

Artikel

Het waterschap voor het Natura 2000-karretje van de provincie?

De (on)mogelijkheden om waterpeilwijzigingen bij het waterschap af te dwingen ter uitvoering van de provinciale taak om passende maatregelen te treffen voor Natura 2000-gebieden

Tessa Röttscheid en Frank Groothuijse*

88

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt ingegaan op de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland (hierna: de rechtbank) van 17 januari 2024,¹ die gaat over de inzet van de aanschrijvingsbevoegdheid als passende maatregel in de zin van art. 6, tweede lid, van de Habitatrictlijn (Hbr). In deze bijdrage gaan wij uitsluitend in op de overwegingen van de rechtbank ten aanzien van de inzet van de aanschrijvingsbevoegdheid (en de alternatieven daarvoor) in relatie tot het wijzigen van een peilbesluit door het waterschap (r.o. 55-73). Dat betekent dat wij niet ingaan op de overwegingen van de rechtbank ten aanzien van de inzet van de aanschrijvingsbevoegdheid wat betreft het hakhoutbeheer (r.o. 35-51) en braamopslag (r.o. 52-54). Vanzelfsprekend betrekken wij in deze bijdrage wel de algemene overwegingen die de rechtbank besteedt aan het karakter van de aanschrijvingsbe-

voegdheid en de verplichting tot het treffen van passende maatregelen (r.o. 14-26).

Alvorens in te gaan op de hiervoor aangehaalde overwegingen van de rechtbank (par. 3) en ons commentaar daarop (par. 4), wijden wij eerst enkele woorden aan de bevoegdheidsverdeling tussen de provincie en het waterschap waar het aankomt op natuur- en waterbeheer (par. 2). Wat wij verder alvast opmerken is dat de uitspraak nog betrekking heeft op het oude recht (de Wet natuurbescherming (Wnb)), maar net zozeer relevant is voor het nieuwe recht, de Omgevingswet (Ow), waarin de Wnb is opgegaan. Onder de Ow geldt voor Natura 2000-gebieden namelijk, vanwege de Europeesrechtelijke dimensie daarvan, nagenoeg hetzelfde beschermingsregime. Ook de figuur van het peilbesluit is nagenoeg ongewijzigd teruggekeerd in de Ow. Daar waar wel (ondergeschikte) verschillen tussen het oude en nieuwe recht optreden, zullen wij deze expliciet benoemen. Daarom is het nuttig om deze uitspraak en ons commentaar daarop met de praktijk te delen.

2 Bevoegdheidsverdeling

Het provinciebestuur is verantwoordelijk voor het treffen van instandhoudings- en passende maatregelen voor de gebieden die in zijn provincie zijn aangewezen

* Mr. T. Röttscheid is als promovenda verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht. Prof. mr. dr. F.A.G. Groothuijse is als hoogleraar Europees en nationaal omgevingsrecht verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht. Dit artikel is mede geschreven in het kader van de uitvoering van een door de Noord-Brabantse Waterschapsbond gefinancierd onderzoeksprogramma dat de Universiteit Utrecht uitvoert.

1 Rb. Midden-Nederland 17 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:145.

als Natura 2000-gebieden.² Passende maatregelen (ook wel preventieve maatregelen genoemd) zijn maatregelen die erop zijn gericht om te voorkomen dat habitats in het beschermde natuurgebied (verder) verslechteren of dat er significante verstoring van soorten optreedt.³ Op grond van art. 2.4, eerste lid, onderdeel b, Wnb konden gedeputeerde staten (GS) indien dat nodig was voor een Natura 2000-gebied, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen, degene die een activiteit uitvoerde of voornemens was uit te voeren, er onder meer toe verplichten om preventieve of herstelmaatregelen te treffen. Dit werd in de praktijk ook wel de *aanschrijvingsbevoegdheid* genoemd. Het Hof van justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) heeft in het PAS-arrest geoordeeld dat de bevoegdheden uit art. 2.4 Wnb toereikend zijn om te (kunnen) voldoen aan de verplichtingen uit art. 6, tweede lid, Hbr.⁴ Of simpel gezegd: de aanschrijvingsbevoegdheid kan bij wijze van passende maatregel worden ingezet om het (dreigende) proces van verslechtering of significante verstoring tegen te gaan. De aanschrijvingsbevoegdheid bestaat niet meer onder de Ow. Daarvoor in de plaats is de specifieke zorgplicht van art. 11.6 van het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) gekomen. Die specifieke zorgplicht is gericht tot eenieder en houdt in ieder geval in dat ‘alle passende preventieve maatregelen worden getroffen om verslechterende of significant verstorende gevolgen, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen, voor het betrokken gebied te voorkomen’.⁵ De zorgplicht kan met behulp van maatwerkregels (bij categorieën van gevallen; vergelijk art. 2.4, derde lid, Wnb) en maatwerkvoorschriften (in concrete gevallen; vergelijk art. 2.4, eerste lid, Wnb) worden geconcretiseerd.⁶ Volgens de wetgever biedt het samenspel van voornoemde bepalingen (ten minste) dezelfde mogelijkheden als voorheen.⁷

2 Art. 2.18 lid 1 onder g sub 2 Ow jo. art. 3.59 Bkl. In art. 2.2 Wnb was het treffen van instandhoudings- en passende maatregelen expliciet toebedeeld aan GS. Onder de Ow is het aan de provincie om te bepalen of provinciale staten (PS) of GS deze verplichtingen uitvoeren.

3 Art. 6 lid 2 Hbr.

4 HvJ EU 7 november 2018, ECLI:EU:C:2018:882, punt 56, 57 en 133-137.

5 Art. 11.6 lid 2 onder d Bal.

6 Art. 4.1 en 4.6 Ow jo. art. 11.7 lid 1 jo. art. 11.12 Bal en art. 4.5 Ow jo. art. 11.9 lid 1 jo. art. 11.12 Bal.

7 Stb. 2021, 22, p. 117. Onder het oude recht deed zich de vraag voor of de aanschrijvingsbevoegdheid uit art. 2.4 lid 1 Wnb ook ingezet kon worden in het geval een natuurvergunningplicht (ex art. 2.7 lid 2 en 3 Wnb) gold. Oorspronkelijk was dat niet de bedoeling, maar het artikellid (art. 2.4 lid 5 Wnb) waarmee dit werd geregeld, is nooit in werking getreden. Uit de parlementaire geschiedenis kon evenwel worden afgeleid dat voor projecten waarvoor een natuurvergunning was verleend, aanpassing of intrekking van die vergunning op grond van art. 5.4 lid 2 Wnb méér voor de hand lag (zie Kamerstukken I 2016/17, 33 348, Z, p. 6). Backes e.a. meenden in lijn hiermee dat art. 2.4 lid 1 Wnb niet gebruikt kon worden als voor een handeling een natuurvergunning was verleend (C.W. Backes, L. Boerema, A.A. Freriks & M.M. Kaajan, Natuurbeschermingsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 102). De rechtbank Oost-Brabant meende evenwel dat ook in de situatie dat een natuurvergunningplicht gold, op grond van art. 2.4 lid 3 (generieke maatregelen) verdergaande verplichtingen aan de vergunninghouder konden worden opgelegd (Rb. Oost-Brabant 5 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:496, r.o. 4.5). Ons lijkt het onderscheid tussen categorieën van gevallen (lid 3) en individuele gevallen (lid 1) niet relevant voor de vraag of de aanschrijvingsbevoegdheid ook op natuurvergunde handelingen kan zien, zodat de lijn van de rechtbank Oost-Bra-

Het waterschapsbestuur is verantwoordelijk voor het beheer van de watersystemen⁸ in zijn beheergebied,⁹ ook als deze in of nabij Natura 2000-gebieden zijn gelegen. De beheertaken moeten zijn gericht op (1) het voorkomen en waar nodig beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met (2) het beschermen en verbeteren van de chemische en ecologische kwaliteit van die watersystemen en (3) de vervulling van de *op grond van de wet* aan die watersystemen toegekende maatschappelijke functies.¹⁰ Ter uitvoering van zijn beheertaken kent de Ow aan het waterschapsbestuur verschillende bevoegdheden toe, die eveneens uitsluitend mogen worden uitgeoefend met het oog op de hiervoor vermelde wettelijke doelstellingen.¹¹ Zo stelt het waterschapsbestuur een of meer peilbesluiten vast.¹² Dat is verplicht voor in de (provinciale) omgevingsverordening aangewezen (onderdelen van) grond- en oppervlaktewaterlichamen. Een peilbesluit voorziet in de vaststelling van waterstanden voor het oppervlakte- of grondwaterlichaam die de watersysteembeheerder op grond van art. 2.41, derde lid, Ow zo veel mogelijk in stand moet houden. Dit betreft dus een inspanningsverplichting.¹³ Ook kunnen bandbreedten worden vastgesteld waarbinnen de waterstanden mogen fluctueren. Het peilbesluit voor regionale wateren moet vanwege de hiervoor aangehaalde functionele begrenzing van de wettelijke taak van het waterschap zijn gericht op de wettelijke doelstellingen voor het beheer van watersystemen.¹⁴ Die doelstellingen zijn soms lastig met elkaar te verenigen. Zo kan met het oog op het voorkomen van wateroverlast een lager waterpeil wenselijk

bant – als van de juistheid daarvan wordt uitgegaan – ook doorgetrokken zou kunnen worden naar individuele gevallen. Recent heeft diezelfde rechtbank geoordeeld dat zij geen ruimte ziet om in individuele gevallen waarvoor een natuurvergunning is verleend, de aanschrijvingsbevoegdheid van art. 2.4 Wnb in te zetten voor intrekking of wijziging van die vergunning. Zie Rb. Oost-Brabant 11 oktober 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:4731. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft zich hierover evenwel niet expliciet uitgesproken. Omdat de specifieke zorgplicht uit art. 11.6 Bal ook geldt naast een eventuele vergunningplicht voor een Natura 2000-activiteit, is bovenstaande discussie niet langer relevant. Immers, hieruit volgt reeds dat ook voor natuurvergunde activiteiten verdergaande verplichtingen kunnen worden opgelegd (dan waartoe de natuurvergunning vereist).

8 Een *watersysteem* wordt in art. 1.1 jo. bijlage onderdeel A Ow gedefinieerd als een ‘samenhangend geheel van een of meer oppervlaktewaterlichamen en grondwaterlichamen, met bijbehorende bergingsgebieden, waterkeringen en ondersteunende kunstwerken’.

9 Art. 2.17 lid 1 onder a sub 1 jo. art. 2.18 lid 2 Ow jo. art. 2 lid 2 Waterschapswet (Wsw) jo. art. 1.2 Waterwet (Wtw). Het provinciebestuur houdt toezicht op de taakuitoefening van het waterschap (met uitzondering van het beheer van primaire waterkeringen; zie art. 2.18 lid 1 onder d sub 2 Ow).

10 Art. 1.1 lid 1 Ow jo. bijlage onderdeel A Ow. Vgl. het oude art. 1.1 lid 1 jo. art. 2.1 Wtw. Het enige verschil met de doelstelling op grond van de Wtw is dat het moet gaan om *op grond van de wet* toegekende maatschappelijke functies. Zie hierover ook par. 4.3 van deze bijdrage.

11 Art. 2.1 lid 1 jo. art. 2.17 lid 1 onder a jo. art. 2.18 lid 2 Ow jo. art. 2 lid 2 Wsw. Zie hierover ook M.M.W. van Gils & F.A.G. Groothuisje, Juridisch instrumentarium voor de reductie van CO₂-emissie uit veengebieden: gefundeerd op slappe bodem?, TBR 2021/115, afl. 10, p. 928-948.

12 Art. 2.41 Ow en onder het oude recht art. 5.2 lid 1 Wtw.

13 Art. 2.41 lid 3 Ow.

14 Zie onder meer ABRvS 31 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3297, ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2077 en ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2253.

zijn, terwijl ecologische (water)belangen doorgaans een wat hoger waterpeil vereisen. Bij het vaststellen van een peilbesluit komt het waterschapsbestuur een ruime mate van beoordelingsruimte toe.¹⁵ Daarbij weegt het waterschapsbestuur niet alleen de hiervoor vermelde wettelijke doelstellingen tegen elkaar af, maar betreft het bij de afweging ook alle andere relevante belangen, zoals de eigendomsbelangen van derden.¹⁶ De bestuursrechter toetst de door het waterschapsbestuur gemaakte belangenafweging slechts terughoudend.¹⁷

3 De uitspraak van 17 januari 2024

3.1 De aanschrijvingsbevoegdheid kan volgens de rechtbank worden ingezet als een passende maatregel

De rechtbank ziet zich allereerst voor de vraag gesteld of de aanschrijvingsbevoegdheid door GS kan worden ingezet als passende maatregel om aan een (dreigend) proces van verslechtering of significante verstoring een halt toe te roepen. De rechtbank beantwoordt deze vraag positief.¹⁸ Zoals in paragraaf 2 aangegeven, volgde dit reeds uit het PAS-arrest. De rechtbank bevestigt dit. Meer specifiek overweegt de rechtbank het volgende:

‘33. De rechtbank overweegt – in aanvulling op de tussenuitspraak – dat het toepassen van de aanschrijvingsbevoegdheid uit artikel 2.2, tweede lid, van de Wnb [bedoeld zal zijn artikel 2.4, eerste lid, van de Wnb; TR & FG] in algemene zin kan worden aangemerkt als een passende maatregel, als die bevoegdheid met dat doel wordt ingezet. Deze bepaling is namelijk mede een in de rechtspraak aanvaarde implementatie van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn. In het arrest over het Programma Aanpak Stikstof (PAS) heeft het Hof van Justitie immers geoordeeld dat de mogelijkheid om door middel van de aanschrijvingsbevoegdheid verplichtingen op te leggen, samen met monitoring en toezicht voldoende zijn om te voldoen aan artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn. In de daarop volgende uitspraak over het weiden van vee en het bemesten van gronden heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) overwogen dat het Hof van Justitie in het PAS-arrest heeft geoordeeld dat dit

instrumentarium voldoende is om preventieve en corrigerende maatregelen op te leggen.’

Dat de aanschrijvingsbevoegdheid kan worden ingezet als een passende maatregel, betekent echter nog niet dat van deze bevoegdheid ook gebruik *moet* worden gemaakt. GS beschikken namelijk over beoordelingsruimte bij de keuze van de te treffen passende maatregelen, zolang maar is gewaarborgd dat er geen (verdere) verslechtering of significante verstoring optreedt.¹⁹ Wensen GS de aanschrijvingsbevoegdheid niet in te zetten als passende maatregel, dan zullen zij draagkrachtig moeten motiveren welke passende maatregelen dan wél worden genomen om het (dreigende) proces van verslechtering of significante verstoring tegen te gaan (r.o. 34). Daarmee hanteert de rechtbank hetzelfde toetsingskader als de Afdeling bestuursrechtspraak in de Logtsebaan-uitspraak over de inzet van de intrekingsplicht voor Wnb-vergunningen ex art. 5.4, tweede lid, Wnb (oud) als passende maatregel.²⁰

3.2 Inzet provinciale aanschrijvingsbevoegdheid als passende maatregel kan niet leiden tot afdwingen wijziging van het peilbesluit door het waterschap

De rechtbank ziet zich vervolgens voor de vraag gesteld of de aanschrijvingsbevoegdheid als passende maatregel door GS kan worden ingezet om een verhoging van het waterpeil door het waterschap af te dwingen enkel ten behoeve van de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied. De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend en overweegt in dat verband het volgende:

‘64. In de Wet natuurbescherming is niet geregeld dat als voor de feitelijke uitvoering van een aanschrijving op grond van artikel 2.4, eerste lid, van de Wnb noodzakelijk is dat andere besluiten worden genomen, de aanwending van de aanschrijvingsbevoegdheid voorrang krijgt boven dergelijke besluiten. Artikel 2.4 van de Wnb enerzijds en artikel 5.2 van de Waterwet en artikel 2.41 van de Omgevingswet anderzijds zijn bepalingen van wetten in formele zin van de nationale wetgever. Dat betekent dat de ene bepaling geen voorrang heeft boven de andere.

65. De rechtbank stelt voorop dat de Waterwet het mogelijk maakte en dat de Omgevingswet het mogelijk maakt om een peilbesluit te nemen of om een bestaand peilbesluit te wijzigen met het oog op de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied. Het belang daartoe kan namelijk worden geschaard onder de in deze wetten genoemde doelstelling van de verbetering van de ecologische kwaliteit van watersystemen. De waterbeheerder mag echter niet zonder meer en enkel met het oog op die doelstelling een peilbesluit nemen. Hij moet bij

15 Zie onder meer Rb. Midden-Nederland 15 juli 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4171, ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2077, ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:694, ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:689 en ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7464.

16 Zie ook F.A.G. Groothuise & J. Kevelam, Peilbeheer op peil. Een onderzoek naar de verhouding tussen het peilbesluit en de watervergunning voor het afwijken van het peil, Universiteit Utrecht, Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, mei 2016, p. 5.

17 Bijv. Rb. Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3301, r.o. 5.2.

18 Zie in vergelijkbare zin onder meer Rb. Gelderland 16 april 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:2156.

19 De rechtbank leidt dit af uit HvJ EU 14 januari 2016, ECLI:EU:C:2016:10, punt 40-41.

20 ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71 (Logtsebaan).

de invulling van zijn beoordelingsruimte een afweging maken van alle wettelijke doelstellingen. Daartoe behoort bijvoorbeeld ook de maatschappelijke functie van het watersysteem voor agrarisch gebruik. De uitkomst van een dergelijke afweging binnen de aan de waterbeheerder toekomende beoordelingsruimte kan daarom zijn dat het waterpeil lager wordt vastgesteld dan het peil dat wenselijk zou zijn wanneer enkel zou worden gekeken naar de belangen van de natuur. Het waterschap heeft er dan ook terecht op gewezen dat zijn algemeen bestuur een bredere belangenafweging moet maken (en heeft moeten maken) voor de vaststelling van het peil in het natuurgebied dan de afweging die VNMW voorstaat. Deze afweging is aan de waterbeheerder bij het vaststellen van een peilbesluit en kan niet door gedeputeerde staten worden gemaakt bij de beslissing over de inzet van de aan hen op grond van artikel 2.4 van de Wet natuurbescherming toekomende aanschrijvingsbevoegdheid, omdat die bevoegdheid daarin niet voorziet. De rechtbank oordeelt dan ook dat gedeputeerde staten bij de uitoefening van die bevoegdheid niet zelf mogen bepalen dat de belangen van een Natura 2000-gebied bij een wijziging van het waterpeil voortaan op andere belangen bij het handhaven van het waterpeil.

66. De rechtbank heeft hierbij niet over het hoofd gezien dat de wetgever mogelijk iets anders beoogde bij de totstandkoming van de Wnb. In de memorie van toelichting is namelijk stilgestaan bij de mogelijkheden van doorwerking van maatregelen uit het beheerplan, in gevallen waarin daarvoor de medewerking vereist is van andere bestuursorganen dan die van gedeputeerde staten als bevoegd gezag voor de Wnb. Daarbij is specifiek het voorbeeld genoemd van maatregelen ten aanzien van het waterpeil, die met instemming van het waterschap in het beheerplan zouden kunnen worden opgenomen. De wetgever overwoog dat als een ander bestuursorgaan niet instemt en handelingen verricht die schadelijk kunnen zijn voor het betrokken Natura 2000-gebied, de provincie beperkingen of voorwaarden kan opleggen met inzet van de aanschrijvingsbevoegdheid, in gevallen waarvoor geen vergunningplicht geldt.^[18] Voor zover de wetgever hier inderdaad de inzet van de aanschrijvingsbevoegdheid voor peilwijzigingen voor ogen had, oordeelt de rechtbank dat daarbij niet is onderkend dat de hiervoor beschreven systematiek van de Waterwet – en inmiddels de Omgevingswet – aan zo'n aanschrijving in de weg [staat] in gevallen waarin daarvoor een peilbesluit nodig is.

67. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat een waterschap niet rechtmatig kan voldoen aan een aanschrijving in de zin van artikel 2.4, tweede lid, van de Wnb tot het wijzigen van het waterpeil, als het doel daarvan enkel en alleen zou zijn dat een peil wordt vastgesteld dat de natuurbelangen optimaal dient. Het voor het opvolgen van zo'n aanschrijving nood-

zakelijke peilbesluit zou immers in strijd met de Waterwet en inmiddels met de Omgevingswet voorbijgaan aan de door de waterbeheerder te maken afweging van overige doelstellingen en belangen. De Waterwet stond en de Omgevingswet staat dan in de weg aan de uitvoerbaarheid van een dergelijke aanschrijving als passende maatregel. Bij de afweging van het wel of niet inzetten van hun aanschrijvingsbevoegdheid moeten gedeputeerde staten hiermee rekening houden. Zij moeten van een aanschrijving afzien als daarvoor (een wijziging van) een peilbesluit noodzakelijk is. Dat doet zich in deze zaak voor.'

3.3 Afdwingen wijziging peilbesluit door de Minister van Infrastructuur en Waterstaat is volgens de rechtbank wél mogelijk

Om toch aan de verplichtingen uit de Hbr (in het bijzonder art. 6, tweede lid) te voldoen, onderzoekt de rechtbank tot slot of een wijziging van een peilbesluit dan wellicht op een andere wijze (of door anderen) kan worden afgedwongen, zodat alsnog het (dreigende) proces van verslechtering of significante verstoring van de relevante natuurwaarden kan worden tegengegaan. Daartoe wijst zij in de eerste plaats op art. 3.13, eerste lid, van de Waterwet (Wtw), waaruit volgt dat de Minister van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: de minister) het waterschap een aanwijzing kan geven omtrent de uitoefening van zijn bevoegdheden, indien *internationale verplichtingen* dat noodzakelijk maken. Als het waterschap die bevoegdheid vervolgens niet of niet naar behoren uitoefent, kan de minister dat zelf doen (art. 3.13, derde lid, Wtw). Als opvolger van de aanwijzingsmogelijkheid voorziet de Ow in een instructiebevoegdheid.²¹ Op grond van art. 2.34, eerste en derde lid, Ow kan de minister een instructie geven aan het waterschap over de uitoefening van een bevoegdheid op het gebied van het beheer van watersystemen, als dat nodig is voor een *samenhangend en doelmatig waterbeheer*. Op grond van art. 2, derde lid, aanhef en onderdeel b, Ow kan de minister de instructiebevoegdheid onder andere uitoefenen als dat nodig is met het oog op de uitvoering van een *internationaalrechtelijke verplichting*. De rechtbank meent dat de minister zowel de aanwijzingsmogelijkheid onder het oude recht als de instructiebevoegdheid onder de Ow kan inzetten om het waterschapsbestuur te verplichten peilbesluiten te wijzigen om het (dreigende) proces van verslechtering of significante verstoring van Natura 2000-gebieden tegen te gaan. Meer specifiek overweegt de rechtbank het volgende:

'71. De rechtbank oordeelt dat het treffen van een passende maatregel in de zin van artikel 6, tweede lid, van de Habitatrictlijn een noodzakelijke internationale verplichting kan zijn in de zin van artikel 3.13, eerste lid, van de Waterwet of van artikel 2.3,

21 Zie voetnoot 20 bij de uitspraak waarin de rechtbank naar de volgende parlementaire stukken verwijst: Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 438 (MvT Ow) en Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 152 (MvT Invoeringwet Ow).

derde lid, onder b, van de Omgevingswet. De Waterwet gaf en de Omgevingswet geeft de minister van Infrastructuur en Waterstaat dan ook de mogelijkheid om passende maatregelen te treffen, waarbij die bevoegdheden een ruimere reikwijdte hebben dan de bevoegdheid die het bevoegd gezag – meestal gedeputeerde staten – had bij de aanschrijving van artikel 2.4, eerste lid, van de Wnb of heeft bij het stellen van een maatwerkvoorschrift op grond van artikel 11.9 van het Besluit activiteiten leefomgeving. Uit de verwijzing naar “internationale verplichtingen” in artikel 3.13, eerste lid, van de Waterwet en naar “internationaalrechtelijke verplichtingen” in artikel 2.3, derde lid, aanhef en onder b, van de Omgevingswet moet immers worden afgeleid dat wat bij of krachtens een nationale wet is gesteld moet wijken voor de uitoefening van deze bevoegdheden van de minister.

72. De conclusie van de rechtbank is dat de minister van Infrastructuur en Waterstaat bij de waterbeheerder een peilwijziging en het daartoe vereiste peilbesluit als passende maatregel bij het waterschap kon afdwingen als “aanwijzing” op de grondslag van artikel 3.13, eerste lid, van de Waterwet en dat die mogelijkheid er nog steeds is als “instructie” op de grondslag van artikel 2.34, eerste lid, in samenhang met het derde lid, van de Omgevingswet. Een dergelijke beslissing van de minister geeft dwingend invulling aan de beoordelingsruimte die het waterschap vervolgens nog heeft bij het nemen van een daartoe vereist peilbesluit: dat besluit wordt daarmee een door de aanwijzing of instructie van de minister gebonden beschikking. Dit betekent dat het in het nationale recht vastgestelde stelsel van maatregelen afdoende was en is om de juiste toepassing van de Habitatrichtlijn mogelijk te maken en dat wordt voldaan aan de vereisten uit het arrest Cascina Tre Pini SS. Het gevolg hiervan is dat gedeputeerde staten zich bij hun besluitvorming over de uitoefening van hun aanschrijvingsbevoegdheid moesten houden aan de belemmeringen die voortvloeiden uit de Waterwet en moeten houden aan die van de Omgevingswet, zoals hiervoor beschreven. En dit betekent dan weer dat VNMW haar wens tot het afdwingen van een hoger waterpeil in Kolland & Overlangbroek desgewenst moet richten tot de minister van Infrastructuur en Waterstaat met een verzoek tot het toepassen van de aanwijzingsbevoegdheid uit de Waterwet of inmiddels tot het toepassen van de instructiebevoegdheid uit de Omgevingswet.’

4. Analyse en commentaar

4.1 Inzet aanschrijvingsbevoegdheid door GS kan niet leiden tot het wijzigen van een peilbesluit

Wij zijn het met de rechtbank eens dat de inzet van de aanschrijvingsbevoegdheid er niet toe kan leiden dat

het waterschap een peilbesluit moet wijzigen ter behartiging van enkel natuurbelangen.²² De functionele taaktoedeling van het waterschap, zoals besproken in paragraaf 2, verzet zich hiertegen. Het waterschap moet bij het vaststellen of wijzigen van een peilbesluit immers *alle* wettelijke doelstellingen en andere relevante belangen betrekken en deze vervolgens tegen elkaar afwegen. De aanschrijvingsbevoegdheid van GS kan dit inhoudelijke beoordelingskader niet aan de kant zetten noch aan de in dat verband te maken afweging verplicht invulling geven. Vorenstaande laat evenwel onverlet dat GS (of het provinciebestuur onder de Ow) wél onder bepaalde voorwaarden op een andere wijze een peilbesluitwijziging kunnen afdwingen met het oog op het beschermen van natuurbelangen. Die mogelijkheid bespreken wij in paragraaf 4.4.

4.2 Instandhoudingsdoelstellingen Natura 2000-gebieden zijn níét hetzelfde als ecologische KRW-waterkwaliteitsdoelstellingen

Het waterschapsbestuur kan een peilbesluit dus uitsluitend vaststellen met het oog op de wettelijke doelstellingen van het waterbeheer en dient daarbij een afweging te maken van alle betrokken belangen. Om een peilbesluit vast te stellen (of te wijzigen) ten behoeve van natuurbeheer is noodzakelijk dat het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied (c.q. het tegengaan van een (dreigend) proces van verslechtering of significante verstoring met het oog op die instandhoudingsdoelstelling) onder één van die wettelijke waterbeheerdoelstellingen valt. De rechtbank meent dat dit het geval is, omdat (het bereiken van) de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied volgens haar (kan) kunnen worden geschaard onder de doelstelling ‘verbeteren van de ecologische waterkwaliteit’ (r.o. 65).²³ Deels is dit juist, in die zin dat het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied of het tegengaan van een (dreigend) proces van verslechtering of significante verstoring een positief effect kan hebben op de (ecologische) waterkwaliteit van daarin gelegen grond- en oppervlaktewaterlichamen. En vice versa geldt hetzelfde: het verbeteren van de ecologische waterkwaliteit kan ervoor zorgen dat de waterafhankelijke instandhoudingsdoel-

22 In de tussenuitspraak (Rb. Midden-Nederland 30 mei 2023, ECLI:NL:RB-MNE:2023:2527) heeft de rechtbank onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij de Wnb (Kamerstukken II 2014/15, 33 348, nr. 9, p. 120) reeds overwogen dat passende maatregelen zowel publiekrechtelijk als feitelijk van aard kunnen zijn (r.o. 23). Voor het treffen van publiekrechtelijke maatregelen is volgens de wetgever dan wel een expliciete – dus los van art. 2.2 lid 2 Wnb – wettelijke grondslag nodig. Een publiekrechtelijke grondslag wordt bijv. gevormd door art. 5.4 lid 2 Wnb, waarin de verplichting is opgenomen om een verleende natuurvergunning in te trekken of te wijzigen bij wijze van passende maatregel als dat nodig is ter uitvoering van art. 6 lid 2 Hbr. Hoewel een expliciete verwijzing naar de verplichting om passende maatregelen te treffen ingevolge art. 6 lid 2 Hbr ontbreekt bij de aanschrijvingsbevoegdheid (anders dan bij art. 5.4 lid 2 Wnb), menen wij dat dit niet noodzakelijk is om die bevoegdheid desondanks als passende maatregel in te kunnen zetten.

23 Art. 1.1 lid 1 Ow jo. bijlage onderdeel A Ow en onder het oude recht art. 2.1 lid 1 onder b Wtw.

stellingen van een Natura 2000-gebied eerder worden bereikt. Desondanks is het van belang te benadrukken dat de instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden en de ecologische waterkwaliteitsdoelstellingen niet vereenzelvigd kunnen worden. Dat blijkt alleen al uit het feit dat de Kaderrichtlijn Water (KRW) bepaalt dat als op een KRW-oppervlaktewaterlichaam of grondwaterlichaam meer (Europese) milieudoelstellingen van toepassing zijn, de strengste doelstelling geldt.²⁴ Sterker nog, niet is uitgesloten dat natuur- en waterkwaliteitsdoelstellingen met elkaar kunnen conflicteren.²⁵ Zo kan de aanwezigheid van bepaalde plant- of diersoorten soms ook een negatief effect hebben op de (ecologische) waterkwaliteit (denk aan de aanwezigheid van een beschermde (vogel)soort als gevolg waarvan de nutriëntenbelasting op een KRW-oppervlaktewaterlichaam hoger is dan de norm die moet worden aangehouden voor een goede ecologische toestand of goed ecologisch potentieel).²⁶ De rechtbank lijkt de instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden echter, in onze ogen ten onrechte, op één hoop te gooien met de (ecologische) waterkwaliteitsdoelstellingen. Hoewel die doelstellingen kunnen overlappen en/of samenhangen, moeten deze goed van elkaar worden onderscheiden.

4.3 Instandhouding waterafhankelijke Natura 2000-gebieden als maatschappelijke functie van het watersysteem?

Een andere wettelijke doelstelling dan het verbeteren van de ecologische waterkwaliteit waarop het uitoefenen van de bevoegdheid tot het vaststellen of wijzigen van een peilbesluit kan zijn gericht, is het vervullen van maatschappelijke functies van het watersysteem. Er is discussie over wat onder een maatschappelijke functie van een watersysteem moet worden verstaan. Die discussie valt uiteen in twee punten.

In de eerste plaats richt de discussie zich op de vraag wat nu precies te gelden heeft als een maatschappelijke functie van een watersysteem. Onder de Wtw was de

wetgever de mening toegedaan dat ook het faciliteren van het gebruik van gronden *buiten* het watersysteem als functie kon worden beschouwd. Het kon daarbij bijvoorbeeld gaan om het gebruik van het water(systeem) ten behoeve van de landbouw of natuurwaarden.²⁷ Ook de Afdeling bestuursrechtspraak meende dat de vaststelling van een relatief hoog waterpeil met het oog op de natuurbescherming een op zichzelf 'legitiem – in overeenstemming met de Waterwet – na te streven doel is'.²⁸ De rechtbank lijkt zich bij deze lijn aan te sluiten, door te overwegen dat het gebruik van een watersysteem ten behoeve van agrarisch gebruik ook als een maatschappelijke functie kan worden aangemerkt.

Onder de Ow is het nog maar de vraag of dat nog steeds zo is. In de toelichting bij het Invoeringsbesluit Omgevingswet worden twee criteria genoemd aan de hand waarvan moet worden bepaald of sprake is van een maatschappelijke functie van een watersysteem.²⁹ Ten eerste gaat het om het gebruik dat de samenleving (als geheel) van het watersysteem maakt, waarbij kan worden gedacht aan scheepvaart, drinkwatervoorziening, visserij, recreatie en zoutwaterteelt (schelpdieren en zeewier). Ten tweede dient de functie *eigen* te zijn aan het watersysteem. Het gaat daarbij in beginsel niet om functies die weliswaar in het watersysteem aanwezig zijn, maar evengoed daarbuiten aanwezig zouden kunnen zijn, zoals landbouw of wonen.³⁰ Gelet op deze beperkte uitleg lijkt een agrarische functie onder de Ow, anders dan de rechtbank meent en waarvan de Wtw leek uit te gaan, *niet* als een maatschappelijke functie van een watersysteem te kunnen kwalificeren. Eerder hebben Van Gils en Groothuijse er evenwel op gewezen dat ook de Ow tegenstrijdigheden op dit punt vertoont. Zo wordt in de toelichting op art. 8.89 van het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl), in het kader van de weigeringsgronden voor een omgevingsvergunning voor een wateronttrekkingsactiviteit, een andere, ruimere, invulling gegeven aan de maatschappelijke functies van watersystemen, die aansluit bij de onder de Wtw ingezette lijn en de op grond daarvan gevormde jurisprudentie.³¹ Of aan een watersysteem een agrarische functie kan worden toegekend, blijft derhalve ongewis. Als evenwel

24 Art. 4 lid 2 KRW.

25 Zie voor een mooi voorbeeld hiervan in Nederland ook het FAQ-document van de Europese Commissie over de verhouding tussen de KRW en de Habitat- en Vogelrichtlijn uit 2011, waarin het volgende voorbeeld wordt gegeven op p. 10: 'To achieve Good Ecological Potential (GEP) in the Veluweandmeren, a more natural water level fluctuation is considered necessary to allow proper reed marsh development to meet the requirements of the macrophytes and phytobenthos biological quality element. However, a change of the water level regime to a more natural situation would have negative effects for the designated water bird populations because the required extensive feeding areas are only available at low water levels. The predominantly short-necked herbivorous designated bird species require low water levels to be available at appropriate times throughout the year to sustain the population levels required by the conservation objectives. The water level regime is managed partly to facilitate this.' Zie Europese Commissie, Links between the Water Framework Directive (WFD 2000/60/EC) and Nature Directives (Birds Directive 2009/147/EC and Habitats Directive 92/43/EEC) Frequently Asked Questions, december 2011.

26 Voor natuurlijke KRW-oppervlaktewaterlichamen moet een goede ecologische toestand worden bereikt. Voor kunstmatige of sterk veranderde KRW-oppervlaktewaterlichamen is een goed ecologisch potentieel het doel (art. 4 lid 3 KRW).

27 Kamerstukken II 2006/07, 30 818, nr. 3, p. 36.

28 ABRvS 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:272, r.o. 4.1. Vanwege de formulering die de Afdeling bestuursrechtspraak hier gebruikt, lijkt het of zij meent dat natuurbescherming onder een van de doelstellingen van de Wtw valt. Of zij dat ook echt zo heeft bedoeld, is evenwel de vraag. Mogelijk moet de passage zo worden opgevat dat de Afdeling bestuursrechtspraak slechts meent dat natuurbescherming een af te wegen betrokken belang is, en in dat verband bij de vaststelling of wijziging van peilbesluiten moet worden betrokken. Laatstgenoemde opvatting lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak te zijn toegedaan in ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2077, r.o. 6.2, AB 2021/319. Zie hierover ook de noot van Van Gils en Groothuijse bij deze uitspraak onder punt 5.

29 Stb. 2020, 400, p. 1630-1631 (toelichting Invoeringsbesluit Omgevingswet).

30 Zie hierover ook punt 6 van de noot van Groothuijse bij ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1876, AB 2019/397 onder verwijzing naar nota van toelichting bij de consultatieversie van het Invoeringsbesluit Omgevingswet, p. 515.

31 Van Gils & Groothuijse 2021, p. 935-936.

wordt aangenomen dat watersystemen een agrarische functie kunnen hebben, zoals de rechtbank doet, dan kunnen ze zeker ook een natuurfunctie vervullen, zodat het peilbesluit met het oog op de vervulling van die maatschappelijke functie had kunnen worden gewijzigd. Daarvoor is wel noodzakelijk dat aan het watersysteem in het regionale waterprogramma uitdrukkelijk een natuurfunctie wordt toegekend. Dat houdt verband met het tweede punt.

In de tweede plaats richt de discussie zich op de vraag of een maatschappelijke functie uitdrukkelijk moet zijn toegekend aan het watersysteem in de waterplannen (thans: water(beheer)programma's), of dat het ook kan gaan om *feitelijk* aanwezige functies. Hoewel de Wtw expliciet voorschreef dat de functies van regionale wateren vastgelegd moesten worden in het regionale waterplan, en ook de parlementaire geschiedenis in die richting wees, was onduidelijk of het actieve beheer van de watersysteembeheerder alleen kon worden gericht op maatschappelijke functies die uitdrukkelijk aan watersystemen waren toegekend, of ook op functies die niet uitdrukkelijk aan watersystemen waren toegekend, maar die ze wel feitelijk vervulden.³² Onder de Ow staat buiten kijf dat het actieve watersysteembeheer, zoals het vaststellen van peilbesluiten, thans enkel nog (mede) gericht kan zijn op de *bij wet* aan het watersysteem toegekende maatschappelijke functies.³³ Dat betekent dat een peilbesluit alleen kan worden gewijzigd ten behoeve van agrarische belangen of natuurbelangen, voor zover in het regionale waterprogramma uitdrukkelijk een agrarische functie of natuurfunctie aan het watersysteem is toegekend. Dat neemt niet weg dat de watersysteembeheerder bij de vaststelling van een peilbesluit nog steeds alle daarbij betrokken belangen moet betrekken,³⁴ waaronder dus ook de maatschappelijke functies die het watersysteem feitelijk vervult, maar daaraan niet uitdrukkelijk zijn toegekend.

4.4 Als de minister met een instructie een peilbesluit zou kunnen afdwingen, dan kan de provincie dat ook

De rechtbank overweegt tot slot dat de minister door het geven van een aanwijzing onder de Wtw of een instructie onder de Ow een peilbesluitwijziging kon of kan afdwingen. De rechtbank gaat er hier evenwel aan voorbij dat GS ook een aanwijzingsbevoegdheid onder het oude recht hadden, namelijk op grond van art. 3.12, eerste lid, Wtw. In die bepaling ontbrak weliswaar de bevoegdheid van GS om vanwege *internationale verplichtingen* een aanwijzing te geven (en in het uiterste geval inde-

plaatsstelling), maar konden GS dat wel met het oog op *samenhangend en doelmatig regionaal waterbeheer*. En, zoals hierboven besproken, (kan) kunnen daaronder volgens de rechtbank nu juist – over de boeg van de bescherming en verbetering van de ecologische kwaliteit van watersystemen – ook (het behalen van) de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied worden verstaan. Onder de Ow is de aanwijzingsbevoegdheid vervangen door de instructiebevoegdheid. Zoals de rechtbank terecht stelt, kan door de minister een instructie worden gegeven met het oog op een samenhangend en doelmatig waterbeheer (art. 2.34, derde lid, Ow). De rechtbank gaat er naar onze mening evenwel aan voorbij dat het provinciebestuur over dezelfde bevoegdheid beschikt (art. 2.33, tweede lid, onderdeel c, Ow).

Wel moeten het provinciebestuur en de minister bij het geven van een instructie art. 2.3 Ow in acht nemen. Op grond van die bepaling kunnen zij de instructiebevoegdheid slechts inzetten als dat noodzakelijk is voor de doelmatige en doeltreffende uitvoering van bevoegdheden en taken op grond van de wet of de uitvoering van internationaalrechtelijke verplichtingen.³⁵ Met de inzet van de instructiebevoegdheid kan in onze ogen nog steeds niet buiten de functionele begrenzing van de taak van het waterschap worden getreden, omdat een instructie over een peilbesluit aan het waterschapsbestuur *alleen* kan worden gegeven met het oog op een samenhangend en doelmatig waterbeheer. Het is dus niet zo dat met art. 2.3 Ow de nationale bevoegdheidsverdeling opzij kan worden gezet ter uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting, zoals het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebieden. Nog steeds zal het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen (en de met het oog daarop te treffen passende maatregelen) onder een van de wettelijke waterbeheerdoelstellingen moeten vallen ten behoeve waarvan het waterschapsbestuur zijn bevoegdheden kan inzetten, in dit geval het vaststellen van peilbesluiten. Wat een instructie enkel doet, is het beperken van de beoordelingsruimte die het waterschapsbestuur heeft bij de uitoefening van die bevoegdheden. Tot hoever de beperking reikt, hangt af van de precieze inhoud van de instructie. Voor zover een instructie bijvoorbeeld ziet op het vaststellen van een peilbesluit met een specifiek waterpeil, is er geen of nauwelijks beoordelingsruimte voor het waterschap. Een instructie kan ook verplichten tot het vaststellen van een peilbesluit met een bepaalde bandbreedte van het waterpeil. Binnen die bandbreedte heeft het waterschap dan nog beoordelingsruimte om een definitief waterpeil vast te stellen, rekening houdend met de (andere) waterbeheerdoelstellingen en alle andere betrokken belangen.

32 Zowel onder de Wtw als onder de Ow moeten bij de uitoefening van het passieve watersysteembeheer (regulering van activiteiten) niet alleen de aan het watersysteem toegekende maatschappelijke functies worden betrokken, maar ook de feitelijke functies die watersystemen vervullen. Zie de noot van Van Rijswijk bij ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2999, AB 2018/47 onder punt 3. Zie ook Groothuijse in zijn noot bij ABRvS 2 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:302, AB 2017/93.

33 Art. 1.1 lid 1 Ow jo. bijlage onderdeel A Ow.

34 Zoals reeds in par. 2 is opgemerkt, heeft de watersysteembeheerder daarbij een ruime mate van beoordelingsruimte.

35 Art. 2.3 lid 2 aanhef en onder b Ow (provincie) en art. 2 lid 3 aanhef en onder b Ow (Rijk).

5. Conclusie

Dat de aanschrijvingsbevoegdheid gebruikt kan worden ter uitvoering van art. 6, tweede lid, Hbr en dat daarop het Logtsebaan-toetsingskader van toepassing is, daarover zijn wij het met de rechtbank wel eens. Hetzelfde geldt voor de conclusie dat de inzet van de aanschrijvingsbevoegdheid door GS niet kan leiden tot het verplicht aanpassen van het peilbesluit door het waterschapsbestuur enkel met het oog op natuurbelangen. De functionele begrenzing van de taken en bevoegdheden van het waterschap verzet zich hiertegen. De inzet van de instructiebevoegdheid onder de Ow door de provincie kan er daarentegen wel voor zorgen dat het waterschap het waterpeil wijzigt met het oog op natuurbelangen, mits wordt aangenomen dat het bereiken van de instandhoudingsdoelen (en het met het oog daarop treffen van passende maatregelen) onderdeel is van een van de wettelijke waterbeheerdoelstellingen. Anders dan de rechtbank, menen wij evenwel dat de instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden en ecologische waterkwaliteitsdoelstellingen niet hetzelfde zijn, en in sommige gevallen zelfs met elkaar strijdig kunnen zijn. Voor zover wordt aangenomen dat de facilitering van grondgebruik, waaronder de instandhouding van Natura 2000-gebieden (of andere waterafhankelijke natuurwaarden), als maatschappelijke functie van watersystemen kan worden aangewezen, kan onder de Ow met het oog daarop enkel een peilbesluit worden gewijzigd of vastgesteld als die natuurfunctie ook nadrukkelijk in een regionaal waterprogramma aan het watersysteem is toegekend. Dat is een verandering ten opzichte van de Wtw. Als de instandhoudingsdoelstellingen voor Natura 2000-gebieden zonder meer onder de ecologische waterkwaliteitsdoelstellingen kunnen worden geschaard, zoals de rechtbank in onze ogen ten onrechte concludeert, dan kan in onze ogen niet alleen de minister, maar ook het provinciebestuur een instructie geven aan het waterschapsbestuur om het peilbesluit ten behoeve van die instandhoudingsdoelstellingen te wijzigen.