

en *Kolencentrale Moorburg* (HvJ EU 26 april 2017, C-142/16, ECLI:EU:C:2017:301) waaruit volgt dat het HvJ stelt dat de positieve gevolgen van nieuwe habitats die nog moesten worden ontwikkeld, vanwege onzekerheid over het positieve resultaat hiervan niet bij de beoordeling van art. 6, lid 3 Habitatrichtlijn mogen worden betrokken, vind ik op dit punt niet overtuigend. Kenmerkend element van die eerdere jurisprudentie is immers met name dat het nieuwe habitat op andere locaties werd ontwikkeld dan op de locatie waar de aantasting vanwege een nieuw initiatief zou plaatsvinden, of dat onzekerheid bestond over de effectiviteit van de voorgenomen mitigerende maatregel. Reeds om die reden concludeerde het HvJ – en in navolging van het HvJ vervolgens ook de ABRVS – dat maatregelen, bestaande uit de ontwikkeling van nieuw habitats op een andere locatie in het Natura 2000-gebied, niet zouden kunnen leiden tot een vermindering of het voorkomen van de aantasting van bestaand habitat.

15. Uit deze jurisprudentie leid ik af dat het positieve effect van de herstelmaatregelen en de bronmaatregelen, in theorie althans, in de passende beoordeling meegenomen kan worden mits (i) hiermee de aantasting van het habitat als gevolg van een nieuw initiatief, waarvoor met gebruikmaking van het PAS toestemming wordt verleend, op de locatie in het Natura 2000-gebied waar deze aantasting wordt veroorzaakt, wordt verminderd of voorkomen; en (ii) wetenschappelijk gezien geen twijfel bestaat over de effectiviteit van deze herstel- en bronmaatregelen. De A-G voegt daar met deze conclusie nog als derde, nieuwe voorwaarde, aan toe dat ook moet worden voldaan aan de eis dat de stikstofbelasting van een Natura 2000-gebied wordt verlaagd tot de kdw (of een andere grenswaarde), want alleen op het moment dat de stikstofbelasting tot dat niveau is gebracht, is ruimte voor nieuwe initiatieven. Ik realiseer me dat het in de praktijk weliswaar niet eenvoudig zal zijn om deze toets al met goed gevolg af te leggen – maar de praktische uitvoeringsaspecten zijn sowieso weinig van belang in een procedure voor het HvJ – maar m.i. hanteert de A-G hier dus op twee punten (koppeling met kdw's en kwalificatie van de maatregelen) een te strenge maatstaf.

Afronding

16. In de inleiding gaf ik al aan dat de conclusie van de A-G veel interessante aspecten bevat die niet allemaal in een noot aan de orde kunnen komen. Ik wijs hier volledigheidshalve nog op de overwegingen van de A-G met betrekking tot de vraag of het weiden van vee en het bemesten van gronden als een project moet worden beschouwd. De A-G concludeert in beide gevallen dat sprake is van een project, gelet op de omschrijving van het project-begrip in de MER-Richtlijn maar stelt daarnaast dat als geen sprake zou zijn van een project in de zin van de MER-Richtlijn, in ieder geval kan zijn van een 'activiteit die in de ruimere definitie van het begrip "project" in de habitatrichtlijn significante gevolgen kan hebben' voor een Natura 2000-gebied. Hier breekt de A-G dus een lans voor een ruim projectbegrip, waarbij niet de feitelijke kenmerken van een nieuw initiatief bepalend zijn voor de vraag of sprake is van een project, maar

de effecten van dit initiatief op een Natura 2000-gebied. Als het HvJ deze redenering van de A-G volgt zal dit m.i. als consequentie hebben dat het Nederlandse onderscheid tussen projecten en andere handelingen komt te vervallen.

17. Een ander relevant aspect waar de A-G zich over uit spreekt heeft betrekking op (i) de vraag of projecten mogen worden uitgesloten van de vergunningplicht indien de stikstofbelasting onder een bepaalde grens- of drempelwaarde blijft; en (ii) de vraag of de generieke uitzondering op de vergunningplicht voor het weiden van vee en bemesten van gronden aanvaardbaar is als gemiddeld genomen geen stijging van de stikstofdepositie door deze activiteiten zou plaatsvinden. Het antwoord op de deze twee punten laat zich raden: de A-G concludeert, samengevat, dat een uitzondering op de vergunningplicht – hetzij in de vorm van grens- of drempelwaarde, hetzij voor bepaalde activiteiten – alleen is toegestaan indien op grond van objectieve gegevens vanuit wetenschappelijk oogpunt geen redelijke twijfel bestaat dat stikstofdepositie vanwege deze activiteiten geen significante gevolgen zal hebben voor een betrokken Natura 2000-gebied. Logisch gevolg daarvan is dus ook dat aan deze strenge norm niet wordt voldaan bij het hantieren van het uitgangspunt in het PAS dat de stikstofdepositie vanwege het beweiden en bemesten 'gemiddeld genomen' niet toeneemt.

18. Hoe nu verder met het PAS? Belangrijke aspecten waar het HvJ in het bijzonder een antwoord op zal moeten geven naar aanleiding van deze conclusie zijn wat mij betreft ten eerste de door de A-G aangenomen onmogelijkheid om in een overbelaste situatie toestemming te verlenen voor een nieuw project of plan zolang niet ook, of beter gezegd, eerst, deze overbelaste situatie is beëindigd. Vragen die in dat verband leven zijn (i) of deze redeneerlijn in zijn algemeen houdbaar is; en (ii) of deze redeneerlijn ook geldt als voor een individueel project of plan toestemming wordt verleend. Ten tweede zal het HvJ, in het licht van zijn eigen jurisprudentie, duidelijkheid moeten verschaffen over de mate waarin met beschermings- en bronmaatregelen rekening kan worden gehouden in het PAS. Een ander belangrijk nieuw element waarover het HvJ zich hopelijk duidelijk uitsprekt, betreft de uitleg van het projectbegrip.

Marieke Kaajan

M en R 2018/115

Rechtbank Noord-Holland 30 juli 2018, nr. AWB - 17 _ 2945 (Van Dijk, Kraefft, De Feijter)
m.nt. J.J.H. van Kempen

(art. 6.4 Waterwet)

ECLI:NL:RBNHO:2018:6586

Watervergunning voor open bodemenergiesysteem geen schaarse vergunning

‘Anders dan eiseres betoogt, brengt dit beginsel [van “wie het eerst komt, het eerst pompt”] niet met zich dat verweerder ter voorkoming van negatieve interferentie al bij ontvangst van een vergunningaanvraag rekening moet houden met een eerdere aanvraag in die zin dat aanvragen in de volgorde van binnenkomst moeten worden afgehandeld en dat een tweede aanvraag niet tot vergunningverlening zou mogen leiden indien een eerdere aanvraag kan worden ingewilligd. Verlening van meer vergunningen voor dezelfde locatie is mogelijk. (...) Een positie als enige vergunninghouder is niet in overeenstemming met het systeem van de wet, dat meer vergunningen en meer vergunninghouders mogelijk maakt.’

Partij(en)

1. [eiseres]
2. het college van gedeputeerde staten van Noord-Holland
3. [derde-partij]

Procesverloop

Bij besluit van 30 maart 2017 (het primaire besluit) heeft verweerder aan derde-partij een vergunning verleend als bedoeld in artikel 6.4 van de Waterwet voor het onttrekken en in de bodem terugbrengen van grondwater en voor het aanbrengen van bronnen met filters tot in het derde watervoerend pakket als bedoeld in artikel 6.5 van de Waterwet en de keur van Rijnland.

Eiseres heeft tegen het primaire besluit bezwaar gemaakt en daarbij verweerder verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep en het bezwaarschrift door te sturen naar de rechtbank met het verzoek het als beroep in behandeling te nemen.

Verweerder heeft ingestemd met rechtstreeks beroep en het bezwaarschrift ter behandeling doorgezonden naar de rechtbank.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 10 juli 2018. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Overwegingen

1. Verweerder heeft derde-partij een vergunning verleend voor het installeren van een open bodemenergiesysteem op de locatie [locatie]. Derde-partij is eigenaar van de grond en het gebouw op de locatie. Aan eiseres is voor nagenoeg dezelfde activiteit op dezelfde locatie op 1 mei 2017 een vergunning verleend.

2. Eiseres betoogt dat voor (nagenoeg) dezelfde activiteit op dezelfde locatie niet tweemaal een vergunning kan worden verleend. Uitgangspunt van de Waterwet is immers dat “wie het eerst komt, het eerst pompt”. Dit volgt uit de Nota van toelichting bij het Besluit bodemenergiesystemen. Voorkomen moet worden dat bodemenergiesystemen in hetzelfde onttrekkingsgebied negatief interfereren. Vanwege dit uitgangspunt had uitsluitend aan haar een vergunning mogen worden verleend omdat haar aanvraag eerder is ingediend dan die van derde-partij, aldus eiseres. Verweerder

hield zich tot voor kort strikt aan dit uitgangspunt. De reden dat verweerder nu meer vergunningen voor dezelfde locatie verleent, is omdat door eiseres voor meer locaties aanvragen zijn gedaan. Achtergrond van het aanvragen van deze vergunningen is dat eiseres daarmee als vergunninghouder een goede positie heeft om aan eigenaren van gebouwen een aanbieding tot realisatie en exploitatie van een bodemenergiesysteem te doen. Eiseres heeft daarbij een groot commercieel belang.

3. Verweerder stelt dat meer vergunningen voor één locatie kunnen worden verleend. Dat eerder een vergunning voor dezelfde locatie is verleend, is niet als weigeringsgrond in de Waterwet is opgenomen. In overeenstemming met artikel 6.11h van het Waterbesluit is in de vergunning het voorschrift opgenomen dat de vergunninghouder ervoor zorg moet dragen dat het vergunde bodemenergiesysteem niet leidt tot zodanige interferentie met een eerder geïnstalleerd bodemenergiesysteem dat het doelmatig functioneren van één van de systemen kan worden geschaad. Alle vergunde open en gesloten bodemsystemen worden geregistreerd in het Landelijk Grondwater Register. Op deze wijze wordt negatieve interferentie voorkomen. Verder ziet de belangenafweging van artikel 6.21 van de Waterwet alleen op waterstaatkundige belangen en niet op commerciële belangen.

4. Derde-partij heeft ter zitting aangegeven inmiddels gebruik te hebben gemaakt van de haar verleende vergunning. Derde-partij sluit zich aan bij het standpunt van verweerder.

5.1. Op grond van artikel 6.4 van de Waterwet is het verboden zonder daartoe strekkende vergunning van verweerder grondwater te onttrekken of water te infiltreren ten behoeve van een bodemenergiesysteem. Artikel 2.2b, tweede lid, van het Besluit omgevingsrecht voorziet in de mogelijkheid om bij provinciale verordening interferentiegebieden aan te wijzen waarbinnen beleid kan worden gevoerd ter bevordering van een doelmatig gebruik van bodemenergie. In de Nota van toelichting bij het Besluit van 25 maart 2013, waarbij dit artikel in het Besluit omgevingsrecht is gevoegd (Staatsblad 2013, 112, pagina 28), is het voorkomen van negatieve interferentie genoemd als belangrijk aandachtspunt bij het opstellen van beleid, naast het doorbreken van het beginsel “wie het eerst komt, het eerst pompt”. Ter zitting is komen vast te staan dat verweerder geen beleidsregels heeft opgesteld.

5.2. De rechtbank is van oordeel dat het beginsel “wie het eerst komt, het eerst pompt” betrekking heeft op geïnstalleerde systemen. Dat volgt uit de tekst van artikel 6.11h van het Waterbesluit, waarin gesproken wordt van “een eerder geïnstalleerd bodemenergiesysteem”. Anders dan eiseres betoogt, brengt dit beginsel niet met zich dat verweerder ter voorkoming van negatieve interferentie al bij ontvangst van een vergunningaanvraag rekening moet houden met een eerdere aanvraag in die zin dat aanvragen in de volgorde van binnenkomst moeten worden afgehandeld en dat een tweede aanvraag niet tot vergunningverlening zou mogen leiden indien een eerdere aanvraag kan worden ingewilligd. Verlening van meer vergunningen voor dezelfde

locatie is mogelijk. Negatieve interferentie van bodemenergiesystemen kan worden voorkomen met de op grond van artikel 6.11h, eerste lid, van het Waterbesluit verplichte vergunningvoorschriften.

5.3. Nu uit 5.2 volgt dat meer vergunningen voor dezelfde locatie kunnen worden verleend, is de rechtbank van oordeel dat eiseres geen procesbelang heeft bij het door haar ingestelde beroep tegen de aan derde-partij verleende vergunning. Eiseres wil immers met haar beroep bereiken dat zij de enige vergunninghouder voor de locatie wordt. Dat doel kan met dit beroep niet worden bereikt. Een positie als enige vergunninghouder is niet in overeenstemming met het systeem van de wet, dat meer vergunningen en meer vergunninghouders mogelijk maakt. De rechtbank zal het beroep van eiseres daarom vanwege het ontbreken van procesbelang niet-ontvankelijk verklaren.

6. Voor een proceskostenveroordeling is geen aanleiding.

7. De rechtbank merkt tot slot op dat nu deze zaak betrekking heeft op de ontwikkeling en verwezenlijking van bodemenergiesystemen als bedoeld in artikel 8, tweede lid, onder h, van de Wet bodembescherming hier sprake is van een ruimtelijk en infrastructureel project als bedoeld in bijlage I, onder 1.3, van de Crisis- en herstelwet.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep niet-ontvankelijk.

Noot

1. In deze zaak verlenen GS van Noord-Holland een vergunning op grond van de Waterwet voor de aanleg van een open bodemenergiesysteem. Eiseres heeft echter al een watervergunning voor eenzelfde systeem op dezelfde locatie, en voert in beroep aan dat voor (nagenoeg) dezelfde activiteit op dezelfde locatie niet tweemaal een watervergunning kan worden verleend. Uitgangspunt van de Waterwet is volgens eiseres immers dat 'wie het eerst komt, het eerst pompt'.

Dit stelt de rechter voor de vraag of het hier om een schaarse vergunning gaat. Dit is een relevante vraag omdat voor schaarse vergunningen bepaalde eisen kunnen gelden ten aanzien van de te hanteren verdelingsprocedure. Hieronder wordt eerst kort ingegaan op het verschijnsel van schaarse vergunningen (punt 2), de vraag of watervergunningen in het algemeen schaarse watervergunningen (kunnen) zijn (punt 3) en de vraag of deze specifieke vergunning een schaarse vergunning is (punt 4). Ik sluit af met enkele reflecties vanuit de praktijk (punt 5).

2. Een veelgebruikte definitie van een schaarse vergunning is die uit de oratie van Van Ommeren:

“een vergunning is schaars als er meer aanvragers zijn dan beschikbare vergunningen” (F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse ver-*

gunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 2).

Om te kunnen bepalen of dit (meer aanvragen dan vergunningen) het geval is, moeten dus zowel het aantal (potentiële) aanvragen als het beschikbare aantal vergunningen bekend zijn.

Het aantal beschikbare vergunningen wordt ook wel het 'vergunningenplafond' genoemd. Dit plafond kan expliciet zijn vastgelegd of impliciet volgen uit regelgeving, planvorming, of uit overige omstandigheden (C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011). Het aantal beschikbare vergunningen kan bijvoorbeeld – via het toetsingskader voor de vergunningverlening – direct afhankelijk zijn van een andere kwantitatieve grootte, zoals in het geval waarin in een gemeente per 15.000 inwoners maximaal één vergunning kan worden verleend voor een avondwinkel. Zodra het aantal inwoners bekend is, is het vergunningenplafond dat ook (zie C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publieke rechten* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 229 e.v.). Ook hier is dus sprake van een schaarse vergunning (tenzij het aantal aanvragen onder dat plafond blijft).

Ook kan sprake zijn van een meer indirect verband; het is de vraag of ook in die gevallen sprake kan zijn van schaarse vergunningen. Zo wordt in milieuregelgeving vaak de milieugebruiksruimte via milieukwaliteitseisen gemaximeerd en worden aan vergunningen emissiegrenswaarden verbonden die garanderen dat de beschikbare milieugebruiksruimte niet overschreden wordt. In het geval dat het niet overschrijden van de milieukwaliteitseis een randvoorwaarde is bij vergunningverlening, is het aantal te verlenen vergunningen dus gemaximeerd, maar volgt niet direct uit de resterende milieugebruiksruimte hoeveel vergunningen nog verleend kunnen worden; dat is immers afhankelijk van de omvang van de nog aan te vragen vergunningen. Bij bijvoorbeeld een gebruiksruimte van 3, kunnen drie vergunningen van 1 verleend worden of twee vergunningen (een van 2 en een van 1), of een vergunning van 3. Wolswinkel gaat er echter vanuit dat ook in deze situaties sprake is van een vergunningenplafond, dat dan betrekking heeft op de gezamenlijke omvang die ten hoogste beschikbaar is voor de vergunningverlening voor een bepaalde activiteit (C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publieke rechten* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 224-225 e.v.). Hieruit leid ik af dat hij van mening is dat er dan dus ook sprake is van een schaarse vergunning. Meer expliciet komt deze stelling naar voren bij Van Alkemade (J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Het milieurecht en de verdeling van schaarse publieke rechten. Naar een effectieve bescherming van het milieu?', *NJB* 2011/2148) en Drahmman (A. Drahmman, 'Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht', *TBR* 2017/156, p. 1054-1055). Ook Widdershoven lijkt de mening toe-

gedaan dat bij verdeling van milieugebruiksruimte sprake kan zijn van schaarse vergunningen (conclusie van Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847, punt 4.12), al moet opgemerkt worden dat zijn bespreking van het omgevingsrecht voornamelijk beperkt blijft tot het ruimtelijke bestuursrecht en niet zozeer ziet op andere onderdelen van het omgevingsrecht, zoals het milieurecht of het waterrecht. Van Ommeren is expliciet van mening dat in dit soort gevallen *geen* sprake is van een schaarse vergunning (F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 70-71). Wolswinkel concludeerde recent nog dat vergunningen binnen het omgevingsrecht steeds meer ook als schaarse vergunningen gezien worden, maar vermeldt erbij dat – indien dit inderdaad aan de orde is – nog onduidelijk is welke eisen dan aan de verdeling gesteld moeten worden (C.J. Wolswinkel, 'Concurrerende verdelingsregimes? Schaarse vergunningen onder Unierecht en nationaal recht na Vlaardingen en Appingedam', *SEW* 2018/7, p. 300).

Een duidelijke lijn over schaarse vergunningen bij dit soort indirecte verbanden binnen het omgevingsrecht, waaronder het waterrecht, ontbreekt dus vooralsnog in de literatuur en rechtspraak.

3. Laat ik zelf een poging doen om vast te stellen of watervergunningen schaarse vergunningen (kunnen) zijn. Hoeveel watervergunningen zijn er eigenlijk beschikbaar?

Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat ingevolge artikel 6.21 Waterwet een watervergunning dan en slechts dan geweigerd kan worden, indien verlening ervan niet verenigbaar zou zijn met de in artikel 2.1 Waterwet genoemde doelstellingen (zie o.a. J.J.H. van Kempen, 'Kroniek jurisprudentie waterrecht', *M en R* 2016/89 (p. 520-521)). Deze doelstellingen zijn:

- voorkoming en waar nodig beperking van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste, in samenhang met;
- bescherming en verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen; en
- vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.

In deze beoordelingsregel voor vergunningverlening is geen expliciet vergunningenplafond aanwezig. Er is in het algemeen ook geen regel uit te destilleren die zegt dat een aanvraag buiten behandeling moet blijven omdat een eerdere aanvraag is ingewilligd. Ook is er geen direct verband met een andere kwantitatieve grootte in opgenomen. In het algemeen zijn watervergunningen dus geen schaarse vergunningen.

Op onderdelen kan er echter wel sprake zijn van een indirect verband met andere kwantitatieve grootheden. De doelstelling van bescherming van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen, is bijvoorbeeld op

grond van artikel 2.10 Waterwet nader gespecificeerd in Europese milieukwaliteitseisen voor water in het Besluit kwaliteitseisen en monitoring water 2009. Deze milieukwaliteitseisen zijn zodanig geformuleerd, dat ze onder meer de totale hoeveelheid emissies op oppervlaktewater beperken en daarmee ook een beperkende werking hebben op het totale aantal te vergunnen emissies. Het is niet zo dat bij het vaststellen van deze milieukwaliteitseisen al vaststaat hoeveel emissies vergund kunnen worden (want dat hangt af van de omvang van de verschillende aangevraagde emissies en de invloed daarvan op de waterkwaliteit), maar iedere vergunde emissie beperkt in zekere mate de nog resterende milieugebruiksruimte en daarmee het resterende aantal nog te verlenen emissievergunningen zodanig dat aan het criterium van artikel 6.21 Waterwet voldaan blijft. Zie in deze zin ook H.F.M.W. van Rijswijk, 'De verdeling van schaarse waterrechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 133-158, die in dit geval vindt dat inderdaad sprake is van schaarse vergunningen).

Mocht het al zo zijn dat bij een dergelijk indirect verband sprake kan zijn van schaarse vergunningen (waarover binnen het omgevingsrecht nog geen duidelijkheid bestaat, zie punt 2), lijkt mij dat in dit geval toch geen sprake is van een schaarse vergunning. Het overschrijden van milieukwaliteitseisen is namelijk geen onontkoombare randvoorwaarde bij vergunningverlening. Onder omstandigheden kan immers afgeweken worden van de Europese milieukwaliteitseisen voor water, door een beroep te doen op de uitzonderingsmogelijkheden van de Europese Kaderrichtlijn Water (zie onder meer J.J.H. van Kempen, 'Actualiteiten waterrecht 2018', *M en R* 2018/81, paragraaf 2.3). Hierdoor is het aantal te verlenen vergunningen dus niet absoluut beperkt (zie in dezelfde zin: J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Het milieurecht en de verdeling van schaarse publieke rechten. Naar een effectieve bescherming van het milieu?', *NJB* 2011/2148).

Wel kan het kwalitatieve toetsingskader van de Waterwet zodanig specifiek worden ingevuld, dat een expliciet vergunningenplafond wordt geformuleerd. Zo bevat de Beleidsregel watervergunningverlening waterkrachtcentrales in rijkswateren, vastgesteld door de directeur-generaal Rijkswaterstaat, in artikel 5, derde lid, een plafond van maximaal één te verlenen vergunning voor een waterkrachtcentrale buiten de gestuwde delen van de rivieren (met uitzondering van enkele oppervlaktewaterlichamen) en bevat het tweede lid het plafond om in een bepaalde situatie maximaal vijf vergunningen te verlenen voor waterkrachtcentrales in de gestuwde delen van de rivieren. Deze beleidsregel vormt een nadere invulling van het in artikel 2.1 Waterwet vervatte algemene toetscriterium dat de aangevraagde handeling verenigbaar moet zijn met de bescherming van de ecologische kwaliteit van watersystemen.

In het algemeen is een watervergunning dus niet schaars, maar wanneer beleidsmatig het toetsingskader dusdanig

specifiek wordt toegespitst dat een vergunningenplafond wordt geformuleerd, kan de watervergunning wel schaars gemaakt worden. Wolswinkel wijst er terecht op dat het beleidsmatig vaststellen van een dergelijk vergunningenplafond alleen mogelijk is in het licht van doelen van de regelgeving waarop de vergunningverleningsbevoegdheid berust en van toepasselijke weigeringsgronden (C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publieke rechten* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 262-263).

Indien sprake is van een schaarse watervergunning, dan komt vervolgens de toe te passen verdelingsprocedure in beeld. In de Waterwet en de daarop gebaseerde regelgeving worden geen criteria voor de verdeling van watervergunningen gegeven. Vergunningverlening vindt dus plaats middels de algemene regels van de Awb en dit houdt in dat verdeeld wordt op basis van het beginsel 'wie het eerst komt, het eerst maalt' (vergelijk CBB 28 april 2010, AB 2010/186, r.o. 6.2 en 6.3, m.nt. C.J. Wolswinkel). De Awb gaat immers uit van een systeem van termijnen waarbinnen op aanvragen beslist moet worden, gerekend vanaf de datum van ontvangst van de aanvraag. Wanneer vergunningaanvraag a eerder binnenkomt dan aanvraag b, zal in de regel op a eerder beslist moeten worden en bij een gebrek aan weigeringsgronden ook eerder een vergunning verleend moeten worden (zie ook R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 205).

4. In de onderhavige zaak ging het om een aanvraag voor het installeren van een open bodemenergiesysteem. Paragraaf 5a van het Waterbesluit bevat specifieke voorschriften voor deze systemen. Ingevolge de artikelen 6.11a, eerste lid, en 6.11h, eerste lid, Waterbesluit dient het bevoegd gezag aan een vergunning voor een grondwateronttrekking voor een open bodemenergiesysteem bepaalde specifieke voorschriften te verbinden. In zekere zin gaat het hier om een uitbreiding van de in artikel 2.1 Waterwet genoemde verplichte weigeringsgronden, specifiek voor open bodemenergiesystemen. Aanvragen die in strijd zijn met die verplicht aan de vergunning te verbinden voorschriften, worden – voor dat deel althans – immers geweigerd.

Ingevolge artikel 6.11h, eerste lid, Waterbesluit verbindt het bevoegd gezag aan de vergunning zodanige voorschriften dat het in werking hebben van het aangevraagde systeem niet leidt tot zodanige interferentie met een eerder geïnstalleerd bodemenergiesysteem, dat het doelmatig functioneren van een van de desbetreffende systemen kan worden geschaad. Kortom: voor zover aangevraagde bodemenergiesystemen zodanig interfereren met eerder geïnstalleerde systemen dat het doelmatig functioneren daarvan kan worden geschaad, dienen zij geweigerd te worden.

In dit toetsingskader is geen sprake van een expliciet geformuleerd vergunningenplafond, en ook niet van een relatie tussen het aantal te verlenen vergunningen en een andere kwantitatieve grootheid. Evenmin is er sprake van een beleidsmatige invulling van het toetsingskader, waarbij wel

een expliciet vergunningenplafond is geformuleerd. De rechtbank oordeelt dan ook terecht dat er meerdere vergunningen voor dezelfde locatie verleend kunnen worden en dat hier geen sprake is van een schaarse watervergunning.

De vergunningaanvraag zou slechts geweigerd kunnen worden (niet als schaarse vergunning, maar gewoon op basis van het kwalitatieve toetsingskader) indien eiseres zou beschikken over een *al geïnstalleerd* open bodemenergiesysteem. Dan zou er immers per definitie sprake zijn van ontoelaatbare interferentie tussen de nieuwe aanvraag en het systeem van eiseres. Maar nu het systeem van eiseres enkel vergund is en nog niet geïnstalleerd, treft het beroep van eiseres geen doel. (Bijzonder is overigens dat de rechtbank het beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard. Nu het afwijzen van het beroep op inhoudelijke gronden tot stand komt en een ander inhoudelijk tot vernietiging had moeten leiden, zou een ongegrondverklaring een logischer uitspraak zijn geweest)

5. Is met deze uitspraak nu duidelijk wie het open bodemenergiesysteem op de aangevraagde locatie kan verwezenlijken? Nee, helaas niet. De uitspraak is duidelijk, maar het verdelingsvraagstuk is niet opgelost. Een watervergunning voor een open bodemenergiesysteem is geen schaarse vergunning. Evenmin lijken watervergunningen in het algemeen schaarse vergunningen te zijn. Onder omstandigheden kunnen watervergunningen – door nadere invulling van het kwalitatieve toetsingskader dat bij vergunningverlening geldt – wel schaars gemaakt worden.

Bij het verlenen van watervergunningen kan vaak wel sprake zijn van concurrerende aanvragen en van verdelingsvraagstukken, zoals in de onderhavige zaak aan de orde was. Dat dan in de regel watervergunningen meermaals verleend moeten worden, maakt het er voor de praktijk niet makkelijker op. Waar Widdershoven in zijn meest recente conclusie over schaarse vergunningen nog wijst op de beperkte kant van aanvragen in het ruimtelijke ordeningsrecht (conclusie van Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847, punt 4.5), geldt in het waterrecht dat *iedereen* een vergunning kan aanvragen, niet alleen degene die over een privaatrechtelijk recht beschikt. Sterker nog: de Afdeling heeft expliciet bepaald dat zelfs evidente privaatrechtelijke belemmeringen geen weigeringsgrond zijn voor de watervergunning (ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:850).

Het is voor het bevoegd gezag binnen het huidige toetsingskader van de Waterwet (wat overigens identiek wordt voortgezet onder de Omgevingswet) vaak lastig om met deze veelheid aan potentiële aanvragers om te gaan. Bij activiteiten als bijvoorbeeld lozingen, speelt cumulatie van effecten een rol. Indien voor dezelfde plek meerdere lozingen worden vergund en op een andere plek wordt een nieuwe aanvraag ingediend, hoe wordt dan rekening gehouden met de cumulatie tussen die laatste aanvraag en de lozing afkomstig van de plek waarvoor meerdere concurrerende aanvragen zijn ingewilligd maar nog geen ervan is gerea-

liseerd? Natuurlijk kan dan met een worstcase-aanpak gewerkt worden, maar dat biedt geen optimale oplossing voor het vraagstuk. Hetzelfde geldt voor een open bodemenergiesysteem dat op een andere plek wordt aangevraagd en beoordeeld moet worden in het licht van twee alternatieve aanvragen voor de plek die in deze zaak aan de orde was en waarvan er maar één verwezenlijkt kan worden.

Vaak wordt het verdelingsvraagstuk bij watervergunningen doorgeschoven naar het traject van de privaatrechtelijke toestemming, die voor sommige activiteiten vereist is om van een verleende watervergunning gebruik te kunnen maken. Dat heeft echter als nadeel dat een initiatiefnemer pas in een laat stadium weet of van een verkregen vergunning ook daadwerkelijk gebruikgemaakt kan worden. Publiekrechtelijk verkregen toestemmingen – waar veel werk in kan gaan zitten – geven immers nog geen exclusief gebruiksrecht en het kan nog steeds zo zijn dat een derde er met de klui van door gaat. Dat risico bestaat temeer nu het Rijksvastgoedbedrijf – dat namens het Rijk de privaatrechtelijke kant van het gebruik van rijksgronden (en ook rijkswateren) regelt – bij het verlenen van een gebruiksrecht of een beperkt zakelijk recht als regel een openbare aanbidding hanteert (artikel 10, vijfde lid, Regeling beheer onroerende zaken Rijk 2017). Het is dus zeker niet altijd het geval dat de eerste verkrijger van een vergunning (bij een schaarse watervergunning degene die de vergunning krijgt) ook een privaatrechtelijke toestemming verkrijgt. Ook voor het bevoegd gezag voor de vergunning is het doorschuiven van het verdelingsvraagstuk naar de privaatrechtelijke toestemming niet altijd bevredigend. Niet alleen gaat er zo veel werk zitten in het verlenen van vergunningen die nooit gebruikt zullen worden, ook bestaat vanuit maatschappelijke opgaven (bijvoorbeeld de energietransitie) vaak de wens om vooral die aanvragen te vergunnen, die bijdragen aan die maatschappelijke opgaven. Die afweging is in theorie natuurlijk ook mogelijk binnen het privaatrechtelijk spoor (zolang van onaanvaardbare doorkruising geen sprake is), maar blijkt in de praktijk daar lang niet altijd plaats te vinden.

Het is niet altijd eenvoudig om binnen de bestaande regelgeving een oplossing voor deze problematiek te vinden. Het bevoegd gezag zou kunnen proberen te sturen in de aanvragen, door bijvoorbeeld kaarten te publiceren met daarop gebieden waar het inwilligen van aanvragen voor bepaalde activiteiten het meest waarschijnlijk wordt geacht in het licht van het beoordelingskader voor vergunningverlening. Een andere oplossing is het beleidsmatig vaststellen van een plafond (eventueel vergezeld van een verdelingsprocedure), maar dit kan alleen als dat plafond een rechtstreekse invulling is van het beoordelingskader voor vergunningverlening. Bovendien levert dit geen uniform beeld voor alle watervergunningen, maar ontstaat zo een gedifferentieerd beeld per activiteit. Voor een meer structurele aanpak van het verdelingsvraagstuk is toch wijziging van regelgeving nodig.

Bij windparken op zee is het schaarste-vraagstuk reeds lang bekend. Het vinden van een goede aanpak om met deze schaarste om te gaan, was voor de Afdeling zelfs reden om een tijdelijk moratorium op vergunningverlening (inhoudende dat geen vergunningen in behandeling genomen werden totdat een definitieve regeling tot stand was gekomen) goed te keuren (ABRvS 14 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO7486, AB 2004/192, m.nt. A. van Hall, JB 2004/227, m.nt. M.G.W.M. Peeters). Inmiddels is dat vraagstuk met de Wet windenergie op zee (Woz) buiten de Waterwet getrokken (er geldt ingevolge artikel 6.5a Waterwet geen vergunningplicht voor het maken of behouden van windparken) en is het aantal vergunningen, dat de Minister van EZK verleent, beperkt tot maximaal één per kavel (art. 13 Woz). Daarmee is een expliciet vergunningenplafond in het leven geroepen en is er dus een schaarse vergunning ontstaan. Tegelijkertijd hiermee geeft de Woz een specifieke regeling over de te volgen verdelingsprocedure (er is een vaste periode waarbinnen aanvragen kunnen worden ingediend (artikel 19 Woz), bij benodigde subsidie krijgt degene aan wie de subsidie wordt verleend de vergunning (artikel 21 Woz), indien geen subsidie nodig is, vindt een vergelijkende toets plaats op basis van vooraf vastgestelde criteria (artikel 24 Woz)). De belangen van de Waterwet zijn vervolgens weer via algemene regels uit paragraaf 6a van het Waterbesluit gedekt, die gelden naast de vergunning verleend door de minister van EZK.

De Wet windenergie op zee biedt een goed voorbeeld van het onderkennen van het verdelingsvraagstuk binnen het omgevingsrecht en het vervolgens integraal oppakken daarvan, met een benadering die de samenhang tussen maatschappelijke opgaven, ruimtelijke optimalisatie, subsidieverstrekking en de inhoudelijke regels achter vergunningverlening (tegenwoordig vervat in paragraaf 6a van het Waterbesluit) onderkent. Zo'n aanpak is mijns inziens wenselijk in het bredere omgevingsrecht. Het is wat dat betreft jammer dat de Omgevingswet op dit punt vooralsnog geen aanzet tot modernisering bevat. Bevoegd gezag en aanvragers zouden ook bij open bodemenergiesystemen van een integrale aanpak kunnen profiteren.

J.J.H. van Kempen

M en R 2018/116

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
8 augustus 2018, nr. 201704403/1/A1
(Kramer, van den Broek, Minderhoud)
m.nt. W.J.B. Claassen-Dales

(art. 1: 8 AP; art. 21 lid 1, onder c Wabo; Nota Evenementen met een luidruchtig karakter, Inspectie Milieuhygiëne Limburg)

Omgevingsvergunning in de praktijk 2018/7924
ECLI:NL:RVS:2018:2673