ingezameld als er minder dan 2.000 inwoners zijn. Tussen de 2.000 en 10.000 inwoners moet er een inzamelingssysteem zijn, waar het afvalwater minstens een secundaire behandeling krijgt en vanaf 10.000 inwoners moet er minstens een tertiaire behandeling zijn van het afvalwater. Een belangrijke kanttekening is dat de definitie van agglomeratie in de RSA zo vaag is, dat er een goede kans bestaat dat Oosterveld bij de agglomeratie Almere hoort, wat betekent dat het inwoneraantal van 2.000 al gepasseerd is en er dus al een inzamelingssysteem zou moeten zijn.

Binnen de RSA kan er een uitzondering worden gemaakt op de verplichting om een opvangsysteem aan te leggen en dit biedt ruimte voor innovatieve oplossingen. Dit kan gerechtvaardigd zijn als:

- Het systeem vanuit milieuoogpunt geen voordeel oplevert.
- Het systeem buitensporig duur is (in Nederland niet snel aan de orde).

De eis hierbij is wel dat het alternatieve systeem minstens dezelfde trap van zuivering als het standaardsysteem oplevert. Dit betekent dat als de waterschappen overgaan tot verdergaande zuivering in de rioolwaterzuiveringsinstallaties (rwzi), de IBA's ook dat rendement moeten halen.

De Nederlandse wet- en regelgeving

De RSA is onder meer geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer (Wm) en de Waterwet. In de Wm draagt de gemeente de zorgplicht voor de inzameling en het transport van stedelijk afvalwater. Het waterschap draagt zorg voor de zuivering van het stedelijk afvalwater. Eigenaren van een bouwwerk hebben de verplichting om een zodanige voorziening te hebben dat huishoudelijk afvalwater zonder gevaren voor de gezondheid wordt afgevoerd.

Met betrekking tot een alternatieve invulling geldt de volgende regeling: De gemeente heeft een zorgplicht voor de inzameling door middel van een openbaar vuilwaterriool en het transport naar een zuivering technisch werk van stedelijk afvalwater. Daarnaast mag de gemeente gebruik maken van afzonderlijke systemen of andere passende systemen (zoals IBA's) in beheer bij een gemeente, een waterschap of een rechtspersoon die door dezelfde gemeente of waterschap met het beheer is belast, indien met die systemen eenzelfde graad van milieubescherming wordt bereikt. Deze graad moet blijken uit het Gemeentelijk Rioleringsplan.

De keuze van een alternatieve invulling ligt bij de gemeente, maar er wordt aangeraden de provincie en het waterschap erbij te betrekken. Als voorbeeld hebben de gemeenten Sneek en Rhenen de zorgplicht voor afvalwater ingevuld door IBA's te plaatsen en te beheren. Deze gemeenten heffen een rioolheffing van de gebruikers.

Vervolgens is het belangrijk dat de wet een gemeente of waterschap weliswaar de mogelijkheid biedt om de exploitatie van bijvoorbeeld een IBA of een rwzi over te dragen aan een rechtspersoon, maar dat de zorgplicht altijd bij de overheid blijft, het gaat immers om de uitvoering van een publieke taak. Dat betekent volgens de Hoge Raad dat meer wordt verwacht dan alleen toezicht houden. De gemeente blijft dus ook na overdracht van het beheer bestuurlijk, juridisch en feitelijk verantwoordelijk voor het behalen van (tenminste) de derde trap.

Bij uitzondering kan een gemeente deze zorgplicht wel overdragen aan burgers (onthefving van de zorgplicht). Dit kan gebeuren in het buitengebied, als het inzamelen van afvalwater hier niet doelmatig gebeurt. Deze uitzondering, waar de provincie toestemming voor moet verlenen, is echter bedoeld voor één of meer losse boerderijen. Voor Oosterwold heeft de provincie geen ontheffing verleend.

Ook zijn er regels met betrekking tot het lozen van afvalwater op de bodem- of het oppervlaktewater. Ten eerste is dit verboden als het perceel waar dit gebeurt zich binnen 40 meter van de riolering of een rwzi bevindt. Hierop kan met maatwerk tijdelijk een uitzondering worden gemaakt. Ten tweede dient het water voor de lozing door een infiltratievoorziening te worden geleid. Tot slot bepaalt de gemeente met maatwerk onder welke voorwaarden er wel of niet op de bodem mag worden geloosd, als dit binnen het kader milieu wordt toegelaten en het waterschap voor wat betreft lozing op oppervlaktewateren bij hen in beheer. Daarnaast kan de provincie hier extra eisen aan stellen. Hieruit komt voort dat alternatieve mogelijkheden kunnen worden gerealiseerd, mits deze dezelfde graad

van milieubescherming bieden als de openbare zuiveringsriolen en deze op meer dan 40 m van riolering of rwzi zijn gelegen (of bij kortere afstand slechts tijdelijk zijn toegestaan). En zoals hierboven is toegelicht, mag de overheid het beheer wel overdragen, maar behoudt zij voor een agglomeratie wel haar zorgplicht.

Bij de toepassing van de Nederlandse regelgeving, is de Europese regelgeving leidend. Ook als de Waterwet niet wijzigt, dient de toepassing in de praktijk te voldoen aan de KRW. De KRW stelt alleen wettelijke eisen aan natuurlijke waterlichamen. De meeste waterlichamen in Nederland zijn kunstmatig of sterk veranderd, de ecologische normen zijn hiervoor vastgelegd in plannen, die dus gelden als beleidsdoelstellingen, en niet als wettelijke normen. Vanuit de KRW wordt er ook verschil gemaakt tussen puntbronnen en diffuse bronnen. Bij puntbronnen is een vergunning voor het lozen van water verplicht, terwijl dit bij diffuse bronnen facultatief is. Bij verontreiniging door diffuse bronnen is het noodzakelijk maatregelen te treffen ter preventie of beheersing van de introductie van gevaarlijke stoffen. Het waterschap heeft voor de wateren bij haar in beheer de plicht maatregelen te treffen om de milieukwaliteitseisen te bereiken, zoals vastgelegd in het provinciale waterplan en het waterbeheerplan.

Tot slot moet er worden vermeld dat uit de wetgeving en regelgeving blijkt dat bewoners de gemeente niet kunnen dwingen om riolering aan te leggen. Er kan alleen worden geëist dat de gemeente invulling geeft aan haar zorgplicht door in te grijpen als dat nodig is om de kwaliteit van inzameling en zuivering te handhaven.

Verandering door de Omgevingswet?

De Omgevingswet zal naar verwachting op 1 januari 2021 in werking treden. De nieuwe wet zorgt voor vereenvoudiging, meer ruimte voor initiatieven, lokaal maatwerk en vertrouwen. De grenzen tussen de verantwoordelijkheden van de gemeenten, provincies en het Rijk zullen vervagen, ze hebben immers allemaal dezelfde algemene zorgplicht. De gemeente blijft wel verantwoordelijk voor de inzameling en het transport van stedelijk afvalwater en het waterschap blijft verantwoordelijk voor het beheer en de zuivering van het afvalwater.

De regel dat een perceel aangesloten moet worden op de riolering als de afstand kleiner is dan 40 meter, verdwijnt. Percelen hoeven alleen gerioleerd te worden als dit doelmatig is. Een alternatieve invulling van de zorgplicht blijft onder voorwaarden mogelijk.

Een andere belangrijke wijziging van de wet is dat de mogelijkheid tot provinciale ontheffing van de zorgplicht verdwijnt. Het idee hierachter is dat de gemeente geen toestemming meer hoeft te vragen aan de provincie als zij een gebied niet aan wil sluiten op de riolering. De gemeente blijft echter wel gebonden aan het 2000-inwoners criterium. Dus ook onder de Omgevingswet beperkt dit criterium

het overdragen van de zorgplicht. Hoewel de provincie geen toestemming meer hoeft te verlenen, kan de provincie via instructieregels wel aanvullende regels stellen over de uitvoering van de inzameling en het transport van stedelijk afvalwater. Dit biedt de provincie de mogelijkheid om sturend op te blijven treden.

Voor het lozen van huishoudelijk afvalwater en het lozen op wateren anders dan Rijkswateren is vooralsnog ook onder Omgevingswet geen vergunning nodig. Dit betekent dat het lozen gaat via algemene (maatwerk)regels, waarbij decentraal een meldingsplicht kan worden ingesteld en maatwerkvoorschriften kunnen worden opgelegd.

Naast de algemene zorgplicht geldt er een specifieke zorgplicht voor diegene die een milieubelastende activiteit uitvoert, wat inhoudt dat deze persoon alles wat mogelijk is moet doen om negatieve gevolgen voor het milieu te voorkomen. Regels over het lozen en de kwaliteit van de zuivering zijn al zoveel mogelijk opgenomen in het 'Bal'. Er staan hier echter geen regels in voor lozing op regionale wateren. Als iets niet gedekt wordt (zoals de lozing op regionale wateren), kunnen regels decentraal worden vastgesteld, bijvoorbeeld in de provinciale omgevingsverordening of het gemeentelijke omgevingsplan.

Het Rijk en de provincie zijn bevoegd om instructieregels te geven aan de gemeente, het waterschap of de provincie. Aan deze regels moet worden voldaan en dit is een mogelijkheid om in te grijpen op de manier waarop lagere overheden hun bevoegdheid uitoefenen. De Omgevingswet biedt ruimte voor een alternatieve inzameling en zuivering van afvalwater en schrijft voor dat hiervoor nadere regels worden opgesteld via instructieregels.

De nieuwe Omgevingswet biedt onder voorwaarden ruimte voor een experiment waarbij wordt afgeweken van de regels van de Omgevingswet en de bijbehorende regelgeving. De belangrijkste voorwaarden is dat er bij het experiment nog steeds wordt voldaan aan de internationaalrechtelijke verplichtingen (waaronder het Europese recht).

In de context van Oosterwold zou een experiment de overdracht van het beheer van afvalwaterinzameling aan burgers kunnen zijn, in de zin van exploitatie. Overdracht van exploitatie aan een privaatrechtelijk rechtspersoon is zonder meer mogelijk. Ook onder de Omgevingswet zal de zorgplicht zeer waarschijnlijk niet kunnen worden overgedragen daar waar het gaat om agglomeraties zoals Almere Oosterwold, omdat inzameling en zuivering van afvalwater een publieke taak is en blijft waarvoor gemeente en waterschap verantwoordelijk zijn.

Privaatrecht

Een belangrijk onderdeel van het privaatrecht, en in het bijzonder het contractenrecht, is de partijautonomie. Hiermee hangt contractvrijheid nauw samen. Dit houdt in dat beide partijen zelfstandig kunnen beslissen bij een contract hoe ze hun privaatrechtelijke verhoudingen vorm willen geven. Contractvrijheid houdt in dat partijen mogen beslissen of, met wie en waarover zij contracteren. Een belangrijke beperking van deze contractvrijheid is gelegen in de regel dat het sluiten van een contract in strijd met een dwingende wetsbepaling kan leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid van het contract. Bovendien kan de inhoud of strekking van een contract in strijd zijn met de openbare orde en om die reden nietig zijn.

Belangrijk is dat er regelgeving en rechtspraak bestaat die de burger beschermt tegen de overheid, als zij misbruik maakt van haar bevoegdheid. Dit kan voorkomen als een overheid naast de publiekrechtelijke bevoegdheden ook haar privaatrechtelijke mogelijkheden gebruikt, bijvoorbeeld wanneer de overheid optreedt als vergunningverlener (publiek) en (of in plaats daarvan) als eigenaar (privaat). De overheid mag haar bevoegdheid alleen gebruiken waarvoor deze bestemd is. Bovendien mag de overheid haar privaatrechtelijke bevoegdheid niet zomaar uitoefenen als zij ook de keus had om hetzelfde resultaat te bereiken via een publiekrechtelijke, met meer waarborgen omgeven, route.

Voor de casus Oosterwold is het belangrijk om met betrekking tot het afvalwaterbeheer te weten of de contracten die de gemeente sluit met de koper in gevaar worden gebracht door de samenloop van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regels.

In Oosterwold moet de gemeente zoals gezegd volgens de Wet Milieubeheer in beginsel óf rioleren (dat gaat tegen de doelstellingen van het project in) óf een alternatieve invulling geven aan de op haar rustende zorgplicht. De zorgplicht ziet op het bereiken van hetzelfde (hoge) beschermingsniveau als wanneer de gemeente zou hebben gerioleerd. Dat eventuele alternatief voor rioleren, bijvoorbeeld via de inzet van IBA's, is dus – onder de zojuist geformuleerde voorwaarde - publiekrechtelijk toegestaan. Via de privaatrechtelijke weg – het koopcontract – heeft de gemeente echter de verantwoordelijkheid en het risico voor deze alternatieve vorm van afvalwaterbeheer geheel bij de burger gelegd.

In het contract tussen de Gemeente Almere en de koper is opgenomen dat het risico voor het beheer van afvalwater volledig bij de koper ligt. Mocht er schade ontstaan, bijvoorbeeld omdat de IBA niet goed functioneert, dan ligt contractueel de verantwoordelijkheid bij de koper en deze kan zich ook niet op de gemeente verhalen. Uit de overeenkomst wordt dus niet duidelijk hoe de Gemeente laat zien dat zij eindverantwoordelijk draagt voor de verwerking van afvalwater. Met andere woorden, de

wijze waarop de gemeente haar *privaatrechtelijke* bevoegdheden als eigenaar/verkoper inzet verdraagt zich in dit geval mogelijksterwils minder goed met haar *publiekrechtelijke* taak terzake het afvalwaterbeheer. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de rechter de betreffende contractuele bepaling waaruit de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor de burger/koper voor het afvalwaterbeheer volgt, in voorkomende gevallen vernietigt.

Er ontstaat ook een probleem als de oorspronkelijke koper zijn grond doorverkoopt aan een volgend persoon. Als de koper met zijn opvolger een overeenkomst sluit waarin niets is geregeld over de zorg van het afvalwaterbeheer en er is ook geen derdenbeding ten gunste van de gemeente is opgenomen, dan wordt de gemeente beperkt in haar privaatrechtelijke mogelijkheden om regie te voeren over het beheer van het afvalwater. De Gemeente is immers geen betrokken partij bij de overeenkomst tussen koper en opvolger.

De gemeente kan de oorspronkelijke koper wel aanklagen wegens wanprestatie (voor het niet opnemen van het waterbeheer in het contract), maar kan hier slechts een schadevergoeding voor terugkrijgen.

Een oplossing voor bovengenoemde problemen zou kunnen zijn dat de koper een opstalrecht ten behoeve van de Gemeente vestigt op de particuliere afvalverwerkingsinstallatie. Dit zou betekenen dat de Gemeente het beheer van de IBA en de verantwoordelijkheid daarover heeft. Daarbij komt ook dat het opstalrecht meegaat, als de grond wordt doorverkocht. Op deze wijze is het de gemeente die zelf een invulling geeft aan de alternatieve invulling van de zorgplicht. Een nadeel hierbij is wel dat de autonomie van de koper wordt beperkt. Een tweede nadeel is dat dit alleen ingevoerd zou kunnen worden op nieuw verkochte percelen. Bij reeds verkochte percelen kan de overheid de eigenaar niet dwingen om een opstalrecht ten gunste van de Gemeente te vestigen.

Een tweede oplossing zou kunnen zijn dat de gemeente meer zeggenschap over de IBA's probeert te creëren door met de koper af te spreken dat de Gemeente verantwoordelijk is voor het beheer en onderhoud. Dit zou nader ingevuld kunnen worden doordat de Gemeente zelf de IBA's aanschaft, zodat ze vanaf het begin meer grip heeft op de situatie. Een nadeel hierbij is wel dat de Gemeente afhankelijk is van de welwillendheid van de koper/eigenaar. Als de koper de Gemeente niet op zijn grond wil laten, wordt het beheer van de IBA lastig. Daarnaast geldt ook hier weer dat dit vooral op nieuw verkochte percelen toegepast kan worden.

1 Inleiding

Dit onderzoek naar de juridische mogelijkheden van alternatieve afvalwatervoorzieningen dient ter beantwoording van de vraag wat de juridische (on)mogelijkheden zijn voor de realisatie van (private) individuele of collectieve afvalwaterzuiveringsvoorzieningen. Dit heeft betrekking op (1) wat de huidige Europese en nationaalrechtelijke verplichtingen zijn ten aanzien van afvalwaterinzameling en afvalwaterzuivering, waarbij ook wordt vooruitgeblikt of en zo ja hoe deze verplichtingen zullen wijzigen onder de Omgevingswet, en (2) de wijze waarop experimenten met private individuele of collectieve afvalwaterzuivering in het huidige juridische kader kunnen worden ingepast.

Om deze vragen te beantwoorden zoeken wij uit:

1. Welke (zorg)plichten heeft de overheid (waaronder decentrale overheden) voor de inzameling, zuivering en lozing van afvalwater op grond van het Europese recht en het Nederlandse recht? Hoe is dit geregeld onder de Omgevingswet?
2. Aan welke eisen moet de rioolwaterzuivering voldoen voor een woonwijk als Almere Oosterwold op grond van het Europese recht (mede gelet op de wijze waarop deze eisen zijn geïmplementeerd in het Nederlandse recht)?
3. Welke (zorg)plichten hebben burgers voor de zuivering en lozing van afvalwater op grond van het Nederlandse recht? Hoe is dit geregeld onder de Omgevingswet?
4. Hoe is de regelgeving momenteel in het buitengebied voor degenen die te ver van de riolering afliggen; hebben die partijen een IBA verplichting? Wanneer moeten zij aansluiten op de riolering? Hoe is dit onder de Omgevingswet geregeld?
5. Vanaf wanneer is Oosterwold als gebied een agglomeratie, hoe kijkt de EU regelgeving (en de Nederlandse regelgeving) daar naar?
6. Welke eisen gelden voor individuele IBAs? Kan de provincie zelf een norm stellen aan effluentlozingen van individuele IBAs of kleinschalige collectieve afvalwaterzuiveringsinstallaties? Hoe is dit geregeld onder de Omgevingswet?
7. Hoeveel ruimte biedt het Europese recht voor innovatieve oplossingen? Is er jurisprudentie over uitzonderingen op de Richtlijn Stedelijk Afvalwater? Hoeveel ruimte biedt het Nederlandse recht voor innovatieve oplossingen? Hoe is dit geregeld onder de Omgevingswet?
8. Kan de provincie/het waterschap een (strengere) waterkwaliteitsnorm opleggen dan de waterkwaliteitsnormen die nu gelden voor de (aangewezen en niet aangewezen) oppervlaktewateren in het gebied en wat is daarvoor de wettelijke grondslag?
9. Er is geen ontheffing voor de rioleringsplicht; wat doen we als (toekomstige) bewoners eisen dat we toch rioleren? Hoe is dit onder de Omgevingswet geregeld?
10. Kun je je als provincie/gemeente beroepen op een uitzonderingssituatie (niet rioleren) en tot wanneer kan er dan gedoogd worden omdat de nieuwe Omgevingswet er aan komt?
11. Mag de overheid de publieke taak van afvalwaterzuivering overlaten aan burgers?
12. Kun je als overheid toekomstige bewoners verplichten om te lozen via een innovatief eigen (of gezamenlijk) systeem?

13. Kun je, in het geval van een gezamenlijk innovatief systeem, nieuwe bewoners verplichten aan te sluiten bij een bestaand onderhoudscontract? Kun je bestaande bewoners verplichten zich aan te sluiten op een innovatief afvalwatersysteem?
14. We willen alle systemen testen, kun je dit bereiken? En zo ja, hoe? Kun je voorschrijven wie welk systeem koopt?
15. Wie is er verantwoordelijk en wie is aansprakelijk als de systemen die in het living lab getest worden niet (voldoende goed) werken, en kun je dit bijvoorbeeld organiseren bij projectontwikkelaars?
16. (Hoe) kan de tijdelijkheid van een living lab, met het oogmerk om nieuwe technieken uit te testen, worden aangevoerd als argument om tijdelijk afwijking van regels toe te staan?
17. Hoe kan het living lab juridisch het best worden geborgd?

Dit onderzoek richt zich op situaties die zich voordoen of voor kunnen doen in de provincie Flevoland. Gedacht kan worden aan een woonwijk zonder riolering, een boerderij in het buitengebied, een camping of een festivalterrein. Het niet van riolering voorziene Almere Oosterwold springt daarbij het meest in het oog, vandaar dat in het rapport regelmatig aan die situatie zal worden gerefereerd. Het is niet gebruikelijk om af te (mogen) zien van publieke riolering. Vrijwel heel Nederland is aangesloten op de riolering en daarmee op een rioolwaterzuivering (rwzi), die op hoog niveau (3^e trap) zuivert.¹ Wij verwachten daarom dat het huidige wettelijke kader niet zal zijn toegesneden op afzien van (publieke) riolering. Dat hoeft echter niet te betekenen dat de inpassing van alternatieven niet mogelijk is onder huidig recht of onder de Omgevingswet (en de bijbehorende amvb's).

Het onderzoek is rechtswetenschappelijk van aard. Dit betekent dat de gestelde vragen worden beantwoord door analyse van wetgeving, regelgeving en jurisprudentie met gebruikmaking van de beschikbare literatuur. Het onderzoek is verdeeld in een Europeesrechtelijk en een nationaalrechtelijk deel en dat laatste deel is nader onderverdeeld in een publiekrechtelijk en een privaatrechtelijk onderdeel. Kennis over de feitelijke en juridische problematiek die ten grondslag ligt aan dit onderzoek is opgedaan door middel van een bespreking van de onderzoeksvragen met de opdrachtgever en twee expertmeetings, waarbij de eerste resultaten van het juridische onderzoek zijn besproken met stakeholders.

2. De Europese Richtlijn Stedelijk Afvalwater en de Kaderrichtlijn water

Het Europese recht reguleert de inzameling, het zuiveren en lozen van stedelijk afvalwater in de EU Richtlijn Stedelijk Afvalwater. De lozing van afvalwater en het effect daarvan op de waterkwaliteit valt ook onder de EU Kaderrichtlijn Water. In dit hoofdstuk wordt per richtlijn

¹ <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/urban-waste-water-treatment/urban-waste-water-treatment-assessment-4>.

besproken welke verplichtingen voortvloeien uit het Europese recht voor de Nederlandse overheid. Aangezien ook andere Europese milieuwetgeving en jurisprudentie van belang kan zijn, zullen deze voor zover relevant ook worden besproken.

2.1 De Richtlijn stedelijk afvalwater

De Richtlijn Stedelijk Afvalwater (RSA) bestaat sinds 1991. Onder stedelijk afvalwater verstaat de richtlijn huishoudelijk afvalwater of het mengsel van huishoudelijk afvalwater, industrieel afvalwater en/of afvloeiend hemelwater. Ongezuiverd stedelijk afvalwater leverde naast vervuiling veroorzaakt door de landbouw een belangrijke bijdrage aan eutrofiëring van rivieren, meren en kustwateren. Inmiddels scoren verreweg de meeste lidstaten (en zeker de EU 15) heel hoog als het gaat om opvangen en behandelen van afvalwater.² Het doel van de Richtlijn is bescherming van het milieu tegen de nadelige gevolgen van lozing van stedelijk afvalwater (zie art. 1 RSA en C-280/02 Commissie tegen Frankrijk).

De behandeling van stedelijk afvalwater en de kwaliteitseisen die de Richtlijn aan het effluent stelt zijn afhankelijk van het aantal inwoner equivalenten³ en of er al dan niet sprake is van een kwetsbaar gebied. Kwetsbare gebieden zijn gebieden die

- a) zoet water, estuaria en kustwateren die gevoelig zijn voor eutrofiëring (eutroof zijn of worden zonder beschermende maatregelen);
- b) zoet water bestemd voor drinkwaterwinning als ze 50 mg/l nitraat of meer bevatten of waarschijnlijk bevatten;
- c) gebieden waar meer maatregelen noodzakelijk zijn om te voldoen aan andere Europese wetgeving, zoals de Zwemwaterrichtlijn.

Het is verplicht om kwetsbare gebieden aan te wijzen, tenzij een lidstaat er voor kiest om op het hele grondgebied afvalwater op hoog niveau wil zuiveren. In dat geval wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen kwetsbare, normale en minder kwetsbare gebieden. Dit is in Nederland het geval, net als in 15 andere lidstaten. Dat betekent dat een lidstaat op het gehele grondgebied afvalwater zuivert in overeenstemming met de eisen van Bijlage IB (art. 5 lid 8 RSA), de zogenoemde derde trap in de zuivering. Een soortgelijke keuze voor de toepassing van de strengste eisen op het gehele grondgebied is overigens gemaakt bij de uitvoering van de Nitraatrichtlijn en is ingegeven door de matige tot slechte waterkwaliteit gelet op de eisen die de Drinkwaterrichtlijn stelt en aan het voorkomen van eutrofiëring door

² Europese Commissie 2017, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Negende verslag over de uitvoering en de uitvoeringsprogramma's (zoals voorgeschreven in artikel 17) van Richtlijn 91/271/EEG

³ De RSA definieert een inwonerequivalent als de biologisch afbreekbare organische belasting met een biochemisch zuurstofverbruik gedurende vijf dagen van 60 g zuurstof per dag.

een teveel aan nutriënten in het oppervlaktewater en/of het grondwater, waardoor vrijwel het gehele grondgebied in aanmerking komt voor aanwijzing als kwetsbaar gebied.⁴

Een belangrijk begrip in de RSA is agglomeratie. De RSA definieert agglomeratie als volgt:

Een gebied waar de bevolking dan wel economische activiteiten voldoende geconcentreerd zijn om stedelijk afvalwater te kunnen verzamelen en naar een stedelijke waterzuiveringsinstallatie of een definitieve lozingsplaats af te voeren. (artikel 2 sub 4 RSA).

De term 'voldoende concentratie' is niet nader uitgewerkt in de richtlijn. De belangrijkste getalsmatige aanknopingspunten zijn 2.000 en 10.000 inwonerequivalenten.

De lidstaten hebben het begrip agglomeratie op verschillende manieren uitgewerkt. Bijvoorbeeld als 10 inwonerequivalenten in een gebied van honderd bij honderd meter waarbij nog zo'n vierkant geraakt wordt door tenminste een van de hoeken van het vierkant. In Nederland is dit nader uitgewerkt door de begrippen bebouwde kom en de 40 meter afstandsnorm tot de riolering. In Commissie tegen Ierland (C-316/06) heeft het Hof bepaald dat het niet toegestaan is om een agglomeratie op kunstmatige wijze te splitsen. Dus het is niet mogelijk om het deel van de agglomeratie dat niet is aangesloten op een opvangsysteem en de rioolwaterzuiveringsinstallatie (rwzi) om die reden af te splitsen van de rest van de agglomeratie als dit deel eigenlijk onderdeel vormt van de agglomeratie zoals gedefinieerd door de RSA. Het is dus goed mogelijk dat Almere Oosterwold wordt gezien als onderdeel van de agglomeratie Almere, in plaats van als zelfstandige agglomeratie.

Voor een agglomeratie geldt dat tot 2000 inwonerequivalenten het afvalwater niet hoeft te worden ingezameld.⁵ Als het afvalwater wel wordt ingezameld, moet het op passende wijze worden behandeld, tenzij de lozing plaatsvindt in zoet water en estuaria (artikel 7 RSA). In dat geval moet het stedelijk afvalwater voor lozing aan een toereikende behandeling worden onderworpen (artikel 7 RSA en artikel 2 sub 9 RSA). De RSA definieert 'toereikende behandeling' als behandeling van stedelijk afvalwater door middel van een proces en/of afvoersysteem waardoor de ontvangende wateren na de lozing aan de relevante kwaliteitsdoelstellingen en aan de relevante bepalingen van deze en andere Europese richtlijnen voldoen (artikel 2 sub 9 RSA).

Tussen de 2000 en de 10.000 inwonerequivalenten geldt de eis dat er een inzamelingsstelsel moet zijn (artikel 3 lid 1 RSA en Bijlage I.A RSA) met secundaire of een gelijkwaardige

⁴ Keessen, A.M., Runhaar, H.A.C., Schoumans O.F., Van Rijswijk, H.F.M.W., Driessen, P.J.J., Oenema, O & Zwart, K.B. (2011), 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*, 8 (2), pp.141-164.

⁵ Uit de jurisprudentie (C-252/05 Thames Water Utilities) blijkt dat niet ingezameld of weglekkend afvalwater onder de definitie van afvalstof valt in de zin van de Kaderrichtlijn afvalstoffen.

behandeling van het afvalwater (artikel 4 lid 1 RSA).⁶ Terwijl in normale of niet kwetsbare gebieden ook bij meer dan 10.000 inwonerequivalenten kan worden volstaan met secundaire behandeling, geldt voor kwetsbare gebieden dat in een agglomeratie met meer dan 10.000 inwonerequivalenten een meer geavanceerde behandeling is vereist. De lozing van een stedelijk afvalwaterwaterzuiveringsinstallatie moet voldoen aan de eisen van Bijlage I.B. RSA.

Inwonerequivalenten (i.e.)	Opvangsysteem	Zuiveringsniveau
< 2.000 i.e.	Niet verplicht	Als een opvangsysteem is aangelegd, volstaat passende behandeling, tenzij het gaat om lozing op zoet water of estuaria, dan is toereikende behandeling verplicht. ⁷
2.000-10.000 i.e.	Verplicht	Secondair of gelijkwaardige behandeling is verplicht
> 10.000 i.e.	Verplicht	Verdergaande behandeling is verplicht

Tabel 1 Overzicht verplichtingen ten aanzien van opvang en zuivering voor kwetsbare gebieden op basis van inwonertal van de agglomeratie (art. 3,4,5,7 RSA).

In de RSA wordt in artikel 3 een uitzondering gemaakt op de verplichting om een opvangsysteem aan te leggen.⁸ Dit is het geval als de aanleg van een opvangsysteem niet gerechtvaardigd is omdat het:

- a) vanuit milieuoogpunt geen voordeel zou opleveren, of
- b) buitensporig duur zou zijn (dat laatste is in Nederland niet gauw aan de orde).

In dat geval moet gebruik worden gemaakt van afzonderlijke systemen of andere passende systemen waarmee (tenminste) dezelfde graad van milieubescherming wordt bereikt.

Dit betekent voor Nederland dat als wordt afgezien van de aanleg van riolering en een rioolwaterzuiveringsinstallatie (rwzi), de afzonderlijke of andere passende systemen minimaal aan de derde trap van de zuivering moeten voldoen, aangezien dat de standaard is waar de Nederlandse rwzi's aan voldoen. Dit betekent ook dat als de waterschappen voor de rwzi's overgaan op de vierde trap van de zuivering, de afzonderlijke of andere passende systemen ook aan de vierde trap moeten voldoen.

⁶ Simpel gezegd verwijdering van stikstof en fosfor.

⁷ Een toereikende behandeling is in art. 2 (9) RSA gedefinieerd als behandeling van stedelijk afvalwater door middel van een proces en/of afvoersysteem waardoor de ontvangende wateren na de lozing aan de relevante kwaliteitsdoelstellingen en aan de relevante bepalingen van deze en andere richtlijnen voldoen.

⁸ De term in de RSA is opvangsysteem. Gelet op de verplichting om na aanleg van het opvangsysteem tenminste een passende behandeling toe te passen, wordt met opvangsysteem waarschijnlijk bedoeld op het geheel van riolering en zuivering.

De eisen die aan de opvangsystemen en de zuivering worden gesteld zijn te vinden in de bijlagen bij de Richtlijn. Ontwerp, bouw en onderhoud moeten in overeenstemming zijn met de beste beschikbare technische kennis die geen overmatig hoge kosten veroorzaakt, met name ten aanzien van volume en eigenschappen van het stedelijk afvalwater, het voorkomen van lekkages en de beperking van verontreiniging van de ontvangende wateren door overstort van hemelwater. De eisen van de RSA gelden voor alle zuiveringsinstallaties voor stedelijk afvalwater van de agglomeratie. Bij het ontwerp van de installaties dient met seizoensschommelingen in de belasting rekening te worden gehouden (art. 10 RSA) en dus ook met de seizoensgebonden aanwezigheid van toeristen (C-416/02 Commissie v Spanje).

Parameters	Concentratie	Minimumpercentage van vermindering [vermindering ten opzichte van de vracht van het influent]	Referentiemeetmethode
Biochemisch zuurstofverbruik (BZV₅ bij 20° C) zonder nitrificatie [...]	25 mg/l O ₂	70-90 [...]	[...]
Chemisch zuurstofverbruik (CZV)	125 mg/l O ₂	75	[...]
Totale hoeveelheid gesuspendeerde stoffen	35 mg/l [...] 35 overeenkomstig artikel 4, lid 2 (meer dan 10 000 i.e.) 60 overeenkomstig artikel 4, lid 2 (2 000 tot 10 000 i.e.)	90 [...] 90 overeenkomstig artikel 4, lid 2 (meer dan 10 000 i.e.) 70 overeenkomstig artikel 4, lid 2 (2 000 tot 10 000 i.e.)	[...]

Tabel 2 Eisen voor de lozingen van stedelijke waterzuiveringsinstallaties overeenkomstig art. 4 en 5 van de Richtlijn. Toegepast wordt de concentratiewaarde of de verminderingwaarde. Deze tabel is gebaseerd op Bijlage I bij de RSA.

De RSA bevat ook een uitzondering op het vereiste niveau van de zuivering. Artikel 6 RSA staat onder voorwaarden een uitzondering toe op het niveau van de zuivering voor minder

kwetsbare gebieden. Die lozingen moeten tenminste worden onderworpen aan een primaire behandeling en uit grondige studies moet blijken dat die lozingen geen nadelige invloed op het milieu hebben. Nederland kan echter geen beroep doen op deze uitzondering omdat Nederland geen onderscheid maakt tussen kwetsbare, normale en minder kwetsbare gebieden en het hoge niveau van zuivering (de zogenoemde derde trap) voor kwetsbare gebieden toepast op alle agglomeraties (vanaf 2000 inwonerequivalenten).

Overigens ligt het gelet op de eisen die de Kaderrichtlijn Water aan de waterkwaliteit stelt en de toegenomen aandacht voor 'nieuwe' stoffen, zoals geneesmiddelen en microplastics, eerder voor de hand dat de eisen die aan de zuivering en aan de lozing van (gezuiverd) stedelijk afvalwater worden gesteld zullen stijgen.⁹ Er is steeds meer aandacht voor nieuwe en opkomende stoffen, aangezien deze ondanks relatief lage concentraties nadelige effecten kunnen hebben op aquatische ecosystemen.¹⁰ Vooralsnog stelt de RSA alleen kwaliteitseisen ten aanzien van nutriënten (fosfor en stikstof, gesuspendeerde stoffen, biochemisch en chemisch zuurstofverbruik). Verder bevat de RSA verplichtingen ten aanzien van monitoring, controle en rapportage.

De Europese Commissie kan een formele inbreukprocedure starten tegen Nederland als de Commissie van mening is dat Nederland zijn verplichtingen onder de RSA niet is nagekomen. Dit kan resulteren in een veroordeling door het Europese Hof van Justitie en leiden tot oplegging van boetes en dwangsommen. De Europese Commissie heeft in het verleden al vele zaken gevoerd over niet-nakoming van deze richtlijn. De meeste zaken gingen over onjuiste omzetting van de RSA in nationale wetgeving. Daarnaast zijn er meer dan 20 zaken gevoerd over gebreken in de uitvoering van deze richtlijn ten aanzien van afwezige of gebrekkige opvangsystemen of onvoldoende kwaliteit van de zuivering. Uit C-395/13 Commissie tegen België blijkt dat de Commissie tot het opstarten van een inbreukprocedure over gaat als in een agglomeratie het opvangpercentage minder dan 98% bedraagt of wanneer de 2% niet-opgevangen residu gelijk of meer dan 2000 inwonerequivalenten betreft.

De Commissie gaat dus niet direct tot handhaving over als de opvang of de zuivering in een gemeente onvoldoende is, maar past daarbij de 2% norm of het 2000 inwonerequivalentencriterium toe, ook al eist de Richtlijn een opvangpercentage van 100% bij agglomeraties vanaf 2000 inwonerequivalenten.

⁹ <http://m.stowa.nl/Upload/publicaties/rwzi.pdf>.

¹⁰ Zie voor een voorbeeld T. Brodin, J. Fick, M. Jonsson, J. Klaminder, Dilute Concentration of a Psychiatric Drug Alter Behavior of Fish from Natural Populations, *Science* Vol 339, Issue 6121, pp. 814-815; dit gaat over het effect van benzodiazepine op vis (*perca fluviatilis*); beschikbaar via: <http://dx.doi.org/10.1126/science.1226850>.

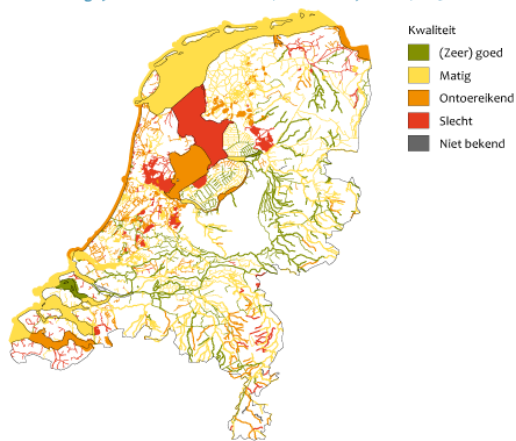
2.2 De Kaderrichtlijn water

De Kaderrichtlijn water (KRW) heeft tot doel om tot een geïntegreerde en samenhangende aanpak van het waterbeheer te komen. Deze richtlijn bevat het kader voor het waterbeheer, waarbij de (soms oudere) sectorspecifieke waterrichtlijnen een uitwerking vormen van de verplichtingen op deelreinen van het waterbeheer, zoals de RSA voor stedelijk afvalwater. De doelen van de KRW zijn het voorkomen van achteruitgang en het beschermen, verbeteren en herstellen van alle wateren met de bedoeling een goede chemische en ecologische toestand van oppervlaktewater en een goede chemische en kwantitatieve toestand van grondwater te bereiken in 2015 (art. 4 KRW en bijlage V).

Waar deze doelen te ambitieus blijken, biedt de KRW ruimte om door middel van een beroep op uitzonderingsgronden later dan wel aan lagere eisen te voldoen, dan wel slechts tijdelijk af te wijken in een overmachtssituatie. Voor kunstmatige en sterk veranderde wateren geldt een andere ecologische doelstelling, namelijk het bereiken van een goed ecologisch potentieel (art 4 KRW en bijlage V). De meeste Nederlandse wateren vallen onder dit regime. Verder heeft Nederland voor het bereiken van de KRW doelen ingezet op fasering tot 2027.¹¹

De chemische waterkwaliteit betreft de belasting met door de EU genormeerde prioritaire stoffen. De ecologische watertoestand bestaat uit vier onderdelen: hydromorfologie, biologie, specifiek verontreinigende stoffen en fysisch chemisch. Biologische parameters zijn het voorkomen van vis, waterplanten, macrofauna en algen. De ontwikkelingsmogelijkheden van deze biologische elementen worden bepaald door de hydromorfologie en door verontreiniging. De normen voor specifiek verontreinigende stoffen zijn deels per stroomgebiedsdistrict en deels nationaal vastgesteld door de lidstaten. De belangrijkste stoffen voor de fysisch chemische waterkwaliteit zijn stikstof en fosfor. Daarnaast spelen doorzicht en watertemperatuur een rol bij de bepaling van de fysisch chemische waterkwaliteit. Onderstaande figuur illustreert de toestand van de fysisch-chemische waterkwaliteit in Nederland in 2015. Hieruit blijkt duidelijk dat de waterkwaliteit op veel plekken niet voldoet aan de norm door een teveel aan nutriënten.

¹¹ Brief van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat dd. 15 december 2006, Kamerstukken 27 635 Waterbeleid; zie bijv. ook het MIRT overzicht verbetering Rijkswateren, beschikbaar via: http://mirt2016.mirtoverzicht.nl/mirtgebieden/project_en_programmabladen/529.aspx.



Bron: IHW (Waterschappen, RWS); bewerkt door PBL.

PBL/nov15
www.clo.nl/nl025215

Ten aanzien van nutriënten gelden twee verschillende soorten waterkwaliteitsnormen. De bekendste norm is de norm uit de Drinkwaterrichtlijn voor de bescherming van drinkwaterbronnen, te weten 50 mg/l N. Daarnaast zijn er normen voor nutriënten die zijn gericht op het voorkomen van eutrofiëring. Deze zijn relevant voor de regulering van inzameling en zuivering van stedelijk afvalwater (RSA) en van meststoffen in de landbouw (Nitraatrichtlijn). Deze ecologische doelen bestonden al voor de invoering van de KRW, maar deze normen waren niet nader uitgewerkt in concrete ecologische waterkwaliteitsdoelstellingen. Die zijn pas ontwikkeld bij de invoering van de KRW. De ecologische normen verschillen per type water en zijn doorgaans strenger dan de drinkwaternorm.¹²

2.3 Conclusies

1. Welke zorgplichten heeft de overheid voor de inzameling, zuivering en lozing van afvalwater op grond van het Europese recht (in het bijzonder de RSA en de KRW)?

Nederland heeft de plicht de RSA te implementeren en na te leven. De RSA bevat resultaatsverplichtingen voor de opvang en zuivering van stedelijk afvalwater en de monitoring van lozingen van stedelijk afvalwater en hun effect. Daarnaast verplicht de KRW Nederland tot het treffen van maatregelen om een goede chemische en ecologische waterkwaliteit te bereiken, waarbij de lidstaat overigens uitzonderingen kan invoeren. De uitwerking van de ecologische doelstelling en kwaliteitseisen van de KRW sluiten aan bij het doel van de RSA om maatregelen te treffen om te voorkomen dat water vervuild raakt en eutroof wordt als gevolg van lozingen van stedelijk afvalwater.

¹² Prof. dr. Annelies Freriks, dr. Andrea Keessen, dr. Daan Korsse, prof. dr. Marleen van Rijswijk en prof. dr. Kees Bastmeijer, Zover het eigen instrumentarium reikt, Een onderzoek naar de positie van de provincie Noord-Brabant en de Noord-Brabantse waterschappen bij de realisatie van de kaderrichtlijn waterdoelstellingen, met bijzondere aandacht voor de omgevingswet, onderzoek uitgevoerd in opdracht van de provincie Noord-Brabant en de Noord-Brabantse waterschappen, Utrecht, 2016, beschikbaar via: <https://www.uu.nl/utrecht-centre-for-water-oceans-and-sustainability-law/adviezen>.

2. Aan welke eisen moet de rioolwaterzuivering voldoen voor een woonwijk als Almere Oosterwold op grond van het Europese recht?

Nederland heeft gekozen stedelijk afvalwater te zuiveren op het niveau van de derde trap van de zuivering. Dit niveau moet in alle agglomeraties worden bereikt omdat Nederland op het gehele grondgebied het regime voor kwetsbare gebieden toepast. Zie tabel 1 en 2 voor het overzicht van de RSA verplichtingen naar grootte van de agglomeratie. Het doel van deze strenge voorschriften is het voorkomen van watervervuiling en eutrofiëring, wat zowel doelen zijn van de RSA als van de KRW.

5. Wanneer kwalificeert Almere Oosterwold als een agglomeratie in de zin van de RSA?

De RSA definieert een agglomeratie als een gebied waar de bevolking dan wel economische activiteiten voldoende geconcentreerd zijn om stedelijk afvalwater te kunnen verzamelen en naar een stedelijke waterzuiveringsinstallatie of uiteindelijke lozingsplaats te kunnen vervoeren. De inwonerequivalenten (i.e.) bepalen de omvang van de agglomeratie. Vanaf 2000 inwonerequivalenten is opvang en zuivering verplicht. Aangezien de definitie van agglomeratie niet nader is omschreven in de RSA en uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat agglomeraties niet kunstmatig mogen worden gesplitst, kan het zijn dat Almere Oosterwold niet pas bij 2000 i.e., maar al vanaf dag een onder de agglomeratie Almere valt en dus al vanaf dag een zou moeten voldoen aan de eisen van de RSA voor een agglomeratie met meer dan 2000 i.e..

7. Biedt de RSA ruimte voor innovatieve oplossingen?

De RSA bevat een uitzondering op de aansluit- en zuiveringsverplichting voor agglomeraties en biedt daarmee ruimte voor innovatieve oplossingen, mits deze minimaal dezelfde graad van milieubescherming bieden. Waarschijnlijk geldt deze verplichting op gebiedsniveau. Er is over dit onderwerp (nog) geen jurisprudentie van het Hof van Justitie.

10. Kun je je als provincie/gemeente beroepen op een uitzonderingssituatie (niet rioleren) en tot wanneer kan er dan gedoogd worden omdat de nieuwe Omgevingswet er aan komt?

Gelet op de Europese verplichting om tot riolering over te gaan zodra het gebied valt onder de definitie van agglomeratie in de zin van de RSA, kan alleen gedoogd worden totdat de 2000 inwonerequivalenten zijn bereikt. Als Almere Oosterwold niet wordt gezien als een zelfstandige agglomeratie, maar als onderdeel van de agglomeratie Almere, dan zijn de 2000 inwonerequivalenten al bereikt. Ook in dat geval kan gedoogd worden totdat de 2000 inwonerequivalenten zijn bereikt, omdat de Europese Commissie overtredingen van de RSA ook gedooft totdat meer dan 2000 inwonerequivalenten niet zijn aangesloten in een

agglomeratie. Pas bij overschrijding van die drempelwaarde, bestaat de kans dat de Europese Commissie wil beoordelen of de verplichtingen van de RSA wel worden nageleefd.

3. De Nederlandse wet- en regelgeving

De RSA is onder meer geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer (hierna: Wm) en de Waterwet. De Nederlandse wetgeving is lange tijd strenger geweest dan Europese regelgeving vereiste. Zo moest er voor gebieden waar de RSA niet tot riolering verplichtte een ontheffing verleend worden door de Provincie en werd de zorgplicht uitsluitend als riolerings- of aansluitplicht gezien.¹³ De strenge wet- en regelgeving is sinds 2007 versoepeld door middel van de wijziging van een aantal wetten over de waterhuishouding, waaronder de Wm. De wetsgeschiedenis geeft aan dat de nieuwe regeling bewust een breuk vormt met de vorige invulling van de zorgplicht, in de zin dat de aansluitplicht niet meer onverkort geldt. Hierna zal worden ingegaan op de juridische verschillen tussen de zorgplicht, de alternatieve invulling van de zorgplicht en de ontheffing van de zorgplicht.

3.1 De zorgplichten voor stedelijk afvalwater

De Wm voorziet in een algemene zorgplicht voor de gemeente voor de inzameling en het transport van stedelijk afvalwater (art. 10.33 Wm). Het waterschap draagt vervolgens zorg voor de zuivering van het stedelijk afvalwater (art. 3.4 Waterwet). De wetgever onderscheidt drie verschillende situaties: 1) aansluiting op de riolering, 2) alternatieve invulling van de zorgplicht,¹⁴ ook wel de verbrede zorgplicht genoemd, en 3) ontheffing van de zorgplicht.

Eigenaren van een bouwwerk hebben op grond van art. 6.15 Bouwbesluit 2012 de verplichting om een zodanige voorziening te hebben dat huishoudelijk afvalwater (en hemelwater) zonder gevaren voor de gezondheid wordt afgevoerd. De afvoer moet voldoen aan NEN 3215+C1 (art. 6.16 Bouwbesluit 2012). Het Bouwbesluit stelt ook eisen aan de terreinleiding en biedt het bevoegd gezag van de gemeente de mogelijkheid nadere eisen te stellen aan de aansluiting op de riolering dan wel op een ander passend systeem (art. 6.18 Bouwbesluit 2012).

Aansluiting en beheer

De hoofdregel is dat de gemeente ervoor zorg draagt dat het stedelijk afvalwater dat vrijkomt binnen het grondgebied van de gemeente af wordt gevoerd door middel van een openbaar vuilwaterriool naar een RWZI (artikel 10.33 lid 1 Wm). Het waterschap draagt vervolgens zorg voor de zuivering van het stedelijk afvalwater dat in het riool is gebracht in een daartoe bestemde inrichting. Deze inrichting kan worden geëxploiteerd door het waterschap of door

¹³ Memorie van Toelichting, Kamer II, 2005-2006, 30578, nr. 3, p. 7.

¹⁴ Memorie van Toelichting, Kamer II, 2005-2006, 30578, nr. 3, p. 9.

een rechtspersoon die door het bestuur van het waterschap met deze taak is belast (art. 3.4 Waterwet). De zuivering kan ook onder de zorg van de gemeente komen te vallen, als het bestuur van het waterschap en de gemeenteraad van de betrokken gemeente op voorstel van één van beide partijen hebben besloten dat de zuivering geschiedt in een daartoe bestemde inrichting onder de zorg van die gemeente. Een dergelijk besluit kan alleen worden genomen op grond dat dit aantoonbaar doelmatiger is (art. 3.4 lid 2 Waterwet).

Alternatieve invulling van de zorgplicht

Met de alternatieve invulling van de zorgplicht wordt duidelijk tot uitdrukking gebracht dat de gemeente ook op een andere wijze dan door middel van aanleg van een klassiek rioolstelsel aan de zorgplicht voor de inzameling en het transport van stedelijk afvalwater kan voldoen. De **vernieuwde** regeling in artikel 10.33 Wm houdt het volgende in: De gemeente heeft een zorgplicht voor de inzameling door middel van een openbaar vuilwaterriool en het transport naar een zuivering technisch werk van stedelijk afvalwater. Daarnaast mag de gemeente gebruik maken van afzonderlijke systemen of andere passende systemen (zoals IBA's) in beheer bij een gemeente, een waterschap of een rechtspersoon die door een gemeente of waterschap met het beheer is belast, indien met die systemen eenzelfde graad van milieubescherming wordt bereikt (art 10.33 lid 2 Wm).¹⁵ Dat eenzelfde graad van milieubescherming wordt bereikt, moet blijken uit het Gemeentelijk Rioleringsplan (10.33 lid 2 Wm en art. 4.22 Wm).

Het is opvallend dat artikel 10.33 Wm overdracht van het afvalwaterbeheer alleen naar rechtspersonen en niet naar natuurlijke personen (zoals individuele bewoners) mogelijk maakt. Dat is een duidelijk verschil ten opzichte van de ontheffing van de zorgplicht, waarbij zowel rechtspersonen als natuurlijke personen in aanmerking komen. Verder is van belang dat eenzelfde graad van milieubescherming moet worden geïnterpreteerd als minimaal de derde trap van de zuivering, aangezien Nederland voor de derde trap heeft gekozen voor rwzi's. Dus de derde trap is de standaard voor een agglomeratie en daarmee ook voor IBA's die in de plaats komen van een rwzi. Hierbij moet ook worden bedacht dat als de waterschappen voor de rwzi's kiezen voor de vierde trap, dit betekent dat ook het niveau van de afzonderlijke of andere passende systemen (zoals IBA's) omhoog moet naar de vierde trap om (tenminste) eenzelfde graad van milieubescherming te bereiken.

De vernieuwde regeling biedt dus verschillende mogelijkheden voor de inzameling van het afvalwater. De keuze uit deze mogelijkheden ligt primair bij de gemeente.¹⁶ Wel geeft de memorie van toelichting aan dat als een gemeente niet via riolering maar door middel van IBA's het afvalwater wil inzamelen, de betrokkenheid van waterschap en provincie gewenst

¹⁵ Het Burgerlijk Wetboek maakt een onderscheid tussen natuurlijke personen (mensen) en rechtspersonen (zoals stichtingen, verenigingen en BV's of NV's).

¹⁶ Memorie van Toelichting, Kamer II, 2005-2006, 30578, nr. 3, p. 9.

is.¹⁷ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze bepaling het mogelijk maakt dat de gemeente de zorg op zich neemt door middel van plaatsing en beheer van de IBA's.¹⁸ Hoewel de alternatieve invulling van de zorgplicht nog geen gemeengoed lijkt, zijn er gemeenten zoals Sneek en Rhenen die de alternatieve zorgplicht voor afvalwater invullen door IBA's aan te schaffen, te plaatsen, te beheren en te vervangen. Deze gemeenten heffen rioolheffing van de gebruikers van deze IBA's.¹⁹

De jurisprudentie over de alternatieve invulling van de zorgplicht voor afvalwater heeft betrekking op belastinggeschillen, maar biedt aanknopingspunten ten aanzien van wat van gemeente dan wel waterschap verwacht mag worden bij een alternatieve invulling van hun zorgplicht voor stedelijk afvalwater. Het komt er op neer dat de exploitatie overgedragen kan worden aan een rechtspersoon – de regeling staat geen overdracht toe aan een natuurlijke persoon (zoals een bewoner) – én dat ook bij overdracht de eindverantwoordelijkheid, de zorgplicht dus, níet kan worden overgedragen. Dus ook bij een alternatieve invulling van de zorgplicht blijft de overheid verantwoordelijk voor de uitvoering van haar publieke taak. Het volstaat niet om bevoegd gezag te zijn en aanwijzingen te kunnen geven. Zowel in bestuurlijk, juridisch als feitelijk opzicht moet de overheidsinstantie haar verantwoordelijkheid voor de inzameling en zuivering van afvalwater ten uitvoer kunnen brengen.

De Hoge Raad heeft zich over de alternatieve invulling van de zorgplicht uitgesproken in het geschil tussen het Hoogheemraadschap Delfland en de gemeente Midden-Delfland (HR 30 september 2016).²⁰ De Hoge Raad oordeelde dat artikel 3:4 Waterwet de mogelijkheid biedt om de exploitatie van een afvalwaterzuivering aan een rechtspersoon over te dragen. Uit de aan deze uitspraak voorafgegangene Hof en rechtbank uitspraak blijkt dat de rechters verschillen van mening over de invulling van het begrip beheer – de overdracht van de exploitatie kwalificeert bij de rechtbank niet en bij het Hof wel als overdracht van beheer - maar zij zijn het eens voor zover het gaat om de vraag of daarmee ook de zorgplicht is overgedragen. Zowel Hof als rechtbank oordelen dat het waterschap de zorg en (eind)verantwoordelijkheid behoudt bij uitbesteding aan een derde. Ook de Hoge Raad oordeelt dat de exploitatie kan worden overgedragen, maar dat de installatie in gebruik blijft voor het vervullen van een publieke taak. Zoals annotator Ban opmerkt, kan dus alleen de exploitatie worden overgedragen. De overheidsverantwoordelijkheid moet nog steeds in zowel bestuurlijk, juridisch als feitelijk opzicht ten uitvoer kunnen worden gebracht.

¹⁷ Memorie van Toelichting, Kamer II 2005-2006, 30578, nr. 3, p. 10.

¹⁸ Kamerstukken II 2005-2006 30578, nr. 3, p. 10.

¹⁹ Zie o.a. Rb 's Hertogenbosch 03-07-2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX1246, Hof Amsterdam 11-07-2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2900 en Hof 's Hertogenbosch 14-12-2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5578 voor de problematiek van de rechtmatigheid van belastingheffing bij overdracht van taken.

²⁰ ECLI:NL:HR:2015:2196.

Ook wat wordt bedoeld met het bestuurlijk, juridisch en feitelijk ten uitvoer brengen van de overheidsverantwoordelijkheid kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van de Hoge Raad uitspraak.²¹ Het ging namelijk om een publiek-private samenwerkingsconstructie (PPS) waarbij de eigendom van de rwzi niet werd overgedragen en het waterschap een design, build, finance and operate overeenkomst had afgesloten met de gemeente, die vervolgens de dagelijkse exploitatie had overgedragen aan een private partij. De uitvoering geschiedde volgens instructies van de gemeente en tegen betaling door de gemeente. Dat de gemeente eigenaar bleef van de rwzi, betaalde voor de geleverde diensten en instructies gaf is relevant in dit opzicht, want slechts het bevoegd gezag zijn en aanwijzingen kunnen geven is volgens de Hoge Raad (HR 4 februari 2011) niet voldoende voor het ten uitvoer brengen van overheidsverantwoordelijkheid.²²

Ontheffing van de zorgplicht

Als de inzameling en het transport van afvalwater in delen van het buitengebied niet doelmatig is, kan de gemeente bij de Gedeputeerde Staten een ontheffing aanvragen van de zorgplicht (art. 10.33 lid 3 Wm). Een ontheffing kan uitsluitend worden verleend voor, a) een gedeelte van het gemeentelijk grondgebied buiten de bebouwde kom en b) een bebouwde kom indien het hieruit voortkomende afvalwater een vervuilingsswaarde van minder dan 2000 inwonersequivalenten heeft. De provincie kan – als de ontwikkelingen in het gebied waarvoor ontheffing is verleend daartoe aanleiding geven - de ontheffing intrekken en bepalen binnen welke termijn alsnog moet worden aangesloten op een rwzi (art. 10.33 lid 4 Wm).

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze ontheffing bedoeld is voor een of meer losse boerderijen en dat een dergelijke ontheffing onderworpen is aan een doelmatigheidstoets. Deze doelmatigheidstoets mag de gemeente zelf maken. Kort gezegd is de afweging in hoeverre de kosten van aanleg opwegen tegen de baten voor het milieu. De provincie toetst dit en mag regels maken over de invulling van haar ontheffingsbevoegdheid. Als de ontheffing is verleend, draagt de gemeente geen zorgplicht meer, maar kan zij haar zorgplicht overdragen aan de eigenaren van bouwwerken gelegen in het gebied waarvoor ontheffing is verleend.

Voorbeeld: Provinciale Verordening fysieke leefomgeving Flevoland

Titel 2.2 Afvalwater

Artikel 2.4 Aanvraag ontheffing zorgplicht

De aanvraag om een ontheffing als bedoeld in artikel 10.33, derde lid, van de Wet milieubeheer bevat tenminste de volgende gegevens en bescheiden:

²¹ ECLI:NL:HR:2015:2196.

²² ECLI:NL:HR:2011:BP2972.

- a) het gemeentelijk rioleringsplan bedoeld in artikel 4.22 van de Wet milieubeheer of, indien het plan nog niet is vastgesteld, een overzicht van de aanwezige voorzieningen en de overige gegevens, bedoeld in artikel 4.22, tweede lid, van de Wet milieubeheer, voor dat deel van de gemeente waarop de aanvraag om ontheffing betrekking heeft;
- b) een overzicht van de lozings situatie in dat deel van de gemeente waarop de aanvraag om ontheffing betrekking heeft;
- c) een weergave van de gevolgen voor het milieu wanneer geen voorzieningen voor de inzameling en het transport van afvalwater worden getroffen;
- d) een weergave van de alternatieve voorzieningen voor verwerking van het afvalwater van de betreffende percelen;
- e) het advies of het resultaat van het overleg dat is gevoerd met de waterbeheerder.

Gemeentelijk rioleringsplan

De gemeente verantwoordt zich in het gemeentelijk rioleringsplan (hierna: GRP) voor haar invulling van de zorgplicht (lees: aansluitingsplicht) en de alternatieve invulling van de zorgplicht. De gemeenteraad stelt periodiek een gemeentelijk rioleringsplan op waarin staat beschreven hoe aan de zorgplicht uit art. 10.33 Wm wordt voldaan. In dit plan worden in ieder geval de voorzieningen, het beheer van de voorzieningen en de gevolgen voor milieu en financiën uiteengezet (art. 4.22 Wm). Daarnaast geeft het GRP de afweging of riolering wel of niet doelmatig is, en ook de keuze voor alternatieve systemen wordt vastgelegd in het GRP.²³

Bij het opstellen van dit GRP worden de provincie en het waterschap betrokken en wordt de minister op de hoogte gesteld (art. 4.23 Wm). De waterbeheerder (het waterschap) toetst een GRP op het in kaart brengen van “de gevolgen voor het milieu van de aanwezige voorzieningen en van de in het plan aangekondigde activiteiten”. Hoewel het waterschap het GRP niet formeel hoeft goed te keuren, moet de gemeente het waterschap wel betrekken bij de voorbereiding van het plan (art 4.23 lid 1 Wm). De provincie kan, waar dit nodig wordt geacht, de gemeenteraad een aanwijzing geven met betrekking tot de inhoud van het GRP (art 4.24 Wm).

De betrokkenheid van de provincie en het waterschap is mede van belang met het oog op de keuze van de in te zetten zuiveringstechnische voorzieningen. De keuze daarvan vindt immers plaats in het kader van het uitwerken van de integrale planmatige aanpak. Uiteindelijk gaat het er om dat er in het buitengebied oplossingen voor het huishoudelijk

²³ Memorie van Toelichting, Kamer II, 2005-2006, 30578, nr. 3, p. 9.

afvalwater worden gerealiseerd die vanuit het oogpunt van milieu en volksgezondheid adequaat zijn en die geen onnodige maatschappelijke kosten met zich meebrengen.²⁴

In veel van de huidige GRP's is over dit aspect weinig tot niets terug te vinden. Die informatie is binnen gemeentelijk beleid echter wel aanwezig, bijvoorbeeld in het Basis rioleringsplan (BRP), het waterplan, of andere beleidsstukken. Van belang is dat deze informatie direct gekoppeld wordt aan het GRP, of dat het GRP daarnaar verwijst. Het is op zich niet nodig dat al deze informatie daadwerkelijk in het GRP staat.

Besluit lozing afvalwater huishoudens

Het besluit lozing afvalwater huishoudens (hierna: Blah) is een aparte regeling voor lozingen vanuit huishoudens en implementeert verschillende Europese richtlijnen, waaronder de RSA. Het besluit regelt zowel indirecte als directe lozingen vanuit huishoudens. De regels voor de indirecte lozingen, dat wil zeggen lozingen op rioolstelsels, zijn gebaseerd op de Wm. De regels voor directe lozingen op of in de bodem zijn gebaseerd op de Wet bodembescherming. De regels voor directe lozingen in het oppervlaktewater zijn gebaseerd op de Waterwet. Alleen voor wateren in beheer bij het waterschap of het Rijk zijn de waterbeheerders (het waterschap of het Rijk) het bevoegd gezag. Voor indirecte lozingen en lozingen op of in de bodem is de gemeente het bevoegd gezag. Mogelijk geldt dat ook voor lozingen op solitaire vijvers. Lozen op een oppervlaktewater en/of op de bodem is normaliter verboden zonder water- of omgevingsvergunning, maar dient in het geval van huishoudens slechts gemeld te worden (Art 2 lid 1 en 2 jo art. 13 Blah). Dit betekent echter niet dat het zonder meer is toegestaan.

Lozing op de bodem of in de bodem is niet toegestaan indien het perceel zich binnen 40 meter van een riool of RWZI bevindt (art. 7 lid 1 Blah). Datzelfde geldt voor lozingen op oppervlaktewateren (art. 10 lid 1 Blah). Hier kan in beide gevallen een uitzondering op worden gemaakt voor individuele gevallen door middel van een maatwerkvoorschrift afgegeven door het bevoegde gezag (art. 7 lid 3 en art. 10 lid 3 Blah). Deze uitzondering mag echter alleen worden gemaakt als het belang van bescherming van respectievelijk de bodem en het oppervlaktewaterlichaam zich er niet tegen verzet. In beide gevallen moet erop toegezien worden dat het afvalwater door een zuiveringsvoorziening geleid moet worden (art. 8 lid 1 en art. 11 lid 2 Blah). Daarnaast dient het water bij lozing in de bodem ook door een infiltratievoorziening geleid te worden (art. 9 lid 1 Blah). Uitzonderingen op de aansluitplicht voor percelen gelegen binnen de 40 meter afstandsnorm zijn *tijdelijk* van aard. Het bevoegd gezag moet een termijn vast stellen die is gebaseerd op het nog niet verstreken deel van de afschrijvingstermijn van de private zuiveringsvoorziening (art. 7 lid 3 en art. 10 lid 3 Blah).

²⁴ Memorie van Toelichting, Kamer II, 2005-2006, 30578, nr. 3, p. 9.

Voorschriften voor de zuiverings- en infiltratievoorzieningen worden gegeven in de Regeling lozing afvalwater huishoudens. Een zuiveringsvoorziening bestaat uit een septic tank, met een nominale inhoud van ten minste 6 kubieke meter, die voldoet aan NEN-EN 12566-1, en met een hydraulisch rendement van ten hoogste 10 gram, bepaald overeenkomstig Annex B van NEN-EN 12566-1 (art 1 regeling). Voor het overige stelt de regeling dat de zuiverings- dan infiltratievoorzieningen goed toegankelijk en goed onderhouden moeten zijn (art. 2 en 3 regeling).

Het bevoegd gezag mag nadere regels stellen in het geval van lozingen op of in de bodem en lozingen op oppervlaktewateren. Er geldt een zorgplicht voor de lozer (art. 4 Blah) en deze kan nader worden ingevuld door maatwerkvoorschriften waarin niet alleen aanvullende eisen kunnen worden gesteld aan de zuiveringsinstallatie, maar ook aan het beheer daarvan. Denk hierbij aan een verplichting de activiteiten die met het lozen samenhangen te beschrijven, en metingen, berekeningen of tellingen te verrichten om te kunnen bepalen in welke mate het lozen nadelige gevolgen voor het milieu veroorzaakt (art. 4 Blah).

Het Blah bepaalt dat bij lozing op de bodem dat wel een niet aangewezen oppervlaktewaterlichaam het bevoegd gezag bij maatwerkvoorschrift kan bepalen dat lozen is toegestaan, indien het belang van de bescherming van het milieu zich, gelet op de samenstelling, hoeveelheid en eigenschappen van het lozen daartegen niet verzet (art. 3 Blah). Lozen op of in de bodem mag alleen als dit water eerst door een zuiveringsvoorziening wordt geleid die voldoet aan de daaraan gestelde eisen (zie hierboven). Daarnaast kan de provincie aanvullende eisen stellen bij lozing op de bodem. Dit gebeurt door het opstellen van een provinciale milieuverordening (artikel 1.2 Wm). In de verordening zijn gebieden aangewezen waar aanvullende eisen gelden ten opzichte van de algemene regels, zoals het Blah.

Als wordt geloosd op een niet aangewezen oppervlaktewaterlichaam, kan het waterschap, als dat noodzakelijk is ter bescherming van het milieu, bij maatwerkvoorschrift bepalen dat het huishoudelijk afvalwater door een aangegeven zuiveringsvoorziening moet worden geleid. Het bevoegd gezag voor de lozing in het oppervlaktewater kan dus eisen stellen aan de IBA zodat dit minimaal een gelijkwaardig beschermingsniveau biedt.

Het Blah (artikel 11 lid 3 en lid 4 en 1.7 Activiteitenbesluit) staat toe dat het bevoegd gezag op aanvraag bij maatwerkvoorschrift toestaat dat tijdelijk wordt geloosd door middel van a) een minder vergaande zuiveringsvoorziening of b) zonder een zuiveringsvoorziening. In beide gevallen geldt dat het belang van de bescherming van een oppervlaktewaterlichaam zich daartegen niet mag verzetten en aansluiting op de riolering binnen een afzienbare periode moet plaatsvinden. Zoals hierboven echter al is aangegeven, past het - gelet op de wijze waarop Nederland de RSA heeft geïmplementeerd - niet goed om minder vergaande zuivering toe te laten.

Alternatieve systemen moeten dus in minimaal eenzelfde graad van milieubescherming geven als openbare zuiveringsriolen in een vergelijkbare omgeving qua inwonerequivalenten en kwetsbaarheid. Deze systemen lozen op openbare oppervlaktewateren, in de bodem of op rioolstelsels. Het bevoegd gezag voor de lozing mag onder voorwaarden nadere eisen stellen bij maatwerkvoorschrift. In het belang van het milieu mogen strengere eisen worden gesteld, terwijl minder strenge eisen alleen mogen als bescherming van de waterkwaliteit zich daar niet tegen verzet. Aangezien het bevoegd gezag kan bepalen dat het afvalwater door een waaronder verplichte aansluiting op de riolering,

3.2 Doorwerking van Europese waterkwaliteitseisen in Nederland

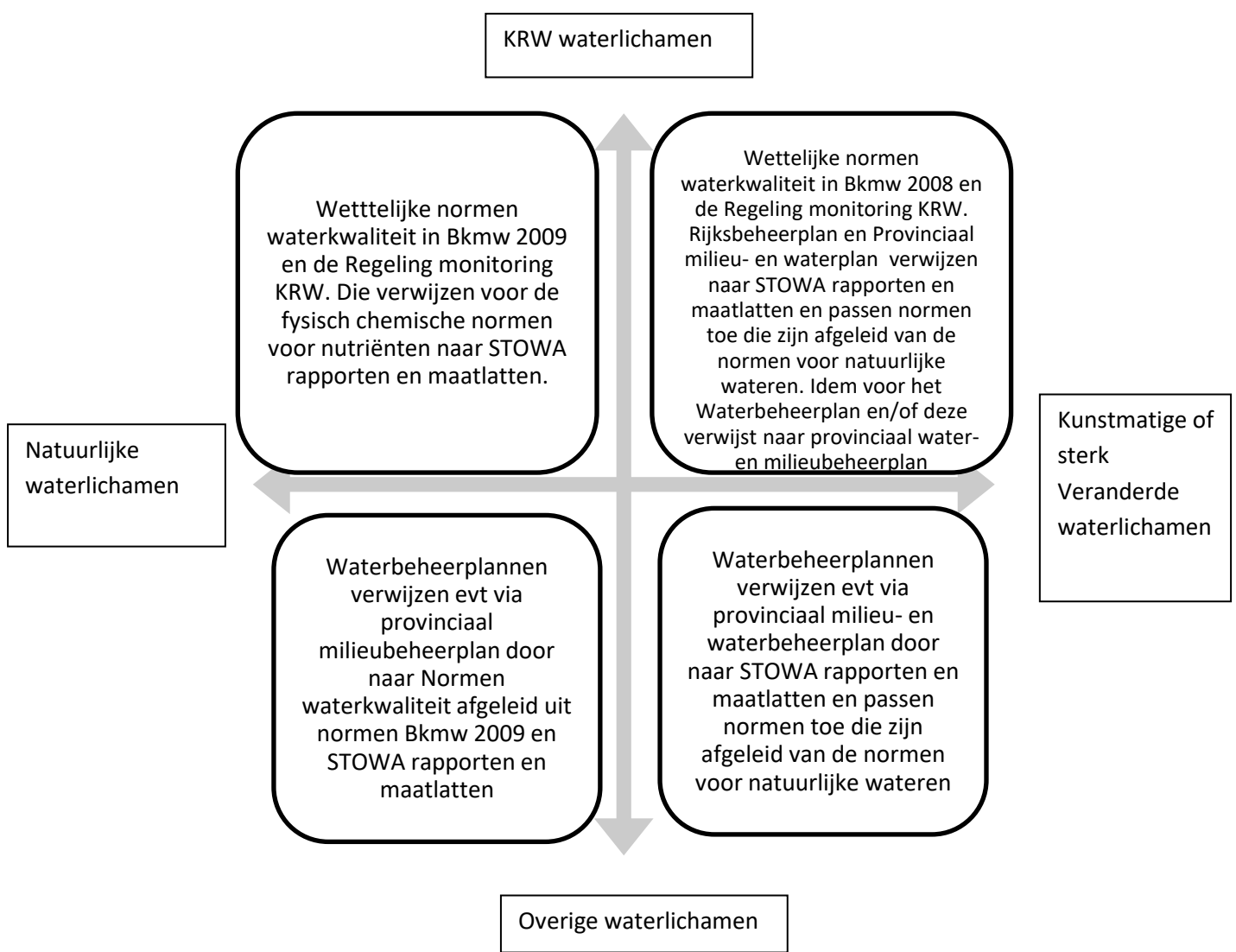
De waterkwaliteitsdoelstellingen die voortvloeien uit de KRW en andere Europese waterrichtlijnen (in het bijzonder de Richtlijn prioritare stoffen en de Grondwaterrichtlijn) zijn in het Nederlandse recht geïmplementeerd in de Waterwet en het Bkmw 2009 op grond van de Wet milieubeheer (Wm), zoals vastgelegd in artikel 2.10 Waterwet. Artikel 2.10 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, ook zonder wijziging van de Waterwet, de toepassing in de praktijk in overeenstemming dient te zijn met de KRW. 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 dat het bevoegd gezag ook in overeenstemming met het Europese recht moet handelen. Dat geldt ook voor de lagere overheden.²⁵

In Nederland gelden - afhankelijk van 2 aspecten - verschillende regels voor wateren. Allereerst wordt - op basis van de omvang - verschil gemaakt tussen KRW waterlichamen en overige wateren. Rijkswateren zijn altijd aangewezen als KRW waterlichamen, terwijl veel regionale wateren vallen in de categorie niet aangewezen of te wel overige wateren. Deze indeling vormt mogelijk geen juiste interpretatie van het begrip waterlichaam zoals dat wordt gehanteerd in de KRW.²⁶ Dit geldt te meer omdat het merendeel van de regionale wateren niet is aangewezen. Ten tweede wordt verschil gemaakt tussen enerzijds natuurlijke wateren en anderzijds sterk veranderde of kunstmatige wateren. Nederland heeft veel wateren aangewezen als kunstmatig of sterk veranderd.

²⁵ R.J.G.M. Widdershoven, Het ABC van de doorwerking van richtlijnen, in A. Blomberg et al (red) Van Utrecht via Brussel naar Maastricht, Kluwer 2007, pp. 235-252; Verhoeven, M., *The Costanzo Obligation: The Obligation of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law*, Utrecht 2011.

²⁶ Jan Robbe, Marleen van Rijswijk, Andrea Keessen, Mogelijkheden voor een correcte implementatie van de kwaliteitsdoelen voor overige wateren (niet KRW oppervlaktewaterlichamen), Advies in opdracht van het Interprovinciaal overleg en de Unie van Waterschappen, Utrecht, 2012.

Alleen voor natuurlijke KRW-waterlichamen gelden wettelijke waterkwaliteitsnormen die zijn vastgelegd in het Bkmw 2009 en in de Regeling monitoring KRW. Het Bkmw 2009 en de regeling monitoring KRW bevatten geen bindende fysisch chemische normen voor nutriënten in oppervlaktewater ten behoeve van de goede ecologische toestand. De ecologische normen voor nutriënten zijn nader uitgewerkt voor de verschillende typen oppervlaktewateren in STOWA rapporten en maatlatten, waaronder het STOWA rapport voor natuurlijke wateren. Ten aanzien van natuurlijke wateren is het verdedigbaar dat de STOWA normen juridisch bindend zijn vastgelegd door de verwijzing daarnaar in het Bkmw 2009 en de regeling monitoring KRW, zij het dat het effect van de juridische binding gering is door de beperkte doorwerking (zie hierna).



Figuur 1 Overzicht toepasselijke regels per type waterlichaam

Uit de normen voor natuurlijke wateren zijn door STOWA kwaliteitseisen afgeleid voor kunstmatige en sterk veranderde wateren, die zijn vastgelegd in STOWA rapporten en

maatlaten en in het Rijksbeheerplan en in Provinciale Milieu en Waterplannen voor de regionale wateren, waarnaar verwezen wordt in de waterbeheerplannen van de waterschappen. De STOWA-normen voor natuurlijke waterlichamen kunnen in aangepaste vorm worden toegepast op vergelijkbare sterk veranderde of kunstmatige waterlichamen, maar voor een dergelijke aanpassing hoeft niet te worden gekozen. De provincie of het waterschap kan er ook voor kiezen om bijvoorbeeld de fysisch chemische normen voor natuurlijke waterlichamen ongewijzigd toe te passen op kunstmatige of sterk veranderde wateren.²⁷

Doordat de ecologische normen (bijv. de voor de wenselijke fysisch chemische kwaliteit afgeleide norm voor stikstof) voor kunstmatige en sterk veranderde wateren vast zijn gelegd in plannen, zijn dit geen wettelijke normen, maar beleidsdoelstellingen. Bij de vergunningverlening moet met deze plannen en dus ook met deze normen 'rekening worden gehouden', waardoor een harde juridische doorwerking van de kwaliteitsdoelstellingen niet is gewaarborgd. Daardoor hebben de kwaliteitsdoelstellingen de status van beleidsdoelstellingen, terwijl deze normen vanuit KRW-perspectief wel degelijk als juridisch bindende kwaliteitseisen geïmplementeerd zouden moeten worden, zoals ook artikel 2.10 Waterwet voorschrijft. Het is echter goed mogelijk dat in de praktijk dit juridische verschil niet zo speelt, omdat zowel de wettelijk vastgelegde normen als de in plannen vastgelegde normen alleen doorwerken via de 'rekening houden met' constructie.²⁸

Gecombineerde aanpak

Voor het bereiken van de waterkwaliteitsnormen gaat de KRW uit van een gecombineerde aanpak voor puntbronnen en diffuse bronnen. Dat houdt in dat voor lozingen door puntbronnen een vergunning verplicht is, terwijl dat voor lozingen door diffuse bronnen facultatief is. Bij verontreiniging door diffuse bronnen is het noodzakelijk om maatregelen te treffen ter preventie of beheersing van de introductie van gevaarlijke stoffen (art. 11 KRW). Tijdens de planperiode kan uit de monitoringsresultaten blijken dat aanvullende maatregelen noodzakelijk zijn om de voor het waterlichaam vastgestelde kwaliteitsnormen te bereiken dan wel de KRW doelstellingen in het waterlichaam dan wel (sub)stroomgebied te bereiken.

De maatregelen van RSA maken onderdeel uit van het pakket aan basismaatregelen dat de lidstaten moeten treffen om de KRW doelen te bereiken. Daarnaast kan een lidstaat aanvullende maatregelen vaststellen als dat nodig blijkt om de doelstellingen van de KRW (tijdig) te bereiken. Bijlage IV bevat een lijst met voorbeelden van aanvullende maatregelen. Hieronder valt ook het stellen van extra voorschriften of het aanscherpen van

²⁷ Annelies Freriks, Andrea Keessen, Daan Korsse, Marleen van Rijswijk en Kees Bastmeijer (2016), Zover het eigen instrumentarium reikt: Een onderzoek naar de positie van de provincie Noord-Brabant en de Noord-Brabantse waterschappen bij de realisatie van de Kaderrichtlijn waterdoelstellingen met bijzondere aandacht voor de Omgevingswet, onderzoek in opdracht van de provincie Noord-Brabant en de Noord-Brabantse Waterschapsbond, Universiteit Utrecht.

²⁸ Idem.

vergunningseisen. Deze aanvullende maatregelen zijn ook relevant als een lidstaat een beroep wil doen op een KRW uitzonderingsclausule om te rechtvaardigen dat niet (tijdig) wordt voldaan aan de KRW doelen. Dan moet een lidstaat immers onder andere aantonen dat alle haalbare en betaalbare maatregelen zijn getroffen om de KRW doelen te bereiken.

3.3 Conclusies

1. Welke (zorg)plichten heeft de overheid (waaronder decentrale overheden) voor de inzameling, zuivering en lozing van afvalwater op grond van het Nederlandse recht?

De gemeente draagt de zorgplicht voor de inzameling en het transport van afvalwater. Er geldt een aansluitplicht voor gebouwen die zich bevinden op percelen die binnen 40 meter afstand van de riolering of de rwzi zijn gelegen. De gemeente mag deze zorgplicht ook op een andere wijze invullen (de alternatieve of verbrede invulling van de zorgplicht) en mag kiezen voor andere passende systemen waarmee een gelijkwaardig niveau van zuivering wordt bereikt. De gemeente kan echter geen afstand doen van zijn zorgplicht door middel van die alternatieve invulling. Het waterschap draagt de zorgplicht voor de zuivering van afvalwater. De gemeente is verantwoordelijk voor lozingen op de bodem, het waterschap voor lozingen op oppervlaktewateren die bij haar in beheer zijn en het Rijk voor oppervlaktewateren die bij het Rijk in beheer zijn (wat wordt uitgevoerd door Rijkswaterstaat). De gemeente kan de provincie verzoeken tot een ontheffing van de zorgplicht voor het buitengebied.

2. Aan welke eisen moet de rioolwaterzuivering voldoen voor een woonwijk als Almere Oosterwold op grond van het Europese recht (mede gelet op de wijze waarop deze eisen zijn geïmplementeerd in het Nederlandse recht)?

In een woonwijk zoals Almere Oosterwold moet de rwzi minimaal de derde trap van de zuivering bieden.

3. Welke (zorg)plichten hebben burgers voor de zuivering en lozing van afvalwater op grond van het Nederlandse recht?
4. Hoe is de regelgeving momenteel in het buitengebied voor degenen die te ver van de riolering afluigen; hebben die partijen een IBA verplichting? Wanneer moeten zij aansluiten op de riolering?
5. Vanaf wanneer is Oosterwold als gebied een agglomeratie, hoe kijkt de EU regelgeving (en de Nederlandse regelgeving) daar naar?
6. Welke eisen gelden voor individuele IBA's? Kan de provincie zelf een norm stellen aan effluentlozingen van individuele IBAs of kleinschalige collectieve afvalwaterzuiveringsinstallaties?

Voor zover burgers aangesloten zijn op de riolering hebben zij geen eigen zorgplichten voor de zuivering en lozing van afvalwater. Het besluit lozing afvalwater huishoudens bepaalt dat lozing op de bodem of op oppervlaktewater *niet* is toegestaan indien het perceel zich binnen

40 meter van een riool of rwzi bevindt. Buiten de 40 meter grens kan de gemeente een ontheffing van de zorgplicht aanvragen als de inzameling van huishoudelijk afvalwater niet doelmatig is. Dit is de Nederlandse invulling van het begrip agglomeratie en de bijbehorende eisen die de RSA aan agglomeraties stelt. Deze ontheffing is bedoeld voor een of meer losse boerderijen. De provincie kan – als de ontwikkelingen in het gebied daartoe aanleiding geven - de ontheffing intrekken en een termijn stellen voor aansluiting op de riolering. In dat geval wordt rekening gehouden met de afschrijvingstermijn van de IBA.

Na het verkrijgen van de ontheffing is de eigenaar zelf verantwoordelijk voor de zuivering en de lozing van zijn afvalwater. De lozing van huishoudelijk afvalwater op de bodem of op een oppervlaktewater dient gemeld te worden, respectievelijk aan de gemeente of aan het waterschap. De regeling lozing afvalwater huishoudens schrijft voor aan welke eisen zuiverings- en infiltratievoorzieningen moeten voldoen. Het Blah biedt waterschap of de gemeente de mogelijkheid via maatwerkvoorschriften aanvullende eisen te stellen aan de zuivering. Het waterschap kan zelfs bepalen dat aangesloten moet worden op de riolering.

7. Hoeveel ruimte biedt het Nederlandse recht voor innovatieve oplossingen?

De alternatieve of verbrede zorgplicht is ingevoerd om – in lijn met de RSA- ruimte te bieden voor innovatieve oplossingen. Het houdt in dat de gemeente ook in agglomeraties met meer dan 2000 inwonerequivalenten mag afzien van riolering en bouw van een rwzi. In plaats daarvan gebruik mag een gemeente dan gebruik maken van afzonderlijke systemen of andere passende systemen (zoals IBA's) in beheer bij een gemeente, een waterschap of een rechtspersoon die door een gemeente of waterschap met het beheer is belast, indien met die systemen eenzelfde graad van milieubescherming wordt bereikt (art 10.33 lid 2 Wm). Dat eenzelfde graad van milieubescherming wordt bereikt, moet blijken uit het Gemeentelijk Rioleringsplan (10.33 lid 2 Wm en art. 4.22 Wm).

Uit belastinggeschillen blijkt dat de rechter deze bepaling zo uitlegt dat de overheid ook bij de alternatieve invulling nog steeds een zorgplicht draagt omdat afvalwaterinzameling en zuivering een publieke taak is. De mogelijkheid tot overdracht van beheer aan een andere overheid of aan een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt uitgelegd als overdracht van de exploitatie, omdat de publieke taak zelf niet kan worden overgedragen. Dus ook na overdracht van de exploitatie, moet de overheidsverantwoordelijkheid nog steeds in zowel bestuurlijk, juridisch als feitelijk opzicht ten uitvoer kunnen worden gebracht.

In beide gevallen zou dat zo georganiseerd moeten zijn dat gemeente en het waterschap nog steeds de eindverantwoordelijkheid voor hun publieke taken blijven dragen en dat zowel feitelijk, juridisch als bestuurlijk waar kunnen maken. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit meer in moet omvatten dan toezicht houden en zo nodig sancties opleggen. Als het rendement van de zuivering onvoldoende blijkt te zijn, moet de overheid in kunnen grijpen. Ook is van

belang dat de Wm overdracht van de exploitatie aan een natuurlijke persoon (zoals een bewoner) niet toestaat.

8. Kan de provincie/het waterschap een (strengere) waterkwaliteitsnorm opleggen dan de waterkwaliteitsnormen die nu gelden voor de (aangewezen en niet aangewezen) oppervlaktewateren in het gebied en wat is daarvoor de wettelijke grondslag?

Aangezien de kwaliteitseisen voor andere wateren dan natuurlijke, aangewezen KRW waterlichamen in beheer bij het Rijk of het waterschap niet zijn vastgelegd in een wettelijke regeling, is er ruimte voor de provincie/ het waterschap om een strengere waterkwaliteitsnorm toe te passen. De provincie kan in haar verordening verwijzen naar de norm voor nutriënten die noodzakelijk is voor het bereiken van de goede toestand in natuurlijke wateren en zo die norm toepassen op de oppervlaktewateren in beheer bij het waterschap in haar gebied.

9. Er is geen ontheffing voor de rioleringsplicht; wat doen we als (toekomstige) bewoners eisen dat we toch rioleren?

De wet laat de keuze voor rioleren of een alternatieve invulling van de zorgplicht aan de gemeente. Bewoners kunnen dus niet eisen dat er wordt gerioleerd, wel dat de gemeente invulling geeft aan haar zorgplicht.

4. Verandering door de Omgevingswet?

Op 1 januari 2021 zal de Omgevingswet met de drie bijbehorende amvb's naar verwachting in werking treden en de huidige wet en regelgeving vervangen. De grote vraag is natuurlijk wat zal veranderen na de inwerkingtreding van de Omgevingswet. De Omgevingswet beoogt vereenvoudiging (minder en overzichtelijke regels), meer ruimte voor initiatieven, lokaal maatwerk en vertrouwen. Dat zou de decentralisatie van de ruimtelijke ordening en het milieurecht kunnen versterken. Ondanks de toegenomen beleidsruimte, hoeft dat echter niet het geval te zijn, aangezien rijk en provincie diverse sturingsinstrumenten krijgen waardoor zij kunnen ingrijpen bij de uitoefening van bevoegdheden van lagere overheden.²⁹ De structuur van de Omgevingswet is zo dat niet één instantie bevoegd is en regels stelt (bijvoorbeeld over lozingen van huishoudelijk afvalwater), maar dat beleid en regelgeving tot stand komt binnen een bestuurlijk proces waarbij verantwoordelijkheden en taken op elkaar afgestemd worden.

Volgens Korsse heeft de grote reikwijdte van de Omgevingswet tot gevolg dat de grenzen tussen de taken en verantwoordelijkheden van de gemeenten, provincies en het Rijk zullen vervagen. Zij hebben immers allemaal dezelfde algemene zorgplicht (art. 1.3 Ow). En hoewel

²⁹ G.A. Van der Veen, De Omgevingswet als instrument voor de vierde decentralisatie?, Gemeentestem 2017/1.

de Omgevingswet specifieke taken toedeelt aan verschillende overheden, is deze opsomming niet limitatief.³⁰ Op basis van jurisprudentie over soortgelijke bepalingen wordt verwacht dat artikel 2.3 Ow - dat het rijk en de provincie alleen een taak of bevoegdheid uitoefenen als dat respectievelijk in het rijksbelang dan wel in het provinciaal belang is of een lagere overheid deze niet doelmatig en doeltreffend kan uitoefenen - ingrijpen van provincie of rijk te allen tijde mogelijk maakt.³¹ Korsse waarschuwt dat Rijk, provincie en gemeente (en waterschap) overlappende en tegenstrijdige beleidsdoelstellingen kunnen formuleren en dat de stapeling van al die visies en regels een ondoorzichtig resultaat op kan leveren.³² Afstemming van omgevingsvisies zal dus heel belangrijk blijken.

4.1 Rioleren tenzij

Net zoals onder 10.33 Wm blijft de gemeente verantwoordelijk voor de inzameling en transport voor stedelijk afvalwater (art. 2.16 lid 1 a sub 3 Ow) en het waterschap voor de zuivering (art. 2.17 Ow), tenzij gemeentebestuur en waterschapsbestuur besluiten deze taak over te dragen aan de gemeente, omdat dat doelmatiger is, of aan een andere rechtspersoon (art. 2.17 lid 2 en lid 3 Ow). Riolering is verplicht voor percelen gelegen binnen een bebouwde kom van waaruit afvalwater met een vervuilingswaarde van meer dan 2000 inwonersequivalenten wordt geloosd (art. 2.16 lid 2 sub a Ow). Andere percelen hoeven alleen gerioleerd te worden als dat doelmatig is (art. 2.16 lid 2 sub b Ow). De 40 meter afstandsnorm verdwijnt echter.

Artikel 2.16 Omgevingswet vormt volgens de Memorie van Toelichting, een voortzetting van 10.33 Wm en dient ter implementatie van de Richtlijn Stedelijk Afvalwater. De regel blijft, kort gezegd: rioleren, tenzij. Zowel afzien van riolering in het buitengebied als een alternatieve invulling blijft onder voorwaarden mogelijk. Net als artikel 10.33 lid 2 biedt artikel 2.16 lid 3 Ow een uitzondering voor een alternatieve invulling van de zorgplicht:

'In plaats van een openbaar vuilwaterriool en een zuiveringstechnisch werk kunnen andere passende systemen in beheer bij een gemeente, een waterschap of een rechtspersoon die door een gemeente of waterschap met het beheer is belast, worden toegepast, als daarmee hetzelfde niveau van het beschermen van het milieu wordt bereikt.'

Een belangrijke wijziging is dat de provinciale ontheffing van de zorgplicht uit artikel 10.33 Wm niet terugkomt in de Omgevingswet. Artikel 10.33 Wm geeft gedeputeerde staten de

³⁰ D. Korsse, Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet, Gemeentestem 2016/62.

³¹ G.A. Van der Veen, De Omgevingswet als instrument voor de vierde decentralisatie?, Gemeentestem 2017/1; D. Korsse, Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet, Gemeentestem 2016/62; W.J. Bosma, Omgevingswaarde en instructieregels – een combinatie van flexibiliteit en interbestuurlijke spanningen, Milieu en Recht 2014/119.

³² D. Korsse, Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet, Gemeentestem 2016/62.

bevoegdheid om op verzoek van het college van burgemeester en wethouders van een gemeente, in het belang van bescherming van het milieu, ontheffing te verlenen van de verplichting afvalwater in te zamelen en te transporteren voor (a) een gedeelte van het grondgebied van een gemeente, dat gelegen is buiten de bebouwde kom of (b) een bebouwde kom van waaruit stedelijk afvalwater met een vervuilingsswaarde van minder dan 2000 inwonerequivalenten wordt geloosd.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het niet de bedoeling is dat de bestaande praktijk - dat gebieden buiten de bebouwde kom om doelmatigheidsredenen niet worden aangesloten op de riolering - zal verdwijnen. In die gebieden mag de gemeente het aan de houder van het afvalwater overlaten te zorgen voor de verwijdering van het afvalwater. Het idee is dat de gemeente na invoering van de Omgevingswet geen toestemming hoeft te vragen aan de provincie als zij een gebied niet wil aansluiten op de riolering.

Dit doet de vraag rijzen of de gemeente na invoering van de Omgevingswet helemaal zelf kan bepalen dat zij in welke gebieden de gemeente het afvalwater niet inzamelt en transporteert. Dat is niet het geval. Artikel 2.16 Ow bepaalt immers dat een perceel met meer dan 2000 inwonerequivalenten gerioleerd moet worden en dat riolering plaatsvindt als dat doelmatig is. *Afzien van riolering is daardoor ook in de toekomst onder de Omgevingswet nog steeds gebonden aan de 2000 inwonerequivalenteneis en de doelmatigheidseis, die naar huidig recht is geoperationaliseerd door middel van de 40 meter afstandseis. Deze afstandseis komt vooralsnog niet terug in een amvb. Dus als een gemeente een bepaald gebied om locatiespecifieke redenen niet wil rioleren, dan bepaalt het aantal inwonerequivalenten de keuze tussen a) zonder meer afzien van riolering en de houder van het afvalwater verantwoordelijk maken, dan wel b) andere passende of individuele systemen inzetten waarmee hetzelfde niveau van milieubescherming wordt bereikt, waarbij de overheid haar zorgplicht behoudt.*

Het huidige onderscheid tussen a) zorgplicht, b) alternatieve invulling van de zorgplicht en c) ontheffing van de zorgplicht verandert inhoudelijk dus niet. Alleen de vereiste toestemming door de provincie van een ontheffing van de zorgplicht zal verdwijnen. Net als onder de huidige regelgeving biedt de wetgever de decentrale overheid ruimte voor de nadere invulling van hun zorgplichten:

‘Gemeente en waterschap kunnen lokaal afstemmen welke lozingsroute voor welke situaties het beste is. Dat kan er voor bijvoorbeeld het buitengebied toe leiden dat besloten wordt een rioolstelsel aan te leggen of kleinschalige zuivering in overheidsbeheer te organiseren. Het Rijk laat de keuze en de hierbij horende regelgeving over aan het decentrale bestuur.’

Ondanks deze decentrale beleidsvrijheid geldt ook onder de Omgevingswet dat als op Rijksniveau regels zijn vastgesteld over het verrichten van activiteiten, er slechts ruimte is

voor nadere decentrale regels met een verdere aanscherping of juist afwijking van de Rijksregels als de Rijksregels daar expliciet de ruimte voor bieden.

Ook de bevoegdheidsverdeling onder de Omgevingswet blijft dus min of meer hetzelfde als de op dit moment geldende regelgeving. De gemeente is verantwoordelijk voor het verzamelen en transporteren van afvalwater (art. 2.16 Ow). Alleen de taak van de provincie om een ontheffing te verlenen bij niet-rioleren vervalt. Het waterschap is verantwoordelijk voor beheer van het water en de zuivering van het stedelijk afvalwater aangevoerd door het openbare riool. Daarnaast kunnen gemeente en waterschap overeenkomen dat de zuivering via het openbare riool een taak van de gemeente wordt indien dat doelmatiger is of van een andere rechtspersoon (art. 2.17 Ow). In lijn met de afspraken uit het Bestuursakkoord water uit 2011, is het volgens de Memorie van Toelichting bij de Omgevingswet de bedoeling dat de betrokken overheden in goede verstandhouding met elkaar samenwerken (art. 2.2 Ow).

Opgemerkt moet worden dat met betrekking tot de inzameling van huishoudelijk afvalwater de wetgever vaak verwijst naar het Europeesrechtelijke kader. Van het decentraal bestuur wordt met de Omgevingswet verwacht dat zij zelf direct, onder het motto van 'decentraal waar kan', uitvoering geeft aan Europese regelgeving. Decentrale overheden kunnen dus niet volstaan met voldoen aan nationaal recht, maar moeten ook kijken of hun benadering Europaproof is.

4.2 Lozingen

De hoofdregel van de Omgevingswet is decentraal wat kan. Het Rijk is verantwoordelijk is voor activiteiten die onder het Rijk vallen en voor de lozingen op Rijkswateren. Voor het overige is men decentraal verantwoordelijk. Ook na invoering van de Omgevingswet blijft de gemeente het bevoegd gezag voor lozingen op de bodem en het waterschap voor lozingen op regionale wateren. Op grond van artikel 5.1 lid 2 Ow is lozing op een oppervlaktewater verboden zonder vergunning voor zover bij amvb is bepaald dat een vergunning is vereist. Dat is vooralsnog niet het geval voor lozen van huishoudelijk afvalwater en voor lozingen op andere wateren dan rijkswateren. Dit betekent dat voor huishoudelijk afvalwater geldt dat regulering voornamelijk plaatsvindt via algemene regels, waarbij decentraal – ter voorzetting van de praktijk onder het huidige recht – een meldingsplicht *kan* worden ingesteld. In onderstaande tabel wordt weergegeven welke overheidsinstantie over welke instrumenten beschikt. Of deze daadwerkelijk gebruikt kunnen worden, hangt af van de toepasselijke regelgeving.

Tabel 3 Toedeling van instrumenten onder de Omgevingswet

Rijk	Provincie	Gemeente	Waterschap
Omgevingsvisie	Omgevingsvisie	Omgevingsvisie	
Amvb of ministeriële verordening	Provinciale omgevingsverordening	Omgevingsplan	Waterschapsverordening
KRW uitvoeringsprogramma	KRW uitvoeringsprogramma	-	KRW uitvoeringsprogramma
		Desgewenst rioleringsprogramma	
Instructieregels gericht tot provincies of gemeenten	Instructieregels gericht tot gemeenten		
	Maatwerkregels of voorschriften met nadere regels of afwijking van rijksregels	Maatwerkregels of voorschriften met nadere regels of afwijking van regels van rijk of provincie.	Maatwerkregels of voorschriften met nadere regels of afwijking van regels van rijk of provincie.
Vergunning	Vergunning	vergunning	vergunning

Naast de algemene zorgplicht – eenieder draagt voldoende zorg voor de leefomgeving – (art. 1.6 Ow) geldt er een specifieke zorgplicht voor diegene die een milieubelastende activiteit uitvoert (art. 1.8 Ow). Deze houdt in dat eenieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving verplicht is:

- a) alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevraagd om die gevolgen te voorkomen
- b) voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen: die gevolgen zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken
- c) als die gevolgen onvoldoende kunnen worden beperkt: die activiteit achterwege te laten voor zover dat redelijkerwijs van hem kan worden gevraagd.

Aan deze zorgplichten wordt in ieder geval voldaan voor zover bij wettelijk voorschrift of bij besluit specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de wet en die regels worden nageleefd.

Art. 4.22 en 4.23 Ow lichten toe wat de doelen zijn van de rijksregels ter regulering van milieubelastende activiteiten en lozingen op een oppervlaktewaterlichaam in het bijzonder. Op basis daarvan bevatten de artikelen 6.42 en 6.43 van het Bal de inhoudelijke regels over lozingen van huishoudelijk afvalwater. Deze artikelen hebben betrekking op lozingen in *rijkswateren* en stellen voorschriften ten aanzien van de emissiewaarden en de technische

vereisten voor het zuiveren en meten van het afvalwater. Deze onderwerpen worden geacht al uitputtend te zijn geregeld in het Bal. Er zijn geen regels in het Bal over het lozen in regionale wateren. Volgens de toelichting bij het Bal moeten die regels zo nodig decentraal worden opgesteld.³³ Dit is echter in strijd met art. 2.31 in de Omgevingswet dat stelt dat het Rijk instructieregels moet opstellen bij amvb over lozingen van stedelijk afvalwater met het oog op het beschermen van de gezondheid en het beheer van watersystemen over het ontwerp, de bouw en het onderhoud van openbare vuilwaterriolen. In deze bepaling wordt immers geen onderscheid gemaakt tussen rijkswateren en regionale wateren.

Voor zover een onderwerp met betrekking tot lozingen niet onder de regels van het Bal valt of een andere amvb van het rijk, kunnen regels over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving zo nodig decentraal worden vastgesteld. Afhankelijk van het geval en van de ruimte die de provincie wil bieden aan gemeente of waterschap, kan dat in de provinciale omgevingsverordening, in het gemeentelijke omgevingsplan of in de waterschapsverordening. Volgens de Nota van Toelichting bij het Bal is dit vooral van belang voor directe lozingen in de bodem of op regionaal water. Regels daarvoor zullen zo nodig in het omgevingsplan, de omgevingsverordening of de waterschapsverordening worden gesteld, afgestemd op de lokale situatie.

Gemeenten kunnen – in onderlinge afstemming met de waterbeheerder en zo nodig in overleg met provincie en drinkwaterbedrijven – in hun omgevingsvisie aangeven op welke wijze zij werk willen maken van aan hen toegekende zorgplicht voor het stedelijk afvalwater en dit nader uitwerken in andere instrumenten. Wanneer het concrete (lozings)regels betreft voor lozingen in de bodem dan moet de gemeente dat in het omgevingsplan doen. Op basis van 3.14 Ow kan de gemeente daarnaast ook een gemeentelijk rioleringsprogramma vaststellen, net zoals nu het geval is op basis van artikel 4.22 Wm. Anders dan het huidige gemeentelijk rioleringsplan, is het opstellen van een gemeentelijk rioleringsprogramma onder de Omgevingswet niet verplicht (art. 3.14 Ow).

Het waterschap is het bevoegd gezag voor directe lozingen op regionale oppervlaktewateren (art. 2.4 Bal). Een dergelijke activiteit moet voorafgegaan worden door een melding. Het waterschap kan in de waterschapsverordening nadere regels stellen over deze lozingen voor zover dit niet uitputtend is geregeld in het Bal.

Maatwerkvoorschriften en maatwerkregels

Maatwerkvoorschriften zijn bedoeld voor afwijking of nadere regels in een individueel geval, maatwerkregels zijn bedoeld voor afwijking of nadere regels die algemeen zijn en zich tot allen richten binnen het territorium van het bevoegd gezag dat de maatwerkregels heeft opgesteld. Afwijken van bindende regels kan echter maar beperkt. Het opstellen van

³³ Algemene Toelichting bij het Bal p. 111 en 112.

maatwerkregels of maatwerkvoorschriften mag alleen voor zover dat is toegestaan in een amvb of provinciale omgevingsverordening.

Dus het bevoegd gezag van een gemeente of waterschap kan maatwerkvoorschriften (bij beschikking) en maatwerkregels (bij verordening of in het omgevingsplan) opstellen voor zover hogere regels (het Bal in het bijzonder) en de provinciale omgevingsverordening daar ruimte voor bieden (4.5 Ow). Met betrekking tot lozingsactiviteiten op een oppervlaktewater of op een zuiveringstechnisch werk is het gemeente of waterschap niet toegestaan om aanvullende maatwerkvoorschriften te stellen (2.11 Bal). De reden is dat dit al uitputtend zou zijn geregeld in het besluit gebaseerd op artikel 4.3 van de Omgevingswet (het Bal dus). In het Bal staan echter (nog) geen regels over het lozen op wateren die niet in beheer zijn bij het rijk, omdat dit wordt overgelaten aan decentrale overheden. Als het Bal daar de mogelijkheid toe blijft bieden, zou de provincie dus zelf ook de ruimte voor maatwerk kunnen creëren. Ten aanzien van lozingen op de bodem heeft de gemeente in elk geval ruimte om aanvullende regels in te voeren via maatwerkregels in haar omgevingsplan of maatwerkvoorschriften in een beschikking.

Instructieregels

Rijk en provincie zijn beide bevoegd tot het geven van instructieregels aan gemeente en provincie over de uitvoering van hun taken uit de artikelen 2.16, 2.17 en 2.18 Ow op basis van artikelen uit afdeling 2.5 Ow als dat nodig is voor een samenhangend en doelmatig waterbeheer of een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (art. 2.33 en 2.34 Ow) en ter uitvoering van de RSA (art. 2.31 Ow). Dit biedt hen de mogelijkheid in te grijpen in de manier waarop lagere overheden (gemeente, waterschap of provincie) hun bevoegdheden uitoefenen. Aan deze regels moet binnen een bepaalde termijn worden voldaan. Of en onder welke omstandigheden van een instructieregel kan worden afgeweken door een overheid waartoe de regel zich richt, hangt af van de vraag of de instructieregel de mogelijkheid biedt tot afwijken dan wel tot het verkrijgen van een ontheffing (art. 2.32 Ow).

De provincie kan instructieregels stellen bij provinciale verordening of bij besluit met regels, afhankelijk van het onderwerp van de instructieregels. De provincie kan regels stellen over de uitoefening van taken of bevoegdheden door bestuursorganen om te voldoen aan bij omgevingsverordening vastgestelde omgevingswaarden of voor het bereiken van andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving. Dat houdt in dat bijvoorbeeld de provincie via een instructieregel aanvullende regels kan stellen over de uitvoering van de inzameling en het transport van stedelijk afvalwater. In die zin is de provinciale ontheffing van de zorgplicht uit 10.33 Wm niet helemaal weg en biedt dit de provincie ook de mogelijkheid te sturen bij de overdracht (hiervoor ontheffing) van de zorgplicht en de alternatieve invulling van de zorgplicht. Het verschil is dat de provincie zelf kan bepalen of zij instructieregels op wil stellen en enige ruimte heeft om de inhoud daarvan te bepalen.

Op grond van artikel 2.31 Ow is het Rijk verplicht tot het geven van instructieregels over stedelijk afvalwater met het oog op het beschermen van de gezondheid en het beheer van watersystemen. Er moeten regels worden gesteld over het ontwerp, de bouw en het onderhoud van openbare vuilwaterriolen. En er moeten in ieder geval regels worden gesteld ter implementatie van de RSA. De Memorie van Toelichting geeft aan dat de Richtlijn toestaat dat de inzameling en zuivering van stedelijk afvalwater ook via andere systemen dan een openbaar vuilwaterriool kan geschieden en dat hierover nadere regels zullen worden gesteld via instructieregels. Instructieregels moeten volgens de Omgevingswet in een amvb worden neergelegd. Deze regels zouden dus in het Bal of Bkl moeten staan. Dat is echter tot op heden (april 2018) nog niet gebeurd voor lozingen op andere wateren dan rijkswateren.

Gelijkwaardigheidsbeginsel

Het gelijkwaardigheidsbeginsel (art. 4.7 Ow) geldt zowel voor burgers als bedrijven. Afhankelijk van wat bepaald is in de omgevingsverordening, de waterschapsverordening of het omgevingsplan, zijn er vier opties. Er kan (a) op aanvraag toestemming worden verleend om in plaats van voorgeschreven maatregelen, een gelijkwaardige maatregel te treffen. Met de gelijkwaardige maatregel wordt ten minste hetzelfde resultaat bereikt als met de voorgeschreven maatregel is beoogd. Het is ook mogelijk dat (b) de regels toepassing van een gelijkwaardige maatregel toestaan zonder voorafgaande toestemming of melding of (c) dat er nadere regels zijn opgenomen ten aanzien van gelijkwaardige maatregelen of (d) dat de toepassing van gelijkwaardige maatregelen is uitgesloten (art. 4.7 Ow).

Experimenteerbepaling

De Omgevingswet biedt onder voorwaarden de ruimte voor een experiment waarbij wordt afgeweken van de regels van de Omgevingswet en de bijbehorende regelgeving (art. 23.3 Ow). De belangrijkste voorwaarde is dat dan nog steeds wordt voldaan aan internationaalrechtelijke verplichtingen, waaronder ook de Europeesrechtelijke verplichtingen vallen. Een experiment moet in een amvb worden aangewezen – dus het Rijk moet ermee instemmen - en moet beogen bij te dragen aan het nastreven van de doelen van de Omgevingswet. In de amvb moet staan wat het doel is van het experiment, wat de beoogde gevolgen voor de fysieke leefomgeving zijn, welk bestuursorgaan verantwoordelijk is voor het experiment en wat de tijdsduur van het experiment is, van welke regels kan worden afgeweken, welke afwijkingen zijn toegestaan en voor welk gebied of voor welke besluiten, hoe lang die afwijkingen ten hoogste (maximaal 10 jaar voor omgevingswaarden) zijn toegestaan en hoe de evaluatie van het experiment wordt uitgevoerd. Een afwijking mag alleen blijven bestaan voor zover het in overeenstemming brengen met de regelgeving na afloop van het experiment onevenredig is ten opzichte van het te beschermen belang van de fysieke leefomgeving.

In de context van Almere Oosterwold, zou als experiment de overdracht aan burgers van het beheer (in de zin van exploitatie) van afvalwaterinzameling en zuivering kunnen worden

aangevraagd. Overdracht van de exploitatie aan een privaatrechtelijke rechtspersoon daarentegen is onder voorwaarden al mogelijk. In beide gevallen kan de zorgplicht echter niet worden overgedragen, omdat inzameling en zuivering van afvalwater een publieke taak is en blijft.

4.3 Omgevingswaarden

De Omgevingswet stapt af van het concept milieukwaliteitswaarden en gebruikt het begrip omgevingswaarden. Omgevingswaarden lijken op milieukwaliteitseisen, maar ze hebben een ruimer toepassingsbereik omdat ze voor alle doelen van de Omgevingswet kunnen worden opgesteld.³⁴ Ze kunnen bepalen wat de toelaatbare belasting door activiteiten is, de toelaatbare concentratie of depositie van stoffen of de gewenste staat of kwaliteit van de fysieke leefomgeving. Zowel Rijk, provincie als gemeente kunnen omgevingswaarden vaststellen.

Het Rijk en de provincie stellen omgevingswaarden op, respectievelijk in de amvb Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) dan wel in de provinciale omgevingsverordening (art. 2.12 Ow). Dat doen zij als dat in het rijksbelang dan wel in het provinciaal belang is of als het effectiever en doelmatiger dan wanneer gemeente of waterschap deze waarden vast zou stellen. Volgens de literatuur kan het rijk of de provincie eigenlijk altijd voldoen aan de voorwaarde 'in het rijksbelang' of 'in het provinciaal belang'. De jurisprudentie laat namelijk zien dat de rechter dit criterium niet indringend toetst.³⁵ De provincie mag echter geen omgevingswaarden vaststellen die een aanvulling vormen op of afwijken van de rijksnormen vastgesteld in de amvb (art. 2.12 Ow). De gemeente kan omgevingswaarden vaststellen in het omgevingsplan (art. 2.11 Ow).

Europese verplichtingen (Richtlijnen zoals de KRW) of andere internationaalrechtelijke verplichtingen zullen in grote mate bepalen welke omgevingswaarden worden vastgesteld in het Bkl en de provinciale omgevingsverordeningen. Voor het overige biedt de Omgevingswet overheden een betrekkelijk grote beleidsvrijheid bij het al dan niet vaststellen van omgevingswaarden.³⁶ Op gemeentelijk niveau geldt geen verplichting om omgevingswaarden op te nemen in het omgevingsplan tenzij een instructieregel de gemeente daartoe verplicht.³⁷

Als een omgevingswaarde is vastgesteld bij amvb, omgevingsverordening of omgevingsplan, dan heeft dat twee rechtsgevolgen. Ten eerste kan, dan wel moet dat leiden tot het opstellen

³⁴ W.J. Bosma, Omgevingswaarde en instructieregels – een combinatie van flexibiliteit en interbestuurlijke spanningen, Milieu en Recht 2014/119.

³⁵ Korsse 2017, W.J. Bosma, Omgevingswaarde en instructieregels – een combinatie van flexibiliteit en interbestuurlijke spanningen, Milieu en Recht 2014/119.

³⁶ W.J. Bosma, Omgevingswaarde en instructieregels – een combinatie van flexibiliteit en interbestuurlijke spanningen, Milieu en Recht 2014/119.

³⁷ Idem.

van een programma. Die kunnen op het niveau van het rijk, de provincie, het waterschap en de gemeente worden opgesteld (art. 3.4 Ow). Gedeputeerde staten zijn als enige verplicht waterkwaliteitsprogramma's op te stellen ter uitvoering van Europese waterrichtlijnen (art. 3.8 Ow) en het college van burgemeester en wethouders is als enige verplicht een programma op te stellen bij een daadwerkelijke of dreigende overschrijding van een omgevingswaarde (art. 3.10 Ow). Ten tweede moet worden gemonitord of wordt voldaan aan de omgevingswaarde.³⁸ Een omgevingswaarde werkt niet rechtstreeks door naar besluiten, dus ook niet-voldoen hoeft niet te leiden tot het weigeren van bepaalde activiteiten, maar tot maatregelen die passen in de gekozen programmatische aanpak. Bij de besluitvorming hoeft met omgevingswaarden dus alleen rekening mee te worden gehouden, tenzij een instructieregel nadere regels hierover bevat.³⁹

4.4. Conclusies

In grote lijnen verandert er niet zoveel met betrekking tot stedelijk afvalwater na de invoering van de Omgevingswet. Dat ligt ook voor de hand, aangezien het overkoepelende Europese recht niet verandert.⁴⁰

1. Welke (zorg)plichten heeft de overheid (waaronder decentrale overheden) voor de inzameling, zuivering en lozing van afvalwater onder de Omgevingswet?

De zorgplichten blijven ongewijzigd bij gemeente en provincie berusten.

2. Welke zorgplichten hebben burgers voor de zuivering en lozing van afvalwater onder de Omgevingswet?

De zorgplicht blijft min of meer ongewijzigd. Burgers hebben geen zorgplicht omdat zij aangesloten zijn op de riolering of op een andere passende of individuele voorziening, als er sprake is van een alternatieve invulling van de zorgplicht. Overdracht van de zorgplicht naar burgers lijkt ook onder de Omgevingswet niet mogelijk met uitzondering van rurale gebieden die niet vallen onder de definitie van agglomeratie van de RSA.

3. Hoe is onder de Omgevingswet de regelgeving in het buitengebied voor degenen die te ver van de riolering afliggen? Hebben diegenen een IBA verplichting?

³⁸ W.J. Bosma, Omgevingswaarde en instructieregels – een combinatie van flexibiliteit en interbestuurlijke spanningen, Milieu en Recht 2014/119.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Zie ook H. Tolsma, De Europese dimensie van de Omgevingswet, Milieu en Recht 2012/78.

De afstandseis zal zijn verdwenen en ook de noodzaak om een provinciale ontheffing te verkrijgen zal zijn verdwenen. Gemeenten mogen afzien van riolering als dat niet doelmatig is. Diegenen die in het buitengebied wonen mogen in dat geval hun afvalwater niet zonder meer lozen, maar moeten hun afvalwater zuiveren voor lozing, zodat het voldoet aan de (aanvullende) eisen van Rijk, provincie, gemeente en/of waterschap.

4. Kun je je als provincie/gemeente beroepen op een uitzonderingssituatie (niet rioleren) en tot wanneer kan er dan gedoogd worden omdat de nieuwe Omgevingswet er aan komt?

Ook onder de Omgevingswet kan de gemeente kiezen tussen rioleren, ontheffing (mits aan de eisen wordt voldaan) of een alternatieve invulling van de zorgplicht (art. 2.16 Ow). Een belangrijke wijziging is dat de gemeente geen ontheffing meer hoeft te vragen aan de provincie voor het niet-rioleren van een bepaald gebied. Dat betekent echter niet dat een gemeente naar eigen inzicht kan afzien van riolering en de verantwoordelijkheid voor inzameling en zuivering kan overdragen aan de houder van het afvalwater. Gelet op de eisen van artikel 2.16 Ow mag een gemeente ook na invoering van de Omgevingswet alleen afzien van rioleren bij een perceel buiten de bebouwde kom van waaruit minder dan 2000 inwonerequivalenten wordt geloosd. Voor percelen binnen de bebouwde kom van waaruit tenminste 2000 inwonerequivalenten worden geloosd kan de gemeente alleen kiezen tussen riolering en een alternatieve invulling van de zorgplicht, waarmee hetzelfde niveau van het beschermen van het milieu moet worden bereikt. Daarnaast biedt de Omgevingswet de Provincie de mogelijkheid om nadere instructieregels met betrekking tot de waterhuishouding op te stellen. Het Rijk is dat zelfs verplicht met betrekking tot stedelijk afvalwater.

5. Welke eisen gelden er onder de Omgevingswet voor individuele IBA's? Kan de provincie onder de Omgevingswet zelf een norm stellen aan effluentlozingen van individuele IBAs of kleinschalige collectieve afvalwaterinstallaties?

Het Rijk biedt in het Bal nadere regels over de technische voorschriften voor lozingen van huishoudelijk afvalwater in rijkswateren, al mag verwacht worden dat er ook regels komen voor regionale wateren. Hoewel het Rijk heeft aangekondigd geen nadere regels te stellen bij amvb, verplicht het Bal het Rijk instructieregels op te stellen over het lozen van stedelijk afvalwater. Zowel het Rijk als de provincie kunnen zich door middel van instructieregels mengen in de uitvoering van en toezicht houden op het daadwerkelijke beleid en de bijbehorende regels van gemeente of waterschap.

6. Hoeveel ruimte biedt de Omgevingswet voor innovatieve oplossingen?

De Omgevingswet biedt burgers en bedrijven de mogelijkheid te kiezen voor een gelijkwaardige maatregel (art. 4.7 Ow) en de overheid om de experimentstatus aan te vragen, mits dan nog steeds wordt voldaan aan Europeesrechtelijke verplichtingen (art. 23.3 Ow). De

gemeente kan ook onder de Omgevingswet gebruik maken van de alternatieve invulling van de zorgplicht (zie hierboven). Ook onder de Omgevingswet is het mogelijk het beheer (in de zin van exploitatie) over te dragen aan een privaatrechtelijke rechtspersoon. Bij wijze van experiment zou de overdracht aan burgers van het beheer (in de zin van exploitatie) van de inzameling en zuivering van afvalwater kunnen worden aangevraagd. In beide gevallen zou dat zo georganiseerd moeten zijn dat gemeente en het waterschap nog steeds de eindverantwoordelijkheid voor hun publieke taken blijven dragen en dat zowel feitelijk, juridisch als bestuurlijk waar kunnen maken. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit meer in moet omvatten dan toezicht houden en zo nodig sancties opleggen. Als het rendement van de zuivering onvoldoende blijkt te zijn, moet de overheid in kunnen grijpen.

7. Kan de provincie/het waterschap een (strengere) waterkwaliteitsnorm opleggen dan de waterkwaliteitsnormen die nu gelden voor de (aangewezen en niet aangewezen) oppervlaktewateren in het gebied en wat is daarvoor de wettelijke grondslag?

Via de mogelijkheid tot het vaststellen van omgevingswaarden in de provinciale omgevingsverordening kan de provincie een strenge waterkwaliteitsnorm opleggen. De provincie kan daarbij echter niet aanvullen of afwijken van omgevingswaarden die bij amvb (het Bkl) zijn gesteld. (art. 2.12 Ow).

8. Er is geen ontheffing voor de rioleringsplicht. Wat doen we onder de Omgevingswet als (toekomstige) bewoners eisen dat we toch rioleren?

Ook onder de Omgevingswet kan de gemeente kiezen tussen rioleren of alternatieve invulling van de zorgplicht. De ontheffingssituatie is ook onder de Omgevingswet alleen van toepassing in het buitengebied. En bij de alternatieve invulling van de zorgplicht kan de gemeente wel de exploitatie overdragen (aan een rechtspersoon), maar niet de eindverantwoordelijkheid (de zorgplicht).

Bewoners kunnen dus niet eisen dat de gemeente rioleert, wel dat de gemeente invulling geeft aan haar zorgplicht.

9. Kun je je als provincie/gemeente beroepen op een uitzonderingssituatie (niet rioleren) en tot wanneer kan gedoogd worden omdat de nieuwe Omgevingswet eraan komt?

De Omgevingswet verandert de huidige regels niet zodanig dat dit een reden vormt om te gedogen. Zelfs als een beroep wordt gedaan op de experimentstatus, moet nog steeds worden voldaan aan de eisen van de RSA.

5. Privaatrecht

Een overheidsorgaan heeft publiekrechtelijke bevoegdheden, maar kan ook privaatrechtelijk optreden als private rechtspersoon. Zo geeft een gemeente bijvoorbeeld publiekrechtelijk vergunningen uit en kan de gemeente privaatrechtelijke overeenkomsten aangaan om beleid vorm te geven. De overheid kan en mag uiteraard ook optreden als eigenaar in het geval van bijvoorbeeld gronduitgifte, zoals in het geval Oosterwold. De overheid treedt dan op als eigenaar en als contractspartij wanneer de overheid de grond verkoopt en overdraagt aan koper. In beginsel gelden de privaatrechtelijke regels voor de overheid in zijn hoedanigheid als private partij evenzeer als voor iedere andere private partij.

De bijzondere hoedanigheid van de overheid als publiekrechtelijke entiteit en rechtspersoon, maakt wel dat er enige mitsen en maren kunnen kleven aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid. Problemen treden vooral op in het geval de overheid privaatrechtelijke en publiekrechtelijke bevoegdheden wenst te combineren dan wel zelf wil kiezen welke 'route' wordt gehanteerd.

5.1 Partijautonomie, contractvrijheid en art. 3:40 BW

Een van de belangrijkste beginselen in het privaatrecht, en in het contractenrecht in het bijzonder, is de partijautonomie. Daarmee hangt nauw samen het beginsel van contractvrijheid. Deze beginselen beogen uit te drukken dat partijen in het privaatrecht zelfstandig kunnen beslissen hoe zij hun privaatrechtelijke verhoudingen vorm willen geven. Het beginsel van contractvrijheid geeft aan dat partijen mogen beslissen *of* zij contracteren – zij mogen dus onderhandelen over een contract en deze onderhandelingen weer afbreken als er nog geen contract is –, *met wie* en *waarover*.

Deze contractvrijheid is niet absoluut. Dat geldt voor alle partijen in het privaatrecht, dus ook voor de overheid als die zich als private contractspartij gaat gedragen. De belangrijkste begrenzing van deze vrijheid is terug te vinden in art. 3:40 BW. Deze bepaling luidt als volgt:

“1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.

2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.”

Voor een goed begrip is het belangrijk te weten dat een overeenkomst, een contract, ook een rechtshandeling is. Lid 2 geeft weer dat het aangaan van een rechtshandeling – het sluiten van een overeenkomst – in strijd met en dwingende wetsbepaling in het algemeen tot nietigheid, dan wel vernietigbaarheid van deze rechtshandeling/overeenkomst leidt. Dat betekent dus dat wanneer een dwingende wetsbepaling het sluiten van een bepaald soort overeenkomst verbiedt, deze overeenkomst kan worden aangetast. Een voorbeeld zou kunnen zijn een publiekrechtelijke bepaling in een wet in formele zin die de verkoop van bepaalde exotische dieren verbiedt. Wordt er toch een overeenkomst gesloten betreffende deze dieren, dan is deze van rechtswege nietig.

Volgens lid 1 wordt niet het aangaan van de rechtshandeling met nietigheid bedreigd, maar de inhoud dan wel de strekking van de rechtshandeling (of de overeenkomst), namelijk wanneer deze in strijd is met de goede zeden of openbare orde. Lastig is uiteraard dat verder niet wordt aangegeven wat die begrippen dan precies betekenen. Het komt erop neer dat een overeenkomst die verplicht tot verboden prestaties, dan wel tot geoorloofde prestaties met een verboden strekking, nietig kan zijn.

5.2 Misbruik van bevoegdheid via art. 3:13 BW

De overheid is bij haar optreden tegen de burger gebonden aan artikel 3:13 BW, dat betrekking heeft op misbruik van bevoegdheid. Deze bepaling werkt in het geval van privaatrechtelijk optreden als een vangnet als er geen sprake is van doorkruising (zie onder 5.5) en luidt als volgt:

“ 1. Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt.

2. Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

3. Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.”

Deze bepaling is van toepassing als het de overheid in een bepaalde situatie is toegestaan naast de publiekrechtelijke bevoegdheid ook haar privaatrechtelijke mogelijkheden te gebruiken volgens de doorkruisingsleer (zie 5.4) en artikel 3.40 BW. Indien, echter, deze privaatrechtelijke handeling misbruik van bevoegdheid oplevert, kan er alsnog sprake van zijn van onrechtmatig optreden.

Een goed voorbeeld is het arrest *Amsterdam/Geschiere* (HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, NJ 2009/255) waar de gemeente een rechtmatige vergunninghouder wilde weren van zijn staanplaats door gebruik te maken van haar privaatrechtelijke mogelijkheden als eigenaar van de grond. De vergunningsbevoegdheid en de bevoegdheid als grondeigenaar liepen dermate uiteen dat er geen sprake was van doorkruising (zie hierna). Een rechtmatige vergunninghouder verbieden van haar grond gebruik te maken leverde echter wel misbruik van bevoegdheid op. Dit had tot gevolg dat de overheid door de rechter werd verplicht privaatrechtelijke toestemming te geven.

5.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en art. 3:14 BW

In zijn algemeenheid wordt elk privaatrechtelijk overheidshandelen getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (ABBB).⁴¹ De betreffende bepaling luidt als volgt:

“Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.”

Voorafgaand aan deze vraag gaat de vraag of de handeling van de overheid geldigheid heeft c.q. ontbeert op grond van de doorkruisingsleer.⁴² Het is niet zeker of het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid van de overheid in strijd met de ABBB ook nietigheid in de zin van art. 3:40 BW oplevert, maar dat lijkt wel voor de hand te liggen.⁴³

Voorbeelden van ABBB zijn bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van détournement de pouvoir (het gebruik van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor zij is bestemd).

5.4 Doorkruisingsleer

Vanuit privaatrechtelijk perspectief wordt de vrijheid van overheid begrensd door enkele bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) en de zogenaamde doorkruisingsleer, ontwikkeld door de Hoge Raad in het arrest *Windmill* (HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, NJ 1991/393). In dit arrest dwong de overheid, als privaatrechtelijke eigenaar van een waterweg, *Windmill BV* te betalen voor lozingen op die waterweg. Dit vormde een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling, aldus de Hoge Raad, omdat er al een publiekrechtelijke regeling bestond die een heffing mogelijk maakte.

⁴¹ Groene Serie Verbintenissenrecht, Boek 6 BW, aant. 94 (Van der Veen); Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:14 BW, aant. 4 (Scheltema).

⁴² Groene Serie Vermogensrecht, art. 3:14 BW, aant. 7 (Scheltema).

⁴³ Idem met verdere verwijzingen.

Over de doorkruisingsleer is veel geschreven⁴⁴. Kort gezegd komt de leer op het volgende neer. Allereerst komen drie voorvragen aan de orde. Van belang is dan of

- Een publiekrechtelijke regeling privaatrechtelijk optreden uitdrukkelijk verbiedt
- De algemene praktijk duidelijk maakt of privaatrecht is toegestaan
- De jurisprudentie een duidelijke uitspraak bevat over de mogelijkheid van het gebruik van privaatrecht

De Hoge Raad gaat er niet snel vanuit dat, wanneer deze vragen niet expliciet bevestigend kunnen worden beantwoord, het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid, niet is toegestaan. Zo was het in het arrest *Kunst- en Antiekstudio/Lelystad* (Hr 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, NJ 1991/691) voor de gemeente toegestaan om via een erfpachtregeling eisen te stellen aan het gebruik van een pand omdat de Wet Ruimtelijke Ordening hierover geen informatie bevatte.

Indien uit de wetgeving en de praktijk niets blijkt over de toelaatbaarheid van de inzet van het privaatrecht, spelen de werkelijke doorkruisingscriteria een rol. Het gaat dan om de volgende vragen:

- Komen de inhoud en strekking van de betrokken publiekrechtelijke regeling te veel overeen met een privaatrechtelijke regeling, *en* ^[1]_[SEP]
- Op welke wijze en in welke mate zijn in het kader van die regeling de belangen van burgers beschermd, *en* ^[1]_[SEP]
- Kan de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat bereiken?

Hieronder volgt zeer beknopt een korte toelichting per vraag/criterium:

Inhoud en strekking

De jurisprudentie over de invulling van dit criterium is veelzijdig en erg casuïstisch. Het is daardoor moeilijk algemene uitspraken te doen. In het algemeen worden inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling erg precies afgebakend en wordt daarom niet snel aangenomen dat de inhoud en strekking te veel overeenkomen met een privaatrechtelijke regeling. Zo blijkt uit het arrest *Anti-speculatiebeding Doetinchem* (HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8946, NJ 2006/445) dat een privaatrechtelijk anti-speculatiebeding bij gronduitgifte een ander belang beschermt dan de algemenere Huisvestingswet.

Bescherming belangen van burgers

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld een overzicht met veel verwijzingen in Groene Serie Verbintenissenrecht, Boek 6 BW, aant. 102 (Van der Veen).

Bij dit criterium is van belang dat de publiekrechtelijke regeling vaak waarborgen bevat voor burgers. Overheden mogen niet deze strengere publiekrechtelijke regelingen omzeilen met hun eigen privaatrechtelijke overeenkomsten. In het arrest *De Pina/Helmond* (HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AN1176, NJ 1991/394) hechtte de Hoge Raad bijvoorbeeld veel waarde aan het feit dat de Woonwagewet bij gedwongen verwijdering door de gemeente de belangen van burgers aanvullend beschermt ten opzichte van verwijdering door een privaatrechtelijke actie.

Vergelijkbaar resultaat

Indien een publiekrechtelijke regeling bestaat die een vergelijkbaar resultaat oplevert als de privaatrechtelijke, dan is dit een aanwijzing voor doorkruising.

Een bijzondere, maar belangrijke uitzondering is het arrest *Brandweerkosten* (HR 11 december 1992 ECLI:NL:HR:1992:ZC0788, NJ 1994/639), waar de Hoge Raad a contrario redeneerde dat de afwezigheid van een publiekrechtelijke bevoegdheid waarmee een vergelijkbaar resultaat zou kunnen worden behaald (betaling voor de inzet van de brandweer) juist impliceert dat de privaatrechtelijke weg niet gebruikt mag worden.

5.5 Toepassing bepalingen BW en doorkruisingsleer in de casus Oosterwold

De bepalingen 3:40 BW, 3:13 en 3:14 BW lijken als afzonderlijke grondslag – d.w.z. buiten de context van de doorkruisingsleer – geen directe problemen op te leveren.

Voor de casus Oosterwold is van belang te weten of de overeenkomst die de Gemeente met de koper sluit bepalingen bevat die bedreigd zouden kunnen worden door art. 3:40 BW, meer in het bijzonder de bepalingen die betrekking hebben op het afvalwaterbeheer. De publiekrechtelijke regelgeving hieromtrent zegt weinig tot niets over de mogelijkheid c.q. een verbod op eventuele privaatrechtelijke afspraken en dat maakt dat de kans dat een dergelijke overeenkomst op grond van art. 3:40 lid 1 of lid 2 BW nietig of vernietigbaar zou zijn op voorhand niet zo groot. Het lijkt ook niet waarschijnlijk dat afspraken over afvalwaterbeheer zonder meer in strijd zouden zijn met de goede zeden of openbare orde.

Praktisch gesproken lijken ook de bepalingen 3:13 en 3:14 BW niet direct een bedreiging voor de contractuele bepalingen rondom afvalwaterverwerking. De discussie in de literatuur spitst zich meestal toe op de vraag naar de precieze dogmatische verhouding tussen de hierna te bespreken doorkruisingsleer, art. 3:40 BW en art. 3:14 BW. Deze meer theoretische vraag is voor dit onderzoeksproject minder relevant.

De civielrechtelijke bepalingen – met name art. 3:40 BW - zijn echter wel van belang, omdat eventuele toepassing van de doorkruisingsleer hoogstwaarschijnlijk binnen het kader van art. 3:40 BW moet worden geplaatst. Dat betekent dat bij onaanvaardbare doorkruising in het geval Oosterwold de contractuele bepaling die betrekking heeft op het afvalwaterbeheer nietig is. Of deze nietigheid van deze bepaling betekent dat het gehele contract nietig is (deze als het ware 'meetrekt') of niet dient te worden bepaald aan de hand van art. 3:41 BW (partiële nietigheid). Van belang is te onderzoeken of de met nietigheid bedreigde bepaling in onverbreekelijk verband staat met de rest van het contract. Het lijkt niet waarschijnlijk dat dat geval zich voordoet.

Mocht de betreffende contractuele bepaling inderdaad het risico lopen nietig verklaard te worden, dan is deze bepaling juridisch niet tot stand gekomen en heeft dus geen gelding tussen partijen, omdat deze bepaling wordt geacht nooit te hebben bestaan.

Waar het bij toepassing van de doorkruisingsleer in de casus Oosterwold om gaat is de vraag of de overheid c.q. de gemeente met de koper contractueel mag afspreken dat de laatste verantwoordelijk is voor het afvalwaterbeheer gelet op de publiekrechtelijke verplichtingen ten aanzien van afvalwaterbeheer van de overheid c.q. de gemeente en het waterschap (zie ook par. 5.7 voor een concrete analyse van de contractuele bepalingen).

De voorvragen terzake de doorkruisingsleer leiden niet tot principiële problemen, omdat de verschillende publiekrechtelijke regelingen (en met name de Wm) privaatrechtelijk optreden in dit geval niet expliciet verbieden en op de overige twee voorvragen niet een expliciet antwoord gegeven kan worden dat het gebruik van privaatrecht in zijn *algemeenheid* in de weg staat.

Waar het de toepassing van de daadwerkelijke *doorkruisingscriteria* betreft, leidt de toepassing van de eerste twee (inhoud en strekking regeling c.q. bescherming van belangen van burgers) niet onmiddellijk tot een helder antwoord.

Wat daarentegen opvalt is de parallel tussen de casus Oosterwold en het gevalstype dat in het arrest *Brandweerkosten* aan de orde was. In de casus Oosterwold is het immers zo dat de Gemeente in beginsel invulling zou moeten geven aan een alternatieve invulling van een *op haar rustende zorgplicht* ten aanzien van het beheer van het afvalwater, omdat geen riolering is aangelegd en omdat er geen ontheffing voor de zorgplicht is aangevraagd.

Daarnaast legt de gemeente langs privaatrechtelijke weg (via haar contractuele positie als verkoper) de verantwoordelijkheid en het risico voor het afvalwaterbeheer op de koper zonder dat de publiekrechtelijke regeling (de Wm) die de publiekrechtelijke zorgplicht op de Gemeente legt, iets zegt over de mogelijkheid om deze zorgplicht de facto bij de burger te leggen. In het arrest *Brandweerkosten* mocht de overheid de inzet van de brandweer in dat specifieke geval ook niet privaatrechtelijk in rekening brengen bij de burger, *omdat* het publiekrecht ook niet in een dergelijke mogelijkheid voorzag. Een verschil is wel dat in de

documentatie rondom de desbetreffende regelgeving ook expliciet werd gemaakt dat het invoeren van publiekrechtelijke heffingen in dat geval als onwenselijk werd beschouwd, omdat dat een drempel op zou kunnen werpen bij de burger om de brandweer daadwerkelijk in te schakelen. Dit heeft zelfs tot gevolg dat kosten van de brandweer ook niet kunnen worden verhaald als er sprake is van bewuste roekeloosheid of zelfs opzet aan de zijde van de burger.

Bij de casus Oosterwold speelt dit laatste niet direct, maar zoals uit het eerste deel van dit rapport volgt, kan uit het Europese recht worden afgeleid dat uiteindelijk de overheid – de gemeente op basis van art. 10.33 Wm – een verplichting heeft te zorgen voor het beheer van het afvalwater. Het ligt niet direct voor de hand dat – net zoals dat geldt voor inzet van de brandweer – een dergelijke inherent publieke taak op deze wijze privaatrechtelijk bij de burger kan worden neergelegd.

5.6 Een analyse op contractsniveau

In de anterieure (model)overeenkomst⁴⁵ tussen de Gemeente Almere en de koper is de volgende bepaling opgenomen die betrekking heeft op het aspect 'water':

Art. 1 lid 1 sub 3:

“Met inachtneming van het ter zake bepaalde in deze Overeenkomst:

zal de Initiatiefnemer, met uitdrukkelijke uitsluiting van de Gemeente, verantwoordelijk zijn voor het voor eigen rekening en risico (doen) ontsluiten van het Projectgebied naar en van de bestaande openbare wegen, het voor eigen rekening en risico doen ontwateren van het Projectgebied, en het voor eigen rekening en risico uitvoering geven aan de beoogde zelfvoorzienendheid van het Projectgebied waar het (onder meer maar niet uitsluitend) betreft het hebben van aansluitingen op (openbare) nutsvoorzieningen, waaronder onder meer energie, water en telecom, en sanitatie (zie de definitie van "Bouwsteen 1"), tenzij in deze Overeenkomst anders bepaald.”

In de (model)concept-koopovereenkomst⁴⁶ tussen de Gemeente Almere en de koper (initiatiefnemer) de volgende bepaling opgenomen inzake de verwerking c.q. beheer van het afvalwater:

Art. 17 lid 17:

1. De koper(s) is voor eigen rekening en risico verantwoordelijk voor het op de juiste wijze beheren (aanvoer, afvoer en doorvoer) van de onder- en bovengrondse water in en

⁴⁵ Modelovereenkomst d.d. 27 maart 2017, toegezonden op 18 februari 2018.

⁴⁶ Modelovereenkomst d.d. 10 januari 2018, toegezonden op 18 februari 2018.

rondom het Verkochte (zowel waterkwaliteit als waterkwantiteit incl. afvalwater en eventuele oevers/kades). Daartoe zal de Koper tijdig in overleg treden met het Waterschap en (zo nodig) toereikende maatregelen treffen (vb. infiltratie, drainage). Zowel de Verkoper als het Rijksvastgoedbedrijf wordt dienaangaande door de Koper(s) gevrijwaard.

Deze bepalingen, in samenhang gelezen, plaatsen het risico voor beheer van afvalwater volledig bij de koper. Bovendien bevat de koopovereenkomst – en de anterieure overeenkomst biedt al een aanwijzing daarvoor - tevens een uitsluiting van aansprakelijkheid of vrijwaring ten gunste van de Verkoper (Gemeente) voor wat betreft het (afval)waterbeheer. Dat betekent dus dat als er iets mis is met het beheer van het afvalwater – bijvoorbeeld omdat de installatie verkeerd wordt aangelegd of de installatie anderszins niet goed functioneert - , waardoor derden schade lijden (of de koper zelf wellicht), de koper civielrechtelijk aansprakelijk is en blijft en geen mogelijkheden heeft de Gemeente aan te spreken op basis van de overeenkomst.

Het is op voorhand niet zo helder hoe deze clause zich verhoudt tot de zorgplichten die onder meer voortvloeien uit de Wet Milieubeheer, ten aanzien van de rioleringsplicht enerzijds dan wel de ‘alternatieve invulling’ van de zorgplicht anderzijds.

Als er geen ontheffing is verleend, maar sprake is van een alternatieve invulling van de zorgplicht door niet te rioleren, maar op andere wijze te voorzien in afvalwaterverwerking op grond van art. 10.33 Wm, valt niet direct en op voorhand in te zien hoe de Gemeente via deze overeenkomsten ervan blijk geeft dat zij eindverantwoordelijk is voor de verwerking van het afvalwater. Een dergelijke clause zou mogelijkerwijs zoals in de vorige paragraaf reeds geduid op grond van de doorkruisingsleer, al dan niet in samenhang met art. 3:40 BW en art. 3:14 BW, kunnen worden aangetast, zoals eerder reeds besproken. Dat zou betekenen dat de bepaling door de rechter nietig kan worden verklaard en derhalve – met terugwerkende kracht – wordt beschouwd als nooit tot stand gekomen.

Art. 17 lid 18 regelt de verplichtingen van de rechtsopvolgers van de koper als hij zijn stuk grond doorverkoopt. Deze bepaling luidt als volgt:

“De verplichtingen van de Koper in dit artikel gelden als kwalitatieve verplichting in de zin van artikel 252 boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en zal overgaan op degenen die het Verkochte zullen verkrijgen onder bijzondere titel. Degenen die van de rechthebbende een recht tot gebruik van het Verkochte zullen verkrijgen zijn eveneens aan deze verplichting gebonden. Indien en voor zover een kwalitatieve verplichting niet passend en/of toereikend is, zal een kettingbeding met dezelfde strekking worden gevestigd. Artikel 2.15 AV 2012 (kwalitatieve verplichting) en voor zover niet (toereikend) toepasselijk, is artikel 2.14 AV 2012 (kettingbeding) derhalve van toepassing op het bepaalde in dit artikel en zal notarieel worden vastgelegd. Voor zover noodzakelijk zal het tevens als derdenbeding worden opgenomen en aangenomen ten behoeve van het Rijksvastgoedbedrijf.”

In ieder geval kan het afvalwaterbeheer niet via een kwalitatieve verplichting worden vastgelegd zoals bedoeld in art. 6:252 BW. In dat geval zou elke rechtsopvolger van koper gebonden zijn aan het beheer zoals vastgelegd in een notariële akte. Maar dat kan hier niet, omdat een kwalitatieve verplichting slechts mogelijk is als de verplichting van de rechthebbende op het registergoed bestaat uit een niet-doen of dulden. Van de rechthebbende wordt in het onderhavige geval echter een actieve rol verwacht aangaande het afvalwaterbeheer. Dan werkt een kwalitatieve verplichting niet.

De contractuele bepaling die de afspraken rondom het afvalwaterbeheer beoogt 'door te geven' is daarom vormgegeven in een kettingbeding. Dit beding bestaat eigenlijk uit drie delen. Ten eerste wordt de eerste koper verplicht om de zorg rondom het afvalwaterbeheer aan de rechtsopvolger over te dragen. Ten tweede verplicht het kettingbeding om ook aan de rechtsopvolger de verplichting op te leggen het afvalwaterbeheer over te dragen. En ten derde dient ook de rechtsopvolger weer het kettingbeding aan diens opvolger over te dragen, zodat de ketting niet 'breekt'. Het kettingbeding bevat bovendien (zoals gebruikelijk is) een zogenaamd derdenbeding ten behoeve van de Gemeente (art. 6:253 BW e.v.). Dat betekent dat de Gemeente de zorgplicht ook tegenover rechtsopvolgers kan handhaven.

Het probleem met kettingbedingen – anders dan bij de kwalitatieve verplichting – is dat dit beding slechts verbintenisrechtelijke gevolgen in het leven roept. Als de koper met zijn rechtsopvolger een overeenkomst sluit waarin niets geregeld is over zorg voor afvalwaterbeheer en er is ook geen derdenbeding ten gunste van de gemeente in die overeenkomst opgenomen, dan staat de Gemeente tegenover de derde partij op privaatrechtelijke gronden buitenspel. De Gemeente is immers geen partij bij de overeenkomst tussen de koper van de grond en diens rechtsopvolger. De enige aanspraak die de Gemeente heeft is er een uit wanprestatie jegens de oorspronkelijke koper, omdat die koper het kettingbeding niet of niet juist heeft opgenomen in de overeenkomst met zijn rechtsopvolger. Die aanspraak is bovendien in beginsel financieel van aard. De Gemeente kan – indien aan de eisen van art. 6:74 BW is voldaan – schadevergoeding vorderen van de oorspronkelijke koper. Het gegeven dat een dergelijk kettingbeding notarieel is vastgelegd, doet aan het verbintenisrechtelijk karakter van het kettingbeding niets af.

De vraag is of de Gemeente daar iets mee opschiet, want wat de Gemeente lijkt te beogen is het op privaatrechtelijke grondslag afdwingen van het naleven van de zorgplicht rondom het afvalwaterbeheer. Dat is dus – als de ketting breekt – tegenover eventuele rechtsopvolgers van kopers niet goed mogelijk, omdat zij geen partij meer is bij de overeenkomst en het is bovendien tegenover de oorspronkelijke koper problematisch, omdat er mogelijk er slechts een recht op schadevergoeding wegens wanprestatie resteert.

Ten aanzien van de principiële vraag of de gemeente op de wijze zoals in de modelovereenkomsten verwoord de verplichtingen rondom het afvalwaterbeheer exclusief bij de burger kan neerleggen in het licht van de onder meer in de Wet Milieubeheer

neergelegde zorgplicht van de gemeente, kan in ieder geval worden vastgesteld dat niet zeker is dat een dergelijke constructie juridisch stand houdt gelet op de hierboven beschreven doorkruisingsproblematiek.

De onderhavige bepalingen uit het modelcontract suggereren een situatie waarin de gemeente ontheven is van een zorgplicht, wat publiekrechtelijk gesproken niet zomaar het geval is. Deze privaatrechtelijke constructie dient dan ook te gelden als een specifieke toepassing van de ‘alternatieve invulling’ van de zorgplicht (anders dan riolering dus). De wet en andere documentatie suggereren echter dat het initiatief en de eindverantwoordelijkheid in dat geval in het algemeen – evenals in het geval van riolering – bij de Gemeente ligt en dat is op basis van deze overeenkomst betwistbaar.

Wel is in art. 22 lid 2 is nog het volgende opgenomen:

“De gemeente houdt bij de nakoming van wat in onderhavige overeenkomst is bepaald echter volledig haar publiekrechtelijke verantwoordelijkheid ten aanzien van onder meer ruimtelijke ordenings-, Woningwet- en milieubeheerprocedures. Dit houdt in, dat er van de zijde van de gemeente geen sprake van wanprestatie zal en kan zijn, indien het handelen naar deze verantwoordelijkheid eist, dat de gemeente publiekrechtelijke rechtshandelingen verricht, die niet in het voordeel zijn van de aard of strekking van onderhavige overeenkomst.”

Het is niet op voorhand helder wat bedoeld wordt met ‘niet in het voordeel zijn van de aard of strekking van de onderhavige overeenkomst’, maar het lijkt erop dat deze bepaling slechts is geschreven om de gemeente van claims te vrijwaren. Uit deze bepaling kan niet zonder mee worden afgeleid dat de Gemeente eindverantwoordelijkheid houdt voor het beheer van het afvalwater. Als dat wel bedoeld zou zijn, dan is overigens niet geheel duidelijk hoe die eindverantwoordelijkheid zich dan verhoudt tot de zojuist besproken contractuele bepaling inzake de verantwoordelijkheidstoedeling aan de koper.

5.7 Twee ‘oplossingsrichtingen’?

Twee mogelijke problemen van iets verschillende juridische aard zijn in het voorgaande aan de orde gesteld aangaande de privaatrechtelijke verhouding tussen Gemeente en burger inzake de verantwoordelijkheden rondom het beheer van het afvalwater:

- De wijze van het uitoefenen van de ‘alternatieve invulling’ van de zorgplicht op grond van art. 10.33 Wm door met de koper contractueel overeen te komen dat de laatste eindverantwoordelijk is aangaande het afvalwaterbeheer (het ‘doorschuiven’ van de zorgplicht van de gemeente naar de koper).
- Het behoud van regie over het afvalwaterbeheer op de percelen op het moment dat deze percelen aan derden worden overgedragen.

Voor beide problemen zou men aan twee oplossingsroutes kunnen denken, waarbij de belangrijkste gedachte is dat de privaatrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling in lijn gebracht wordt met de publiekrechtelijke verantwoordelijkheidsverdeling aangaande het beheer van het afvalwater.

Het vestigen van een opstalrecht ten gunste van de Gemeente op de door de koper aangeschafte en geplaatste IBA

Een mogelijke oplossing voor beide problemen zou kunnen zijn het door de koper/ toekomstig grondeigenaar laten vestigen van een opstalrecht op de particuliere afvalverwerkingsinstallatie ten behoeve van de Gemeente. (art. 5:101 jo 3:98 BW).

Door deze maatregel zou een aantal onzekerheden kunnen worden aangepakt c.q. weggenomen. Ten eerste zou het recht van opstal van de Gemeente op de IBA betekenen dat zij het beheer en de verantwoordelijkheid daarover heeft. Dat lost het probleem van de huidige contractuele verantwoordelijkheidsverdeling in samenhang met de bestaande publiekrechtelijke regelgeving op, want de Wet Milieubeheer laat immers ruimte om naast de rioleringsplicht de zorgplicht ten aanzien van afvalwaterbeheer op een andere wijze in te vullen. Het is daarbij overigens niet zo, dat dat beheer op kosten van de Gemeente zou hoeven te geschieden. Uit een uitspraak van de Rb Midden-Nederland lijkt (a contrario) voort te vloeien dat rioolbelasting zou kunnen worden geheven voor het beheer van een IBA als de Gemeente daarop een opstalrecht zou verkrijgen.⁴⁷

Ten tweede zou het probleem van rechtsopvolging door derden geheel zijn weggenomen. Het opstalrecht is een goederenrechtelijk recht en daardoor niet afhankelijk van de overeenkomst met de eerste koper. Het opstalrecht hangt samen met het perceel waarop het opstalrecht gevestigd is. Wordt dit perceel overgedragen, dan gaat ook het opstalrecht 'mee'. De Gemeente kan zich dus ook tegenover rechtsopvolgers van de eerste koper beroepen op het opstalrecht en het beheer blijven uitoefenen.

Een belangrijk potentieel nadeel van deze oplossing kan natuurlijk zijn dat de aantrekkelijkheid van het project voor de koper afneemt, doordat hij minder autonomie heeft en ervaart. Hij heeft immers nog wel eigendom van zijn perceel verkregen, maar moet wel dulden dat de Gemeente een opstalrecht op een deel van zijn grond uitoefent en daar ook de bijbehorende zeggenschap over heeft. Dat heeft natuurlijk ook financiële gevolgen in die zijn dat de te verkopen grond minder waarde zal hebben dan wanneer deze in volledige eigendom zou worden overgedragen.

Dit nadeel is een reëel nadeel en dient tegen de voordelen te worden afgewogen. Wel zou aan dit nadeel deels tegemoetgekomen kunnen worden door contractueel overeen te komen dat het feitelijke beheer van de IBA door de koper geschiedt in samenspraak bijvoorbeeld met het

⁴⁷ Rechtbank Midden-Nederland 18 december 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BZ3842.

waterschap. Dat zou wellicht de door de koper ervaren autonomie ten aanzien van het gekochte perceel ten goede kunnen komen. De *eindverantwoordelijkheid* ten aanzien van het beheer van de IBA blijft dan niettemin liggen bij de gemeente. Dat is ook de partij die civielrechtelijk kan en moet worden aangesproken als het beheer (ook collectief) niet adequaat wordt uitgevoerd (bijvoorbeeld op grond van 6:174 BW, aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen), maar daar staat dan ook tegenover dat de Gemeente ook privaatrechtelijk de regie over de IBA's kan voeren en kan ingrijpen als het particuliere feitelijke beheer te wensen overlaat.

Een tweede nadeel is daarbij dat de Gemeente slechts deze oplossing zou kunnen invoeren bij nieuwe kopers. De reeds verkochte percelen zijn reeds in 'vol' eigendom bij de kopers en natuurlijk kan de Gemeente dan niet afdwingen dat er een opstalrecht ten gunste van de Gemeente wordt gevestigd. In dat geval is de Gemeente afhankelijk van de medewerkingsbereidheid van de koper/eigenaar.

Contractuele afspraken over afvalwaterbeheer in samenhang met meer zeggenschap aanschaf IBA.

Een tweede oplossingsrichting is minder rigoreus in goederenrechtelijk opzicht, omdat de bestaande praktijk van verkoop en volledige eigendomsoverdracht zou kunnen worden gehandhaafd. Een probleem is wel dat de Gemeente minder regie kan voeren.

De oplossing zou erin kunnen bestaan dat de Gemeente meer zeggenschap over het afvalwaterbeheer tracht te creëren door met de koper af te spreken dat de Gemeente het beheer over de IBA's voert en verantwoordelijk is voor het beheer en onderhoud van de IBA's. Een dergelijke afspraak zou gepaard kunnen gaan met de mogelijkheid dat de Gemeente (al dan niet collectief) zelf IBA's aanschaf, zodat zij van het begin af meer grip heeft op de wijze waarop het afvalwater wordt beheerd.

Ook hier geldt weer dat de Gemeente de facto het feitelijke beheer wat betreft de IBA aan de koper kan overlaten of wellicht met instemming van de koper aan derde (rechtspersoon) die gespecialiseerd is in het onderhoud van IBA's. De juridische beheers- en onderhoudsverantwoordelijkheid blijft op grond van het contract én op grond van de Wet Milieubeheer echter wel bij de Gemeente liggen (zie ook Kamerstukken II 2005/06, 30 578, nr. 3, p. 9, 10 (MvT)).

Het voordeel van deze constructie is dat vanuit contractueel perspectief duidelijk is dat de Gemeente eindverantwoordelijk is voor het beheer van het afvalwater en niet de koper en daarmee lijkt een dergelijke constructie in lijn te zijn met de Wet Milieubeheer op dit punt die voorziet in een alternatieve invulling van de zorgplicht die rust op de Gemeente.

Bovendien kan de gehele eigendom nog steeds aan de koper worden overgedragen zonder dat de percelen bezwaard zijn met een goederenrechtelijk (opstal)recht.

Daar staat wel tegenover dat de Gemeente bij de uitoefening van de contractuele beheersbevoegdheid afhankelijk is van de koper/eigenaar. Als de eigenaar weigerachtig is om de Gemeente (of een derde) op zijn perceel toe te laten, dan is het lastig om het beheer in de praktijk uit te oefenen. Dat betekent dat het lastiger is voor de Gemeente binnen deze oplossingsrichting om de volledige regie te behouden aangaande het afvalwaterbeheer.

Daar komt bij dat eventuele privaatrechtelijke aansprakelijkheidsvraagstukken tot complicaties kunnen leiden. Als een eventueel disfunctionerende IBA schade veroorzaakt, dan kan degene die de schade leidt in beginsel de bezitter van de IBA als gebrekkig opstal aanspreken op grond van art. 6:174 BW.

Gezien de publiekrechtelijke eindverantwoordelijkheid van de Gemeente en de mogelijke invloed van de Gemeente op het aangeschafte product is het niet onmogelijk dat de Gemeente ook aansprakelijk is – jegens de derde die schade lijdt dan wel jegens de bewoner – op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) die erin bestaat dat de Gemeente zich niet adequaat van zijn publiekrechtelijke verantwoordelijkheden heeft gekweten door disfunctionerende IBA's aan de bewoner aan te bieden en de laatste daarvoor ook verantwoordelijk en aansprakelijk te maken.

Indien op grotere schaal IBA's gaan disfunctioneren zouden de bewoners op deze grondslag mogelijkwjs kunnen vorderen (art. 3:296 BW) dat de Gemeente zich onthoudt van onrechtmatige gedragingen in de toekomst en zich houdt aan de bestaande publiekrechtelijke verplichtingen en bijvoorbeeld verplicht wordt tot de aanleg van publieke afvalwaterinzamelingsinstallaties (bijvoorbeeld 'gewoon' riolering).

Ook voor deze oplossingsrichting geldt daarnaast dat deze vooral van toepassing zal zijn op percelen die nog verkocht moeten worden. Voor de reeds verkochte en overgedragen percelen geldt dat de Gemeente de medewerking nodig heeft van de koper/eigenaar.

5.6. Conclusies

11. Mag de overheid de publieke taak van afvalwaterzuivering overlaten aan burgers?

Uit dit onderzoek blijkt dat het in ieder geval mogelijk is het feitelijk beheer in de handen van burgers te leggen. Het juridisch overdragen van het beheer van afvalwater zoals tot nu toe geschiedt op basis van art. 17 lid 17 van de toepasselijke modelovereenkomst brengt de nodige risico's met zich, omdat deze contractuele bepaling de suggestie wekt dat de individuele burger nu de zorgplicht uitoefent die de gemeente zou moeten uitoefenen. De kans is aanwezig dat een dergelijke 'overdracht' van de zorgplicht geen standhoudt voor de rechter en als deze kans zich verwezenlijkt dan levert dat nietigheid van deze contractuele bepaling op, hetgeen betekent dat deze bepaling wordt geacht nooit tot stand te zijn gekomen.

12. Kun je als overheid toekomstige bewoners verplichten om te lozen via een innovatief eigen (of gezamenlijk) systeem?

Het is mogelijk om voor nieuwe bewoners via een contractuele route daarover afspraken te maken. Met name wanneer de percelen worden doorverkocht, is de overheid wel afhankelijk van de medewerking van alle betrokken partijen om de contractuele verplichtingen tegenover de overheid in stand te laten.

Via een opstalrecht op een IBA kan de overheid meer regie uitoefenen, maar dat betekent wel het verlies van een deel van het goederenrechtelijk eigendomsrecht van de bewoner en dus van verlies van autonomie.

13. Kun je, in het geval van een gezamenlijk innovatief systeem, bewoners verplichten aan te sluiten bij een bestaand onderhoudscontract? Kun je bestaande bewoners verplichten zich aan te sluiten op een innovatief afvalwatersysteem?

Wat betreft nieuwe bewoners geldt vanuit privaatrechtelijk perspectief dat de Gemeente als verkoper/eigenaar via een contract kan proberen nieuwe bewoners te verplichten om mee te doen aan een bestaand onderhoudscontract. De Gemeente kan eventuele medewerking wellicht stimuleren door het verstrekken van financiële incentives. Het probleem van een contractuele afspraak is dat deze afspraak alleen geldt tussen de partijen die het contract hebben gesloten. Opvolgende eigenaren zijn aan deze afspraak met de Gemeente dan niet gebonden. Een eventueel kettingbeding biedt maar beperkte bescherming.

Voor bestaande bewoners die volledig eigenaar zijn van de grond en de IBA lijkt vanuit privaatrechtelijk perspectief te gelden dat de Gemeente slechts met medewerking van bewoners afspraken kan maken over onderhoud en aansluiting op een nieuw afvalwatersysteem.

14. We willen alle systemen testen, kun je dit bereiken? En zo ja, hoe? Kun je voorschrijven wie welk systeem koopt?

Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar het antwoord op vraag 13.

15. Wie is er verantwoordelijk en wie is aansprakelijk als de systemen die in het living lab getest worden niet (voldoende goed) werken, en kun je dit bijvoorbeeld organiseren bij projectontwikkelaars?

Wanneer de grond en de IBA in volledige eigendom zijn bij de nieuwe bewoner, de IBA als opstal kan worden gekwalificeerd en de IBA gebrekkig is en schade veroorzaakt, dan is de bewoner als bezitter van deze opstal op grond van art. 6:174 BW mogelijkerwijs aansprakelijk voor de schade die de IBA veroorzaakt.

Op grond van de Wm is de Gemeente echter publiekrechtelijk verantwoordelijk voor afvalwaterinzameling en transport (beheer). Het lijkt daarom niet onmogelijk dat een bewoner – als hij zou worden aangesproken als bezitter van een gebrekkige IBA – de Gemeente kan aanspreken op grond van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) die erin bestaat dat de Gemeente zich ten koste van de desbetreffende bewoner niet aan zijn publiekrechtelijke verplichtingen heeft gehouden.

Mocht de Gemeente een opstalrecht gevestigd hebben op de IBA, dan is de Gemeente aansprakelijk op grond van art. 6:174 BW als deze niet goed functioneert.

6. Conclusies

De hoofdvraag van dit onderzoek is of er juridische (on) mogelijkheden zijn voor de realisatie van private individuele of collectieve afvalwaterzuiveringsvoorzieningen. Dit heeft (1) betrekking op de Europese en nationale eisen, waarbij ook vooruitgeblikt wordt op de invoering van de Omgevingswet en (2) op de wijze waarop experimenten met private individuele of collectieve afvalwaterzuivering in het huidige juridische kader kunnen worden ingepast. Het algemene beeld is dat oprijst uit dit rapport is dat experimenteren niet zonder meer mogelijk is.

Europese en nationale eisen, voor en na invoering van de Omgevingswet

Toch is er ruimte voor innovatie sinds de gemeente haar zorgplicht niet langer per se hoeft in te vullen met riolering, maar ook voor een alternatieve invulling van de zorgplicht mag kiezen en gebruik mag maken van afzonderlijke systemen of andere passende systemen (zoals IBA's) in beheer bij een gemeente, een waterschap of een rechtspersoon die door een gemeente of waterschap met het beheer is belast, indien met die systemen eenzelfde graad van milieubescherming wordt bereikt. Dit is in lijn met de RSA, die ook een doelmatigheidstoets dan wel minimaal gelijkwaardige milieubescherming voorschrijft.

De wetgeving biedt ook mogelijkheden tot overdracht van beheer en verantwoordelijkheid, maar dat geldt voor het buitengebied (buiten de bebouwde kom) waar een onvoldoende concentratie is van bevolking (minder dan 2000 inwonerequivalenten) of economische activiteiten en – naar huidig recht - de afstand tot de riolering meer dan 40 meter bedraagt. Gelet op de Europese verplichting om tot riolering over te gaan zodra het gebied valt onder de definitie van agglomeratie in de zin van de RSA, kan alleen gedoogd worden totdat de 2000 i.e. zijn bereikt. Als Almere Oosterwold wordt gezien als onderdeel van de agglomeratie Almere, dan zijn de 2000 i.e. al bereikt. Ook in dat geval kan gedoogd worden totdat de 2000 i.e. zijn bereikt, omdat de Europese Commissie overtredingen van de RSA gedoogt totdat meer dan 2000 i.e. niet zijn aangesloten in een agglomeratie.

Naar huidig recht kan, als de provincie op verzoek van de gemeente een ontheffing van de zorgplicht verleent, niet alleen de exploitatie maar ook de zorgplicht worden overgedragen aan burgers of bedrijven op doelmatigheidsgronden. Na invoering van de Omgevingswet, blijft net als daarvoor overdracht van de exploitatie en de zorgplicht mogelijk als de inzameling niet doelmatig is, alleen is dan niet langer voorafgaande toestemming van de provincie vereist. Via instructieregels kan de provincie echter ook onder de Omgevingswet ingrijpen indien nodig.

Bij de alternatieve invulling van de zorgplicht biedt de wet ook mogelijkheden voor overdracht van beheer, zij het dat alleen publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen hiervoor in aanmerking komen. Uit belastinggeschillen blijkt dat de rechter *beheer* zo uitlegt dat de overheid ook bij de alternatieve invulling nog steeds een zorgplicht draagt en daarmee haar publieke taak uitvoert. De mogelijkheid tot overdracht van beheer aan een andere overheid of aan een privaatrechtelijke rechtspersoon wordt uitgelegd als overdracht van de exploitatie, omdat de publieke taak zelf niet kan worden overgedragen. Dus ook na overdracht van de exploitatie, moet de overheidsverantwoordelijkheid nog steeds in zowel bestuurlijk, juridisch als feitelijk opzicht ten uitvoer kunnen worden gebracht. Bewoners kunnen dus niet eisen dat de gemeente rioleert, wel dat de gemeente invulling geeft aan haar (alternatieve) zorgplicht.

De gemeente is verantwoordelijk voor lozingen op de bodem, het waterschap voor lozingen op oppervlaktewateren die bij haar in beheer zijn en het rijk lozingen op rijkswateren. Deze verdeling van zorgplichten blijft ongewijzigd onder de Omgevingswet.

Voor zover burgers aangesloten zijn op de riolering hebben zij geen eigen zorgplichten voor de zuivering en lozing van afvalwater. Het besluit lozing afvalwater huishoudens bepaalt dat lozing op de bodem of op oppervlaktewater niet is toegestaan indien het perceel zich binnen 40 m van een riool of rwzi bevindt. Buiten de 40 m grens kan de gemeente ontheffing aanvragen als de inzameling van huishoudelijk afvalwater niet doelmatig is. Na het verkrijgen van de ontheffing is de eigenaar zelf verantwoordelijk voor de zuivering en lozing van zijn afvalwater. De lozing van huishoudelijk afvalwater op de bodem of op oppervlaktewater dient gemeld te worden, respectievelijk aan de gemeente of het waterschap.

De regeling lozing huishoudelijk afvalwater schrijft voor aan welke eisen zuiverings- en infiltratievoorzieningen moeten voldoen. Het waterschap en de gemeente kunnen via maatwerkvoorschriften aanvullend eisen stellen aan de zuivering. Voor percelen gelegen binnen 40 meter afstand van de riolering, kan het waterschap bepalen dat aangesloten moet worden op de riolering. Naar huidig recht zijn uitzonderingen op de aansluitplicht binnen de 40 meter grens alleen tijdelijk van aard. De provincie kan - als de ontwikkelingen in het gebied daar aanleiding toe geven - de ontheffing intrekken en een termijn stellen voor aansluiting op de riolering die is gebaseerd op de afschrijving van de IBA. Na invoering van de Omgevingswet biedt het Bal voorschriften voor lozingen op rijkswateren. Hoewel de

Omgevingswet het Rijk verplicht tot het opstellen van regels ter implementatie van de RSA voor lozingen in decentrale wateren en tot het opstellen van instructieregels in een amvb, is dit (nog) niet gebeurd.

Naar huidig recht kan de provincie of het waterschap strenge(re) waterkwaliteitsnormen vaststellen voor regionale wateren. De provincie kan in haar verordening voor wateren in haar provincie verwijzen naar de norm voor nutriënten die noodzakelijk is om de goede ecologische toestand te bereiken. Ook onder de Omgevingswet lijkt deze bevoegdheid te zijn voorbehouden aan de provincies in hun omgevingsverordening.

De wijze waarop experimenten met private individuele of collectieve afvalwaterzuivering in het huidige juridische kader kunnen worden ingepast.

Contract en/of opstalrecht

Uit dit onderzoek blijkt dat het in ieder geval mogelijk is het feitelijk beheer in de handen van burgers te leggen. Het juridisch overdragen van het beheer van afvalwater zoals tot nu toe geschiedt in Almere Oosterwold op basis van art. 17 lid 17 van de toepasselijke modelovereenkomst brengt de nodige risico's met zich. Er is een behoorlijke kans dat een dergelijke overdracht van de zorgplicht geen standhoudt voor de rechter en als deze kans zich verwezenlijkt dan levert dat nietigheid van deze contractuele bepaling op, hetgeen betekent dat deze bepaling wordt geacht nooit tot stand te zijn gekomen.

Het is mogelijk om voor nieuwe bewoners via een contractuele route afspraken te maken over lozing via een innovatief eigen (of gezamenlijk) systeem. Met name wanneer de percelen worden doorverkocht, is de overheid wel afhankelijk van de medewerking van alle betrokken partijen om de contractuele verplichtingen tegenover de overheid in stand te laten.

Via een opstalrecht op een IBA kan de overheid meer regie uitoefenen, maar dat betekent wel het verlies van een deel van het goederenrechtelijk eigendomsrecht van de bewoner en dus van verlies van autonomie.

Wat betreft nieuwe bewoners geldt vanuit privaatrechtelijk perspectief dat de Gemeente als verkoper/eigenaar via een contract kan proberen nieuwe bewoners te verplichten om mee te doen aan een bestaand onderhoudscontract. De Gemeente kan eventuele medewerking wellicht stimuleren door het verstrekken van financiële incentives. Het probleem van een contractuele afspraak is dat deze afspraak alleen geldt tussen de partijen die het contract hebben gesloten. Opvolgende eigenaren zijn aan deze afspraak met de Gemeente dan niet gebonden. Een eventueel kettingbeding biedt maar beperkte bescherming.

Voor bestaande bewoners die volledig eigenaar zijn van de grond en de IBA lijkt vanuit privaatrechtelijk perspectief te gelden dat de Gemeente slechts met medewerking van bewoners afspraken kan maken over onderhoud en aansluiting op een innovatief afvalwatersysteem.

Het bovenstaande geldt ook voor het testen van innovatieve systemen. De Gemeente is daarbij afhankelijk van de medewerking van de koper.

Aansprakelijkheid

Wanneer de grond en de IBA in volledige eigendom zijn bij de nieuwe bewoner, de IBA als opstal kan worden gekwalificeerd en de IBA gebrekkig is en schade veroorzaakt, dan is de bewoner als bezitter van deze opstal op grond van art. 6:174 BW mogelijkserwijs aansprakelijk voor de schade die de IBA veroorzaakt.

Op grond van de Wm is de Gemeente echter publiekrechtelijk verantwoordelijk voor afvalwaterinzameling en transport (beheer). Het lijkt daarom niet onmogelijk dat een bewoner – als hij zou worden aangesproken als bezitter van een gebrekkige IBA – de Gemeente kan aanspreken op grond van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) die erin bestaat dat de Gemeente zich ten koste van de desbetreffende bewoner niet aan zijn publiekrechtelijke verplichtingen heeft gehouden.

Mocht de Gemeente een opstalrecht gevestigd hebben op de IBA, dan is de Gemeente aansprakelijk op grond van art. 6:174 BW als deze niet goed functioneert.

Borging van een (tijdelijk) living lab

Of het mogelijk is om voor een living lab een uitzondering te mogen maken op de regels hangt af van de vraag op welke regels een uitzondering moet worden gemaakt. Zolang aan de Europeesrechtelijke regels wordt voldaan, kan worden verzocht om via vermelding in een amvb een experimentele status te verkrijgen. Dit kan zowel via een gedoogconstructie of door een beroep te doen op een experimentenstatus, wat zowel mogelijk is onder huidig recht (via de Crisis en Herstelwetconstructie) als onder de Omgevingswet. De overheden zouden dus gezamenlijk bij het Rijk de experimentenstatus kunnen aanvragen voor de overdracht van het beheer aan burgers (natuurlijke personen). Overdracht van het beheer aan een privaatrechtelijke rechtspersonen is zowel nu als straks toegestaan. Uit de jurisprudentie blijkt dat overheden hun eindverantwoordelijkheid niet kunnen overdragen. Ook na de overdracht van het beheer moeten zij hun eindverantwoordelijkheid nog steeds zowel in bestuurlijk, juridisch als feitelijk opzicht ten uitvoer kunnen brengen.

Het is niet aan ons om te bepalen op welke manier het living lab het beste kan worden geborgd.