



Juridische inbedding van energiewinning uit afvalwater door waterschappen

Katalysator in de energietransitie of staatsrechtelijke onzuiverheid?

Maya Velis

Paper Jonge Onderzoekersdag Staatsrechtkring 2016
26 januari 2016

Juridische inbedding van energiewinning uit afvalwater door waterschappen

Katalysator in de energietransitie of staatsrechtelijke onzuiverheid?

Maya Velis*

1. Inleiding

De waterschappen zijn de oudste vorm van openbaar bestuur die Nederland kent,¹ maar blijven – evenals het water dat zij beheren – altijd in beweging. De kerntaken van de waterschappen waren gedurende lange tijd gerelateerd aan de waterhuishouding en de waterkering, waarbij het voornamelijk de kwantitatieve aspecten van het waterbeheer betrof. De zuivering van stedelijk afvalwater is betrekkelijk recentelijk onder de zorg van het waterschap gebracht.² Sinds 2006 is de zuiveringszorg uitgegroeid tot één van de voornaamste taken van het waterschap, die tevens de waterschapsfinanciën domineert.³

Naar de stand van technologische ontwikkelingen, is het mogelijk om biogas te winnen als bijproduct van het zuiveringsproces – bijvoorbeeld door de vergisting van restslib.⁴ Ook de Unie van Waterschappen heeft zich op dergelijke nieuwe technologieën toegelegd. De gewonnen energie kan worden aangewend in het primaire zuiveringsproces, met het doel om de kosten van de zuivering te drukken of althans minder snel te doen stijgen.⁵ Bijkomend voordeel is dat men overstapt op duurzame energiebronnen, hetgeen wenselijk wordt geacht in het licht van het streven naar een circulaire economie en de doelstellingen ter vermindering van de uitstoot van broeikasgassen. Energiewinning uit afvalwater geeft dus uitdrukking aan het ideaal van een duurzame samenleving. Ontwikkelingen op dat vlak worden door velen met belangstelling gevolgd, maar in de juridische literatuur is nauwelijks aandacht besteed aan de gewenste rol van de waterschappen in de duurzaamheidstransitie. Deze paper beoogt om de sluipende taakuitbreiding van de waterschappen juridisch te kwalificeren.

* Mr. M. (Maya) Velis studeerde staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Dit paper is gebaseerd op haar masterscriptie (2015).

¹ Zie over de (ontstaans-)geschiedenis van het waterschap B. Dolfing, 'De vroegste ontwikkelingen in het waterschap' in: J.C.N. Raadschelders & T.A.J. Toonen (eds.), *Waterschappen in Nederland: Een bestuurskundige verkenning van de institutionele ontwikkeling*, Hilversum: Verloren 1993, pp. 61-80.

² Overigens voerden enkele waterschappen de zuivering van stedelijk afvalwater reeds in provinciaal medebewind uit. Wat de motivering van deze taakuitbreiding betreft, meende de wetgever kennelijk te kunnen volstaan met een korte verwijzing naar de zorgplicht tot zuivering van stedelijk afvalwater, die sinds 2002 bestaan had op basis van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. Zie *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 601, nr. 3, p. 11

³ C. Hoeven (2010), 'Ontwikkeling waterschapslasten in de periode 1998-2012', Groningen: Centrum voor Onderzoek van de Economie van Lagere Overheden (COELO-rapport nr. 3).

⁴ J.P. van der Hoek J.P. van der Hoek (2011), 'Energy from the water cycle: A promising combination to operate climate neutral' *Water Practice & Technology* 6(2).

⁵ UvW position paper Waterschappen & Energie, Den Haag: UvW 2014 (online publiek).

1.1 De bevoegdheden van het waterschapsbestuur

Anders dan voor gemeenten en provincies geldt, wordt de bestuurlijke autonomie van het waterschap begrensd door het beginsel van functionele decentralisatie. In artikel 1, eerste lid, van de Waterschapswet zijn waterschappen gedefinieerd als “openbare lichamen welke de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied ten doel hebben”. De bevoegdheden van het waterschapsbestuur zijn beperkt tot de “regeling en het bestuur ter behartiging van de taken die in het provinciaal reglement aan het waterschap zijn opgedragen”, ingevolge artikel 56, eerste lid, van de Waterschapswet. Uit de bewoordingen van laatstgenoemd artikel blijkt reeds dat een waterschap niet zelfstandig zijn takenpakket kan wijzigen, conform diens karakter als *doelcorporatie*.

Het tweede lid van artikel 1 wijst de hoofdtaken aan die aan het waterschap dienen te worden opgedragen, namelijk de zorg voor het watersysteem en de in artikel 3.4 van de Waterwet vervatte zorg voor de zuivering van stedelijk afvalwater – ‘droge voeten en schoon water’ dus. Opvallend is dat het later toegevoegde derde lid van artikel 1 Waterschapswet expliciet de bestrijding van muskus- en beverratten noemt. Deze ogenschijnlijk onschuldige beestjes vormen een bedreiging voor de ‘droge voeten’, daar zij complete waterstaatwerken letterlijk ondergraven. In aanvulling op de wettelijke hoofdtaken kunnen bijzondere neventaken worden opgedragen aan het waterschap bij provinciale verordening, ingevolge artikel 1, tweede lid, van de Waterschapswet. Uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dat de provinciale staten op dit punt een discretionaire bevoegdheid hebben. Voorwaarde is evenwel dat het “waterstaatsaangelegenheden” betreft. Water behoeft overigens niet een wezenlijke rol te spelen in dergelijke waterstaatsaangelegenheden; zo kunnen taken worden opgedragen op het gebied van de wegzorg (ook wel de ‘droge waterstaat’ genoemd)⁶ en het milieu.

1.2 Opzet

Deze paper is een beschouwing van de juridische begrenzingen die het waterschap in acht moet nemen bij de realisering van energiewinning uit afvalwater, gelet op het functioneel-decentrale karakter van dit openbaar lichaam. In het eerste deel wordt onderzocht in hoeverre een waterschap zich op een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag kan beroepen bij energiewinning uit afvalwater. Vervolgens wordt het kader beschreven waarbinnen het waterschap in de privaatrechtelijke sfeer kan handelen, bij gebrek aan een publiekrechtelijke bevoegdheid. Ten slotte wordt beoordeeld in hoeverre wettelijke instrumenten voor horizontaal en verticaal toezicht zijn toegesneden op marktactiviteiten door een waterschap.

2. Energiewinning uit afvalwater als ‘optimalisatie’ van de zuiveringstaak?

Een beoordeling van de vraag of energiewinning uit afvalwater onder de wettelijke zuiveringstaak kan worden geschaard, vereist enig begrip van de materieelrechtelijke invulling van de betreffende taak. Geen van de eerdergenoemde wettelijke bepalingen kadert de zuiveringstaak echter inhoudelijk in en de bijbehorende parlementaire stukken bieden evenmin

⁶ Zie bijvoorbeeld de provinciale verordeningen ter regeling van het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier (artt. 3-5), het Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard (art. 3 lid 3), het Waterschap Rivierenland (art. 4 lid 3), het Waterschap Hollandse Delta (art. 3 lid 3) en het Waterschap Scheldestromen (art. 4 lid 3).

houvast op dit punt.⁷ Het is daarom zinvol om de ratio van de zuivering in ogenschouw te nemen, die gelegen is in het borgen van de kwaliteit van het oppervlaktewater.⁸ Investeringskosten behoeven van het winnen van energie als bijproduct van het afvalwaterzuiveringsproces komen op zichzelf beschouwd niet ten goede aan de effectiviteit van de zuivering, zoals gereflecteerd in de kwaliteit van het effluent. In dat licht is een (al te) extensieve interpretatie van de zuiveringstaak vereist om de zuiveringstaak daaronder te kunnen scharen. Niettemin is het de overweging waard of energiewinning uit afvalwater wellicht andere belangen kan dienen die de wetgever beoogde te beschermen door de zuiveringszorg aan te merken als publieke taak. In de hierna volgende alinea's worden achtereenvolgens twee 'kandidaten' besproken, namelijk de doelmatigheid en de duurzaamheid.

Met het oog op de optimalisatie van de totale kosten van het waterketenbeheer is de *doelmatigheid* verheven tot een centrale beleidsdoelstelling van elke schakel in de keten,⁹ mede onder invloed van de bekostigingsbenadering van de Europese Kaderrichtlijn Water¹⁰ en de stijgende kosten van het waterketenbeheer¹¹. Gegeven dat de doelmatigheid wordt aangehaald in de totstandkomingsgeschiedenis van de wettelijke zuiveringstaak,¹² is beargumenteerbaar dat de doelmatigheid een belang is dat bij de uitoefening van die taak dient te worden behartigd. Vanuit dat perspectief kan betoogd worden dat energie gewonnen wordt uit afvalwater in het kader van de uitvoering van de wettelijke zuiveringstaak, indien en voor zover het initiatief inderdaad de doelmatigheid van de zuivering dient.

De beoordeling van de doelmatigheid is echter problematisch. Hoewel de doelmatigheid verband houdt met de ogenschijnlijk eenvoudige vraag in hoeverre de (investerings-)kosten opwegen tegen de besparingen op de energienota, zal de beoordeling veelal plaatshebben door middel van een vergelijking met een hypothetische situatie.¹³ In zoverre is de doelmatigheid moeilijk objectiveerbaar.¹⁴ Daarom zou de aanvaarding van een doelmatigheidscriterium in mijn ogen een vrijbrief kunnen vormen voor het waterschapsbestuur voor activiteiten die weliswaar in de periferie van de publieke taak liggen, maar vanuit de publieke taak bezien niet zonder meer geoorloofd zijn. Ter illustratie wordt gewezen op de mogelijke samenhang tussen de doelmatigheid van de zuivering en de omvang van door het waterschap aangetrokken (financiële) risico's. In veel gevallen streeft men ernaar om op grote schaal energie te winnen omdat dit doelmatiger wordt geacht. Met de schaalvergroting neemt echter ook de complexiteit

⁷ Vgl. A. Gerbrandy, R. Nehmelman, H.F.M.W. van Rijswijk, T. Verstappen & S. de Vries, *Innovatie en duurzaamheid: valorisatie van afvalwater*, Amersfoort: STOWA 2012-47, p. 30.

⁸ *Kamerstukken II 2006-2007*, 30 818, nr. 3, pp. 96-97. Zie voorts R.J.H.M. van der Veeren & R. van Cleef (2013). *Kostenterugwinning van waterdiensten 2013*, Sterk Consulting en Bureau BUITEN, p. 25. Overweeg ook dat het Nederlandse zuiveringsbeheer een uitwerking vormt van de Richtlijn 9/271/EEG van de Raad van 21 mei 1991 inzake de behandeling van stedelijk afvalwater, waarin de bescherming van het milieu tegen de nadelige gevolgen van de lozingen van stedelijk afvalwater ten doel gesteld is (art. 1).

⁹ Zie bijv. *Kamerstukken II 1989-1990*, 21 250, nr. 3, p. 37 (Derde Nota Waterhuishouding); *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 966, nr. 1, p. 5 en 7 (Rijkvisie Waterketen); *Kamerstukken II 2006-2007*, 30 818, nr. 3, p. 90 (Waterwet). Zie tevens H.K. Gilissen, 'Kansen voor de waterketen: Naar een balans tussen de bescherming van publieke belangen en doelmatigheid in het waterketenbeheer', *Gst.* 2014/71, p. 4.

¹⁰ Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (PB L 327 van 22.12.2000, blz. 1), laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2013/64/EU van de Raad van 17 december 2013. Art. 9 schrijft voor dat de kosten van waterdiensten, waaronder de zuivering van afvalwater wordt verstaan, worden teruggewonnen.

¹¹ Zie over de anticipatie van deze kostenstijging: H.J.M. Havekes, 'Sinterklaas bestaat niet, of toch? Over de financiering van de waterschappen.', in: Th.G. Drupsteen, H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswijk, *Weids Water: opstellen over waterrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 151. Zie over de verwezenlijking daarvan: C. Hoeben (2010), 'Ontwikkeling waterschapslasten in de periode 1998-2012', Groningen: COELO (rapport nr. 10-3).

¹² *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 615, nr. 3, p. 2.

¹³ *Handreiking meten van doelmatigheid*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2003, p. 7-8 (online publiek).

¹⁴ Zie Gilissen 2014, a.w., p. 6.

van zowel de bedrijfsvoering van het waterschap als het geheel aan rechtsbetrekkingen tussen betrokken partijen toe.¹⁵ Toenemende afhankelijkheid van derden wordt problematisch indien een partij failliet gaat of eenzijdig besluit de samenwerking met het waterschap te beëindigen.

Een tweede aanknopingspunt is gelegen in het beginsel van de *duurzame ontwikkeling*. Hoewel het duurzaamheidsbeginsel de afgelopen jaren aan betekenis heeft gewonnen op het spreekwoordelijke internationale toneel, bevindt het beginsel zich in Nederland nog in een vroeg stadium van de rechtsontwikkeling. In de Waterwet en de Waterschapswet wordt met geen woord gerept over het duurzaamheid, maar de nieuwe Omgevingswet biedt kansen voor de codificatie daarvan.¹⁶ In het voorstel-Omgevingswet wordt duurzame ontwikkeling ruim opgevat als “het waarborgen van de bestaansmogelijkheden van mensen op aarde, hier en nu, elders en later” – een abstracte definitie waarin het uitgangspunt van intra- en intergenerationele rechtvaardigheid uit het Brundtland-rapport doorklinkt.¹⁷

Het wetsvoorstel erkent het duurzaamheidsbeginsel niet als normerend beginsel van rechtshandelingen; de regering zoekt aansluiting bij het vertrouwde kader voor de bestuurlijke belangenafweging, waarbij “alle relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en de daarbij rechtstreeks betrokken belangen gezamenlijk in aanmerking moeten worden genomen bij de uitoefening van een taak of bevoegdheid.”¹⁸ Deze integrale belangenafweging dient evenwel plaats te vinden “met het oog op de duurzame ontwikkeling”, waarbij kern is “dat het herstelvermogen en de natuurlijke veerkracht van ecosystemen niet wordt geschaad, zodat de vitaliteit van het natuurlijk kapitaal [...] wordt geborgd.”¹⁹ Op het eerste gezicht gaat het in deze negatief geformuleerde begripsopvatting eerder om het *beperken* van activiteiten die schadelijk zijn voor het milieu, dan om het *bevorderen* van activiteiten als energiewinning uit afvalwater. Mij dunkt dat het duurzaamheidsbeginsel nog niet rijp is om te worden aangewend bij een extensieve interpretatie van de zuiveringstaak.

3. Taakstelling anders dan bij wet in formele zin

De problematiek van de kwalificatie van energiewinning uit afvalwater als ‘optimalisatie’ van de zuiveringstaak, laat de mogelijkheid onverlet dat bevoegdheidstoedeling plaatsvindt anders dan bij wet in formele zin. Ten eerste kan het bevoegdheidsscheppend vermogen van de zogenoemde ‘Green Deal’ overwogen worden, een convenant waarin de Unie van Waterschappen zich jegens het Rijk committeerde aan de opzet van ten minste twaalf grootschalige ‘energiefabrieken’ in de periode 2011-2015.²⁰ Hoewel deze toezegging concreet is, zie ik het betreffende convenant bovenal als een pilotconstructie die bedoeld is om technologische ontwikkelingen een impuls te geven. De ‘Green Deal’ lijkt niet te zijn bedoeld om de waterschappen een generieke bestuursbevoegdheid toe te kennen in afwijking van het limitatieve stelsel van de Waterschapswet. Daarmee is twijfelachtig of een dergelijke

¹⁵ Een waterschap kan bijvoorbeeld slachtafval inkopen dat biologische enzymen bevat die de chemische reacties kunnen katalyseren.

¹⁶ H.F.M.W. van Rijswick (2014), ‘Water en ruimtelijke ordening: wat brengt de toekomst?’ in: R.C.J. Cremers, E.R. Heijmans, Y. Hinnen, A.M. Jansen, W.H.E. Parlevliet (red.), *Terecht Bouwrecht*, p. 14; S. van ‘t Foort en J. Kevelam (2015), ‘Het waarborgen van duurzaamheid in de Omgevingswet’, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2015-1, p. 10-11.

¹⁷ *Our common future*, UN World Commission on Environment and Development 1987 (Brundtland Report).

¹⁸ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 962, nr. 3, p. 395.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 962, nr. 3, p. 40.

²⁰ *Green deal tussen de Unie van Waterschappen en de Rijksoverheid 2011* (online publiek). Toedeling van bevoegdheden kan geschieden bij convenant, tenzij ingegrepen wordt in de rechtspositie van de burger. Zie Voermans 2004, p. 30-31.

interbestuurlijke overeenkomst voldoende aanknopingspunten biedt om energiewinning uit afvalwater in het kader van de uitvoering van de publieke zuiveringstaak te laten plaatsvinden.

Ten tweede kan de rechtsfiguur van de taakopdracht door het provincie overwogen worden. In het kader van energiewinning uit afvalwater is deze discussie enigszins hypothetisch van aard, aangezien dit thema nagenoeg onbesproken is gebleven in de provinciale reglementen.²¹ De genesis van de eerdergenoemde waterschapstaak om muskus- en beverratten te bestrijden, is evenwel illustratief voor de contouren van de provinciale taakopdracht. Hoewel de betreffende verantwoordelijkheid vanaf 1985 formeel bij de provincies berustte, werd de feitelijke uitvoering veelal opgedragen aan de waterschappen. Aangezien de bestrijding van muskus- en beverratten de verbetering van de waterveiligheid tot doel heeft, zou deze activiteit als zodanig als onderdeel van het watersysteembeheer kunnen worden gezien. Ondanks dat de bestrijding van deze dieren dus probleemloos als een waterstaatsaangelegenheid kan worden aangemerkt, achtte de wetgever een afzonderlijke bepaling noodzakelijk.²² Naar analogie kan betoogd worden dat een eventuele provinciale opdracht van neventaak niet ter vervanging kan dienen van een in de Waterschapswet op te nemen bepaling die de waterschappen uitdrukkelijk in de gelegenheid stelt om energie te winnen uit afvalwater voor zover de duurzame en doelmatige uitoefening van de zuiveringstaak dit vordert.²³

4. Energiewinning in de sfeer van het privaatrecht

Evenals andere overheden, beschikken waterschappen over een zekere ruimte om marktactiviteiten uit te oefenen die grensoverschrijdend effect ontberen.²⁴ Deze ruimte wordt evenwel begrensd door de Wet Markt en Overheden,²⁵ welke een 'gelijk speelveld' tussen de overheid enerzijds en marktpartijen anderzijds beogen te borgen.²⁶ Onder deze wet zijn marktactiviteiten door waterschappen in beginsel geoorloofd, tenzij deze een vervalsing van de mededinging inhouden.²⁷ Dit uitgangspunt wringt met het beginsel van functionele decentralisatie. In de hoedanigheid van openbaar lichaam van functioneel bestuur, heeft het waterschap immers een 'gesloten huishouding'.²⁸ De bevoegdheden van het waterschap zijn

²¹ De zuiveringstaak wordt evenwelruim opgevat in het Besluit van Provinciale Staten van Zuid-Holland van 19 februari 2003 en van Noord-Holland van 10 februari 2003 tot vaststelling van het Reglement van bestuur voor het Hoogheemraadschap van Rijnland (Prov. Blad van Zuid-Holland van 2003, nr. 13 en Prov. Blad van Noord-Holland van 2003, nr. 43,) laatstelijk gewijzigd bij besluit van 28 januari 2015 (Prov. Blad 2015, nr. 997): "Zo gezien hoort bijvoorbeeld ook de verwerking van bij de afvalwaterzuivering vrijkomende reststoffen tot het zuiveren van afvalwater."

²² *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 474, nr. 3, pp. 4-5, p. 14.

²³ Benadrukt zij dat de bestrijdingsbevoegdheid een reeds bestaande bevoegdheid betrof. Het komt mij voor dat men minder geïnclineerd zal zijn om tot wetswijzigingen over te gaan indien maatschappelijke ontwikkelingen een impuls geven aan een *geheel nieuwe* activiteit, zoals bij energiewinning uit afvalwater het geval is. En andere relevante omstandigheid is dat muskus- en beverrattenvangers over bepaalde gedoogplichten moeten beschikken voor het plaatsen en legen van vallen. Zie over die gedoogplichten H.J.M. Havekes en W.J. Wensink (2013), 'Omgevingswet waterproof?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2013, nr. 2, p. 71 en p. 78.

²⁴ Overheden die commerciële activiteiten ontplooiën waarbij sprake is van grensoverschrijdend effect, zijn gebonden aan Europese mededingsregels.

²⁵ Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden, *Stb.* 2012, 254.

²⁶ *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 354, nr. 3, pp. 10-11.

²⁷ Zie over de toelaatbaarheid van marktactiviteiten nader D.W.L.A. Schrijvershof (2012), 'De Wet Markt en Overheid: door (spontane) naleving of (beginselplicht tot) handhaving naar een gelijk speelveld?', *Mededingingsrecht in de praktijk* 2012-6, pp. 201-214.

²⁸ D.E. Bunschoten, 'Het waterschap in de Grondwet' in: J.W.L. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, P.P.T. bovend' Eert, D.J. Elzinga, M. Herweijer, M.A.D.W. de Jong & H.G. Warmelink (red.), *Constitutionele normen en decentralisatie: Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet*. Deventer: 2011, p. 191.

daarmee beperkt tot die activiteiten die noodzakelijk zijn voor het realiseren van zijn reglementaire taken. Het ligt in de rede dat deze functionaliteit eveneens de ruimte inkadert waarbinnen privaatrechtelijk handelen geoorloofd is.

In de parlementaire geschiedenis van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren kunnen aanknopingspunten gevonden worden voor de begrenzing van de beleidsvrijheid van het waterschap inzake marktactiviteiten. De memorie van toelichting bevestigt dat voor waterschappen ruimte bestaat voor marktactiviteiten, mits die in verband staan met de uitvoering van hun 'publieke taak' en aansluiten bij de specifieke benodigde kennis die bij het waterschap aanwezig is.²⁹ Het bereiken van lagere lasten voor de gebonden lozers op de riolering wordt als doel genoemd van dergelijke activiteiten. Bij wijze van voorbeeld wordt het treffen van een "gemeenschappelijke voorzieningen op het gebied van heffing en invordering van zuiveringsheffing, alsmede op het gebied van slibverwerking of laboratoria" genoemd.³⁰ Aangezien energie tot de eindproducten van slibverwerking kan behoren, is energiewinning uit afvalwater een sprekend voorbeeld van een marktactiviteit door het waterschap.

Het is enigszins merkwaardig dat de inhoudelijke normering van marktactiviteiten door het waterschap beperkt is tot incidentele opmerkingen in de parlementaire geschiedenis van een wet die inmiddels is vervallen. Gleijm e.a. hebben aanvullende voorwaarden voorgesteld, namelijk dat de betreffende activiteiten de uitvoering van de wettelijke taken niet in gevaar mogen brengen en dat zij een voordeel moeten inhouden voor het beheersgebied van het waterschap.³¹ In die twee voorwaarden klinkt de 'tweewegenleer' door,³² maar aangezien enige keuzemogelijkheid ontbreekt vanwege de gebrekkige publiekrechtelijke bevoegdheid tot energiewinning uit afvalwater, is de toepasselijkheid van deze leer strikt genomen beperkt.³³ Niettemin lijkt het mij evident dat energiewinning uit afvalwater in ieder geval niet ten koste mag gaan van de uitoefening van de primaire waterschapstaken. In deze argumentatielijn mag men van de waterschapsbesturen verwachten dat zij zorgvuldig afwegen welke directe en indirecte consequenties het grootschalig winnen van energie uit afvalwater kan hebben voor de primaire taken van het waterschap.

5. Toezicht en verantwoording

Gezonde toezichtsverhoudingen, met inbegrip van 'checks and balances', worden in het algemeen belangrijk geacht in onze democratische rechtstaat.³⁴ In het kader van energiewinning uit afvalwater is dit van bijzonder belang, aangezien investeringen benodigd zijn om deze activiteit te faciliteren. Hoewel het risicoprofiel van de onderneming verschilt naar gelang van de gekozen rechtsvorm, kunnen de risico's aanzienlijk zijn. Verstoringen van de financiële soliditeit van het waterschap kunnen worden afgewenteld op andere overheden en uiteindelijk op de gemeenschap als geheel, waarbij de financieringsgrondslag van energiewinning uit

²⁹ *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 615, nr. 3, p. 10.

³⁰ *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 615, nr. 3, p. 10.

³¹ A. Gleijm, H. Duursema, M. Leushuis, B. Meesters, J. Spaans, T. Stevens, H-J de Ru, *Rembrandt Water: Expanderen op de internationale markt van geïntegreerde contracten*, Amsterdam: Allen & Overy/Rebel 2013, p. 48.

³² Zie H. Peters (2013), 'De bestuursrechter en de tweewegenleer', *NTB* 2013/15.

³³ HR 11 december 1992, *LJN ZC0788*, *NJ* 1994/639, *AB* 1993/301 (*Brandweerkosten Vlissingen*).

³⁴ Zie, in algemene termen, M.A.P. Bovens en P. 't Hart (2005), 'Publieke verantwoording: Zegen en vloek', in: W. Bakker & K. Yesilkagit (red.), *Publieke verantwoording. Regimes van inzicht en rekenschap bij de uitvoering van publieke taken*, Amsterdam: Boom, p. 5. Zie ook C.J. Montfort, 'Toezicht en evaluatie in de schermerzone', in: F. L. Leeuw, J. S. Kersenboom, & R. Elte (red.), *Turven, tellen, toetsen: Over toezicht, inspectie, handhaving en evaluatie en hun maatschappelijke betekenis in Nederland*, Den Haag: Boom/Lemma, pp. 107-122, p. 113.

afvalwater overigens niet beslissend is. Vanuit dat perspectief is adequaat financieel toezicht dus van groot belang.³⁵

5.1 Horizontaal toezicht

Op grond van artikel 83, vierde lid, van de Waterschapswet heeft het algemene bestuur een bevoegdheid inzake de regeling en de uitoefening van het toezicht. Op basis daarvan kunnen bijvoorbeeld kaders worden gesteld voor de samenwerking met andere partijen, de rechtsvorm, en de rolverdeling tussen het algemene bestuur en het dagelijks bestuur.³⁶ Voor het overige is het interne (financiële) toezicht beperkt tot de verantwoordingsverplichting in artikel 103 Waterschapswet, op grond waarvan het dagelijks bestuur de jaarrekening en het jaarverslag ter verantwoording overlegt aan het algemeen bestuur. Ten aanzien van reeds aangegane privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen door het dagelijks bestuur, zijn de sturingsbevoegdheden van het algemeen bestuur vanzelfsprekend beperkt. Bovendien is het dagelijks bestuur in beginsel vrij om gemeenschappelijke regelingen te treffen met andere openbare lichamen of private partijen.³⁷ Om deze redenen hebben de Greef e.a. reeds aanbevolen om het toezichtsinstrumentarium van het algemeen bestuur van het waterschap te verstevigen.³⁸

Anders dan de provinciën en gemeenten, kent het waterschap geen wettelijke rekenkamer die bevoegd is om de doelmatigheid, de doeltreffendheid en de rechtmatigheid van het gevoerde bestuur te onderzoeken. Sinds 2005 heeft de Unie van Waterschappen evenwel geëxperimenteerd met een vrijwillige rekenkamerfunctie op basis van een groeimodel. Ieder waterschap kan daarbij de inrichting van de rekenkamerfunctie bepalen – met inbegrip van de samenstelling, taken, en positionering tegenover het algemeen bestuur en het dagelijks bestuur. Ook de omvang van de bevoegdheden en in het bijzonder de vraag of de rekenkamer op eigen initiatief advies kan uitbrengen, wordt ter invulling aan het waterschapsbestuur overgelaten.³⁹ Gelet op het feit dat in 2014 slechts tien volwaardige rekenkamers in onafhankelijkheid van de waterschapsbesturen opereerden,⁴⁰ is het twijfelachtig of deze vrijblijvende vorm van horizontaal toezicht afdoende functioneert.

5.1 Verticaal toezicht

Diverse bevoegdheden voor interbestuurlijk toezicht zijn gevestigd in de provincie. Het betreft hierbij niet alleen de generieke toezichtsinstrumenten, maar ook het toezicht op de financiële gezondheid van het waterschap. Het eerste generieke toezichtsinstrument van Gedeputeerde Staten is de spontane vernietiging van een besluit dan wel een niet-schriftelijke beslissing gericht op enig rechtsgevolg.⁴¹ Dit zware instrument kan uitsluitend worden ingezet vanwege

³⁵ Zie *Van specifiek naar generiek: Doorlichting en beoordeling van interbestuurlijke toezichtarrangementen*. Commissie doorlichting interbestuurlijke toezichtarrangementen (Commissie Oosting) 2008, p. 86; *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 547, nr. 1, p. 14 (Evaluatie Wet financiering decentrale overheden)

³⁶ Vgl. R.J.M.H. de Greef, L.C.L. Huntjens en N.M. Oud, 'Verbonden partijen: de lusten en lasten van verzelfstandiging', NTB 2012-6, p. 43.

³⁷ Met uitzondering van gemeenschappelijke regelingen met andere waterschappen, waarvoor ingevolge artikel 50 lid 2 van de Wet gemeenschappelijke regelingen een goedkeuringsvereiste geldt.

³⁸ Zie uitgebreid De Greef e.a. 2012, p. 45 voor een vergelijking met het instrumentarium van de gemeenteraad en de provinciale staten.

³⁹ *Handreiking doelmatigheid en doeltreffendheid*, UvW 2010 (online publiek).

⁴⁰ *Position paper: rekenkamerfunctie bij de waterschappen in 2014*, de Waterkring 2014.

⁴¹ Art. 156, eerste lid, van de Waterschapswet

strijd met het recht of het algemeen belang.⁴² Het tweede instrument betreft het geven van aanwijzingen “omtrent de uitoefening van taken en bevoegdheden” door het waterschapsbestuur, waartoe Gedeputeerde Staten kunnen overgaan “indien een samenhangend en doelmatig regionaal waterbeheer dat vordert”, ingevolge artikel 3.12, eerste lid, van de Waterwet. Indien het waterschap “niet tijdig of naar behoren” gevolg geeft aan de aanwijzing, kan de provincie in de plaats van het waterschap treden.⁴³ Naar de letter blijven de activiteiten van het waterschap die niet te herleiden zijn tot een heldere wettelijke taakstelling echter van deze vorm van toezicht gevrijwaard. Gedeputeerde Staten kunnen er slechts voor waken dat dergelijke activiteiten niet de primaire taken van het waterschap zodanig in het gedrang brengen, dat sprake is van taakverwaarlozing. Mede in het licht van het marginale karakter van het interbestuurlijk toezicht, verwacht ik dat Gedeputeerde Staten slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden zouden vaststellen dat sprake is van taakverwaarlozing als gevolg van energiewinning uit afvalwater.

De provincie beschikt eveneens over toezichtsbevoegdheden inzake de stukken die jaarlijks door het dagelijkse bestuur van het waterschap worden aangeleverd op grond van artikel 101 lid 2 van de Waterschapswet. De provincie beoordeelt de bestanddelen van de begroting, die zijn genoemd in artikel 4.11 lid 2 van het Waterschapsbesluit uit 2007 en nader uitgewerkt in artikelen 4.12 tot en met 4.22. Van belang voor energiewinning uit afvalwater is dat de begroting een financieringsparagraaf dient te bevatten, die uiteenzet hoe het waterschap voornemens is om de risico's die aan financiële transacties verbonden zijn te beheersen of te beperken. Bovendien dient een risicoparagraaf te zijn opgenomen, inhoudende een inventarisatie van de financiële risico's in samenhang met de reserves, alsmede het beleid van het waterschap daaromtrent. De beleidsvoornemens van het waterschap omtrent zogenoemde ‘verbonden partijen’, waarbij het waterschap zowel een financieel belang als een bestuurlijk belang heeft, worden eveneens opgenomen in een paragraaf.⁴⁴

Voor Gedeputeerde Staten is het dus goed mogelijk om risicovolle investeringen in het vizier te krijgen via de voorgeschreven bestanddelen van de begroting – mits de rapportage zorgvuldig en volledig is. Met de paragraaf inzake ‘verbonden partijen’ wordt bovendien voorkomen dat (privaatrechtelijke) rechtspersonen die vanwege het waterschap energie winnen uit afvalwater, aan het provinciale toezicht onttrokken blijven. Anderzijds zullen eventuele contractpartijen van het waterschap niet onder deze begripsdefinitie vallen en blijven de inhoud en risico's van contractuele afspraken in zoverre buiten beeld. Afgezien daarvan is het financiële toezicht van de provincie – bij het ontbreken van een goedkeuringsvereiste voor de begroting – betrekkelijk ‘licht’. De procedure mondt uit in een jaarlijks ambtelijk overleg, op basis waarvan de begroting *kan* worden aangepast.

5. Slotopmerkingen

In het voorgaande is betoogd dat energiewinning uit afvalwater niet zonder meer kan plaatsvinden in het kader van de uitoefening van de wettelijke zuiveringstaak, zelfs indien die wordt gezien in het licht van het doelmatigheid en het duurzaamheid. Energiewinning uit

⁴² Art. 133, derde lid, Grondwet

⁴³ Art. 3.14, vierde lid, van de Waterwet

⁴⁴ Een financieel belang is gedefinieerd als “een aan de verbonden partij ter beschikking gesteld bedrag dat niet verhaalbaar is indien de verbonden partij failliet gaat onderscheidenlijk het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat indien de verbonden partij haar verplichtingen niet nakomt”. Onder een bestuurlijk belang wordt verstaan dat het waterschap zeggenschap heeft, “hetzij uit hoofde van vertegenwoordiging in het bestuur hetzij uit hoofde van stemrecht.” (art. 4.1 Waterschapsbesluit).

afvalwater vertoont op dit punt aanmerkelijke overeenkomsten met een casus die zich in de zeventiger jaren afspeelde, omtrent het voornemen van een Amsterdams drinkwaterbedrijf om fluor aan het drinkwater toe te voegen ten bate van de volksgezondheid.⁴⁵ Ook in dit geval worden de grenzen van de wettelijke bevoegdheid naar de letter overschreden ten behoeve van een buiten de overheidsdienst gelegen doel, waarbij het overheidshandelen is ingegeven door goede bedoelingen en – zo men wil – algemene belangen.

Het ontbreken van een publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag, betekent niet dat het waterschap zich in het geheel niet met dergelijke activiteiten kan of mag inlaten. Zolang de wetgever geen stappen onderneemt, ligt een kwalificatie als ‘marktactiviteit’ echter meer voor de hand. In het belang van de bescherming van de (Europese) mededinging zijn tal van begrenzings gesteld aan marktactiviteiten door overheden. Dergelijke begrenzings bieden echter geen antwoord op de vraag hoeveel bewegingsvrijheid een waterschap geniet op de markt, gelet op zijn specifieke taak. In de wetsgeschiedenis van de Wet verontreiniging oppervlaktewater lijkt als randvoorwaarde naar voren te komen dat er enige relatie is tussen marktactiviteiten en de publieke taak.⁴⁶ Afgezien van het feit dat deze wet inmiddels vervangen is door de Waterwet, zijn deze overwegingen summier. Bij gebrek aan wettelijke duiding van het begrip ‘publieke taak’,⁴⁷ is ongewis in hoeverre het samenvalt met de wettelijke taken van het waterschap. Duidelijk is evenwel dat het waterschapsbestuur discretie toekomt bij de interpretatie van dit begrip. Afgezien van de onbekende verhouding tussen marktactiviteiten en de publieke taak, is de huidige structuur van het horizontale en verticale toezicht onvoldoende toegesneden op marktactiviteiten.

In het licht van het voorgaande zie ik drie mogelijkheden om de juridische inbedding van energiewinning uit afvalwater te verbeteren. Ten eerste kan men een verlobbepaling opnemen in de Waterschapswet, opdat de waterschappen uitdrukkelijk in de gelegenheid worden gesteld tot energiewinning uit afvalwater, voor zover de duurzame en doelmatige uitoefening van de zuiveringstaak dit vordert.⁴⁸ Hiermee wordt energiewinning uit afvalwater uitdrukkelijk onder de normerende werking van het publiekrecht gebracht. Ten tweede zou overwogen kunnen worden om marktactiviteiten door waterschappen nader in te kaderen, in navolging van de versterkte beteugeling van ‘hybride organisaties’ zoals woningbouwcorporaties.⁴⁹ De derde mogelijkheid is om het kader voor (risicogestuurd) toezicht en verantwoording uit te breiden naar marktactiviteiten, opdat de belangen van de ingezetenen kunnen worden geborgd zonder het waterschap de prikkel tot innovatie te ontnemen.

⁴⁵ HR 22 juni 1973, NJ 1973,386. Zie nader W.J.M. Voermans, ‘Legaliteit als middel tot een doel. Controverses rondom legaliteit en legitimatie’, *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging* 141ste jaargang, Deventer: Kluwer 2011, pp. 19-20.

⁴⁶ Zie *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 615, nr. 3, p. 10; art. 2 lid 3 Wet Financiering decentrale overheden.

⁴⁷ Van Rijswijk 2014, a.w., wees reeds op de relatieve onbestemdheid van de ‘publieke taak’ in het waterbeheer.

⁴⁸ De keuze om energiewinning uit afvalwater juridisch vorm te geven als *taak*, zou onwenselijke neveneffecten kunnen hebben in verband met het verplichtende karakter daarvan.

⁴⁹ Wet van 20 maart 2015 tot wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen

volkshuisvesting (Stb. 2015, 146). Bij deze wetswijziging werd het toezicht aangescherpt en het taakgebied van de corporaties werd strakker ingekaderd. Bovendien kregen huurders zeggenschap toebedeeld, bijvoorbeeld ten aanzien van fusies. Zie voor een kritiek op de voormalige wettelijke regeling van woningbouwcorporaties, die (mede) tot de ingrijpende hervorming heeft geleid: *Toezicht op presteren van de woningcorporaties*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2014.