



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Drinkwater en de overheid als derde: de overeenkomst tot levering van drinkwater en de rol van de overheid als derde bij dit contract

Dankers-Hagenaars, D.L.M.T.

Publication date

2008

Document Version

Final published version

Published in

Derden in het privaatrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Dankers-Hagenaars, D. L. M. T. (2008). Drinkwater en de overheid als derde: de overeenkomst tot levering van drinkwater en de rol van de overheid als derde bij dit contract. In B. E. Reinhartz, A. E. Oderkerk, T. M. Bos, & D. L. M. T. Dankers-Hagenaars (Eds.), *Derden in het privaatrecht* (pp. 37-66). (Amsterdams Instituut voor Privaatrecht; No. 4). Boom Juridische uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Drinkwater en de overheid als derde

De overeenkomst tot levering van drinkwater en de rol van de overheid als derde bij dit contract

*Diana L.M.T. Dankers-Hagenaars**

I Inleiding

1 Water uit de kraan

‘Water is geen gewone handelswaar, maar een erfgoed dat als zodanig beschermd, verdedigd en behandeld moet worden’, aldus de eerste overweging van de *Kaderrichtlijn Water*.¹ Sinds een aantal jaren staat ‘water’ in het brandpunt van de belangstelling. Het gaat om de twee aspecten van de ‘waterketen’ in zijn geheel. Enerzijds is er de zorg voor de drinkwatervoorziening: de permanente cirkel van drinkwater naar afvalwater en weer terug naar drinkwater. Anderzijds gaat het om de balans tussen waterschaarste en een teveel aan water. Onder invloed van de klimaatsverandering stijgt de zeespiegel, daalt de bodem, worden de winters natter en de zomers droger. De toevoer van water door de rivieren wordt groter. Kortom, voldoende redenen om zich enige zorgen te maken over de toekomst van de drinkwatervoorziening en het waterbeheer in Nederland.²

* Dr. drs. D.L.M.T. Dankers-Hagenaars is universitair docent privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht.

¹ Richtlijn 2000/60/EG van het Europese Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (*PbEG* 2000, L 327/1).

² Er zijn thans vijf instanties die verantwoordelijk zijn voor een onderdeel van de waterketen: a) Rijkswaterstaat gaat over het beheer van de grote wateren, de rivieren en de zeearmen; b) de provincies zijn verantwoordelijk voor het beheer van het grondwater; ongeveer 65% van alle drinkwater in Europa wordt uit grondwater geput; c) de gemeenten zijn belast met de zorg voor de riolering; d) de waterschappen, in bepaalde gebieden *hoogheemraadschap* genoemd, beheren de regionale watersystemen, bewaken de kwaliteit van het oppervlaktewater en zuiveren het afvalwater; e) de waterleidingbedrijven zorgen voor de productie en de distributie van drinkwater. Een nieuwe *Waterwet* zal op termijn alle bestaande wetten op het gebied van het beheer van het water vervangen ten einde te komen tot een integrale aanpak van het waterbeheer, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818 nr. 1-2, Regels met betrekking tot het beheer en gebruik van watersystemen (*Waterwet*). Het wetsvoorstel *Drinkwaterwet* is in een vergevorderd stadium van parlementaire behandeling.

In september 2007 werd door de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat de Deltacommissie opgericht. Deze commissie kreeg de opdracht om voor de komende eeuw inzicht te geven in de te verwachten zeespiegelstijging en andere klimatologische en maatschappelijke ontwikkelingen die van belang zijn voor de Nederlandse kust en het achterland op de lange termijn. Het advies van de Deltacommissie 'Samen werken met water' werd op 3 september 2008 gepresenteerd en bevat twaalf aanbevelingen om de waterveiligheid van Nederland te verbeteren.³ De commissie waarschuwt dat er in de toekomst een tekort aan zoet water kan ontstaan. Doordat de zeespiegel stijgt, dringt het zoute water verder het land in via rivieren en grondwater. Nederland zou daarom opslagplaatsen voor zoet water moeten aanleggen. Minister-president Balkenende kondigde aan dat het Kabinet volgend jaar met een Deltawet komt waarin de financiering van de noodzakelijke maatregelen wordt geregeld en waarin de rolverdeling van de betrokken partijen wordt geschetst.

In deze bijdrage voor deze bundel beperk ik mij tot één onderdeel van de waterketen: de productie en distributie van drinkwater.

In vrijwel ieder huishouden in Nederland komt op bijna elk gewenst moment stromend drinkwater van hoge kwaliteit direct uit de kraan.⁴ Drinkwater is een eerste levensbehoefte. Samen met gas en elektriciteit zijn het nutsvoorzieningen waarop nagenoeg elk huishouden in Nederland is aangesloten.

2 De drinkwatervoorziening is een taak van algemeen belang

De implementatie van de Europese *Richtlijn Drinkwater* van 3 november 1998 had onder meer tot gevolg dat de thans geldende *Waterleidingwet* moest worden herzien.⁵ Op 1 juli 2008 is het wetsvoorstel voor een nieuwe *Drinkwaterwet* door de Tweede Kamer aangenomen en naar de Eerste Kamer gezonden. De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel laat geen twijfel bestaan over het algemeen belang van de drinkwatervoorziening:

'Een goede drinkwatervoorziening is van groot belang voor de volksgezondheid, het welzijn en de welvaart van de samenleving. Het betreft een vitale

³ Zie voor het rapport de officiële website van de Deltacommissie: www.Delta.commissie.com.

⁴ Wanneer in het vervolg wordt gesproken over 'drinkwater' wordt bedoeld op drinkwater dat door middel van een waterleiding wordt geleverd. Drinkwater in flessen wordt buiten beschouwing gelaten.

⁵ Richtlijn 98/83/EG van de Raad van de Europese Unie van 3 november 1998 betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water (*PbEG* 1998, L 330/32-54) (*Richtlijn Drinkwater*).

Wet van 6 april 1957, houdende regelen met betrekking tot het toezicht op waterleidingbedrijven en tot de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening (*Stb.* 1957, 150) *Waterleidingwet*.

publieke dienst van groot algemeen belang die onderwerp is van specifieke overheidszorg.'⁶

De afnemer van drinkwater sluit een privaatrechtelijke overeenkomst met het drinkwaterbedrijf dat in zijn woonplaats actief is ten einde te voorzien in de dagelijkse behoefte aan drinkwater.⁷ Het privaatrechtelijk karakter van deze overeenkomst staat niet ter discussie.⁸ Bij de meeste privaatrechtelijke contracten tussen twee privaatrechtelijke rechtssubjecten is voor de overheid gewoonlijk geen grote rol weggelegd voor zover de totstandkoming en de uitvoering van deze contracten binnen de wettelijke kaders blijven.⁹

De overheid heeft echter wel een rol als het 'algemeen belang' in het geding is. Het is niet eenvoudig vast te stellen wat precies onder 'algemeen belang' moet worden verstaan. In algemene zin kan worden aangenomen dat het predicaat 'algemeen belang' wordt toegekend aan al die taken en belangen die door de overheid niet louter en alleen aan privaatrechtelijke rechtssubjecten kunnen of mogen worden toevertrouwd.¹⁰ De productie en distributie van drinkwater voorziet in eenzelfde behoefte als die van gas en elektriciteit. Het zijn nutsvoorzieningen waar de overheid als *derde*, als hoeder van het algemeen belang, bij betrokken is door middel van wetgeving en toezicht. Het bevorderen van de volksgezondheid door het faciliteren van gezond en schoon drinkwater is een kerntaak van de overheid.¹¹

In het klassieke rijtje 'gas-water-licht' neemt drinkwater een uitzonderingspositie in. In tegenstelling tot de ontwikkelingen in andere nutssectoren,¹² wordt de productie en de distributie van drinkwater in Nederland (voorlopig) niet geprivatiseerd. Dit is een ontwikkeling tegen de heersende trend van marktwerking en privatisering in, hetgeen zich onder meer laat verklaren door een aantal specifieke kenmerken van de drinkwatervoorziening.

⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 1 (MvT).

⁷ Overzicht watergebruik in liters per dag per persoon in 2007: Bad 2,5; Douche 49,8; Wastafel 5,3; Toiletspoeling 37,1; Kleding wassen, hand 1,7; Kleding wassen, machine 15,5; Afwassen, hand 3,8; Afwassen, vaatwasmachine 3,0; Voedselbereiding 1,7; Koffie en thee 1,2; Water drinken 0,6; Overig keukenkraan 5,3; Totaal: 127,5 per persoon per dag; Bron: Rapport Watergebruik thuis 2007, publicatie VEWIN 2008.

⁸ M.B.M. Loos, *De energieleveringsovereenkomst* (diss. Utrecht) Deventer: Kluwer 1998, p. 33.

⁹ Zie onder meer art. 3:40 *BW* voor de privaatrechtelijke grenzen.

¹⁰ Zie verder D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 252-253.

¹¹ *Grondwet* art. 22 lid 1: 'De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid.' Zie ook: A.F.M. Brenninkmeijer, 'De Derde in het recht', *Ars Aequi* 1997, p. 267-278.

¹² De markt voor levering van elektriciteit en gas is sinds 1 juli 2004 volledig geliberaliseerd. Sinds die datum hebben alle kleinverbruikers van elektriciteit en gas de vrijheid om te kiezen van wie zij energie afnemen.

De beschikbaarheid en de bescherming van drinkwaterbronnen leveren namelijk beperkingen op voor de locatiekeuze van waterwingebieden. Het transport en de distributie van drinkwater zijn leidinggebonden. De kosten van de aanleg van een alternatief drinkwaternetwerk zijn hoog waardoor het praktisch onmogelijk is dat concurrentie *tussen* alternatieve infrastructuren zal ontstaan. In dat geval zou het openstellen van het netwerk mogelijkheden kunnen bieden om meerdere aanbieders tegelijk en onder dezelfde condities hun diensten aan te laten bieden door middel van concurrentie *op* de infrastructuur. Deze methode van concurrentie is toegepast op het vervoer over het spoor en in de energie- en telecommunicatiesector. In het geval van de drinkwatervoorziening is de openstelling van de infrastructuur in technisch-hygiënisch opzicht onmogelijk omdat de kwaliteit van het drinkwater niet optimaal kan worden zeker gesteld bij meerdere gebruikers van het leidingnet. De juridische aansprakelijkheid voor de kwaliteit van het drinkwater kan daardoor evenmin afdoende worden geregeld. De drinkwatersector verschilt daarmee van andere nutssectoren, waar (gedeeltelijke) liberalisering en marktwerking wel mogelijk zijn.

In tegenstelling tot de productie en distributie van gas en elektriciteit is de drinkwatervoorziening dan ook (vooralsnog) een monopolie in handen van de overheid.¹³ De regering heeft zich expliciet uitgesproken voor het in één hand houden van de eigendom en het beheer van de infrastructuur en van de productie en de distributie van drinkwater. De kwaliteit van het drinkwater is in elke stap in het proces – productie en distributie – kwetsbaar.¹⁴

De consument heeft aldus geen keus, hij is aangewezen op het waterbedrijf dat in zijn woonplaats drinkwater levert.¹⁵ De privaatrechtelijke overeenkomst met betrekking tot de levering van drinkwater onderscheidt zich daardoor van de ‘gewone’ privaatrechtelijke overeenkomst zoals de koopovereenkomst van een pak melk of een fles wijn.

Centraal in deze bijdrage staat de vraag in hoeverre de naar Nederlands recht gesloten overeenkomst tot levering van drinkwater afwijkt van de ‘gewone’ privaatrechtelijke overeenkomst. Ofwel: in welke mate worden deze drinkwater-

¹³ *Waterleidingwet* art. 3i: ‘Het is verboden drinkwater: a. te produceren ten behoeve van verbruikers, of b. te leveren.’ Art. 3j, lid 1: ‘Het verbod in artikel 3i, aanhef en onderdeel a, geldt niet: a. voor een bestaand waterleidingbedrijf waarover de zeggenschap uitsluitend wordt uitgeoefend door gekwalificeerde rechtspersonen; (...).’ Lid 2 Het verbod in artikel 3i, aanhef en onderdeel b, geldt niet: a. voor een bestaand waterleidingbedrijf waarover de zeggenschap uitsluitend wordt uitgeoefend door gekwalificeerde rechtspersonen: in het bij ministeriële regeling per bedrijf vast te stellen distributiegebied (...).

¹⁴ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 23 (MvT). Zie al eerder: *Kamerstukken II* 1998/99, 25 869, nr. 4, p. 2 (Herziening *Waterleidingwet*).

¹⁵ Dit geldt overigens ook voor de afvalwaterzuivering en de riolering waarvoor respectievelijk het waterschap en de provincie waarin de woonplaats is gelegen verantwoordelijk zijn.

contracten beïnvloed door de rol van de *derde*, de overheid, die zelf geen partij is bij de overeenkomst tussen leverancier en afnemer?

3 Plan van behandeling

De overeenkomst tot levering van drinkwater – met de daarbij behorende algemene voorwaarden en aansluitvoorwaarden – is zoals gezegd een privaatrechtelijke overeenkomst. In paragraaf II geef ik eerst een kort overzicht van de wettelijke bepalingen met betrekking tot de waterketen en het waterbeheer in Nederland. Daarna behandel ik de huidige en de toekomstige wettelijke regeling van de drinkwatervoorziening in Nederland, mede gezien vanuit Europeesrechtelijk perspectief. Vervolgens besteed ik in paragraaf III kort aandacht aan het object van de overeenkomst tot levering van drinkwater. Kan drinkwater object van recht zijn? Paragraaf IV belicht de positie van de twee bij de drinkwaterovereenkomst betrokken contractpartijen en de bij die overeenkomst betrokken *derde*, de overheid. De overeenkomst tot levering van drinkwater wordt gekenmerkt door een aantal met de monopoliepositie samenhangende bijzondere eigenschappen. Deze komen in paragraaf V aan de orde. Ik sluit af met een conclusie.

II De wettelijke regeling van de drinkwatervoorziening in Nederland

1 De waterketen en het waterbeheer in Nederland

Zoals in de Inleiding al werd aangegeven bestaat de ‘waterketen’ in zijn geheel uit enerzijds de drinkwatervoorziening, de permanente cirkel van drinkwater naar afvalwater en weer terug naar drinkwater en anderzijds uit het beheer van het water, meer in het bijzonder de balans tussen waterschaarste en een teveel aan water. Een nieuwe *Waterwet* zal op termijn alle bestaande wetten op het gebied van het beheer van het water vervangen ten einde te komen tot een integrale aanpak van het waterbeheer in Nederland.¹⁶ Het waterbeheer is in Nederland nu nog vastgelegd in een groot aantal wetten.¹⁷ De nieuwe *Waterwet* ziet op het beheer van het oppervlaktewater en het grondwater. Het beoogt de samenhang te verbeteren tussen het waterbeleid en de ruimtelijke ordening. De

¹⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 818 nr. 1-2. Regels met betrekking tot het beheer en gebruik van watersystemen (*Waterwet*).

¹⁷ *Wet op de waterhuishouding, Wet op de waterkering, Grondwaterwet, Wet verontreiniging oppervlaktewateren, Wet verontreiniging zeewater, Wet droogmakerijen en indijkingen* (Wet van 14 juli 1904), *Wet beheer rijkswaterstaatswerken* (het ‘natte’ gedeelte), *Waterstaatswet 1900, Wrakkenwet*. De saneringsregeling voor waterbodems van de *Wet bodembescherming* verhuist naar de *Waterwet*.

toepassing van de wet is gericht op het voorkomen en beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste. Dit alles in samenhang met de bescherming en de verbetering van de chemische en ecologische kwaliteit van watersystemen en de vervulling van maatschappelijke functies door watersystemen.¹⁸ Inmiddels is het wetsvoorstel naar de Eerste Kamer gezonden.¹⁹ Tevens zal in 2009 een nieuwe *Deltawet* bescherming moeten bieden tegen de stijgende zeespiegel.²⁰

In Europees verband is sinds 2000 de *Kaderrichtlijn Water* (2000/60/EG) van kracht.²¹ Het doel van de Kaderrichtlijn, geformuleerd in artikel 1, is de vaststelling van een kader voor de bescherming van landoppervlaktewater, overgangswater, kustwateren en grondwater. De invoering van de Kaderrichtlijn Water (KRW) is van invloed op de bescherming en de beschikbaarheid van drinkwaterbronnen in Nederland. Een deel van de huidige drinkwaterregelgeving zal vervallen en worden vervangen door nieuwe verplichtingen.²² Het is het streven dat de kwaliteit van het oppervlakte- en grondwater in Europa in 2015 op orde is.

De *Waterwet* en alle aanverwante wetten op het gebied van integraal waterbeheer en de *Kaderrichtlijn Water* geven echter geen regels inzake de productie en de distributie van drinkwater, zodat zij buiten het bestek van deze studie vallen. De laatste ontwikkelingen laten echter zien dat de overheid samenwerking tussen de waterschappen en de drinkwaterbedrijven wenselijk acht ten einde kostenefficiëntie van de waterafvoer te bereiken door het gezamenlijk beheer van de riolen. De eerste stap naar integratie is al gezet in de regio Amsterdam waar in 2005 het eerste waterketenbedrijf in Nederland, 'Stichting Waternet', werd opgericht. In deze stichting werken de riolering en de afvalwaterzuivering samen met het gemeentelijke drinkwaterbedrijf dat eveneens in de stichting is ondergebracht. De Minister van VROM ondersteunt dit initiatief.²³ Vanuit de andere waterbedrijven is er de vrees voor aantasting van hun autonomie.²⁴

¹⁸ Art. 2.1 *Waterwet*.

¹⁹ *Kamerstukken I* 2007/08, 30 818, nr. B (Voorlopig Verslag) *Waterwet*.

²⁰ Zie voor recente ontwikkelingen: www.deltacommissie.com.

²¹ Richtlijn 2000/60/EG van het Europese Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (*PbEG* 2000, L 327/1).

²² Zie verder S. Wuijts & H.F.M.W. van Rijswijk, *Drinkwateraspecten en de Kaderrichtlijn Water. Bescherming van drinkwater uit oppervlaktewater*, RIVM rapport 734301028/2007.

²³ Zie nader *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 24 (MvT).

²⁴ *Financieele Dagblad*, 11 april 2008.

2 De huidige regeling van de drinkwatervoorziening in Nederland

De thans geldende wettelijke regeling van de drinkwatervoorziening in Nederland is te vinden in de *Waterleidingwet* uit 1957 en het *Waterleidingbesluit*.²⁵

In de *Waterleidingwet* wordt expliciet geregeld dat de openbare drinkwatervoorziening tot de taak van de overheid behoort:

Artikel 1a: 'De overheid draagt zorg voor de openbare drinkwatervoorziening.'

Daarmee raakt de overheid als *derde* betrokken bij de overeenkomst tot levering van drinkwater. Op de overheid rust een actieve plicht tot regeling, sturing, toezicht en het opleggen van sancties waar dat nodig is ter bescherming van het algemeen belang. Het hoofddoel van de *Waterleidingwet* is de bescherming van de volksgezondheid tegen risico's die samenhangen met de levering of beschikbaarstelling van drinkwater.

In de *Waterleidingwet* is in artikel 4 lid 1 vastgelegd dat de waterleidingbedrijven verplicht zijn betrouwbaar drinkwater te leveren.²⁶ Een andere belangrijke verplichting die de *Waterleidingwet* oplegt aan de eigenaar van een waterleidingnet is de aansluitplicht en de leveringsplicht van drinkwater aan een ieder die verzoekt om aansluiting op het waterleidingnet.²⁷

Het *Waterleidingbesluit* vult de *Waterleidingwet* nader in. Het regelt de verplichtingen van de waterleidingbedrijven, maar ook van de eigenaren van collectieve leidingwaterinstallaties. Hieronder vallen in principe alle bedrijven en organisaties die buiten de huiselijke kring water leveren of beschikbaar stellen aan derden. Als voorbeeld valt te denken aan sportverenigingen, ziekenhuizen, hotels, sauna's en campings die watertappunten en douches ter

²⁵ Wet van 6 april 1957, houdende regelen met betrekking tot het toezicht op waterleidingbedrijven en tot de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening (*Stb.* 1957, 150) *Waterleidingwet*.

Besluit van 7 juni 1960, houdende technische, hygiënische, geneeskundige en administratieve uitvoeringsmaatregelen van de *Waterleidingwet* (*Waterleidingbesluit*), gewijzigd bij Besluit van 9 februari 2001 (*Stb.* 2001, 31), tot wijziging van het *Waterleidingbesluit* in verband met richtlijn 98/83/EG betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water (zie noot 5).

²⁶ Art. 4 lid 1: 'De eigenaar van een waterleidingbedrijf is gehouden zorg te dragen, dat de levering van deugdelijk leidingwater aan de verbruikers in zijn distributiegebied gewaarborgd is in zodanige hoeveelheid en onder zodanige druk als het belang der volksgezondheid vereist.'

²⁷ Art. 3 p lid 1 *Waterleidingwet*: 'De eigenaar van een waterleidingbedrijf is verplicht, binnen het distributiegebied waarin hij bevoegd is drinkwater te leveren, degene die daarom verzoekt een aanbod te doen te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde leidingnet.' NB: hoewel de zin niet makkelijk leest, is dit de letterlijke tekst van de wet.

beschikking stellen. De technische en hygiënische voorschriften waaraan deugdelijk leidingwater moet voldoen, worden uitputtend beschreven in het *Waterleidingbesluit*.²⁸

3 Europese dimensies van het wettelijk kader van de drinkwatervoorziening in Nederland

De *Richtlijn Drinkwater* ziet op de kwaliteit van het voor menselijke consumptie bestemde drinkwater.²⁹ De Richtlijn beoogt de volksgezondheid te beschermen tegen de schadelijke gevolgen van verontreiniging van voor menselijke consumptie bestemd water door ervoor te zorgen dat het water gezond en schoon is. De Richtlijn verstaat onder voor menselijke consumptie bestemd water (art. 2 lid 1 sub a):

‘al het water dat onbehandeld of na behandeling bestemd is voor drinken, koken, voedselbereiding of andere huishoudelijke doeleinden, ongeacht de herkomst en of het water wordt geleverd via een distributienet, uit een tankschip of tankauto, of in flessen of verpakkingen;’

Richtlijn 98/83 geeft, anders dan haar voorganger Richtlijn 70/788,³⁰ expliciet aan dat zij ook betrekking heeft op drinkwater in flessen of verpakkingen. Een uitzondering wordt in lid 3 gemaakt voor natuurlijk mineraal water dat als zodanig is erkend en water dat een geneesmiddel is.³¹ De toepassing van de Richtlijn is aldus ruimer dan de Nederlandse regeling omdat ze van toepassing is op *al* het voor menselijke consumptie bestemd water.

In de *Richtlijn Drinkwater* is in de artikelen 4 jo 14 een kwalitatief omschreven waterkwaliteitsnorm opgenomen: het water moet *gezond* en *schoon* zijn. Ter beoordeling van de kwaliteit zijn er meer dan 50 kwantitatieve waterkwaliteits-

²⁸ Art. 3 *Waterleidingbesluit*: ‘De eigenaar wordt, voor zover hij de voorschriften van dit hoofdstuk naleeft, geacht te voldoen aan het bepaalde in artikel 4, eerste lid der Waterleidingwet, doch alleen voor wat betreft de punten, welke bij het bepaalde in dit hoofdstuk uitdrukkelijk zijn geregeld.’

²⁹ Richtlijn 98/83/EG van de Raad van de Europese Unie van 3 november 1998 betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water (*PbEG* 1998, L 330/32-54) (*Richtlijn Drinkwater*).

³⁰ Richtlijn 80/778/EEG van de Raad van 15 juli 1980 betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water (*PbEG* 1980, L 229/11-29).

³¹ Mineraalwater dat als zodanig is erkend door de bevoegde nationale autoriteiten overeenkomstig richtlijn 80/777/EEG van de Raad van 15 juli 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de exploitatie en het in de handel brengen van natuurlijk mineraalwater (*PbEG* 1980, L 229/1-10).

Een geneesmiddel in de zin van richtlijn 65/65/EEG van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (*PbEEG* 1965, L 22/369-373; rectificatie *PbEEG* 1965, L 126/2148).

waarden aangegeven. Drinkwater is gezond en schoon als het geen micro-organismen, parasieten of andere stoffen bevat in hoeveelheden die gevaar voor de volksgezondheid kunnen opleveren en als het water voldoet aan de in bijlage I, onderdelen A en B van de Richtlijn opgenomen drinkwaterkwaliteitskaarten.³² Bij overschrijding van een van die waarden dienen de lidstaten op grond van artikel 8, lid 6 van Richtlijn 98/83 na te gaan in hoeverre die overschrijding een risico oplevert voor de volksgezondheid.

De lidstaten dienen in hun nationale regelgeving drinkwaterkwaliteitsnormen op te stellen. De in die normen voor te schrijven waarden dienen ten minste even streng te zijn als de in de bijlagen bij de *Richtlijn Drinkwater* opgenomen grenswaarden, maar het staat de lidstaten vrij strengere grenswaarden voor te schrijven.

Anders dan in Richtlijn 80/778, schrijft artikel 6 lid 1 van Richtlijn 98/83 de plaats van de kwaliteitsbeoordeling voor. Voor water dat via een waterleidingnet wordt geleverd, zijn dit de kranen waar het water uit de kraan komt bij de afnemer. Voor water in flessen of verpakkingen bestemd voor de verkoop, is dat het punt waarop de flessen of verpakkingen worden gevuld.

Artikel 10 van de *Richtlijn Drinkwater* schrijft voor dat de lidstaten moeten waarborgen dat de materialen die worden gebruikt voor de distributie van drinkwater – het leidingnet – geen (grote) invloed hebben op de kwaliteit van het drinkwater. De lidstaten zijn ingevolge artikel 13 verplicht om de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de verbruikers passende en actuele informatie over de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water ter beschikking staat.

De *Richtlijn Drinkwater* brengt met zich dat de wetgever zich ook moet richten op het traject tussen het punt van levering (de watermeter) en de kraan en op afzonderlijke, niet aan het leidingnet van een drinkwaterbedrijf gekoppelde, watervoorzieningen. Met de implementatie van de Richtlijn in de *Waterleidingwet* is hierin al voorzien en de desbetreffende bepalingen uit de *Waterleidingwet* zullen in de *Drinkwaterwet* worden overgenomen.

In 2004 is een nieuwe Richtlijn voor Europese aanbestedingen in de Europese Unie tot stand gekomen. Hiermee werd de oude *Richtlijn Nutssectoren* vervangen door Richtlijn 2004/17/EG.³³ Deze Richtlijn is van toepassing op onder meer aanbestedende diensten in de sectoren productie, vervoer en distributie van drinkwater. In Nederland zijn dat de diensten zoals genoemd in

³² Het betreft grenswaarden voor microbiologische parameters en voor chemische parameters, en voorts richtwaarden voor andere parameters.

³³ Richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEG* 2004, L 134). Deze richtlijn werd in Nederland geïmplementeerd in het *Besluit Aanbestedingen speciale sectoren*, *Stb.* 2008, 295.

de *Waterleidingwet*. Artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2004/17 verklaart de Richtlijn van toepassing op de volgende activiteiten met betrekking tot water:

- 'a) de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater of
- b) de drinkwatertoevoer naar deze netten.'

Het is de vraag wat op termijn de invloed zal zijn van de zogenaamde 'Bolkestein-richtlijn'.³⁴ Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt is op 15 november 2006 aangenomen en heeft als doel de obstakels voor dienstverleners uit andere lidstaten uit de weg te ruimen. De publieke sector – onderwijs, vervoer en zorg – is voor een groot deel van de werking van de Richtlijn uitgesloten. Artikel 17 van de Richtlijn verklaart het in artikel 16 geregelde vrij verkeer van diensten niet van toepassing op de watervoorziening, de waterdistributie en de afvalwaterdiensten. In het Europees Parlement is de discussie over de uitgesloten onderdelen van de *Richtlijn Diensten* echter weer op gang gekomen. Op 8 mei 2007 stemde de Commissie voor de interne markt vóór het onder de werking brengen van de gezondheidszorg in de *Richtlijn Diensten*. Het is denkbaar dat meerdere diensten die nu nog van de werking van de Richtlijn zijn uitgesloten op termijn alsnog daaronder worden gebracht.

4 De toekomstige regeling van de drinkwatervoorziening in Nederland

In 1998 werd in de notitie *De hoofdlijnen van een nieuwe Waterleidingwet* door het kabinet een aantal noodzakelijk geachte wijzigingen in de *Waterleidingwet* voorgesteld met het oog op de duurzame veiligstelling van een kwalitatief goede watervoorziening.³⁵ Vooraf besteedde de notitie – onder invloed van de toenmalige ontwikkelingen in andere netwerksectoren – aandacht aan de mogelijke liberalisering en privatisering van de waterleidingsector.

De herziening van de *Waterleidingwet* werd om logistieke redenen (lees: tijdgebrek) in drie tranches opgeknipt. De eerste tranche was gericht op het tijdig voldoen aan de implementatie van de inmiddels van kracht geworden *Richtlijn Drinkwater*.³⁶ Artikel 17 van de Richtlijn bepaalt namelijk dat de lidstaten de benodigde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking

³⁴ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEG* 2006, L 376/36 -68).

³⁵ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 869, nr. 1 (*Hoofdlijnennotitie*).

³⁶ Richtlijn 98/83/EG van de Raad van de Europese Unie van 3 november 1998 betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water (*PbEG* 1998, L 330/32-54) (*Richtlijn Drinkwater*).

doen treden ten einde binnen twee jaar na de inwerkingtreding aan de Richtlijn te voldoen.³⁷

Daarnaast was er de acute noodzaak een regeling te treffen met betrekking tot de preventie van de besmetting met de legionellabacterie naar aanleiding van een uitbraak van legionella in Bovenkarspel in 1999.³⁸

De tweede tranche van de herziening van de *Waterleidingwet* had tot doel het eigendomsrecht van de drinkwaterbedrijven in de *Waterleidingwet* vast te leggen. De voorstellen in de *Hoofdlijnennotitie* van 1998 gingen nog uit van de introductie van marktwerking in de drinkwatersector. De hiertegen gerichte Motie-Feenstra kreeg brede steun in de Tweede Kamer.³⁹ In deze motie werd privatisering van de drinkwatervoorziening afgewezen. Privatisering zonder gelijktijdige invoering van concurrentie zou immers een monopolie in handen van privaatrechtelijke rechtspersonen creëren waarop de overheid geen greep meer zou hebben.⁴⁰

Het kabinet nam de motie over.⁴¹ In een tweede motie vroeg de Kamer om het treffen van wettelijke maatregelen om de overheids-eigendom van de drinkwaterbedrijven te waarborgen.⁴² Inmiddels zijn de eerste twee wetgevingstranches afgerond. Een groot aantal wettelijke regelingen is daarvan het gevolg.⁴³

Het wetsvoorstel voor een nieuwe *Drinkwaterwet* is de derde tranche van de herziening van de *Waterleidingwet* en behelst een algehele herziening van die wet met de bijbehorende regelingen.⁴⁴ Het is de bedoeling dat de nieuwe

³⁷ De richtlijn diende op uiterlijk 25 december 2003 te zijn omgezet in het nationale recht.

³⁸ Uitbraak van legionella tijdens de Westfriese Flora in Bovenkarspel in 1999: 32 personen overleden aan de gevolgen van legionella, meer dan 200 personen werden ziek. De bron van de besmetting was het showmodel van een whirlpool dat op de huishoudbeurs van de Flora werd gedemonstreerd.

³⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 869, nr. 2; *Kamerstukken II* 1999/00, 26 700, nr. 8 (Motie-Feenstra).

⁴⁰ Zie voor argumenten die pleiten vóór marktwerking bij drinkwater: P. Jonker, 'Drinkwater: de uitzondering op de regel?', *Tijdschrift Privatisering* 2001-1, p. 18-19.

⁴¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 869, nr. 4.

⁴² *Kamerstukken II* 1999/00, 26 700, nr. 8.

⁴³ Wet van 22 juni 2000 tot wijziging van de *Waterleidingwet* in verband met de richtlijn betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water, *Stb.* 2000, 295V; Besluit van 9 januari 2001 tot wijziging van het *Waterleidingbesluit* in verband met de richtlijn betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water, *Stb.* 2001, 31; Wet van 9 september 2004 tot wijziging van de *Waterleidingwet* (eigendom van waterleidingbedrijven), *Stb.* 2004, 517; Besluit van 26 oktober 2004 tot wijziging van het *Waterleidingbesluit* en het Besluit hygiëne en veiligheid van badinrichtingen en zwemgelegenheden (preventie van legionella in leidingwater), *Stb.* 2004, 576; Regeling materialen en chemicaliën leidingwatervoorziening, *Stcrt.* 2002, nr. 241, p. 25 (d.d. 7 december 2002); Regeling distributiegebieden waterleidingbedrijven, *Stcrt.* 2004, nr. 251, p. 44 (d.d. 16 december 2004).

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 1-2. Nieuwe bepalingen met betrekking tot de productie en distributie van drinkwater en de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening (*Drinkwaterwet*).

Drinkwaterwet eind 2008 van kracht zal worden. Ook in de nieuwe wet blijft de eigendom van de drinkwaterbedrijven bij de overheid.⁴⁵ Met de invoering van de *Drinkwaterwet* zal de *Waterleidingwet* worden ingetrokken.

Het wetsvoorstel is met name gericht op de volksgezondheidsaspecten van water, bestemd voor menselijke consumptie. Het wetsvoorstel volgt wat dit betreft de eerdergenoemde *Richtlijn Drinkwater*. In de Memorie van Toelichting wordt dit als volgt geformuleerd:

‘(...) doelstelling van de voorgestelde *Drinkwaterwet* is de bevordering van de volksgezondheid door de voorziening van drinkwater aan alle consumenten op een maatschappelijk verantwoorde wijze te waarborgen.’⁴⁶

Wat precies wordt bedoeld met ‘op maatschappelijk verantwoorde wijze’ blijft onbesproken in de Memorie van Toelichting. De overheid rekent het tot de taak van de drinkwaterbedrijven om de onzekerheden die optreden in de verschillende onderdelen van het traject van waterwinning naar drinkwater zoveel mogelijk te reduceren. De overheid ziet zichzelf voornamelijk in een toezichthoudende, voorwaardenscheppende en kaderstellende rol.⁴⁷ Het wetsvoorstel *Drinkwaterwet* laat evenmin als de thans geldende *Waterleidingwet* twijfel bestaan over het belang van overheidsbemoediging met een goede drinkwatervoorziening:

Artikel 2

- lid 1: ‘Bestuursorganen dragen zorg voor de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening.’
- lid 2: ‘Bij de uitoefening van bevoegdheden en toepassing van wettelijke voorschriften door bestuursorganen geldt de duurzame veiligstelling van de openbare drinkwatervoorziening als een dwingende reden van groot openbaar belang.’

Op een aantal onderdelen is de nieuwe *Drinkwaterwet* gunstiger voor de afnemer. De nieuwe wet besteedt prominent aandacht aan de leveringszekerheid van drinkwater aan de consument en het bedrijfsleven. Afnemers van drinkwater hebben de garantie dat onder alle omstandigheden, ook in crisissituaties, drinkwater wordt geleverd. Als door omstandigheden gedurende 24 uur achter elkaar geen drinkwater wordt geproduceerd, is het drinkwaterbedrijf wettelijk verplicht om nooddrinkwater te leveren.

Een andere noviteit is de verplichting om de tarieven en de aansluit- en leveringsvoorwaarden op een redelijke, transparante en niet discriminerende

⁴⁵ Wet van 9 september 2004 tot wijziging van de *Waterleidingwet* (eigendom van waterleidingbedrijven). *Stb.* 2004, 517.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 895, nr. 3, p. 5 (MvT). Zie voor exact dezelfde tekst: *Kamerstukken II* 2005/06, 27 625, nr. 53, p. 3.

manier vast te stellen. Consumenten kunnen immers niet kiezen voor een bepaald drinkwaterbedrijf: zij zijn aangewezen op de leverancier in hun woonplaats, welke monopolist is.

Voorts worden de drinkwaterbedrijven wettelijk verplicht tot het uitvoeren van een *benchmark*. Dit is een verplichte vergelijking tussen de prestaties van de drinkwaterbedrijven. Aan de hand van vier criteria wordt de productie en de levering van drinkwater beoordeeld: de kwaliteit van het geleverde drinkwater, de milieueffecten, de klanttevredenheid en de kostenefficiëntie.

De reikwijdte van de nieuwe wet is daardoor ruimer dan alleen de productie en distributie van drinkwater door drinkwaterbedrijven.

III ‘Water’ als object van recht

Het is de vraag of water in vermogensrechtelijke zin object van wetgeving kan zijn. Het gaat dan om de vraag of water een ‘zaak’, dat wil zeggen ‘een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object’ is in de zin van artikel 3:2 BW en of het bezit van water door toe-eigening kan worden verkregen (3:113 BW). Een antwoord is te vinden in artikel 5:20 BW dat bepaalt dat tot de eigendom van de grond ook behoort c) het grondwater (...) en d) het water dat zich op de grond bevindt (...). Dit onderscheid is van belang voor de eigendomsverwerving. Water dat zich op de oppervlakte bevindt, is een roerende zaak en behoort toe aan degene aan wie de grond behoort. Water dat zich in de grond bevindt is roerend maar wordt pas eigendom van de grondeigenaar als het in bezit is genomen. Water wordt daardoor geïndividualiseerd. Tot het moment van de toe-eigening door het aan de oppervlakte komen via een bron, put of pomp, is water een *res nullius*.⁴⁸

Water vertegenwoordigt in het economische verkeer een bepaalde waarde; het kan worden geïndividualiseerd, geleverd en opgeslagen. Water kan net als elektriciteit in het handels- en rechtsverkeer als een zaak worden behandeld.⁴⁹

Water kan aldus object zijn van wetgeving.

De thans geldende *Waterleidingwet* definieert in artikel 1 sub b ‘leidingwater’ als:

⁴⁸ *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3, T.M., p. 66; *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 5, T.M., p. 122-123.

⁴⁹ Een zelfde discussie werd eerder gevoerd over elektriciteit en gas. Zie Loos 1998, p. 43-59 (zie noot 8).

'(...) water, bestemd om te drinken, te koken, voedsel te bereiden of andere huishoudelijke doeleinden, dat door een waterleidingbedrijf of een collectieve watervoorziening aan derden ter beschikking wordt gesteld.'⁵⁰

In artikel 1 sub c wordt 'drinkwater' omschreven als: 'leidingwater, bestemd of mede bestemd om te drinken.' Het wetsvoorstel *Drinkwaterwet* duidt in artikel 1 het object van wetgeving aan als 'drinkwater' en omschrijft dit op nagenoeg identieke manier.⁵¹

'(...) water bestemd of mede bestemd om te drinken, te koken of voedsel te bereiden dan wel voor andere huishoudelijke doeleinden, met uitzondering van warm tapwater, dat door middel van leidingen ter beschikking wordt gesteld aan consumenten of andere afnemers.'

In het wetsvoorstel is dus een wijziging aangebracht in de terminologie: 'leidingwater' wordt 'drinkwater', hoewel strikt genomen ook water dat in flessen wordt verkocht dan onder de definitie valt. Dit is echter niet de bedoeling omdat volgens de Memorie van Toelichting alleen drinkwater dat via een leidingnet wordt geleverd onder de werking van het wetsvoorstel valt.⁵²

De wettelijke bepalingen zijn afgestemd op de volksgezondheidsaspecten van 'water dat is bestemd voor menselijke consumptie'. Het wetsvoorstel *Drinkwaterwet* volgt wat dit betreft de *Richtlijn Drinkwater*.⁵³ In het wetsvoorstel wordt een consistente set van begrippen gebruikt: Drinkwaterwet, Drinkwaterbesluit, drinkwater, nooddrinkwater, drinkwaterbedrijf en drinkwatervoorziening.⁵⁴

Op grond van de definitie van 'drinkwater' in artikel 1, eerste lid, van de *Drinkwaterwet* valt 'warm tapwater' niet onder het begrip 'drinkwater'. De levering van warm tapwater komt bijvoorbeeld voor in combinatie met stadsverwarming of in appartementengebouwen. Vanuit de drinkwaterbedrijven is kritiek geuit op deze uitsluiting van de toepassing van de *Drinkwaterwet*. Warm tapwater kan door elk bedrijf in Nederland worden aangeboden terwijl het vervolgens via dezelfde kraan wordt geleverd als het drinkwater. Omdat de

⁵⁰ Hoewel de zin niet makkelijk leest, is dit de letterlijke tekst van de wet.

⁵¹ *Kamerstukken II 2006/07*, 30 895, nr. 1-2. Nieuwe bepalingen met betrekking tot de productie en distributie van drinkwater en de organisatie van de openbare drinkwatervoorziening (*Drinkwaterwet*).

⁵² *Kamerstukken II 2006/07*, 30 895, nr. 3, p. 35: 'Onder het nieuwe begrip "distributie" valt alleen het transport en de levering van drinkwater door middel van een distributienet of leiding (dit volgt mede uit de definitie van "drinkwater").'

⁵³ Richtlijn 98/83/EG van de Raad van de Europese Unie van 3 november 1998 betreffende de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water (*PbEG* 1998, L 330/32-54) (*Richtlijn Drinkwater*).

⁵⁴ *Kamerstukken II 2005/06*, 27 625, nr. 53 (Waterbeleid), Brief van de staatssecretaris van volkshuisvesting, ruimtelijke ordening en milieubeheer; idem: *Kamerstukken II 2006/07*, 30 895, nr. 3, p. 5 (MvT) (*Drinkwaterwet*).

geleverde hoeveelheid doorgaans onder de in het *Waterleidingbesluit* genoemde hoeveelheid ligt, is een meetprogramma voor de bewaking van kwaliteit niet verplicht en worden geen eisen gesteld aan preventie van legionella. Het Amendement-Boelhouwer stelt voor dat collectief warm tapwater een wettelijke taak en verantwoordelijkheid wordt van de drinkwaterbedrijven.⁵⁵

IV Een driehoeksverhouding: het drinkwaterbedrijf, de afnemer van drinkwater en de overheid als derde

1 Het drinkwaterbedrijf

1.1 Het drinkwaterbedrijf, een privaatrechtelijke onderneming

Drinkwaterbedrijven zijn in de negentiende eeuw ontstaan uit particulier initiatief. In Amsterdam werd in 1851 de N.V. Duinwater-Maatschappij opgericht. Tot dan was men in Amsterdam aangewezen op ongezuiverd water uit de Vecht. Het duinwater werd aanvankelijk per emmer verkocht, later werden waterleidingen aangelegd. In de tweede helft van de negentiende eeuw ontstonden op tal van andere plaatsen vergelijkbare initiatieven tot oprichting van drinkwaterbedrijven.⁵⁶ Na verloop van tijd namen gemeenten en provincies de waterbedrijven over, hetgeen later weer ongedaan werd gemaakt door het op afstand plaatsen van de waterbedrijven in de rechtsvorm van een naamloze vennootschap.

Schaalvergroting heeft de laatste decennia geleid tot een afname van het aantal drinkwaterbedrijven: in 1975 waren er in Nederland nog 111 bedrijven, in 2005 waren er nog maar 14. Na een reeks fusies zijn er thans in Nederland nog tien waterbedrijven die drinkwater produceren en leveren via een leidingnet. De Nederlandse drinkwaterbedrijven zijn verenigd in VEWIN.⁵⁷

1.2 Het drinkwaterbedrijf, een private rechtspersoon in publieke handen

Zoals gezegd, kwam in de tweede helft van de negentiende eeuw het beheer en het bestuur van de drinkwaterbedrijven in handen van lagere overheden. Negen van de tien overgebleven waterbedrijven worden thans in stand gehouden door Naamloze Vennootschappen, waarvan de aandelen in handen zijn van

⁵⁵ *Kamerstukken II 2007/08*, 30 895, nr. 14 (Amendement-Boelhouwer).

⁵⁶ H. Kosman, *Drinken uit de plas, 1888-1988*, Amsterdam: Gemeentewaterleidingen 1988, p. 19.

⁵⁷ Vereniging voor Waterbedrijven in Nederland (VEWIN) is de brancheorganisatie van de tien waterbedrijven in Nederland. Haar belangrijkste taak is het behartigen van de (gezamenlijke) belangen van de leden.

gemeentelijke en provinciale overheden. In één geval is gekozen voor de stichtingsvorm. Het betreft de 'Stichting Waternet' te Amsterdam.⁵⁸

Het is bij wet verboden de aandelen te verkopen aan private personen of instellingen. De motie van het Kamerlid Feenstra, met de strekking dat drinkwaterbedrijven publieke bedrijven moeten zijn, kreeg destijds steun van een ruime meerderheid in de Tweede Kamer en leidde tot een wijziging van de *Waterleidingwet*.⁵⁹ Het belang van de volksgezondheid en de fundamentele keuze voor kwaliteit boven kosten waren hierbij van doorslaggevend belang.

De lagere overheid heeft als het ware twee petten op: die van ondernemer en die van overheid. Dit kan leiden tot spanning tussen tegenstrijdige belangen. Aan de ene kant vervult de gemeente/provincie als publiekrechtelijke rechtspersoon een publiekrechtelijke taak door een goede, betrouwbare en betaalbare drinkwatervoorziening in stand te houden. Aan de andere kant is de gemeente/provincie aandeelhouder en zou uit dien hoofde autonoom moeten kunnen beschikken over de behaalde winst. Als publiekrechtelijk orgaan zou de prijs van het water ten behoeve van de consument zo laag mogelijk moeten zijn, terwijl het overheidsorgaan als privaatrechtelijk aandeelhouder belang heeft bij een zo hoog mogelijke winst (mogelijk ten behoeve van de bekostiging van andere gemeentelijke of provinciale taken zoals de aanleg en instandhouding van een zwembad).

Het Amendement-Boelhouwer/Koppejan dat werd ingediend ter gelegenheid van de behandeling van het wetsvoorstel *Drinkwaterwet* kwam op tegen de exorbitante winsten die waterbedrijven maken. De indieners stellen dat de waterbedrijven de winst moeten gebruiken om water te leveren tegen een zo laag mogelijk tarief. Het amendement kreeg kamerbrede steun.⁶⁰ Het Interprovinciaal Overleg (IPO), de koepelorganisatie die de belangen van de twaalf provincies behartigt, kwam daarentegen op voor het aandeelhoudersbelang van de waterbedrijven. Een beperking van de winstuitkering 'druist in tegen het fundamentele recht van de aandeelhoudersvergadering om te bepalen wat er met de winst behoort te gebeuren', aldus algemeen directeur Beukema van het IPO in

⁵⁸ Brabant Water N.V.; N.V. Duinwaterbedrijf Zuid-Holland; Evides N.V.; Oasen N.V.; N.V. PWN Waterleidingbedrijf Noord-Holland; Vitens N.V.; Stichting Waternet; N.V. Waterbedrijf Groningen; N.V.; Waterleidingmaatschappij Drenthe; N.V. Waterleiding Maatschappij Limburg; Bron: Water in Zicht, Bedrijfsvergelijking in de drinkwatersector, publicatie VEWIN 2006. Voorts bestaat nog de Watertransportmaatschappij Rijn Kennemerland. De activiteiten van WRK worden echter uitgevoerd door personeel van Waternet en van PWN. WRK is zelf contracthouder en eigenaar gebleven. Met uitzondering van de Stichting Waternet zijn de waterbedrijven naamloze vennootschappen met gemeenten en provincies als aandeelhouders.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 869, nr. 2; *Kamerstukken II* 1999/00, 26 700, nr. 8 (Motie-Feenstra).

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 895, nr. 45 (Gewijzigd Amendement-Boelhouwer/Koppejan).

een brief aan minister Cramer (VROM). Beukema kreeg zijn zin. Minister Cramer slikte het beoogde dividendverbod in en stelt nu voor om een maximum te stellen aan het bedrijfsresultaat dat de drinkwaterbedrijven mogen behalen. Dan blijft er ruimte voor de door de provincies gewenste 'redelijke vergoeding aan de aandeelhouders voor het beschikbaar stellen van eigen vermogen'.⁶¹

Een drinkwaterbedrijf is als private rechtspersoon in publieke handen, behalve aan privaatrechtelijke normen ook gebonden aan publiekrechtelijke normen die gelden voor de beoordeling van zijn handelen. Een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een drinkwaterbedrijf toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht (art. 3:14 BW). De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kleuren de rechtsverhouding indirect in. Open privaatrechtelijke normen worden ingevuld door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁶²

2 De afnemer van drinkwater

In de *Waterleidingwet* is slechts te vinden dat het drinkwaterbedrijf verplicht is degene die daarom verzoekt een aansluiting op het leidingnet te verschaffen. Uit het wetsvoorstel *Drinkwaterwet* volgt dat de overeenkomst tot levering van drinkwater tot stand komt tussen 'een consument of andere afnemer' en het drinkwaterbedrijf. Wat onder 'consument of andere afnemer' moet worden verstaan, wordt in het wetsvoorstel niet verder toegelicht.

In de Aansluitvoorwaarden van N.V. Duinwaterbedrijf Zuid-Holland (DZH), die ik een aantal malen als voorbeeld zal aanhalen, wordt een andere terminologie gebruikt. Daar wordt onderscheid gemaakt tussen de aanvrager en de verbruiker: de *aanvrager* is degene die een aanvraag voor de totstandbrenging, de uitbreiding of wijziging van een aansluiting bij het bedrijf heeft ingediend. De *verbruiker* is degene die drinkwater van het bedrijf betreft en/of de beschikking over een aansluiting heeft en met wie de overeenkomst tot levering van drinkwater tot stand komt. Dit zijn niet altijd dezelfde personen. De verplichting in de Algemene Voorwaarden van een gemeentelijk drinkwaterbedrijf dat alleen de *eigenaar* van een woning een aansluiting kan vragen en dat alleen hij tot betaling is verplicht, is volgens de jurisprudentie kennelijk geldig.⁶³

⁶¹ *Financieele Dagblad*, 28 april 2008.

⁶² Zie C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 109-178.

⁶³ Ktg. Dordrecht 9 maart 1978, NJ 1978, 477.

3 De overheid als derde

3.1 De overheid als derde in de rol van hoeder van het algemeen belang

Een waterleidingbedrijf kan niet zonder de medewerking van de overheid een (water)leidingnet aanleggen in de grond die tot de eigendom van de overheid behoort. De overheid is een noodzakelijke *derde* omdat zij toestemming moet verlenen. De grondslag daarvoor is de *Belemmeringenwet Verordeningen*.⁶⁴ Deze wet regelt het opheffen van belemmeringen van publiekrechtelijke aard die door decentrale overheden worden opgeworpen tegen de aanleg en uitvoering van werken van algemeen belang. Dit geschiedt door een ontheffing te verlenen. De ontheffing is aan een dubbele voorwaarde onderworpen: in de eerste plaats dient er door de Kroon een concessie te zijn verleend aan het drinkwaterbedrijf en in de tweede plaats dient het openbaar belang van de te ondernemen activiteit ofwel door de Minister van Verkeer en Waterstaat erkend te zijn ofwel bij een wettelijke bepaling erkend te zijn als zijnde van algemeen nut.⁶⁵ Bij de beoordeling van het verzoek om concessieverlening wordt rekening gehouden met de 'meerdere gebruikvoorwaarde'. Deze voorwaarde beoogt de concessionaris te verplichten het werk ook ten behoeve van andere ondernemers ter beschikking te stellen. Bij de exploitatie van spoorwegen of de levering van elektriciteit is het gebruik van de infrastructuur door meerdere ondernemingen geen probleem. Bij de distributie van drinkwater zijn er tal van bezwaren tegen derdentoegang – met name met betrekking tot de bewaking van de hygiëne – die in de weg staan aan gebruik door derden. De 'meerdere gebruikvoorwaarde' is dan ook in de praktijk een voornamelijk theoretische voorwaarde.

In het algemeen wordt de aanvraag tot verlening van een concessie gedaan bij het meest betrokken departement. De Minister van VROM is bevoegd tot het verlenen van een concessie met betrekking tot het transport van drinkwater en rioolwater.

Een door de Kroon verleende concessie berust niet op een wettelijk voorschrift maar is terug te voeren op de algemene bestuursbevoegdheid van de Kroon.⁶⁶ Ten onrechte wordt wel aangenomen dat de *Belemmeringenwet Privaatrecht* of de *Belemmeringenwet Verordeningen* de grondslag vormt voor de concessie.⁶⁷

⁶⁴ Wet van 23 mei 1899, *Stb.* 1899, 129, tot opheffing van belemmeringen bij de uitvoering van werken, in het openbaar belang bevolen of ondernomen, uit bepalingen van verordeningen voortspruitende.

⁶⁵ De *Belemmeringenwetten* behoren van oorsprong tot de waterstaatswetgeving.

⁶⁶ M.M. Roggenkamp, *Het juridisch kader van pijpleidingen in de olie- en gasindustrie* (diss. Leiden), Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 1999, p. 185 e.v.

⁶⁷ Wet van 13 mei 1927, *Stb.* 1927, 159, tot opheffing van privaatrechtelijke belemmeringen.

Artikel 1 van beide wetten gaat er echter van uit dat al een concessie is verleend. Deze wetten zelf vormen in ieder geval niet de juridische grondslag.⁶⁸

Tijdens de parlementaire behandeling van de *Belemmeringenwet Verordeningen* werd de vraag opgeworpen of steeds voldoende vaststaat dat het algemene belang daadwerkelijk aanwezig is. In de Memorie van Antwoord werd dit bevestigend beantwoord.⁶⁹

Aan N.V. Duinwaterbedrijf Zuid-Holland (DZH) – dat ik al eerder als voorbeeld van een drinkwaterbedrijf aanhaalde – is op voordracht van de Minister van VROM bij Koninklijk Besluit van 24 september 1990 (No 90.019762) een concessie verleend als bedoeld in artikel 1 van de *Belemmeringenwet Verordeningen*.⁷⁰

De concessie van DZH is afgegeven voor de uitvoering van werken ten behoeve van de openbare drinkwatervoorziening in het verzorgings- en leveringsgebied van DZH. Bij een eerder besluit was reeds het openbaar belang van DZH erkend op grond van de *Belemmeringenwet Verordeningen*.⁷¹

⁶⁸ S. Biesheuvel, F.E.V.M. van der Woude & W. Wijting, 'Buisleidingconcessie en Belemmeringenwet Privaatrecht', *Bouwrecht* 1998, p. 188.

⁶⁹ E.J.M. Coenen, 'Het concessiestelsel ingevolge artikel 1 van de Belemmeringenwet Privaatrecht/Belemmeringenwet Verordeningen', in: *De concessie, 'revival' van een oud instrument*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2001, p. 95-109.

⁷⁰ Wet van 23 mei 1899, tot opheffing van belemmeringen bij de uitvoering van werken, in het openbaar belang bevolen of ondernomen, uit bepalingen van verordeningen voortspruitende. Art. 1: 'Wanneer ter uitvoering van openbare werken, die door het Rijk of eene provincie worden ondernomen, die door Ons, Onze Minister die het aangaat of door Provinciale Staten onderscheidenlijk Gedeputeerde Staten krachtens de wet worden bevolen, die ingevolge eene door Ons of van Onzentwege verleende concessie worden tot stand gebracht en waarvan het openbaar belang door Ons is erkend, of waarvan het algemeen nut uitdrukkelijk bij de wet is erkend, een werk of eene handeling noodig is in strijd met de bepaling eener gemeente-, waterschaps-, veenschaps- of veenpolderverordening, dan wordt voor dat geval door het bestuur, dat de verordening vaststelde, op aanvraag van den belanghebbende, van die bepaling ontheffing verleend.' Zie voor een voorbeeld van een recente concessieverlening aan Vitens Gelderland: *Stcrt.* 2003, 163, p. 11.

Artikel 1

Aan Vitens Gelderland NV, gevestigd te Doetinchem, wordt een concessie als bedoeld in artikel 1 Belemmeringenwet Privaatrecht en artikel 1 Belemmeringenwet Verordeningen verleend voor het aanleggen en instandhouden van watertransportleidingen die noodzakelijk zijn voor de openbare drinkwatervoorziening in de gebieden waarin de concessionaris gerechtigd is haar bedrijf uit te oefenen.

Artikel 2

De plannen voor de werken waarop deze concessie betrekking heeft, moeten voor zover dit door Onze Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer – hierna te noemen Onze Minister – wordt gevraagd, aan zijn voorafgaande goedkeuring worden onderworpen. Onze Minister is voorts bevoegd de maatregelen voor te schrijven, welke hij voor de juiste aanleg en instandhouding noodzakelijk acht.

⁷¹ Zie voor een voorbeeld van een erkenning van openbaar belang: *Stcrt.* 2006, 94, p. 23 1, VW Erkenning openbaar belang van werken t.b.v. openbare drinkwatervoorziening, Besluit

3.2 De overheid als aandeelhouder van een drinkwaterbedrijf in de rol van contractpartij

In subparagraaf 1.2 is al uiteengezet dat lagere overheden, provincies en gemeenten, de zeggenschap hebben in de drinkwaterbedrijven, ofwel als aandeelhouder van een Naamloze Vennootschap ofwel omdat zij de bestuursleden van de 'Stichting Waternet' benoemen. Hoewel de verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering bij het bestuur van de rechtspersoon ligt, heeft de lagere overheid een dubbele verantwoordelijkheid – die van aandeelhouder en die van overheid – hetgeen kan leiden tot een spanningsveld tussen deze eventueel tegenstrijdige belangen.

V De overeenkomst tot levering van drinkwater

1 Inleiding

De overeenkomst tot levering van drinkwater heeft een aantal bijzondere kenmerken dat is terug te voeren op de monopoliepositie van de overheid die de productie en distributie van drinkwater in handen heeft. Het ontbreken van concurrentie op een markt die een voorziening van algemeen belang betreft, maakt dat van de overheid als *derde* een actieve rol wordt gevergd (subparagraaf 2). Daarnaast is het karakter van de overeenkomst tussen de leverancier van drinkwater en de consument van belang. De overeenkomst valt namelijk te kwalificeren als een duurovereenkomst en bevat als zodanig belangrijke bepalingen in de algemene voorwaarden, die mede de aansprakelijkheid van de leverancier bepalen (subparagraaf 3). De (uitsluiting van de) aansprakelijkheid van het nutsbedrijf heeft niet alleen betrekking op zijn verplichting tot leveren en de daar tegenoverstaande verplichting van de consument tot betalen, maar eveneens op de jegens de consument te garanderen kwaliteit van het geleverde drinkwater, ten aanzien waarvan – zoals eerder is beschreven – de overheid een belangrijke regiefunctie vervult (subparagraaf 4).

2 Leidinggebondenheid impliceert contractdwang

Het drinkwaterbedrijf heeft een monopoliepositie doordat het water via een leidingnet wordt aangevoerd door een exclusieve distributeur. De monopoliepositie heeft tot gevolg dat het drinkwaterbedrijf wettelijk verplicht is een ieder die daarom verzoekt aan te sluiten op het leidingnet. Deze bepaling is thans

van 2 mei 2006, nr. 06.001606 houdende erkenning van het openbaar belang van werken ten behoeve van de openbare drinkwatervoorziening ten name van Oasen N.V.; Uit: *Stcrt.* 2006, 12, p. 14 1 VW Erkenning openbaar belang Vitens N.V.

opgenomen in artikel 3 p van de *Waterleidingwet* en is tevens opgenomen in artikel 8 lid 1 van het wetsvoorstel *Drinkwaterwet*.⁷²

'De eigenaar van een drinkwaterbedrijf is verplicht, binnen het voor zijn bedrijf vastgestelde distributiegebied, aan degene, die daarom verzoekt, een aanbod te doen om die persoon te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde leidingnet.'

De aansluitplicht op het waterleidingnet werd in de *Waterleidingwet* ingevoegd bij het Amendement-Van Lith.⁷³ Dit houdt in dat verplicht een aanbod tot aansluiting moet worden gedaan.⁷⁴ Er is volgens de Minister geen sprake van een aansluitplicht zonder meer 'omdat nagenoeg alle huishoudens in Nederland zijn aangesloten'.⁷⁵

De positie van de 'kleine consument' zal in de *Drinkwaterwet* nog worden versterkt door de bepaling dat afsluiting van drinkwater zoveel mogelijk moet worden voorkomen.⁷⁶ In juni 2008 werd naar aanleiding van het Amendement-Jansen artikel 8a toegevoegd. Deze bepaling is er op gericht dat terughoudendheid wordt betracht bij het afsluiten van drinkwater ingeval van een betalingsachterstand bij kleinverbruikers.⁷⁷ Hoewel de drinkwaterbedrijven nu al terughoudend zijn met het afsluiten van drinkwater en zij doorgaans uit dien hoofde al afspraken maken met schuldhulpverleningsinstanties, vindt de regering het wenselijk om een wettelijke regeling te treffen, zoals die ook voor de afsluiting van elektriciteit en gas is getroffen. Daarbij is voor de formulering van de

⁷² Zie ook: art. 3 p lid 1 *Waterleidingwet*: 'De eigenaar van een waterleidingbedrijf is verplicht, binnen het distributiegebied waarin hij bevoegd is drinkwater te leveren, degene die daarom verzoekt een aanbod te doen te voorzien van een aansluiting op het door hem beheerde leidingnet.'

⁷³ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 339, nr. 11 (Amendement-Van Lith).

⁷⁴ Zie I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 5-6.

⁷⁵ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 339, C (MvA). Het is mij niet duidelijk wat precies wordt bedoeld met deze zin, maar de Kamerleden namen er genoeg mee. Zie voorts Houben 2005, p. 215 e.v. (zie noot 74).

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 895, nr. 47. Zie art. 8a lid 1: 'De eigenaar van een drinkwaterbedrijf voert een beleid, gericht op het voorkomen van het afsluiten van een kleinverbruiker. Lid 2: bij ministeriële regeling worden regels gesteld over het beëindigen van de levering van drinkwater aan een kleinverbruiker, alsmede over preventieve maatregelen om de afsluiting van kleinverbruikers zoveel mogelijk te voorkomen. Lid 3: de in het tweede lid bedoelde preventieve maatregelen kunnen tevens inhouden dat in bij de regeling, bedoeld in dat lid, omschreven gevallen met daarbij aangeduide instanties overleg wordt gepleegd alsmede dat in die gevallen aan de desbetreffende instantie de in die regeling omschreven gegevens omtrent een kleinverbruiker worden verstrekt. Lid 4: de ministeriële regeling, bedoeld in het tweede lid, wordt niet eerder vastgesteld dan nadat de gezamenlijke drinkwaterbedrijven, de consumentenorganisaties en de Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze te geven over de inhoud van de regeling.'

⁷⁷ Dit zijn consumenten of andere afnemers met een aansluiting waarbij de volumestroom van de levering van water niet meer bedraagt dan vijf kubieke meter per uur.

bepalingen zoveel mogelijk aangesloten bij de betreffende bepalingen in de *Elektriciteitswet 1998* en de *Gaswet*.⁷⁸ Nadere regels worden in een Ministeriële regeling opgenomen.⁷⁹ Dit zal geschieden in overleg met alle betrokken partijen.⁸⁰

3 Exoneratiebepalingen in de algemene voorwaarden

Zoals gesteld, kan de overeenkomst tussen de leverancier van drinkwater en de consument worden gekwalificeerd als een duurovereenkomst. Dat wil zeggen dat de afnemer die eenmaal is aangesloten op het leidingnet naar believen zijn kraan kan opendraaien om drinkwater af te nemen. De algemene voorwaarden maken deel uit van de overeenkomst tot levering van drinkwater. Het staat niet ter discussie dat deze algemene voorwaarden een privaatrechtelijk rechtskarakter hebben omdat zij gelden tussen twee privaatrechtelijke rechtssubjecten.⁸¹

Als voorbeeld behandel ik een aantal bepalingen uit de algemene voorwaarden van DZH. Een vergelijking tussen de algemene voorwaarden van de tien waterbedrijven wijst uit dat deze hetzelfde model volgen.

Kern van de Algemene Voorwaarden van DHZ is mijns inziens artikel 6 dat de Overeenkomst tot levering bevat:

Art. 6

- lid 1. 'Levering geschiedt uit hoofde van een overeenkomst tussen het bedrijf en de gebruiker.'
- lid 2. (...).
- lid 3. 'Een overeenkomst tot levering geldt voor onbepaalde tijd, tenzij anders is overeengekomen. (...).'
- lid 4. 'Zowel de gebruiker als het bedrijf kunnen de overeenkomst tot levering opzeggen. Opzegging door de gebruiker dient schriftelijk met inachtneming van een opzegtermijn van minimaal 4 werkdagen te geschieden, tenzij het bedrijf een andere wijze en/of termijn van opzegging aanvaardt. Opzegging door het bedrijf dient gemotiveerd en schriftelijk te geschieden en is slechts mogelijk in geval van zwaarwichtige belangen en met inachtneming van een opzegtermijn van minimaal negentig dagen.'

Wat in deze bepaling opvalt, is de sterke bescherming van de gebruiker van drinkwater. Het bedrijf kan weliswaar de overeenkomst tot levering opzeggen, maar alleen onder strikte voorwaarden (gemotiveerd en schriftelijk) en alleen als zwaarwichtige belangen dit rechtvaardigen. Bovendien is een opzegtermijn van

⁷⁸ *Elektriciteitswet 1998*: art. 95b, zevende tot en met tiende lid.

Gaswet: art. 44, zevende tot en met tiende lid.

⁷⁹ Zie voor dergelijke regels met betrekking tot de afsluiting van elektriciteit en gas: regeling afsluiten elektriciteit en gas van kleinverbruikers, *Stcrt.* 2006, 235.

⁸⁰ *Kamerstukken II 2007/08*, 30 895, nr. 47 (Vierde Nota van wijziging).

⁸¹ Zie Loos 1998, p. 95-96 (zie noot 8).

negentig dagen, zeker in verhouding tot de 4 werkdagen die voor de gebruiker gelden, een lange periode.

In artikel 7 wordt de aard van de levering beschreven:

Art. 7

- lid 1. 'Door het bedrijf wordt drinkwater geleverd.'
- lid 2. 'In principe wordt drinkwater continu geleverd. Het bedrijf staat echter niet in voor de continuïteit van de levering. Indien zich omstandigheden voordoen, waardoor de levering wordt of moet worden onderbroken, zal het bedrijf het redelijkerwijs mogelijke doen om op de kortst mogelijke termijn de levering te hervatten.'

Het is de vraag of deze exoneratie in een geschil stand zal houden. Ter illustratie vermeld ik een uitspraak inzake de onderbreking van de levering van water waardoor schade ontstond. Voor een geslaagd beroep op een exoneratieclausule in de algemene voorwaarden van een waterleidingmaatschappij is ten minste bekendheid van de afnemer vereist. In een geschil tussen Kouwenhoven, firmant van restaurant De Batouwe en Waterleidingmaatschappij Gelderland (WMG) was de inzet de toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden van WMG. Het waterleidingbedrijf had in het restaurant de waterleiding aangelegd vanaf de hoofdwaterleiding naar de watermeter midden in het restaurant. Er ontstond waterschade ten gevolge van een scheur in de koppeling. WMG werd door Kouwenhoven aansprakelijk gesteld.

WMG maakte gebruik van twee verschillende sets Algemene Voorwaarden – een voor de aansluiting en een voor de levering – en beriep zich op de exoneratieclausule in de Algemene Voorwaarden horende bij de overeenkomst tot aansluiting. De rechtbank oordeelde dat de ondertekening door de klant van het aanvraagformulier waarin hij verzoekt 'aansluiting perceel aan het waterleidingnet, daarin water te leveren overeenkomstig de Algemene Voorwaarden (en een regeling van kosten van waterlevering)' niet impliceert dat hij bedacht moet zijn op mogelijke exoneratieclausules met betrekking tot aansluitingswerkzaamheden. Uit het door Kouwenhoven ondertekende formulier volgt, dat de Algemene Voorwaarden uitsluitend op de levering van water betrekking hebben. Zelfs al zouden de Algemene Voorwaarden van toepassing zijn op de aansluitingswerkzaamheden, dan is het beroep op de exoneratieclausule wegens onbekendheid in strijd met de goede trouw (thans aangeduid met 'de redelijkheid en de billijkheid').⁸² Met betrekking tot een storing in de levering van elektriciteit zijn verschillende uitspraken bekend waarin tevergeefs een beroep op de exoneratieclausule werd gedaan.⁸³

⁸² Rb. Arnhem 10 mei 1990, *NJ* 1992, 759.

⁸³ Geschillencommissie Openbare Nutsbedrijven 3 december 1996, *Rechtshulp* 1997, p. 24 m.nt. R.H. Stutterheim. Zie ook: HR 16 mei 1997, *NJ* 2001, 1 m.nt. C.J.H.B., *AA* 1997, p. 730 m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

De monopoliepositie heeft ook tot gevolg dat aansprakelijkheid voor schade door een gebrek in het onderhoud van de waterleiding eerder wordt aangenomen. De afnemer heeft immers geen keus als de waterleiding slecht wordt onderhouden. De volgende casus illustreert dit.

Een schoolvereniging betrok drinkwater van Waterleidingmaatschappij Gelderland (WMG). In de algemene voorwaarden was ondermeer opgenomen dat ingeval van schade maximaal f 2500 aan de afnemer werd betaald. In 1989 scheurde de wateraansluiting doormidden, waardoor schade van ruim f 95.000 ontstond. WMG beriep zich op de exoneratie. De rechtbank woog de omstandigheid dat WMG een monopoliepositie heeft mee in haar oordeel:

‘WMG is een drinkwaterleidingbedrijf, dat in haar distributiegebied in feite een monopoliepositie inneemt op het gebied van de levering van drinkwater via drinkwaterleidingen. De school kan zich, praktisch gesproken, niet tot andere drinkwaterleidingbedrijven wenden. Terecht wijst de school erop dat de economische machtspositie van WMG in haar distributiegebied groot is. Daartegenover is de school een op WMG aangewezen afnemer.(...) In de praktijk heeft de school als afnemer geen enkele greep op de wijze waarop WMG haar water distribueert en ook geen mogelijkheden om zelf schade, zoals deze zich hier heeft voorgedaan, te voorkomen.’⁸⁴

Artikel 20 van de Algemene Voorwaarden regelt de aansprakelijkheid voor schade bij een onderbreking van de drinkwaterlevering.⁸⁵ Het bedrijf is

⁸⁴ Rb. Arnhem 13 januari 1994, *TvC* 1994, p. 360 m.nt. M.B.M. Loos; *A&V* 1994, 78.

⁸⁵ DZH, Art. 20 ‘Aansprakelijkheid bij leveringsonderbreking’: lid 1 a: ‘Het bedrijf is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, jegens de aanvrager of verbruiker aansprakelijk voor schade als gevolg van onderbreking van de levering van drinkwater, echter uitsluitend indien en voor zover: - de onderbreking het gevolg is van een aan het bedrijf toerekenbare tekortkoming; - het personenschade betreft als gevolg van lichamelijk letsel of overlijden en/of zaakschade bestaande uit vernietiging, beschadiging of verlies van zaken die gewoonlijk voor gebruik of verbruik in de privésfeer zijn bestemd en ook in de privésfeer zijn gebruikt of verbruikt. Lid 1.b: voor zaakschade geldt een drempelbedrag van € 125,- voor de aanvrager of verbruiker, met dien verstande dat bij overschrijding het drempelbedrag mede wordt vergoed. Voor personenschade als gevolg van lichamelijk letsel of overlijden geldt geen drempelbedrag. Lid 2: het bedrijf is, met inachtneming van het bepaalde in de overige leden van dit artikel, voorts aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van een gebrekkige aansluiting of levering dan wel van een onjuist handelen of nalaten in verband met een aansluiting of een levering - niet zijnde een onderbreking van de levering - doch niet, indien de schade het gevolg is van een tekortkoming die het bedrijf niet kan worden toegerekend. Lid 3: van vergoeding zijn in alle gevallen uitgesloten schade aan zaken die door de aanvrager of de verbruiker worden gebruikt voor de uitoefening van een bedrijf of een beroep en schade als gevolg van bedrijfsstilstand, als gevolg van het niet kunnen uitoefenen van een beroep of als gevolg van winstderving. Lid 4: indien en voor zover het bedrijf jegens de aanvrager of de verbruiker in het kader van deze algemene voorwaarden tot schadevergoeding verplicht is, komt schade aan personen en/of zaken slechts voor vergoeding in aanmerking tot een bedrag van ten hoogste € 910.000,- per gebeurtenis voor alle aanvragers en verbruikers

aansprakelijk voor zover sprake is van een toerekenbare tekortkoming (lid 1 sub a). In dat geval komt alle personenschade voor vergoeding in aanmerking en zaakschade voor zover het gaat om ‘vernietiging, beschadiging of verlies van zaken die gewoonlijk voor gebruik of verbruik in de privésfeer zijn bestemd (...)’. Interessant is dat deze bepaling aanknoopt bij artikel 6:190 lid 1 sub b BW, de regeling van de schadevergoeding bij productaansprakelijkheid. Voor zaakschade is een drempelbedrag opgenomen dat uitdrukkelijk wordt uitgelegd als een drempelfranchise: ‘met dien verstande dat bij overschrijding het drempelbedrag mede wordt vergoed.’⁸⁶ DZH hanteert een drempelbedrag van € 125.

Zoals gesteld, leert een vergelijking van de tien Algemene Voorwaarden dat alle waterleidingbedrijven hetzelfde model aanhouden. Artikel 20 is steeds het artikel dat de aansprakelijkheid regelt. Opvallend is dat het drempelbedrag per drinkwaterbedrijf kan verschillen. Brabant Water N.V. hanteert een drempelbedrag van € 55.⁸⁷ Oasen N.V. zit daar iets boven met € 60. De Algemene Voorwaarden van N.V. Waterleidingmaatschappij Limburg traden in werking op 1 maart 1995 en volgens de informatie op de website was op dat moment – en anno 2008 nog steeds – het drempelbedrag 125 gulden.

Volgens artikel 25 van de Algemene Voorwaarden is de plicht tot levering gekoppeld aan de levensduur van de aan DZH verleende concessie:

1. ‘De verplichting tot levering ingevolge de overeenkomst, bedoeld in artikel 6 van deze algemene voorwaarden, eindigt in elk geval indien en voor zover een aan het bedrijf verleende concessie wordt ingetrokken of vervallen verklaard.’

4 Aansprakelijkheid voor de kwaliteit van het drinkwater

Het drinkwaterbedrijf is aansprakelijk voor de kwaliteit van het drinkwater tot aan de watermeter, vanaf dat punt is de eigenaar van de woning aansprakelijk. Met de invoering van de *Drinkwaterwet* zal ten gevolge van de implementatie

tezamen, met dien verstande dat de vergoeding van schade aan zaken, ongeacht de omvang van het totaal der schade, is beperkt tot ten hoogste € 1.400,- per aanvrager of verbruiker. Indien het totaal der schaden aan personen en/of zaken meer bedraagt dan € 910.000,-, is het bedrijf niet gehouden meer schadevergoeding te betalen dan dit bedrag, waarbij met inachtneming van het eerder in dit lid genoemde maximum voor schade aan zaken van € 1.400,- de aanspraken van de aanvragers en de verbruikers naar evenredigheid zullen worden voldaan.’

⁸⁶ Zie voor het verschil tussen drempelfranchise en aftrekfranchise: D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, ‘Struikelen over de drempel. De franchise in art. 6:190 lid 1 sub b BW’, in: D. Busch & H.N. Schelhaas (red.), *Vergelijkenderwijs. Opstellen aangeboden aan prof. mr. E.H. Hondius*, Deventer: Kluwer 2007, p. 75-89.

⁸⁷ Dit geldt ook voor N.V. Waterleidingmaatschappij Drenthe, Evides Drinkwater N.V., Vitens N.V., N.V. Waterbedrijf Groningen, N.V. PWN Waterleidingbedrijf Noord-Holland en Stichting Waternet.

van de *Richtlijn Drinkwater* de aansprakelijkheid zich uitbreiden tot het tappunt, dat is de kraan waaruit de afnemer zijn water afneemt.⁸⁸

Een nutsbedrijf is contractueel gehouden aan zijn afnemer leidingwater van goede kwaliteit te leveren.⁸⁹ Komt hij zijn verplichting niet (behoorlijk) na, dan is het bedrijf aansprakelijk voor de ten gevolge daarvan door de afnemer geleden schade. Ten einde die aansprakelijkheid geldend te maken, behoeft de afnemer slechts te stellen en zo nodig te bewijzen dat het bedrijf jegens hem wanprestatie heeft gepleegd – dat wil zeggen dat het bedrijf de overeenkomst niet, althans niet naar behoren, is nagekomen – en dat hij ten gevolge daarvan schade heeft geleden. Daarnaast moet de hoogte van het schadebedrag worden gesteld en zo nodig bewezen. De afnemer behoeft met name niet te bewijzen dat het bedrijf schuld treft. Het bedrijf kan zich tegen een dergelijke vordering verweren door zich op overmacht te beroepen. Het zal daartoe moeten stellen en zo nodig bewijzen, dat de verhindering om schoon leidingwater te leveren buiten zijn schuld is ontstaan en bovendien niet voor zijn risico komt.

In een rechtszaak uit 1991 had de afnemer beschadigingen aan zijn wasgoed opgelopen doordat het leidingwater met roest was vermengd hetgeen niet te verwijderen bruine vlekken in het wasgoed had veroorzaakt. De kantonrechter oordeelde dat niet gesteld noch anderszins is gebleken dat het leveren van roestwater door het bedrijf een vreemde oorzaak had die hem niet persoonlijk betrof. Ten overvloede overwoog de kantonrechter dat de stelling van het bedrijf dat het alle mogelijke zorgvuldigheid heeft betracht geen soelaas kan bieden. Zijn verplichting jegens de afnemer bestond niet uit het betrachten van een zo groot mogelijke zorgvuldigheid, maar uit een resultaatsverplichting: het leveren van zuiverdrinkwater.⁹⁰

Een spraakmakende kwestie betrof de toevoeging van fluoride aan het drinkwater in de gemeente Amsterdam. Bedding c.s. vorderden in kort geding een verbod. President en hof wezen de vordering af. De Hoge Raad oordeelde:⁹¹

‘dat dit de vraag aan de orde stelt of de Waterleidingwet er zich tegen verzet dat de eigenaar van een waterleidingbedrijf een fluorverbinding aan het drinkwater toevoegt teneinde deze via het bestaande waterleidingnet aan de verbruikers te doen toekomen; dat er in dit geding van kan worden uitgegaan dat de onderhavige toevoeging niet dient ter bereiding van drinkwater maar om fluorverbinding door middel van het drinkwater aan de verbruikers te

⁸⁸ Art. 6 lid 1 van richtlijn 98/83 (zie noot 5).

⁸⁹ Wetsvoorstel *Drinkwaterwet* art. 24 lid 1: ‘De eigenaar van een drinkwaterbedrijf draagt er zorg voor dat de levering van deugdelijk drinkwater aan consumenten en andere afnemers in het voor zijn drinkwaterbedrijf vastgestelde distributiegebied gewaarborgd is in een zodanige hoeveelheid en onder een zodanige druk als in het belang van de volksgezondheid vereist is.’

⁹⁰ Kantongerecht Utrecht, 21 februari 1991, *Prg.* 1991, 3444.

⁹¹ HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386 m.nt. A.R. Bloembergen.

doen toekomen met het doel tandbederf tegen te gaan; dat de Waterleidingwet in art. 4 lid 1 aan de eigenaar van een waterleidingbedrijf de verplichting oplegt om de levering van deugdelijk drinkwater aan de verbruikers in zijn distributiegebied te waarborgen; dat, ook als er van wordt uitgegaan dat de toevoeging van een fluorverbinding, als waarvan hier sprake is, de deugdelijkheid van het water voor menselijke consumptie niet aantast, nochtans de vraag rijst of de eigenaar van een waterleidingbedrijf geacht kan worden aan de hem in art. 4 lid 1 opgelegde verplichting te voldoen wanneer hij stoffen aan het water toevoegt die voor de bereiding van drinkwater van geen belang zijn maar die een buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel dienen; dat de taak die aan de eigenaar van een waterleidingbedrijf in art. 4 lid 1 is opgelegd, hem uitsluitend is opgelegd in het belang van een goede drinkwatervoorziening in het betreffende distributiegebied; dat voorts de eigenaar van een waterleidingbedrijf in zijn distributiegebied een monopoliepositie inneemt en drinkwater een van de eerste levensbehoeften van de mens is: dat derhalve de verbruikers voor de voorziening in deze behoefte praktisch zijn aangewezen op het drinkwater zoals dat via het bestaande leidingnet aan hen wordt toegevoerd; dat derhalve de toevoeging van stoffen aan het drinkwater voor een buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel van massapreventie met zich meebrengt dat de verbruikers in het betreffende distributiegebied praktisch gedwongen zijn om deze stoffen tot zich te nemen, ook indien zij, als met Bedding c.s. het geval is, daartegen overwegende bezwaren hebben: dat daarbij opmerking verdient dat, zoals in deze zaak vaststaat, de aanleg van een tweede waterleidingnet, waarlangs voor hen, die dit wensen, niet-gefluorideerd water zou kunnen worden verstrekt, praktisch niet is te verwezenlijken, en dat, al zouden de door de Gemeente ter beschikking gestelde vijf tappunten, waar niet-gefluorideerd water verkrijgbaar is, aan de bezwaarden werkelijk een praktische mogelijkheid bieden om over zulk water te beschikken – hetgeen Bedding c.s. hebben betwist – zulks niet zou wegnemen dat de verkrijging van drinkwater voor hen aanzienlijk bezwaarlijker zou zijn dan dit voor anderen het geval is en in deze tijd als normaal is te beschouwen; dat de toevoeging van stoffen aan het drinkwater teneinde daarmee een geheel buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel te dienen daarom een maatregel is van zó ingrijpende aard dat, zonder wettelijke grondslag, niet kan worden aangenomen dat een waterleidingbedrijf daartoe bij de vervulling van de hem in art. 4 lid 1 van de Wet opgedragen taak de vrijheid heeft; dat echter noch in de tekst van de Wet noch in de wetsgeschiedenis enige aanwijzing is te vinden voor de stelling dat de wetgever de waterleidingbedrijven deze vrijheid heeft willen geven; dat derhalve moet worden aangenomen dat, indien een zodanige toevoeging plaatsvindt, niet meer gesproken kan worden van een levering van drinkwater als waarop de wetgever in art. 4 lid 1 het oog heeft.’

De annotator van het arrest in de *Nederlandse Jurisprudentie*, A.R. Bloembergen, besprak in zijn noot eerdere uitspraken inzake door de Kroon vernietigde beschikkingen die waren gebaseerd op artikel 4 lid 3 van het

Waterleidingbesluit.⁹² Daaruit kan als geldend recht worden aangenomen dat – gelet op het karakter van fluoridering van drinkwater als maatregel van medische aard, alsmede op de omstandigheid dat drinkwater behoort tot de eerste levensbehoeften van de mens – voor afnemers van drinkwater een praktische mogelijkheid moet bestaan over ongefluorideerd drinkwater te beschikken. Het ontbreken van een zodanige voorziening zou betekenen, dat alle aangeslotenen feitelijk worden gedwongen tot het gebruiken van drinkwater, waarvan zij de samenstelling onaanvaardbaar achten.⁹³

VI Samenvatting en conclusie

Drinkwater kan object van privaatrecht zijn omdat het individualiseerbaar en op geld waardeerbaar is. In tegenstelling tot melk of wijn is drinkwater dat via een leiding wordt geleverd niet een zaak die op de vrije markt verkrijgbaar is. De productie en de levering zijn in handen van tien regionale monopolisten in een gesloten markt. De aandelen van de drinkwaterbedrijven zijn in handen van provinciale en gemeentelijke overheden. De sterke verwevenheid van eigendom, beheer en exploitatie van de infrastructuur in de drinkwatersector heeft tot gevolg dat een splitsing tussen eigendom en exploitatie van de infrastructuur vooralsnog niet haalbaar is. Op korte termijn zal dit stelsel niet veranderen omdat er zowel technisch-hygiënische als juridische bezwaren kleven aan het openstellen van de drinkwatervoorziening voor meerdere aanbieders.

Centraal in deze bijdrage staat de vraag in hoeverre de naar Nederlands recht gesloten overeenkomst tot levering van drinkwater afwijkt van een ‘gewone’ privaatrechtelijke overeenkomst. Wat is de rol van de overheid als *derde* bij de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst tot levering van drinkwater?

In beginsel heeft de overheid als *derde* part noch deel aan de rechtsverhouding tussen het drinkwaterbedrijf en de afnemer. Toch is de overheid hier te beschouwen als een betrokken *derde* met soms tegenstrijdige belangen. Enerzijds heeft de centrale overheid belang bij de instandhouding van een goede

drinkwatervoorziening omdat de beschikbaarheid van kwalitatief goed drinkwater een taak van algemeen belang is. Anderzijds hebben de provincies en gemeenten als aandeelhouder van een private rechtspersoon een economisch belang bij de winstgevendheid van de naamloze vennootschap die het drinkwaterbedrijf in stand houdt.

Bovendien is de overheid een noodzakelijke *derde* om de totstandkoming van een (water)leidingnet aan te leggen in de grond die tot de eigendom van de gemeentelijke, provinciale of centrale overheid behoort. De Minister van VROM dient een aan een dubbele voorwaarde onderworpen ontheffing te verlenen: het drinkwaterbedrijf moet beschikken over een door de Kroon verleende concessie en het openbaar belang van de te ondernemen activiteit moet zijn erkend.

In Paragraaf II heb ik een overzicht gegeven van de relevante wettelijke bepalingen met betrekking tot de waterketen en het waterbeheer in Nederland. Drinkwater valt echter buiten de reikwijdte van het wetsvoorstel *Waterwet*. Ook de thans geldende wetten op het gebied van integraal waterbeheer en de Europese *Kaderrichtlijn Water* (2000) geven geen regels inzake de productie en de distributie van drinkwater. Op termijn is het echter niet ondenkbaar dat de afzonderde positie van drinkwater zal verdwijnen ten gunste van een meer geïntegreerd beheer van drinkwater en afvalwater.

De thans geldende *Waterleidingwet* uit 1957 is al vele malen herzien en aangepast, onder meer door de verplichte implementatie van de Europese *Richtlijn Drinkwater* (1998). Deze Richtlijn ziet op de kwaliteit van voor menselijke consumptie bestemd water. Doelstelling is het beschikbaar stellen van schoon en kwalitatief goed drinkwater in Europa. De toepassing van de Richtlijn is ruimer dan de Nederlandse wetgeving omdat zij ook betrekking heeft op drinkwater in flessen of verpakkingen. De implementatie van de Richtlijn heeft geleid tot het opnemen van drinkwaterkwaliteitsnormen in de *Waterleidingwet*. In het op 1 juli 2008 door de Tweede Kamer aanvaard wetsvoorstel *Drinkwaterwet* zal de plaats van de beoordeling van de kwaliteit van water dat via een waterleidingnet wordt geleverd verschuiven van de watermeter naar elke kraan bij de afnemer. De nieuwe *Drinkwaterwet* zal betere garanties bieden voor de afnemer: de leveringszekerheid van drinkwater is in het wetsvoorstel als verplichting opgenomen. In crisissituaties is het drinkwaterbedrijf wettelijk verplicht om nooddrinkwater te leveren. Een andere verplichting betreft de eis om de tarieven en de aansluit- en leveringsvoorwaarden op een redelijke, transparante en niet discriminerende manier vast te stellen. De invoering van een wettelijk verplichte ‘benchmark’ zal een vergelijking tussen de prestaties van de drinkwaterbedrijven mogelijk maken. Getoetst zal worden aan een viertal criteria: de kwaliteit van het geleverde drinkwater, de milieueffecten, de klanttevredenheid en de kostenefficiëntie.

⁹² Art. 4 lid 3 *Waterleidingbesluit* van 7 juni 1960, *Stb.* 345: ‘Onverminderd de bevoegdheid van de eigenaar aan water stoffen toe te voegen ter bereiding van drinkwater, is het hem niet toegestaan zonder goedkeuring van onze Minister aan het water stoffen toe te voegen met het doel deze door middel van het drinkwater aan de verbruikers te doen toekomen.’

⁹³ Zie de noot van A.R. Bloembergen onder HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386: ‘Voorafgaande aan de strijd voor de burgerlijke rechter heeft zich rond art. 4 lid 3 van het Besluit een administratieve rechtsstrijd afgespeeld. Op grond van de Wet BAB is beroep ingesteld van enige beschikkingen van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Volksgezondheid, waarbij aan enige waterleidingbedrijven goedkeuring was verleend het water te fluorideren. De Kroon heeft deze beschikkingen vernietigd.’ Deze uitspraken werden destijds bij Koninklijk Besluit gedaan: KB’s van 14 augustus 1970, nrs. 170-173, *Stcr.* 1970, 172.

De openbare drinkwatervoorziening is de taak van de overheid. Het is verankerd in de huidige *Waterleidingwet* en evenzeer in het wetsvoorstel *Drinkwaterwet*. Op tal van aspecten wordt de overeenkomst tot levering van drinkwater beïnvloed door wettelijke bepalingen die met name de positie van de consument beogen te beschermen tegen zijn wederpartij die monopolist is.

De *Waterleidingwet* en het wetsvoorstel *Drinkwaterwet* bepalen dat de waterleidingbedrijven verplicht zijn betrouwbaar drinkwater te leveren en dat de eigenaar van een waterleidingnet verplicht is een ieder die dat verzoekt aan te sluiten op het waterleidingnet. De Algemene Voorwaarden bieden een sterke bescherming aan de afnemers van drinkwater. De opzegging van de overeenkomst tot levering door het drinkwaterbedrijf is slechts mogelijk onder strikte voorwaarden en alleen als zwaarwichtige belangen dit rechtvaardigen. Drinkwater moet continu worden geleverd en van een goede kwaliteit zijn. Het toevoegen van stoffen die niet strikt noodzakelijk zijn, is verboden. Spraakmakend is het Fluoride-arrest waarin de Hoge Raad zich ondubbelzinnig uitsprak tegen het toevoegen van fluoride aan het drinkwater. Het toevoegen van fluoride dient een buiten de eigenlijke drinkwatervoorziening gelegen doel en is een maatregel van zó ingrijpende aard dat dit zonder wettelijke grondslag de aan het waterleidingbedrijf opgedragen taak te buiten gaat.

Geconcludeerd kan worden dat de naar Nederlands recht gesloten overeenkomst tot levering van drinkwater afwijkt van de 'gewone' privaatrechtelijke overeenkomst. Het object van de overeenkomst – drinkwater – is een primaire levensbehoefte en leent zich niet voor een louter commerciële benadering.

De overheid speelt terecht een actieve rol als *derde* bij de totstandkoming en de uitvoering van overeenkomsten tot levering van drinkwater. Drinkwater moet voor iedereen beschikbaar zijn tegen een redelijke prijs en onder gunstige voorwaarden. De kwaliteit en de leveringszekerheid moeten gewaarborgd zijn. Door middel van wetgeving beperkt de overheid de contractvrijheid van de drinkwaterbedrijven. Aldus biedt de overheid de afnemer bescherming tegen het drinkwaterbedrijf dat zich als monopolist in een sterkere positie bevindt. De overheid voldoet daarmee mijns inziens aan haar taak van het behartigen van het algemeen belang: het beschikbaar stellen van een goede drinkwatervoorziening. Dit rechtvaardigt dat de afnemer contractueel wordt bevoordeeld als tegenwicht tegen de macht van het drinkwaterbedrijf. Drinkwater is nu eenmaal niet een product dat zich leent voor marktwerking.