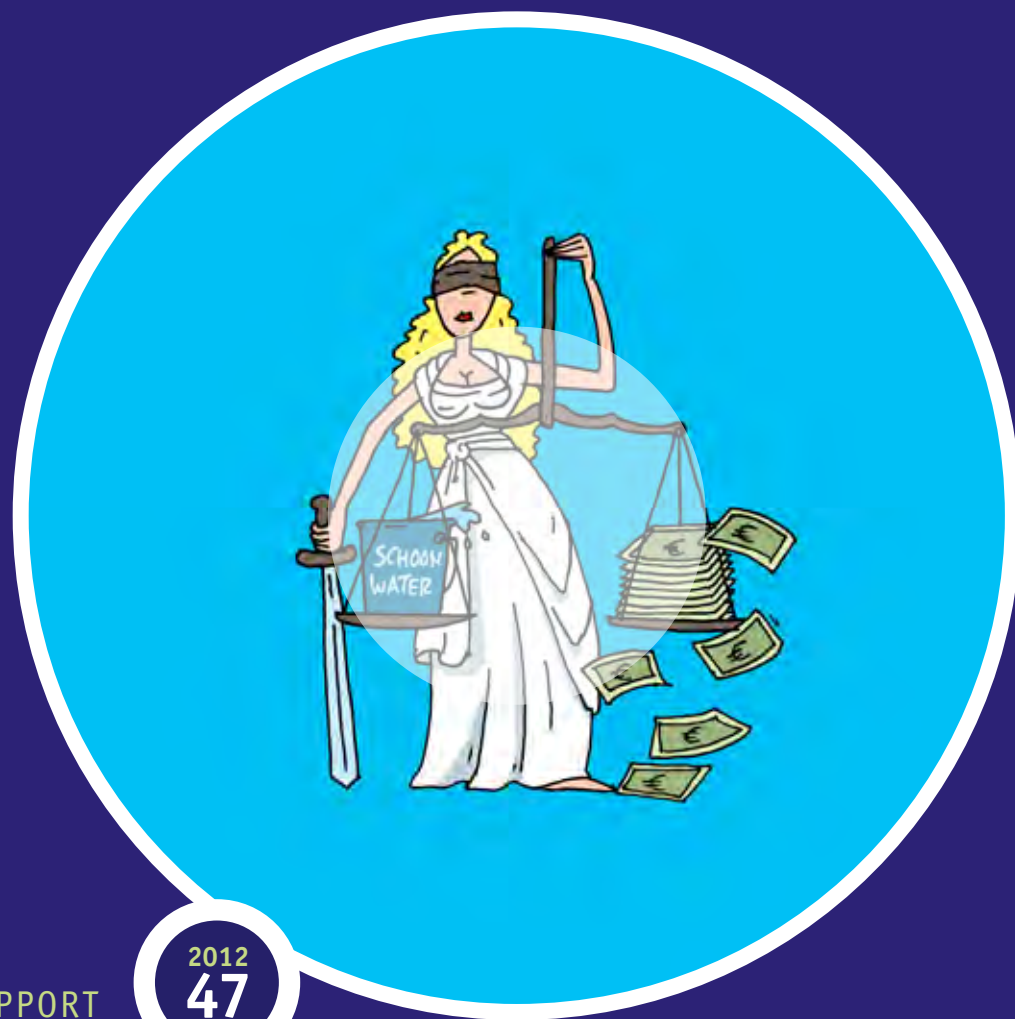


# INNOVATIE EN DUURZAAMHEID: VALORISATIE VAN AFVALWATER



RAPPORT

2012  
47

INNOVATIE EN DUURZAAMHEID:  
VALORISATIE VAN AFVALWATER

RAPPORT

2012

47

ISBN 978.90.5773.596.7



# COLOFON

## UITGAVE

Onderzoek in opdracht van de STOWA

## AUTEURS

A. Gerbrandy  
R. Nehmelman  
H. van Rijswick  
T. Verstappen  
S. de Vries

Allen werkzaam aan de Universiteit Utrecht  
Centrum voor Omgevingsrecht  
Europa Instituut

## BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Mr. H.J.M. Havekes, (voorzitter)	Strategisch Adviseur Bestuur en Directie, Unie van Waterschappen
Mr. J.A. Bolkestein J. van Keulen	juridisch beleidsmedewerker, Unie van Waterschappen Hoofd afdeling Bestuurszaken, Waterschap Reest en Wieden
Mr. R.J.J. Lazaroms	Coördinator klimaat, energie en duurzaamheid, Unie van waterschappen
Mr. F. Minderhoud	Jurist, Waterschap Rivierenland
Drs. A.J. Palsma	onderzoekskoördinator waterketen, STOWA
Ir. R.M.W. Schemen	Programmacoördinator Energiefabriek, Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier

## STOWA

STOWA 2012-47  
ISBN 978.90.5773.596.7

**COPYRIGHT** De informatie uit dit rapport mag worden overgenomen, mits met bronvermelding. De in het rapport ontwikkelde, dan wel verzamelde kennis is om niet verkrijgbaar. De eventuele kosten die STOWA voor publicaties in rekening brengt, zijn uitsluitend kosten voor het vormgeven, vermenigvuldigen en verzenden.

**DISCLAIMER** Dit rapport is gebaseerd op de meest recente inzichten in het vakgebied. Desalniettemin moeten bij toepassing ervan de resultaten te allen tijde kritisch worden beschouwd. De auteurs en STOWA kunnen niet aansprakelijk worden gesteld voor eventuele schade die ontstaat door toepassing van het gedachtegoed uit dit rapport.

# VOORWOORD

Het afvalwaterbeheer verandert in snel tempo. Waar dat tot voor kort vooral bestond uit het zuiveren van het binnenkomende afvalwater, zijn innovatie en duurzaamheid hedendaagse trefwoorden. Waterschappen bouwen steeds meer van hun rioolwaterzuiveringsinstallaties om tot “Energiefabrieken”, die geen energie verbruiken, maar energie produceren. Ook worden via het concept van de “Grondstoffenfabriek” in toenemende mate grondstoffen uit het afvalwater te ruggewonnen, zoals fosfaat, vezels en bioplastics. Tezamen wordt dit de valorisatie van afvalwater genoemd.

Deze snelle ontwikkeling sluit goed aan bij de moderne en innovatieve rol die tegenwoordig van de waterschappen wordt verlangd. Een aantal met het rijk gesloten convenanten, zoals het Klimaatakkoord, de Green Deal en het Ketenakkoord Fosfaat vormen daarvan het levende bewijs. Ook in het Bestuursakkoord Water wordt gewezen op de gewenste bredere focus van de waterschappen. Tegelijkertijd leidt deze, op zichzelf uitstekende, ontwikkeling tot een aantal juridische vragen. Wat is de precieze taak van het waterschap? Wat betekent hun bijzondere staatsrechtelijke positie voor innovatiemogelijkheden binnen het afvalwaterbeheer? Kan een waterschap gezien zijn wettelijk beperkte functie zonder meer energie of grondstoffen aan derden leveren? Wat zijn Europeesrechtelijke randvoorwaarden voor de valorisatie van afvalwater?

De STOWA heeft de Universiteit Utrecht gevraagd om onderzoek te doen naar de juridische aspecten die spelen bij de valorisatie van afvalwater. Dit onderzoek dient zowel wat de nationaalrechtelijke als de Europeesrechtelijke dimensie betreft antwoord te geven op voornoemde vragen, zodat de waterschappen weten wat hun juridische positie is. Het onderzoek is begeleid door een commissie met enkele juridische en technische experts uit waterschapskring.

Eind oktober jl. heeft de Universiteit Utrecht het onderzoek afgerond. De uitkomsten treft u hierbij aan. Kort samengevat komen de onderzoekers in hun rapport tot de conclusie dat de energieopwekking voor eigen gebruik niet op staatsrechtelijke problemen stuit. Voor verdergaande initiatieven, zoals de levering van energie aan derden, is het volgens de onderzoekers voor de zekerheid gewenst het wettelijk kader aan te passen. Hiervoor worden enkele suggesties aangereikt. Concreet bevelen de onderzoekers aan expliciet in de Waterschapswet en de Waterwet (en te zijner tijd wellicht in de Omgevingswet) duidelijk te maken dat de taken van de waterschappen – en in casu in het bijzonder de zuiveringstaak – niet alleen op een doelmatige, maar ook op een duurzame wijze dienen te worden uitgevoerd. Wat de Europeesrechtelijke randvoorwaarden betreft, laat het onderzoeksrapport zien dat het Europese recht weliswaar een aantal beperkingen kent, die echter alle hun uitzonderingen kennen. Aldus biedt het Europese recht volgens de onderzoekers mogelijkheden om duurzaamheidsinitiatieven te ontplooiën, hetzij in het kader van de verbodsbepalingen van het EU-internemarktrecht, hetzij in het kader van de vrijverkeerbepalingen. De onderzoekers wijzen in dit verband op de mogelijkheid om in geval van twijfel een “informele zienswijze” van de NMa aan te vragen of een gesprek met de Europese Commissie aan te gaan.

Aldus bevat het onderzoeksrapport een aantal heldere conclusies, die voor een deel in de sfeer van aanpassing van de wet- en regelgeving liggen. Aangezien de onderhavige ontwikkeling van de valorisatie van afvalwater breed wordt toegejuicht en met het rijk ook in een aantal akkoorden is overeengekomen, mag aangenomen worden dat de door de onderzoekers aanbevolen wetswijziging brede steun ondervindt en relatief snel tot stand zal kunnen komen.

**Mr. dr. H.J.M. Havekes,**  
**Voorzitter Begeleidingscommissie**

# INNOVATIE EN DUURZAAMHEID: VALORISATIE VAN AFVALWATER

## INHOUD

<b>1</b>	<b>INLEIDING, ONDERZOEKSVRAGEN, METHODOLOGIE EN UITEENZETTING VAN HET BEGRIIP VALORISATIE</b>	<b>7</b>
1.1	Inleiding	7
1.2	Onderzoeksvragen en methodologie	9
1.3	Wat is valorisatie van afvalwater en wat houdt het concept 'Energiefabriek/Grondstoffenfabriek' in?	9
1.3.1	Valorisatie	9
1.3.2	Het valorisatieproces	10
1.3.3	Aanleiding tot valorisatie	12
1.3.4	De praktijk: de Energiefabriek als voorbeeld	13
1.3.5	Huidige situatie	13
<b>2</b>	<b>HET WATERSCHAP ALS FUNCTIONEEL DECENTRAAL OPENBAAR LICHAAM</b>	<b>15</b>
2.1	Inleiding	15
2.2	Functionele decentralisatie	16
2.3	Artikel 133 Grondwet	17
2.3.1	Artikel 133 Grondwet en de taakstelling van waterschappen	18

2.3.2	Openbare lichamen in één hoofdstuk	20
2.4	De taakstelling van de waterschappen krachtens de Waterschapswet en de provinciale reglementen	21
<b>3</b>	<b>VALORISATIE VAN AFVALWATER IN HET LICHT VAN DE ZUIVERINGSTAAK, DE ZORGPLICHT VOOR HET ZUIVERINGSBEHEER EN DE GRONDSLAG VAN DE ZUIVERINGSHEFFING</b>	<b>24</b>
3.1	Inleiding	24
3.2	Valorisatie van afvalwater als onderdeel van de zuiveringstaak?	24
3.2.1	Het zuiveringsbeheer onder de Wvo	25
3.2.2	Het zuiveringsbeheer als publieke taak	27
3.2.3	De zuiveringstaak en marktactiviteiten	28
3.2.4	De relatieve onbestemdheid van de zuiveringstaak: biedt de zuiveringsheffing duidelijkheid?	30
3.2.5	Toetsing aan de zuiveringstaak	31
3.3	Valorisatie van afvalwater in het licht van het specialiteitsbeginsel	33
3.3.1.	Doelmatig zuiveringsbeheer	34
3.3.2.	Toetsing aan het specialiteitsbeginsel	36
3.4	De gerechtvaardigheid van de grondslag voor de zuiveringsheffing	38
3.5	Aansluitplicht en ontneming van eigendom	39
<b>4</b>	<b>AANBEVELINGEN VOOR HET FACILITEREN VAN DUURZAAMHEIDSBELANGEN BINNEN DE ZUIVERINGSTAAK</b>	<b>42</b>
4.1	Inleiding	42
4.2	Verheldering zuiveringstaak	43
4.3	Uitbreiden belangenkader artikel 3.4 Waterwet	44
4.4	Oprichting publieke afvalwaterketenbedrijven (in WGR-verband)	44
4.5	Uitbreiding zuiveringstaak	45
4.6	In autonomie of medebewind overlaten van de zuiveringstaak	46
4.7	Het duurzaamheidsbeginsel opnemen in de Waterwet of de toekomstige Omgevingswet	47
4.8	Tussenconclusie	48
<b>5</b>	<b>EUROPEESRECHTELIJKE RANDVOORWAARDEN BIJ VALORISATIE VAN AFVALWATER</b>	<b>49</b>
5.1	Inleiding	49
5.2	Europees en nationaal Mededingingsrecht	49
5.2.1	Mededingingsregels en ondernemingen	50
5.2.1.1	Wanneer zijn de mededingingsregels van toepassing? Het begrip onderneming	50
5.2.1.2	Het kartelverbod	55
5.2.1.3	Uitzonderingen	58
5.2.1.4	Misbruik machtspositie (Artt. 102 VWEU & 24 Mw)	64
5.2.2	Relatie overheid en mededinging	65
5.2.2.1	De EU-regels betreffende staatssteun	66
5.2.2.2	EU-recht: exclusieve en bijzondere rechten	69
5.2.2.3	EU: Nuttig effect norm	72
5.3	Gedragregels Markt & Overheid	72
5.4	Regels van vrij verkeer	74
5.6	Tussenconclusies en aanbevelingen	79
<b>6</b>	<b>CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN</b>	<b>81</b>
	VERSLAG WORKSHOP 'JURIDISCHE ASPECTEN VAN VALORISATIE VAN AFVALWATER'	83

# 1

## INLEIDING, ONDERZOEKSVRAGEN, METHODOLOGIE EN UITEENZETTING VAN HET BEGRIP VALORISATIE

### 1.1 INLEIDING

De wereld verkeert op dit moment niet enkel in een economische crisis. Anno 2012 worden we ook geconfronteerd met een klimaatcrisis en met een grondstoffencrisis. Ter bestrijding van deze beide laatste crises wordt de strijd aangegaan met het gebruik van schaarse grondstoffen, waaronder fossiele brandstoffen. Het gebruik van fossiele brandstoffen leidt immers tot de opwarming van de aarde. De opwarming van de aarde doet ons klimaat veranderen, de zeespiegel stijgen en heeft invloed op de seizoenen. Er begint zich langzaam maar zeker een algemeen inzicht te ontwikkelen dat het gebruik van fossiele brandstoffen eindig is. Daarnaast hebben zowel de geïndustrialiseerde als de opkomende economieën een niet te stillen honger naar andere schaarse grondstoffen. Dit ruime gebruik van grondstoffen laat de grondstofprijzen stijgen. De olopemde grondstofprijzen bedreigen het economisch herstel en creëren een afhankelijkheid van grondstofexporterende landen.

Zowel de klimaatcrisis als de grondstoffencrisis zijn aldus bedreigend voor onze veiligheid en welvaart. Het verdient aanbeveling deze crises niet alleen te zien als een bedreiging, maar ook als een uitdaging voor verdere innovatie en duurzame ontwikkeling. De aanpak van de beide crises biedt namelijk ook economische kansen. Een mogelijke oplossing voor zowel de klimaatcrisis als de grondstoffencrisis ligt in de verduurzaming van onze maatschappij. Een eerste stap in de richting van een duurzame maatschappij is het overschakelen op groene en duurzame energie en het terugwinning en hergebruiken van schaarse grondstoffen zoals fosfaat en biopolymeren (bioplastics).

De waterschappen, die als geen andere overheid geconfronteerd worden met de gevolgen van klimaatverandering, nemen hun maatschappelijke verantwoordelijkheid door te kiezen voor de verduurzaming van het zuiveringsbeheer. Waterschappen hebben namelijk de zuivering van afvalwater tot taak. Met behulp van innovatieve technieken zijn waterschappen vandaag de dag in staat om grondstoffen terug te winnen en energie uit afvalwater te produceren: waterschapsenergie. Energiewinning uit afvalwater is een vorm van valorisatie van afvalwater. Valorisatie van afvalwater past in de 'cradle to cradle' gedachte dat afval simpelweg niet bestaat. Om valorisatie van afvalwater mogelijk te maken bouwen waterschappen hun



rioolwaterzuiveringsinstallaties onder meer om tot 'Energiefabriek/Grondstoffenfabrieken'. De meeste waterschappen gebruiken de aldaar gewonnen groene energie primair om in hun eigen energiebehoeften te voorzien, maar daarnaast bestaat er ook de potentie van levering aan derden. Op deze wijze plaatsen innovatie en duurzaamheid de zuiveringstaak in een nieuw daglicht. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat waterschappen functionele decentrale lichamen zijn. Functionele bestuurslichamen hebben een gesloten huishouding en zijn in beginsel slechts bevoegd zich die belangen aan te trekken, welke hen bij hun taakstelling zijn opgedragen. Functionele openbare lichamen zijn slechts belast met de vervulling van één of meer specifiek omschreven taken. In artikel 1 lid 2 Waterschapswet (verder Wsw) somt de wetgever de taken van de waterschappen op. Uit een eerste lezing van dit artikellid blijkt dat energieproductie noch energielevering worden aangemerkt als waterschapstaken.

Aan de Universiteit Utrecht is gevraagd onderzoek te doen naar de juridische aspecten die spelen bij de valorisatie van afvalwater door waterschappen. Het gaat daarbij onder meer om juridische mogelijkheden en beperkingen in kaart te brengen voor innovatieve en duurzame ontwikkelingen binnen het afvalwaterbeheer en aanbevelingen te doen voor de verduurzaming van het afvalwaterbeheer die mogelijk zijn binnen het huidige juridische nationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke kader alsmede aanbevelingen te doen voor aanpassingen van het nationaalrechtelijk kader. In vervolg op eerder verricht onderzoek over dit onderwerp ten behoeve van de STOWA, richt dit onderzoek zich in het bijzonder op de juridische aspecten en randvoorwaarden die een rol spelen bij de valorisatie van afvalwater.

Naar aanleiding van het concept-eindrapport is een workshop georganiseerd waarbij direct betrokkenen uit de praktijk in de gelegenheid werden gesteld hun visie op de onderzoeksresultaten naar voren te brengen en nadere vragen te stellen. Het verslag van de workshop is opgenomen als bijlage 1.

Het onderzoeksteam werd ondersteund door een begeleidingscommissie onder voorzitterschap van de heer H.J.M. Havekes. De voltallige begeleidingscommissie is opgenomen in bijlage 2.

Er is tijdens het onderzoek gebruik gemaakt van verschillende case-studies die zijn aangeleverd door de begeleidingscommissie en vanuit de praktijk. Opgemerkt moet worden dat iedere casus zeer specifiek is en sterk bepaald wordt door verschillen in lokale omstandigheden. Zonder te beschikken over de volledige informatie met betrekking tot een casus kan geen eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag of de uitgevoerde of voorziene activiteiten stuiten op Europeesrechtelijke of nationaalrechtelijke bezwaren. De casus zoals opgenomen in dit rapport dienen dan ook slechts ter illustratie.

Benutting van andere duurzame energiebronnen binnen het watersysteem, zoals windenergie, zonne-energie en waterkracht, heeft binnen de waterschappen eveneens grote aandacht en zijn ook onderdeel van het Klimaatakkoord. Deze onderwerpen maken echter geen onderdeel uit van de onderzoeksopdracht, maar het is goed denkbaar dat de conclusies voor de zuiveringstaak grotendeels ook toepasbaar kunnen zijn voor het watersysteemtaak. Om dit met zekerheid te kunnen concluderen is nader onderzoek gewenst.

## 1.2 ONDERZOEKSVRAGEN EN METHODOLOGIE

In dit rapport staan de volgende onderzoeksvragen centraal.

1. Welke innovatieve ontwikkelingen binnen het afvalwaterbeheer spelen er op dit moment? Informatie om deze vraag te beantwoorden is gestedilleerd uit eerdere onderzoeken en is eveneens aangeleverd vanuit de begeleidingscommissie.
2. Wat betekent de bijzondere staatsrechtelijke positie van de waterschappen voor innovatiemogelijkheden binnen het afvalwaterbeheer?
  - a. Wat betekent de taakopdracht (publieke taak, beperkte taak) aan de waterschappen voor de mogelijkheden tot innovatie?
  - b. Op welke wijze kan deze taakopdracht worden gewijzigd of uitgebreid (indien noodzakelijk) om innovatieve ontwikkelingen mogelijk te maken? De beantwoording van deze vraag is gebaseerd op met name de bestudering van wetgeving, kamerstukken, beleidsdocumenten en literatuur.
3. Wat zijn Europeesrechtelijke randvoorwaarden voor het valoriseren van afvalwater?
  - c. Wanneer zijn de mededingingsregels van toepassing?
  - d. Wat is het belang van het kartelverbod zoals dat is neergelegd in het Europese en nationale recht?
  - e. Op welke wijze kan het kwalificeren van afvalwatervalorisatie als 'dienst van algemeen economisch belang' van betekenis zijn?
  - f. Wat zijn de risico's met betrekking tot de specifieke machtspositie van waterschappen?
  - g. Op welke wijze spelen de regels met betrekking tot staatssteun een rol, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen het waterschap als steunverlener en als ondernemer?
  - h. Wat is de betekenis van de Wet markt en overheid voor de valorisatie van afvalwater? Dit deel van het onderzoek is gebaseerd op de bestudering van (Europese en nationale) wetgeving, kamerstukken, jurisprudentie, beleidsdocumenten en literatuur.
4. Op welke wijze kan de 'Green deal' bijdragen aan het mogelijk maken van valorisatie van afvalwater? Deze vraag zal beantwoord worden vanuit beide genoemde deelvragen, zoals verwoord onder 2 en 3.

## 1.3 WAT IS VALORISATIE VAN AFVALWATER EN WAT HOUDT HET CONCEPT 'ENERGIEFABRIEK/GRONDSTOFFENFABRIEK' IN?

### 1.3.1 VALORISATIE

Het woord 'valorisatie' vormt een verzelfstandiging van het werkwoord valoriseren. Het woord toont taalkundige gelijkenissen met het Franse 'valeur' en het Engelse 'value'. Beiden betekenen 'waarde'. De Dikke van Dale omschrijft 'valoriseren' als waarden en herwaarden. In deze zin moet ook de valorisatie van afvalwater worden begrepen: het herwaarden van (de economisch waardevolle componenten uit) afvalwater. Meer in concreto ziet valorisatie van afvalwater op de terugwinning, de productie en de levering van energie en grondstoffen (de economisch waardevolle componenten) uit afvalwater. Door valorisatie krijgen de potentieel waardevolle componenten hun waarde terug; men maakt immers opnieuw gebruik van deze componenten uit het afvalwater. Op deze wijze gaan deze grondstoffen dan niet langer (volledig) verloren bij de zuivering. Zo ontstaat door gebruik te

maken van valorisatie van afvalwater een ‘grondstoffenrotonde’. Grondstoffen worden als het ware ‘gerecycled’. Valorisatie van afvalwater, de grondstoffenrotonde, past in een relatief nieuwe focus op duurzaamheid; de ‘cradle to cradle’ theorie (C2C).<sup>1</sup>

De huidige en nog steeds dominante visie op duurzaamheid richt zich op het beperken van de schadelijkheid van producten; het ‘minder slecht maken van een product’. Om een product ‘minder slecht te maken’ worden schonere grondstoffen gebruikt, wordt het product zuiniger in gebruik gemaakt en wordt aandacht besteed aan de optimalisatie van recycling. Ondanks hetgeen de term recycling in dit kader doet vermoeden, moet het ontwerpen van dit product worden gezien als ontwerpen van wieg tot graf. Het product wordt namelijk ondanks een zekere focus op recycling (aanhangers van de C2C filosofie spreken in dit verband van ‘downcycling’) geplaatst in de keten van ontstaan, gebruik en afdanking. De centrale gedachte van de ‘cradle to cradle’ filosofie is echter dat alle gebruikte grondstoffen na hun leven in het ene product, nuttig kunnen worden ingezet in een ander product. Het verschil met de dominante visie op duurzaamheid (conventioneel hergebruik) is dus dat er geen kwaliteitsverlies van grondstoffen ontstaat en dat er geen restproducten zijn die alsnog gestort moeten worden: waste equals food. In casu: afval staat gelijk aan grondstoffen en energie.

Zoals uit bovenstaande definitie blijkt kan het proces van valorisatie zowel gericht zijn op de productie en de levering van energie uit afvalwater als op de terugwinning en de levering van grondstoffen (bijv. fosfaat) uit afvalwater. Alle waterschappen verkennen momenteel de mogelijkheden voor grondstoffenterugwinning en hebben hiervoor op verzoek van de Unie van Waterschappen een gezamenlijke netwerkorganisatie ingesteld. Uit een afgenomen interview is gebleken dat waterschap Aa en Maas reeds concrete plannen aan het maken is om de rioolwaterzuiveringsinstallaties (rwzi’s) tevens om te bouwen tot ‘Grondstoffenfabriek’.<sup>2</sup> Dit onderzoek ziet op zowel de productie en levering van energie als de winning van grondstoffen.

Voor de leesbaarheid zal veelal gesproken worden over de Energiefabriek/Grondstoffenfabriek.

## AFVALWATER

### ENERGIE/BIOGAS

### GRONDSTOFFEN

#### EIGEN GEBRUIK

#### LEVERING

#### LEVERING

### 1.3.2 HET VALORISATIEPROCES

Het is van belang om de verschillende fasen in het proces van valorisatie te onderscheiden: , de productie, de levering en de terugwinning.

<sup>1</sup> M. Braungart, W. MacDounough, Cradle to cradle: remaking the way we make things, New York: North Point Press 2002.  
<sup>2</sup> Zie: <http://www.grondstoffenfabriek.nl>.

### **1. Productie**

Voor valorisatie gericht op energie bestaat de eerste fase uit de productie van energie uit afvalwater. Hieronder zal nader worden ingegaan op de technische details van dit productieproces. In deze fase moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het productieproces dat voor zijn productie enkel gebruik maakt van de vergisting van het slib dat afkomstig is uit afvalwater en anderzijds tussen het productieproces dat naast de reguliere vergisting van slib tevens gebruik maakt van de vergisting van bijv. mest, GFT afval, slachtafval of visvetten: combinatievergisting (voor waterschappers: covergisting).<sup>3</sup>

### **2. Levering**

In de tweede fase van de valorisatie wordt de geproduceerde energie ('waterschapsenergie') geleverd door de waterschappen. In deze fase moeten worden onderscheiden de levering van 'waterschapsenergie' aan een ander openbaar lichaam in het kader van de publieke taak (vrachtwagens van de gemeentelijke reinigingsdienst die rijden op waterschapsbiogas), de levering van energie aan het energienet (aan een commerciële energieleverancier) en ten slotte de rechtstreekse levering van energie aan particuliere afnemers/gebruikers. Op dit moment doen de waterschappen Aa en Maas, de Dommel en de Stichtse Rijnlanden mee met een proef waarbij wordt onderzocht of de consument interesse heeft voor door de waterschappen opgewekte 'waterschapsenergie'. Greenchoice ontvangt om niets de certificaten (GVO's = garantie van oorsprong) en voegt die samen met hun eigen energie en verkoopt deze aan particulieren.<sup>4</sup>

Opgemerkt zij dat de leveringsfase van het valorisatieproces uit kan blijven, wanneer een waterschap de geproduceerde energie zelf gebruikt, bijvoorbeeld ten behoeve van het zuiveringsproces.

### **3. Terugwinning**

Voor valorisatie die gericht is op de terugwinning van grondstoffen, moet worden opgemerkt dat de eerste fase van de valorisatie nauwe verwantschap vertoont met de productie van energie, al betreft het andere processen. Grondstoffen zoals bijvoorbeeld fosfaat zijn reeds aanwezig in het afvalwater en hoeven daarmee niet geproduceerd te worden, maar dienen te worden teruggewonnen. Met behulp van magnesium en ammonium wordt opgelost fosfaat veranderd in een onopgeloste vorm, hetgeen men ook als productie zou kunnen definiëren. Alginaten worden gewonnen uit algen die groeien op afvalwater. Energie als eindproduct (zowel elektrische energie als biogas) zit als zodanig niet in afvalwater en moet worden geproduceerd uit afvalwater. Door middel van een actief bewerkingsproces kan energie worden geproduceerd uit afvalwater. Biogas ontstaat door middel van chemische reacties waarbij de verschillende koolstofketens worden aangepast, waarbij methaan ontstaat. Vergisting is een biologisch proces waarbij bacteriën in een zuurstofvrije omgeving biogas produceren uit slib. Eigenlijk is het een rottingsproces waarbij onder andere methaangas (biogas) vrijkomt. Elektrische energie kan eventueel worden opgewekt door dit biogas te verstopen in bijv. gasmotoren.

<sup>3</sup> Werkrapport 'De Energiefabriek', 17 juli 2009, pp. 4-5.

<sup>4</sup> Zie: <http://www.greenchoice.nl/waterschapsenergie>. In Nederland bestaat een certificeringssysteem dat borgt dat energie duurzaam is opgewekt. Dit zijn zogenaamde GVO's: garanties van oorsprong. Op dit moment hebben de waterschappen lopende contracten waarin de inkoop van energie is vastgelegd. In sommige contracten is ook vastgelegd dat voor de terug geleverde energie een vergoeding wordt ontvangen. Feitelijk hebben de waterschappen op dit moment geen energie om te verkopen aan particulieren. Op het moment dat waterschappen duurzaam opgewekte stroom terugleveren aan het net hebben ze recht op certificaten die aantonen dat deze stroom duurzaam is opgewekt. Met deze certificaten die afkomstig zijn van de waterschappen vergroent Greenchoice dus zijn stroom en kan het deze als waterschapsenergie in de markt zetten.

### 1.3.3 AANLEIDING TOT VALORISATIE

Valorisatie van afvalwater wordt pas recentelijk toegepast. Lange tijd zijn de waterschappen er namelijk vanuit gegaan dat afvalwater geen waarde vertegenwoordigde, vandaar de naam afvalwater. Men zag het als een afvalstof en daarmee als een kostenpost; de zuiveringstaak kost jaarlijks circa 1,2 miljard euro. Ongeveer 50% van de begroting is bij een gemiddeld waterschap gereserveerd voor de zuiveringstaak. Onder invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen zijn de waterschappen afvalwater de laatste jaren echter steeds meer als potentieel waardevolle factor gaan zien; afvalwater als drager van energie en grondstoffen.

De belangrijkste maatschappelijke ontwikkeling die ten grondslag ligt aan de opkomst van valorisatie van afvalwater, is gelegen in een verbrede focus van het klimaatbeleid van waterschappen. Klimaatverandering stelt waterschappen voor grote uitdagingen. Als geen ander ondervinden zij de gevolgen van klimaatverandering. Zo worden waterschappen onder andere geconfronteerd met een stijgende zeespiegel, een stijgend waterpeil in de grote rivieren, bodemdaling, de verzilting van zoet oppervlaktewater en extremen in neerslag. Tot enige jaren geleden lag de focus van het klimaatbeleid van waterschappen voornamelijk op adaptatie; men richtte zich op de aanpassing aan de gevolgen van klimaatverandering. In deze zin werden waterkeringen versterkt en werd het watersysteem robuuster gemaakt.

De laatste jaren wordt ook met name mitigatie steeds belangrijker: het tegengaan van klimaatverandering door reductie van broeikasgassen, het terugdringen van het verbruik van fossiele brandstoffen en het opwekken van duurzame energie. Dit geldt met name voor de afvalwaterzuivering. Deze verbreding van de focus is onder andere bevestigd in het Klimaatakkoord tussen de Unie van Waterschappen en het Rijk.<sup>5</sup> Hierin is onder meer de ambitie uitgesproken dat waterschappen in 2020 een aandeel duurzame energie realiseren van 40% van hun energiebehoefte door eigen opwekking.<sup>6</sup> Daarbij wordt Tevens verplicht het Klimaatakkoord waterschappen tot het verbeteren van de energie- efficiency met 30% in de periode 2005-2020. Ook wordt de verbreding van de focus op het klimaatbeleid van de waterschappen teruggevonden in het Bestuursakkoord Water, waarin afspraken zijn gemaakt over de verduurzaming van de waterketen middels de terugwinning van energie en reststoffen.<sup>7</sup>

Daarnaast moet in dit kader worden gewezen op de gesloten Greendeal tussen de Rijksoverheid en de Unie van Waterschappen van 3 oktober 2011, waarmee door de Rijksoverheid de bouw van 12 Energiefabrieken zowel juridisch als financieel wordt gefaciliteerd.<sup>8</sup> Ook heeft de Unie van Waterschappen 4 oktober 2012 met de Rijksoverheid en andere deelnemers uit bedrijfsleven en de non-profitsector het Ketenakkoord Fosfaat ondertekend. Dit convenant heeft als doel de fosfaatkringloop in Nederland te sluiten. Naast de landbouwsector is de afvalwatersector een grote fosfaatstroom in de kringloop, waaruit veel fosfaat verdwijnt. Tot slot heeft de Unie van Waterschappen samen met de VNG de Routekaart Afvalwaterketen uitgebracht, waarin een toekomstvisie wordt gegeven op de afvalwaterketen in 2030. Als rode draad door deze routekaart loopt de samenwerking met de omgeving om op duurzame wijze energie en grondstoffen te winnen.

Een andere maatschappelijke ontwikkeling die heeft bijgedragen aan de opkomst van valorisatie van afvalwater is de uitputting van fossiele brandstoffen en de schaarste van

5 Klimaatakkoord 2010-2020, gesloten tussen de Unie van Waterschappen en het Rijk, Apeldoorn, 12 april 2010.

6 Zie Thema 3 van het Klimaatakkoord over duurzame energiewinning.

7 Bestuursakkoord Water, gesloten tussen Rijk, provincies, waterschappen, gemeenten en drinkwaterbedrijven, mei 2011. Zie de paragraaf 'Innovatie in de waterketen', p. 30.

8 Greendeal, gesloten tussen Rijk en de Unie van Waterschappen, 3 oktober 2011, zie paragraaf 'Tegenprestatie Rijksoverheid' artikel 2.

diverse grondstoffen, waaronder nutriënten (noodzakelijke voedingsstoffen als stikstof en fosfaat). Deze schaarste en uitputting hebben geleid tot de waardeverhoging van diverse componenten van afvalwater. Hierdoor wordt valorisatie dus economisch eerder haalbaar en meer rendabel.<sup>9</sup>

Tegelijkertijd zijn er de laatste jaren steeds meer en betere technieken beschikbaar gekomen die de valorisatie van afvalwater mogelijk maken. Op deze technieken zal hieronder nader worden ingegaan.

### 1.3.4 DE PRAKTIJK: DE ENERGIEFABRIEK ALS VOORBEELD

In het voorgaande is een vrij theoretische definitie gegeven van het concept valorisatie van afvalwater. Naast deze theoretische inkadering is het voor het begrip van dit onderzoek van belang om ook de praktische toepassing van het proces van valorisatie van afvalwater te belichten: waar hebben we het in de praktijk eigenlijk over als we het hebben over de valorisatie van afvalwater?

In deze paragraaf zal dan ook nader worden ingegaan op deze praktische kant van valorisatie van afvalwater. In dit kader zal aandacht worden besteed aan het concept ‘de Energiefabriek’.

‘De Energiefabriek’ is een samenwerkingsverband van 15 waterschappen.<sup>10</sup> De deelnemende waterschappen streven met de ‘Energiefabriek’ drie doelen na.

Het eerste doel van de ‘Energiefabriek’ is om afvalwater, eventueel in combinatie met andere energiehoudende organische stromen, in de nabije toekomst energieneutraal, dus zelfvoorzienend te zuiveren.

Het tweede doel is om in de toekomst zelfs energie uit afvalwater, zoals groene stroom, biogas en warmte, te gaan leveren.

Ten derde wordt de ‘Energiefabriek’ door de waterschappen gebruikt ter verbetering van het imago. De waterschappen willen met de Energiefabriek laten zien dat zij dynamische organisaties zijn die middenin de samenleving staan en die hun taken op verantwoorde en innovatieve wijze uitvoeren en zo de uitdagingen van morgen aankunnen.

‘De Energiefabriek’ is aldus een concept dat gebruik maakt van de mogelijkheden die de valorisatie van afvalwater biedt. Het is een blik naar de toekomst van de waterschappen. De waterschappen gaan afvalwater zien als een bron van energie en willen deze energie die bij de rioolwaterzuiveringsinstallaties ‘binnenkomt’ gaan gebruiken. Met het concept ‘de Energiefabriek’ krijgt het beestje een aansprekende naam. Rioolwaterzuiveringsinstallaties (hierna: rwzi’s) zijn de plaats om de doelstellingen te verwezenlijken. De rioolwaterzuiveringsinstallaties zijn door hun bedrijfsmatige opzet namelijk om te bouwen tot Energiefabriek.

### 1.3.5 HUIDIGE SITUATIE

In Nederland zijn verspreid over het hele land ongeveer 350 rwzi’s voor de zuivering van stedelijk afvalwater van huishoudens en bedrijven. Deze rwzi’s zijn in beheer van de waterschappen. Op deze rwzi’s worden jaarlijks ruim 23 miljoen vervuilingseenheden gezuiverd (hierna v.e.).<sup>11</sup> Op dit moment maakt 25% van de rwzi’s reeds gebruik van slibvergisting voor energieopwekking. Het betreft vooral de grote zuiveringsinstallaties die

9 Zie Routekaart Afvalwaterketen: Visiebrochure Afvalwaterketen tot 2030, juni 2012.

10 Zie [www.energiefabriek.com](http://www.energiefabriek.com), (laatst geraadpleegd 14 juni 2012).

11 H.J.M. Havekes, H.F.M.W. van Rijswijk, *Waterrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 282.

55% van het slib verwerken.<sup>12</sup> Deze energieopwekkende zuiveringen wekken op dit moment gemiddeld 30 tot 50% van hun eigen verbruik op. In totaal wordt door deze waterschappen ongeveer 150 GWh zelf opgewekt middels slibvergisting. Het totale energieverbruik van alle Nederlandse rwzi's bedraagt per jaar 750 GWh. Aldus wordt hiervan 600 GWh door de waterschappen ingekocht.<sup>13</sup>

150 GWh wordt als gesteld door de waterschappen zelf opgewekt via slibvergisting. Ter vergelijking: Nuon wekt jaarlijks 667 GWh aan duurzame energie op. Naast stroom verbruiken de waterschappen ten behoeve van de zuiveringstaak jaarlijks 29 miljoen m<sup>3</sup> aardgas. Een gemiddeld huishouden verbruikt jaarlijks gemiddeld 3000 kWh energie en 1.600 m<sup>3</sup> aardgas. Het jaarlijks stroomverbruik van de waterschappen is aldus gelijk aan het jaarlijks stroomverbruik van 250.000 huishoudens.<sup>14</sup>

De zuiveringstaak is dus energieverslindend en daarmee erg kostbaar. Een energieneutrale, laat staan energieleverende situatie lijkt nog mijlenver weg. De Energiefabriek zoekt de oplossing in maximalisatie van de vergisting; meer organische stoffen (energie) naar de slibvergisting sturen en of optimalisatie van de vergisting, zodat er meer energie geproduceerd kan worden. Tegelijkertijd moet de biologische zuivering minder energie gaan gebruiken.<sup>15</sup>

Met bestaande technieken is het reeds mogelijk om energieneutraal te zuiveren.<sup>16</sup> Dit kan worden bereikt door het zuiveringsproces te moderniseren via een verbeterde voorbezinking, centralisatie slibverwerking en door een verbeterde gasmotor in te zetten. De chemische energie-inhoud van het afvalwater vertegenwoordigt acht keer de benodigde energie om het zuiveringsproces te laten draaien. Hiermee zijn de waterschappen in potentie de grootste groene energieleverancier van Nederland. De bedenkers van de Energiefabriek zijn ervan overtuigd dat het in de toekomst door nog betere technieken mogelijk moet worden om zelfs een surplus aan energie te gaan produceren.<sup>17</sup> Naar de huidige stand van zaken is dit nog niet mogelijk. Wel vindt optimalisatie van de vergisting plaats door voorbehandeling van het te vergisten slib (kraken) of het toepassen van andere vergistingsprocessen (thermofiele vergisting in plaats van mesofiele vergisting) waardoor de biogas productie toeneemt.

Het feit dat het technisch mogelijk is om energieneutraal te werken en zeer waarschijnlijk mogelijk wordt om energieleverend te gaan werken zegt echter niets over de economische uitvoerbaarheid van het concept. Om een beeld te krijgen van de economische uitvoerbaarheid van de Energiefabriek hebben de bedenkers drie typen Energiefabrieken gedefinieerd en deze doorgerekend: de basis variant, de plus variant en de super variant.<sup>18</sup> Deze te onderscheiden typen Energiefabrieken (varianten) verschillen van elkaar doordat ze gebruik maken van verschillende technieken, waarmee energie uit afvalwater kan worden gewonnen.

12 Rapport 'De Energiefabriek, waterschappen binnenstebuiten', waterschap Aa en Maas, waterschap Rivierenland, waterschap Veluwe, Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier, 2009, pp. 10-17.

13 'De Energiefabriek, waterschappen binnenstebuiten' 2009, p. 14.

14 'De Energiefabriek, waterschappen binnenstebuiten' 2009, p. 14.

15 'De Energiefabriek, waterschappen binnenstebuiten' 2009, p. 17.

16 'De Energiefabriek, waterschappen binnenstebuiten' 2009, p. 19.

17 'De Energiefabriek, waterschappen binnenstebuiten' 2009, p. 19.

18 'De Energiefabriek, waterschappen binnenstebuiten' 2009, p. 22.

# 2

## HET WATERSCHAP ALS FUNCTIONEEL DECENTRAAL OPENBAAR LICHAAM

### 2.1 INLEIDING

De waterstaatszorg in ons land is van oudsher decentraal en functioneel (object gericht) georganiseerd.<sup>19</sup> Het waterschap dat Middeleeuwse wortels heeft, is het oudste openbaar lichaam dat ons land kent. Het bestaansrecht van het waterschap is onlosmakelijk verbonden met onze immer voortdurende strijd tegen het water.

Nog tot na de Tweede Wereldoorlog was ons land 2650 waterschappen rijk met ieder hun eigen specifieke (deel)taak.<sup>20</sup> De tijden zijn echter veranderd. Het waterschap anno 2012 is een moderne en professionele organisatie, die niet enkel zorg draagt voor droge voeten. Vijfentwintig all-in waterschappen (waarbij zowel het *watersysteembeheer* -bestaande uit de zorg voor de waterkering, het kwantiteitsbeheer (inclusief grondwater) en de zorg voor het waterkwaliteitsbeheer-, als de *zuiveringstaak* in dezelfde hand zijn gelegd) zorgen vandaag de dag tevens voor onder andere de waterkwaliteit, de rioolwaterzuivering en de muskusrattenbestrijding. Enkele waterschappen zijn daarnaast ook nog bij provinciaal reglement belast met de zorg voor wegen of vaarwegen (een zogenaamde neventaak). Onder invloed van de zogenaamde ‘brede kijk’ op watersysteembeheer (integraal waterbeheer) zijn de waterschappen zich de laatste decennia ook actief gaan bezighouden met ‘natuurontwikkeling’, voor zover deze deel uitmaakt van de zorg voor de (ecologische) waterkwaliteit en de zorg voor de kwantitatieve goede (grond)waterstand (dit ter voorkoming van verdroging).

Niet enkel het takenpakket en de taakopvatting van de waterschappen zijn veranderd. Ook de uitvoering van de waterschapstaken is geëvolueerd. Waterschappen worden bij de uitvoering van hun taken mede onder druk van bezuinigingen en afspraken met het Rijk gedreven door doelmatigheid en duurzaamheid. Om deze doelmatigheid (energiebesparing) en duurzaamheid (het gebruik maken van hernieuwbare energie/energiewinning en het terugwinnen van grondstoffen) te realiseren, maken de waterschappen bij de uitvoering van hun waterschapstaken gebruik van de modernste technieken (bijvoorbeeld ‘de Energiefabriek/Grondstoffenfabriek’). Door te investeren in deze technieken nemen de waterschappen anno 2012 hun maatschappelijke verantwoordelijkheid (zie in dit kader de

<sup>19</sup> H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, *Waterrecht in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 75.

<sup>20</sup> H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, 2010, p. 70.



in de Green Deal gemaakte afspraken tussen Rijk en waterschappen).<sup>21</sup> Daarnaast worden in het Klimaatakkoord de waterschappen nadrukkelijk gehouden om onderzoek te doen naar duurzame energiewinning uit andere bronnen, zoals wind, zon en water en deze te benutten (zie thema 3 Klimaatakkoord).

De aansporing/verplichting tot het duurzamer en doelmatiger werken leidt er niet alleen toe dat de uitvoering van de waterschapstaken verandert (men gaat bijvoorbeeld gebruik maken van afvalwatervalorisatie in het kader van de zuiveringstaak), maar leidt er ook toe dat daarmee de waterschapstaken zelf (in casu de zuiveringstaak of het watersysteembeheer) in een nieuw daglicht worden geplaatst. In het uiterste geval is het zelfs denkbaar dat dit er toe kan leiden dat niet langer meer gesproken kan worden van de uitvoering van deze waterschapstaak, maar van een enigszins op zichzelf staande, buiten de klassieke taak vallende activiteit. Gelet op de functionele gerichtheid van de waterstaatszorg komt aldus de vraag op tot op welk moment er nog sprake is van de uitoefening van een waterschapstaak en vanaf welk moment men daarbuiten gaat. Om deze vraagstelling te kunnen beantwoorden zal in dit hoofdstuk een beeld worden geschetst van het functioneel decentraal karakter van de waterschappen. Deze schets dient als juridisch toetsingskader in dit onderzoek. Hierbij zal nader worden ingegaan op het principe van functionele decentralisatie, de constitutionele verankering van de waterschappen (artikel 133 Gw) en hun taakstelling op grond van de Waterschapswet en de provinciale reglementen.

## 2.2 FUNCTIONELE DECENTRALISATIE

Zoals gesteld draagt de waterstaatszorg van oudsher een sterk functioneel gedecentraliseerd karakter. Het is in het kader van dit onderzoek daarom van belang om kort in te gaan op het verschijnsel decentralisatie en in het bijzonder op de functionele variant daarvan.

Decentralisatie, of staatsrechtelijke subsidiariteit<sup>22</sup>, moet worden omschreven als het overlaten of toekennen van publiekrechtelijke bevoegdheden aan openbare lichamen die niet tot de centrale overheid behoren.<sup>23</sup> Aan decentralisatie liggen diepere motieven ten grondslag, zoals het principe van machtenspreiding en het beginsel dat overheidstaken op een zo dicht mogelijk bij de burger gelegen niveau dienen te worden uitgeoefend.<sup>24</sup>

Een tweetal vormen van decentralisatie kunnen worden onderscheiden: territoriale decentralisatie en functionele decentralisatie. Territoriale decentralisatie betreft de gemeenten en provincies, die in een bepaald gebied een algemene en in beginsel niet beperkte taakstelling hebben. Territoriale bestuurslichamen hebben een open huishouding en zijn in beginsel (behoudens regeling op een hoger niveau) bevoegd zich alle belangen aan te trekken, waarvan zij menen dat deze door hen behartigd dienen te worden. Gemeenten en provincies worden dan ook aangeduid als lichamen van algemeen bestuur.

Functionele openbare lichamen zijn daarentegen slechts belast met de vervulling van één of meer specifiek omschreven taken. Functionele bestuurslichamen hebben een gesloten huishouding en zijn in beginsel slechts bevoegd zich die belangen aan te trekken, die hen bij hun taakstelling zijn opgedragen. Een territoire is in beginsel niet bepalend voor bevoegdheid van de ambten van functioneel gedecentraliseerde overheidsverbanden.<sup>25</sup> Hun werkgebied

21 Green Deal 2011. Zie [http://grondstoffenfabriek.nl/download/57\\_deal%20met%20UWV\\_def%2022%20september%202011.pdf](http://grondstoffenfabriek.nl/download/57_deal%20met%20UWV_def%2022%20september%202011.pdf).

22 W. Konijnenbelt, 'De Grondwet en het binnenlands bestuur', uitgebreide versie van de rede, uitgesproken op het Thorbecke-symposium op 19 januari 1995 te Den Haag, in: *Bestuurswetenschappen* 1995, nr. 1, pp. 24-56.

23 S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 239.

24 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, 2010, p. 75.

25 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 481.

kan zowel het gehele land als delen van het land omvatten. Functionele openbare lichamen, waaronder de waterschappen, worden vanwege de bepaaldheid van de taakstelling ook wel aangeduid als doelcorporaties.<sup>26</sup>

Het onderscheidend element tussen territoriale decentralisatie en functionele decentralisatie is aldus gelegen in de vraag of een lichaam een al of niet beperkte taakstelling heeft.<sup>27</sup> Als gesteld dienen waterschappen vanwege de bepaaldheid van hun taakstelling te worden betiteld als functioneel gedecentraliseerde overheidsverbanden. Daarbij zij aangetekend dat waterschappen ook trekken van territoriale decentralisatie vertonen.<sup>28</sup> Zij kennen immers een territoriale begrenzing, welke aan de hand van de stroomgebiedbenadering wordt vastgesteld.

Het functionele karakter van de waterschappen komt naast het feit dat er sprake is van een beperkte taakstelling eveneens duidelijk naar voren in de nauwe koppeling tussen het belang bij de activiteiten van het waterschap, de betalingsplicht en de participatie in het waterschapsbestuur (de trits belang – betaling – zeggenschap).<sup>29</sup>

De bestuurssamenstelling van de waterschappen beoogt een weerspiegeling te vormen van de geldende belangendemocratie. Deze functionele aan belangencategorieën verbonden democratie staat echter reeds enige jaren onder druk. Dit komt onder meer voort uit het uitbreiden van de taakstelling van de waterschappen tot de integrale zorg voor het watersysteem. Dit leidt ertoe dat de waterschappen de laatste jaren meer en meer het algemene belang van ‘wonen, werken en recreatie’ zijn gaan behartigen.<sup>30</sup> Dit heeft zijn weerslag gehad in het feit dat vandaag de dag een groot deel van de leden van het algemeen bestuur (zij, die de ingezetenen vertegenwoordigen) wordt verkozen via algemene verkiezingen.<sup>31</sup>

Een staatsrechtelijk bezwaar tegen functionele organisatievormen in het openbaar bestuur vormt voornamelijk het gevaar dat door de beperkte taakstelling afbreuk wordt gedaan aan het gewenste integraal karakter van het openbaar bestuur.<sup>32</sup> De totale overheidstaak zou ten gevolge van functionele decentralisatie versnipperd dreigen te raken. Hiertoe zijn regelingen ontwikkeld die zorg dragen voor de ‘inbedding’ van het functionele bestuur in het algemene bestuur.

## 2.3 ARTIKEL 133 GRONDWET

De Grondwetsherziening van 1983 is voor de waterstaat van ingrijpende betekenis geweest. Op het punt van de constitutionele verankering van de waterstaatszorg is de Grondwet van 1983 als een breuk met het verleden te beschouwen.<sup>33</sup> Voor 1983 kende de Grondwet nog een afzonderlijk hoofdstuk, getiteld: ‘*Van de waterstaat*’. Dit hoofdstuk is in 1983 verdwenen. In plaats daarvan in is hoofdstuk 7 getiteld ‘*Provincies, gemeenten, waterschappen en andere openbare lichamen*’ slechts één afzonderlijke bepaling (artikel 133 Gw) over de waterschappen opgenomen.<sup>34</sup>

26 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, 2010, p. 75.

27 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, 2010, p. 75.

28 C.A.J.M. Kortmann 2005, p. 481.

29 D.E. Bunschoten, ‘De Grondwet en het waterschap’, *TvCR* 2011, p. 23.

30 D.E. Bunschoten 2011, p. 28-29.

31 D.E. Bunschoten 2011, p. 28-29.

32 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, 2010, p. 76.

33 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, p. 71.

34 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, p. 71.

De waterschappen hebben een eigen grondwettelijke basis in artikel 133 Gw. Artikel 133 Gw ziet niet op het waterstaatsbestuur, maar enkel op de waterschappen. Het begrip ‘waterstaat’ komt sinds 1983 niet meer in de Grondwet voor.<sup>35</sup> De Grondwetgever heeft met bovenstaande ingreep geen fundamentele wijziging in het waterstaatsbestuur beoogd.<sup>36</sup> De herziening is voor de staatsrechtelijke positie van de waterschappen echter van groot belang geweest. Door de opname van de waterschappen in hoofdstuk 7 van de Grondwet werd in feite de eigen positie als volwaardig lichaam van openbaar bestuur, naast provincies en gemeenten, bevestigd.<sup>37</sup>

Artikel 133 Gw luidt als volgt:

1. De opheffing en instelling van waterschappen, de regeling van hun taken, alsmede de samenstelling van hun besturen, geschieden volgens bij de wet te stellen regels bij provinciale verordening, voor zover bij of krachtens de wet niet anders is bepaald.
2. De wet regelt de verordenende en andere bevoegdheden van de besturen van de waterschappen, alsmede de openbaarheid van hun vergaderingen.
3. De wet regelt het provinciale en overige toezicht op deze besturen. Vernietiging van besluiten van deze besturen kan alleen geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.

### 2.3.1 ARTIKEL 133 GRONDWET EN DE TAAKSTELLING VAN WATERSCHAPPEN

Artikel 133 Gw is in de staatsrechtelijke literatuur veelvuldig beschreven en bediscussieerd.<sup>38</sup> Het voor dit onderzoek belangrijkste staatsrechtelijke kritiekpunt is dat enige inhoudelijke taakomschrijving van de waterschappen hierin volledig ontbreekt. Aldus kan gesteld worden dat een verwijzing naar het functioneel karakter van de waterschappen in onze Grondwet ontbreekt. Dit is opmerkelijk, daar in dit functionele karakter het bestaansrecht van de waterschappen is gelegen.

Door sommigen wordt betoogd dat de term ‘waterschap’ in de Grondwet gelet op de alledaagse betekenis van dit woord en bedoelingen van de grondwetgever wijst op de uitoefening van een water- of waterstaatkundig belang.<sup>39</sup> Zeer sterk kan deze redenering echter niet genoemd worden. Het open karakter van artikel 133 Gw stelt enkel dat er openbare lichamen genaamd waterschappen zijn en laat de regeling van hun taak en inrichting over aan de wetgever. Constitutioneel bezien is het dus zo dat de gewone wetgever bepaalt of het waterbelang, hoewel dit traditioneel vergroeid is met de waterschappen, ook daadwerkelijk aan de waterschappen wordt opgedragen (ex artikel 1 Wsw, zie hierna). De facto ontbreekt aldus de constitutionele garantie voor de functionele uitoefening van het waterstaatsbestuur door de waterschappen; het bestaan van een afzonderlijk, functioneel gedecentraliseerd bestuursstelsel voor de waterstaatszorg naast het binnenlands bestuur is niet meer grondwettelijk verankerd. In de literatuur is hierop, zoals gesteld, kritisch gereageerd. Veelvuldig is gewezen op het feit dat de waterstaatszorg historisch en actueel

35 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, p. 71.

36 Zie o.a. J.T. van den Berg, *Waterschap en functionele decentralisatie* (diss. Universiteit Utrecht), Alphen aan de Rijn: Samson 1982.

37 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, p. 71.

38 Zie o.a. J.T. van den Berg, ‘De constitutionele verankering van de functionele decentralisatie. Een leemte in de Grondwet?’, in: Th.G. Drupsteen, H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk, *Weids Water: opstellen over waterrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, pp. 89-108. Zie ook H.J.M. Havekes, *Functioneel centraal waterbestuur: Borging, bescherming en beweging. De institutionele omwenteling van het waterschap in de afgelopen 50 jaar*, (diss. Universiteit Utrecht), 2008, pp. 40-46.

39 D.E. Bunschoten 2011, p. 32.

gezien wellicht de meest essentiële tak van overheidszorg is en daarom bescherming verdient onder de Grondwet door het waarborgen van het functioneel karakter van de waterschappen.<sup>40</sup> Het waterbelang zou in de politieke waan van de dag in de verdrukking raken wanneer het wordt opgedragen aan niet-functionele openbare lichamen. Opgemerkt zij echter dat het functionele karakter van de waterschappen ook in oudere regelingen van de Grondwet maar weinig uit de verf kwam. Er werd, wat impliciet en vaag, gesproken over de ‘huishouding’ van de waterschappen.<sup>41</sup>

De regering pareerde tijdens de Grondwetsbehandeling bovenstaande kritiek op het niet opnemen van een expliciete materiële taakstelling in artikel 133 Gw deels met een beroep op artikel 21 Gw.<sup>42</sup> Naar het oordeel van de regering valt de waterstaatszorg ook onder de reikwijdte van dit artikel. Artikel 21 Gw luidt:

*‘De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.’*

Hoewel de waterstaatszorg in artikel 21 Gw inderdaad ingelezen kan worden in ‘de bewoonbaarheid van het land’ en het waterkwaliteitsbeheer onder ‘de verbetering van het leefmilieu’ gebracht kan worden, blijft het bezwaar bestaan dat de waterstaatszorg niet expliciet genoemd wordt in de Grondwet. Dit doet geen recht aan de cultuurhistorische situatie en de geografische ligging van ons land. Voorts moet gewezen worden op het juridisch karakter van artikel 21 Gw.<sup>43</sup>

Artikel 21 Gw is een zogenaamd ‘sociaal grondrecht’. Zulke grondrechten zijn in rechte nauwelijks afdwingbaar. Zij behelzen slechts een inspanningsverplichting voor de overheid. Deze inspanningsverplichting kan botsen met andere inspanningsverplichtingen, waarna een belangenafweging dient plaats te vinden in het kader van de uitoefening van een bevoegdheid. De uitkomst van deze belangenafweging kan niet worden aangevochten met een beroep op artikel 21 Gw.

De betekenis van sociale grondrechten is juridisch aldus betrekkelijk gering. De formulering van sociale grondrechten als artikel 21 Gw is erg abstract en laat de overheid veel beleidsvrijheid bij de implementatie. Sociale grondrechten lenen zich dan ook niet als toetsingskader voor overheidsbesluiten. Rechterlijke toetsing is pas mogelijk na implementatie in wetgeving. De zorgplicht uit artikel 21 Gw komt echter wel een zekere symbolische waarde toe.<sup>44</sup> Dit geldt eens te meer nu vandaag de dag veel nadruk wordt gelegd op duurzaamheid.

De Grondwetgever heeft de taakstelling van de waterschappen bij de Grondwetsherziening van 1983 voorts gedeconstitutionaliseerd om rekening te kunnen houden met belangrijke toekomstige veranderingen ten aanzien van het waterschapsbestel.<sup>45</sup> De Grondwetgever wilde vanwege het rigide karakter van de Grondwet de wetgever hierbij niet in de weg staan. Ten gevolge hiervan kan het juridische kader betreffende de taakstelling van de waterschappen, zoals vervat in artikel 1 lid 2 Wsw, bij een gewone wet in formele zin worden gewijzigd. Deze anticiperende houding van de Grondwetgever maakt het mogelijk dat het waterschapsbestel wordt aangepast aan toekomstige veranderende behoeften en veranderende bestuurlijke verhoudingen. Op deze wijze kan hierop adequaat worden gereageerd. Zo is recentelijk bijvoorbeeld een derde lid aan artikel 1 Wsw toegevoegd met het

40 H.J.M. Havekes 2008, p. 67.

41 D.E. Bunschoten 2011, p. 32. H.J.M. Havekes 2008, p. 68.

42 H.J.M. Havekes 2008, p. 69.

43 Chr. Backes, ‘Het grondrecht op de bescherming van het leefmilieu’, in: J.B.M.B. ten Berge et al., De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, pp. 185-204.

44 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, p. 74

45 D.E. Bunschoten 2011, p. 29.

oog op de muskusrattenbestrijding.<sup>46</sup> In dit artikellid is gesteld dat het watersysteembeheer mede de muskusrattenbestrijding omvat. Voorheen werd de muskusrattenbestrijding aangemerkt als provinciale taak.

Het ontbreken van een Grondwettelijke materiële taakstelling van de waterschappen draagt risico's in zich voor de exacte invulling van het functionele karakter van de waterschappen. De plaatsing van artikel 133 Gw in hoofdstuk 7 van de Grondwet (zie hierna) kan hierbij echter van belang zijn.

### 2.3.2 OPENBARE LICHAMEN IN ÉÉN HOOFDSTUK

Zoals hierboven reeds is betoogd, bevestigt de plaatsing van de waterschappen in hoofdstuk 7 hun status als volwaardig lichaam van openbaar bestuur naast de provincies en gemeenten. Deze plaatsing doorbreekt de klassieke Thorbeckiaanse hoofdstructuur bestaande uit Rijk, provincies en gemeenten. De waterschappen moeten vanwege hun democratische legitimatie wel degelijk worden gezien als bouwstenen van het openbaar bestuur. In zeker opzicht betekent de plaatsing van de waterschappen in hoofdstuk 7 van de Grondwet aldus een versterking van de positie van het waterschap. Naarmate de taakstelling van de waterschappen wordt uitgebreid met taken die buiten het waterbeheer zijn gelegen, vertroebelt het functioneel decentrale karakter van de waterschappen echter.<sup>47</sup> Dit kan het geval zijn bij de ontwikkeling naar een duurzamer zuiveringsbeheer, waarbij het waterschap naast waterbeheerder ook energieleverancier wordt. Op dit aspect wordt hierna uitvoeriger ingegaan. Het is dan legitiem om de vraag op te werpen in welke zin de waterschappen qua huishouding nog verschillen van de provincies en gemeenten indien zij taken uitoefenen die buiten de waterstaatszorg vallen.<sup>48</sup> Zo ontstaat voor de waterschappen de paradox dat naarmate hun taak uitgebreider is, hun bestaansrecht als apart functioneel openbaar lichaam meer aanvechtbaar is.<sup>49</sup>

De laatste jaren ligt het bestaansrecht van de waterschappen onder vuur. Zo werd eind 2011 in de Kamer de motie Schouw aangenomen, welke pleit voor een onderzoek naar het onderbrengen van de waterschapstaken bij andere bestuurslagen omwille van redenen van efficiency en het verminderen van de 'bestuurlijke drukte'.<sup>50</sup> Staatssecretaris Atsma heeft slechts beperkt uitvoering gegeven aan deze motie. In een brief aan de Kamer heeft hij zich uitgesproken tegen het onderbrengen van waterschapstaken bij andere bestuurslagen en uiteengezet hoe op andere manieren de efficiëntie kan worden vergroot en de bestuurlijke drukte kan worden verkleind.<sup>51</sup> In dit kader wordt door hem grote waarde gehecht aan de uitvoering van het Bestuursakkoord Water.

Recentelijk is een onderzoek verschenen van de Universiteit Utrecht waarin de onderzoekers concluderen dat een Grondwetswijziging nodig is voor het afschaffen van de waterschappen als bestuurslaag.<sup>52</sup>

46 Zie hoofdstuk 4.

47 D.E. Bunschoten 2011, pp. 28-29.

48 D.E. Bunschoten 2011, pp. 28-29.

49 D.E. Bunschoten 2011, pp. 28-29.

50 Kamerstukken II 2011-2012, 33000, nr. 98.

51 Kamerstukken II 2011-2012, 27625, nr. 255.

52 R. Nehmelman et al., De constitutionele inbedding van het waterschap, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

## 2.4 DE TAAKSTELLING VAN DE WATERSCHAPPEN KRACHTENS DE WATERSCHAPSWET EN DE PROVINCIALE REGLEMENTEN

Hierboven is reeds ingegaan op het principe van functionele decentralisatie. Kernmerkend voor functionele decentralisatie is de beperkte taakstelling van een openbaar lichaam. Reeds is gesteld dat de waterschappen zo'n beperkte taakstelling hebben. Duidelijk is gemaakt dat deze (beperkte) taakstelling niet (duidelijk) in artikel 133 Gw is terug te vinden. Krachtens artikel 133 Gw geschiedt de taakstelling van de waterschappen immers volgens bij de wet te stellen regels bij provinciale verordening, voor zover bij of krachtens de wet niet anders is bepaald.

De hierbij bedoelde wet in formele zin is de Waterschapswet (Wsw). Deze organieke wet is op 1 januari 1992 in werking getreden.

De Wsw regelt in algemene zin wat de taken van de waterschappen zijn. De (Grond)wetgever laat provinciale staten een aanvullende regelgevende bevoegdheid ten bate van (onder andere) de taakstelling van de waterschappen. De concrete/specifieke taakstelling van een waterschap dient immers zowel op grond van artikel 133 lid 1 Gw als ex artikel 2 lid 1 Wsw in het provinciaal waterschapsreglement (een provinciale verordening) te worden geregeld/opgenomen.

In artikel 1 lid 1 Wsw geeft de wetgever een definitie van de waterschappen. Het artikellid omschrijft waterschappen als *openbare lichamen, die de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied ten doel hebben*. Drie elementen in deze omschrijving vallen op.<sup>53</sup>

Ten eerste wordt gesteld dat waterschappen openbare lichamen zijn. Hiermee wordt duidelijk gemaakt dat de waterschappen tot de overheid behoren. De waterschappen hebben namelijk een ver privaatrechtelijk verleden, waardoor het goed is dat expliciet in de wet is opgenomen wat hun huidige status is.

Het tweede element dat opvalt, ziet op het beheergebied van het waterschap. Dit gebied is waterstaatkundig bepaald en is bij meer dan de helft van de waterschappen interprovinciaal. Bij de begrenzing in de waterschapsreglementen dient aansluiting te worden gezocht bij de stroomgebiedbenadering uit de Kaderrichtlijn Water.<sup>54</sup>

Ten derde moet worden gewezen op het takenpakket van de waterschappen. Dit is volgens de Wsw in algemene zin de 'waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied'. In deze beperkte taakstelling is het functionele karakter van de waterschappen duidelijk te herkennen. Hier is sprake van de gesloten huishouding van de waterschappen. 'Waterstaatszorg' moet worden omschreven als dat deel van de overheidszorg dat betrekking heeft op de kering van het water, de waterhuishouding en de (vaar)wegen en dat als zodanig gericht is op de bewoonbaarheid van het land, de bruikbaarheid van de bodem en de bescherming en verbetering van het aquatisch milieu.<sup>55</sup> Aldus past de taakvervulling van de waterschappen volledig binnen artikel 21 Gw.

53 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, p. 87-89.

54 R. Nehmelman 2011.

55 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, p. 88.

Het tweede lid van artikel 1 Wsw concretiseert het takenpakket van het waterschap. Het tweede lid luidt:

*De taken die tot dat doel (red. de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied) aan waterschappen zijn of worden opgedragen betreffen de zorg voor het watersysteem en de zorg voor het zuiveren van afvalwater op de voet van artikel 3.4 van de Waterwet. Daarnaast kan de zorg voor een of meer andere waterstaatsaangelegenheden zijn of worden opgedragen.*

De wetgever doelt met het moderne begrip ‘watersysteembeheer’ grofweg op de zorg voor droge voeten en schoon water. Een watersysteem is volgens de begripsbepaling van artikel 1.1 lid 1 Waterwet een samenhangend geheel van een of meer oppervlaktewaterlichamen en grondwaterlichamen, met bijbehorende bergingsgebieden, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken.

Recentelijk is artikel 1 Wsw, als gesteld, aangevuld met een derde lid. In dit derde lid wordt uitdrukkelijk gesteld dat de zorg voor het watersysteem, als bedoeld in het tweede lid, mede het voorkomen van schade aan waterstaatswerken veroorzaakt door muskus- en beverratten omvat. Op de achtergronden van deze wetswijziging zal in het vierde hoofdstuk van dit onderzoek kort worden ingegaan.

Op de zuiveringstaak zal in hoofdstuk 3 van dit onderzoek nader worden ingegaan.

Naast de hoofdtaken (watersysteembeheer en zuiveringsbeheer) kunnen aan waterschappen bij provinciaal reglement andere waterstaatsaangelegenheden (neventaken) worden opgedragen, zoals het (vaar)wegenbeheer. Voorwaarde hiervoor is de aanwezigheid van een rechtstreekse en continue relatie tussen taken (één van de hoofdtaken en de eventuele neventaak), belanghebbenden en gebied.<sup>56</sup>

Opvallend aan de eerste zin van artikel 1 lid 2 Wsw is de dwingende formulering ervan: ‘de taken die tot dat doel aan waterschappen zijn of worden opgedragen’. Deze zinsnede heeft allesbehalve een facultatief karakter. Provinciale Staten hebben aldus op grond van artikel 1 lid 2 Wsw de plicht deze taken bij provinciaal waterschapsreglement aan de waterschappen op te dragen. Deze plicht kan nog sterker gevonden worden in artikel 2 lid 2 Wsw. Dit artikellid vormt een weerslag van het beginsel van functionele decentralisatie en gebiedt provinciale staten in expliciete verwoordingen om bovengenoemde taken aan de waterschappen toe te delen.<sup>57</sup> Deze plicht kan slechts uitzondering lijden in het geval ‘dit niet verenigbaar is met het belang van een goede organisatie van de waterstaatkundige verzorging’. Ook artikel 2 lid 2 Wsw is krachtig geformuleerd. Deze krachtige formulering moet worden begrepen in het licht van het feit dat functioneel bestuur staat of valt met een heldere toedeling van taken.<sup>58</sup> Een krachtig geformuleerde decentralisatiebepaling is in dit opzicht van grote betekenis. Bij gemeenten en provincies ligt dit omwille van hun open huishouding principieel anders. Consequentie van dit beginsel is aldus dat het watersysteembeheer en het zuiveringsbeheer aan de waterschappen moet worden opgedragen. Uit bestudering van diverse waterschapsreglementen blijkt dat de verscheidene provinciale staten de betrokken waterschappen deze taken keurig hebben opgedragen.

56 H.J.M. Havekes 2008, p. 262.

57 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, pp. 92-93.

58 H.J.M. Havekes en H.F.M.W. van Rijswijk 2010, pp. 92-93.

Het staatsrechtelijk belang van de taakstelling van de waterschappen of meer in algemene zin het staatsrechtelijk belang van de taakstelling aan functionele openbare lichamen is gelegen in de afbakening van de huishouding van zulke lichamen ten opzichte van de huishouding van algemene openbare lichamen met een open huishouding. De taakstelling heeft voor het overige 'slechts' een programmatisch karakter in die zin dat aan de taakstelling geen publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen worden ontleend.<sup>59</sup> Taak en bevoegdheid moeten staatsrechtelijk gezien scherp worden onderscheiden. De waterschappen ontleen hun bevoegdheden niet aan de taakstelling op grond van de Wsw, maar aan bevoegdheden op grond van de Waterschapswet en de Waterwet. Om de hen opgedragen taken naar behoren uit te oefenen heeft de wetgever getracht de waterschappen bij deze wetten voldoende publiekrechtelijke bevoegdheden toe te kennen. De publiekrechtelijke bevoegdheden staan aldus ten dienste van de taakstelling.

In het licht van bovenstaande moet met een wat scheef oog worden gekeken naar de zogenaamde 'brede kijk' op de waterschapstaken.<sup>60</sup> Hierbij doelt men op het gegeven dat de waterschappen met een wettelijk beperkte taakuitoefening bij hun taakuitoefening ook rekening zouden dienen te houden met andere belangen, dan die waarvan de behartiging hen is toegekend. De waterschappen maken volgens deze redenering immers tevens deel uit van de totale overheidsorganisatie en zijn tevens belast met een deel van de publieke taak. Staatsrechtelijk bezien gaat het in deze niet zozeer over de 'brede' taakuitoefening maar over de 'brede' uitoefening van opgedragen taken met behulp van de toegekende publiekrechtelijke bevoegdheden. Een 'brede' uitoefening van de bevoegdheden door waterschappen zou in strijd kunnen komen met de taakstelling van de waterschappen. De 'brede' kijk is door Gilhuis en Menninga bekritiseerd vanwege het gevaar dat deze de grenzen tussen functioneel en algemeen bestuur doet vervagen.<sup>61</sup> In deze zin vormt deze 'brede kijk' een potentieel risico voor het functioneel karakter van de waterschappen.

59 C.A.J.M. Kortmann 2005, pp. 36-38

60 H.J.M. Havekes 2008, pp. 240-246.

61 MenR 1996, p. 233.



# 3

## VALORISATIE VAN AFVALWATER IN HET LICHT VAN DE ZUIVERINGSTAAK, DE ZORGPLICHT VOOR HET ZUIVERINGSBEHEER EN DE GRONDSLAG VAN DE ZUIVERINGSHEFFING

### 3.1 INLEIDING

In hoofdstuk 1 is nader ingegaan op de vraag wat valorisatie van afvalwater is. Tevens is in dat hoofdstuk een beschrijving gegeven van het concept 'de Energiefabriek/Grondstoffenfabriek'. In het tweede hoofdstuk is het staatsrechtelijk kader geschetst waarbinnen de waterschappen opereren. Hierbij is nader ingegaan op het beginsel van functionele decentralisatie, de Grondwettelijke verankering van de waterschappen en de taakstelling van de waterschappen. In onderhavig hoofdstuk zal dieper worden ingegaan op de zuiveringstaak van waterschappen. Hierbij staan drie vragen centraal.

Ten eerste dient de vraag te worden beantwoord of valorisatie van afvalwater, zoals dit reeds door diverse waterschappen wordt toegepast, wordt uitgevoerd in het kader van de zuiveringstaak. Valt valorisatie van afvalwater aldus onder de zuiveringstaak? Ter beantwoording van deze vraag zal op basis van de parlementaire geschiedenis van diverse waterwetten een nadere omschrijving worden gegeven van de zuiveringstaak.

Ten tweede zal nader worden ingegaan op de vraag of het belangenkader dat waterschappen mee kunnen nemen bij de uitoefening van het zuiveringsbeheer voldoende is toegesneden op de valorisatie van afvalwater.

Ten derde zal worden onderzocht hoe de grondslag voor de zuiveringsheffing zich verhoudt tot valorisatie van afvalwater.

### 3.2 VALORISATIE VAN AFVALWATER ALS ONDERDEEL VAN DE ZUIVERINGSTAAK?

Op grond van artikel 1 lid 2 Wsw jo. artikel 2 lid 2 Wsw (het decentralisatiebeginsel) dienen provinciale staten aan waterschappen bij provinciaal reglement de zorg voor het zuiveren van stedelijk afvalwater op de voet van artikel 3.4 Waterwet op te dragen. In artikel 3.4 Waterwet is voor waterschappen de zorgplicht voor de zuivering van stedelijk afvalwater vervat.

Waterschappen baseren hun publiekrechtelijke bevoegdheid tot het zuiveren van stedelijk afvalwater ten eerste op hun taakstelling in de provinciale waterschapsreglementen die een nadere uitwerking vormen van de toekenning in algemene zin van de zuiveringstaak in artikel 1 lid 2 Wsw.<sup>62</sup> Beide taakstellingen maken deel uit van het formele waterstaatsrecht. De waterschappen baseren hun bevoegdheid tot zuivering daarnaast op de zorgplicht tot zuivering ex artikel 3.4 Waterwet, die deel uit maakt van de materiële beheerwetgeving. De wetgever ziet artikel 3.4 Waterwet in dit licht als de verbijzondering van hetgeen in artikel 1 lid 2 Wsw over de zuiveringstaak wordt gesteld.<sup>63</sup> Uit staatsrechtelijk oogpunt is deze constructie twijfelachtig te noemen, daar volgens de klassieke leer taakstellende opdrachten noch zorgplichten attribuerend (bevoegdheidsverschaffend) werken.<sup>64</sup> Zij dragen daarentegen veeleer een programmatisch en politiek karakter. Een taakstelling en ook een zorgplicht (die vergelijkbaar is met een sociaal grondrecht) geven in deze zin een zeker politiek doel aan.<sup>65</sup> Voor functioneel decentrale lichamen speelt de taakstelling daarnaast tevens een belangrijke rol in de afbakening van de huishouding ten opzichte van algemene openbare lichamen.

Het onderscheid tussen taken en zorgplichten enerzijds en bevoegdheden anderzijds is uit juridisch oogpunt dus niet zonder belang. Maakt men dit onderscheid niet, dan zou men moeten concluderen dat taken/zorgplichten tevens publiekrechtelijke bevoegdheden inhouden. Dit zou het stelsel van limitatieve bevoegdheidsattributie doorbreken. Taken en bevoegdheden hangen tegelijkertijd wel nauw samen. Het hebben van een bevoegdheid heeft geen zin, indien deze bevoegdheid niet met het oog op een bepaald doel (taak) wordt uitgeoefend. Anderzijds is het hebben van een taak van een overheid een lege huls, indien aan deze overheid geen bevoegdheden zijn toegekend om deze taak uit te oefenen.

Los van de vraag naar de bevoegdheidsverschaffende werking van de artikelen 1 lid 2 Wsw en 3.4 Waterwet, geeft lezing van deze artikelen geen inzicht in de materiële omschrijving van de zuiveringstaak; wat moet aldus worden verstaan onder zuivering? De begripsbepalingen in artikel 1.1 Waterwet zijn in deze zin ook niet behulpzaam. Om deze redenen zal in deze paragraaf worden getracht om aan de hand van de parlementaire geschiedenis van diverse waterwetten te komen tot een definitie van de zuiveringstaak, waaruit de materiële omvang van deze taak blijkt.

Hierbij dient vooropgesteld te worden dat het zuiveringsbeheer, internationaal gezien, een opvallend deel van het takenpakket van de waterschappen vormt. In het buitenland is deze taak overwegend niet in handen van de tegenhangers van de Nederlandse waterschappen, maar is deze veelal in handen van gemeenten, waterketenorganisaties, nutsbedrijven of marktpartijen.<sup>66</sup>

### 3.2.1 HET ZUIVERINGSBEHEER ONDER DE WVO<sup>67</sup>

Reeds ver vóór de totstandkoming van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo) in 1969 had een aantal waterschappen het zuiveringsbeheer op zich genomen. Door de versnippering van het waterschapsbestel in die jaren was van landelijke uniformiteit in

62 Kamerstukken II 2005-2006, 30601, nr. 3, p. 10.

63 Kamerstukken II 2006-2007, 30818, nr. 3, p. 96.

64 C.A.J.M. Kortmann 2005, pp. 36-38. Zie in algemene zin S.E. Zijlstra, 'Zorgplicht' en algemeen wetgevingsbeleid', in: C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren & J.W. Rutgers (Eds.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij, 2011, pp. 47-62.

65 Zie L.F.M. Besselink, 'De publieke taak en sociale grondrechten; de betrekkelijke waarde van sociale grondrechten' in: J.W. Sap, *De publieke taak*, Deventer: Kluwer, 2003, pp. 95-111.

66 H.J.M. Havekes 2008, p. 273.

67 Zie paragraaf 7.7.3.1 in H.J.M. Havekes 2008.

deze geenszins sprake. Om dit tegen te gaan droeg de wetgever in artikel 3, lid 2 Wvo (oud) het regionale waterkwaliteitsbeheer en het zuiveringsbeheer in eerste instantie aan de provincies op. Ex artikel 6 lid 1 Wvo (oud) konden de provincies deze taak evenwel toekennen aan waterschappen, gemeenten, rechtspersoonlijkheid bezittende Wgr-verbanden en andere openbare lichamen. De Wvo sprak niet over waterkwaliteitsbeheer en het zuiveringsbeheer als zodanig, maar over de bevoegdheid tot vergunningverlening waarvan deze taken impliciet werden afgeleid. Hieraan lag de presumptie ten grondslag dat waterkwaliteitsbeheer tegelijkertijd de zorg voor het zuiveringsbeheer omvat.<sup>68</sup>

Met de inwerkingtreding van de Waterschapswet in 1992 kwam bovengenoemde constructie ex de artikelen 3 en 6 Wvo op gespannen voet te staan met het in de Waterschapswet vervatte decentralisatiebeginsel. De Tweede Kamer riep de regering dan ook op de Wvo in overeenstemming te brengen met de Waterschapswet. Een kleine tien jaar na de inwerkingtreding van de Waterschapswet kwam deze wetswijziging er.<sup>69</sup> De aanleiding voor deze wetswijziging lag echter niet zozeer in de strijdigheid van bovengenoemde wetten, maar eerder in het feit dat de waterschappen in de jaren '90 geconfronteerd werden met kapers op de 'zuiveringskust'.<sup>70</sup> Marktpartijen en waterleidingbedrijven waren van zins de afvalwaterzuivering van complete woonwijken voor hun rekening te gaan nemen. Hierdoor zou de waterschappen de zuiveringstaak ontvallen. Verscheidene rwzi's zouden min of meer in onbruik raken, hetgeen fikse stijgingen van het vervuilingseenheid-tarief tot gevolg zou hebben (minder lozers zouden dan immers de kosten voor dezelfde zuiveringsinstallaties moeten dragen). De waterschappen wensten de zuiveringstaak aldus veilig te stellen om de zuivering tegen redelijke kosten te leveren en drongen aan op de wettelijke verankering van de zuiveringstaak, net zoals de drinkwatervoorziening en het rioleringsbeheer al wettelijk waren verankerd en toebedeeld aan drinkwaterbedrijven respectievelijk gemeenten. De waterschappen beargumenteerden de noodzaak voor deze wettelijke verankering door te wijzen op de samenhang tussen het waterkwaliteitsbeheer van oppervlaktewater en het zuiveringsbeheer. Vanwege de in het verleden behaalde 'aansprekende resultaten' drongen de waterschappen er op aan dat werd vastgelegd dat de verantwoordelijkheid voor de zuivering van het afvalwater van burgers en kleine bedrijven (de zuivering van afvalwater dat op het gemeentelijke riool geloosd wordt) bij de waterkwaliteitsbeheerders, de waterschappen kwam te berusten.<sup>71</sup>

De wetgever volgde de argumentatie van de waterschappen en paste de Wvo in 2002 in deze zin aan.<sup>72</sup> Deze wijziging bestond onder andere uit een zodanige aanpassing van artikel 3 Wvo (oud) en het schrappen van artikel 6 Wvo (oud), opdat de strijdigheid met het decentralisatiebeginsel uit de Waterschapswet werd weggenomen.

Eveneens van belang voor de wettelijke verankering van de zorg voor de zuivering van het stedelijk afvalwater als taak van het waterschap was de opname van artikel 15a in de Wvo.

Artikel 15a Wvo luidde:

- 1 *Zuivering van stedelijk afvalwater geschiedt in een inrichting voor de zuivering van rioolwater in beheer bij een waterschap dan wel in exploitatie bij een rechtspersoon die door het bestuur van het waterschap met die zuivering is belast.*
- 2 *Voor het in dit artikel bepaalde wordt onder stedelijk afvalwater verstaan huishoudelijk afvalwa-*

68 H.J.M. Havekes 2008, p. 273.

69 Wet van 30 januari 2002, Stb. 102.

70 H.J.M. Havekes 2008, p. 274.

71 H.J.M. Havekes 2008, p. 275.

72 Wet van 30 januari 2002, Stb. 102.

*ter, bedrijfsafvalwater en afvloeiend hemelwater, gebracht in een voorziening voor inzameling en transport van afvalwater, als bedoeld in artikel 10.15, eerste lid, van de Wet milieubeheer, in beheer van een gemeente.*

- 3 *In afwijking van het eerste lid kunnen het bestuur van het betrokken waterschap en het bestuur van een betrokken gemeente op voorstel van één van beide besturen besluiten, dat de zuivering van daarbij aangewezen stedelijk afvalwater in die gemeente, vanaf een daarbij te bepalen tijdstip, geschiedt in een inrichting voor de zuivering van rioolwater in beheer bij die gemeente. Een besluit als bedoeld in de vorige volzin kan slechts worden genomen op grond dat zulks aantoonbaar doelmatiger is voor de zuivering van stedelijk afvalwater.*
- 4 *Het bestuur van het waterschap en het bestuur van de betrokken gemeente beslissen op een voorstel als bedoeld in het derde lid, binnen één jaar na de dag waarop het door het bestuur van de betrokken gemeente dan wel door het bestuur van het waterschap is ontvangen. Bij gebreke van overeenstemming binnen die termijn beslissen, de beide besturen gehoord, gedeputeerde staten.*

Artikel 15a Wvo is met de inwerkingtreding van de Waterwet in 2009 komen te vervallen. De overwegingen van de wetgever tot opname van artikel 15a in de Wvo zijn echter niet minder relevant geworden daar de wetgever met het overhevelen van de zorgplicht tot zuiveringsbeheer naar artikel 3.4 Waterwet geen materiële wijzigingen heeft beoogd ten opzichte van de eerdere regeling in artikel 15a Wvo.<sup>73</sup> De teksten van beide artikelen lijken dan ook zeer op elkaar. De onderstaande overwegingen liggen nog steeds ten grondslag aan het geldende artikel 3.4 Waterwet, daarom zullen deze overwegingen in de tegenwoordige tijd worden beschreven. Er zal in de volgende paragraaf aan de hand van de overwegingen van de wetgever tot opname van artikel 15a Wvo nader worden ingegaan op het zuiveringsbeheer als publieke taak. Deze overwegingen zijn waardevol om te komen tot een antwoord op de vraag of valorisatie van afvalwater valt onder de zuiveringstaak.

### 3.2.2 HET ZUIVERINGSBEHEER ALS PUBLIEKE TAAK

De wetgever heeft met artikel 15a Wvo beoogd vast te leggen dat zuivering van het van de gemeentelijke riolering afkomstige water, het stedelijk afvalwater, wordt aangemerkt als een taak die rechtstreeks valt onder de zorg van de overheid en die op basis van dit uitgangspunt wordt verricht door of in opdracht van waterschappen.<sup>74</sup> De zorg voor de zuivering van stedelijk afvalwater is in deze wet dus door de wetgever in letterlijke bewoordingen aangemerkt als publieke taak.<sup>75</sup> De wetgever gebruikt het begrip publieke taak hier in een politiek-normatieve context. Het begrip wordt gebruikt om de gewenste of noodzakelijke omvang van de verplichtingen en bevoegdheden van de overheid aan te duiden. Het begrip wordt aldus gebruikt in een discussie over de (kern)taken van de overheid. Het begrip “de publieke taak” vervult een tweeledige normatieve functie.<sup>76</sup> Ten eerste heeft het begrip een positieve functie, waarmee kerntaken voor de overheid worden gevonden (in casu de zuiveringstaak) en daarvoor bevoegdheden worden gecreëerd. Ten tweede heeft het begrip een begrenzendende functie en geeft het de grenzen weer van het domein van de staatsmacht.

De vraag naar wat tot het terrein van de publieke taak behoort en wat niet is een normatieve vraag. Het antwoord op deze vraag is gebonden aan tijd en plaats, heersende politiek, cultuur en aan bestaande belangen en behoeften.<sup>77</sup> Dit antwoord heeft aldus geen eeuwigheidswaarde,

73 Kamerstukken II 2006-2007, 30818, nr. 3, pp. 96-97.

74 Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 3, p. 1.

75 Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 3, p. 3.

76 B.P. Vermeulen, ‘De publieke taak: een veelzijdig begrip’, in: J.W. Sap, De publieke taak, Deventer: Kluwer, 2003, p. 20 e.v.

77 B.P. Vermeulen 2003, p. 20.

maar vertegenwoordigt een dominante en heersende opvatting. Hiermee wordt de focus verlegd van de vraag naar de inhoud van publieke taken naar de vraag wie de inhoud van de publieke taak bepaalt. In ons staatsbestel is het afbakenen van de publieke taak primair voorbehouden aan de (Grond)wetgever. Zo is het in casu de wetgever in formele zin die in artikel 15a Wvo heeft bepaald dat het zuiveringsbeheer een overheidstaak is. Het publieke takenpakket staat aldus ter dispositie aan de overheid.

De regering merkte in reactie op het WRR-rapport *'Het borgen van publieke belangen'* op dat het niet mogelijk is een catalogus van overheidstaken op te stellen met eeuwigheidswaarde.<sup>78</sup> In dit licht kan men tevens de ontwikkeling van de uitbouw van de nachtwakersstaat na de Tweede Wereldoorlog tot verzorgingsstaat plaatsen. In dit licht moet tevens de recente ontwikkeling worden gezien waarbij de staat weer meer op de voorgrond treedt om het falen en de uitwassen van de private markt te beëindigen.

Ondanks deze onbestemdheid van de publieke taak zijn sommige auteurs van mening dat er enkele publieke taken zijn, die niet weg gedefinieerd kunnen worden op straffe van verlies van de titel 'staat' of democratische rechtsstaat.<sup>79</sup> Hierbij gaat het om taken als bijvoorbeeld de zorg voor politie, defensie, de waterstaat, de waarborg voor klassieke grondrechten. In deze context zij gewezen op Donner's vermaarde uitspraak "De staat, dat zijn de dijken!"<sup>80</sup>, in welke de staat fungeert als de behartiger van collectieve belangen, die wij eenvoudige burgers bijvoorbeeld omwille van de kostbaarheid of de afhankelijkheid van het collectief niet zelf kunnen behartigen. De overige, meer secundaire publieke taken, welke niet raken aan het al dan niet zijn van een staat, zijn in deze zin een resultaat van ad hoc politieke besluitvorming.<sup>81</sup> In dit laatste licht moet ook het bestemmen van de zuiveringstaak als publieke taak worden geplaatst.

De vraag naar het staatsdoel en de staatstaken wordt aldus in een democratisch proces beantwoord. Het gaat hierbij om de vraag welke belangen (in casu de zuivering van stedelijk afvalwater) de staat zich wenst aan te trekken en niet zozeer om de vraag *op welke manier* de staat deze belangen zal borgen.<sup>82</sup> Ook deze vraag naar de uitvoering zal in een democratisch proces beantwoord dienen te worden. Er zijn hierbij verschillende uitvoeringsmodaliteiten beschikbaar: zuiver publiekrechtelijke arrangementen (waarbij publiekrechtelijke bevoegdheden worden toegekend), publiek-private instrumenten of private uitvoering onder door de overheid gestelde randvoorwaarden.<sup>83</sup> De wetgever geeft, zoals hieronder zal worden besproken, in artikel 15a Wvo aan hoe (met behulp van welke uitvoeringsmodaliteiten) het zuiveringsbeheer dient te worden uitgevoerd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het zuiveringsbeheer op doelmatige wijze dient te worden uitgevoerd (zie par.3.2.1.).

### 3.2.3 DE ZUIVERINGSTAAK EN MARKTACTIVITEITEN

Opvallend in het licht van de materiële definitie van de zuiveringstaak is een passage in de Memorie van Toelichting bij het eerder genoemde wetsvoorstel tot wijziging van de Wvo, die is gewijd aan marktactiviteiten van waterschappen.<sup>84</sup>

Hierin wordt gesteld dat de taken op het gebied van de zuivering van het stedelijk afvalwater moeten worden onderscheiden van die activiteiten van het waterschap welke, alhoewel zij in

78 Borging van publieke belangen, Kamerstukken II 2000-2001, 27771, nr. 1, p. 7. B.P. Vermeulen 2003, p. 23.

79 H.J. de Ru, Staat, markt en recht. De gevolgen van privatisering voor het publiekrecht, preadvies CJV, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1987.

80 D.J. Elzinga, R. de Lange, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 171.

81 M.C. Burkens, 'Privatisering uit staatsrechtelijk oogpunt', in: M.M. Kaag (red.), Privatisering en deregulering: van verzorgingsstaat naar waarborgstaat, Den Haag: Staatsuitgeverij, 1983, p. 15-16. B.P. Vermeulen 2003, p. 25.

82 B.P. Vermeulen 2003, p. 25.

83 B.P. Vermeulen 2003, p. 20.

84 Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 3, p. 10.

de praktijk veelal een zekere relatie hebben met de uitvoering van de publieke taak en met de aanwezigheid van de daarvoor benodigde kennis, zijn aan te merken als marktactiviteiten. Voor dit soort activiteiten kan er aanleiding zijn tot het treffen van voorzieningen om eventuele concurrentievervalsende effecten tegen te gaan. De wetgever verwijst hierbij naar de Wet markt en overheid.

Als voorbeelden van deze marktactiviteiten noemt de wetgever een door een waterschap met een gemeente en een waterleidingbedrijf opgericht waterketenbedrijf of een door een waterschap opgerichte BV, waarin de zuivering van afvalwater van een of meer grote bedrijven die hun afvalwater niet lozen op de gemeentelijke riolering, is ondergebracht. Andere voorbeelden zijn gemeenschappelijke voorzieningen op het gebied van de heffing en invordering van de zuiveringsheffing, alsmede op het gebied van slibverwerking en laboratoria. Het gegeven dat deze activiteiten tot doel hebben effectief en kostenbesparend te kunnen werken en het mede daarmee bereiken van lagere lasten voor de gebonden lozers, doet niet af aan het feit dat deze activiteiten zijn aan te merken als marktactiviteiten en daarmee buiten de publieke taak vallen.

De Memorie van Toelichting verwoordt het als volgt:

***“5. Marktactiviteiten waterschappen.”<sup>85</sup>***

*Wel te onderscheiden van de taken op het gebied van de zuivering van het stedelijk afvalwater zijn die activiteiten van het waterschap welke, alhoewel zij in de praktijk veelal een zekere relatie hebben met de uitvoering van de publieke taak en met de aanwezigheid van de daarvoor aanwezige kennis, zijn aan te merken als marktactiviteiten. Voor dat soort activiteiten kan er aanleiding zijn tot het treffen van voorzieningen om eventuele effecten met een concurrentievervalsende uitwerking te voorkomen.*

*Veelal gaan dit soort activiteiten gepaard met de instelling van een aparte rechtspersoon. Als voorbeeld daarvan zijn te noemen een door een waterschap met een of meer gemeenten en een waterleidingbedrijf opgericht waterketenbedrijf of een door een waterschap opgerichte BV waarin de zuivering van afvalwater van een of meer grote bedrijven, die hun afvalwater niet lozen op gemeentelijke riolering, is ondergebracht. Andere voorbeelden zijn gemeenschappelijke voorzieningen op het gebied van heffing en invordering van zuiveringsheffing, alsmede op het gebied van slibverwerking of laboratoria. Primair doel daarvan is overigens het effectief en kostenbesparend kunnen werken en het mede daarmee bereiken van lagere lasten voor de gebonden lozers op de riolering.*

*Dat alles neemt niet weg, dat het hier uit een oogpunt van de voorgenomen Wet markt en overheid gaat om marktactiviteiten en dat waterschappen wat die activiteiten betreft zullen moeten zijn gebonden aan de spelregels die op grond van een dergelijke wet zullen gaan gelden. Wanneer bedoelde Wet markt en overheid daartoe aanleiding geeft, zal dit punt, voorzover het meer concreet de systematiek van de financiering betreft, en daarmee ook het belang van het voorkomen van een eventueel concurrentievervalsend neveneffect, in beschouwing moeten worden genomen in het bredere verband van de financiële bepalingen in de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. “*

De wetgever stelt aldus dat de uitoefening van zulke aanverwante marktactiviteiten buiten de zuiveringstaak valt. Hierbij duidt de wetgever de zuiveringstaak zelf niet nader. Ook het begrip marktactiviteiten wordt niet verder uitgewerkt. In het SER-advies ‘Markt en overheid’ uit

85 Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 3, p. 10.

1999 definieert de SER in navolging van de adviesaanvraag van de minister van Economische zaken marktactiviteiten als 'economische activiteiten in concurrentie met derden'.<sup>86</sup> Dit advies ligt mede ten grondslag aan de Wet markt en overheid, die beoogt marktactiviteiten van de overheid te reguleren.

### 3.2.4 DE RELatieve ONBESTEMDHEID VAN DE ZUIVERINGSTAAK: BIEDT DE ZUIVERINGSHEFFING DUIDELIJKHEID?

Lezing van artikel 15a Wvo en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis geeft slechts beperkt inzicht in de vraag naar de materiële definitie en de reikwijdte van de zuiveringstaak. Deze materiële definitie lijkt in zekere zin bekend te worden verondersteld. Dit is kwalijk te noemen in het licht van het functioneel decentraal karakter van de waterschappen. Functionele decentralisatie staat of valt bij de toekenning van een heldere taakstelling. Op deze wijze gaat de wetgever voorbij aan de opdracht van de Grondwetgever in artikel 133 Gw tot regeling van de taken van waterschappen. De Grondwetgever heeft de regeling van de taakstelling aan de wetgever overgelaten uit het oogpunt van flexibiliteit, opdat de wetgever in kan spelen op nieuwe ontwikkelingen. De wetgever lijkt door de onbestemdheid van de zuiveringstaak enigszins misbruik te maken van de hem door de Grondwetgever geboden flexibiliteit. Een onduidelijke taakstelling draagt potentiële risico's, zoals interbestuurlijke conflicten met provincies en/of gemeenten en het gevaar in strijd te handelen met het legaliteitsbeginsel (zie hierna).

De parlementaire geschiedenis behorende bij de Wvo en de Waterwet brengt ons aldus slechts beperkt verder in de zoektocht naar een materiële definitie van de zuiveringstaak.

**Geconcludeerd kan worden dat de zuiveringstaak een publieke taak is, die in beginsel bij de waterschappen ligt en die ziet op de zuivering van stedelijk afvalwater van gebonden lozers. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het zuiveringsbeheer op doelmatige wijze dient te worden uitgevoerd (zie par.3.2.1.). Het verrichten van marktactiviteiten zoals het leveren van energie of grondstoffen valt buiten het kader van de zuiveringstaak.**

Vanuit het legaliteitsbeginsel bezien is afbakening van overheidshandelen/het expliciteren van de bevoegdheid tot overheidshandelen het meest noodzakelijk daar waar dit handelen diep ingrijpt in de vrijheden van burgers. In relatie tot de zuiveringstaak moet hierbij gewezen worden op de zuiveringsheffing, een belasting waarmee de zuiveringstaak bekostigd wordt en die in 2007 bij de Wet modernisering waterschapsbestel is ingevoerd.<sup>87</sup> De Wet modernisering waterschapsbestel heeft de Wsw in 2006 aangepast aan de praktijk van all-in waterschappen, die zich richten op integraal waterbeheer. Bij deze wetswijziging is het takenpakket van de waterschappen aangepast. De zorg voor de waterhuishouding en de waterkering hebben plaats gemaakt voor de zorg voor het watersysteem; de eerste hoofdtaak van de waterschappen.

De tweede hoofdtaak die bij de Wet modernisering waterschapsbestel zijn plaats heeft gekregen in de Wsw, is de zuiveringstaak. De wetgever volstaat er simpelweg mee door te stellen dat waterschappen reeds sinds 2002 bij de Wvo de zorgplicht tot zuivering van stedelijk afvalwater toebedeeld hebben gekregen.<sup>88</sup>

De zuiveringsheffing kent sinds de inwerkingtreding van de Wet modernisering

86 SER-advies, Markt en overheid, 17 september 1999, 1999/12, p. 6.

87 Wet van 21 mei 2007, Stb. 2007, 208.

88 Kamerstukken II 2005-2006, 30601, nr. 3, p. 11.

waterschapsbestel zijn wettelijke grondslag in artikel 122c Wsw. Via de zuiveringsheffing op alle indirecte lozingen (dat zijn lozingen op de riolering of op een zuiveringstechnisch werk) verhalen de waterschappen de kosten die zij maken voor de zuivering van afvalwater. Indirect lozen wordt ook wel afvoeren genoemd. De zuiveringsheffing is gebaseerd op het beginsel de vervuiler betaalt (artikel 122e Wsw). Het waterschap besteedt de opbrengst van de zuiveringsheffing slechts aan de bekostiging van zijn zuiveringstaak.<sup>89</sup>

In de Memorie van Toelichting bij de Wet modernisering waterschapsbestel worden de zuiveringskosten geduid.<sup>90</sup> Zuiveringskosten bestaan naast de kosten voor de bouw en exploitatie van zuiveringstechnische werken, tevens uit de kosten gemoeid met planvorming en de kosten voor de beheersing van het afvoeren op de riolering. Voorts dienen de kosten voor het vastleggen, opleggen en de invordering van de zuiveringsheffing als zuiveringskosten te worden aangemerkt. Ten slotte moeten ook de bestuurskosten en de externe communicatie, alsmede de kosten voor de samenwerking met gemeenten in het kader van de afvalwaterketen als zuiveringskosten worden aangemerkt. Artikel 122d, lid 5 onder b Wsw bepaalt verder expliciet dat de opbrengsten van de zuiveringsheffing, omwille van het tegengaan van een stijging van het v.e.-tarief, ook voor de kosten van de zogenaamde afhaaksubsidies kunnen worden gebruikt.

### 3.2.5 TOETSING AAN DE ZUIVERINGSTAAK

Op basis van deze bevindingen in combinatie met eerder behandelde parlementaire overwegingen aangaande artikel 15a Wvo tekent zich een beeld van de materiële reikwijdte van de zuiveringstaak af. Ter beantwoording van de eerder gestelde vraag of de valorisatie van afvalwater binnen de reikwijdte van de zuiveringstaak valt, zal dan ook in onderstaande een toetsing plaatsvinden van de verschillende fasen van valorisatie van afvalwater aan het hierboven gevonden toetsingskader. Verschillende scenario's zullen hierbij kort worden doorlopen.

1. In het eerste scenario produceert een waterschap elektrische energie uit afvalwater. De elektrische energie ontstaat na de verbranding van biogas dat is verkregen uit de vergisting van restslib. Het waterschap gebruikt deze gewonnen energie ten behoeve van het zuiveringsproces en tracht zo (deels) zelfvoorzienend te worden. Levering aan derden vindt niet plaats.

Gelet op het hierboven uiteengezette toetsingskader dient ten eerste te worden opgemerkt dat energieproductie uit afvalwater noch energielevering expliciet door de wetgever zijn aangemerkt als waterschapstaken. Gelet op de onvoorzienbaarheid van de onderhavige duurzame ontwikkelingen verbaast dit echter niet.

De productie van energie uit afvalwater ten behoeve van het eigen gebruik van de waterschappen zou echter aangemerkt kunnen worden als slibverwerking. De energie wordt immers gewonnen uit het vergisten of vergassen van restslib. Zoals hierboven is gesteld schaarst de wetgever de kosten voor slibverwerking (zijnde exploitatiekosten) onder de zuiveringskosten (kosten die waterschappen maken bij de uitoefening van hun zuiveringstaak). Het publiek belang is in deze gelegen in de opwekking van duurzame energie en een doelmatige uitvoering van de zuiveringstaak.

<sup>89</sup> Kamerstukken II 2005-2006, 30601, nr. 3, p. 56.

<sup>90</sup> Kamerstukken II 2005-2006, 30601, nr. 3, p. 56.



Van marktactiviteiten van waterschappen is in dit scenario bij de productie van waterschapsenergie voor eigen gebruik geen sprake. Waterschappen gaan immers niet de markt op met deze energie. Er is aldus ook geen sprake van concurrentie met derden. De hier geschetste mogelijkheid om binnen de zuiveringstaak energie te produceren uit afvalwater voor eigen gebruik kent echter wel enige begrenzingsen.

De eerste begrenzing komt voort uit het functionele karakter van waterschappen. Deze begrenzing is gelegen in het feit dat de eventuele baten voortkomend uit de (gedeeltelijk) zelfvoorzienende energieopwekking enkel ten goede mogen komen aan het zuiveringsbeheer of moeten terugvloeien naar de belastingbetaler ( in de vorm van een verlaging van het v.e.-tarief), nu de hiervoor benodigde investeringen ook bekostigd worden uit de zuiveringsheffing. De gelden die worden opgehaald met de zuiveringsheffing moeten immers worden aangemerkt als geormerkte belastingen.

De tweede, meer algemene, begrenzing is gelegen in het feit dat de milieukwaliteit van het gezuiverde afvalwater op grond van het stand-still beginsel uit de Kaderrichtlijn Water niet mag verslechteren ten behoeve van een lucratievere energieproductie. De milieukwaliteit van het gezuiverde afvalwater dient leidend te blijven voor het zuiveringsbeheer.

*Binnen* de huidige zuiveringstaakstelling is het aannemelijk dat het waterschappen niet is toegestaan om bij de productie van waterschapsenergie gebruik te maken van de mogelijkheid van combinatievergisting. In geval de waterschappen zich laten betalen voor de verwerking van deze biologische afvalreststromen, dingen zij mee in de markt voor afvalverwerking. Daarmee lijkt sprake te zijn van marktactiviteiten. Combinatievergisting lijkt als marktactiviteit aldus buiten de zuiveringstaak pur sang te vallen en daarmee buiten het functioneel decentraal karakter van waterschappen. Indien sprake is van een marktactiviteit zal aan de Europese eisen met betrekking tot de interne markt en de nationale eisen, zoals neergelegd in de Wet markt en overheid, moeten worden voldaan.

Overigens geldt hetgeen hier over covergisting is gesteld, eveneens voor het scenario van levering (hierna scenario 2).

2. In het tweede scenario produceert een waterschap net zoals in het eerste scenario elektrische energie of grondstoffen uit afvalwater. De elektrische energie ontstaat na de verbranding van biogas dat is verkregen uit de vergisting of vergassing van restslib. Het waterschap levert deze gewonnen energie of grondstoffen vervolgens aan het energienet, aan mede-overheden die het gebruiken in het kader van de uitoefening van publieke taken, of rechtstreeks aan particulieren.

Dit tweede scenario onderscheidt zich van het eerste scenario daar er hier sprake is van levering van de geproduceerde waterschapsenergie of grondstoffen. In de wet is niet expliciet bepaald dat dit tot de uitvoering van de zuiveringstaak van de waterschappen kan worden gerekend. Dit leveren moet daarom in beginsel worden aangeduid als marktactiviteit. Door het leveren kunnen de waterschappen immers in concurrentie treden met derden.

Bij de levering van waterschapsenergie aan het energienet (aan energiemaatschappijen, die deze energie vervolgens verkopen aan consumenten) treden de waterschappen in beginsel in concurrentie met andere producenten van (duurzame/groene) energie, zoals particulieren met zonnepanelen of windmolens. Bij de levering van waterschapsenergie aan medeoverheden zouden de waterschappen eveneens in concurrentie kunnen treden

met (particuliere) aanbieders van (groene) energie; de energiemaatschappijen. Dit kan ook het geval zijn, indien waterschappen rechtstreeks waterschapsenergie aan particuliere verbruikers leveren.

Hoewel het leveren van waterschapsenergie waarschijnlijk gunstige effecten zal hebben op de maatschappelijke kosten die gemoeid zijn met het zuiveringsbeheer en zal bijdragen aan een duurzame afvalverwerking, is het aannemelijk dat dit leveren als marktactiviteit op dit moment buiten de zuiveringstaak van de waterschappen valt. De kosten voor de productie van waterschapsenergie ten behoeve van de levering aan derden zullen dan ook niet bekostigd mogen worden uit de opbrengst van de zuiveringsheffing. De eventuele baten van deze energielevering zullen, indien waterschappen er toch voor kiezen om buiten hun taakstelling om energie te leveren (zie hierna), vrijelijk besteed mogen worden en hoeven aldus niet per definitie ten goede te komen aan het zuiveringsbeheer.

Overigens gaan steeds meer waterschappen om doelmatigheidsredenen het slib van meerdere rioolwaterzuiveringen op één centrale plaats vergisten. Hierdoor ontstaat weliswaar een (beperkt) overschot van duurzame energie op locatieniveau, maar niet op het niveau van het gehele waterschap. Per saldo is elk waterschap binnen de uitoefening van zijn zuiveringstaak nog steeds energieverbruiker en geen energieleverancier. In geval van levering aan het net wordt de geleverde energie meestal gesaldeerd met de verbruikte energie.

De risico's van het leveren van waterschapsenergie of grondstoffen schuilen in de mogelijke strijd met het legaliteitsbeginsel, daar voor dit overheidsoptreden geen grondslag is aan te wijzen. Een concrete manifestatie van strijd met het legaliteitsbeginsel zou zich voor kunnen doen in het geval dat waterschappen investeren in de productie van energie of grondstoffen ten behoeve van de levering aan derden en zij deze investeringen bekostigen uit de opbrengst van de zuiveringsheffing.

Voor het overige geldt wat hiervoor is gezegd met betrekking tot het voldoen aan de Europese en nationale vereisten met betrekking tot de interne markt en mededinging. Zie uitvoeriger en meer gedetailleerd hoofdstuk 5.

### 3.3 VALORISATIE VAN AFVALWATER IN HET LICHT VAN HET SPECIALITEITSBEGINSEL

In de voorgaande paragraaf is duidelijk geworden welke grenzen het functionele karakter van de waterschappen stelt aan valorisatie van afvalwater. Binnen de zuiveringstaak is het de waterschappen toegestaan afvalwater te valoriseren voor de productie van energie die de waterschappen vervolgens zelf gebruiken ten behoeve van het zuiveringsbeheer. Het feit dat deze fase van valorisatie binnen de zuiveringstaak valt van waterschappen, zegt echter niets over de vraag of de bevoegdheid tot de uitoefening van het zuiveringsbeheer voldoende is toegesneden op de valorisatie van afvalwater. De publiekrechtelijke bevoegdheid van waterschappen tot het zuiveren van stedelijk afvalwater dient als gesteld primair gelezen te worden in de zorgplicht van artikel 3.4 Waterwet en meer secundair in de taakstelling van artikel 1 lid 2 Wsw.

De hier gestelde vraag raakt aan het specialiteitsbeginsel. Het specialiteitsbeginsel houdt in dat ambten alleen beschikken over min of meer naar doel afgebakende bestuursbevoegdheden.<sup>91</sup>

91 R.J.N. Schlössels, S.E. Zijlstra, *Onderwijseditie bestuursrecht in de sociale rechtsstaat deel 1*, Deventer: Kluwer, 2010, pp. 399-406.

Bestuursbevoegdheden, waarbij een onderscheid dient te worden gemaakt tussen meer juridische en meer feitelijke bevoegdheden, worden meestal niet in het algemeen toegekend, maar met het oog op specifieke publieke belangen. Ontbreekt zulk een specifiek belang, dan geldt als hoofdregel dat een bevoegdheid slechts in het algemeen belang mag en moet worden uitgeoefend. Het specialiteitsbeginsel heeft een belangrijk waarborgkarakter voor de burgers. Het benadrukt dat het bestuur onvrij is in haar publiekrechtelijk handelen en staat daarmee in schril contrast met de privaatrechtelijke autonomie. Het specialiteitsbeginsel beperkt aldus de omvang van de belangenafweging bij discretionaire bestuursbevoegdheden.<sup>92</sup> Bestuursbevoegdheden mogen in deze zin dus niet naar het enkele goeddunken van de overheid worden gebruikt. In deze zin vormt het specialiteitsbeginsel een materiële aanvulling op het in essentie vrij formele legaliteitsbeginsel dat (enkel) stelt dat alle overheidsop treden uiteindelijk moet zijn te herleiden tot een wet in formele zin. Het specialiteitsbeginsel wordt begrensd door het verbod van détournement de pouvoir; het verbod om misbruik van bevoegdheid te maken.<sup>93</sup> Het is aldus verboden bevoegdheden te gebruiken met het oog op een ander doel dan waarvoor zij zijn toegekend.

Om een antwoord te kunnen geven op de vraag of het belangenkader dat de waterschappen mee kunnen nemen bij de uitoefening van het zuiveringsbeheer voldoende is toegesneden op de valorisatie van afvalwater, zal in de volgende paragraaf worden uiteengezet met het oog op welk doel (welk specifiek belang) de wetgever waterschappen het zuiveringsbeheer heeft toegekend. Onder valorisatie van afvalwater moet in dit verband enkel de productie van waterschapsenergie ten behoeve van eigen gebruik worden begrepen, daar hiervoor reeds bepaald is dat de productie van waterschapsenergie gericht op levering aan derden en de terugwinning van grondstoffen ten behoeve van levering aan derden in beginsel buiten de wettelijke opdracht van de zuiveringstaak valt.

### 3.3.1 DOELMATIG ZUIVERINGSBEHEER

Nadat de wetgever in artikel 15a Wvo de zuiveringstaak als publieke taak heeft aangemerkt, stelt de wetgever dat de toekenning van het zuiveringsbeheer aan waterschappen moet worden geplaatst in het licht van de optimalisatie van de maatschappelijke kosten<sup>94</sup> binnen de waterketen.<sup>95</sup> Volgens de wetgever is een duidelijke taakafbakening en verdeling van verantwoordelijkheden tussen de partners in de waterketen hiertoe onmisbaar. Het toekennen van bevoegdheid tot zuivering aan waterschappen dient aldus geplaatst te worden in het licht van de doelmatigheid (hier gedefinieerd als de optimalisatie van maatschappelijke kosten). Hierna zal een aantal voorbeelden worden gegeven van de toepassing van dit doelmatigheidsprincipe in de context van artikel 15a Wvo (de evenknie van het huidige artikel 3.4 Waterwet).

In dit licht kan gewezen worden op de situatie dat het bestuur van het waterschap (als overheid) ex artikel 15a lid 1 Wvo de zuivering in zijn opdracht laat verrichten door een derde. Het publieke belang van dit 'uitbesteden' is gelegen in het bevorderen van zo laag mogelijke zuiveringslasten voor burgers en bedrijfsleven (doelmatigheid). Verscheidene opties zijn hierbij mogelijk geacht, waarbij de kostenefficiëntie voor de zogenaamde gebonden klanten voorop dient te staan. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat overeenkomstig het

92 R.J.N. Schlössels 2010, p. 401.

93 R.J.N. Schlössels 2010, p. 405.

94 H.J.M. Havekes 2008, pp. 275-277. Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 3, pp. 2-3.

95 Zie hoofdstuk 4 nader over de waterketen.

grondwettelijke regime (artikel 133 Gw) en het daarop aansluitende decentralisatiebeginsel uit de Wsw, de vaststelling van de algemene zuiveringstaak en de opdracht daarvan niet geschiedt bij wet maar bij provinciale verordening. De regeling van de waterschapstaak hoort immers tot de primaire bevoegdheid van provinciale staten. Dit betekent ook dat de mogelijkheid tot het uitbesteden van de zuiveringstaak mede kan zijn bepaald door bij of krachtens die verordening gestelde voorwaarden.<sup>96</sup>

Een ander voorbeeld van het streven naar doelmatigheid zien we terug in het derde lid van artikel 15a Wvo (het huidige 3.4 lid 2 Waterwet), waarin wordt gesteld dat het stedelijk afvalwater ook kan worden gezuiverd op een rwzi die in beheer van de gemeente is, mits dit aantoonbaar doelmatiger is voor de zuivering.<sup>97</sup>

Ten slotte plaatst de wetgever ook de feitelijke uitvoering van de zuiveringstaak in het licht van de doelmatigheid. Ook hier is de optimalisatie van kosten belangrijk. De wetgever juicht dan ook het eigen initiatief van de waterschappen toe waarbij regelmatig een onderlinge bedrijfsvergelijking (benchmarking) van het zuiveringsbeheer tussen de verschillende waterschappen wordt gemaakt.<sup>98</sup> Naast de financiële kant van het beheer en de exploitatie worden in deze bedrijfsvergelijking ook onderwerpen als het functioneren en de innovatie van zuiveringsinrichtingen vergeleken. Dit laatste is volgens de wetgever niet zonder belang voor de bescherming van de ecologische functie van het betrokken watersysteem.<sup>99</sup>

De tekst van artikel 15a Wvo (het huidige artikel 3.4 Waterwet) maakt aldus duidelijk dat het zuiveringsbeheer gericht moet zijn op doelmatigheid. Uit de parlementaire stukken behorende bij de Waterwet blijkt daarnaast dat de wetgever het zuiveringsbeheer plaatst in het licht van de milieukwaliteit van watersystemen en de op dit gebied op ons land rustende Europeesrechtelijke verplichtingen.<sup>100</sup> De tekst van artikel 1 lid 2 Wsw maakt niet duidelijk met het oog op welke belangen het zuiveringsbeheer van het waterschap dient plaats te vinden. Op zichzelf is dit logisch gezien het organieke karakter van de Waterschapswet. Het duurzaamheidsbelang, waarop valorisatie van afvalwater mede gestoeld is, ligt daarmee noch aan artikel 3.4 Waterwet noch aan artikel 1 lid 2 Wsw expliciet ten grondslag.

In de volgende paragraaf zal nader worden onderzocht of het hierboven geschetste belangenkader voldoende is toegesneden op valorisatie van afvalwater in de zin dat onder het doelmatigheidsbegrip en het algemeen belang dat overheidstaken tegen zo laag mogelijke maatschappelijke kosten worden uitgevoerd ook het duurzaamheidsbelang kan worden geschaard.

96 Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 3, pp. 7-10.

97 Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 8.

98 Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 3, p. 3.

99 Kamerstukken II 2000-2001, 27615, nr. 3, p. 3.

100 Kamerstukken II 2006-2007, 30818, nr. 3, pp. 96-97.

### 3.3.2 TOETSING AAN HET SPECIALITEITSBEGINSEL

Het waterschap beoogt met de productie van waterschapsenergie voor eigen verbruik de doelmatigheid van het zuiveringsbeheer te vergroten c.q. de maatschappelijke kosten te verlagen. Door zelf energie uit afvalwater te produceren, spaart het waterschap immers op energiekosten en kosten voor externe slibverwerking, waardoor uiteindelijk het v.e.-tarief omlaag kan. Dit is in overeenstemming met wat de wetgever bij de toekenning van het zuiveringsbeheer aan waterschappen beoogd heeft.

Op grond van dezelfde hierboven aangehaalde parlementaire geschiedenis kan – uitgaande van een strikte uitleg van de zuiveringstaak - gesteld worden dat de productie van energie alleen dan mag plaatsvinden wanneer dit de doelmatigheid ten goede komt. In dit geval werkt het waterschap zowel doelmatig als duurzaam.

Wanneer eventuele kapitaalintensieve investeringen, die de productie van energie uit afvalwater mogelijk moeten maken, er echter toe leiden dat het v.e.-tarief onverhoopt en niet kortstondig omhoog zal gaan, dan is dit in het licht van de door de wetgever beoogde optimalisatie van maatschappelijke kosten in beginsel ongewenst. Het waterschap werkt dan wel duurzaam, maar niet doelmatig. Artikel 3.4 Waterwet plaatst de uitoefening van het zuiveringsbeheer immers alleen in het licht van de doelmatigheid en niet direct in het kader van het duurzaamheidsbelang.

Hier dient te worden gewezen op het feit dat het duurzaamheidsbelang wel ten grondslag ligt aan het Verdrag betreffende de Europese Unie (zie de preambule en ook artikel 3 lid 5 VEU) en tevens een doelstelling is van de EU.

Voor de definitie van dit duurzaamheidsbelang kan het beste worden aangesloten bij de definitie van duurzame ontwikkeling, zoals dit gegeven is door de *VN-commissie Brundtland* in 1987. Volgens deze commissie is duurzame ontwikkeling die ontwikkeling die aansluit op de behoeften van het heden zonder het vermogen van toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen.<sup>101</sup> Valorisatie van afvalwater kan gelet op deze definitie als een vorm duurzame ontwikkeling worden gezien.

Algemene rechtsbeginselen en beginselen neergelegd in het primaire EU- recht binden niet alleen de Europese instellingen, maar ook de lidstaten wanneer zij handelen binnen de omvang van het gemeenschapsrecht. Dat is bij de zuiveringstaak het geval, nu deze niet alleen uitvoering geeft aan een nationale wettelijke taak, maar ook aan de verplichtingen neergelegd in de Richtlijn stedelijk afvalwater.<sup>102</sup>

Deze beginselen kunnen echter niet als losstaande rechtsbasis worden gebruikt in bijvoorbeeld een gerechtelijke procedure, maar kunnen wel worden toegepast in de context van een wet, ten behoeve van de aanvulling, interpretatie en toetsing daarvan.<sup>103</sup> Er bestaat echter discussie over de vraag of het beginsel van duurzame ontwikkeling moet worden gezien als een rechtsbeginsel of alleen als een beleidsbeginsel. Beleidsbeginselen dienen veeleer als grondslag voor beleid en wetgeving.<sup>104</sup> Zij kunnen tevens dienen als normen die het gedrag van de overheid sturen, en hebben meer een normerende en instrumentele functie, dan een constitutieve of rechtsvormende functie.<sup>105</sup> Milieurechtelijke beginselen spelen een rol daar waar het milieurecht ruimte laat voor een belangenafweging of beoordeling en geven dan

101 UN World Commission on Environment and Development, *Our common future*, New York: 1987.

102 Richtlijn 91/271 van de Raad van 21 mei 1991 inzake de behandeling van stedelijk afvalwater, PbEG 1991, L135/40.

103 Zie R. Fennis, *Gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging*, Een onderzoek naar de mogelijkheden van gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging binnen de in Nederland en Europa erkende milieurechtelijke beginselen, Universiteit Utrecht, 2012, p. 20 en J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation on Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, p. 123.

104 R. Fennis 2012, p. 23.

105 R. Fennis 2012, p. 24.

handvatten voor de motivering van besluiten. In hoeverre een beroep op het beginsel van een duurzame ontwikkeling ruimte biedt voor een extensieve uitleg van de zuiveringstaak is niet eenduidig te beantwoorden, nu dit niet alleen wordt bepaald door de uitleg van de zuiveringstaak in het algemeen, maar ook door de specifieke functionele taakstelling van de waterschappen.

Het is vervolgens de vraag of het waterschapsbestuur een gerechtvaardigd beroep op het duurzaamheidsbelang kan ontleen aan de reeds eerder besproken ‘brede’ kijk op waterbeheer,<sup>106</sup> waarbij wordt uitgegaan van een ruimere uitleg van de zuiveringstaak.

Hierbij wordt, als gesteld, gedoeld op de uitleg dat de waterschappen met een wettelijk beperkte taakuitoefening bij hun taakuitoefening ook rekening zouden dienen te houden met andere belangen, dan die waarvan de behartiging hen is toegekend. De waterschappen maken volgens deze redenering immers tevens deel uit van de totale overheidsorganisatie en zijn tevens belast met een deel van de publieke taak.

In deze benadering moet de aandacht van de waterschappen niet enkel uitgaan naar hun waterstaatkundige taken. Het waterschap dient met een *open mind* te kijken naar belangen welke niet rechtstreeks voortvloeien uit de opgedragen taak, maar welke daarmee wel een relatie hebben (bijv. het natuurbelang of het belang van de productie en het gebruik van duurzame energie).

Staatsrechtelijk gezien gaat het in deze niet zozeer over de ‘brede’ taakuitoefening maar over de ‘brede’ uitoefening van toegekende publiekrechtelijke bevoegdheden. De brede kijk kan worden herkend in artikel 2.1 lid 1 sub c Waterwet, waarbij echter sprake is van een noodzakelijke expliciete wettelijke verankering van de behartiging van ‘andere doelstellingen’ in de Waterwet zelf. Dat is nu vooralsnog niet het geval.

Artikel 2.1 Waterwet luidt:

1. *De toepassing van deze wet is gericht op:*
  - a. *voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met*
  - b. *bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en*
  - c. *vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.*
2. *De toepassing van deze wet is mede gericht op andere doelstellingen dan genoemd in het eerste lid, voor zover dat elders in deze wet is bepaald*

Staatsrechtelijk verdient het bovenstaande belangenkader geen schoonheidsprijs. Dit kader is zo ruim geformuleerd dat van het waarborgkarakter van het specialiteitsbeginsel weinig overblijft.<sup>107</sup> Artikel 2.1 lid 1 sub c Waterwet maakt het in casu echter niet mogelijk om het duurzaamheidsbelang ten grondslag te leggen aan de uitoefening van het zuiveringsbeheer, daar de stedelijk afvalwaterstromen op grond van de begripsbepalingen in artikel 1.1 Waterwet geen deel uit maken van watersystemen. Daarbij wordt nergens in de Waterwet ‘voor zover dat elders in deze wet is bepaald’ bepaald dat de zuiveringstaak niet alleen doelmatig, maar ook op duurzame wijze dient te worden uitgeoefend.

<sup>106</sup> H.J.M. Havekes 2008, pp. 240-247.

<sup>107</sup> Th. Drupsteen, ‘Een brede kijk, het specialiteitsbeginsel en de Waterwet’, in: Th. G. Drupsteen, H.J.M. Havekes, A. van Hall, Weids water: opstellen over waterrecht, Den Haag: SDU Uitgevers, 2006, pp. 285-302.

Gelet op bovenstaande hebben waterschappen geen wettelijke plicht het belang van duurzaamheid ten grondslag te leggen aan de valorisatie van afvalwater in het kader van het zuiveringsbeheer. Het doelmatigheidsbelang kan hieraan gelet op artikel 2.1 lid 2 Waterwet wel gerechtvaardigd ten grondslag worden gelegd.<sup>108</sup> Het enkel ten grondslag leggen van het duurzaamheidsbelang aan valorisatie van afvalwater (bijvoorbeeld in het geval van onrendabele productie van waterschapsenergie) zou kunnen leiden tot het overtreden van het verbod van détournement de pouvoir. Dit zou anders zijn indien de Waterwet en/of de Waterschapswet dit belang expliciet zou noemen.

Dit onderzoek beoogt mogelijke risico's die zich voor kunnen doen bij de valorisatie van afvalwater te inventariseren en mogelijke oplossingen aan te dragen om deze risico's te verminderen. Een beperkte uitleg van de zuiveringstaak is zo'n mogelijk risico, waar echter gezien de afspraken in het Klimaatakkoord en de Green Deal gemakkelijk een oplossing voor kan worden gevonden. Hiertoe worden in hoofdstuk 4 aanbevelingen gedaan.

Het is eveneens de vraag hoe indringend de rechter aan het specialiteitsbeginsel zal toetsen. Er valt te betogen dat de democratische legitimatie van het besluit van het waterschapsbestuur tot de uitoefening van duurzaam doch niet doelmatig zuiveringsbeheer (de eventuele onrendabele productie van energie uit afvalwater) slechts een marginale toetsing van de rechter vergt, waarbij ook de afspraken zoals neergelegd in het Klimaatakkoord en de Green Deal een rol kunnen spelen. Zoals gezegd lijkt doelmatig én duurzaam zuiveringsbeheer geen probleem. Het is niet ondenkbaar dat de rechter, gelet op het discretionaire karakter van het zuiveringsbeheer, niet op de stoel van het bestuur wenst te gaan zitten.

### 3.4 DE GERECHTVAARDIGHEID VAN DE GRONDSLAG VOOR DE ZUIVERINGSHEFFING

De zuiveringsheffing kent sinds de inwerkingtreding van de Wet modernisering waterschapsbestel zijn wettelijke grondslag in artikel 122c Wsw.<sup>109</sup> Via de zuiveringsheffing op alle indirecte lozingen (dat zijn lozingen op de riolering of op een zuiveringstechnisch werk) verhalen de waterschappen de kosten die zij maken voor het transport en de zuivering van afvalwater. Het waterschap besteedt de opbrengst van de zuiveringsheffing slechts ter bekostiging van zijn zuiveringstaak. De zuiveringsheffing is ex artikel 122e Wsw gebaseerd op het 'de vervuiler betaalt principe'.<sup>110</sup> De hoogte van de op te leggen zuiveringsheffing wordt bepaald aan de hand van het aantal vervuilingseenheden dat door een belastingplichtige wordt afgevoerd. Het aantal vervuilingseenheden dat wordt afgevoerd wordt bepaald door meting, bemonstering en analyse. In de praktijk gebeurt dit alleen voor grote bedrijven. Voor huishoudelijke lozingen kent de Wsw de zogenaamde forfaitaire heffing: ieder huishouden wordt ongeacht de daadwerkelijk afgevoerde hoeveelheid afvalwater aangeslagen voor een vast aantal vervuilingseenheden, met een maximum van drie. Zo worden meerpersoonshuishoudens standaard voor 3 vervuilingseenheden aangeslagen. De Wsw biedt waterschappen de mogelijkheid het aantal vervuilingseenheden (mede) te bepalen aan de hand van het drinkwaterverbruik.

Problematisch in het licht van bovenstaande is het feit dat in het denken van de Energiefabriek/Grondstoffenfabriek (C2C-denken) het begrip afval een andere betekenis krijgt, omdat er – op de lange termijn en bij een volledige uitwerking van het C2C concept -

108 Kamerstukken II 2006-2007, 30818, nr. 3, pp. 90-91.

109 Wet van 21 mei 2007, Stb. 2007, 208.

110 Kamerstukken II 2005-2006, 30601, nr. 3, pp. 27-28.

geen afval meer bestaat. Afvalwater wordt in dat geval een bron van grondstoffen. In deze zin bestaan ook vervuilers niet meer. De grootste vervuilers van weleer, zijn immers de grootste grondstoffenleveranciers van de toekomst en de relatie met de zuiveringsheffing, waarbij wordt betaald voor de hoeveelheid vervuilingseenheden, zal kunnen gaan veranderen. Toch moet deze redenering vooralsnog niet gevolgd worden. De bovenstaande argumentatie impliceert namelijk dat afvalwater als zodanig economische waarde heeft. Het is echter zo dat slechts een beperkt aantal bestanddelen van afvalwater (de daarin aanwezige terug te winnen grondstoffen en energie) economische waarde vertegenwoordigt en opbrengsten genereert (in de vorm van energiebesparing, grondstoffen en kostenbesparing op de externe eindverwerking van restslib). Het overgrote deel van de bestanddelen van afvalwater is echter nog steeds onbruikbaar en daarmee afval. Daar komt bij dat lozers zich ook van dit afvalwater willen ontdoen. Het zuiveren van deze onbruikbare bestanddelen van afvalwater kost geld. Netto berekend wegen de opbrengsten dan ook steeds nog niet op tegen de kosten van zuivering. Daarmee vertegenwoordigt afvalwater als zodanig aldus een netto negatieve economische waarde; afvalwater als zodanig blijft (voorlopig) afval. Het is daarmee logisch dat lozers nog steeds dienen te betalen voor de zuivering van afvalwater.

In het licht van het de 'vervuiler betaalt' principe is denkbaar dat waterschappen lozers compenseren middels lagere zuiveringskosten (verlaging v.e.- tarief) ten gevolge van valorisatie van afvalwater (opbrengsten uit energie en grondstoffen). Dit is ook wat in de praktijk wordt beoogd (zie hoofdstuk 1). Onderzocht kan worden of het hierbij mogelijk is de verlaging van het v.e.-tarief te koppelen aan de gemiddelde hoeveelheid economisch waardevolle bestanddelen in een soort afvalwater. Hierbij zal onderscheid worden gemaakt tussen het afvalwater van particulieren en dat van bedrijven. Hoe meer waardevolle bestanddelen een soort afvalwater (bijv. het afvalwater van huishoudens) gemiddeld bevat, des te lager moet het v.e.-tarief zijn. In de toekomst zou gezocht kunnen worden naar een verdere differentiatie van de tarieven, afhankelijk van de waarde van het te lozen afvalwater. Gelet op bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het de 'vervuiler betaalt principe' zich als grondslag voor de zuiveringsheffing verdraagt met valorisatie van afvalwater.

### 3.5 AANSLUITPLICHT EN ONTNEMING VAN EIGENDOM

Nu afvalwater als zodanig nog steeds afval is en netto geen economische waarde vertegenwoordigt, dient afvalwater niet te worden aangemerkt als eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM.<sup>111</sup> Hier zou discussie over kunnen ontstaan in het geval lozers worden verplicht waardevolle bestanddelen uit afvalwater verplicht te lozen op de riolering.

Per 1 april 2012 is de aansluitplicht op de riolering, zoals die ex artikel 8 Woningwet (oud) door de raad in de bouwverordening diende te zijn opgenomen, komen te vervallen.<sup>112</sup> De bouwverordening fungeert als maatstaf voor de toetsing van bouwplannen (ex artikel 2.10 lid 1 onder b Wabo). Daarnaast kan de verordening de grondslag zijn voor handhavingsbesluiten (artikel 7b en artikel 97 Woningwet).<sup>113</sup> Een gebouw diende krachtens de aansluitplicht aangesloten te worden op de riolering, indien de afstand van de kadastrale grens van het perceel, waarop dit gebouw gelegen was, 40 meter of minder tot de riolering bedroeg.

111 EHRM 5 januari 2000, *Beyeler t. Italie*, AB 2000, 235. Zie T. Barkhuysen, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, JBplus, 2003.

112 Zie J. Robbe, *Module A2100 Aansluiten en lozen*, 2012, p. 5.

113 P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofddlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2010, pp. 186-187.



De aansluitregels zijn tegenwoordig opgenomen in het Bouwbesluit 2012. Hierbij valt op dat het Bouwbesluit 2012 geen verplichting tot aansluiting op het openbaar riool bevat, zoals de vroegere bouwverordening die wel kende. Wel regelt het Bouwbesluit 2012 behoorlijk gedetailleerd waar de aansluitleiding moet komen en aan welke eisen die moet voldoen om te kunnen worden aangesloten. Het Bouwbesluit 2012 schrijft voor dat een bouwwerk een zodanige voorziening voor de afvoer van huishoudelijk afvalwater of hemelwater moet hebben dat het water zonder nadelige gevolgen voor de gezondheid (let wel: niet het milieu) kan worden afgevoerd. Concreet betekent dit dat een gebruiksfunctie, bijvoorbeeld een woning, met een toilet- of badruimte of met een andere opstelplaats voor een zogenaamd lozingstoestel, voor die opstelplaats een afvoervoorziening voor huishoudelijk afvalwater moet hebben.<sup>114</sup> Het staat particulieren aldus formeel juridisch vrij om de zuivering van hun afvalwater zelf ter hand te nemen.

In het Lozingenbesluit huishoudelijk afvalwater<sup>115</sup> is niet zozeer een aansluitplicht op de riolering opgenomen, maar een lozingsverbod. Juridisch gezien is er geen sprake van een aansluitplicht, alhoewel feitelijk het lozen op de riolering wel het meest voor de hand ligt. Artikel 5 luidt:

*“Beperkt lozen is verboden, indien de afstand tot de dichtstbijzijnde riolering 40 meter of minder bedraagt.”*

Artikel 6 lid 1 stelt dat bij een grotere afstand een IBA noodzakelijk is:

*“ Indien bij bestaand beperkt lozen de afstand tot de dichtstbijzijnde riolering meer dan 40 meter bedraagt, wordt het huishoudelijk afvalwater door een voorziening voor de individuele behandeling van afvalwater geleid, waarmee de nadelige gevolgen voor de kwaliteit van een oppervlaktewaterlichaam zoveel mogelijk worden voorkomen”.*

Artikel 7 lid 1 biedt echter de mogelijkheid voor alternatieve zuivering, bijvoorbeeld door een septic tank. Artikel 7 lid 1 luidt:

*“Tenzij toepassing is gegeven aan artikel 6, tweede lid, wordt alleen dan aan de eis van artikel 6, eerste lid, voldaan, indien het huishoudelijk afvalwater wordt geleid door een septic tank die is uitgevoerd overeenkomstig de voorschriften gesteld krachtens het tweede lid.”*

Het Lozingenbesluit huishoudelijk afvalwater zal binnenkort worden ingetrokken, met de opname van regels betreffende agrarische activiteiten in het Activiteitenbesluit. De opvolger is dan het Besluit lozing afvalwater huishoudens (Blah), waarvoor overigens hetzelfde geldt als eerder opgemerkt: ook dat bevat geen aansluitplicht.

Relevante bepaling is artikel 7 uit het Besluit lozing afvalwater huishoudens, dat als volgt luidt:

#### **ARTIKEL 7**

1. Huishoudelijk afvalwater wordt niet op of in de bodem geloosd, indien de afstand tot het dichtstbijzijnde vuilwaterriool of een zuiveringstechnisch werk waarop aansluiting kan plaatsvinden, 40 meter of minder bedraagt.
2. Voor de toepassing van het eerste lid wordt de afstand berekend:

<sup>114</sup> Zie J. Robbe 2012, p. 5.

<sup>115</sup> Staatsblad 2007, 468.

- a. vanaf de kadastrale grens van het perceel waar het huishoudelijk afvalwater vrijkomt;  
en
  - b. langs de kortste lijn waarlangs de afvoerleidingen zonder overwegende bezwaren kunnen worden aangelegd.
3. In afwijking van het eerste lid kan het bevoegd gezag, indien het belang van de bescherming van de bodem zich daartegen niet verzet, op een daartoe strekkende aanvraag bij maatwerkvoorschrift het lozen op of in de bodem toestaan voor een door hem vast te stellen termijn, gebaseerd op het nog niet verstreken deel van een afschrijvingstermijn van de voor de aanleg van het vuilwaterriool of het zuiveringstechnisch werk reeds bestaande zuiveringsvoorziening.

In het geval toch zou worden aangenomen dat afvalwater als zodanig economische waarde zou vertegenwoordigen en daarmee onder de reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol zou vallen, dient aldus te worden aangenomen dat er met het vervallen van de aansluitplicht op de riolering in het Bouwbesluit 2012 en de alternatieven die het Lozingenbesluit huishoudelijk afvalwater en het Besluit lozing afvalwater huishoudens bieden, geen inmenging (in de zin van ontneming) in het eigendomsrecht plaatsvindt.

Vóór het vervallen van de aansluitplicht zou, indien aangenomen zou worden dat afvalwater eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM is, kunnen worden betoogd dat de aansluitplicht in samenhang met de verboden op het lozen van huishoudelijk afvalwater in de bodem en op het oppervlaktewater, zou kunnen worden aangemerkt als ontneming van eigendom. Ontneming van eigendom is de meest vergaande inmenging in het eigendomsrecht. Het is een eigendomsoverdracht in juridische dan wel in feitelijke zin. Deze ontneming zou in het geval dat hiervoor gecompenseerd zou worden, waarschijnlijk gerechtvaardigd zijn.<sup>116</sup>

116 Zie T. Barkhuysen 2003, pp. 6-8.

# 4

## AANBEVELINGEN VOOR HET FACILITEREN VAN DUURZAAMHEIDSBELANGEN BINNEN DE ZUIVERINGSTAAK

### 4.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat het functioneel juridische karakter van waterschappen beperkingen kan stellen aan duurzame en innovatieve mogelijkheden die valorisatie van afvalwater waterschappen biedt. Deze beperkingen zijn met name gelegen in de sfeer van de levering van waterschapsenergie aan derden. Daar waar het energieproductie voor eigen gebruik betreft, zien wij geen problemen gerelateerd aan de functionele taakopdracht aan de waterschappen.

Men zou kunnen stellen dat hier het misschien ietwat statische (water)staatsrechtelijke kader 'knelt'. Dit kader is niet meegegroeid met nieuwe en onvoorzienbare technologische ontwikkelingen en de moderne focus op duurzaamheid. Dit ietwat statische karakter van het staatsrecht onderscheidt dit recht echter tegelijkertijd van andere rechtsgebieden en vormt tevens ook juist de legitimatie voor het bestaan van het staatsrecht en het ingrijpen van de overheid in rechten en vrijheden van burgers. Het belang van de continuïteit, de rechtszekerheid en de vrijheden van burgers eisen immers dat niet lichtvaardig aan de staatsrechtelijke fundamenteën van onze staat wordt gesleuteld. Tegelijkertijd zouden deze fundamenteën niet per definitie een sta-in-de-weg moeten zijn voor innovatieve en duurzame ontwikkelingen, die de democratische (Grond)wetgever of de samenleving wenselijk achten. In dit hoofdstuk zal een aantal opties worden geschetst, die er voor kunnen zorgen dat de mogelijkheden die valorisatie van afvalwater ons land biedt, op een juridisch verantwoorde wijze ten volle kunnen worden benut. Hierbij gaat de aandacht met name uit naar het staatsrechtelijk mogelijk maken van het leveren van waterschapsenergie aan derden en het terugwinnen en de levering van grondstoffen.

De eerste twee opties hebben – zeker op korte termijn - onze voorkeur. In het eerste scenario wordt de reikwijdte van de zuiveringstaak verhelderd, opdat er geen twijfel over kan bestaan dat de huidige zuiveringstaakstelling niet alleen op doelmatige maar ook op duurzame wijze moet worden uitgeoefend en daarom reeds de productie van waterschapsenergie ten behoeve van het zuiveringsbeheer omvat, waarbij vanzelfsprekend eveneens aan Europese eisen en de Wet markt en overheid moet worden voldaan. Bij de tweede optie wordt als

aanvulling op de eerste optie in artikel 3.4 Waterwet opgenomen dat het zuiveringsbeheer naast doelmatigheid tevens gericht moet zijn op duurzaamheid. Dezelfde voordelen gelden voor de optie van een waterketenbedrijf binnen WGR-verband.

Een vierde optie is dat de zuiveringstaak aan de waterschappen onttrokken en in autonomie dan wel medebewind overgelaten aan het algemeen bestuur (bijv. gemeenten).

De zesde optie is algemener van karakter en houdt in dat in de Waterwet of te zijner tijd de Omgevingswet milieurechtelijke beginselen worden opgenomen die leidend zijn bij beleid en uitvoering. Opname van het duurzaamheidsbeginsel – in navolging van het EU-Verdrag – kan deze sturende rol vervullen.

## 4.2 VERHELDERING ZUIVERINGSTAAK

Zoals in het vorige hoofdstuk is vastgesteld, moet worden aangenomen dat de productie van waterschapsenergie ten behoeve van eigen gebruik van de waterschappen reeds onder de huidige zuiveringstaakstelling, als vervat in artikel 1 lid 2 Wsw, valt, omdat dit binnen de plicht valt de zuiveringstaak doelmatig uit te oefenen. In deze zin behoeft de taakstelling voor deze vorm van valorisatie formeel juridisch niet gewijzigd te worden. De waterschappen kunnen wat deze vorm van valorisatie van afvalwater betreft aldus reeds uit de voeten met het huidige juridische kader. Toch kan ervoor worden geopteerd de zuiveringstaakstelling in artikel 1 lid 2 Wsw in aanvulling op de hierna te schetsen uitbreiding van deze taakstelling tevens te verhelderen, opdat het in dat geval buiten discussie staat dat de zorg voor het zuiveren van afvalwater op voet van artikel 3.4 Waterwet mede de zuivering op duurzame wijze omvat, hetgeen valorisatie van afvalwater gericht op de productie van energie voor eigen gebruik behelst. Deze verheldering sluit immers een gerechtvaardigd beroep op strijd met het legaliteitsbeginsel uit. In deze zin dient de Wijzigingswet op de Waterwet en Waterschapswet tot regeling van de zorgplicht voor de muskusrattenbestrijding (etc.) als referentiekader. In deze wet wordt aan artikel 1 Wsw ter verduidelijking van het tweede lid een derde lid toegevoegd dat stelt dat de zorg voor het watersysteem mede de bestrijding van muskus- en beverratten omvat.<sup>117</sup> In de Memorie van Toelichting is expliciet overwogen dat het watersysteembeheer met onder meer zijn gerichtheid op waterveiligheid reeds zonder deze wijziging de muskusrattenbestrijding zou omvatten.<sup>118</sup> Toch heeft men het gelet op het legaliteitsbeginsel noodzakelijk geacht te expliciteren dat het watersysteembeheer mede de muskusrattenbestrijding omvat. De Memorie stelt immers dat het feit dat de zorg voor het watersysteem mede de zorg voor de bestrijding van muskus- en beverratten omvat, impliceert dat de bekostiging van de bestrijding kan plaatsvinden uit de opbrengst van de watersysteemheffing.<sup>119</sup>

De provincies zullen de hier voorgestelde verhelderde zuiveringstaak, gelet op het decentralisatiebeginsel uit artikel 2 lid 2 Wsw, bij provinciaal reglement aan de waterschappen dienen op te dragen. Daar de verhelderde zuiveringstaak, zoals is vastgesteld, onder de reikwijdte van de zuiveringstaak valt, kunnen provincies deze ‘verhelderde’ taakstelling reeds zonder voorafgaande wijziging van de Waterschapswet of de Waterwet bij provinciaal reglement aan waterschappen opdragen.

117 Wet van 9 juni 2011, Stb. 2011, 302.

118 Kamerstukken II 2009-2010, 32474, nr. 3, pp. 4-5.

119 Kamerstukken II 2009-2010, 32474, nr. 3, p. 14.

### 4.3 UITBREIDEN BELANGENKADER ARTIKEL 3.4 WATERWET

Zoals in het vorige hoofdstuk is vastgesteld, dient de bevoegdheid tot het zuiveren van stedelijk afvalwater, waarvoor artikel 3.4 Waterwet de wettelijke grondslag vormt, gericht te zijn op doelmatigheid. Doelmatigheid moet in deze zin volgens de wetgever worden gedefinieerd als het verkleinen van de maatschappelijke kosten van de zuivering; het vergroten van de kostenefficiëntie. Op deze wijze wil de wetgever de zuiveringskosten voor de belastingplichtige zo laag mogelijk houden.

In het geval valorisatie van afvalwater leidt tot lagere maatschappelijke kosten (lees een lager v.e.-tarief) zal bijvoorbeeld de zuiveringsheffingsaanslag de toets van het specialiteitsbeginsel kunnen doorstaan. In dit geval bijten doelmatigheid en duurzaamheid elkaar niet, maar dit hoeft niet altijd zo te zijn. Problematischer wordt het namelijk in het niet ondenkbare geval dat valorisatie van afvalwater, hoewel duurzaam, niet leidt tot lagere maatschappelijke kosten (doelmatigheid), maar de kosten van de zuivering juist doet stijgen. Het is niet ondenkbaar dat een waterschapsbestuur omwille van duurzaamheid voor deze variant zou willen kiezen. Artikel 3.4 Waterwet biedt dit bestuur hiertoe in beginsel echter geen mogelijkheden en kan strijd met het verbod van détournement de pouvoir opleveren.

Daar dit in het licht van het streven naar duurzaamheid en innovatie onwenselijk is, zou de wetgever er in overeenstemming met artikel 2.1 lid 2 Waterwet voor kunnen opteren in artikel 3.4 Waterwet naast de gerichtheid op doelmatigheid van het zuiveringsbeheer tevens de gerichtheid op duurzaamheid van het zuiveringsbeheer op te nemen, waarna elk waterschapsbestuur voor zichzelf een belangenafweging tussen doelmatigheid en duurzaamheid kan maken. Hiertoe zijn de waterschapsbesturen voldoende toegerust en gelegitimeerd.

### 4.4 OPRICHTING PUBLIEKE AFVALWATERKETENBEDRIJVEN (IN WGR-VERBAND)

Een ander scenario dat de levering van afvalwaterenergie aan derden misschien mogelijk zou kunnen maken en dat nader onderzoek verdient, kan gevonden worden in de oprichting van publieke afvalwaterketenorganisaties in de vorm van WGR-verbanden. In het verleden is er omwille van redenen van efficiency wel voor gepleit het afvalwaterketenbeheer in één hand te leggen: in de hand van afvalwaterketenorganisaties. De afvalwaterketen maakt deel uit van de waterketen. De waterketen omvat de drinkwatervoorziening, de riolering en de afvalwaterzuivering.<sup>120</sup> De afvalwaterketen betreft dus het deel van de waterketen dat ziet op het rioleringsbeheer en de afvalwaterzuivering. Bij de gemeenten noch bij de waterschappen leefde een groot enthousiasme voor de overheveling van hun taken. Daarnaast worden als nadelen van een WGR-verband een verminderde transparantie genoemd alsmede minder democratische controlemogelijkheden en de beperktere rol voor burgers. Sinds enige tijd zijn de plannen voor afvalwaterketenorganisaties in de ijskast gezet en heerst de opvatting dat doelmatigheid in de afvalwaterketen met name door betere samenwerking kan worden bereikt.<sup>121</sup> Desalniettemin is het de moeite waard deze optie verder te bekijken.

De WGR biedt een publiekrechtelijke rechtsvorm voor praktisch iedere gewenste samenwerking binnen het openbaar bestuur.<sup>122</sup> Eén van de mogelijke samenwerkingsverbanden is gelegen in de samenwerking tussen gemeentebesturen en waterschapsbesturen (artikel 61 WGR e.v.). Binnen de verschillende samenwerkingsverbanden bestaan verschillende varianten

120 H.J.M. Havekes 2008, p. 281.

121 H.J.M. Havekes 2008, pp. 280-283. Zie tevens Kamerstukken II 2011-2012, 27625, nr. 255.

122 R.J.H.M. de Greef, 'De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!', De Gemeentestem, 2008, 107. S.E. Zijlstra 2009, pp. 304-308.

van samenwerking; de WGR voorziet voor al deze samenwerkingsverbanden in een viertal varianten van regeling. De eerste is de zogeheten 'lichte regeling' (artikel 1 lid 1 WGR), dat wil zeggen samenwerking enkel in de vorm van een publiekrechtelijke overeenkomst. Daarnaast kan gekozen worden voor een centrumgemeente-constructie (artikel 8 lid 3 WGR), een gemeenschappelijk orgaan (artikel 8 lid 2 WGR) of een openbaar lichaam met rechtspersoonlijkheid (artikel 8 lid 1 WGR). Deze laatste variant is in casu het meest aangewezen vanwege het feit dat het verband voor de levering van waterschapsenergie aan derden bevoegd moet zijn om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Aan een krachtens de WGR ingesteld openbaar lichaam kunnen bij de gemeenschappelijke regeling bevoegdheden van regeling en bestuur worden overgedragen als aan de besturen van de aan de regeling deelnemende gemeenten en waterschappen toekomen (artikel 10 lid 2 WGR jo. artikel 63 lid 1 WGR). De over te dragen bevoegdheden kunnen slechts bij regeling worden overdragen door het ambt dat de desbetreffende bevoegdheid toekomt. Om de levering van waterschapsenergie aan derden in dit verband mogelijk te maken zou het algemeen waterschapsbestuur (artt. 77 jo. 56 lid 1 Wsw) zijn zuiveringstaak aan het openbaar lichaam op moeten dragen, waarna de gemeenteraden in het waterschapsgebied hun autonome bestuursbevoegdheid (artikel 147 lid 2 Gemwet) tot de levering van waterschapsenergie aan derden aan dit openbaar lichaam opdragen. Het zou daarnaast tevens verstandig zijn dat de betrokken colleges van B en W hun bevoegdheden tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen inzake de levering van waterschapsenergie (ex artikel 160 lid 1 sub e Gemwet) namens de gemeenten overdragen aan het openbaar lichaam. Voor de bevoegdheidsverdeling tussen de organen van het openbaar lichaam wordt ex artikel 66 lid 1 WGR aangesloten bij het stelsel van de Gemwet en de Wsw.

Het bestuur van het openbaar lichaam bestaat uit een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter (artikel 12 WGR). Het algemeen bestuur staat aan het hoofd van het openbaar lichaam. De voorzitter is tevens voorzitter van het algemeen en van het dagelijks bestuur. Een belangrijke democratische waarborg is gelegen in de eis (artikel 13 lid 1 WGR) dat het algemeen bestuur bestaat uit de leden, die per deelnemende gemeente/waterschap door de raad/het algemeen waterschapsbestuur uit zijn midden, de voorzitters inbegrepen, en uit de wethouders en de leden van het dagelijks waterschapsbestuur worden aangewezen.<sup>123</sup>

In de hierboven geschetste hybride constructie zouden de beperkingen die het functioneel decentraal karakter stelt aan de levering van waterschapsenergie mogelijk omzeild kunnen worden. Grootschalige stelselwijzigingen kunnen in dit scenario uitblijven.

#### 4.5 UITBREIDING ZUIVERINGSTAAK

Zoals in het vorige hoofdstuk is vastgesteld, moet worden aangenomen dat de levering van waterschapsenergie aan derden buiten de huidige zuiveringstaakstelling ex artikel 1 lid 2 Wsw valt.

De wetgever zou er in het licht van deze beperking voor kunnen opteren de algemene zuiveringstaakstelling in artikel 1 lid 2 Wsw uit te breiden, opdat ook de levering van waterschapsenergie aan derden onder de taakstelling van de waterschappen komt te vallen. Voor deze uitbreiding is een wijziging van artikel 1 Wsw nodig. Aan dit artikel zou door de wetgever een vierde lid kunnen worden toegevoegd dat stelt dat de zorg voor het zuiveren van afvalwater op de voet van artikel 3.4 Waterwet, als bedoeld in het tweede lid van artikel 1 Wsw, mede het leveren van waterschapsenergie aan derden kan omvatten. Het algemene

123 S.E. Zijlstra 2009, p. 306.

publieke belang dat daarmee wordt gediend, is een verduurzaming van de energieproductie. Deze voorgestelde uitbreiding van de zuiveringstaak kan strijd met het legaliteitsbeginsel voorkomen; waterschappen blijven dan immers, wanneer zij zich het belang van de levering van waterschapsenergie aan derden aantrekken, binnen hun belangensfeer (binnen hun gesloten huishouding). Een concrete manifestatie van strijd met het legaliteitsbeginsel zou zich namelijk voor kunnen doen in het geval dat waterschappen zonder de voorgestelde verruiming van de zuiveringstaakstelling investeren in valorisatie van afvalwater gericht op de productie van energie ten behoeve van de levering aan derden en deze investeringen bekostigen uit de opbrengst van de zuiveringsheffing. De zuiveringsheffing dient immers slechts ter bekostiging van de zuiveringstaak.

Het betreffende waterschap zal zich mogelijk verweren tegen het beroep op strijd met het legaliteitsbeginsel door te verwijzen naar de bepalingen uit de Greendeal tussen de Rijksoverheid en de Unie van Waterschappen, die de waterschappen verplichten binnen afzienbare tijd twaalf exemplarische Energiefabrieken te bouwen.<sup>124</sup> De Greendeal moet echter worden gekwalificeerd als een publiekrechtelijke (bevoegdheden)overeenkomst die op zichzelf geen afbreuk doet aan het wettelijk kader. Zulk een verweer doet aldus geen afbreuk aan het feit dat valorisatie van afvalwater gericht op de productie van energie ten behoeve van levering aan derden zonder wetwijziging buiten de zuiveringstaakstelling in artikel 1 lid 2 Wsw valt. Wel zouden de waterschappen zich in relatie tot de Rijksoverheid kunnen beroepen op de eerder besproken inspanningsverplichting van dit overheidsverband uit de Greendeal om juridische belemmeringen voor duurzame energiewinning/levering weg te nemen om zo de hierboven voorgestelde wetwijzigingen af te kunnen dwingen.

Nu valorisatie van afvalwater gericht op de productie van energie ten behoeve van levering aan derden zonder verruiming van de zuiveringstaakstelling buiten de zuiveringstaak valt, dient te worden aangenomen dat de zuiveringsheffing voor zover uit deze heffing kosten voor de productie en levering van energie worden betaald in strijd met het legaliteitsbeginsel zou zijn opgelegd.

De voorgestelde verruiming van de zuiveringstaak is niet problematisch in het licht van artikel 133 GW, nu de taakstelling aan de waterschappen gedeconstitutionaliseerd is. De Grondwetgever heeft, zoals reeds is gesteld, de taakstelling juist gedeconstitutionaliseerd met het oog op flexibiliteit. De Grondwetgever laat de wetgever in deze zin aldus de ruimte de taakstelling van de waterschappen te adapteren aan nieuwe en onvoorziene ontwikkelingen, zoals klimaatverandering en duurzaamheidsdoelstellingen. Voorts sluit, voor zover dit staatsrechtelijk enige betekenis heeft (zie hoofdstuk 2), het principe van valorisatie aan bij de zorgplicht voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefomgeving uit artikel 21 GW, dat door de Grondwetgever min of meer is aangemerkt als inhoudelijke taakstelling voor de waterschappen. Valorisatie van afvalwater is immers gericht op duurzaamheid.

#### **4.6 IN AUTONOMIE OF MEDEBEWIND OVERLATEN VAN DE ZUIVERINGSTAAK**

In het vijfde scenario zou de zuiveringstaak door de wetgever in autonomie of medebewind aan het algemeen bestuur kunnen worden overgelaten. Het onttrekken van de zuiveringstaak aan de waterschappen, c.q. het in autonomie (ex artt. 124 lid 1 Gw jo. 105 lid 1 Provwet of 108 lid 1 Gemwet) of medebewind (ex artt. 124 lid 2 Gw jo. 105 lid 2 Provwet of 108 lid 2 Gemwet) overlaten van de zuiveringstaak zou neerkomen op het schrappen van de zuiveringstaakstelling uit artikel 1 lid 2 Wsw en het schrappen van de zorgplicht

<sup>124</sup> Green Deal 2011.

tot zuivering uit artikel 3.4 Waterwet. Deze optie heeft echter een aantal belangrijke beperkingen ten opzichte van het huidige systeem, waardoor deze niet onze voorkeur heeft. Zo kan het in autonomie overlaten van de zuiveringstaak leiden tot grote verschillen in de uitoefening van het zuiveringsbeheer. Dit was één van de redenen die vroeger werd gegeven om de zuiveringstaak bij de waterschappen onder te brengen. Een ander nadeel dat kleeft aan het in autonomie overlaten van de zuiveringstaak is het feit dat het onzeker is of de provincies of de gemeenten zich de zuiveringstaak aan zullen trekken op een wijze die zowel de doelmatigheid als de duurzaamheid bevordert. Voorts kan men zich afvragen of in kleine gemeenten de doelmatigheid gediend is met het in autonomie overlaten van de zuiveringstaak.

Het in medebewind opdragen van de zuiveringstaak naar de gemeenten is niet per definitie onlogisch, omdat gemeenten op grond van de Wet milieubeheer belast zijn met het rioleringsbeheer.<sup>125</sup> Daarnaast heeft de Raad van State zich in haar adviezen bij de Wet modernisering waterschapsbestel en bij de Waterwet kritisch uitgelaten over het opdragen van de zuiveringstaak aan waterschappen vanwege de beperkte samenhang met de zorg voor het oppervlaktewater. De Raad achtte het voorstelbaar dat de zorg voor de afvalwaterzuivering aan een andere instantie dan de waterschappen zou worden opgedragen. De Raad adviseerde dan ook de zuiveringstaak niet vast te leggen in een organieke wet, maar in een bijzondere wet.<sup>126</sup> De regering verwierp de kritiek echter door te stellen dat door de toekenning van de zuiveringstaak aan de waterschappen een adequate uitoefening van het zuiveringsbeheer gewaarborgd is.<sup>127</sup> Eind 2011 riep de Kamer de regering bij de motie Schouw c.s. op tot het onderzoeken van de mogelijkheden tot het overdragen van alle waterschapstaken aan andere overheidsverbanden.<sup>128</sup> Staatssecretaris Atsma verwierp de motie en stelde een grotere doelmatigheid in de waterketen te willen bereiken via afspraken over samenwerking tussen de verschillende overheidsverbanden, zoals vastgelegd in het Bestuursakkoord Water.<sup>129</sup>

Als voordelen verbonden aan het in medebewind opdragen (in tegenstelling tot autonomie) van de zuiveringstaak moeten worden genoemd de grotere uniformiteit in de uitoefening van de taak en het feit dat de wetgever kan bepalen dat gemeenten bij uitsluiting van provincies bevoegd zijn inzake het zuiveringsbeheer. De kleinschaligheid van sommige gemeenten kan hier echter eveneens leiden tot een minder doelmatige uitoefening van de zuiveringstaak in vergelijking met de huidige situatie. In dit kader moet gewezen worden op het feit dat op dit moment ook geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid in artikel 3.4 lid 2 Waterwet tot het overdragen van het zuiveringsbeheer aan gemeenten in het geval dit aantoonbaar doelmatiger zou zijn.<sup>130</sup>

#### **4.7 HET DUURZAAMHEIDSBEGINSEL OPNEMEN IN DE WATERWET OF DE TOEKOMSTIGE OMGEVINGSWET**

In het internationale en Europese recht geldt een aantal milieurechtelijke beginselen die zowel sturend kunnen zijn, dan wel kunnen dienen als interpretatie van wettelijke verplichtingen. In de Nederlandse omgevingsrechtelijke wetgeving is het echter niet de gewoonte noch de wens om milieurechtelijke beginselen in de wet zelf op te nemen. Beginselen worden in Nederland eerder neergelegd in beleidsdocumenten en werken dan via de algemene rechtsbeginselen door in de besluitvorming.<sup>131</sup> In het bijzonder wanneer het

125 Ex titel 10.5 Wm.

126 Kamerstukken II 2005-2006, 30601, nr. 4, p. 3-4. Kamerstukken II 2006-2007, 30818, nr. 4, p. 3. H.J.M. Havekes 2008, pp. 279-280.

127 Kamerstukken II 2005-2006, 30601, nr. 6, p. 3.

128 Kamerstukken II 2011-2012, 33000, nr. 98.

129 Kamerstukken II 2011-2012, 27625, nr. 255.

130 H.J.M. Havekes 2008, p. 280.

131 Zie uitvoerig over de betekenis die beginselen kunnen spelen bij innovatieve ontwikkelingen: R. Fennis, Gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging, Een onderzoek naar de mogelijkheden van een gebiedsgerichte aanpak van grondwaterverontreiniging binnen de in



gaat om de inpassing van duurzame innovaties in het geldende juridische systeem en het omgaan met onzekerheden kunnen beginselen die zijn neergelegd in wetgeving sturend zijn bij nieuwe en niet voorziene ontwikkelingen.<sup>132</sup> Het laatste scenario dat wordt voorgesteld houdt in dat milieurechtelijke beginselen, waaronder het beginsel van een duurzame ontwikkeling wordt opgenomen in de Waterwet of – te zijner tijd – de Omgevingswet.

#### 4.8 TUSSENCONCLUSIE

In de voorgaande hoofdstukken is onderzocht wat de risico's zijn bij de valorisatie van afvalwater in het licht van de functionele taak die het waterschap in het Nederlands staatsbestel heeft. Uitgangspunt daarbij is dat innovatie en duurzame initiatieven niet zouden moeten worden belemmerd door onnodige wettelijke beperkingen. Niet alle wettelijke beperkingen zijn echter onnodig in die zin, dat zij geen gelegitimeerd doel dienen. Uiteraard kan men van mening verschillen over de wijze waarop de functionele taken van het waterschappen moeten worden uitgelegd.

Wij zijn echter uitgegaan van een strikte uitleg van de waterstaatkundige taak van het waterschap, zodat geen risico's lichtvaardig over het hoofd worden gezien. Een van de redenen hiervoor is dat vanuit het Rijk is aangegeven dat juridische belemmeringen (bijvoorbeeld in wetgeving) zullen worden opgelost, indien deze belemmeringen in de weg kunnen staan bij uitvoering van het Klimaatakkoord of de Green Deal.

Wij concluderen dat de productie van energie ten behoeve van eigen gebruik en de verwerking van eigen zuiveringsslib zonder meer binnen de zuiveringstaak vallen. Daar waar sprake is van levering aan derden of van activiteiten die buiten de zuiveringstaak vallen – hoe duurzaam bedoeld dan ook - zorgt dit ervoor dat er potentiële wettelijke belemmeringen kunnen ontstaan.

In dit hoofdstuk is een aantal concrete aanbevelingen gedaan om de mogelijke risico's op staats- en bestuursrechtelijk terrein te verminderen. In het volgende hoofdstuk wordt nader ingegaan op de Europeesrechtelijke aspecten van de valorisatie van afvalwater.

---

Nederland en Europa erkende milieurechtelijke beginselen, Universiteit Utrecht, 2012.

132 H.F.M.W. van Rijswijk en W. Salet. 2012. Enabling the contextualization of legal rules in responsive strategies to climate change. *Ecology and Society* 17(2): 18; <http://dx.doi.org/10.5751/ES-04895-170218>; P.P.J. Driessen and H.F.M.W. van Rijswijk, Normative Aspects of Climate Adaptation Policy, 2(4) *Climate Law* p. 1-23 (2011) en H. van Rijswijk en W. Salet, Een strategisch kompas voor duurzame beheersing van klimaatvraagstukken, special issue on the governance of adaptation to climate change, *Beleid en Maatschappij*, 2010/1, p. 43-58.

# 5

## EUROPEESRECHTELIJKE RANDVOORWAARDEN BIJ VALORISATIE VAN AFVALWATER

### 5.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk behandelt de onderzoeksvragen die betrekking hebben op het EU mededingingsrecht en interne marktrecht voor zover relevant voor de valorisatie van afvalwater. Paragraaf 5.2 bevat een korte uiteenzetting over het Europese en nationale mededingingsbeleid. Daarbij wordt ingegaan op het kartelverbod (en uitzonderingen) en het misbruikverbod (en uitzonderingen). Paragraaf 5.3 gaat in op de relatie tussen de Europese mededingingsregels en de overheid. Daarbij wordt ingegaan op de staatssteunregels, de regels voor het verlenen van exclusieve of bijzondere rechten (en uitzondering) en de nuttig-effect regel. Paragraaf 5.4 gaat in op de Gedragsregels Markt & Overheid. Daarbij wordt ingegaan op de regels van deze wet. Paragraaf 5.5 behandelt de Europese regels betreffende het vrije verkeer, met name het vrije verkeer van goederen. Paragraaf 5.6 bevat een samenvatting van de conclusies.

Steeds wordt ook aangesloten bij de daadwerkelijke activiteiten die de waterschappen ontplooiën. Hoewel in hoofdstuk 1 – de onderzoeksvraag – is aangegeven dat het daarbij zal gaan om energieopwekking, zullen wij uitstapjes maken naar de terugwinning (en levering aan de markt) van grondstoffen, zoals fosfaat, het Ketenakkoord Fosfaatkringloop en de mogelijkheid tot het winnen van bioplastics (biopolymere).

### 5.2 EUROPEES EN NATIONAAL MEDEDINGINGSRECHT

Dit deel van het advies gaat in op de mededingingsregels in het algemeen en de mogelijkheden en belemmeringen voor de waterschappen. De mededingingsregels zijn neergelegd in Europees en nationaal recht, en worden gehandhaafd door de Europese Commissie en/of de NMa. Zij kunnen ook aan de orde zijn in nationale rechterlijke procedures.

## 5.2.1 MEDEDINGINGSREGELS EN ONDERNEMINGEN

De hoofdregels van mededingingsrecht zijn in de nationale context en EU-context vrijwel gelijk. Dat komt omdat de Mededingingswet, die sinds 1998 geldt, is gebaseerd op de EU-regels.

### 5.2.1.1 WANNEER ZIJN DE MEDEDINGINGSREGELS VAN TOEPASSING? HET BEGRIJP ONDERNEMING

#### a. Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht

De mededingingsregels gelden primair voor *ondernemingen*. Mededingingsregels die gelden voor de *overheid* in haar relatie met ondernemingen zijn in par. 5.3 aan de orde. Ondernemingen zijn, in de woorden van het Hof, entiteiten die een economische activiteit uitoefenen, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt.<sup>133</sup> Hierbij is noch de rechtsvorm, noch de wijze van financiering van belang. Het hebben van winstoogmerk is evenmin belangrijk. Het doet niet ter zake dat volgens het nationale vennootschapsrecht, bijvoorbeeld, geen sprake is van een onderneming. Dit betekent dat ook de overheid zelf en overheidsinstellingen als onderneming kunnen worden gezien, als er sprake is van economische activiteiten.

Overheden treden bijvoorbeeld op als onderneming bij de ontwikkeling van grondgebied en bij het verlenen van erfpacht daarvan, als zij zelf bedrijfsafval ophalen, of een camping, haven of muziekschool exploiteren. Ook de activiteiten van lokale publieke omroepen, woningbouwverenigingen, van de grondbank, de verkoop van bagger, diensten als ambulancevervoer, gehandicaptenvervoer, gemeentelijk openbaar vervoer, bepaalde havendiensten, de verhuur en plaatsing van reclameborden, het exploiteren van een kabelnet, het opslaan van verontreinigd slib voor derden, het aanbieden van arbeidsmarktbemiddeling, en het aanbieden van verzekeringen of leningen, zijn aangemerkt als economische activiteiten. Als de overheid met kapitaal, aandelen of via stemrechten in ondernemingen is betrokken, is ook zij medeverantwoordelijk voor het gedrag van die overheidsonderneming. Ook publiek-private samenwerkingen oefenen vaak ondernemingsactiviteiten uit.<sup>134</sup>

Er zijn echter grenzen aan het begrip onderneming. In de eerste plaats indien er sprake is van louter sociale activiteiten, waar aan een sterke solidariteitsgedachte ten grondslag ligt.<sup>135</sup> Deze uitzondering is voor de waterschappen hoogstwaarschijnlijk niet van belang. In de tweede plaats, indien het gaat om de uitoefening van een typisch overheidsprerogatief dan is er geen sprake van een onderneming. Het gaat hierbij om taken 'die voortkomen uit de aard van de soevereiniteit van de staat'.<sup>136</sup> Sommige activiteiten van het waterschap, bijvoorbeeld de waterkeringszorg, kunnen als overheidsprerogatief worden aangemerkt. De waterkeringszorg is immers bij uitstek een activiteit die het individuele belang te boven gaat. Veiligheid is bovendien een klassiek overheidsprerogatief. Het gevolg daarvan is dat het mededingingsrecht op die activiteit niet van toepassing is.

<sup>133</sup> Zaak C-41/90 Höfner, 23 april 1991, Jur. 1991, p. I-01979.

<sup>134</sup> Zie Kansen in het mededingingsrecht, Gerbrandy 2011, in: Kansen voor het Europese recht, Hessel (red), Sdu 2011.

<sup>135</sup> HvJ EG 17 februari 1993, gev. zaken nr. C-153/91 en C-160/91, Jur. 1992, p. I-04973 (Poucet en Pistre), en verder ook: HvJ EG 22 januari 2002, nr. C-218/00, Jur. 2002, p. I-00691 (Cisal), HvJ EG 21 september 1999, gev. Zaken nr. C-115/97 tot 117/97, Jur. 1999, p. I-06025 (Brentjens) en HvJ EG 12 september 2000, gev. zaken C-180/98 tot C-184/98, Jur. 2000, p. I-06451 (Pavlov).

<sup>136</sup> Conclusie van AG Mayras 28 mei 1974, nr. 2-74, Jur. 1974, p. 00631 (Reyners).

## b. Waterschappen als onderneming

Waterschappen vallen onder het ondernemingsbegrip, wanneer zij producten en diensten aanbieden op de markt en dus een economische activiteit uitoefenen. Zij zijn dan *onderneming* in de zin van het mededingingsrecht.

### **Waterkering, zuivering afvalwater**

Een aantal activiteiten van de waterschappen lijken ons buiten het ondernemingsbegrip te vallen: de waterkeringszorg werd hierboven al genoemd als typische overheidstaak die niet aan de markt kan worden overgelaten. Het zuiveren van afvalwater, zeker als het gaat om het zuiveren van huishoudelijk afvalwater dat via het riool wordt geloosd, lijkt eveneens geen ondernemingsactiviteit: de parallel met het verwerken van huishoudelijk afval, waarvan de NMa heeft geoordeeld dat er sprake is van een overheidsprerogatief, is hier sterk aanwezig. Omdat echter van het verwerken van bedrijfsafval is gesteld dat het wel gaat om een ondernemingsactiviteit, ligt de beoordeling van de waterschapsactiviteit gelegen in het verwerken van bedrijfsafvalwater subtieler: zo wordt ook in de Handreiking Markt en Overheid gesproken van economische activiteiten als er sprake is van het zuiveren van 'afvalwater van bedrijven die niet via de riolering lozen'.<sup>137</sup>

Er is echter ook een aantal activiteiten, dat de waterschappen op dit moment ontplooiën die als ondernemingsactiviteit zouden kunnen worden aangemerkt.

### **Opwekken van energie: Energiefabriek**

Het opwekken van energie zou een dergelijke activiteit kunnen zijn; hoewel het afhankelijk is van de specifieke omstandigheden of het opwekken van energie uit afvalwater inderdaad het aanbieden van een goed of dienst (het maakt niet zoveel uit of energie een goed is, zoals ten aanzien van elektriciteit in het strafrecht wel is aangemerkt, of een dienst, zoals in het mededingingsrecht hoogstwaarschijnlijk zou worden betoogd t.a.v. de levering van energie) op de markt is. In hoofdstuk 2 van dit advies worden drie situaties onderscheiden:

- i. het leveren van waterschapsenergie aan een openbaar lichaam in het kader van de publieke taak (vrachtwagens van de gemeentereiniging die rijden op waterschapsbiogas),
- ii. levering aan het energienet, en
- iii. rechtstreekse levering aan particulieren/afnemers.

Daaraan kan de situatie worden toegevoegd:

- iv. het zelf gebruiken van de opwekte energie.

Elk van deze situaties dient te worden beoordeeld.

### **Ad i) Leveren aan andere openbare lichamen**

De beoordeling van deze situatie is vrij complex. Er zijn twee redeneerlijnen mogelijk. De eerste redenering gaat uit van het volgende. Het is daarbij van belang waarvoor de energie wordt gebruikt. Als de vrachtwagens van de gemeentelijke reinigingsdienst niet worden ingezet voor een ondernemingsactiviteit, zal geen sprake zijn van het leveren van een goed

137 Handreiking Markt en Overheid, Ministerie van EL&I, 1 juli 2012

of dienst aan ‘de markt’. De gemeentelijke reinigingsdienst is immers dan zelf niet actief op een markt. De parallel is met het opwekken voor eigen gebruik (zie ad. iv). Maar als de gemeentelijke reinigingsdienst wel een ondernemingsactiviteit uitoefent – bijvoorbeeld als zij bedrijfsafval ophaalt – dan is ook de levering van energie een ondernemingsactiviteit. Deze redenering is gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie in de zaak Fenin,<sup>138</sup> waarin de *aankoopactiviteit* van het beheersorgaan van de ziektekostenverzekeraars, die zelf niet als onderneming werd aangemerkt, ook niet als ondernemingsactiviteit werd aangemerkt; en het opvolgende Selex Sistemi,<sup>139</sup> waarin het ontwikkelen van technische normalisatie voor een niet-onderneming ook geen ondernemingsactiviteit zijn. Parallel hieraan zou in ieder geval het *aankopen* van energie door de gemeente, ten behoeve van een activiteit die geen ondernemingsactiviteit is ook geen ondernemingsactiviteit. De vraag is of dan de *levering* van energie aan de gemeente dat dan ook niet is. De arresten lijken daar op te duiden.<sup>140</sup>

De tweede redenering luidt als volgt: de genoemde Fenin-jurisprudentie is in het onderhavige geval niet van toepassing. Door de productie en levering van energie handelen de Energiefabrieken als onderneming. Productie en levering van energie zijn immers economische activiteiten, gericht op aanbieden van goederen en diensten op de markt, namelijk de markt voor productie en levering van energie. Net als dat het voor de ‘gewone’ producenten en leveranciers van energie niet uitmaakt *aan wie* zij de energie leveren – zij zijn niet ineens géén ondernemingen omdat de afnemer geen onderneming is – blijven de waterschappen voor deze activiteiten onderneming. Deze redenering leunt meer op de achterliggende economische redenering in de Fenin-jurisprudentie, waar de vraag was of de kopers van de diensten de mededinging wel zouden kunnen beïnvloeden door hun koopgedrag.<sup>141</sup> Die economische redenering gaat hier niet op: centraal staat niet het koopgedrag van de gemeente (of andere niet economische entiteit die energie afneemt van de Energiefabriek), maar de leverantie door de waterschappen. Hun invloed als aanbieder/producent van energie is op dit moment wellicht klein (vanwege de beperkte capaciteit), maar in potentie groot.

#### **Ad ii) Levering aan het net**

Bij het binnen de Energiefabrieken opwekken van energie uit de verwerking van afvalwater en het vervolgens leveren van die elektriciteit aan het net is sprake van een ondernemingsactiviteit. In dat geval wordt immers een dienst geleverd op de markt, de markt voor de productie van elektriciteit. De parallel met de afvalverwerkers kan ook hier worden gemaakt: hoewel afvalverwerkende bedrijven voor een deel in handen kunnen zijn van decentrale overheden en voor een deel van hun taken – het verwerken van huishoudelijk

138 Zaak C-205/03 P, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jur. 2006 I-06295. Het Hof stelt dat het Gerecht “voor de bepaling van de aard van de activiteit de aankoop van het product niet los mag worden gezien van het latere gebruik ervan, en dat de al dan niet economische aard van het latere gebruik van het gekochte product noodzakelijkerwijs de aard van de aankoopactiviteit bepaalt.”

139 Zaak C-113/07, P, SELEX Sistemi Integrati SpA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen en Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol), Jur. 2009 I-02207.

140 In de “beoordeling of een activiteit al dan niet een economisch karakter heeft, [mag] de aankoop van het product niet los (...) worden gezien van het latere gebruik ervan en (...) de al dan niet economische aard van het latere gebruik van het product [bepaalt] noodzakelijkerwijs de aard van de aankoopactiviteit (...). Het Gerecht heeft daaruit in het onderhavige geval [Selex Sistemi] terecht de conclusie getrokken dat de niet-economische aard van de technische normalisatieactiviteit de niet-economische aard van de activiteit van verwerving van prototypen in het kader van deze normalisatie impliceert”, aldus het Hof in Selex Sistemi.

141 Zie Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN, Markus Krajewski en Martin Farley, E.L. Rev. 2007, 32(1), 111-124: “The main economic argument concerns the negligible effect on competition of the purchasing activities of entities providing healthcare services on a non-economic basis. As Advocate General Maduro pointed out, citing economic literature: “[T]he existence of a monopsony does not pose a serious threat to competition since it does not necessarily have any effect on the downstream market. Furthermore, an undertaking in a monopsonistic position has no interest in bringing such pressure to bear on its suppliers that they become obliged to leave the upstream market.” The economic logic behind such reasoning could have been on the minds of the judges of the Court of Justice when they decided that there was “no need” to dissociate the purchasing activity from the subsequent use of the purchased goods.”

afval – geen ondernemingen zijn, kunnen zij voor de activiteit van het opwekken van energie uit dat huishoudelijk afval wel degelijk als onderneming worden aangemerkt. Zo ook de waterschappen die voor afvalwaterzuivering geen onderneming zullen zijn, maar voor de productie van energie daaruit wel.

***Ad iii) Levering aan particuliere afnemers***

Zo kan ook geredeneerd worden bij het leveren van warmte voor opwarming van kantoren of levering aan afnemers/gebruikers. Ook daarvoor geldt dat sprake is van levering van een dienst op de markt. De markt zal iets anders zijn dan in het voorgaande voorbeeld, namelijk de markt voor de *productie* en *levering* van energie, maar dat maakt het ondernemingskarakter van deze activiteit niet anders.

***Ad iv) Zelf gebruiken van energie***

Het zelf gebruiken van de opwekte energie lijkt daarentegen geen ondernemingsactiviteit. Immers, het zelf opwekken van energie en het vervolgens ook zelf gebruiken van die energie is geen marktactiviteit: er is weliswaar sprake van een dienst, maar zij wordt niet geleverd aan de markt.

***Grondstoffen, fosfaat, bioplastics***

Bij het terugwinnen van grondstoffen uit afvalwater, zoals fosfaat, en het leveren daarvan aan derden is sprake van een economische activiteit, en derhalve van een ondernemingsactiviteit. Deze markt is immers een ‘gewone’ markt. Ook het produceren en leveren van bioplastics, al dan niet in samenwerking met (andere) private partijen, is een ondernemingsactiviteit.

***Overige activiteiten***

Ten slotte kunnen er activiteiten zijn, zoals de opslag en/of verwerking van verontreinigd slib in opdracht van derden, die als marktactiviteiten kunnen worden aangemerkt. Datzelfde kan gelden voor activiteiten in het kader van de ‘brede opvatting’, zoals het leveren van recreatiediensten. In de Handreiking Markt en Overheid worden als economische activiteiten nog genoemd: “het uitvoeren van (water)laboratoriumdiensten voor derden” en “het onderhouden voor particulieren van hun installaties voor de Individuele Behandeling van Afvalwater”<sup>142</sup>

**Samengevat**

<b>(waarschijnlijk) ondernemingsactiviteiten</b>	<b>(waarschijnlijk) geen ondernemingsactiviteiten</b>
Energieopwekking uit biogas voor levering energie aan het net of aan directe afnemers; productie van fosfaat, productie van bioplastics, opslagslib voor derden, aanbieden van recreatiediensten, waterlaboratoriumdiensten voor derden, onderhoud installaties voor particulieren	Waterzuivering van afvalwater geloosd via riool, dijkbewaking, energieopwekking voor eigen gebruik

Nog twee belangrijke opmerkingen:

Ten eerste: zoals uit het bovenstaande blijkt dient te worden gekeken naar de activiteit die het waterschap verricht. Per activiteit kan de beoordeling of sprake is van een ondernemingsactiviteit verschillend zijn. Deze worden 'gesplitst'. Dat is wat schizofreen omdat het waterschap dus tegelijkertijd zowel onderneming als niet-onderneming kan zijn. Dat dubbele karakter komt hierna, bijvoorbeeld bij de bespreking van de staatssteunregels terug.

Ten tweede: als er sprake is van van ondernemingshandelen is er op zichzelf nog *niets aan de hand*. De mededingingsregels zijn van toepassing. Maar er is geen verbod op het ontplooiën van ondernemingsactiviteiten en binnen de randvoorwaarden van de wettelijke bepalingen is veel mogelijk.

De belangrijkste regels van het mededingingsrecht zijn vervolgens het *kartelverbod* en het *verbod op het maken van misbruik van een machtspositie*. Hierop wordt nu ingegaan.<sup>143</sup>

<sup>143</sup> Een belangrijke derde norm is het concentratietoezicht, wat vereist dat ondernemingen die fusies of overnames aangaan, deze melden bij de NMa en daarvoor toestemming dienen te verkrijgen. Dit laten we buiten beschouwing.

### 5.2.1.2 HET KARTELVORBOD

#### a. *verbod*

Het kartelverbod is neergelegd in artikel 101 VWEU en – bijna gelijklopend – in artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en bepaalt dat verboden zijn: “alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst”. Artikel 6 Mw omvat dezelfde elementen, maar is beperkt tot de Nederlandse markt of een deel daarvan. Daarbij gelden specifieke interpretaties van de begrippen. Zo is het begrip “overeenkomst” veel ruimer dan alleen een ondertekend contract. Het Ketenakkoord Fosfaatkringloop kan bijvoorbeeld als overeenkomst worden beschouwd. Exclusieve samenwerkingsovereenkomsten voor het produceren van bioplastics zijn natuurlijk overeenkomsten, net als gezamenlijke inkoopovereenkomsten en leveringsovereenkomsten met energiemaatschappijen. Het begrip “onderling afgestemde feitelijke gedragingen” betekent dat bovendien ook als er geen sprake is van een overeenkomst, er nog steeds sprake kan zijn van verboden afstemming van gedrag. Het begrip “ondernemersvereniging” omvat zowel formele verenigingen als meer informele verbanden, en zou de Unie van Waterschappen kunnen omvatten (voor zover dat namelijk een bundeling van ondernemingsactiviteiten bevat). Een “besluit” van een ondernemersvereniging is elke handeling waarvan een zekere binding uitgaat. Een regeling, uitgaande van een Nederlandse vereniging zoals de Unie van Waterschappen of overkoepelende Europese vereniging over productie en teruglevering van energie aan het net zou onder deze reikwijdte vallen.

Het gaat bij het kartelverbod om afspraken die de *mededinging* beperken. Daarbij kan het gaan om afspraken tussen waterschappen-energieopwekkers – dus horizontale afspraken – maar ook om afspraken tussen de waterschappen-energieopwekkers en de afnemer – dus verticale afspraken. Soms betreffen afspraken een verticale component, maar omdat ze voor alle aangeslotenen gelden, zijn het toch horizontale afspraken. Horizontale afspraken, als ze de mededinging beperken, zijn ‘erger’ dan individuele verticale afspraken. Artikel 101 VWEU geeft een aantal voorbeelden van mededingingsbeperkende afspraken: zo zijn prijsafspraken (aankoopprijs of verkoopprijs) verboden, en ook quoteringsafspraken, of afspraken die “bestaan in het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen,” en marktverdelingafspraken. Deze afspraken worden ook wel ‘hard-core’ beperkingen genoemd. Zij zijn vrijwel altijd verboden.

Het is daarbij belangrijk om op te merken dat het kartelverbod dat prijsafspraken omvat niet alleen gaat over de ‘hele’ prijs van een product. Ook een opgelegde heffing, toeslag of bijdrage, die een (klein) deel van de prijs betreft, waarbij het de ondernemingen voor het overige vrij staat de prijs te bepalen, is een prijsafpraak en daarmee in beginsel verboden.

Weliswaar staat het huidige mededingingsrecht een ‘economische benadering’ van overeenkomsten voor waarbij een beoordeling van de afspraak in de economische en juridische context waarin zij vorm heeft gekregen voorop staat, maar prijsafspraken en productiebeperkingen vormen nog steeds de kern van het verbod. ‘Economisering’ betekent in



zekere zin een versoepeling van de beoordeling van afspraken: in plaats van dat de Commissie of de NMa – de toezichthouders – afgaan op een etiket van een afspraak, wordt gekeken naar het effect daarvan op de markt. Toch biedt deze economische benadering weinig kans als het gaat om het verkopen van het onderling afspreken van quota of (onderdelen) van de prijs: hard-core afspraken zullen ook met de economische benadering zelden zijn geoorloofd.

Wel geldt dat de afspraak de mededinging ‘merkbaar’ moet beperken. Dit betekent dat als de impact op de markt klein is – doordat de ondernemingen klein zijn: een klein marktaandeel hebben oftewel weinig ‘marktmacht’ – het verbod niet geldt. De Commissie heeft dit leerstuk uitgewerkt in een De Minimis bekendmaking. Daarin is opgenomen dat bij overeenkomsten waarbij partijen betrokken zijn met een (gezamenlijk) marktaandeel van minder dan 10% (bij horizontale overeenkomsten) en minder dan 15% (bij verticale overeenkomsten) de Europese mededingingsregels niet van toepassing zijn, mits er geen productie, marktverdeling, of prijsafspraken worden gemaakt. Het leerstuk wordt ook op nationaal niveau toegepast.<sup>144</sup>

### ***b. Kartelverbod en waterschappen***

Het kartelverbod is van toepassing op die activiteiten van het waterschap die als ondernemingsactiviteit kunnen worden aangemerkt (zie hierboven). Dat betekent dat bij het ontplooiën van deze activiteiten – die op zichzelf door het kartelverbod in het geheel niet verboden worden! – de randvoorwaarden van het kartelverbod in acht moeten worden genomen. Hierboven werden al opmerkingen gemaakt over het begrip ‘overeenkomst’ en ‘besluit van een ondernemersvereniging’: deze begrippen kunnen op de activiteiten van de waterschappen van toepassing zijn.

Ten aanzien van de vraag of de overeenkomsten/besluiten mededingingsrechtelijk gezien door de beugel kunnen geldt dat de verschillende casusposities waarvan wij op de hoogte zijn niet direct aanleiding zijn tot het doen klinken van alarmbellen. Enkele algemene opmerkingen kunnen wel worden gemaakt. Vooraf zij opgemerkt dat een individuele, diepgaandere, beoordeling van afspraken noodzakelijk zal zijn. Het mededingingsrecht biedt helaas in weinig gevallen direct een zwart/wit antwoord. In de concluderende paragraaf van dit hoofdstuk zal worden ingegaan hoe meer duidelijkheid is te verkrijgen.

### ***Prijsafspraken***

Het maken van prijsafspraken is uit den boze: de waterschappen mogen niet onderling afspreken welke prijs zij rekenen voor welke dienst. Ook een overleg of samenwerkingsorgaan, zoals de Unie van Waterschappen of STOWA dient dergelijke afspraken niet te faciliteren. Zo dient men zeer voorzichtig te zijn met rekenmodellen voor prijscomponenten van energieleveranties, zeker als deze een bindende werking zouden krijgen.

### ***Gezamenlijke inkoop***

Gezamenlijke inkoop van goederen of diensten hoeft niet problematisch te zijn. “Collectieve inkoopregelingen hebben doorgaans de totstandbrenging van kopersmacht ten doel, hetgeen kan leiden tot lagere prijzen of een betere kwaliteit van producten of diensten voor

<sup>144</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), (2001/C 368/07), Pb. EG 2001, C368/13.

de consument,” zo merkt ook de Commissie op.<sup>145</sup> Daarbij moet ten eerste worden opgemerkt dat inkoop van goederen of diensten die bestemd zijn voor niet-ondernemingsactiviteiten zelf geen ondernemingsactiviteit zijn en dus buiten het mededingingsrecht vallen (zie hierboven bij de bespreking van het ondernemingsbegrip). Ten tweede geldt, dat als samen wordt ingekocht t.b.v. ondernemingsactiviteiten (zoals productie van energie of winning van grondstoffen), er in algemene zin slechts een mededingingsprobleem is als de waterschappen een zekere marktmacht vertegenwoordigen (tenzij de collectieve inkoop een ‘dekmantel’ is voor een prijs of productiekartel, in welk geval er wel een mededingingsrechtelijk probleem is). De Commissie stelt de drempel op een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 15% zowel op de inkoopmarkt als op de afzetmarkt: in dat geval is de uitzondering van artikel 101 lid 3 VWEU in ieder geval van toepassing (zie ook hierna over de uitzonderingen).<sup>146</sup>

### ***Productieafspraken en informatie-uitwisseling***

Het maken van productieafspraken is uit den boze: waterschappen mogen niet afspreken hoeveel zij elk aan energie produceren of leveren. Zij mogen geen quota afspreken. Het feit dat uit beschikbare informatie kan worden afgeleid hoeveel ieder waterschap produceert is op zichzelf nog niet een productie-afpraak. Wel dient het uitwisselen van ‘gevoelige’ informatie steeds met gezond wantrouwen te worden bezien: informatie-uitwisseling kan een probleem zijn als daardoor ondernemingen – en waterschappen zijn ondernemingen voor een bepaald deel van hun activiteiten, zo bleek – hun ‘commerciële’ koers onderling kunnen afstemmen. De beoordeling van het uitwisselen van informatie is een van de lastigste vraagstukken van het mededingingsrecht: veel hangt af van de economische context en de aard van de informatie. Het uit algemeen beschikbare informatie kunnen afleiden van hetgeen een ieder produceert is nog niet direct een verboden informatie-uitwisseling. Anders wordt dit wanneer een overkoepelend orgaan niet-toegankelijke, concurrentiegevoelige, informatie zou verzamelen en doen toekomen aan de deelnemers.<sup>147</sup> Dit geldt overigens ook in het verband van het Ketenakkoord Fosfaatkringloop, waar zowel concurrenten als andere partijen bij elkaar komen.

### ***Marktverdeling***

Het maken van marktverdelingen mag niet: waterschappen mogen niet afspreken elk een ‘stukje’ van de markt te bedienen, bijvoorbeeld ten aanzien van geografische locatie of type afnemer.

### ***Onderzoek en ontwikkeling voor een nieuw product***

Met één partij afspreken een nieuw product of productieproces te ontwikkelen kan – soms – mededingingsrechtelijke bezwaren opleveren. Dit is relevant in het kader van de afspraken ten aanzien van de ontwikkeling van een productieproces voor bioplastics. Maar opnieuw: de beoordeling hangt erg af van de marktmacht van de partijen: hoe groter, hoe sneller de markt wordt afgeschermd. Daarbij is het echter lastig te bepalen wat de markt is: is dat de markt voor het bestaande product, dat wordt verbeterd, of de markt voor innovatie zelf? Voor onderzoek en ontwikkelingsovereenkomsten is een specifieke groepsvrijstelling opgesteld (zie ook hierna): deze geldt als de marktaandelen van partijen onder 25% blijven.<sup>148</sup> Dergelijke

145 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. EU 2011, C 11/1.

146 Idem, punt 194.

147 Zie bijv. C.E. Schillemans, Informatie-uitwisseling en het mededingingsrecht, Markt & Mededinging, nr. 5, 2010.

148 Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb EU 2000, L 304.

afspraken dienen echter steeds individueel bekeken te worden, en getoetst te worden aan de groepsvrijstelling en de algemene richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten, waarin eveneens informatie is opgenomen over de beoordeling van dergelijke overeenkomsten.<sup>149</sup>

### **Verticale afspraken**

In de verticale kolom mogen afspraken worden gemaakt: natuurlijk mag voor levering van energie een prijs worden afgesproken. Wat echter lastiger wordt, zijn 'exclusiviteitsbedingen'. Het afspreken slechts aan één partij te leveren kan de markt afschermen. Ook hier gaat het om 'marktmacht'. Blijven de afspraken binnen de grenzen van de groepsvrijstelling voor verticale afspraken (zie ook hierna), waarbij marktaandeeldrempels gelden van 30 %, voor zowel leverancier als afnemer, en worden geen prijsafspraken of leveringsafspraken gemaakt, dan zijn verticale afspraken toegestaan.<sup>150</sup>

### **De Minimis**

Hierboven werd aangegeven dat bij overeenkomsten tussen 'kleine' ondernemingen de De Minimis bekendmaking van toepassing kan zijn. Indien niet boven de marktaandeeldrempels van deze bekendmaking wordt uitgekomen, is het mededingingsrecht niet van toepassing, tenzij er prijs-, marktverdeling, of productiebeperkende afspraken worden gemaakt.

## **5.2.1.3 UITZONDERINGEN**

### **a. Mededingingsrechtelijke uitzonderingen**

Binnen het mededingingsrecht is een aantal uitzonderingen van kracht die gelden als uitzondering op de verbodsbepaling van artikel 101 lid 1 VWEU/artikel 6 lid 1 Mw. Bij een beroep op deze uitzonderingen is het uitgangspunt dat het mededingingsrecht wel van toepassing is, en het verbod in principe ook, maar dat er binnen het mededingingsrecht ruimte is voor afwijking van het kartelverbod van artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw.

#### *Artikel 101 lid 3 VWEU – Artikel 6 lid 3 Mw*

De eerste uitzondering die in aanmerking komt is het derde lid van artikel 101 VWEU/artikel 6 Mw. Dit bepaalt:

*“De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen, voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die*

*(1)<sup>151</sup> bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang,*

*(2) mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen*

*(3) a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,*

<sup>149</sup> Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, op. cit.

<sup>150</sup> Verordening (EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EU 2010, L 102/1.

<sup>151</sup> Cursieve nummers van de voorwaarden zijn toegevoegd.

*(4) b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.”*

Dit betekent dat als aan de vier genummerde voorwaarden is voldaan het verbod niet van toepassing is (en dus dat de afspraak toch wel is toegestaan). De Commissie heeft deze vier voorwaarden in een bekendmaking uitgewerkt.<sup>152</sup> Artikel 101 lid 3 VWEU/artikel 6 lid 3 Mw kunnen op twee manieren aan de orde zijn. Op de eerste plaats gelden voor groepen overeenkomsten zogenoemde *groepsvrijstellingen*. Dat zijn algemene verordeningen waarin voor groepen overeenkomsten, bijvoorbeeld verticale overeenkomsten of onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, een regeling is getroffen waarbij de afweging of aan de vier voorwaarden is voldaan reeds is gemaakt. Als de individuele overeenkomst aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling voldoet, is zij toegestaan. In de groepsvrijstellingen zijn vaak marktaandeeldrempels opgenomen en een lijst van beperkingen die per definitie verboden zijn. In de praktijk werkt het zo dat overeenkomsten al worden opgesteld naar model van de groepsvrijstelling. Een beoordeling of er eigenlijk wel een overeenkomst is die zou zijn verboden onder het eerste lid is dan eigenlijk niet meer aan de orde: de overeenkomst mag. Hierboven kwam dit systeem al aan de orde.

Op de tweede plaats kan een individuele overeenkomst, die niet aan de voorwaarden van een groepsvrijstelling voldoet toch geoorloofd zijn. Dan moet een individuele beoordeling volgen: een toets aan de vier voorwaarden van het derde lid. Dit is vaak aan de orde bij hybride overeenkomsten.

#### *Artikel 106 lid 2 VWEU – Artikel 11 & 25 Mw*

Een *andere* uitzondering die van belang is voor de waterschappen is de uitzondering voor ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang. Deze uitzondering is neergelegd in artikel 106, lid 2 VWEU, en in artikel 11 cq 25 Mw en geldt voor ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang. De randvoorwaarden voor inroepen zijn dat het moet gaan om:

- taken die door de overheid zijn opgelegd (de onderneming moet ‘belast’ zijn met een dergelijke taak); daarvoor is een actie nodig van die overheid, bijvoorbeeld een besluit, een wet, een regeling;
- een dienst van algemeen economisch belang; dit zijn activiteiten die door de overheid als zodanig worden aangemerkt, zoals nutsvoorzieningen, basistelefonie dienst, basis post dienst etc.
- het voldoen aan het proportionaliteitsvereiste: de mededingingsregels zijn slechts dan niet van toepassing, als de onderneming zijn dienst van algemeen economisch belang niet kan uitoefenen.

#### ***b. De uitzonderingen en de waterschappen***

Als geen sprake is van een overtreding van het kartelverbod komen de uitzonderingen niet aan de orde. Wat betreft de toepassing van artikel 6 lid 3 Mw/artikel 101 lid 3 VWEU dient te worden opgemerkt dat de randvoorwaarden ‘gewoon’ van toepassing zullen zijn. Dat betekent dat voor horizontale prijs of productieafspraken zelden een beroep kan worden gedaan op deze uitzondering, terwijl dat voor verticale afspraken veel makkelijker zal zijn. De toepassing van de groepsvrijstellingen kan ook aan de orde zijn. Hiervoor werden al genoemd de groepsvrijstelling voor onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten, die

<sup>152</sup> Zie Bekendmaking Commissie toepassing artikel 81 lid 3 EG, Pb. C 101 van 27-04-2004, p. 97-118.

van toepassing zou kunnen zijn op de ontwikkelingsovereenkomst voor bioplastics, de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten, die van toepassing kan zijn op verticale exclusiviteitsafspraken.

Een mogelijk toepassing van de uitzondering op 'individuele' basis - dus buiten de groepsvrijstellingen - is gelegen in duurzaamheidsbelang en energiebesparing. Dit is uiteindelijk (in ieder geval mede) de grondslag van het op de markt treden van de waterschappen. De verhouding tussen duurzaamheid en mededingingsrecht is niet gemakkelijk, omdat in de uitzondering bij het verbod de duurzaamheidsredenen niet altijd kunnen worden 'meegerekend'. Het mededingingsrecht wordt vooral van uit een perspectief van economisch consumentenbelang toegepast; hetgeen soms - hoewel niet altijd- tot conflict kan leiden met duurzaamheidsbelangen.

***Een aantal duurzaamheidsinitiatieven die de moeite waard zouden kunnen zijn om in overweging te nemen:*<sup>153</sup>**

*Stichting Batterijen:*<sup>154</sup> Producenten en importeurs van batterijen zijn wettelijk verantwoordelijk voor de terugname van gebruikte exemplaren, indien zij deze als eerste op de Nederlandse markt hebben gebracht. De Stichting Batterijen (Stibat) zorgt voor de collectieve inzameling en verwerking van gebruikte batterijen, zodat deelnemende klanten aan deze wettelijke verplichting voldoen. Bij Stibat zijn in 2010 bijna 800 deelnemers geregistreerd en zij financieren de regeling door de beheerbijdrage (voorheen verwijderingsbijdrage) die elke deelnemer voor door hem op Nederlandse markt gebrachte batterijen moet afdragen. De NMa heeft Stibat in december 1998 een *onthefing* (dat komt nu niet meer voor: is nu de uitzondering) verleend voor haar collectieve inzameling en verwerking van gebruikte batterijen, omdat het systeem bijdraagt aan de bescherming van het milieu en het collectieve karakter ervan economische voordelen oplevert. Geen ontheffing wordt verleend voor de verplichting aan de deelnemers om de heffing door te berekenen aan de volgende schakel in de bedrijfskolom. Het voorschrijven van een collectieve afwenteling van de kosten op de volgende schakel strookt namelijk niet met het uitgangspunt 'de vervuiler betaalt' (producentenverantwoordelijkheid). Aan zo een collectieve afwenteling van de kosten zijn volgens de NMa niet zulke voordelen verbonden dat die een beperking van de mededinging rechtvaardigen.

***Managementplan Marine Stewardship Council Garnalenvisserij:*<sup>155</sup>**

De Producentenorganisatie Nederlandse Vissersbond en de GPO Garnaal hebben de NMa verzocht om een *informele zienswijze* ten aanzien van het Managementplan Marine Stewardship Council Garnalenvisserij. Het Managementplan dient ter verduurzaming van de garnalenvangst en roept een duurzaamheidscertificaat voor de garnalenvisserij in het leven. Het Managementplan omvat verder afspraken over een maximum aantal deelnemers in het bezit van een garnalenvergunning die kunnen deelnemen aan het managementplan, een weekendverbod op vissen, visserijtijden en de capaciteit van de vaartuigen. De NMa zegt positief te staan tegenover de plannen om invulling te geven aan de verduurzaming van de garnalenvangst. De NMa wijst er wel op dat mocht het ministerie van EL&I op enig moment besluiten tot het afgeven van nieuwe vergunningen, deze vergunninghouders dan moeten kunnen deelnemen aan het Managementplan. De NMa gaat verder akkoord met alle afspraken, behalve de in het Managementplan opgenomen vangstbeperkende maatregelen die volgens het Managementplan tot doel hebben het bevorderen en in stand houden van de populatie Noordzeegarnalen (visserijtijden). De NMa zegt dat de noodzaak voor dergelijke afspraken ontbreekt, omdat onderzoek laat zien dat de garnalenvangst niet in gevaar is. Vangstbeperking zou leiden tot een beperking van het aanbod en daardoor zullen bij een gelijkblijvende vraag een prijsopdrijvend en mededingingsbeperkend effect hebben.

153 Het overzicht bestaat uit informatie afkomstig uit openbare bronnen. Een vergelijkbaar overzicht werd verspreid tijdens de 11e Markt en Mededinging-conferentie, 2012, Den Haag.

154 Zie: < [www.nma.nl/documenten\\_en\\_publicaties/archiefpagina\\_nieuwsberichten/nieuwsberichten/archief/1998/98\\_41.aspx](http://www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/archief/1998/98_41.aspx) > en < [www.stibat.nl](http://www.stibat.nl) >.

155 Informele zienswijze Managementplan MSC Garnalenvisserij, zie: < [www.nma.nl/images/Informele\\_zienswijze\\_Managementplan\\_MSC\\_Garnalenvisserij\\_def22-156283.pdf](http://www.nma.nl/images/Informele_zienswijze_Managementplan_MSC_Garnalenvisserij_def22-156283.pdf) >.

**Melkdubbeltje AH, Laurus, Schuitema, Dirk van den Broek en Nettorama:<sup>156</sup>**

De Mond-en-klauwzeer ziekte in 2001 heeft een groot aantal veehouders in Nederland getroffen. De inkoopprijs van melk is hiermee met 10 gulden cent gestegen. De supermarkten AH, Laurus, Schuitema, Dirk van den Broek en Nettorama wilden vervolgens gecoördineerd de melkprijs voor consumenten ook met 10 gulden cent laten stijgen. Naar aanleiding van externe signalen, waaronder een klacht van de Consumentenbond dreigde de NMa de supermarkten met het opleggen van een last onder dwangsom, waarna de supermarkten het zogenaamde melkdubbeltje hebben ingetrokken. De NMa stelt dat zij niet tegen enige vorm van steun is aan de getroffen veehouders, dus ook het doorberekenen in de eindprijs van een hogere inkoopprijs is toegestaan. Dit mag alleen niet gebeuren op een manier die in strijd is met de Mededingingswet, zoals in dit geval waarin concurrenten hierover overleggen en afspraken maken.

**Verdoofd castreren biggen:<sup>157</sup>**

Het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel (CBL), de Centrale Organisatie voor de Vleessector, de Land- en Tuinbouworganisatie Nederland en de Nederlandse Vakbond Varkenshouders hebben de NMa verzocht om een *informele zienswijze* over de 'Verklaring van Noordwijk'. Deze is in het najaar van 2007 tot stand gekomen ter bevordering van het welzijn van varkens en bevat afspraken over het verdoofd castreren van varkens. Doelstelling is om uiterlijk in 2015 het castreren van biggen geheel te beëindigen. Als tussenoplossing hebben partijen gekozen om tot dat moment voor de gehele keten een regeling in het leven te roepen die er op termijn toe zal leiden dat supermarkten (aangesloten bij het CBL) geen vers varkensvlees kunnen verkopen dat afkomstig is van niet-verdoofd gecastreerde varkens. Verder zijn er afspraken die voorzien in de oprichting van een tijdelijk fonds beheerd door de slachterijen, waaruit de deelnemende varkenshouders eenmalig (en gedurende de opstartperiode) een (gedeeltelijke) compensatie kunnen ontvangen voor de aanschaf van verdovingsapparatuur. Het fonds komt aan inkomsten doordat de supermarkten gedurende de opstartperiode per kg varkensvlees een opslag van rond de EUR 0,03 zullen betalen. Hiermee zal naar verwachting een bedrag van ongeveer EUR 4 miljoen kunnen worden uitgekeerd. Van belang is nog dat via CBL-supermarkten 53% van de totale verkoop van vers varkensvlees in Nederland verloopt. De NMa concludeert dat er op voorhand niet kan worden geoordeeld dat deze afspraken de mededinging beperken of concreet mededingingsbeperkende effecten tot gevolg hebben. Dit concludeert zij gelet op de specifieke omstandigheden van het fonds dat is opgericht voor (gedeeltelijke) compensatie van de aanschafkosten voor de verdovingsapparatuur, namelijk de beperkte duur en de zeer geringe hoogte van de opslag voor supermarkten. Dit geldt in ieder geval zolang de slachterijen de keuzevrijheid behouden om zowel van verdoofd als niet-verdoofd castrerende varkens het vlees te verkopen via andere verkoopkanalen dan die van CBL supermarkten. In het bijzonder acht de NMa het van belang dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat over de eventuele doorberekening van de opslag horizontale of verticale afstemming zal plaatsvinden tussen partijen.

156 Zie: < [www.nma.nl/documenten\\_en\\_publicaties/archiefpagina\\_nieuwsberichten/nieuwsberichten/archief/2001/01\\_11.aspx](http://www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/archief/2001/01_11.aspx) >.

157 Informele zienswijze: verdoofd castreren van varkens, zie: < [www.nma.nl/images/Informele\\_zienswijze\\_645522-156261.pdf](http://www.nma.nl/images/Informele_zienswijze_645522-156261.pdf) >.

**Verbond van Den Bosch:**<sup>158</sup>

Het Verbond van Den Bosch is een samenwerkingsverband tussen alle grote Nederlandse supermarktketens, veehouders, brancheverenigingen, overheden en ngo's. Het doel van het Verbond van Den Bosch is dat er in 2020 alleen nog maar duurzaam vlees wordt verkocht in Nederland. Dit wil zij bereiken door middel van niet-vrijblijvende afspraken, welke door de hele Nederlandse productie- en distributieketen gedragen worden en waarbij zogenaamde 'free riders' worden uitgebannen. Afspraken in de keten worden vastgelegd in ketenkwaliteitssystemen, welke de overheid borgt. De afspraken luiden onder andere dat voor 2020 onnodig antibiotica gebruik is tegengegaan, de helft van het eiwitrijke diervoer uit Europa wordt gehaald, het importeren van diervoer gegarandeerd duurzaam dient te zijn en dat er op 1 januari 2013 uitsluitend nog antibioticagezond vlees in de schappen ligt. Het mededingingsrechtelijke lot van deze afspraken is nog niet zeker. De kans dat ondernemingen die niet-duurzaam vlees produceren worden uitgesloten en consumenten hierdoor minder keus hebben in soorten vlees, leidt waarschijnlijk tot mededingingsbeperkende effecten. Of zij gerechtvaardigd kunnen worden, vanwege efficiency overwegingen of duurzaamheid, is onduidelijk.

Andere duurzaamheidsinitiatieven zijn niet mededingingsrechtelijk getoetst. Zie bijvoorbeeld het Convenant Marktontwikkeling Biologische Landbouw;<sup>159</sup> Stichting Fair Produce Nederland;<sup>160</sup> StreekSelecties;<sup>161</sup> Stichting Versfust;<sup>162</sup> Initiatief Duurzame Handel en Actieplan Duurzame Handel;<sup>163</sup> Platform Verduurzaming Voedsel;<sup>164</sup> en Vinkje.<sup>165</sup>

Als het gaat om de andere uitzondering (artikelen 106 lid 2 VWEU en 11 & 25 Mw) geldt het volgende. De relatie tussen diensten van algemeen economisch belang en de mededingingsrechtelijke verboden is complex. Ook hier geldt echter allereerst dat als er geen overtreding is van het kartelverbod, de uitzondering ook niet relevant is. Dat is wat tegen-intuïtief, omdat een betoog dat het waterschap belast is met een dienst van algemeen economisch belang natuurlijk logisch lijkt.

Om nog even terug te grijpen op hetgeen in paragraaf 5.2.1.1. werd opgemerkt over het ondernemingsbegrip: het is van belang dat er ook nog een verschil is tussen een dienst van algemeen belang – waarmee waterschappen voor een deel van hun activiteiten zeker zijn belast: dit zijn de niet-ondernemingsactiviteiten die hiervoor werden uitgewerkt – en een dienst van algemeen *economisch* belang. Waar de eerste diensten in het geheel buiten het mededingingsrecht kunnen vallen, zal dat voor het tweede niet het geval zijn. Dat zijn *economische* activiteiten, en daarmee in principe, is het mededingingsrecht van toepassing. Als het mededingingsrecht van toepassing is en er is sprake van overeenkomsten die worden geraakt door het kartelverbod, dán komt de uitzondering voor taken van algemeen economisch belang pas aan de orde.

Voor het opwekken van energie is het de vraag of dit een dienst is van algemeen economisch belang. Specifieker zou de vraag moeten zijn of het opwekken van duurzame energie uit afvalwater via de Energiefabriek/Grondstoffenfabrieken een taak van algemeen economisch

158 Commissie- van Doorn, Al het vlees duurzaam - De doorbraak naar een gezonde, veilige en gewaardeerde veehouderij in 2020, zie: < [www.brabant.nl/~media/A03E3DB9102E49C595D563B2E2CB6ACD.pdf](http://www.brabant.nl/~media/A03E3DB9102E49C595D563B2E2CB6ACD.pdf) >.

159 Zie: < [www.biologischconvenant.nl/](http://www.biologischconvenant.nl/) >.

160 Zie: < [www.fairproduce.nl/](http://www.fairproduce.nl/) >.

161 Zie: < [www.streekselecties.nl/](http://www.streekselecties.nl/) >.

162 Zie: < [www.cblfust.nl/](http://www.cblfust.nl/) >.

163 Zie: < [www.idhsustainabletrade.com/nederlands](http://www.idhsustainabletrade.com/nederlands) >.

164 Zie: < [www.verduurzamingvoedsel.nl/](http://www.verduurzamingvoedsel.nl/) >.

165 Zie: < [www.ikkiesbewust.nl/](http://www.ikkiesbewust.nl/) >.



belang is. Over het algemeen hebben lidstaten een vrij ruime bevoegdheid in het definiëren van dergelijke taken: het helpt wel als die taak ook expliciet als dergelijke taak wordt aangemerkt. Dat zou bijvoorbeeld kunnen worden geëxpliciteerd bij een uitbreiding van de taakopdracht voor de waterschappen.

Daarbij komt nog, dat de waterschappen, om op deze uitzondering een beroep te doen, moeten zijn *belast* met deze taak. Dat kan afgeleid worden uit het wettelijke kader, maar soms ook uit een andere constellatie van regelgeving. De waterschappen zijn belast met allerlei taken, maar zoals in voorgaande hoofdstukken is betoogd zijn zij in staatsrechtelijke zin vooralsnog niet belast met de taak energie op te wekken. Dat kan veranderen als de beperkt functionele taak van de waterschappen zou worden uitgebreid: in ieder geval zou dan sprake zijn van '*belast zijn met*'.

Het is *nu* de vraag of het Klimaatakkoord Unie – Rijk voor de toepassing van het mededingingsrecht wel als een dergelijk '*belast worden met*' de taak tot energieopwekking over te gaan zou kunnen worden aangemerkt. Daarin wordt immers expliciet aandacht besteed aan het thema Duurzame energiewinning, waarbij aan de waterschappen de taak wordt gegeven de mogelijkheden hiertoe te onderzoeken. In de jurisprudentie van het Hof is wel eerder uit een complex van regulering afgeleid dat er sprake was van het belast zijn met een taak van algemeen economisch belang, zonder dat er een expliciete grondslag was te vinden in het wettelijk kader. Desalniettemin heeft een dergelijk betoog natuurlijk grotere kans van slagen naarmate de opdracht explicieter is verleend.

Vervolgens is het de vraag welke mededingingsbeperking rechtvaardiging verdient omdat de waterschappen zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang: voor de taak die dient te worden uitgevoerd moet de beperking van de mededinging nodig te zijn. Met andere woorden: de mededingingsbeperking dient proportioneel te zijn en niet verder te gaan dan noodzakelijk is voor het uitoefenen van de opgedragen dienst van algemeen economisch belang.

#### 5.2.1.4 MISBRUIK MACHTSPOSITIE (ARTT. 102 VWEU & 24 MW)

##### *a. Misbruikverbod en uitzondering*

Het verbod op het maken van misbruik van een machtspositie is neergelegd in artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw. Het misbruikverbod betekent dat een dominante onderneming van die positie geen misbruik mag maken. Om vast te stellen of sprake is van een machtspositie, dient de markt te worden afgebakend. Voor de toepassing van dit misbruikverbod is een dergelijke exercitie eigenlijk altijd noodzakelijk. Dat betekent dat moet worden vastgesteld met welke producten of diensten wordt geconcurrereerd en in welk geografisch gebied die concurrentie zich voordoet. Als het aandeel van de onderneming (of groep ondernemingen) op die markt groter is dan 40 % dan kan er van worden uitgegaan dat er sprake is van een machtspositie. Hoe groter het marktaandeel hoe eerder dat wordt aangenomen en hoe minder belangrijk andere factoren dan marktaandeel worden. Ook aan de vraagzijde kan sprake zijn van een machtspositie: de onderneming mag geen misbruik maken van deze vraagmacht.

Misbruik komt voor in twee gedaanten:

- **Uitbuitingsmisbruik:** de machtspositie wordt uitgebuit, en dat is ook mogelijk omdat er geen of weinig concurrentie is, bijvoorbeeld door hoge prijzen;
- **Uitsluitingsmisbruik:** de machtspositie wordt gebruikt om te voorkomen dat anderen de markt betreden, of anderen worden van die markt weg geconcurrerd., bijvoorbeeld door zeer lage prijzen te rekenen.

Een specifieke vorm van misbruik die van belang kan zijn voor waterschappen is de mogelijkheid van kruissubsidiëring. Dan wordt een marktactiviteit (mede) gefinancierd uit middelen die niet door die activiteit worden opgebracht. Kruissubsidiëring kan subtiel, in die zin dat bijvoorbeeld het personeel voor beide activiteiten wordt ingezet, waardoor personeelskosten per activiteit dalen. Dergelijke kruissubsidie is over het algemeen niet geoorloofd (ook buiten een machtspositie is dat overigens een probleem, zie hierna bij markt & overheid), behoudens uitzonderingen.

Ook voor het misbruikverbod geldt een uitzondering voor diensten van algemeen economisch belang.

#### ***b. Misbruikverbod en waterschappen***

Het is de vraag of de waterschappen bij het produceren en leveren van energie een machtspositie innemen. Dat lijkt ons niet waarschijnlijk, gezien de voorlopig relatief kleine hoeveelheden stroom die worden opgewekt: het zijn met name de grote elektriciteitsproducenten die eerder een machtspositie zullen innemen dan de waterschappen. Ook op de markt voor levering van grondstoffen, zoals fosfaat of het produceren van bioplastics, is het de vraag of sprake is van een machtspositie.

Zelfs als de (gezamenlijke of individuele) waterschappen wel een machtspositie zouden innemen, dan nog dient te worden bedacht dat een machtspositie niet verboden is. Van die positie mag echter geen misbruik worden gemaakt. Van de voorbeelden die hierboven werden genoemd, is met name het voorbeeld van kruissubsidie van belang. Omdat er ook in de Wet markt & overheid een verbod op kruissubsidie is opgenomen, en deze laatste ook van toepassing is als er géén machtspositie wordt ingenomen, gaan we op die plaats nader op kruissubsidie in.

### **5.2.2 RELATIE OVERHEID EN MEDEDINGING**

In dit deel worden de Europese regels besproken die de relatie tussen de overheid en markt betreffen. Let wel: we gaan nu over tot bespreking van de hiervoor als schizofrene situatie aangemerkte situatie dat het waterschap zowel ondernemingsactiviteiten (energielevering, productie van grondstoffen) kunnen verrichten – en dan bijvoorbeeld ontvanger van steun kunnen zijn – en overheid – en dan bijvoorbeeld steunverlener kunnen zijn. Zoveel mogelijk proberen we aan te geven welke rol het waterschap in kan nemen.

De hier te bespreken regels zijn Europeesrechtelijk van aard en worden met name gehandhaafd door de Europese Commissie. Zij kunnen ook aan de orde zijn in nationale civiele procedures; hoewel de inhoudelijke beoordeling van de staatssteunregels een exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie betreft. Als sprake is van steun, dan

moet deze door de steunverlener (de overheid) in beginsel worden gemeld bij de Commissie (er zijn enkele uitzonderingen op de aanmeldingsplicht). De Commissie onderzoekt dan of de steun is toegestaan.

### 5.2.2.1 DE EU-REGELS BETREFFENDE STAATSSTEUN

Voor de toepassing van de staatssteunbepalingen uit het EU-verdrag is essentieel dat overheden “geen financiële transacties aangaan met instellingen die goederen en diensten aanbieden op de markt”.<sup>166</sup>

#### a. *Staatssteun in het algemeen*

De bepalingen betreffende staatssteun staan in de artikelen 107 t/m 109 VWEU. De kernbepaling is artikel 107 VWEU. Artikel 107 lid 1 VWEU luidt als volgt:

“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm dan ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties vervalsen, of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

De vijf voorwaarden die cumulatief vervuld moeten zijn, zijn dus:

- De steun wordt door de staat of met staatsmiddelen bekostigd;
- ten gunste van bepaalde ondernemingen of producties;
- de steun verschaft aan deze ondernemingen niet-marktconform voordeel;
- de steun vervalst of dreigt de mededinging te vervalsen;
- er is sprake van een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer.

De verbodsbepaling is zeer ruim. Immers allerlei niet-marktconforme financiële regelingen kunnen onder artikel 107 lid 1 VWEU vallen, zoals subsidies, renteloze leningen, verkoop van grond tegen een lagere prijs dan de marktprijs etc. Voor het begrip onderneming verwijzen we naar paragraaf 5.2.2.1.

Steunbedragen die beneden een bepaalde drempelwaarde blijven worden echter niet geacht de mededinging te vervalsen. Het gaat dan om zogenaamde ‘de minimis-steun’, waarvoor een vrijstellingsverordening van toepassing is.<sup>167</sup>

Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak ook bepaald dat steun aan ondernemingen die belast zijn met een taak van algemeen economisch belang (daaronder wordt hetzelfde verstaan als hiervoor aan de orde in paragraaf 5.2.2.2) niet beschouwd moet worden als staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU, indien voldaan is aan de volgende vier voorwaarden:

<sup>166</sup> M. Aalbers en B. Hessel, Beleidskansen bij de regels van staatssteun, p. 169 PM

<sup>167</sup> Verordening 1998/2006/EG betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun, Pb. 2006, L 379/5.

- De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen, en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn;
- De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld;
- De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om in de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen te voorzien. Bij de beoordeling van de kosten dient rekening te worden gehouden met de opbrengsten en met de redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;
- Wanneer de keuze niet is gemaakt in het kader van een openbare aanbesteding, dan moet het bedrag van de compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde onderneming zou hebben gemaakt.<sup>168</sup>

Mocht er niettemin sprake zijn van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1, dan bevatten de leden 2 en 3 van artikel 107 VWEU een aantal uitzonderingen. Voor de waterschappen zijn met name de uitzonderingen van artikel 107 lid 3 VWEU van belang.<sup>169</sup> De Europese Commissie heeft een aantal kaderregelingen en richtsnoeren vastgesteld waarin de uitzonderingsmogelijkheden van deze bepaling nader zijn uitgewerkt. Vooral interessant in dit verband zijn de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGV),<sup>170</sup> de richtsnoeren milieusteun<sup>171</sup> en de kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie.<sup>172</sup>

Verder is, naast de hierboven genoemde rechtspraak over steunverlening aan ondernemingen belast met taken van algemeen economisch belang (de Altmark jurisprudentie), de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU mogelijk van belang indien, bijvoorbeeld, de laatste voorwaarde niet is vervuld.

#### ***b. Waterschap als steunverlener en ontvanger van steun***

Aangezien de waterschappen in de eerste plaats als overheidsorganen moeten worden beschouwd, zijn de staatssteunregels van toepassing op financiële transacties die door de waterschappen worden gedaan in hun relatie tot ondernemingen. De waterschappen hebben dan hun 'overheidshoed' op en zijn dan zelf mogelijk steunverlener. Een voorbeeld van waterschappen die werden aangemerkt als steunverlener is te vinden in het besluit van de Europese Commissie van 2002 om de Nederlandse regeling voor vrijstelling van verontreinigingsheffing goed te keuren. Het ging hier om de zogenaamde 'afhaakregeling', waarbij waterschappen grote lozers een korting konden geven om te voorkomen dat deze bedrijven zelf hun afvalwater zouden zuiveren.<sup>173</sup> Hierbij was sprake van staatssteun *door* de waterschappen. Toch, ook al beschouwde de Commissie deze regeling als staatssteun,

168 Zaak C-280/00, Altmark Trans, r.o.89 t/m 93.

169 Artikel 107 lid 3:

Als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd:

- steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst en van de in artikel 349 bedoelde regio's, rekening houdend met hun structurele, economische en sociale situatie;
- steunmaatregelen om de verzevenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen;
- steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
- steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;

e. andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad, op voorstel van de Commissie.

170 Verordening 800/2008/EG, Pb. 2008, L 214/3.

171 Communautaire richtsnoeren inzake staatssteun voor milieubescherming, Pb. 2008, C 82/1.

172 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie, Pb. 2006, C 323/1.

173 N 157/2002, 17 juli 2002.

kon de regeling worden gerechtvaardigd op grond van de communautaire kaderregeling milieusteun uit 2001.

In het kader van de activiteiten van de Energiefabriek/Grondstoffenfabriek kan sprake zijn van het *ontvangen* van staatssteun. Immers, de activiteiten binnen de Energiefabriek/Grondstoffenfabriek zijn als ondernemingsactiviteiten aan te merken (zie hiervoor). Als de waterschappen – die dan de hoed op hebben van onderneming – steun ontvangen voor deze activiteiten, bijvoorbeeld van de centrale overheid, kan er sprake zijn van staatssteun. Daarvan is sprake als de productie of levering van energie (mede) wordt gefinancierd door de staat of door staatsmiddelen. Overigens maakt het voor de toepassing van de staatssteunregels niet uit of de staat de staatssteun rechtstreeks aan een onderneming heeft of door tussenkomst van een afzonderlijke rechtspersoon. Indien bijvoorbeeld staatsmiddelen aangewend worden om opgewekt biogas te leveren voor een niet-marktconforme prijs aan een andere onderneming, dan zal ook sprake kunnen zijn van verboden staatssteun.

We kunnen dan de volgende situaties onderscheiden:

- De waterschappen leveren energie aan het netwerk, waarmee zij concurreren met andere producenten van duurzame energie (op de markt voor productie van energie);
- De waterschappen leveren energie rechtstreeks aan particulieren, waarmee zij in concurrentie treden met energiemaatschappijen (op de markt voor levering van energie).

In beide gevallen geldt dat als de Energiefabriek/Grondstoffenfabrieken van de waterschappen steun ontvangen, waardoor zij goedkoper kunnen leveren, of onder gunstiger voorwaarden kunnen concurreren, zij als steunontvanger kunnen worden aangemerkt. In het Klimaatakkoord Unie-Rijk wordt ook expliciet genoemd dat het Rijk subsidies beschikbaar zal stellen, waaronder voor de productie van duurzame elektriciteit door rwzi's. In het kader van de subsidies in het kader van de Innovatieagenda Energie wordt zelfs duidelijk gemaakt dat de waterschappen voor deze subsidies in aanmerking komen op gelijke voet met het bedrijfsleven.

#### *Het ondernemingsbegrip is cruciaal*

Hiervoor, bij de bespreking van het ondernemingsbegrip, kwam aan de orde onder welke omstandigheden de waterschappen die energie leveren aan een (ander) overheidsorgaan een economische activiteit verrichten. In dat geval treden zij in concurrentie met energiemaatschappijen. Ook hier zijn er verschillende situaties denkbaar (zie paragraaf 5.2.1.1). Ten eerste kan het waterschap in dit geval, vanwege de steun die zij heeft ontvangen van het rijk, wellicht goedkoper energie leveren dan overige energiebedrijven. De staatssteun die het waterschap *ontvangt* wordt in feite doorgegeven aan een volgende overheidsorgaan. Als dat overheidsorgaan géén onderneming is, bijvoorbeeld omdat de energie wordt gebruikt voor de huisvuilophaaldienst, kan het zijn dat het waterschap ook niet als onderneming wordt aangemerkt. In dat geval is er geen sprake van steun aan een onderneming omdat het waterschap immers geen onderneming is.

Maar als de redenering is dat het waterschap wel als onderneming optreedt, ook als wordt geleverd aan de gemeente-die-geen-onderneming is, dan is de situatie gelijk als bij levering aan een willekeurig andere onderneming.

Er is nog een derde situatie, namelijk dat het waterschap géén onderneming is – maar zelf als overheid wordt aangemerkt en goedkoper levert aan een ander overheidsorgaan. Als dat overheidsorgaan zelf wel een onderneming is, dan *verleent* het waterschap aan

die onderneming zelf wellicht steun: in dit geval zou mogelijk sprake kunnen zijn van staatssteun, indien de geleverde energie tegen een niet-marktconforme prijs wordt gebruikt voor economische activiteiten van het overheidsorgaan.

Kortom: de kosten voor productie en/of levering van waterschapsenergie mogen dus niet, of niet deels gecompenseerd worden uit staatsmiddelen, zoals uit de opbrengst van de zuiveringsheffing. In dat geval ontvangen de waterschappen immers steun. Indien daarvan sprake is, dan zijn de uitzonderingen van (cruciaal) belang.

In ieder geval kan voor wat betreft de toepasselijkheid van de staatssteunregels uit het EU-verdrag alvast het volgende worden opgemerkt:

- Bij de toepassing van de 'de minimis-verordening' geldt een maximumbedrag van 200.000 euro voor een individuele onderneming voor een periode van drie belastingjaren;
- Bij de AGV is een aantal uitzonderingscategorieën interessant, zoals milieusteun ter stimulering van energie uit hernieuwbare energiebronnen en steun ten behoeve van energiebesparende maatregelen.
- Verder zou de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU mogelijk een rol kunnen spelen indien de valorisatie van afvalwater als taak van algemeen economisch belang kan worden beschouwd. Dit betekent dat er weliswaar sprake kan zijn van een economische activiteit, maar dat deze activiteit – de levering van energie uit afvalwater - niet zomaar door marktpartijen kan worden uitgevoerd (zie ook paragraaf 5.2.1).

#### *Hoogheemraadschap Delfland*

Het Hoogheemraadschap Delfland is een samenwerking met onderzoeksinstituten en private partijen aangegaan voor een onderzoek naar het verwaarden, of zo men wil het verduurzamen, van effluent. Een van de onderzoeksrichtingen is de productie van gietwater uit effluent en gietwaterlevering ten behoeve van tuinders in het Westland. Bij resulteren van een positieve business case zullen onder meer afspraken moeten volgen over het doen van meerjarige investeringen in een distributienetwerk. En over de rol die de diverse partijen zullen nemen ten aanzien van het waarborgen van de kwaliteit en kwantiteit van het leveren van het eindproduct aan de tuinders.

Het doen van substantiële investeringen in een distributienetwerk is vooreerst een keuze waarover de gemeente, afnemers en commerciële leveranciers zich moeten buigen. Voor de gemeente zullen daarbij aspecten van algemeen belang, zoals de binnen haar grondgebied gewenste bedrijfseconomische ontwikkeling, een rol spelen. Drinkwaterbedrijven zouden de productie en levering van extra gezuiverd water als nieuwe business kunnen aanmerken. Zij vormen zich een oordeel over de terugverdienmogelijkheden indien zij de aanleg van de benodigde infrastructuur voor hun rekening nemen. En de afnemers bepalen via hun afnamegedrag tegen welke prijs zij bereid zijn om af te nemen.

De huidige deelname van Delfland is nog vooral gericht op het verkrijgen van kennis en inzicht inzake de bruikbaarheid van extra gezuiverd effluent voor de gewasteelt. Bij positieve bevinding en bij het tot operationele toepassing brengen kan een opvolgende rol worden dat het waterschap het effluent in de vorm van grondstof beschikbaar stelt aan een commerciële partij. Deze commerciële partij (marktpartij), bijvoorbeeld een drinkwaterbedrijf, neemt dan de extra zuiveringsstap en eventueel ook alle vervolgerantwoordelijkheden, eindigend in het leveren van het eindproduct aan de eindgebruiker, voor zijn rekening.

De rol van het waterschap zou kunnen worden uitgebreid in de zin dat hij de extra zuivering van het effluent verricht en aldus het eindproduct voortbrengt. In dat geval zal het waterschap daar een ten minste kostendekkende prijs voor mogen en moeten vragen. Mocht het waterschap willen overwegen om daarenboven ook nog aan de investeringen in de distributieinfrastructuur bij te dragen, dan profiteert de markt daarvan. Er hoeft dan geen sprake te zijn van staatssteun indien het waterschap dit doet op gelijke voorwaarden en in gelijktijdigheid voor potentieel gegadigde marktpartijen die belangstellend zijn om de aanleg op te dragen of zelf te verrichten.

Van belang is dat het waterschap vanaf aanvang van de fase van commerciële toepassing op transparante en non-discriminatoire wijze deelneemt aan het project. Indien het waterschap daarbij geldelijke of op geld waardeerbare bijdragen verleent die niet voldoen aan het vereiste van marktconformiteit, dan is er van staatssteun wel sprake, die moet worden aangemeld bij de Europese Commissie.

### 5.2.2.2 EU-RECHT: EXCLUSIEVE EN BIJZONDERE RECHTEN

Omdat het hier gaat om een Europeesrechtelijke norm, is zij alleen van toepassing als er sprake is van een situatie met interstatelijk effect. Dat is niet het geval, indien er sprake is van zeer lokale omstandigheden. Anderzijds, als het gaat om een dienst als het produceren en leveren van energie, dan kan er wel degelijk snel sprake zijn van een interstatelijk effect, aangezien de energielevering vervolgens zich kan uitstrekken tot over de landsgrenzen.

#### a. Exclusieve en bijzondere rechten

In het VWEU is een bepaling opgenomen die de verlening van exclusieve of bijzondere rechten aan ondernemingen betreft (artikel 106, lid 1 VWEU).<sup>174</sup> Het gaat in deze bepaling om het verlenen van een recht om als *enige* een dienst aan te of een *beperkte groep* die een dienst mogen aanbieden.<sup>175</sup> De bepaling is gericht tot de *overheid*. Waterschappen maken van die overheid deel uit. Hier dient dus de nogal ingewikkelde structuur van het mededingingsrecht goed voor ogen te worden gehouden: het is de *overheid* die een exclusief recht verleent, het is een *onderneming* die het exclusieve recht verkrijgt. Waterschappen kunnen ook onderneming zijn, zoals we hiervoor hebben gezien.

De verlening van exclusieve of bijzondere rechten door de overheid is op zichzelf niet verboden. Artikel 106 VWEU stelt dat de overheid met betrekking tot ondernemingen aan wie zij een dergelijk recht verlenen 'geen enkele maatregel neemt in strijd met de regels van het Verdrag'. Het gaat dan vooral om de vraag of de onderneming-met-exclusief recht door de verlening van dat recht in een positie wordt gebracht waarin de onderneming misbruik zal of kan maken van een machtspositie. Er is een ontwikkeling in de jurisprudentie, die hier van belang is, met name omdat ook het verband tussen het toestaan van verlening van deze rechten en de uitzondering voor ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang (dat kunnen ook de waterschappen zijn, zoals hiervoor duidelijk werd) sterk naar voren komt.<sup>176</sup>

<sup>174</sup> Artikel 106 lid 1 VWEU.

<sup>175</sup> Zie voor een definitie van deze beide begrippen de Transparantierichtlijn, Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, PbEU 2006, L 318, artikel 2(1)(f). Kort gezegd gaat het bij een exclusief recht om één onderneming die een bepaalde dienst mag aanbieden of een bepaald product mag procedure. Bij bijzondere rechten gaat het om een beperkt aantal ondernemingen.

<sup>176</sup> Zie voor een uitgebreidere beschrijving: Gerbrandy & Hessel, Mededingingsrecht voor Decentrale Overheden, Kluwer: Deventer 2004, p. 234 e.v.

In beginsel is het verlenen van een exclusief of bijzonder recht toegestaan. Alleen als daardoor – dus een gevolg-relatie - misbruik van machtspositie kan ontstaan of wanneer misbruik het logische gevolg is van de verlening van het exclusieve of bijzondere recht, dan wordt het de overheid aangerekend dat zij onder die omstandigheden een exclusief recht verleende.<sup>177</sup> Ook hierop is echter weer een uitzondering mogelijk, namelijk als het exclusieve recht nodig is voor de uitoefening van een dienst van algemeen economisch belang. Deze uitzondering – neergelegd in artikel 106 lid 2 VWEU – was hierboven al even aan de orde.<sup>178</sup>

#### ***b. Exclusieve en bijzondere rechten en de waterschappen***

Het is niet geheel duidelijk hoe deze normen van belang kunnen zijn voor de waterschappen. Bij het opwekken van energie uit afvalwater is noch sprake van het *verlenen* van een exclusief recht door het waterschap (dan is het waterschap onderdeel van de overheid), noch van het *verkrijgen* van een exclusief recht of bijzonder recht door het waterschap (dan is het waterschap de onderneming die het exclusief recht verkrijgt). Alleen als dat wel het geval is, kunnen deze artikelen van belang zijn. Zelfs als de beperkt functionele taak van de waterschappen zou worden uitgebreid met een aanverwante taak, namelijk het produceren en leveren van (duurzame) energie is er geen sprake van een exclusief of een bijzonder recht. Immers, de waterschappen zijn niet alleen in het kunnen (en mogen) produceren en leveren van energie. Alleen als wel sprake zou zijn van een exclusief of bijzonder recht, kan de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU als rechtvaardiging voor het verlenen of verkrijgen van een exclusief of bijzonder recht een rol spelen.

Wel speelt artikel 106 lid 2 VWEU eventueel een rol bij de rechtvaardiging van staatssteun en/of het kartelverbod en misbruikverbod (zie boven).

#### ***Casus Windenergie***

Er worden momenteel verschillende scenario's bedacht door waterschap Hollandse Delta (WSHD) om windenergie toe te passen op waterschapsobjecten. WSHD is aandeelhouder van de GR Slibverwerking en heeft voor de verwerking van met name slib de bevoegdheid overgedragen aan GR Slibverwerking en daarvoor een uitsluitend recht verleend. De GR Slibverwerking heeft deze taak overgedragen aan HVC, een energie- en afvalnutsbedrijf waarin verschillende gemeenten en een aantal waterschappen (via de GR Slibverwerking) indirect in participeren, waaronder WSHD. HVC heeft met de overdracht van deze taak ook het uitsluitend recht op slibverwerking verkregen.

HVC richt zich sterk op verduurzaming van de energievoorziening en onderzoekt samen met WSHD de concrete haalbaarheid van windenergie.

De verschillende scenario's waarin wordt voorzien zijn 100% investering door HVC in windenergie, een door HVC en WSHD gedeelde investering in windenergie en 100% investering door WSHD.

Wat betreft de toepassing van de mededingingsregels op deze scenario's kan het volgende worden opgemerkt:

177 Voorbeelden van verboden verleningen zijn: het verlenen van een exclusief recht tot arbeidsbemiddeling voor hoger opgeleiden, terwijl het duidelijk is dat deze aanbieder nooit in haar eentje aan de vraag kan voldoen (HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90, Jur. 1991, p. I-01979 (Höfner)); het verlenen van een exclusief recht wanneer dat een conflicterend belang oplevert (HvJ EG 12 september 2000, nr. C-260/98, Jur. 2000, p. I-06537 (ERT)); het voorbehouden van een afgeleide markt (HvJ EG 10 februari 2000, nr. C-147/97, Jur. 2000, p. I-00825 (Deutsche Post)); het verlenen van een exclusief recht tot afvalverwerking van gevaarlijk afval waardoor de export van oliefilters onmogelijk wordt (HvJ EG 25 juni 1998, nr. C-203/96, Jur. 1998, p. I-04075 (Dusseldorp)).

178 Voorbeelden waar deze met succes is ingeroepen bij de verlening van rechten is bijvoorbeeld de verlening van een exclusief recht voor afvalverwerking voor een langere termijn rechtvaardigen, omdat die lange termijn nodig is voor het rendabel kunnen exploiteren van een nieuwe (milieuvriendelijke) afvalverwerkingsinstallatie (HvJ EG 23 mei 2000, nr. C-209/98, Jur. 2000, p. I-03743 (FFAD – Kopenhagen)).



In de eerste plaats lijkt er vanuit mededingingsrechtelijk perspectief weinig aan de hand te zijn. Het exclusieve recht voor slibverwerking lijkt op voorhand niet van belang voor de opwekking van energie, tenzij er een relatie bestaat tussen het exclusieve recht en windenergie/opwekking van windenergie (zie hierna).

In de tweede plaats gaat het bij het investeren in en opwekken van windenergie hoogstwaarschijnlijk wel om ondernemingsactiviteiten .

In de derde plaats betreft WSHD (al) haar (duurzame) energie van HVC, hetgeen geen mededingingsrechtelijke problemen hoeft op te leveren, tenzij HVC een dusdanige marktmacht heeft dat zij in staat is andere partijen (bijvoorbeeld energiebedrijven) van de markt te drukken of de marktstructuur sterk te beïnvloeden.

Ten slotte, mocht blijken dat het exclusieve recht HVC in staat stelt op een aanverwante maar te onderscheiden markt – de markt van windenergie (of duurzame energie) – de mededinging te beperken, dan is er wel sprake van een mededingingsrechtelijk probleem in de zin van de artikelen 106, lid 1 en 102 VWEU. Gezien de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU is een dergelijke beperking van de mededinging lastig of niet te rechtvaardigen met een beroep op de uitoefening van een taak van algemeen economisch belang (artikel 106, lid 2 VWEU). Het gaat immers om een te onderscheiden markt.

### 5.2.2.3 EU: NUTTIG EFFECT NORM

Ook hier gaat het om een Europeesrechtelijke norm die alleen van toepassing als er sprake is van een situatie met interstatelijk effect (zie de opmerking hiervoor onder paragraaf 5.3.2).

#### *a. Nuttig effect in het Europese recht*

Het Hof van Justitie heeft een jurisprudentiële norm ontwikkeld, die voor de overheid geldt: de nuttig-effect norm. Deze regel is alleen gericht tot de overheid en houdt in dat de overheid niet mee mag werken aan de totstandkoming van een kartel en ook niet hun eigen marktregulerende bevoegdheden op een manier mogen overdragen aan marktpartijen waardoor die marktpartijen eigenlijk een kartel kunnen vormen.<sup>179</sup>

#### *b. Nuttig effect en waterschappen*

Het is ons niet direct duidelijk hoe de nuttig effect regel van toepassing zou kunnen zijn op het optreden van waterschappen als energieleverancier/producent. Het waterschap is dan onderneming; de nuttig effect regel richt zich tot de overheid.

Op zichzelf kunnen waterschappen – of een organisatie van waterschappen - optredende als overheid ook best in overleg treden met (andere) ondernemingen. Het kan bijvoorbeeld gaan om overleg over het de mogelijkheden van betere warmtewinning uit afvalwater; het behalen van bezuinigingen en dergelijke. Het is niet zo dat de overheid door alleen al het overleggen met marktdeelnemers de (Europese) mededingingsregels overtreedt. Het moet wel steeds de overheid zelf zijn die de eindverantwoordelijkheid draagt voor regulerende en vergunningverlenende bevoegdheden.

## 5.3 GEDRAGSREGELS MARKT & OVERHEID

In deze paragraaf komen de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid aan bod. Deze gedragsregels zijn *nationale* gedragsregels, die gelden wanneer de overheid de markt betreedt. Het zijn met name regels betreffende transparantie. Ze zijn neergelegd in de Mededingingswet, en worden gehandhaafd door de NMa. Zij kunnen ook aan de orde komen in nationale civiele procedures.

#### *a. De regels*

De Wet Markt en Overheid bevat gedragsregels voor overheden die de markt betreden; de gedragsregels zijn op 1 juli 2012 in werking getreden als onderdeel van de Mededingingswet.

<sup>180</sup> De regelgeving is wonderlijk van karakter want het gaat om optreden van de overheid op de markt –een ondernemingsactiviteit - maar de gedragsregels worden opgelegd aan ‘het bestuursorgaan’, het algemeen of dagelijks bestuur van het waterschap dus. Het achterliggende idee is het algemeen mededingingsrechtelijke idee: de overheid mag de marktwerking, de goede concurrentie, niet verstoren als zij optreedt op de markt.

179 Een zeer sprekend voorbeeld waarin deze regel kan zijn overtreden is de zaak van de verdeling van zandwinningsrechten: Gedeputeerde Staten hadden de – enkele – gegadigden te kennen gegeven dat die onderling maar moesten uitmaken wie welke zandgebieden in concessie zouden krijgen, waarna GS tot vergunningverlening zouden overgaan. Op die manier werden de ondernemingen in feite tot een marktverdelingsafpraak – een kartel – gedwongen. Het gedrag van GS is daarmee in strijd met het uitgangspunt van de nuttig effect norm.

180 Besluit tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de Wet Markt en Overheid bekendgemaakt (Stb. 2012, 254), de officiële titel is overigens: Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid)“zie: EK 31.354, A.

De gedragsregels geven randvoorwaarden aan het ontplooiën van marktactiviteiten:

- de integrale kostprijs (van een dienst of een goed) moet worden doorberekend als de overheid op de markt treedt;
- er mag geen bevoordeling zijn van het 'eigen' overheidsbedrijf;
- er mag geen gebruik worden gemaakt van gegevens die de overheid 'als overheid' heeft verkregen voor ondernemingsactiviteiten als die niet ook aan andere ondernemingen beschikbaar kunnen worden gesteld;
- functievermenging van personen die bestuurlijke en economische activiteiten verrichten, moet worden voorkomen.

Op de gedragsregels markt en overheid is een heel scala aan uitzonderingen opgenomen. De nieuwe regels van de Mededingingswet bevatten specifieke uitzonderingen voor sommige gedragsregels en enkele algemene uitzonderingen. De gedragsregels zijn bijvoorbeeld niet van toepassing op scholen en omroepen en ook niet als er sprake is van een de uitvoering van een taak in het kader van het algemeen belang. Ook hier geldt – net als bij de equivalente Europeesrechtelijke uitzondering – dat de publieke taak wel duidelijk moet zijn omschreven. Deze uitzondering betekent dat de gedragsregels dan *niet gelden*. Dat is dus anders dan de uitzondering op Europees niveau voor ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang, want daarvoor blijven de mededingingsregels *wel gelden* tenzij dat de uitoefening van die taak onmogelijk maakt. Verder geldt dat als overheden of overheidsbedrijven op basis van een publiekrechtelijke taak onderling goederen en diensten verrichten, zij niet onder de gedragsregels vallen. Deze zelfvoorzieningsuitzondering is een uitwerking van de overheid die ook handelt als overheid. Tenslotte geldt dat de gedragsregels niet van toepassing zijn indien sprake is van steunverlening. Hoewel niet helemaal duidelijk lijkt hier te worden bedoeld de verlening van de steun door het overheidsorgaan aan een overheidsbedrijf. Dan zijn de Europese staatssteunregels van toepassing.

#### ***b. Relevantie voor de waterschappen***

De gedragsregels zijn van belang, zowel in meer abstracte zin, als specifiek. Zij zijn van toepassing op waterschappen. De achterliggende, oorspronkelijke, gedachte is bescherming van het midden en kleinbedrijf tegen 'valse' concurrentie door overheidsondernemingen. Nu zal er in dit geval wellicht geen rechtstreeks concurrentie met het MKB optreden, maar desalniettemin is de wijze waarop dit dient te worden voorkomen – het betrachten van een zo groot mogelijk transparantie in boekhouding, berekeningen, plannen, betrokkenheid van personen en dergelijke bij het betreden van de markt door een waterschap – rechtstreeks van invloed op de wijze waarop waterschappen ondernemingsactiviteiten vorm dienen te geven. Algemene stelregel is dat transparantie betracht moet worden.

Meer specifiek is de eerste gedragsregel relevant aangezien de waterschappen wanneer zij energie opwekken en leveren aan het net de kostprijs daarbij dienen te berekenen: dat betekent ook dat deze kostprijs inzichtelijk moet zijn, hetgeen eisen stelt aan de interne boekhouding.

De tweede gedragsregel - er mag geen bevoordeling zijn van het 'eigen' overheidsbedrijf - is eveneens relevant bij het op de markt treden. In dit geval wordt relevant of het zelfgebruiken van de opgewekte energie levering aan het eigen 'overheidsbedrijf' is. Hiervoor hadden we aangegeven dat het opwekken en zelfgebruiken buiten het kader van de mededingingsregels bleef. Als echter die energie weer wordt gebruikt in de energieproductie, dan is er sprake van levering voor eigen productie-voor-levering-aan-derden, en dan kan er sprake zijn van levering aan het 'eigen' overheidsbedrijf en dient de gedragsregel in acht te worden genomen.

Hoewel wij niet direct zien welke gegevens die het waterschap reeds onder zich heeft van groot belang zouden kunnen zijn voor de levering van energie door het waterschap kan het geen kwaad zich van de derde regel bewust te zijn. De bedoeling hiervan is bijvoorbeeld dat een overheidslichaam dat omvangrijke databestanden beheert, deze niet ‘zomaar’ mag gebruiken om een eigen goed of dienst aan te bieden, als deze gegevens niet ook aan concurrenten beschikbaar zouden kunnen worden gesteld.

Het voorschrift van het voorkomen van functievermenging zou, tenslotte, vanzelfsprekend moeten zijn.<sup>181</sup>

## 5.4 REGELS VAN VRIJ VERKEER

In deze paragraaf komen de regels van vrij verkeer van goederen en diensten aan de orde. Deze Europeesrechtelijke regels gelden niet zozeer voor ondernemingen, maar wel voor de lidstaten, waarvan waterschappen deel uit maken. Het gaat met name om wetgeving, regelgeving en beleid van de overheid, inclusief decentrale overheden. De regels worden met name via de rechter gehandhaafd, hoewel de Europese Commissie een inbreukprocedure kan starten tegen lidstaten die de regels overtreden. De regels zouden van belang kunnen zijn wanneer waterschappen de afname van Nederlandse groene stroom ten koste van groene stroom uit andere EU-lidstaten zouden bevorderen.

### a. De vrij verkeer regels

Als het gaat om de levering van elektriciteit zijn vooral de regels betreffende goederen en diensten van belang. De basisregels van vrij verkeer vinden we in het EU-Werkingsverdrag, voorheen in het EG-Verdrag.

#### *Vrij verkeer van goederen*

Wat betreft het vrij verkeer van goederen onderscheiden we het verbod van tarifaire belemmeringen van vrij verkeer en het verbod van non-tarifaire belemmeringen. Voor dit onderzoek is met name het verbod van non-tarifaire belemmeringen van belang. Het verbod van kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking is neergelegd in artikel 34 VWEU en het verbod van kwantitatieve uitvoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking in artikel 35 VWEU.

Het verbod van Artikel 34 VWEU is van toepassing als sprake is van:

- (a) Kwantitatieve invoerbepalingen.  
Hier gaat het om quota en importverboden – dit betreft een quotum dat op nul is gesteld – die vaak niet meer voorkomen.
- (b) Maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen (hierna: MGW).

Het begrip MGW is zeer breed uitgelegd in de jurisprudentie en omvat volgens de *Dassonville* uitspraak van het Hof “iedere handelsregeling der lidstaten die de communautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, als een maatregel

181 Zie voor een nadere toelichting ook de Handreiking Markt en Overheid, 1 juli 2012, van het Ministerie van EL&I.

van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen.<sup>182</sup> In de zaak *Cassis de Dijon* introduceert het Hof de later zo benoemde ‘wederzijdse aanvaardingsregel’, waardoor distorsies – maatregelen zonder onderscheid - onder het verbod van artikel 34 VWEU kunnen vallen. Volgens het Hof heeft artikel 34 VWEU ook betrekking op maatregelen die beletten dat een product dat rechtmatig in het verkeer is gebracht in een der lidstaten een andere lidstaat binnenkomen. Sinds de *Keck* uitspraak moet echter een onderscheid gemaakt worden tussen producteisen, die onder het verbod van artikel 34 VWEU vallen, en verkoopmodaliteiten die in beginsel buiten het verbod vallen en daarom niet gerechtvaardigd hoeven te worden (zie hierna).<sup>183</sup>

Verder is van belang dat het begrip MGW allerlei maatregelen van zowel de centrale als decentrale overheid kan omvatten, alsmede uitlatingen van een ambtenaar die gevolgen kunnen hebben voor de afzet van goederen uit andere lidstaten. In de *AGM.COS-MET* zaak werden door het Hof uitlatingen van de Finse klokkenluider Lehtinen over de vermeende onveiligheid van Italiaanse hefbruggen voor auto's als maatregel van gelijke werking bestempeld.<sup>184</sup> Recentelijk heeft het Hof van Justitie in de *Fra.bo* zaak zelfs de vaststelling van technische normen door een *privaatrechtelijke* vereniging onder het verbod van artikel 34 VWEU geschaard.<sup>185</sup>

De breedte van het begrip MGW blijkt ook uit de zogenaamde *Buy Irish* zaak, waarin het Hof bepaalde dat een campagne ter bevordering van de aan- en verkoop van Ierse producten door een particulier bedrijf, maar gesubsidieerd door de Ierse overheid, als een verboden MGW moet worden gezien.<sup>186</sup>

#### *Vrij verkeer van diensten*

Het vrij verkeer van diensten is neergelegd in artikel 56 VWEU. Artikel 56 VWEU verbiedt beperkende maatregelen die migratierechten en markttoegangsrechten betreffen. Het verbod wordt, vergelijkbaar met artikel 34 VWEU, breed uitgelegd. Maatregelen die de toegang tot de dienstenmarkt beperken vallen in beginsel onder het verbod van artikel 56 VWEU, zo blijkt uit de *Alpine Investments*-zaak.<sup>187</sup> De *Keck* uitspraak is voor het dienstenverkeer niet van belang.

Voor het dienstenverkeer is verder vooral de Dienstenrichtlijn van belang (zie hierna).<sup>188</sup>

#### *Excepties*

Gezien de brede werkingssfeer van de verbodsbepalingen is het belang van de uitzonderingen, de excepties, groot. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen verdragsexcepties (i) en de ‘rule of reason’-excepties (ii).

- i. De *verdragsuitzonderingen* zijn limitatief en kunnen worden ingeroepen voor zowel met als zonder onderscheidmaatregelen. De belangen die in de verdragsbepalingen genoemd staan moeten restrictief worden uitgelegd. In artikel 36 VWEU staan de volgende belangen opgesomd: openbare zedelijkheid, openbare orde, openbare

182 Zaak 8/74, *Dassonville*, Jur. 1974, p. 837, r.o. 5.

183 HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken nr. C-267/91 en C-268/91, Jur. 1993, p. I-06097 (*Keck*). S.A. de Vries, ‘Annotatie onder *Dassonville*’, in: T. Beukers et. al., *Het recht van de Europese Unie in 30 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010.

184 S.A. de Vries, ‘Case Note: Case C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl v. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen, Judgment of the Grand Chamber of the Court of 17 April 2007 (casenote)’, *CMLRev. volume 45*, aflevering 2, 2008, p. 569-585; HvJ EG 17 April 2007, nr. C-470/03, Jur. 2007, p. I-02749 (A.G.M.-COS).

185 Zaak C-171/11, *Fra.bo SpA*, n.n.g.

186 Zaak 249/81, *Commissie t. Ierland*, Jur. 1982, p. 04005 (*Buy Irish*).

187 HvJ EG 10 mei 1995, nr. C-384/93, Jur. 1995, p. I-01141 (*Alpine Investments*).

188 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU L 376).

veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit en de industriële en commerciële eigendom.<sup>189</sup> Voor een geslaagd beroep op artikel 36 VWEU moet:

- de maatregel binnen een van de uitzonderingsgronden die in artikel 36 VWEU expliciet genoemd staan vallen; en
- mag de maatregel geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen lidstaten vormen.

De artikelen 45(3 en 4) en 51 en 52 (voor diensten in samenhang met artikel 62) VWEU bevatten uitzonderingen voor beperkingen op het vrije personen en dienstenverkeer. De belangen die in deze bepalingen worden genoemd zijn: openbare orde; openbare veiligheid; volksgezondheid en betrekkingen in overheidsdienst of werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag.<sup>190</sup>

De verdragsuitzonderingen kunnen niet worden uitgebreid tot belangen die hierin niet expliciet worden genoemd. De bescherming van het leefmilieu, bijvoorbeeld, wordt niet in artikel 36 VWEU genoemd. Milieumaatregelen kunnen daarom alleen op grond van deze bepaling worden gerechtvaardigd, indien zij een rechtstreekse invloed hebben op de bescherming van mensen, dieren of planten.<sup>191</sup>

- ii. In tegenstelling tot de verdragsuitzonderingen heeft de *rule of reason-exception* geen limitatief karakter. Het gaat om een open groep van uitzonderingsgronden die het Hof van Justitie, indien nodig, in zijn rechtspraak aanvult met nieuwe gronden. Deze rule of reason-exceptions worden in de Europese rechtspraak ook wel dwingende redenen van algemeen belang genoemd en zijn evenals de verdragsuitzonderingen niet-economisch van aard. Belangen die in de jurisprudentie in de loop der tijd zijn aanvaard als dwingende redenen van algemeen belang zijn, bijvoorbeeld: milieu, consumentenbescherming, pluriformiteit van de media en de pers, bescherming van de taal, sociale huisvesting of ruimtelijke ordening.

Wil een beroep op een van de verdragsuitzonderingsgronden of de ‘rule of reason’ slagen, dan moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan:

- Er mag geen sprake zijn van harmonisatie van wetgeving voor wat betreft de belangen die de nationale maatregel nastreeft;<sup>192</sup>
- Het belang mag niet van zuiver economische aard zijn;
- De maatregel voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel of -vereiste.

In het algemeen kent een proportionaliteitstoets de volgende drie componenten.<sup>193</sup> In de eerste plaats moet de maatregel geschikt zijn om het te beschermen belang daadwerkelijk te beschermen. Van belang hierbij is dat er een causaal verband bestaat tussen de genomen maatregel en de doelstelling. In de tweede plaats moet de nationale maatregel onmisbaar en

189 Artikel 36 VWEU luidt als volgt:

De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

190 In een aantal recente zaken betreffende nationaliteitseisen voor het beroep van notaris hebben verschillende lidstaten artikel 45 VWEU ingeroepen, maar dit is niet gehonoreerd door het Hof: zie bijvoorbeeld zaak C-47/08, Commissie t. België; C-50/08, Commissie t. Frankrijk.

191 Zie ook H. Temmink, ‘From Danish Bottles to Danish Bees: The Dynamics of Free Movement of Goods and Environmental Protection – A Case Law Analysis’, in: H. Somsen (red.), *Yearbook of European Environmental Law* Oxford: Oxford University Press, p. 87. See, for example, HvJ EG 25 Juni 1998, nr. C-203/96, Jur. 1998, p. I-04075 (Dusseldorp) en HvJ EG 14 juli 1998, nr. C-389/96 Jur. 1998, p. I-04473 (Aher-Waggon).

192 S.A. de Vries, ‘Case Note: Case C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl v. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen, Judgment of the Grand Chamber of the Court of 17 April 2007 (casenote)’, *CMLRev. volume 45, aflevering 2, 2008*, p. 569-585; HvJ EG 17 April 2007, nr. C-470/03, Jur. 2007, p. I-02749 (A.G.M.-COS).

193 J.H. Jans, ‘Evenredigheid Revisited’, *SEW 2000, volume 48, aflevering 7/8*, p. 270-271.

duo noodzakelijk zijn. Dat wil zeggen dat bekeken moet worden of er ter verwezenlijking van het te bereiken doel geen even doelmatige maatregel voorhanden is die de intra-communautaire handel minder beperkt. En in de derde plaats, de proportionaliteit *stricto sensu*, dat wil zeggen dat een maatregel onevenredig is indien de belemmering buiten proportie staat tot het nagestreefde doel of het ermee teweeggebrachte resultaat. Dit laatste element wordt vaak buiten beschouwing gelaten door het Hof in de toetsing van een nationale maatregel. Ten slotte, bij een beroep op de ‘rule of reason’ geldt als uitgangspunt dat de maatregel zonder onderscheid van toepassing is. Deze eis, die de mogelijkheid om een beroep te doen op de rule of reason-excepties aanzienlijk kan beperken, wordt echter niet altijd strikt toegepast.

#### *Dienstenrichtlijn*

Zoals hierboven kort is opgemerkt, is voor het vrije verkeer van diensten de Dienstenrichtlijn van belang. Deze richtlijn heeft een breed toepassingsbereik en is in beginsel op alle diensten van toepassing, tenzij deze expliciet zijn uitgezonderd van de richtlijn. De Unie van Waterschappen heeft haar modelregelgeving gescreend. Volgens overweging 9 van de richtlijn is de richtlijn “alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een diensten- activiteit”. De richtlijn is “niet van toepassing op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, en [...]”. Regelgeving met betrekking tot gebruik van land en water lijkt hiermee buiten de reikwijdte van de dienstenrichtlijn te vallen.

#### ***b. Vrij verkeer en waterschappen***

Indien de waterschappen in hun campagne gericht op de consument actief inzetten op de levering van waterschapsenergie als typisch Nederlands product, dat, in tegenstelling tot groene stroom die nu in Nederland wordt verkocht en vaak uit het buitenland afkomstig is, dan zouden zij daarmee het handelsverkeer tussen lidstaten beïnvloeden. Op de website van Greenchoice staat dat het voordeel van waterschapsenergie ten opzichte van andere vormen van groene energie is dat het in Nederland wordt geproduceerd.

Volgens de hierboven genoemde *Buy Irish* zaak kan een dergelijke campagne van de overheid, die dus ook de waterschappen betreft, of van een onderneming die (mede) gefinancierd wordt door een overheidsorgaan al snel als een MGW beschouwd worden en dus onder het verbod van artikel 34 VWEU vallen. Volgens het Hof van Justitie in de ‘Buy Irish’ zaak kunnen zelfs maatregelen van de regering van een lidstaat zonder bindende kracht “van dien aard zijn, dat zij het gedrag van handelaren en verbruikers in die staat beïnvloeden en aldus de doelstellingen van de Gemeenschap [...] verijdelen. Dit is het geval wanneer, zoals in casu, een dergelijke beperkende praktijk bestaat in de uitvoering van een door de regering omschreven programma, dat de gehele nationale economie raakt en ertoe strekt het handelsverkeer tussen Lid-Staten af te remmen door de aankoop van binnenlandse producten aan te moedigen bij wege van een reclamecampagne op nationale schaal en de invoering van speciale, alleen voor binnenlandse producten geldende procedures, en wanneer deze activiteiten in hun geheel aan de regering kunnen worden toegeschreven en over het gehele nationale grondgebied strak zijn georganiseerd.”<sup>194</sup>

Daar staat tegenover dat maatregelen ter bescherming van het milieu en de bevordering van duurzaamheid vaak te rechtvaardigen zijn. De bewijslast rust dan wel op het waterschap om

<sup>194</sup> Zaak 249/81, Commissie t. Ierland (‘Buy Irish’), Jur. 1982, p. 4006, r.o.28 en 29.

aan te tonen dat de maatregel een publiek belang, zoals de bescherming van het milieu of de bevordering van duurzaamheid, dient, geschikt is om de doelstelling te bereiken en niet verder gaat dan noodzakelijk is om het doel te verwezenlijken. De laatste twee voorwaarden hebben betrekking op de proportionaliteitstoets.

#### **EEN AANTAL MILIEU- EN DUURZAAMHEIDSINITIATIEVEN DIE DE MOEITE WAARD ZIJN OM IN OVERWEGING TE NEMEN**

##### **Zaak C-379/98, PreussenElektra:**

Deze zaak betrof een Duitse regeling, waarbij particuliere elektriciteitsbedrijven worden verplicht om in hun distributiegebied uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit af te nemen tegen minimumprijzen, de zogenaamde *Stromeinspeisungsgesetz*. Ofschoon de Duitse regeling duidelijk discriminerend was – een maatregel met onderscheid dus – sauveerde het Hof de Duitse regeling en accepteerde hij dat Duitsland terecht een beroep kon doen op de bescherming van het milieu als ‘rule of reason exceptie’. Daarbij werd een beroep gedaan op alle relevante milieubeginselen en -regels om de verboden beperking te rechtvaardigen, zonder dat het onderscheidkarakter of niet-onderscheidkarakter in de overweging betrokken wordt. In casu waren dit VN-verdragen, EG-regelingen, het integratiebeginsel, de elektriciteitsrichtlijn en de conceptrichtlijn hernieuwbare energiebronnen.

##### **Zaak C-213/96, Outokumpu Oy:**

Deze zaak betrof een Finse belastingregeling, die tarieven op elektriciteit invoert afhankelijk van het productieproces. Volgens het Hof kan een gedifferentieerd belastingstelsel gerechtvaardigd zijn op basis van overwegingen verband houdend met het milieu. Voor de waterschappen is deze zaak minder interessant, aangezien het hier om een fiscale maatregel ging en de toepassing van artikel 110 VWEU betrof. Niettemin blijkt impliciet uit deze zaak dat milieuoverwegingen bij de toepassing van de vrijverkeerbepalingen een belangrijke rol spelen.

##### **Zaak C02/90, Waalse afvalstoffen:**

Deze zaak betrof een verordening vastgesteld door de Waalse wetgever die de invoer van afval uit andere lidstaten en andere Belgische gewesten verbood. Deze maatregel met onderscheid werd, voor zover de richtlijn gevaarlijke afvalstoffen niet van toepassing was (richtlijn 84/631/EEG), gerechtvaardigd geacht door het Hof op grond van milieubescherming. Het Hof spreekt van een bijzondere situatie bij milieu als gevolg van het zelfvoorzienings- en nabijheidsbeginsel uit het Verdrag van Bazel. Hiermee lijken de beleidskansen die de milieuexceptie biedt ruimer dan louter zonderonderscheid-maatregelen.

## **5.6 TUSSENCONCLUSIES EN AANBEVELINGEN**

In dit deel zetten we de belangrijkste bevindingen op een rij.

Sommige activiteiten van de waterschappen zijn ondernemingsactiviteiten in de zin van het



mededingingsrecht. Dat geldt in ieder geval voor de productie en levering van energie aan het net en aan particuliere afnemers. Ook andere activiteiten zijn ondernemingsactiviteiten. Het mededingingsrecht, met name het kartelverbod, het misbruikverbod en het concentratietoezicht, zijn dan van toepassing.

Overeenkomsten en besluiten van ondernemersverenigingen dienen aan het mededingingsrechtelijk kader te voldoen. Dat verbiedt afspraken die de mededinging beperken. De ons bekende afspraken zijn, voor zover wij kunnen overzien, geen afspraken die direct alarmbellen doen afgaan: ofwel omdat zij de mededinging niet beperken, ofwel omdat de uitzonderingen van toepassing zijn.

Verder is van belang dat de activiteiten die waterschappen al dan niet samen met ondernemingen ontplooiën op een marktconforme wijze worden vormgegeven om te voorkomen dat er sprake is van verboden staatssteun. Mocht er wel sprake zijn van staatssteun, dan geldt de aanmeldingsplicht, maar bieden artikel 107, lid 3 VWEU en verschillende regelingen opgesteld door de Europese Commissie aanknopingspunten voor een duurzaam waterschapsbeleid.

Om meer zekerheid te verkrijgen – het mededingingsrecht is een rechtsgebied dat uitblinkt in onzekerheid omtrent de uitleg van het verbod – kan een gesprek worden gevraagd met de NMa of met de Commissie. Daarin zouden de activiteiten waarover wordt getwijfeld kunnen worden voorgelegd aan de ambtenaren van de NMa of Commissie. Een dergelijk gesprek kan redelijk ‘low profile’ worden gevoerd: de NMa is hiertoe over het algemeen wel bereid. Natuurlijk kan ook in een dergelijk gesprek geen zekerheid worden verkregen, maar wel kunnen de grenzen beter worden afgetast. Omdat de waterschappen te goeder trouw zijn – wij gaan er niet van uit dat zij er op uit zijn het mededingingsrecht te schenden – ligt een dergelijk gesprek voor de hand. Het gesprek kan leiden tot het aanvragen van een ‘informele zienswijze’: een informele visie van de NMa over de betreffende afspraken, maar zelfs dat hoeft niet. Als de NMa vermoedt dat er wel sprake is van mededingingsinbreuken, kan het gesprek aanleiding zijn tot een nader onderzoek. Dat ligt echter niet voor de hand.

Wat betreft de toepassing van de vrijverkeerbepalingen uit het werkingsverdrag, dan valt op dat door de brede werkingssfeer van deze bepalingen, allerlei maatregelen van lidstaten, dus ook van waterschappen, onder het verbod kunnen vallen. Maar dan moet er wel sprake zijn van enige invloed op het interstatelijke handelsverkeer en, indien de vrijverkeerbepalingen van toepassing zijn, is er een tamelijk ruime mogelijkheid om niet-discriminatoire beleid ter verwezenlijking van duurzaamheidsdoelstellingen te rechtvaardigen.



# 6

## CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

De ontwikkeling naar een meer duurzame zuivering door middel van het terugwinnen van energie en grondstoffen is een positieve ontwikkeling die past binnen het doel te komen tot een duurzame samenleving.

In dit onderzoek is onderzocht wat staatsrechtelijke en Europeesrechtelijke randvoorwaarden zijn voor de verdere verduurzaming van de zuivering inclusief de winning van energie en grondstoffen voor eigen gebruik en levering aan derden.

De winning van energie voor eigen gebruik stuit niet op staatsrechtelijke problemen.

Voor de overige duurzaamheidsinitiatieven wordt aanbevolen het wettelijk kader aan te passen om risico's ten aanzien van de functionele taakstelling van de waterschappen en het specialiteitsbeginsel in de beheerwetgeving te minimaliseren. Het is denkbaar dat deze risico's in de praktijk meevallen en dat de waterschappen op de gekozen weg voort kunnen gaan.

Naar ons oordeel verdient het echter de voorkeur expliciet in de Waterschapswet en de Waterwet (en te zijner tijd wellicht de Omgevingswet) duidelijk te maken dat de taken van de waterschappen – en in dit geval in het bijzonder de zuivering – op een duurzame wijze dienen te worden uitgevoerd.

In hoofdstuk vier is een aantal opties geschetst, die er voor kunnen zorgen dat de mogelijkheden die valorisatie van afvalwater ons land biedt, op een juridisch verantwoorde wijze, ten volle kunnen worden benut. Hierbij gaat het om het staatsrechtelijk mogelijk maken van het leveren van waterschapsenergie aan derden. Wij beperken ons in dit concluderende hoofdstuk tot de opties die onze voorkeur hebben.

Wij bevelen aan om de reikwijdte van de zuiveringstaak te verhelferen, opdat er geen twijfel over kan bestaan dat de huidige zuiveringstaakstelling niet alleen op doelmatige maar ook op duurzame wijze moet worden uitgeoefend en daarom reeds de productie van waterschapsenergie ten behoeve van het zuiveringsbeheer omvat, waarbij vanzelfsprekend eveneens aan Europese eisen en de Wet markt en overheid moet worden voldaan.

Als aanvulling hierop bevelen wij aan om in artikel 3.4 Waterwet op te nemen dat het zuiveringsbeheer naast doelmatigheid tevens gericht moet zijn op duurzaamheid.

Het is denkbaar dat de zuiveringstaak wordt uitgebreid met het leveren van energie en

grondstoffen aan derden. Deze optie heeft naar ons oordeel echter het risico dat het takenpakket van de waterschappen te ver wordt opgerekend om nog te kunnen spreken van een openbaar lichaam dat zich in het bijzonder bezighoudt met de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied.

Meer in het algemeen bevelen wij aan milieurechtelijke beginselen in de Waterwet of de toekomstige Omgevingswet op te nemen, zodat zij een sturende en interpretatieve rol kunnen vervullen bij beleid en uitvoering. Opname van beginselen – en in casu in het bijzonder het duurzaamheidsbeginsel – kan eveneens behulpzaam zijn bij het juridisch faciliteren van nieuwe en innovatieve ontwikkelingen die positieve gevolgen voor het omgevingsbeleid, maar waar ten tijde van het vaststellen van wetgeving nog geen concrete ideeën over bestaan. Op die wijze kan worden voorkomen dat in beginsel positieve en duurzame ontwikkelingen belemmerd worden door beperkingen in de wetgeving. Het zonder meer ‘oprekken’ van wettelijke bepalingen verdient niet onze voorkeur.

Wat betreft de Europeesrechtelijke randvoorwaarden laat het rapport zien dat het Europese recht mogelijkheden biedt voor waterschappen om duurzaamheidsinitiatieven te ontplooien, hetzij in het kader van de verbodsbepalingen van het EU-interne marktrecht, hetzij in het kader van de uitzonderingen. Gezien de onzekere toepassing van de EU- en nationale mededingingsregels op de verschillende casusposities en scenario's die de waterschappen uitdenken om tot een meer duurzame zuivering van afvalwater te komen, bevelen wij de waterschappen aan om contact op te nemen met de Nederlandse Mededingingsautoriteit (of eventueel de Europese Commissie).

Benutting van andere duurzame energiebronnen binnen het watersysteem, zoals windenergie, zonne-energie en waterkracht, heeft binnen de waterschappen eveneens grote aandacht en zijn ook onderdeel van het Klimaatakkoord. Deze onderwerpen maken echter geen onderdeel uit van de onderzoeksopdracht, maar het is goed denkbaar dat de conclusies voor de zuiveringstaak grotendeels ook toepasbaar kunnen zijn voor het watersysteemtaak. Om dit met zekerheid te kunnen concluderen is nader onderzoek gewenst.

# VERSLAG WORKSHOP 'JURIDISCHE ASPECTEN VAN VALORISATIE VAN AFVALWATER'

STOWA/Universiteit Utrecht

25 september 2012

Opstellers verslag: mw mr. F. Minderhoud, dhr. J. van Keulen

Mevrouw Prof. mr. H.F.M.W. (Marleen) van Rijswick en de heren Mr. dr. S.A. (Sybe) de Vries, ir. R. Schemen en mr. R. Lazaroms houden ieder een inleiding. Deze presentaties zijn beschikbaar op de site van de Stowa.

## 1. Europese randvoorwaarden (Europees recht)

De heer Quax (waterschap Aa en Maas) vraagt zich af of het begrip ondernemingsbegrip in het EU-recht dezelfde strekking en inhoud heeft als die in het Nederlands fiscaal recht.

De heer De Vries (Universiteit Utrecht) geeft aan dat het begrip een eigen betekenis heeft

De heer Lazaroms (Unie van Waterschappen) merkt op dat het fiscaal recht (omzetbelasting) in Nederland ook een Europese basis heeft.

De heer Quax vraagt of de regels inzake aanbestedingen van toepassing zijn op de situatie dat de gemeente energie afneemt van het waterschap.

De heer De Vries (Universiteit Utrecht) geeft aan dat het onderzoek niet ingaat op de regels inzake aanbestedingen. Het zou kunnen, dit is afhankelijk van de hoogte van de kosten om de dienst in te kopen (drempel).

De heer Geerse (waterschap Reest en Wieden). De gemeente Meppel heeft met een aantal andere partijen incl. het waterschap een eigen energiebedrijf opgericht. Er is onderzoek gedaan naar marktpartijen in verband met levering van biogas van de lokale rioolwaterzuivering en moeten prijzen voor het gas bepalen. Zijn Europese regels van toepassing?

De heer De Vries beantwoordt deze vraag positief. Het waterschap biedt een product aan op de markt en oefent dus een economische activiteit uit. Het waterschap is een onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Willen partijen een samenwerkingsverband oprichten? Houd dan rekening met de regels. Leg eventueel de ideeën voor aan de Nederlandse Mededingsautoriteit (NMA). In het Europees mededingingsrecht is een aantal uitzonderingen opgenomen, er gelden bijvoorbeeld speciale vrijstellingen voor onderzoeken. De Europese regels inzake aanbestedingen hebben eigen kenmerken.

De heer Helmer (hoogheemraadschap van Schieland en de Krimperwaard) merkt op dat indien een waterschap gas levert aan een derde deze gezien wordt als een onderneming. Kan deze titel veranderen door een samenwerkingsverband aan te gaan?

De heer De Vries geeft aan dat de positie van degene die levert (het waterschap of bijv. een GR) daarmee niet verandert. De regels blijven van toepassing.

De heer Lazaroms wil weten of het zin heeft om richting de Europese Commissie te lobbyen om regels en beleid te beïnvloeden gelet op alle initiatieven in de afvalwaterketen en in verband met duurzaamheid en milieu

De heer De Vries beschrijft een voorbeeld van succesvol lobbywerk door melkveehouders in verband met afschaffing van de melkquota per 2015. Deze sector heeft afspraken kunnen maken met de Europese Commissie (EC). Bij prijsafspraken en quota is dit een lastige materie. De EC is ontvankelijk voor ontwikkelingen op het gebied van duurzaamheid. Het heeft wel degelijk zin om de EC te benaderen.

Op een vraag van de heer Palsma (Stowa) antwoordt hij dat het inderdaad van belang is hoe je produceert. Wanneer een waterschap aan zich zelf levert is er geen sprake van een ondernemingsactiviteit. De heer Smitsman (waterschap Hollandse Delta) vraagt zich af of dit ook geldt in de volgende situatie. Het waterschap levert het overschot van elektriciteit aan het net en koopt het vervolgens elders weer in.

De heer De Vries geeft aan dat hij meer informatie nodig heeft over de casus. Het is te summier om hier een antwoord op te kunnen geven. Het verzoek is om een korte heldere uitleg te noteren, incl. vragen en deze door te sturen naar de onderzoekers.

De heer Lazaroms schetst een voorbeeld van het investeren in aanleg van windmolens op zee om doelstelling vermindering energiegebruik te halen. Mag een waterschap dit? Hij geeft aan dat hij nog andere relevante casussen heeft zoals de 8 projecten in het kader van de Green Deal.

De heer Verschoor (hoogheemraadschap van Delfland). Hoogheemraadschap van Delfland is een PPS-constructie inclusief samenwerkingscontract innovatieve projecten aangegaan. Het waterschap wil extra gezuiverd effluent als gietwater leveren aan tuinders in het Westland. Tuinders hebben water nodig voor hun gewassen (regen en grondwater). In grondwater zit teveel zout, om deze hoge kosten te besparen is het gebruik van gezuiverd effluent ook mogelijk. Partijen moeten meerjarige investeringen doen in een distributienetwerk. Het waterschap wil graag voldoende invloed en controle hebben op innovatie zaken binnen deze samenwerking. Dit aspect mist hij in het rapport.

Mevrouw Van Rijswijk (Universiteit Utrecht) merkt op dat de afspraken in de PPS-constructie bepalend zijn. Het waterschap treedt daarin op als contractspartij. De investeringen moeten terugkomen bij ingelanden, het tarief van de heffingen moet omlaag. Het gaat om maatschappelijke doelmatigheid en let bijvoorbeeld ook op staatssteunaspecten.

Vragen nader te bekijken, uit te werken evt. in volgend onderzoek:

- regels inzake aanbestedingen
- arrangementen (samenwerkingsverbanden)/rechtspersonen

## 2. Staatrechtelijke positie waterschappen (nationaal recht)

De heer Helmer (hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard) vraagt zich af of het begrip duurzaamheid geen onderdeel is van het begrip doelmatigheid.

Mevrouw Van Rijswijk geeft aan dat niet in alle gevallen wordt voldaan aan de eis van doelmatigheid. Doelmatigheid gaat over het verlagen van maatschappelijke kosten. Het begrip duurzaamheid staat niet in de wet en er is niets over terug te vinden in de wetsgeschiedenis. Het waterschap moet nagaan of zij binnen de wettelijke taak handelt. Er moet geen twijfel

bestaan over de taak van de waterschappen. Gemeenten en provincies kunnen belangen aantrekken tenzij wettelijk anders geregeld. Dit is anders bij waterschappen: zij handelen op basis van een expliciete taakopdracht. Indien taakopdracht niet voldoende is (ontbreken basis voor duurzaamheid), ligt er een opdracht voor wetgever/ministerie dit te herstellen/aan te vullen (bijv. via een brief aan de Tweede Kamer, een debat in de Tweede Kamer, kamervragen).

Mevrouw Niers (waterschap Regge en Dinkel) stelt voor om een rangorde aan te brengen in het begrip duurzaamheid. Een ontwikkeling is duurma(er)en dan mag het toch meer kosten?

Een waterschap is een democratie, antwoordt mevrouw Van Rijswijk. Het waterschap kan zelf de tarieven bepalen.

In hoofdstuk 4 worden zes opties geschetst. De heer Van Esch (Unie van Waterschappen) geeft aan – onder verwijzing naar pag. 35 - dat er wellicht nog meer mogelijkheden zijn, bijvoorbeeld de samenwerking tussen gemeenten en waterschappen op grond van artikel 3.8 Waterwet (afspraken via een lichte WGR of bestuurlijk convenant tussen partijen). Kan het waterschap taken overdragen aan de gemeente? Kan de gemeente taken overdragen aan het waterschap?

Mevrouw Van Rijswijk antwoordt dat bij het aangaan van een convenant geen sprake is van overdracht van bevoegdheden. Het waterschap kan wel bevoegdheden overdragen aan een openbaar lichaam (Wet gemeenschappelijke regelingen) of gebruikmaken van een lichte WGR-regeling

De heer Havekes (Unie van Waterschappen) merkt op dat het in de praktijk voorkomt dat een waterschap riolering beheert voor een gemeente. Dit zijn dan wellicht marktactiviteiten.

Mevrouw Karimlou (waterschap Brabantse Delta) merkt op in de praktijk snel gesproken wordt over wij “als bedrijf”, “private organisatie”. Graag expliciet aandacht besteden voor het optreden van het waterschap als overheid. Het waterschap is een overheidslichaam en voert publieke taak uit. Zij stelt voor om alle aangehaalde wetteksten op te nemen in een bijlage bij het rapport, Dit wordt toegezegd.

Wat betekent het woord ‘combinatievergisting’, zie p 25, dit graag verduidelijken.

Mevrouw Van Rijswijk geeft aan dat aanwezigen welkom zijn om een casus in te dienen. Een korte bondige beschrijving (max half A-4), vragen gedetailleerd noteren en eventuele suggesties graag per email indienen bij Bert Palsma (STOWA).

Een conclusie kan zijn dat duurzaamheid hoort bij het handelen van de waterschappen. Beter is het begrip expliciet op te nemen in de doelmatigheid.

Een aantal aanwezigen geeft aan het einde van de bijeenkomst aan het een degelijk en goed rapport te vinden. Het is goed leesbaar en bruikbaar. Het gebruik van eigen opgewekte energie zou men graag wat meer uitgewerkt zien.

**stowa**

STICHTING  
TOEGEPAST ONDERZOEK WATERBEHEER

[stowa@stowa.nl](mailto:stowa@stowa.nl) [www.stowa.nl](http://www.stowa.nl)  
TEL 033 460 32 00 FAX 033 460 32 50  
Stationsplein 89  
POSTBUS 2180 3800 CD AMERSFOORT

